



UNIVERSIDAD DE MURCIA
FACULTAD DE DERECHO

Protección del Adquirente de Vivienda “sobre plano”
ante el Incumplimiento del Promotor-Vendedor.
Especial Referencia a las Garantías sobre Cantidades
Anticipadas

D^a Silvia Durán Alonso

2017

UNIVERSIDAD DE MURCIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL



TESIS DOCTORAL

**Protección del adquirente de vivienda “sobre plano”
ante el incumplimiento del promotor-vendedor.
Especial referencia a las garantías sobre cantidades
anticipadas**

Autora: Silvia Durán Alonso

Bajo la dirección de la profesora:
Dra. Dña. Carmen L. García Pérez

2017

*Mi agradecimiento a mi directora, Carmen, por su
cercanía y ayuda inestimable; a mi marido, Antonio,
por el tiempo que este trabajo nos ha robado;
y a mi hija, Aurora, por ser la luz que ilumina mis días.*

“Ninguna ley puede contentar a todos”
Tito Livio, 59 a.C.-17 d.C.

INDICE

INTRODUCCIÓN-----	15
-------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO.- LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN PROYECTO O EN CONSTRUCCIÓN. EL ADQUIRENTE DE VIVIENDA COMO CONSUMIDOR-----	23
--	-----------

I. INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA -----	23
--	-----------

II. LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA “SOBRE PLANO” O EN CONSTRUCCIÓN COMO COMPRAVENTA DE COSA FUTURA. CARÁCTER MIXTO O COMPLEJO DEL CONTRATO -----	29
---	-----------

1.- Breve examen de las diferentes teorías sobre la compraventa de cosa futura -----	29
2.- La compraventa de vivienda en construcción como compraventa de cosa futura -----	33
3. La calificación de los pactos previos y coetáneos a la compraventa-----	37
3.1. El denominado “pacto de reserva” -----	39
3.2. La promesa de comprar y vender -----	44
3.3. Calificación como contrato de compraventa perfecta -----	47
4. La compraventa de vivienda “sobre plano” como contrato mixto o complejo. Diferencias con el contrato de ejecución de obra con aportación de materiales por el contratista-----	50

III. DERECHOS DEL ADQUIRENTE COMO CONSUMIDOR EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN -----	54
---	-----------

1.- Introducción. Régimen jurídico. Referencia a la protección en la adquisición de viviendas en otros ordenamientos-----	54
2.- Ámbito subjetivo: el adquirente de vivienda como consumidor -----	63
3.- Ámbito objetivo: concepto de vivienda -----	71
4.- Derechos generales de los consumidores en la compraventa de viviendas-----	73
4.1. Fase previa a la adquisición. Publicidad e información -----	73
4.1.1. Publicidad-----	73
4.1.2. Información -----	76
4.2. El contenido contractual: protección del adquirente consumidor -----	85
4.2.1. Cláusulas abusivas: concepto -----	86
4.2.2. Régimen de las cláusulas abusivas en sede de compraventa de vivienda -----	89
A) El artículo 10 del Real Decreto 515/1989-----	89
B) Los artículos 85 a 90 del TRLGDCU -----	94
C) Cláusulas que autoricen al promotor para llevar a cabo modificaciones unilaterales en la construcción de la vivienda (art. 85.3 TRLGDCU) -----	97
D) Imposición al comprador de gastos que, por ley, correspondan al empresario. Especial referencia a las cláusulas relativas a los préstamos hipotecarios suscritos por el vendedor (art. 89.3 TRLGDCU) -----	101
4.3. La calificación de abusividad de las cláusulas contractuales por Notarios y Registradores -----	115

CAPÍTULO SEGUNDO.- DINÁMICA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA “SOBRE PLANO”. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA Y SU INCUMPLIMIENTO. ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE CONCURSO DE LA PROMOTORA-----125

I. INTRODUCCIÓN -----125

II. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA -----128

- 1.- *Puesta en posesión: carácter obligatorio de la Licencia de Primera Ocupación* ----- 128
- 2.- *La fecha de entrega. Los efectos del retraso en el cumplimiento*----- 141
 - 2.1. Consideración del retraso en la entrega como mora o como incumplimiento definitivo del vendedor ----- 143
 - 2.2. Consecuencias indemnizatorias en el supuesto de retraso o mora----- 154
 - 2.3. Causas de exención de responsabilidad más frecuentemente alegadas en la práctica por los vendedores ----- 158
- 3.- *Integridad e identidad de la cosa*----- 163
 - 3.1. La obligación del vendedor de entregar la vivienda conforme a la cabida y calidad estipuladas---- 163
 - 3.2. Mecanismos de protección del comprador en los supuestos de entrega de vivienda con calidades inferiores a las estipuladas ----- 167
 - 3.3. Instrumentos de tutela del comprador en los supuestos de defecto de cabida ----- 170

III. INCUMPLIMIENTO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA POR EL VENDEDOR-----176

- 1.- *No construcción del edificio por imposibilidad jurídica.* ----- 177
- 2.- *Supuesto de doble venta* ----- 184

IV. EFECTOS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DERIVADOS DE LA DECLARACIÓN EN CONCURSO DE LA PROMOTORA -----190

- 1.- *Introducción: principio de no afectación de los contratos*----- 191
- 2.- *La calificación del crédito del comprador de vivienda* ----- 196
 - 2.1. Cuestiones generales----- 196
 - 2.2. Los créditos del comprador de vivienda----- 197
- 3.- *Resolución del contrato de compraventa durante el concurso*----- 200
 - 3.1. Resolución por incumplimiento ----- 201
 - 3.1.1. Momento del incumplimiento----- 202
 - 3.1.2. Incumplimiento del deber de entrega o simple retraso----- 206
 - 3.1.3. Mantenimiento de la eficacia contractual en interés del concurso ----- 208
 - 3.1.4. Consecuencias de la resolución por incumplimiento ----- 211
 - 3.2. Especialidades de la resolución en interés del concurso ----- 212
 - 3.2.1. La noción de “interés del concurso” ----- 213
 - 3.2.2. Legitimación para instar la resolución ----- 217
 - 3.2.3. Plazo para presentar la demanda incidental ----- 219
 - 3.2.4. Consecuencias de la resolución ----- 220
- 4.- *Rehabilitación del contrato de compraventa* ----- 223

CAPÍTULO TERCERO.- ENTREGA DE CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO: GARANTÍAS LEGALMENTE PREVISTAS A FAVOR DEL ADQUIRENTE DE VIVIENDA “SOBRE PLANO” -----225

I. CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVARON LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 57/68, SOBRE PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS. VIGENCIA Y NUEVA REGULACIÓN -----225

- 1.- Ley 57/68, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas 225
- 2.- Nueva regulación de la materia y críticas a la misma ----- 229

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS-----234

- 1.- *Ámbito subjetivo*----- 234
 - 1.1. Promotor ----- 234
 - 1.2 Adquirente----- 237
- 2. *ámbito objetivo* ----- 238
- 3.- *Contingencia cubierta por las garantías*----- 241

III. LAS CONCRETAS GARANTÍAS LEGALMENTE PREVISTAS A FAVOR DEL ADQUIRENTE DE VIVIENDAS EN PROYECTO O EN CONSTRUCCIÓN -----243

- 1.- *Momento de otorgamiento de las garantías. Problemas que plantea*----- 244
- 2.- *Obligación de contratar aval bancario o seguro de caución*----- 246
- 3.- *El seguro en garantía de devolución de las cantidades anticipadas*----- 250
- 4.- *El aval solidario, emitido por entidad financiera*----- 257
 - 4.1. Caracteres y regulación legal ----- 257
 - 4.2. El aval previsto en la Disposición Adicional 1ª de la LOE como aval a primer requerimiento. ----- 261
 - 4.2.1. Concepto del aval a primer requerimiento y naturaleza jurídica ----- 261
 - A) Concepto ----- 261
 - B) Naturaleza jurídica ----- 265
 - C) Caracteres que la definen ----- 266
 - 4.2.2. Las partes de la garantía a primer requerimiento ----- 271
 - 4.2.3. Distinción de otras figuras afines ----- 274
 - 4.2.4. Justificación de esta forma de garantía ----- 279
 - 4.2.5. Conclusión: rasgos que hacen del aval previsto en la DA1ª LOE un “aval a primer requerimiento” o “garantía a primera demanda” ----- 283
- 5.- *El depósito en cuenta especial* ----- 289
- 6.- *Responsabilidad solidaria de las entidades de crédito* ----- 299
- 7.- *La acción prevista en el apartado Cuatro de la DA1ª LOE: rescisión o prórroga* ----- 305
 - 7.1. Prórroga ----- 307
 - 7.2. Rescisión----- 309
- 8.- *Cancelación de la garantía*----- 314
- 9.- *¿Irrenunciabilidad de los derechos?* ----- 315
- 10.- *Protección jurídico-penal* ----- 319
 - 10.1. Posible comisión de un delito de apropiación indebida----- 320
 - 10.2. Posible comisión de un delito de estafa ----- 323
- 11.- *Protección jurídico-administrativa* ----- 326

IV.- EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROMOTORA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA -----329

- 1.- *La resolución del contrato a instancia del adquirente conforme a la DA1ª LOE: la falta de inicio de las obras o la falta de entrega de la vivienda en el plazo establecido*----- 330
- 2.- *El incumplimiento por el promotor-vendedor de la obligación de garantizar las cantidades entregadas: sus posibles consecuencias respecto del contrato de compraventa*----- 337
 - 2.1. El derecho del comprador a suspender los pagos sucesivos mientras que el promotor-vendedor no otorgue las garantías exigidas legalmente----- 337

2.2. La resolución del contrato por falta de aval -----	340
3.- <i>Acción declarativa de resolución contractual y acción de reclamación del aval como acciones independientes</i> -----	345
4.- <i>La ejecución de la garantía en el nuevo texto legal</i> -----	347

CAPÍTULO CUARTO.- MECANISMOS DE PROTECCIÓN PREVISTOS EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN A FAVOR DEL ADQUIRENTE CONSUMIDOR EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA “SOBRE PLANO” ----- 351

I.- INTRODUCCIÓN -----351

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS CONSUMIDORES -----354

III. EXAMEN DE LAS DIVERSAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LA LOE RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE CONSUMIDOR-----356

1. <i>Garantías en relación a la seguridad del edificio</i> -----	357
1.1. Requisitos de seguridad -----	359
1.2. Requisitos de protección de la salud -----	362
2. <i>Garantías en relación con la entrega de documentación</i> -----	363
3. <i>Garantías en relación con las cantidades entregadas a cuenta</i> -----	367
4. <i>Garantías por responsabilidad consecuencia de daños materiales</i> -----	368
4.1. Situación anterior a la LOE. El artículo 1.591 del Código Civil -----	368
4.2. Naturaleza de la responsabilidad del art. 17 LOE. el art. 1591 CC-----	373
4.2.1. Responsabilidad objetiva. Causas de exoneración -----	375
4.2.2 Responsabilidad “ex lege”-----	377
4.2.3. Responsabilidad individual. Solidaridad de los responsables -----	379
4.3. Presupuestos materiales -----	387
4.3.1. Edificio-----	387
4.3.2. Daños materiales -----	389
4.4. Plazos de garantía y de prescripción para el ejercicio de las acciones previstas en la LOE-----	396
4.4.1. Plazos de garantía -----	396
4.4.2. Plazo de prescripción -----	403
5.- <i>Garantías específicas derivadas de la suscripción de seguros</i> -----	405
5.1. Características comunes de los seguros -----	406
5.3. Medidas legales tendentes a garantizar la efectividad del seguro-----	422

CONCLUSIONES -----427

BIBLIOGRAFÍA -----445

JURISPRUDENCIA. SENTENCIAS CITADAS -----465

ANEXO: TABLA COMPARATIVA LEY 57/68 Y DISPOSICIÓN ADICIONAL 1ª DE LA LOE-----481

RESUMEN

La compraventa de vivienda en construcción es una figura cuya especialidad radica no sólo en la obligación del vendedor de construir y entregar el objeto del contrato conforme a las condiciones y características pactadas, sino también en el deber del comprador de pagar un precio cierto a cambio de cosa futura, debiendo, además, iniciar dicho pago antes de que el objeto de la venta le sea materialmente entregado, mediante abonos parciales (que suponen, a su vez, para el promotor-vendedor un sistema de autofinanciación de la ejecución de la obra). Por las especiales circunstancias del objeto, la propiedad de la vivienda no se transmite sino hasta que se ha concluido la construcción, lo que da lugar al transcurso de un dilatado lapso de tiempo, durante el cual el comprador está expuesto a toda clase de riesgos. Para proteger de los mismos al adquirente, que normalmente tiene la condición de consumidor, se ha desarrollado una extensa normativa que se halla dispersa en distintos textos legales, con el riesgo que eso conlleva para la seguridad jurídica, toda vez que trae consigo problemas, no sólo de interpretación, sino también de determinación de la ley aplicable. Por todo lo anterior, la pretensión de la presente tesis doctoral es hacer un estudio pormenorizado de los derechos que otorga el ordenamiento jurídico a los adquirentes de vivienda en construcción, con la finalidad de proteger la posición de los mismos, mucho más vulnerable que la contraparte, recorriendo todo el íter que va, desde la publicidad e información previa a la suscripción del contrato, hasta un momento posterior a la entrega, para el caso de que existan vicios o defectos constructivos por los que se puedan reclamar responsabilidades. Se examinará con detalle, además, la naturaleza, contenido y efectos de la obligación del promotor-vendedor de constituir las garantías establecidas en la Ley respecto a las cantidades anticipadas entregadas por el adquirente de vivienda en construcción, dada la especial importancia que dicha obligación ha adquirido en el momento actual de crisis económica, y la interpretación que de la misma ha realizado recientemente el Tribunal Supremo.

ABSTRACT

The purchase and sale of properties under construction is a legal concept which requires from the seller, the duty of constructing and hand over the object of the contract according to the conditions and characteristics agreed. From the purchaser, it also requires the payment of an exact price in Exchange of a future item. This payment has to be started through advanced instalments before the object of the sale is delivered, allowing the seller to self-fund the works involving the construction.

For the special characteristics of the object, the ownership of the property is not transferred until the construction is finished. This situation may lead to a long lapse of time in which the buyer might face risks. In order to protect the buyer, who is generally considered as a consumer, a large variety of regulations have been developed. This has caused a spread legislation which may put legal certainty at risk due to possible problems related to the determination of the applicable law and its interpretation.

Given this context this Ph.D. dissertation aims at elaborating a detailed study of the rights guaranteed by the legal system to the purchasers of properties under construction, in order to protect them given their vulnerable situation compared to the counterpart. This study goes through the entire process, from the previous advertise and information given before the contract is set until the delivery of the property and even after so liabilities can be claimed in case of defects in the construction.

The nature, core and effects of the obligation of the seller of ensuring the guarantees set by the Law in relation to the instalments previously paid by the purchaser of the property under construction, will be analysed in detailed given the critical significance of that obligation within the current economic context and the ultimately interpretation made by the Supreme Court.

ABREVIATURAS

AP.- Audiencia Provincial

Art.- Artículo

Arts.- Artículos

BOE.- Boletín Oficial del Estado

CC.- Código Civil

CCAA.- Comunidades Autónomas

CCom.- Código de Comercio

CE.- Constitución Española

Coord.- Coordinador(es)

CP.- Código Penal

CTE.- Código Técnico de la Edificación

DA.- Disposición Adicional

DGRN.- Dirección General de los Registros y el Notariado

DGSFP.- Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones

Dir.- Director(es)

Etc.- Etcétera

LC.- Ley Concursal

LEC.- Ley de Enjuiciamiento Civil

LCGC.- Ley de Condiciones Generales de la Contratación

LCS.- Ley del Contrato de Seguro

LGDCU.- Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

LGP.- Ley General de Publicidad

LH.- Ley Hipotecaria

LOCM.- Ley de Ordenación del Comercio Minorista

LOE.- Ley de Ordenación de la Edificación

Op. cit.- Obra citada

Pág.- Página

Págs.- Páginas

RCGC.- Registro de Condiciones Generales de la Contratación

RD.- Real Decreto

RDL.- Real Decreto Ley

RDGRN.- Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado

RDUR.- Reglamento de Disciplina Urbanística

TJUE.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLGDCU.- Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

TRLS.- Texto Refundido de la Ley del Suelo (2008)

TRLSyRU.- Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana

SAP.- Sentencia de la Audiencia Provincial

Ss.- Siguietes.

SAP.- Sentencia de Audiencia Provincial

SJM.- Sentencia de Juzgado de lo Mercantil

STC.- Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE.- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS.- Sentencia del Tribunal Supremo

v.- véase

INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 declara en su art. 47 que “*todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*”, añadiendo que “*todos los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”. No se trata de un pronunciamiento aislado, pues este mismo derecho está igualmente reconocido en textos internacionales, como el art. 25.1 de la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 o el art. 16 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961. El derecho al disfrute de una vivienda digna es considerado como un principio rector de la política social y económica¹ (también en otros ordenamientos²),

¹ Sobre la consideración de si el derecho a la vivienda constituye sólo un mero principio rector de la política social y económica, tal y como se encuentra previsto en la CE, o un verdadero derecho subjetivo, v. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Derecho a la vivienda: de principio rector a derecho subjetivo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, págs.1 y ss. Para DÍEZ PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 63 y ss, no es posible la “invocabilidad directa de la mayor parte de los preceptos contenidos en el Capítulo III (CE)”, por el contrario, LÓPEZ RAMÓN, F., “Sobre el derecho subjetivo a la vivienda”, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Coord. F.L.R., Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 14 y 15, existen argumentos jurídico positivos para caracterizar el derecho a la vivienda como un auténtico derecho subjetivo. A medio camino parece que se encuentra la posición de GONZÁLEZ ORDOVÁS, M^a. J.: “La vivienda: un ejemplo incuestionado de la lucha por el derecho”, *El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo*, Dir. M.J.G.O., Dykinson, Madrid, 2013, págs. 82 y 83, para quien “la vivienda es y puede ser un negocio, pero por encima de ello, la vivienda es una necesidad cuya satisfacción resulta, a día de hoy, una obligación para las Administraciones Públicas”. Para esta autora, se conformaría como un “derecho emergente que trata de superar las restricciones constitucionales” y en esa línea se ha configurado por algunos Estatutos de Autonomía.

² Tal y como expone ALÁEZ CORRAL, B., “El derecho a una vivienda digna en el derecho internacional y constitucional comparado”, *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, N^o 14, Porto Alegre, Brasil, enero/marzo 2011, págs. 47 y ss., la variedad de modelos constitucionales en relación al tratamiento del derecho a la vivienda es notable. Así, va desde ordenamientos en los que el texto constitucional carece de mención alguna a un derecho o principio social de acceso a la vivienda digna, hasta ordenamientos que garantizan a nivel constitucional (nacional o regional) un derecho subjetivo a una vivienda digna, pasando por los que establecen un principio rector de la política social y económica que, como fin de Estado, obliga genéricamente a los poderes públicos a adoptar medidas para, en el marco de sus disponibilidades materiales, facilitar el acceso a una vivienda adecuada. Podemos, en consecuencia, distinguir los siguientes: i) Algunos textos constitucionales han creado la apariencia de un derecho subjetivo (fundamental) a la vivienda digna, mediante su reconocimiento expreso a los nacionales o a todas las personas. Así, encontramos las Constituciones de algunos Länder alemanes (art. 106 Const. Baviera o art. 28.1 Const. Berlín), en las que se reconoce explícitamente el derecho a acceder a una vivienda adecuada como un derecho fundamental. En los países escandinavos -de los que se toma como modelo Finlandia- también se concibe la garantía constitucional de un derecho fundamental de carácter prestacional a la vivienda, que puede ser directamente exigido ante los tribunales (el art. 19 de la Constitución de Finlandia dispone que:

“los poderes públicos promoverán el derecho a la vivienda de todas las personas y las oportunidades de acceder a su propia vivienda”). Sin embargo, no siempre este reconocimiento expreso es garantía de un auténtico derecho fundamental a la vivienda. Como ejemplo cabe citar el art. 47 de la Constitución de Ucrania de 1996 o el art. 82 de la Constitución de Venezuela de 1999, en los que, a renglón seguido de reconocer el derecho a la vivienda digna, implícitamente se circunscribe su eficacia obligatoria a la de un principio rector de la política social y económica, encomendando al Estado únicamente su satisfacción progresiva en el marco de las disponibilidades y recursos del propio Estado.

ii) La mayor parte de los ordenamientos constitucionales de nuestro entorno, al igual que en nuestro país, optan por garantizar el derecho a la vivienda digna, no como un auténtico derecho fundamental, sino como un principio rector de la política social y económica, bien sea recubierto solemnemente de una dicción propia de los derechos fundamentales pero contextualizado como un mero fin de Estado, o bien de forma directa y clara, como un principio rector que orienta de forma jurídicamente vinculante la acción del Estado. Aparte del propio art. 47 de nuestra CE, de todos los documentos constitucionales encuadrables en este modelo, mayoritario como fórmula de garantía del derecho a la vivienda digna, destaca la Constitución de Portugal de 1976, cuyo art. 65, intitulado “*Vivienda y urbanismo*”, es muy descriptivo del amplísimo contenido normativo que puede tener un derecho a la vivienda configurado como un principio rector de la política social y económica, dirigido a los poderes públicos, y ello a pesar de encontrarse inserto entre los derechos fundamentales. Al respecto, v. ALVES CORREIA, F. y GONÇALVES MONIZ, A.R., “Consideraciones sobre la promoción del derecho a la vivienda en Portugal”, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Coord. F.L.R., Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 138 y 139.

iii) Finalmente, encontramos sistemas constitucionales presididos por un modelo de garantía indirecta, que tendría lugar a través de otros derechos fundamentales o bienes de rango constitucional. En estos últimos, el derecho a la vivienda digna no se recoge textualmente como un derecho social fundamental, ni tampoco como un principio rector. Este silencio constitucional, sin embargo, no puede ser visto como una total ausencia de compromiso con dicho valor social, sino que, en muchas ocasiones, su garantía opera de forma indirecta a través de la protección de otros derechos fundamentales, o a través de su vinculación a un bien o valor de rango constitucional. Un primer ejemplo de este modelo es el ordenamiento francés, cuyo Consejo Constitucional, en diversas decisiones (entre otras, la Decisión 94-359 de 1995) ha vinculado el derecho a una vivienda digna con los objetivos de valor constitucional establecidos en el Preámbulo de la Constitución de 1946, al que sigue dando vigencia el texto de la actual Constitución de 1958. El Consejo deduce esta consecuencia del citado Preámbulo que, si bien no hace referencia alguna al derecho a una vivienda digna, sí afirma en sus apartados 10 y 11 que “*la Nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo*”, así como que “*garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre y a los viejos trabajadores, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio*”. En este sentido, como apunta INSERGUET-BRISETT, V., “La evolución del derecho francés en materia de vivienda”, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Coord. F.L.R., Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 30 y ss., la Ley francesa de 5 de marzo de 2007 ha reconocido finalmente el derecho a la vivienda como “defendible ante la justicia por los administrados mal alojados o sin alojamiento”. Un segundo ejemplo de esta garantía indirecta lo ofrece la Ley Fundamental de Bonn alemana, que expresamente no ha garantizado el derecho a la vivienda digna ni como un derecho social, ni como un principio rector de la política social y económica, existiendo diversos intentos frustrados de reforma constitucional dirigida a acoger este derecho en cualquiera de las dos anteriores formulaciones o modelos de garantía. Con todo, cabe reconducir su garantía, tal y como ha hecho el Tribunal Constitucional federal, a la obligación positiva que pesa sobre el Estado de garantizar unas condiciones mínimas necesarias para una existencia digna de la persona (art. 1.1. GG) en cumplimiento del principio de Estado social (art. 20.1 GG), condiciones de las que forman parte, sin duda, la posesión de una vivienda adecuada y suficiente, cuyo acceso el Estado está obligado a posibilitar, normativa y materialmente, pero sin que se haya derivado de uno u otro precepto un derecho subjetivo del individuo a exigir semejante prestación. Dentro de este sistema podría encontrarse también el Derecho italiano, pues como apunta CIVITARESE MATTEUCCI, S., “La política de vivienda en Italia”, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Coord. F.L.R., Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 95 y 96, aunque no esté prevista expresamente en el texto constitucional italiano, sin embargo podría extraerse del derecho a formar una familia (art. 29) que conlleva deberes a favor de otros sujetos, como aquel de mantener, educar

debiendo destacarse, además, que para el constitucionalismo clásico la vivienda constituye la expresión o el “medio para la realización de la intimidad personal y la libertad de residencia”³. Si bien, independientemente de las políticas sociales en materia de vivienda, no es aventurado afirmar que, en la situación actual, son probablemente las destinadas a la protección del adquirente las que puedan lograr una mayor efectividad.

La compraventa de viviendas es un contrato frecuente, además de, y sobre todo, un contrato de importancia capital para la mayoría de los ciudadanos, que realizan el esfuerzo de destinar al mismo una gran parte de su patrimonio durante un dilatado periodo de tiempo. Como expresamente recoge la Exposición de Motivos del RD 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, *"la vivienda constituye en la actualidad uno de esos productos de uso ordinario y generalizado. Su utilización mediante compra o en arrendamiento, constituye una actividad no sólo cotidiana, sino de gran trascendencia en la vida del consumidor"*. Para muchas personas será, con toda seguridad, su inversión más importante, tanto desde un punto de vista económico como temporal, pues con frecuencia se trata de una inversión para toda la vida que, además, irá asociada a la suscripción de otros contratos (tales como préstamo hipotecario o contrato de seguro).

Es por ello que la regulación del contrato de compraventa (arts. 1445 y ss. CC) se ha mostrado insuficiente para garantizar la plena satisfacción del adquirente, pues no sólo parte de una concepción liberal del contrato, basada en la igualdad de las partes en torno a la perfección y contenido del acuerdo (art. 1255 CC), sino que a dicha utópica posición de equilibrio se añade una escasa, por no decir inexistente, regulación de la fase previa a la celebración del contrato, a lo que hay que añadir el hecho de que su régimen está básicamente pensado para la adquisición de un bien concreto y, por tanto, desplazando a otros tipos contractuales, la posible obligación de hacer del promotor-vendedor.

La compraventa de viviendas en construcción o “sobre plano” –entendida como compraventa de cosa futura-, materia a la que dedicaré el presente trabajo, impone, como destaca la STS de 26 de mayo de 1994 (Roj: STS 4085/1994), *"la mayor lealtad en los*

e instruir a los hijos (art. 30), o al reconocerse la privacidad, ello conllevaría la necesidad de disponer de un espacio adecuado para evitar injerencias a la misma.

³ BASSOLS COMA, M., “Comentario al artículo 47 de la Constitución Española”, *Comentarios a la Constitución Española*, tomo IV, Edersa, Madrid, 2006, págs. 305 y ss.

vendedores". Su especialidad radica no sólo en la obligación del vendedor de construir y entregar conforme a las condiciones y características pactadas, sino también en el deber del comprador de pagar un precio cierto a cambio de cosa futura, debiendo, además, iniciar dicho pago antes de que el objeto de la venta le sea materialmente entregado, mediante abonos parciales que normalmente empezarán antes de que se inicie la construcción o durante el transcurso de la misma (lo que supone para el vendedor un sistema de autofinanciación para la ejecución de la obra, mediante la entrega de pagos aplazados). A la vista de dichos caracteres, tal y como expone MONDÉJAR PEÑA⁴, es indudable que "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".

Para dar solución a muchos de los problemas derivados de la obligación de entrega anticipada a la que se ha hecho referencia, surgió la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, derogada con efectos desde 1 de enero de 2016 -si bien su contenido ha sido prácticamente mantenido en la Disposición Adicional Primera de la LOE-, la cual abordó, fundamentalmente, la cuestión de las garantías que debían adoptarse respecto de la entrega de anticipos a cuenta del precio de la vivienda, en los supuestos de venta de viviendas en construcción. La alarma producida por la reiterada comisión de abusos, en ocasiones constitutivos de delito, de los que eran víctimas quienes hacían de buena fe entregas a cuenta del precio, llevó al legislador a establecer una serie de normas preventivas cuya finalidad era, según la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1968, garantizar "*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*".

⁴ MONDÉJAR PEÑA, M. I., "El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, 2007-II, págs. 209-221.

Transcurridos más de 40 años desde su entrada en vigor, volvimos a vivir, a partir de 2007, una situación social semejante a aquella en que tuvo lugar su nacimiento y que se mantiene en la actualidad, pese al tiempo transcurrido. Atrás han quedado los periodos de bonanza económica, en los que era extraño que se instara la resolución de un contrato de compraventa. Esto se debía a que al comprador no le interesaba resolver la operación, por el incremento de valor obtenido desde la firma del documento privado de reserva o de compraventa hasta la fecha de entrega y otorgamiento de escritura pública. Por otra parte, la propia promotora no se oponía a la devolución de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción, aún no estando garantizadas en la mayoría de los casos, ya que ante la resolución del contrato tenía la oportunidad de vender la vivienda a otro comprador a un precio notablemente superior.

La crisis inmobiliaria terminó con todas estas posibilidades. Los precios de las viviendas ya no suben, sino todo lo contrario y, en la mayoría de los casos, los promotores, incursos en procesos concursales o en críticas situaciones económicas, no entregan las obras en los plazos pactados, situación a la que se aferran los compradores para instar la resolución de los contratos, muchas veces también a causa del empeoramiento de su propia situación económica, y conscientes de que el precio que pactaron en el contrato privado ya no se corresponde con el precio de mercado.

En esta situación, se volvió la vista al contenido de la Ley 57/68 (actualmente, tal y como se ha indicado, derogada y remitido la mayor parte de su contenido a la DA 1º de la LOE), ignorada durante muchos años. Ignorada por los promotores, que acometieron la construcción y venta de las viviendas sin otorgar las garantías exigidas legalmente, lo que provocó que los compradores, en muchos casos, no pudieran recuperar las cantidades anticipadas. Ignorada por la Administración, por omisión del deber que le incumbe de garantizar la defensa de consumidores y usuarios, protegiendo sus legítimos intereses económicos (art. 51 CE), ya que han sido muy escasas las multas por incumplimiento impuestas por las Comunidades Autónomas. Ignorada por los propios Tribunales de Justicia, que no ha sido sino hasta hace muy poco tiempo que la han aplicado, teniendo en cuenta el carácter irrenunciable de los derechos que la misma contenía. E ignorada, incluso, por la doctrina, que no ha dedicado -igualmente, hasta una fecha relativamente reciente- apenas estudios al análisis de la misma.

Asimismo, se está otorgando especial importancia a la normativa reguladora de la protección de los derechos de los consumidores en los supuestos, objeto de estudio, de adquisición de viviendas en construcción a promotores, ya que los adquirentes de las mismas suelen tener, en la inmensa mayoría de los casos, la condición de consumidores. La adquisición de una vivienda supone, tal y como se ha indicado, una de las operaciones más trascendentales para cualquier consumidor, y por otra parte, la compraventa de vivienda sobre plano es una figura de uso generalizado que utilizan los promotores para la obtención de recursos económicos que les permitan afrontar los costes de la edificación. Por las especiales circunstancias del objeto, la propiedad de la vivienda no se transmite sino hasta que se ha concluido la construcción, lo que supone el transcurso de un dilatado lapso de tiempo, durante el cual los adquirentes están expuestos a toda clase de riesgos: que la construcción no se lleve a cabo, o no se efectúe en las condiciones acordadas, que el promotor no destine las cantidades percibidas a la construcción del edificio, que el promotor entre en situación de concurso, etc. Es por todo ello que, con el objeto de evitar las drásticas consecuencias que para el adquirente, normalmente consumidor, pueden tener todas estas circunstancias, se ha desarrollado una extensa normativa, tendente a su protección, que se halla dispersa en distintos textos legales y pretende recopilarse y analizarse a través del presente trabajo.

Y es que no hay conflicto cuando el contrato se cumple adecuadamente; las reclamaciones o demandas surgen, precisamente, cuando las cosas no resultan tal como las partes habían proyectado y se produce un incumplimiento del contrato. En tal caso, es preciso saber cuáles son los derechos que tiene cada parte -en nuestro caso, nos centraremos en la figura del adquirente-, y las vías pertinentes para hacerlos valer, si la otra parte no cumple voluntariamente. Sucede que el principal problema al que se suele enfrentar dicho adquirente, habitualmente un particular, es su propio desconocimiento de los derechos y obligaciones que conlleva una operación de esta entidad, así como de todas las normas que regulan los diferentes aspectos del proceso que, dicho sea de paso y como ya se ha apuntado, no se encuentran unificadas en el mismo texto legal, sino dispersas en diferentes cuerpos normativos, con el riesgo que ello conlleva para la seguridad jurídica, toda vez que trae consigo problemas no sólo de interpretación, sino también de determinación de la ley aplicable. A ello hay que añadir que, debido a que se trata de una

operación que normalmente no se repite a lo largo de la vida, el consumidor suele contar con una nula experiencia previa en esta materia.

Además, es necesario tener en cuenta que, como también se ha indicado, estamos ante un contrato que se dilata en el tiempo. De hecho, si se suscribe cuando aún no se ha iniciado la construcción de la vivienda, pueden transcurrir incluso varios años hasta que la entrega se produzca definitivamente, siendo múltiples los problemas que se pueden presentar al adquirente hasta que dicha entrega tenga lugar -y que van desde retrasos en el plazo de construcción fijado, alteraciones en los planos o cambios en las calidades, hasta la falta de liquidez del promotor que lo lleven a situaciones de concurso, entre otros muchos-, debiendo considerarse que dicha entrega podría también no producirse. Complicaciones que pueden continuar incluso una vez entregada la vivienda, habida cuenta que la misma podría adolecer de vicios o defectos derivados de una negligente labor de construcción.

Por todo lo anterior, lo que se busca con el presente trabajo es hacer un estudio pormenorizado de todos los derechos que otorga el ordenamiento jurídico a los compradores de vivienda “sobre plano” o en construcción, con la finalidad de proteger la posición de los mismos, mucho más vulnerable que la contraparte, el promotor-vendedor, frente a los posibles incumplimientos de éste, recorriendo todo el íter que va desde la publicidad e información previa a la suscripción del contrato hasta un momento posterior a la entrega, para el caso de que existan vicios o defectos constructivos por los que se puedan reclamar responsabilidades. Se pretende, por tanto, elaborar una suerte de guía de los derechos y garantías que nuestro ordenamiento otorga al adquirente de vivienda “sobre plano”, que abarque, si no todos, la mayoría de problemas que se le pueden plantear al comprador, en caso de que el vendedor-promotor no cumpla con lo que le incumbe, y los medios legales con los que cuenta para hacer frente a dichos problemas que pueden plantearsele.

Se entiende que este examen amplio de todas las circunstancias que concurren en el contrato de compraventa de vivienda “sobre plano” es necesario, no sólo por el hecho de que el objeto del contrato es un bien esencial y de máxima importancia para el adquirente, sino también, y especialmente, porque supone una de las mayores inversiones que una persona hace a lo largo de su vida. Por ello, está perfectamente justificada la

elaboración del presente estudio, que pretende abarcar la problemática más habitual que se puede presentar a un futuro adquirente de vivienda, así como las garantías con las que cuenta desde el momento inicial, anterior incluso a la firma del contrato, hasta un momento posterior a la entrega del inmueble, para el caso de que se produzcan daños responsabilidad del promotor (o del resto de agentes que intervengan en la construcción), deteniéndonos muy especialmente en las consecuencias de la falta de entrega de la vivienda y los derechos que asisten al adquirente para recuperar las cantidades anticipadas, dadas a cuenta del precio.

CAPÍTULO PRIMERO.- LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN PROYECTO O EN CONSTRUCCIÓN. EL ADQUIRENTE DE VIVIENDA COMO CONSUMIDOR

I. INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

El contrato de compraventa fue, en el Derecho Romano, uno de los contratos típicos, por la importante función que desempeñó para el intercambio de bienes. En su evolución se observa un progresivo perfeccionamiento desde la compraventa real, manual, o natural, mediante una forma solemne (*mancipatio*) o no solemne (*traditio*), propia del Derecho Romano primitivo, hasta la compraventa consensual y productora de obligaciones, propia del Derecho Romano Clásico⁵. Dicho contrato de compraventa, tal y como lo conocemos en la actualidad, tiene su antecedente más cercano en la regulación llevada a cabo por el *Code* francés, aunque, a diferencia de éste (y también respecto de otros de nuestro entorno), el contrato de compraventa regulado en el Código Civil español no da lugar por sí mismo a la transmisión del dominio sobre la cosa vendida, sino que para ello es preciso que se den los presupuestos del art. 609 CC, es decir, además de un título válido, es necesario un modo de adquirir (tradición), lo que también prevé el art. 1095 CC⁶.

El concepto legal del contrato de compraventa viene recogido en el art. 1.445 CC, conforme al cual “*por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente*”, si bien, como se ha afirmado, “más que dar una definición de

⁵ La forma más primitiva de compraventa, según refiere D'ORS, J.A., *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1991, págs. 212, 213 y 540, consistió en el trueque de cosa y precio, que se realizaba como simple intercambio manual para la compra de *res nec mancipi* y adoptaba la forma solemne de *mancipatio* para la compra de *res mancipi* -la *mancipatio* era un acto privado solemne, que consistía en la declaración de un adquirente, que se apoderaba formalmente de la cosa, en presencia del propietario de ésta, y en el acto de pesar un metal en una balanza de platillos; mediante este acto se adquiría la propiedad civil sobre las *res mancipi*, consideradas éstas como aquellas cosas más permanentes, tales como tierras, esclavos o animales, frente a las *res nec mancipi*, que eran los bienes de cambio o, en cualquier caso, de menor valor-. Una vez que la Jurisprudencia llegó a admitir la perfección del contrato por el simple consentimiento, las obligaciones de entregar y pagar se presentaron como simultáneas.

⁶ En este sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “Comentario al artículo 1445 CC”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1993, pág. 887.

compraventa, lo que el art. 1.445 hace es describirlo”⁷, al recoger las dos obligaciones principales que de él derivan. Doctrinalmente, la compraventa se caracteriza por ser un contrato consensual -ya que se perfecciona por el mero consentimiento (art. 1450)-, oneroso -debido a que supone desplazamientos patrimoniales para ambas partes-, bilateral -genera obligaciones recíprocas-, generalmente conmutativo -la obligación que asume una parte suele ser equivalente a la contraída por la otra- y obligacional o simplemente productor de obligaciones: para el vendedor, la entrega y el saneamiento de la cosa vendida (art. 1461), y para el comprador, el pago del precio (art. 1500)⁸.

Finalmente, junto con GARCÍA GIL⁹, creo necesario indicar que no pierde su condición de contrato traslativo de dominio, si bien entendiendo que en nuestro ordenamiento jurídico, inspirado en el modelo romano, la compraventa no transfiere por sí misma el dominio de la vivienda, aunque produce en el vendedor la obligación de transmitirlo, fenómeno que se producirá a través del hecho de la entrega. Es, por tanto, un contrato que “legalmente puede transmitir el dominio”¹⁰: así, la venta sirve de título para la transmisión de la propiedad, y la entrega, de modo de adquirir¹¹.

⁷ ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario al artículo 1.445 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Dir. R.B.R.C., tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10166.

⁸ RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentario al art. 1445 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 1678.

⁹ GARCÍA GIL, F.J., *La compraventa de vivienda*, Dykinson, S.L., Madrid, 1999, pág. 21.

¹⁰ ATAZ LÓPEZ, “Comentario al art. 1445 CC”, *op. cit.*, pág. 10170.

¹¹ En consecuencia, el contrato de compraventa, por sí solo, carece de virtualidad transmisiva: únicamente sirve de título para adquirir el dominio de la cosa vendida (conforme a la doctrina del título y el modo -arts. 609 y 1095 CC-), por lo que ese efecto transmisivo será una consecuencia de la entrega de la cosa (“*traditio*”), y no de la perfección del contrato. En este último sentido es en el que la jurisprudencia refiere la compraventa como un contrato traslativo de dominio (SSTS de 18 de julio de 2006, Roj: STS 4426/2006, o de 14 de marzo de 2003, Roj: STS 1751/2003, entre otras muchas).

Ahora bien, en cuanto a la cuestión de si es obligación del vendedor transmitir la propiedad de la cosa vendida al comprador, se trata de un problema más complejo en el que interfieren los antecedentes históricos, el Derecho comparado, la doctrina y la poca claridad del Código Civil. Así, en el Derecho Romano, el vendedor no estaba obligado a transmitir la propiedad al comprador, sino sólo a entregarle la cosa y mantenerle en la pacífica posesión de la misma; si bien en el Derecho moderno hay una tendencia a imponer al vendedor esta obligación, pues cuando el comprador celebra un contrato de compraventa, lo que pretende es adquirir la propiedad de la cosa y no sólo su posesión. En este sentido, códigos como el francés, el italiano o el alemán establecen con claridad la obligación del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa vendida al comprador. Sin embargo, el Código Civil español no establece nada al respecto, dividiéndose en este punto la doctrina:

a. Un amplio sector entiende que la transmisión del dominio no es esencial a la compraventa, ni obligación taxativa del vendedor. Así, ROCA SASTRE, “La venta de cosa ajena. El riesgo en el contrato de compraventa”, *Estudios de Derecho Privado, volumen I*, 1948, págs. 377 y ss., entiende que nuestro Código Civil sigue sustancialmente el sistema romano, y según ALBALADEJO, “La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa”, *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1955, págs. 141 y ss, la

Es por ello que es preciso distinguir entre la transmisión del dominio consecuencia de la perfección del contrato de compraventa (lo que no sucede en nuestro Derecho, como ya se ha indicado) y la posible existencia de una obligación en el vendedor de transmitir la propiedad de la cosa vendida, pues en este último caso, y a pesar de que de su régimen jurídico se deduce que el vendedor a lo único que se obliga es a entregar la posesión legal y pacífica de la cosa, existen argumentos que permitirían defender lo contrario. Resultaría así de los antecedentes históricos (Proyecto de 1851 y Código francés), en los que la específica mención a la obligación del vendedor a transmitir la propiedad resultaba innecesaria, al producirse de forma automática con la perfección del acuerdo, motivo por el que la regulación actual, siendo heredera de aquellos, tampoco la menciona, pero sin que ello implique, sin más, que dicha obligación no estuviese presupuesta. De hecho, dicha obligación se deduce de las expresiones empleadas constantemente por el Código, como “adquirente” y “dar”; de que la posesión garantizada es la posesión en concepto de dueño, y de ahí que la evicción opere cuando el comprador es despojado de todo derecho

transmisión de la propiedad no es esencial, ni siquiera natural en la compraventa, sino sólo el supuesto normal (ambos autores son citados por GARCÍA CANTERO, que también se decanta por esta opinión en “Comentarios a los arts. 1445 al 1541”, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Dir. M.A., Tomo XIX, EDERSA, Madrid, 1991, págs. 177 y 178). Como argumentos de esta tesis, se alega que los arts. 1445 y 1461 CC sólo obligan a entregar la cosa vendida, pero no a transmitir el dominio, que la acción de saneamiento por evicción contra el vendedor se da en el sólo caso de que el comprador sea perturbado en su posesión legal y pacífica, y no por el hecho de faltarle al vendedor la propiedad (art. 1474 CC) y que el Código Civil admite la venta de cosa ajena y la venta con pacto de reserva de dominio, que no se podrían entender si la transmisión de la propiedad fuera obligación esencial del vendedor.

b. Otros autores sostienen la tesis contraria (GAYOSO ARIAS, MORENO MOCHOLÍ, PEIDRÓ PASTOR, DE BUEN, GUYÓN, también citados por GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, op. cit., págs. 197 y ss.) porque sólo así se comprenden las alusiones de los arts. 1473 y 1509 CC a la transmisión del dominio como efecto de la compraventa, y alegan que el hecho de que el Código Civil no se refiera a la transmisión de la propiedad en sede de compraventa, se entiende si pensamos que, dada la teoría del título y modo, la propiedad sólo se transmite si el contrato va acompañado de la entrega de la cosa.

c. DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, Tecnos, Madrid, 1992, págs.69 y ss. (respecto a la tradición en particular, v. la obra del mismo autor “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho Español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1966, págs. 555 y ss.) concluye con una tesis intermedia, señalando que, aunque se mantenga la teoría de que el vendedor no está obligado a transmitir la propiedad al comprador, no es menos cierto que no hay ningún precepto en el Código Civil que prohíba al vendedor asumir esta obligación, expresa o tácitamente. Es más, esto es lo que ocurre por regla general en el tráfico ordinario, hasta tal punto que se entiende que es una de las obligaciones que integran el contrato de compraventa, y que está fundada en los usos.

En la Jurisprudencia también hubo inicialmente dudas, aunque finalmente ha predominado la tesis de la STS de 27 de mayo de 1959, entre otras, que dice que el contrato de compraventa se caracteriza, precisamente, por la transmisión que por él se hace del dominio de una cosa. A dicha Sentencia, veinte años después, se refiere la STS de 12 de febrero de 1979 (Roj: STS 4627/1979), al indicar que “*la característica esencial de la compraventa es la transmisión de dominio que viene contenida en la jurisprudencia contenida (sic) en las sentencias de 26 de junio de 1924, 8 de marzo de 1929, 27 de mayo de 1959*”.

en relación con el bien adquirido; y, en fin, como se ha señalado, de la función social y legal que este contrato cumple¹².

Respecto a los sujetos del contrato de compraventa, éstos son el vendedor y el comprador, pudiendo intervenir en la celebración del mismo todos aquellos a quienes “*este código autoriza para obligarse*” (art. 1457 CC), remitiéndose, por tanto, a las normas generales sobre capacidad¹³. Distintos de la incapacidad para celebrar la compraventa son, por otra parte, los supuestos de prohibición de adquirir por compra que establece el art. 1459 CC respecto de determinadas personas (por ejemplo, la prohibición de los mandatarios de adquirir los bienes de cuya administración o enajenación estuvieren encargados).

Constituyen sus elementos reales, la cosa que sea objeto del contrato y el precio. En lo que se refiere a las cosas susceptibles de compraventa, éstas: **a)** deben existir –su existencia ha de ser real o, al menos, posible en un futuro (si la cosa objeto del contrato no existe en el momento de la perfección del contrato, debe existir en el momento de su cumplimiento)-, si bien puede ser cualquier “cosa”, en el sentido jurídico de la palabra (corporal o incorporeal, material o inmaterial, mueble o inmueble); **b)** deben estar determinadas: el objeto de todo contrato ha de ser una cosa determinada en cuanto a su especie (si atendemos al art. 1273 CC, no es necesaria la determinación en el momento de otorgarse el contrato, sino que basta con que pueda determinarse sin necesidad de nuevo convenio); y **c)** conforme al art. 1271 CC, la cosa vendida debe ser de lícito comercio, es decir, que deben ser objetos patrimoniales, transmisibles y no afectos a una prohibición legal de venta.

El segundo elemento real del contrato, el precio, debe: **a)** ser consistente en dinero –este rasgo es el que, en esencia, distingue el contrato de compraventa de la simple permuta¹⁴-; **b)** ser verdadero o real, por el carácter oneroso de la compraventa: los

¹² ATAZ LÓPEZ, “Comentario al art. 1445 CC”, op. cit., págs. 10170 y 10171.

¹³ El hecho de que se trate de un contrato dispositivo, de ahí la capacidad precisa y la restricción que el Código prevé en el art. 323 para el menor emancipado en relación con determinados bienes, es argumento añadido para sostener que existe obligación de transmitir la propiedad en el vendedor.

¹⁴ Conforme al art. 1.446 CC, “*si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario*”.

contratantes deben tener la intención de pagarlo y percibirlo. Si el precio existe, pero es simulado -supuesto que puede concurrir cuando se fija un precio irrisorio, atendiendo al objeto del contrato-, la venta deja de ser tal y el contrato sería nulo, tal y como resolvió la STS de 11 de enero de 2007 (Roj: STS 822/2007), que unificó la postura del Alto Tribunal respecto de esta cuestión, ya que anteriormente se habían mantenido al respecto tesis contradictorias, y dispuso que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que encubre¹⁵; y c) ser determinado o cierto -si bien no es necesaria su determinación cuantitativa en el momento de celebrarse el contrato, sino que basta con que pueda determinarse sin necesidad de un

¹⁵ La simulación contractual se produce cuando no existe la causa que se expresa en el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta. Simular un negocio equivale a fingir o aparentar una declaración de voluntad que realmente no es querida por las partes. La voluntad real o subyacente puede consistir en no celebrar negocio alguno o celebrar un negocio distinto al aparentemente realizado. Ahora bien, no existe en nuestro Código Civil precepto legal específico que se refiera a esta figura.

Son requisitos de la simulación: a) una divergencia querida y deliberadamente producida entre la voluntad y su manifestación; b) un acuerdo simulatorio entre las partes; y c) un fin de engaño a los terceros al acto. Doctrinalmente se distinguen dos tipos de simulación: a) la simulación absoluta, que tiene lugar cuando se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica. La consecuencia de la simulación absoluta es la inexistencia de causa y la consiguiente nulidad radical o de pleno derecho del contrato en cuestión; y b) la simulación relativa, por la que se aparenta la celebración de un negocio jurídico querido, llevando a cabo en realidad otro, de forma que el negocio aparente o simulado encubre otro real y disimulado. La consecuencia de la simulación relativa es la nulidad del negocio aparente como consecuencia de la inexistencia de causa, siendo válido el disimulado, siempre que sea lícito y reúna los requisitos necesarios, BERTOLÁ NAVARRO, I., “Los negocios jurídicos simulados”, <http://blog.sepin.es/2014/10/los-negocios-juridicos-simulados/> (última consulta, 30 de mayo de 2017).

Un supuesto típico de simulación es aquel en el que dos personas formalizan un contrato de compraventa a un precio muy bajo. Formalmente, están exteriorizando un contrato de compraventa, pero en realidad lo que han querido es ocultar una donación. A este supuesto se refiere la importante STS de 11 de enero de 2007 (Roj: STS 822/2007) citada, que refleja la postura al respecto por la que ha optado el Tribunal y que se mantiene hasta la fecha, tras una sucesión de resoluciones contradictorias, como se relata en la propia sentencia, conforme a la cual *“esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo animus donandi del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 Cód. civ., cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos.*

Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El art. 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el animus donandi del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico”.

nuevo convenio entre las partes (art. 1273 CC, en relación con los arts. 1445 y 1447 a 1450 CC¹⁶); así, desde el punto de vista de la relación contractual, el precio adquiere, entonces, un carácter objetivo: o es fijado expresamente (precio determinado), o bien será concretado de acuerdo con los criterios convenidos por los contratantes (referencia a cosa cierta, arbitrio de persona determinada, referencia a un índice...). Es lo que podríamos denominar una cuantificación del precio, lo que puede tener lugar en el momento de la perfección del contrato, cuando es directamente fijado por las partes, o bien con posterioridad y de forma indirecta mediante el recurso a los parámetros que las partes hayan seleccionado¹⁷.

No exige el Código Civil que el precio sea justo, no admitiendo la rescisión por lesión, a diferencia del Derecho Romano y de los Derechos catalán y navarro¹⁸. Como

¹⁶ Sobre la determinabilidad del precio y las formas de su concreción, puede consultarse GARCÍA PÉREZ, C.L., “Árbitro, arbitrador o dictaminador en el artículo 1447 CC”, *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 901 y ss., y de la misma autora, “Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable”, *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 913 y ss.

¹⁷ Ésta parece ser, de hecho, la principal finalidad de la norma. Es decir, no pretende tanto dar seguridad a los contratantes sobre la cuantía exacta del precio, como conferir a éste un carácter objetivo. De este modo, aunque en el momento de la perfección del contrato el precio resulte indeterminado, su fijación ya no dependerá de la voluntad de las partes, sino de criterios de su elección, pero ajenos a ellas. Este planteamiento implica que la determinación del precio es un requisito para la validez y eficacia del contrato: en este sentido, la jurisprudencia española sigue aplicando el criterio de que es imposible la subsistencia del contrato cuando falta la prueba de la cuantía del precio. Así, cabe citar la STS de 25 de mayo de 2006 (Roj: STS 3353/2006). En el supuesto enjuiciado, las partes habían acordado una compraventa verbal de solar con edificaciones, habiendo abonado los compradores 23.700.000 pesetas, cuyo percibo reconocían los demandados. Por tanto, no se niega la existencia de un acuerdo, también sobre el precio; incluso se había iniciado la ejecución del contrato. Pero cuando los compradores reclaman el otorgamiento de escritura pública se plantea la discrepancia respecto de la cuantía del precio: la parte compradora sostiene que corresponde a 24.000.000 de pesetas y los vendedores a 40.000.000 de pesetas. El tribunal acuerda la devolución de las cantidades percibidas señalando que no puede reconocer la validez y eficacia del contrato pues, a falta de prueba, la indeterminación del precio no puede ser suplida por los tribunales ni por el arbitrio de uno de los contratantes, TRIGO GARCÍA, B., “Precio indeterminado: Dogmática jurídica y realidad del tráfico”, <http://codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=290>, (última consulta, 4 de diciembre de 2016). Sobre esta cuestión puede también consultarse GARCÍA PÉREZ, C.L., “Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable”, *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, T. II, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 913 y ss.

¹⁸ En Derecho Romano, Justiniano estableció para la venta de inmuebles la facultad de rescindir el contrato si el precio era inferior a la mitad del valor verdadero del inmueble. Esta figura, conocida como acción de rescisión por lesión "*ultradimidium*", fue también recogida en el derecho Canónico y en las Partidas, pero finalmente fue eliminada de nuestro actual Código Civil de 1889, si bien permanece vigente todavía tanto en el derecho civil catalán como en el derecho foral de Navarra. Así, El art. 321 del RD 1/84, de 19 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Compilación Catalana, establece que "*los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante*

excepciones a esta regla general de libertad de precios, podríamos señalar la rescindibilidad de determinadas ventas de bienes de menores o ausentes ex art. 1291 CC, así como los supuestos de fijación de precios tasados, como es el de las viviendas protegidas.

Finalmente, en cuanto a los elementos formales del contrato –o forma de celebración-, la compraventa se perfecciona por el mero consentimiento. Así, el art 1.450 CC dispone que *"la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado"*. Ello no obstante, pueden, desde luego, los contratantes supeditar la validez de la compraventa al otorgamiento de escritura pública, si bien, en cualquier caso, de no mediar tal pacto, el contrato existirá y será eficaz cualquiera que sea la forma (verbal, documento privado, etc...) en que las partes lo hubiesen celebrado, siempre que concurren los requisitos esenciales de todo contrato: consentimiento de los contratantes, objeto cierto y causa de la obligación que se establezca (art.1261 CC).

II. LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA “SOBRE PLANO” O EN CONSTRUCCIÓN COMO COMPRAVENTA DE COSA FUTURA. CARÁCTER MIXTO O COMPLEJO DEL CONTRATO

1.- Breve examen de las diferentes teorías sobre la compraventa de cosa futura

Por circunstancias socioeconómicas diversas, es muy habitual en la actualidad que el objeto del contrato de compraventa de vivienda sea una vivienda en proyecto o en construcción –conocida comúnmente como “venta sobre plano”-, que se caracteriza por ciertas peculiaridades. Concretamente, en estos supuestos, al dilatarse en el tiempo la entrega de la vivienda, también el abono del precio por el comprador se fracciona temporalmente (normalmente, en varios pagos antes de la entrega y abono posterior del

haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez”. Por su parte, en el derecho navarro, la rescisión por lesión se regula a partir de la Ley 499 de su Compilación (aprobada en virtud de la Ley 1/73, de 1 de marzo), a cuyo tenor *"quien haya sufrido lesión enorme, a causa de un contrato oneroso que hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo. Se entenderá por lesión enorme el perjuicio de más de la mitad del valor de la prestación, estimada al tiempo del contrato. Si el perjuicio excediere de los dos tercios de aquel valor, la lesión se entenderá enormísima"*.

resto del precio, concertando un préstamo hipotecario). A ello hay que añadir que en estos supuestos de “venta sobre plano”, nos encontramos ante un vendedor-promotor (es decir, que actúa dentro de su ámbito profesional).

En la gran mayoría de estos casos de venta de vivienda en proyecto o en construcción, dicha vivienda no sólo no está concluida, sino que ni siquiera se ha iniciado su ejecución, calificándose este contrato por buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia como “compraventa de cosa futura”, es decir, aquella cuyo objeto es inexistente al momento de la venta. El soporte legal de esta figura lo hallamos en el art. 1.271 CC, que dispone que “*pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras*”.

Se han planteado por la doctrina al respecto diversas cuestiones, tales como si la compraventa de cosa futura es un contrato sin objeto, que no existe o sólo está “*in itinere*”; que las cosas que no existen “*in rerum natura*” no pueden ser objeto de un contrato definitivo, sino sólo de un precontrato; que se trata de un contrato con dos fases, la primera constituida por el consentimiento sobre la cosa y el precio, y la segunda, por la actuación ejecutiva de ese consentimiento precedente; o que la compraventa de cosa futura es, en sí misma, un contrato futuro, pues si falta la transmisión de la propiedad, falta realmente el cambio de cosa por precio, de manera que sería cuando la cosa exista, el momento en que el contrato debería ser tenido por tal.

A estos interrogantes trataron de dar respuesta diversas teorías, sistematizadas por la doctrina italiana –PERLINGIERI¹⁹–, que incluye en un primer grupo aquellas que niegan que el contrato tenga un objeto, porque consideran que éste no existe o sólo está *in itinere* y, al tiempo, rechazan el carácter condicional del negocio. En este grupo se encuentran:

a) *Teoría de la promesa bilateral de contrato*. Las cosas que no existen *in rerum natura* no pueden ser objeto de un contrato definitivo, sino sólo de un precontrato.

¹⁹ PERLINGIERI, P., *Il negozi su beni futuri, Vol I: La compraventa di cosa futura*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell’Università di Napoli, Jovene, Nápoles, 1962, págs. 73 y ss.

b) *Teoría del contrato en formación sucesiva*. Surge como reacción ante la anterior. No es que cuando se celebre la compraventa esta sea un segundo contrato, ya que se celebra uno sólo en dos fases: la primera está constituida por el consentimiento sobre cosa y precio; la segunda por actuación ejecutiva de ese consentimiento antecedente y se manifiesta por la adquisición de la propiedad de la cosa por el comprador.

c) *Teoría del consentimiento anticipado*. La compraventa de cosa futura es el resultado de una inversión del orden cronológico de formación del negocio jurídico. Este comprende diversos elementos, entre los que hay algunos que, normalmente, existen ya antes de la formación del consentimiento. Pero puede suceder que falten en ese momento y que la Ley consienta que sobrevengan en una fase posterior. En tal caso, al concluir un contrato antes de que alguno de esos elementos se haya realizado, las partes estarán anticipando la formación del consentimiento.

d) *Teoría del procedimiento objetivamente incompleto*. Es muy cercana a la del contrato de formación sucesiva, la cual, no obstante, se rechaza por considerar que responde a una idea estática y que toma en consideración los eventos, como hechos simples, sin analizar su causa ni su aspecto dinámico.

e) *Teoría del contrato futuro*. La compraventa, al recaer sobre una cosa futura, es, en sí misma, un contrato futuro. Se entiende que si falta la transmisión de la propiedad, falta realmente el cambio de cosa por precio, la causa del contrato y la misma compraventa. Cuando la cosa exista, será el momento en que el contrato deberá ser tenido por tal.

f) *Teoría del supuesto traslativo complejo*. Concurren el contrato de compraventa y un hecho posterior, uno y otro con funciones y valores diversos: el primero es el elemento decisivo para la eficacia del conjunto; el segundo tiene la función de promover o impedir la eficacia de la cual aquél está dotado. Esta tesis rechaza que este hecho ulterior constituya una condición.

g) *Teoría del negocio per relationem*. La compraventa de cosa futura constituye un supuesto especial de determinación *per relationem* del objeto del contrato.

h) *Teoría del contrato a plazo*. En el caso de que sea incierta la cualidad de la cosa y no su futura existencia, la venta de cosa futura se debe considerar a término.

Por otro lado, en un segundo grupo incorpora PERLINGIERI las teorías que explican la naturaleza jurídica de la compraventa de cosa futura mediante la condición. En este grupo menciona:

a) *Teoría que considera suspendida la validez del contrato*. Al faltar un requisito de validez del contrato, como es la cosa *non in rerum natura*, aquella queda suspendida o pendiente. No puede calificarse el contrato como válido ni como inválido, pues las partes no están vinculadas por sus declaraciones y deben esperar: si la cosa finalmente existe, el contrato se considera válido desde siempre; en otro caso, será inválido.

b) *Teoría que considera sólo suspendida la eficacia del contrato*. La compraventa de cosa futura tiene un objeto y es totalmente válida. Sólo su eficacia real está suspendida, a la espera de que la cosa efectivamente exista²⁰.

En nuestro país, según ROGEL VIDE, la compraventa que tiene por objeto una cosa futura que se espera que llegue a existir, constituye una auténtica compraventa con todos sus elementos esenciales; es conmutativa y produce efectos jurídicos obligatorios, independientes de la inexistencia actual de la cosa. Sin embargo, considera evento condicionante la venida a existencia de aquella, de forma que algunas obligaciones dependerán de que dicha condición se cumpla, y entre ellas, el efecto real de la transmisión de la propiedad. Por ello, si la cosa llega a existir en un momento posterior, la venta será plenamente eficaz, mientras que en caso contrario, será ineficaz, ya que aquél evento, como requisito de eficacia del contrato, afecta a todo él²¹.

²⁰ Sin embargo, para RUBINO, D., *La compravendita*, Giuffré, Milán, 1952, págs. 225 y ss., no se trata de un negocio condicional, dado que no se puede someter a condición un requisito esencial del negocio, como es el objeto.

²¹ ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975.

2.- La compraventa de vivienda en construcción como compraventa de cosa futura

Cualquiera que fuera la tesis que se pretenda sostener, lo cierto es que el tratamiento jurisprudencial del objeto del contrato (la propia vivienda, en proyecto o en construcción) ha sido el de su consideración como cosa futura *determinada*, y no como cosa futura *incierta*, es decir, como compraventa de cosa futura (*emptio rei speratae*) y no como compraventa de esperanza (*emptio spei*²²), lo que implica que el vendedor asume la obligación de llevar a cabo las actuaciones necesarias para que la vivienda objeto del contrato llegue a tener existencia, así como de entregarla al comprador una vez materializada. Del propio modo, el vendedor se convierte en titular de un derecho de crédito o personal frente al comprador, obligado a su vez a abonar un precio al vendedor, correlativo a la obligación de éste de entregarle la cosa²³.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la compraventa de vivienda “sobre plano” -como ejemplo, la STS de 19 de julio de 2012, Roj: STS 5760/2012-, considerándola como un contrato sobre cosa futura, en el que el vendedor no sólo asume la obligación de entrega de la cosa objeto del contrato -en este caso, una vivienda-, sino también la obligación preparatoria de construirla, o promover su construcción. En efecto, el Tribunal Supremo viene calificando

²² Mientras que la compraventa de cosa futura en esta modalidad de *emptio rei speratae*, o compraventa de cosa esperada, es un contrato conmutativo y perfecto desde la prestación del consentimiento, caracterizado por la obligación en el período anterior al nacimiento de la cosa, de no impedir su producción e incluso (si así se desprende de pacto o de la buena fe) de cooperar al acaecimiento de ésta (y si la cosa no llegara a existir, el vendedor no podrá cumplir su obligación de entrega y nada se deberán recíprocamente las partes), según RODRÍGUEZ MORATA, “Comentario al art. 1445 CC”, *op. cit.*, pág. 1679, la segunda modalidad de venta de cosa futura conocida como *emptio spei* –*compraventa de esperanza*-, constituiría un contrato aleatorio, en cuanto que el comprador deberá pagar el precio con independencia de que la cosa llegue a existir (imputándose al comprador, en consecuencia, el riesgo de la inexistencia futura de la cosa objeto del contrato). Es necesario advertir que la propia configuración de la *emptio spei* ha hecho que cierto sector de la doctrina le haya negado la consideración de compraventa, calificándola como contrato atípico, al que sólo por analogía son aplicables las normas de la compraventa.

²³ Al respecto, la STS de 22 de marzo de 1993 (Roj: STS 1805/1993), con cita de otras, literalmente dispone: “*en aras de una mayor precisión técnico-jurídica, exigible a toda resolución casacional, ha de agregarse que los contratos verdaderamente celebrados entre las partes fueron sendas compraventas de cosa futura (“emptio rei speratae”), cuya calificación corresponde (Sentencias de esta Sala de 17 de Febrero de 1967, 3 de Junio de 1970, 30 de Octubre de 1989) a la de una vivienda o local comercial en proyecto de construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación, y en la que el vendedor, una vez que la ha terminado, asume la obligación de entregarla al comprador, quien deberá pagar, obviamente, el precio pactado, que es lo ocurrido en el supuesto que nos ocupa”.*

este negocio jurídico como compraventa de cosa futura, cuya posibilidad viene admitida por el art. 1271 CC, en el sentido de que la vivienda no existe en el momento mismo en que surge la obligación, pero sí hay seguridad o gran probabilidad de que llegará a existir (así, por todas, SSTs de 30 de octubre de 1989 - Roj: STS 5883/1989- o de 22 de marzo de 1993 - Roj: STS 1805/1993-)

Ello sentado, hay que añadir que, al existir conformidad tanto en el objeto –por estar determinada la vivienda que se va a adquirir, aunque sea simplemente mediante la identificación sobre plano de la futura edificación-, como en el precio y en las obligaciones recíprocas de ambas partes, concurren los requisitos esenciales del contrato de compraventa previstos en los arts. 1.445 y 1.450 CC. Por tanto, el contrato es perfectamente válido, sin que sea preciso que la cosa objeto del contrato –la vivienda- exista en este momento inicial para el nacimiento de la relación contractual, pues es bastante con que pueda existir –art. 1.271 del CC-. Tampoco es preciso, en esta primera fase meramente obligatoria, que quien se obligó a entregar tenga poder de disposición sobre la cosa prometida, dado que no es en este momento o fase del contrato cuando éste se tiene que ejecutar, sino que ahora su compromiso es el de una obligación de hacer, tal es la construcción de la edificación.

Por el contrario, el objeto (la vivienda) sí habrá de existir, y será exigible el referido poder de disposición del vendedor, en el momento en que se haya estipulado que deba producirse la entrega, para que, en su caso, pueda tener lugar el efecto real proyectado o previsto y, a la vez, para producirlo es necesario que quien entrega la cosa, tenga la legitimación para ello. Si la cosa no existe, el obligado a ello no podrá entregarla; si no tiene la libre disposición de la misma, el pago no será válido –art. 1.160 del CC-. Así, la cosa ha de existir en el momento en que tenga que cumplirse la obligación de entrega, y el transmitente debe estar legitimado para disponer de ella también en ese momento, a fin de que el efecto contractual querido se produzca. De ahí que la compraventa de cosa futura se perfecciona cuando comprador y vendedor consienten sobre precio y cosa, aunque ésta no exista o carezca el vendedor del poder de disposición sobre ella. Desde ese mismo momento, queda el vendedor obligado a entregar, aunque esa obligación no pueda cumplirse hasta un momento futuro. Sin embargo, para que el cumplimiento de la obligación de entrega provoque el cambio real previsto a través de la tradición, es preciso que la cosa exista y que el deudor esté legitimado para transmitirla

en el momento pactado. Así, el efecto real proyectado en el contrato de compraventa se encuentra a la espera de un acontecimiento futuro.

Esto se debe a que nuestro ordenamiento, tal y como ha quedado esbozado en apartados anteriores del presente trabajo, sigue el sistema romano consensualista, en el que la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato, si ésta no es seguida de la tradición o entrega, que señala el momento de la consumación de la venta. Es entonces, con la entrega, en cualquiera de las formas admitidas por la ley, cuando surge el verdadero “*ius in rem*” sobre la vivienda adquirida, ejercitable “*erga omnes*”.

En cuanto a las formas de entrega reconocidas por nuestro ordenamiento, cabe distinguir entre: *i*) *entrega real*, que es aquella a que alude el art. 1462 CC, cuando indica que “*se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y disposición del comprador*”; *ii*) *entrega simbólica*, que se produce cuando lo que se entrega es un elemento accesorio, en el que queda representada la cosa principal, siendo el ejemplo más característico el de la entrega de llaves (que deben ser las que legítimamente se puedan utilizar para acceder a la vivienda, y debe efectuarse con *animo solvendi* y no con otra finalidad, como de custodia o exhibición); por último, hay que referirse a la *iii*) *entrega instrumental*, prevista también el art. 1462 CC, en su párrafo 2º, que equipara el otorgamiento de escritura pública a la entrega de la cosa objeto del contrato. Ahora bien, esta tradición instrumental supone, en cualquier caso, una presunción de entrega *iuris tantum*, que no implica necesariamente que se transfiera la posesión, combatible cuando no concuerda con la realidad (STS de 19 de noviembre de 1975, Roj: STS 1637/1975)²⁴. De hecho, para que el otorgamiento de la escritura equivalga a la entrega de la vivienda, es necesario que el vendedor la posea o se halle en condiciones de entregarla, lo que en los casos de compraventa de vivienda en construcción suele equipararse, como veremos, al hecho de haber obtenido la cédula de habitabilidad, sin la cual normalmente, en la práctica, no se procede al otorgamiento de escritura pública de compraventa.

Partiendo de todas estas premisas, podemos definir la compraventa de vivienda sobre plano como aquella modalidad contractual en virtud de la cual, una de las partes, el vendedor y promotor inmobiliario, se obliga a entregar al adquirente una vivienda

²⁴ GARCÍA GIL, *La compraventa de vivienda*, op. cit., pág. 95.

terminada, a cambio de un precio, vivienda que se compromete a edificar y que, en el momento de perfeccionarse el contrato, se encuentra en proyecto o en construcción. Así, en esta modalidad de compraventa, en el momento de la firma del contrato las viviendas no tienen existencia actual, sino futura, aunque sí están gráficamente pre-configuradas, en un plano. En este mismo sentido, la STS de 19 de julio de 2012 (Roj: STS 5760/2012) dispone que “*el contrato en el que se combina la obligación de construir con la de entrega de un piso o apartamento una vez construido el edificio es un contrato complejo, que requiere que la cosa futura no sea imposible en cuanto a su existencia*”.

En síntesis, en el contrato de compraventa en construcción, el vendedor, junto a la obligación de entregar la cosa vendida, asume también la de promover la construcción, tarea esta última que se diversifica en una de gestión y otra ejecutiva: **i)** la tarea de gestión comprende la financiación de la obra, tramitación de permisos y licencias, contratación de técnicos (arquitecto, aparejador, proyectista...) e incluso contratación de empresa constructora, si no asumiera esa función; **ii)** la tarea ejecutiva abarca la programación y coordinación de la obra, propiamente dicha, lo que incluye la dirección facultativa de la misma, construcción estricta, terminación y entrega.

Como conclusión, y a consecuencia de la calificación contractual de la compraventa de vivienda en proyecto o en construcción como compraventa de cosa futura, cabe señalar que dicho contrato reúne los mismos caracteres propios de la compraventa ordinaria, ya citados: **a)** se trata de un contrato *consensual*, ya que se perfecciona por el mero consentimiento; **b)** *oneroso*, en cuanto implica desplazamientos patrimoniales para ambas partes; **c)** *bilateral*, toda vez que genera obligaciones recíprocas independientes para cada una de ellas: en esencia, la obligación del vendedor de construcción, entrega y saneamiento de la cosa vendida y la del comprador de pago del precio²⁵.

²⁵Así, la STS de 3 de Junio de 2002 (Roj: STS 3986/2002), dispone: “*del artículo 1445, se deducen los requisitos esenciales del contrato de compraventa: a) es un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento, como resulta de la expresión "se obliga" y del artículo 1450, el cual dispone que la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado*"; *b) es un contrato bilateral, pues de él nacen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes; c) es un contrato oneroso, por la correspondencia entre las contraprestaciones de las partes; y d) es traslativo de*

Ahora bien, es necesario señalar que, tal y como concluye ATAZ LÓPEZ²⁶, se trata de un contrato de naturaleza mixta, por lo que debe tenerse presente que una de las partes, el vendedor, ha asumido dos obligaciones principales que están causalmente vinculadas: en primer lugar, un *facere*, consistente en fabricar o hacer una cosa -es decir, construir la vivienda objeto del contrato-, y en segundo lugar, un *dare*, consistente en la entrega de dicha vivienda a quien pretende adquirirla.

Y es que puede afirmarse que en el contrato de compraventa de cosa futura, en nuestro caso el de vivienda “sobre plano”, por la índole del objeto sobre el que se contrata (cosa que se espera, según el curso natural), la perfección del acuerdo hará nacer en el vendedor unas obligaciones de hacer que se hallan en íntima conexión con la finalidad que se persigue. Como se ha afirmado, derivan del contrato prestaciones tanto de naturaleza negativa, no impedir que la cosa llegue a existir, como positiva, la de desplegar una actividad que permita que la cosa pueda tener existencia. El incumplimiento de estas obligaciones incidirá directamente en el incumplimiento de la obligación de entrega, con las consecuencias y efectos propios de éste²⁷.

3. La calificación de los pactos previos y coetáneos a la compraventa

En la contratación inmobiliaria, especialmente cuando el objeto de la venta es una vivienda en construcción, es frecuente la utilización de distintas fórmulas, tales como “contrato de reserva”, “reserva de compraventa” o “promesa de compraventa”, que en ocasiones se corresponden con simples tratos preliminares, o bien precontratos de compraventa, pero también en muchos casos suponen un verdadero y definitivo contrato de compraventa “sobre plano”. Así, es muy frecuente que, antes de acudir a la notaría, el comprador haya firmado un contrato de reserva, de promesa de venta, de opción de compra, o una compraventa con precio aplazado que, sin embargo, aún cuando él así lo crea, no le habrá otorgado la condición de propietario, debido a que en nuestro

dominio, en el sentido de que sirve de título para adquirir el dominio de la cosa vendida, de conformidad con la doctrina del título y del modo seguida por el Código Civil (artículos 609 y 1095).

Pues bien, en el documento privado objeto del litigio concurren todos los presupuestos necesarios para considerar el contrato como una compraventa, que quedó perfeccionada y es vinculante por consecuencia del convenio plasmado”.

²⁶ ATAZ LÓPEZ J., “Compraventa y contrato de obra futura”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 109.

²⁷ En este sentido, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 322.

ordenamiento jurídico, como ya se ha indicado en el epígrafe correspondiente, rige la teoría del título y el modo, que exige la entrega formal de la posesión (generalmente mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, conforme al art. 1462 CC). Cualquiera de las figuras referidas -reserva, promesa de venta, etc...- es perfectamente lícita, en virtud del principio de autonomía de la voluntad que preside las relaciones jurídicas en Derecho Privado. Sin embargo, en la compraventa de viviendas, como bien de primera necesidad constitucionalmente protegido, debería extremarse el control de la legalidad, especialmente cuando no existe el necesario equilibrio entre las partes contratantes. No es lógico que el futuro comprador adquiriera compromiso alguno sobre una vivienda que ni tan siquiera ha obtenido la licencia de obras, o como es frecuente en la práctica, debido a la actual crisis económica, sin tener garantizada la financiación para su adquisición.

Cualquiera que sea la forma contractual adoptada en esta fase previa a la consumación de la compraventa, habrá que estar a las reglas generales sobre interpretación de los contratos contenidas en los arts. 1281 y ss. CC, de tan difícil aplicación en muchas ocasiones, tarea que suele quedar en manos del juzgador de primera instancia, al que corresponderá, en su caso, la realización de una labor de calificación, a fin de establecer la verdadera naturaleza del contrato ante el que nos encontramos. Este determinará las obligaciones que nazcan del mismo, así como las consecuencias jurídicas que se deriven de su incumplimiento.

A dicho efecto, ha de partirse de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, conforme a la cual *"los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes pues, para la calificación, que constituye una labor insertada en la interpretación, habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar en el contrato"* (SSTS 15 de diciembre de 2005, Roj: STS 7127/2005, y 2 de marzo de 2007, Roj: STS 1174/2007, entre otras muchas).

En consecuencia, de la calificación que corresponda al contrato, independientemente de la denominación atribuida por las partes, dependerá el régimen jurídico aplicable, por lo que ha de dilucidarse cuando realmente se ha concertado un contrato de compraventa sobre plano, y cuando nos encontramos ante una figura jurídica diferente. El problema surge cuando el promotor instrumentaliza estos negocios jurídicos en perjuicio de los intereses del comprador de la vivienda, que desde luego, lo normal es que desconozca muchos de los matices jurídicos que implican (no olvidemos, además, que son unilateralmente redactados y presentados para su firma al comprador, al que se deja escaso, por no decir nulo, margen de maniobra).

3.1. El denominado “pacto de reserva”

El designado como pacto o contrato de reserva surge al albur del principio de autonomía de la voluntad, sin que tenga reflejo normativo alguno. En la reciente época del “boom” inmobiliario, era utilizado a pie de obra, en ocasiones cuando ni tan siquiera se había obtenido la licencia para el inicio de la misma, a fin de captar al potencial comprador en su primera visita, bajo la apremiante advertencia de ser la pretendida una de las últimas viviendas de la promoción. Por ello, adolece en muchas ocasiones de absoluta indeterminación.

Dicho contrato de reserva, en puridad, no es más que un acuerdo de voluntades en virtud del cual, una persona interesada en adquirir -en este caso- un inmueble, entrega a otra, interesada en venderlo, una cantidad en “garantía de la exclusión de terceros adquirentes”. Así, nos encontramos ante un derecho personal de adquisición preferente, derivado del acuerdo de voluntades referido, que plantea ciertas dudas en cuanto a su posible distinción del “derecho de opción”²⁸, en la medida que en virtud de este acuerdo,

²⁸ Define la STS de 2 de junio de 2009 (Roj: STS 3301/2009) el derecho de opción como “*un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante, constituyendo sus elementos principales: la concesión a éste (al optante) del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compraventa, la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la concreción de un plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima*”.

La finalidad de este derecho de opción consiste, por tanto, en asegurar la imposibilidad jurídica de que una de las partes de ese contrato final o definitivo negocie o perfeccione él mismo con otra persona distinta a la propia contraparte del derecho de opción. Esto implica que estamos ante un contrato preparatorio de otro, si bien no es un precontrato en sentido técnico, ya que tiene una causa propia, tal es la irrevocabilidad de

se atribuye una facultad al que reservó de poder adquirir el bien. La finalidad de este convenio no se limitaría, por tanto, a reservar durante un plazo de tiempo el bien inmueble, sino que iría más allá, al permitir que el posible comprador pueda finalmente adquirirlo.

En este supuesto de “pacto de reserva”, en la práctica general, se pospone la determinación de los elementos esenciales del negocio jurídico que ambos querrían concertar a un momento futuro, en el que prestarán su consentimiento acordando sobre la cosa y el precio. La claridad que pudiera desprenderse de la literalidad del término “reserva” se difumina, a causa de las diferentes formulaciones jurídicas que las partes emplean en los pactos que suscriben, que encubren, con demasiada frecuencia, distintas figuras contractuales, lo que obliga a los Tribunales a realizar una constante labor de

una promesa, oferta o voluntad contractual. Los contratos que pueden prepararse mediante una opción previa son muchos, pero su manifestación más frecuente con diferencia es la comúnmente denominada “opción de compra” -a la que se refiere la resolución arriba citada-, en la que el concedente es el eventual vendedor, y compromete su voluntad a asumir tal posición, si el optante ejercita su facultad, TORRES LANA, J.A., “Perfección de la compraventa mediante el ejercicio de una opción”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 435 a 437.

La ausencia de regulación en el Código Civil, pues la única referencia normativa la encontramos en el art. 14 del Reglamento Hipotecario, ha dotado a este contrato de una cierta complejidad, lo que implica, por lo tanto, que requerirá especial control en el caso de que llegue a generalizarse en la compraventa de viviendas por consumidores y usuarios.

Los elementos que lo conforman son el plazo para su ejercicio, y el precio que se haya pactado para la adquisición de la finca y, en su caso, para conceder la opción. De acceder al Registro de la Propiedad, lo que además permitirá atribuirle plenos efectos reales, el plazo pactado para la opción no podrá superar los 4 años, habiendo puesto de relieve la citada STS de 2 de junio de 2009 (Roj: STS 3301/2009) que se trata de un plazo de caducidad y que por lo tanto no admite interrupción -“*el plazo de caducidad establecido para el ejercicio de la opción resulta de inexorable observancia por parte del optante y merece su cumplimiento un trato de carácter decididamente restrictivo (sentencia de esta Sala de 2 julio 2008, entre otras)*”-.

Por último, cabe indicar que uno de los aspectos importantes de esta figura, del que debería tener siempre conocimiento quien utiliza esta forma contractual (a fin de evitar ulteriores problemas, que podrían derivarse de una eventual negativa del concedente-vendedor a reconocer la eficacia de la opción y a otorgar escritura de compraventa), es que cabe el otorgamiento de la escritura pública unilateralmente por el optante, simplemente notificando tal circunstancia al concedente, siempre que así se hubiese pactado expresamente en el contrato de opción. Así, por ejemplo, la RDGRN de 20 de mayo de 2005 señala que “*la jurisprudencia, la doctrina científica y la de este Centro Directivo han admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho; ahora bien: tal innecesidad de su consentimiento ha de tener su base en el exacto cumplimiento de los requisitos inscritos para la inscripción a favor del optante*”, TORRES LÓPEZ, A., “La protección del comprador de la vivienda en los momentos previos a la consumación del contrato”, *Cuadernos de Derecho Judicial 1/2009*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 35 y 36.

interpretación guiada por los arts. 1281 y ss. CC y por la reiterada doctrina jurisprudencial arriba referida.

En este sentido, se aprecia que, de forma general, el pacto de reserva se vincula a un contrato preliminar, llamado también precontrato, compromiso o *pactum de contrahendo*. Ello es coherente con la naturaleza del pacto: si reservar significa destinar o guardar una cosa de un modo exclusivo para una determinada persona, se ha de considerar que la reserva implica que la promotora conviene con los interesados la adquisición de una determinada cosa, para que éstos, con exclusión de otras personas, puedan comprar la misma, comprometiéndose de este modo a vendérsela (SAP Barcelona 3 de junio de 2008, Roj: SAP B 5824/2008)²⁹.

La consideración como contrato o pacto de reserva se restringe a aquellos supuestos en los que, en realidad, no media más que un acuerdo de voluntades de entrega de una cantidad en “garantía de la exclusión de terceros adquirentes”, un compromiso del promotor de reservar la vivienda, o un trato preliminar que no expresa el consentimiento del promotor para entregar la vivienda ni el del interesado en ella para pagar el precio. Como muestra de ello, la SAP Almería de 31 de mayo de 2006 (Roj: SAP AL 450/2006) calificó el pacto como un auténtico “derecho de reserva de vivienda a construir”, rechazando la calificación de contrato de compraventa e incluso la de precontrato, al no manifestarse la voluntad de las partes de llevar a cabo la compraventa en ese momento, ni obligarse a suscribir el contrato en un futuro³⁰.

²⁹ MÉRIDA ABRIL, C., “El contrato de compraventa de inmuebles y su resolución”, *Derecho inmobiliario: Problemática actual, Manuales de Formación Continuada 50/2009*, tomo II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 9 y ss.

³⁰ Por su parte, la SAP de Castellón de 30 de noviembre de 2007 (Roj: SAP CS 1170/2007) también resolvió que “no nos encontramos ante un contrato de compraventa, ni siquiera como se establece en la sentencia de instancia, ante una promesa de venta, puesto que en el contrato se señala, tanto en el encabezamiento, como en la estipulación tercera, “están interesados en adquirir la reserva de compra” “la reserva de compra” y “señal para reserva”, lo que supone que la suscripción del tan citado documento, conlleva la aceptación de todo su contenido por quien lo firma (TS 29.9.1996), por tanto resulta meridiano que lo descrito, es una relación contractual relativa a una reserva sobre la base de una futura construcción, a cuyo fin se entrega una señal para reserva de diez mil euros, cantidad que resulta insignificante en relación con el precio total acordado de doscientos treinta y cuatro mil euros sin IVA, sobre los inmuebles a construir, y consecuentemente, una vez construidas las fincas relativas al contrato, se haría efectiva la compraventa, siendo obvio que lo firmado en el presente caso, no es un contrato de compraventa, sino una simple reserva de unas viviendas que se construirán, lo que supone un derecho preferente de quien acepta la reserva”.

En cualquier caso, el criterio que debería delimitar este negocio jurídico es el de la proporcionalidad entre la cantidad objeto de la reserva y precio de la compraventa, siendo la duda interpretativa a favor siempre del comprador de la vivienda, toda vez que la reserva, como tal, no debe suponer más que el compromiso del vendedor a no vender la vivienda a un tercero durante un breve plazo de tiempo, a cambio de una pequeña cantidad de dinero que quedará en poder de aquél de no hacer efectiva el firmante la compraventa (sin perjuicio de que, al amparo de la libertad contractual, se estipule la posibilidad de que ese importe sea considerado como pago de parte del precio, en caso de que llegara a suscribirse el contrato).

El problema lo encontramos con la circunstancia de que, en sede consumidores y usuarios, el art. 68.2 del TRLGDCU sólo atribuye al consumidor el derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato, siendo que, en la mayoría de los casos, en los llamados contratos de reserva no se recoge dicha facultad. En consecuencia, cuando la (en apariencia) simple reserva esté constituida por una cantidad importante de dinero, el comprador tendrá que acudir a las reglas generales sobre vicios del consentimiento para instar la nulidad del pacto y la devolución de las cantidades entregadas.

Otro problema que plantean estos supuestos de pacto de reserva, en los que el acuerdo de voluntades no alcanza la calificación de contrato de compraventa, sino que el objeto del contrato es un derecho preferente sobre una futura construcción, es el relativo al concepto en el que debe considerarse recibida la cantidad -“señal”- (no hemos de olvidar que ha sido admitida la inclusión de arras en negocios jurídicos diferentes a la compraventa³¹). Ahora bien, si admitimos el contrato de reserva como negocio distinto del contrato de compraventa que, ulteriormente, se celebrará -toda vez que supone un acuerdo que está abierto a cambios futuros, tanto en el objeto (por ejemplo, puede que aún no esté claramente determinada la cabida del inmueble o su localización exacta, o

³¹ En este sentido, la SAP de Madrid de 21 de junio de 2004 (Roj: SAP M 9089/2004) recuerda que *“las arras constituyen una figura jurídica caracterizada primordialmente por su enorme versatilidad, tanta que resulta verdaderamente difícil poder ofrecer una noción en la que encuentren acomodo todos los tipos posibles de las mismas. Puede decirse que las arras son una cantidad de dinero o cosas, generalmente fungibles, que pueden entregarse ambos contratantes entre sí, o solamente uno a otro, en un contrato o precontrato de cualquier especie (compraventa, arrendamiento, permuta, etc.)”*.

incluso es posible que la reserva sea de carácter amplio, de una vivienda cualquiera dentro de una determinada urbanización o edificio), como en las partes (también es posible que la reserva la contrate sólo una persona, y luego los compradores sean dos personas conjuntamente)-, y si entendemos que el objeto de este contrato de reserva es, tal y como se ha indicado, la adquisición de un derecho preferente sobre una construcción futura, con garantía de exclusión de terceros sobre el mismo, debemos concluir que ese importe que se entrega en concepto de señal sería el precio o contraprestación de ese derecho, de esa garantía de exclusión³². Todo ello sin perjuicio de que las partes, dentro de su libertad para pactar lo que estimen oportuno, hayan acordado que, para el caso de que se firme un ulterior contrato de compraventa, se aplique esta cantidad inicialmente entregada al precio total, o que estipulen que, en concepto de indemnización, en caso de incumplir la parte su deber de reserva o garantía, deba devolver la cantidad percibida por duplicado (o perderla el que la hubiere entregado, si finalmente no suscribiera la compraventa).

Por todo ello, si el pacto de reserva no puede considerarse una compraventa, sino que son negocios jurídicos diferentes, las cantidades entregadas no podrían serlo, independientemente del nombre que le hayan dado las partes, en concepto de arras -ni confirmatorias ni penitenciales-, al no existir, en realidad, acuerdo sobre el precio y la cosa y, en consecuencia, no existir tampoco contrato de compraventa conforme a los arts. 1445 y 1454 CC ³³.

³² Otra cuestión a valorar es si esta cantidad que se entrega por el comprador, eventualmente, en concepto de señal estaría sujeta al régimen de garantías actualmente previsto en la Disposición Adicional Primera de la LOE (anteriormente en la Ley 57/68). Pues bien, habida cuenta la actual redacción de la DA 1ª LOE, la garantía de devolución de las cantidades percibidas por los promotores estaría restringida a aquéllas obtenidas “*para la construcción*” del inmueble. Es decir, que aunque se estipule que las cantidades entregadas en concepto de señal para la reserva se apliquen luego al pago del precio del inmueble, en principio, si estas no se destinan específicamente a la construcción, no estarían sujetas al régimen de garantías previsto en la LOE. En cualquier caso, no estarían cubiertas dichas entregas de cantidad por las garantías previstas en la actual DA1ª LOE, hasta tanto no se formalizara dicha venta. Primero, por cuanto la cantidad pagada es, tal se ha dicho, una contraprestación a la mencionada “*abstención*” del vendedor y, segundo, debido a que, en tanto no haya definitiva venta, tampoco habría plazo de entrega del inmueble y difícilmente podrían acoplarse estas “*entregas*” a las previsiones de la LOE.

³³ En esta línea la STS de 29 de julio de 1997 (Roj: STS 5327/1997) es clara al resolver que “*sean las arras confirmatorias o penitenciales, han de tener como referencia un determinado contrato de compraventa en el que está especificado el objeto y precio; de otra manera, no podría desplegar sus efectos: ¿qué rescindiría o confirmaría entonces?*”. Y la SAP Segovia de 28 de abril de 2005 (Roj: SAP SG 109/2005), mantiene que no puede pretenderse la existencia de un contrato de arras penitenciales previo al de compraventa o desligado de éste, pues por definición del art. 1454 CC, dicha cláusula tiene por objeto la rescisión de la expresada venta.

Como última cuestión, en lo que se refiere a las posibles consecuencias del incumplimiento del pacto de reserva, en orden a la concesión de una eventual indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento hubiere podido ocasionar, al respecto la SAP Lérica de 23 de febrero de 2005 (Roj: SAP L 160/2005) entendió que, al encontrarnos ante simples tratos preliminares, no correspondía cantidad alguna en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Ahora bien, tal criterio debería ser atenuado, ya que, aunque nos encontremos ante un simple trato preliminar, o un mero acuerdo de voluntades tendente a la reserva de un inmueble, en cualquier caso, si constan acreditados los daños y perjuicios que el incumplimiento del pacto o del trato preliminar haya generado, no debería existir obstáculo legal para obtener su resarcimiento.

3.2. La promesa de comprar y vender

A diferencia del contrato de reserva, la promesa de vender y comprar tiene reflejo normativo en el art. 1.451 CC, que establece que *"la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato. Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro"*. En cuanto a su diferencia con la compraventa propiamente dicha, afirma ATAZ LÓPEZ³⁴ que la forma más simple de comprender el contrato de promesa y diferenciar ambas figuras, es partir de que la promesa es, en realidad, un precontrato, o sea: un contrato a partir del cual las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato distinto, el cual no se considera todavía celebrado, e incluso es posible que no llegue a celebrarse. La difusa frontera entre la promesa de compraventa y la compraventa como tal, hace que esta modalidad contractual sea utilizada por muchas promotoras como forma precipitada de captar la voluntad del comprador, ocultando aspectos de la compraventa definitiva.

Es cierto que, aún cuando tenga la consideración de un contrato preparatorio de la posterior venta, debe contener cuanto menos lo que son los elementos esenciales del contrato proyectado. Sin embargo, los riesgos para el comprador son mayores que los de

³⁴ ATAZ LÓPEZ, J., "Artículo 1451", *Comentarios al Código Civil*, Dir. R.B.R.C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.229

la compraventa propiamente dicha con precio aplazado, pues al menos en ésta deben figurar absolutamente la totalidad de las condiciones de la misma, siendo habitual encontrar supuestos de escuetas promesas de venta, más preocupadas en concretar las penalizaciones para el caso de incumplimiento que en establecer las condiciones de la futura compraventa a celebrar.

Por otra parte, es cierto que quien se obliga a reservar un inmueble, se está comprometiendo, en cierta medida, a venderlo en un futuro. Por ello, no faltan tampoco las resoluciones que califican los documentos de reserva como promesa unilateral de compra o venta, o las de promesa de venta como compraventa propiamente dicha³⁵. En

³⁵ Así, la STS de 3 de Junio de 2002 (Roj: STS 3986/2002), efectuando un estudio de los presupuestos de la compraventa para distinguir un precontrato de un contrato definitivo, dispone: *“esta Sala tiene declarado que “la esencia de la promesa bilateral de compra y venta (a la que se refiere el artículo 1451 del Código Civil) radica en diferir para un momento posterior la perfección y entrada en vigor del contrato proyectado, quedando mientras tanto solamente ligadas las partes por el peculiar vínculo que produce el precontrato, que contiene el proyecto o ley de bases del siguiente y que consiste estrictamente en quedar obligado a obligarse” (STS de 28 de noviembre de 1994); que “resulta plenamente diferenciable la promesa bilateral de compra y venta de un contrato definitivo de compraventa, extremo que depende de la voluntad de los interesados y de los pactos a través de los cuales hayan constituido sus recíprocas relaciones, si bien la jurisprudencia ha distinguido siempre entre la promesa bilateral de vender y comprar y el contrato de compraventa” (STS de 23 de marzo de 1995); y que “es incuestionable que no siempre se presenta de la misma forma y manera el contrato de promesa de venta, pues unas veces las propias partes contratantes han dejado para el futuro la propia obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia -por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso- de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos, las mismas partes, demuestran su decidida voluntad -en todos los pormenores y detalles- de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo, poniendo de manifiesto su voluntad de presente, sino exacta y total para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el término establecido, momento a partir del cual es incuestionable que si uno incumple lo prometido el otro estará facultado a exigir el cumplimiento no de la promesa en sí, sino también del contrato definitivo al que aquella voluntad se determinó y para cuya realidad actual no existe ya obstáculo anterior” (STS de 24 de diciembre de 1992, seguida en iguales términos por la de 8 de julio de 1993).*

Como ya se expresó, la distinción entre contrato definitivo y mera promesa ha de buscarse en la voluntad de las partes contratantes y en los pactos a través de los cuales hayan constituido sus recíprocas obligaciones; en este caso, la intención de los partícipes en el negocio es clara: se concreta la cosa, se fija el precio y la forma de pago, se determina que el comprador se subroga en la hipoteca que grava la finca desde la fecha de su firma, 30 de diciembre de 1995, no de las cargas que hubiere a partir del 15 de enero siguiente.

Del artículo 1445, se deducen los requisitos esenciales del contrato de compraventa: a) es un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento, como resulta de la expresión “se obliga” y del artículo 1450, el cual dispone que la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado”; b) es un contrato bilateral, pues de él nacen obligaciones recíprocas para ambas

este sentido, la SAP Granada de 14 de julio de 2006 (Roj: SAP GR 1180/2006), analizaba un documento privado llamado "documento de reserva" de una vivienda ubicada en la planta primera, por precio de 97.003 €, expresando "La firma del contrato privado de compraventa tendrá lugar..." y fundamentó que *"la sentencia apelada entendió que el documento transcrito anteriormente suponía una promesa de venta y no una compraventa, y para ello acudió al propio texto del referido documento en su cláusula cuarta antes reseñada, criterio que se comparte, sin ignorar la dificultad que entraña su diferenciación, puesta de manifiesto en la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tiene como denominador común el que el artículo 1451, en su último párrafo eliminó la normativa propia del contrato de compraventa al referirse a las reglas de las obligaciones y contratos en general (Sentencias 25-6-93, 11-10-00). De haberse propuesto las partes una compraventa y no una promesa, no hubieran tenido sentido referirse a la finca del contrato privado de compraventa, ni el documento hubiese sido de reserva sino de venta. Precisamente con la promesa las partes contraían la obligación de efectuar posteriormente una compraventa"*³⁶.

partes contratantes; c) es un contrato oneroso, por la correspondencia entre las contraprestaciones de las partes; y d) es traslativo de dominio, en el sentido de que sirve de título para adquirir el dominio de la cosa vendida, de conformidad con la doctrina del título y del modo seguida por el Código Civil (artículos 609 y 1095).

Pues bien, en el documento privado objeto del litigio concurren todos los presupuestos necesarios para considerar el contrato como una compraventa, que quedó perfeccionada y es vinculante por consecuencia del convenio plasmado".

³⁶ También lo califica de "promesa de venta" la SAP Las Palmas de 10 de junio de 2008 (Roj: SAP GC 2089/2008). Revocó ésta la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda (en la que se solicitaba la condena a la demandada al cumplimiento del contrato celebrado en documento privado, así como al otorgamiento de la escritura pública de compraventa a favor del actor, con arreglo a las bases señaladas en el mismo, momento en que el actor abonaría el resto del precio convenido), que se fundamentó en que el documento privado no era una promesa de venta, sino una mera reserva, formalizada en una especie de recibo, que no es más que el compromiso de la demandada de reservar la vivienda, esto es, un mero trato preliminar que, en modo alguno, expresa el consentimiento del demandado a entregar la vivienda, y el del actor a pagar el precio. A tal efecto, consideraba que en dicho documento se habla de reserva de vivienda, nunca de entrega o término similar, y es posteriormente, como es práctica habitual en el mercado, cuando se firma el contrato, por el que cada parte asume sus obligaciones contractuales. La Audiencia estableció que *"el contrato suscrito el 17 de octubre de 2005 es una promesa de venta dado que existe una clara conformidad en el precio en él determinado, y en la cosa, la vivienda núm. 13 del tipo V, de la promoción Residencial Malvasía, además de la entrega de 6.000 euros, con la naturaleza de arras confirmatorias, como señal de la celebración del contrato, que será deducida del precio de la compraventa. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1451 C Civil, y de la doctrina jurisprudencial mencionada, no resultando patente la voluntad de excluir los efectos de la compraventa, procede estimar el recurso, revocando la sentencia y estimar la demanda, condenando a la demandada al cumplimiento del contrato de 17/10/2005, así como al otorgamiento de la escritura pública de compraventa a favor del actor"*.

3.3. Calificación como contrato de compraventa perfecta

La base de la calificación jurídica por los Tribunales de los “documentos”, “pactos”, “compromisos”, “notas” o “recibos de reserva” como contratos de compraventa perfectos, la encontramos en la exacta determinación de la cosa y el precio, asumiendo los contratantes las obligaciones correspondientes a comprador y vendedor y concurriendo todos los requisitos exigidos legalmente (art. 1450 CC). La labor hermenéutica desarrollada en tales supuestos se orienta a la delimitación o diferenciación entre la reserva o promesa de venta y la compraventa misma. La esencia de la promesa bilateral de compra y venta a la que se refiere el art. 1451 CC, radica en diferir para un momento posterior la perfección y entrada en vigor del contrato proyectado, quedando mientras tanto las partes solamente ligadas por el peculiar vínculo que aquella produce. Esta suerte de precontrato contiene las bases del contrato propiamente dicho y consiste, estrictamente, en “quedar obligado a obligarse”, resultando plenamente diferenciable la promesa bilateral de compra y venta del contrato definitivo de compraventa, extremo que depende de la voluntad de los interesados y de los pactos a través de los cuales hayan constituido sus recíprocas relaciones (STS 20 de abril de 2001 -Roj: STS 3259/2001- y 3 de junio de 2002 -Roj: STS 3986/2002-).

Siguiendo tales presupuestos legales y jurisprudenciales, la SAP Zaragoza de 20 de diciembre de 2002 (Roj: SAP Z 2949/2002), tras analizar un “compromiso de reserva” en el que estaban determinados la cosa y el precio, y se estipulaba la entrega de una suma a cuenta del precio y unos plazos precisos para el pago del resto, estimó por ello la existencia de un contrato de compraventa.

De igual forma, la SAP Tarragona de 3 de septiembre de 2007 (Roj: SAP T 1443/2007) apreció que *"el documento, denominado eufemísticamente de reserva, en el que se encuentra reflejado tanto la finca a vender como el precio final y la forma de hacerlo efectivo, podría calificarse como de opción de compra, pues, si no se quiere que el pacto quede a la entera y libre disposición del vendedor, lo que chocaría con la prohibición del artículo 1256 del CC, habría de dársele el efecto de que el vendedor se comprometía a conservar a disposición del vendedor el inmueble por cierto tiempo, es decir le otorgaba la facultad de optar. La otra posibilidad es que se trate de una verdadera compraventa, ya que en él se encuentran todos los requisitos precisos para el*

perfeccionamiento de la compraventa y su otorgamiento por el vendedor es consecuencia del deseo de comprar manifestado por el comprador, es decir se da la concurrencia de los dos consentimientos. La anterior alternativa nos la resuelve la sentencia del TS de 22 de octubre de 1992, que en un supuesto prácticamente idéntico al de autos, señala respecto del documento que extracta: que es evidente, pues, que dicho documento encierra un auténtico contrato de compraventa, pues en el mismo constan los presupuestos esenciales del art. 1445 CC, en cuanto a la esencialidad de la entrega de cosa determinada y la obligación de pagar por ello un precio cierto, en relación, asimismo, con lo dispuesto en el art. 1450, que prescribe que la perfección de la compraventa será obligatoria para ambos si hubiesen convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado".

En análogo sentido, la SAP Málaga de 27 de septiembre de 2007 (Roj: SAP MA 1891/2007) fundamenta que *"el contrato suscrito no contenía una mera reserva para la adquisición de una vivienda no concretada ni en su identificación ni en su precio, sino todo lo contrario, pues se reflejan en el documento firmado no sólo la voluntad de las partes de comprar y vender recíprocamente (promesa bilateral de venta) una vivienda descrita de forma detallada en cuanto a su ubicación y extensión, sino que además se concreta el precio y las condiciones y plazos de entrega. En definitiva, se contiene en el contrato los elementos esenciales que delimitan la existencia del contrato en general (sujetos, objeto y causa) y de la compraventa en particular".*

Como conclusión a todo lo anterior, cabe decir que, jurisprudencialmente, en general podemos distinguir dos supuestos: aquel en que no están perfectamente determinados los elementos del contrato y aquel en que dichos elementos sí aparecen claramente definidos. El primero de estos supuestos se viene considerando como un contrato de reserva o promesa de venta o de compra. Es indiferente el nombre que se le haya dado, puesto que el resultado a efectos prácticos es el mismo: una garantía de exclusión de terceros sobre la compraventa futura de un inmueble, más o menos concretado o definido, por parte del eventual vendedor, a cambio de un compromiso de adquisición del mismo por parte del futuro comprador, interviniendo frecuentemente una señal que abona el comprador como pago de esa reserva o garantía. Lo esencial en la práctica de nuestros Tribunales, con carácter general, para distinguirlo de una verdadera compraventa es que los elementos del contrato no estén perfectamente delimitados: si el

inmueble está claramente descrito e identificado, así como las partes y el precio, viene considerándose que estamos ante una compraventa propiamente dicha, toda vez que ésta se perfecciona por el mero consentimiento y éste habría recaído sobre todos los elementos que la integran, siendo indiferente que las partes se refieran a ella como reserva o promesa de venta³⁷.

³⁷ Ahora bien, pese a que esta puede ser la conclusión que se extrae del análisis de las resoluciones examinadas, y a nivel práctico hay que darle la importancia que ello merece, puesto que, en definitiva, ante un eventual conflicto habrá que estar al pronunciamiento judicial que lo resuelva, no puede obviarse que, ni en la promesa de venta, conforme al art. 1451 CC, ni en el propio contrato de compraventa, conforme ya hemos visto, es necesario que el precio o la cosa estén claramente determinados en el momento de su perfección, sino que basta con que éstos sean determinables, remitiéndome a lo ya expuesto en este sentido. Al respecto, expone PARRA LUCÁN, M.A., “Promesa de compraventa, precontrato y cartas de intenciones en la jurisprudencia”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 423 y 424, que la calificación jurisprudencial como promesa es irrelevante cuando los elementos esenciales de la compraventa están determinados, ya que se condena al cumplimiento del contrato, en ocasiones dando por supuesto que es la forma de proceder al cumplimiento de la promesa celebrada, y en otras afirmando de forma expresa que realmente es una compraventa -si bien daría igual calificarlo de promesa pues, estando determinados los elementos del contrato, se podría exigir el cumplimiento de la compraventa-. Así, en la práctica jurisprudencial se consigue el mismo resultado cuando se niega la existencia de compraventa y se califica como promesa bilateral, que cuando se niega la existencia de promesa o precontrato y se califica el acuerdo como de compraventa, por estar determinados los elementos esenciales y no ser necesario nuevo acuerdo de las partes contratantes.

Conviene traer aquí a colación lo dispuesto en el art. 708 LEC, y la posibilidad que dicho precepto establece de que, en ejecución de sentencia, se pueda sustituir la declaración de voluntad de aquel que no la presta voluntariamente. Al respecto, y en relación con la promesa de venta, dispone el Auto de la AP de Madrid de 1 de julio de 2009 (Roj: AAP M 9883/2009), que *“el tema -muy debatido- se planteó en nuestro país con ocasión del precontrato; o mejor, de la promesa de venta (1451 CC). Una dirección jurisprudencial -antigua- entendía que del precontrato -que era un contrato válido- sólo surgía una obligación de hacer personalísimo que, incumplida, sólo podía dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios (STS 9 julio 1940). Pero, a partir de la STS 1 julio 1950, el TS ha venido entendiendo que si en el precontrato figuran los elementos esenciales que integran el contrato, el Juez puede darlo por existente y actuar en consecuencia (STS 28 jun. 1974).*

Cuando así sucede, dice el art. 708.1 que el condenado en la sentencia a emitir la declaración de voluntad habrá de hacerlo dentro del plazo de espera de veinte días concedido genéricamente por el art. 548. Si no sucede así, «el tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad». Y, como complemento de lo anterior, podrá pedir el ejecutante que se libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad. En realidad, no se entiende bien por qué, en estos casos, no fue ya la propia sentencia la que tuvo por existente el negocio jurídico dependiente de la declaración de voluntad emitida por el demandado. Porque al estar determinados los elementos esenciales del negocio jurídico, tampoco necesita aquí el Juez un precepto expreso que le permita condenar al demandado a cumplir los términos del precontrato basándose en una hipotética obligación de hacer personalísimo. Como se ha dicho con incuestionable acierto: «basta fundar su decisión en el hecho de que no era preciso un nuevo consentimiento del autor de la promesa de contratar, por cuanto era suficiente el consentimiento prestado otorgarse el precontrato»”. Lo que de ello se deduce es que, independientemente de la postura que se adopte en la sentencia que resuelva la cuestión (estimar que estamos ante una compraventa perfecta, o ante una promesa de venta con todos sus elementos determinados), el resultado será el mismo, puesto que la condena, en el segundo supuesto, iría en la dirección de, si se solicita el cumplimiento, obligar al vendedor

4. La compraventa de vivienda “sobre plano” como contrato mixto o complejo.

Diferencias con el contrato de ejecución de obra con aportación de materiales por el contratista

Para que la vivienda futura tenga existencia, es necesario que el vendedor despliegue determinadas actividades previas, consistentes en la adquisición del terreno, financiación de la obra, obtención de licencias y permisos administrativos, y llevar a cabo la construcción -o contratar al constructor y a los técnicos, en su caso-. Todo esto conlleva que pueda darse cierta dificultad a la hora de distinguir si estamos ante un contrato de compraventa, o de ejecución de obra, con aportación de materiales por el contratista. Efectivamente, el art. 1588 CC, situado dentro de la sección dedicada a las obras por ajuste o precio alzado, señala que el contratista puede ejecutar la obra poniendo solamente su trabajo o suministrando también su material. Si bien la calificación del contrato como contrato de obra no presenta dudas cuando el dueño de la obra es quien suministra los materiales, cuando quien lo hace es el contratista se presenta el problema de la calificación jurídica.

Doctrinalmente³⁸, la opinión predominante considera que estamos ante una cuestión de interpretación de la voluntad de los contratantes, que debe centrarse en

a que lleve a efecto el contrato, pudiéndose sustituir judicialmente la emisión de la correspondiente declaración de voluntad necesaria al efecto, en ejecución de sentencia, en virtud del citado art. 708 LEC. Ahora bien, lo cierto es que la primera postura, la de considerarlo una compraventa perfecta, puede ser más ventajosa para el adquirente, en el sentido de que podrá, en ese caso, instar ejecución directamente por el cumplimiento de la obligación, si fuera necesario, y no para obtener una declaración de voluntad, ya que en este último supuesto puede encontrarse el comprador, de nuevo, con una voluntad obstativa al cumplimiento, lo que le obligaría a acudir a un nuevo proceso declarativo, exigiendo la entrega.

³⁸ Cómo expone PERALES VISCASILLAS, P., “Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa”, *Revista Criterio Jurídico*, nº 3, Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali, Colombia, 2013, págs. 17 y 18, tradicionalmente, han sido varios los criterios propuestos por la doctrina para distinguir cuándo estamos ante uno u otro contrato. Así, el contrato se considera compraventa cuando quien ejecuta la obra suministra, asimismo, la materia, puesto que la obligación principal en este caso es un *dare* y no un *facere*. Pero para los que sostienen que se trata de un contrato de obra, se entendía que la aportación de materiales por quien realiza la obra no desnaturaliza al contrato como tal contrato de obra, puesto que la aportación de materiales es accesoria o instrumental a la obra (al trabajo), siendo pues que el *dare* se subsume en el *facere*, según MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, Reus, Madrid, 1969, pág. 702. Variación de las anteriores, resulta el criterio de la producción ordinaria, de clara influencia italiana, que se decanta por el criterio de la fabricación o producción del objeto, siendo compraventa si la manufactura es en serie y obra en caso contrario. Por último, existe un sector doctrinal que entiende que se trataría de un contrato mixto de compraventa en relación con los materiales y de obra en relación con la prestación de trabajo. En este sentido, por todos NAVARRO PÉREZ, J.L., *La compraventa civil. Antecedentes, comentario doctrinal, jurisprudencia y formularios*, Comares, Granada, 1993, pág. 84;

determinar si se dio especial importancia al proceso productivo de la cosa -vivienda-, en cuyo caso estaríamos ante un contrato de ejecución de obra, o por el contrario, la voluntad de las partes se centró en la adquisición del inmueble, en cuyo caso estaríamos ante un contrato de compraventa³⁹. Si bien, ATAZ LÓPEZ⁴⁰ destaca que subsumiendo el contrato en uno de los dos tipos no quedan resueltos todos los problemas, puesto que ni la regulación de la compraventa contiene normas que solucionen las cuestiones derivadas de la previa obligación de construir la cosa vendida, ni la regulación del contrato de obra se refiere a este tipo de supuestos.

Sobre esta diferencia se pronunció la STS de 28 de noviembre de 1973 (Roj: STS 349/1973), en relación con la compra de un piso por construir, afirmando que *“la última diferencia que impone la distinción reside en que, en aquél –en referencia al contrato de arrendamiento de obra-, el empresario inicia o despliega su actividad que le es encargada por el dueño y hasta la culminación de la obra es éste el dueño de ella y no tal empresario el que asume la titularidad o propiedad de los avances, porciones o parciales resultados, en los que se desarrolla, ya que el referido empresario se obliga a ejecutar (art. 1544 CC), y, al tiempo que ejecuta, el producto entra en el patrimonio del dueño, mientras que en la compraventa de cosa futura, como en la de cosa presente, a lo que se obliga el vendedor es a entregar (art. 1445 CC), diferencia que se acentúa en los casos en que la obra que se entrega o que se compra tiene por base la edificación urbana... ”*. Así, en la compraventa de vivienda futura, las partes pactan la obligación del vendedor de entrega de la cosa, mientras que en el arrendamiento de obra, el empresario se obliga a ejecutar

también BORRELL SOLER, A., *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Bosch, Barcelona, 1952, pág. 64.

³⁹ A su vez, señala también PERALES VISCASILLAS, “Hacia un nuevo concepto...”, op. cit., pág 18, que este criterio subjetivo da entrada a múltiples factores que podrán ser relevantes en la interpretación de la intención de las partes: si las partes dan prevalencia al objeto sobre el trabajo y el proceso productivo, el contrato será calificado como compraventa de cosa futura, y al contrario, será obra si se busca la capacidad o habilidad de un artífice; que existirá contrato de compraventa si el vendedor trabaja sobre planos propios y según su iniciativa, y contrato de obra si realiza la misma siguiendo las instrucciones del cliente; o en función de la cosa que se construye: será compraventa si el artífice se limita a realizar obras accesorias o fungibles (esto es, producidas de forma periódica y profesional por quien las construye ya que se entiende que el *dare* prevalece sobre el *facere*), o al contrario será contrato de obra si el artífice hace una cosa nueva o si la cosa a construir es específica, ya que en este caso el *facere* predomina sobre el *dare* (en este sentido, la autora cita a DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Tomo 2, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 323). El criterio de la fungibilidad o no del objeto también ha tenido un cierto eco en la doctrina española, sobre la base del art.1545 CC, que señala que los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia del contrato de obra.

⁴⁰ ATAZ LÓPEZ, “Compraventa y contrato de obra futura”, op. cit., pág 109.

lo que se le encarga (art. 1544 CC)⁴¹. Por otra parte, cabe también sostener que mientras en el contrato de obra subyace siempre la idea de que el adquirente de dicha obra por construir es propietario del suelo y hace suyo de forma progresiva lo que en él se construye, en la compraventa de vivienda por construir, el adquirente no ostenta el dominio del suelo, ni adquiere de forma gradual la obra, argumento que, independientemente de los ya señalados, podría ser útil para determinar la calificación del acuerdo como contrato de compraventa.

Frente a posiciones absolutas o criterios objetivos, debe considerarse determinante, como hemos visto, la voluntad de las partes, siendo necesario tener en cuenta, a la hora de fijar en cada caso concreto una u otra calificación, el que los contratantes hayan atribuido una mayor relevancia a la cosa esperada, o bien al proceso productivo –es decir, al *dare* o al *facere*–, y esto supone que quien califique deberá indagar cuál fue la voluntad común de las partes, a fin de conocer qué obligaciones y derechos pactaron y cuál fue la trascendencia para el contrato de unas y otros⁴². Al respecto, encontramos también la más reciente STS de 18 de enero de 2013 (Roj: STS 679/2013).

El criterio de interpretación referido ha de ser igualmente determinante en aquellos supuestos en que las promotoras venden una parcela en una urbanización, obligándose además a ejecutar sobre dicha parcela las obras necesarias para la construcción de la vivienda, mientras que el adquirente se obliga a anticipar fondos. En estos casos, cuando realmente la finalidad es transmitir una vivienda futura, más que de dos contratos diferentes –de compraventa y de ejecución de obra con aportación de materiales–, se trata de una compraventa de vivienda a construir, con un objeto unitario, máxime si no se ha otorgado escritura pública de la parcela antes del inicio de la construcción y se ha establecido el pago del precio total mediante entregas parciales, sin distinción alguna entre uno u otro concepto⁴³.

⁴¹ El Tribunal Supremo reconoce las similitudes ofrecidas entre ambos contratos. En este sentido, STS de 11 de febrero de 2010 (Roj: STS 447/2010).

⁴² FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., “Compraventa de cosa futura”, *El Contrato de Compraventa. Cuadernos de Derecho Judicial XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 88 y ss.

⁴³ ALONSO SAURA, M.P., “El tiempo en la entrega de la vivienda objeto de compraventa en proyecto o en construcción en situaciones de crisis económica”, *Discurso leído el día 30 de junio de 2011 en el acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia*, pág. 23.

Ahora bien, es necesario indicar que, en cualquier caso, las prestaciones de hacer serán debidas y exigibles, pues, en definitiva, la compraventa de vivienda sobre plano es una figura compleja en su contenido, ya que la obligación del promotor vendedor de entregar la vivienda se halla indisolublemente unida a la de ejecutar la obra, de modo que ésta debe ajustarse a las previsiones del plano incorporado al contrato (o a las características concretas en éste estipuladas), y responde el promotor ante el adquirente en virtud del contrato de compraventa y, además, por su condición de agente de la edificación⁴⁴. En este sentido, ATAZ LÓPEZ entiende más útil que discutir la calificación del contrato, el considerar que se trata de “situaciones intermedias, en las que están presentes las obligaciones propias de ambos tipos contractuales”, y a partir de ahí, identificar las zonas de conflicto y determinar cuándo deberá prevalecer la regulación del contrato de obra y cuando la del de compraventa⁴⁵.

A este respecto, y como se expondrá en el capítulo correspondiente, entiendo que está directamente relacionada con esta condición del contrato de compraventa “sobre plano” como contrato mixto o complejo la obligación del adquirente de efectuar entregas anticipadas a cuenta del precio, que, por otra parte, y como contraprestación, deben destinarse por el vendedor-promotor a la financiación de la construcción de la vivienda. Esto se debe a que, en realidad, con el abono de cantidades anticipadas no se estaría sólo pagando el precio, sino que considero que se cumple con un pacto de financiación de la construcción o edificación, que se corresponde con la obligación por el promotor de llevar a cabo dicha construcción conforme a lo pactado, si bien, ello no obsta para que el dinero anticipado se impute posteriormente al precio de la vivienda. En apoyo de esta postura puede alegarse, también, el hecho de que en caso de que se den vicios o defectos constructivos en la vivienda entregada, serán de aplicación los preceptos de la LOE, y no los arts. 1484 y ss. CC, reguladores del saneamiento por vicios ocultos en sede de compraventa.

⁴⁴ Así, el art. 17 LOE, que fija la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación, establece en su apartado 9 que *“las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa”*.

⁴⁵ ATAZ LÓPEZ, “Compraventa y contrato de obra futura”, op. cit, pág. 109.

III. DERECHOS DEL ADQUIRENTE COMO CONSUMIDOR EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

1.- Introducción. Régimen jurídico. Referencia a la protección en la adquisición de viviendas en otros ordenamientos

La compra de una vivienda es un contrato muy frecuente y habitual en nuestras vidas, aspiración primaria de muchos, y de importancia capital, en cuanto afecta a un bien que es parte de nuestra existencia íntima y cotidiana, que no sólo se vincula a la forma y calidad de vida de las personas, sino que, además, y para la mayoría de la gente, supone la adquisición de aquello que constituirá el bien más importante de su patrimonio. Por ello, no es extraño que el legislador, de entre los diversos bienes inmuebles susceptibles de adquirirse en el mercado, otorgue especial atención y disponga una mayor protección cuando trata esta materia, pues el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada tiene reconocimiento constitucional –como ya se advirtió- en el art. 47.1 de la CE. En la salvaguarda de este derecho está implicada la protección específica de quienes, como consumidores, deciden adquirir una vivienda⁴⁶.

⁴⁶ La vivienda constituye un objeto primario de protección constitucional muy vinculado a los derechos de privacidad, de dignidad, de inviolabilidad del domicilio, de libre desarrollo de la personalidad y de protección de la salud y la integridad física. Ello permite identificar la vivienda como un objeto, mediato o inmediato, tanto de derechos sociales (acceso) como de derechos políticos (uso pacífico y exclusión de injerencias ilegítimas), todos ellos de relevancia constitucional. En tal sentido se pronuncia la propia jurisprudencia constitucional, tal como señala la STC n.º 189/04, de 2 de noviembre (BOE 2 de diciembre de 2004), en desarrollo del art. 18 CE, que establece: "...por ello, hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Entre otras consecuencias, tal carácter instrumental determina que el concepto constitucional de domicilio tiene mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo de domicilio y no admite "concepciones reduccionistas" (por todas, SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5, y 10/2002, de 17 de enero, FJ 6 in fine). Por ello, hemos afirmado en el fundamento jurídico 8 de la citada STC 10/2002 que "el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual...".

A los efectos del desarrollo del derecho social de acceso a la vivienda y las garantías que, a favor del consumidor, derivan de la previsión constitucional, una primera aproximación nos lleva a la necesidad, por parte de los poderes públicos, de promover políticas activas que faciliten el acceso a la vivienda a favor de los ciudadanos, tal como se exige en los arts. 47 y 53.3 CE. Se trata de una protección activa, basada en actuaciones positivas de carácter legislativo, en las que se dote a la ciudadanía del marco normativo necesario para poder facilitar dicho acceso a la vivienda en las condiciones de digna y adecuada, como es calificada por el propio art. 47 CE. Al tratarse de un derecho de contenido social, de acuerdo con lo previsto en el art. 53.3 CE, sólo podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollan, sin que goce de la protección que el art. 53.2 CE concede a los derechos fundamentales. Ello implica que nadie podrá reclamar ante los Tribunales, de forma directa, su derecho a

En cumplimiento del mandato constitucional emanado del artículo 47 CE, se han dictado una serie de leyes que vienen a configurar un marco concreto de protección, todavía excesivamente disperso, pero que delimita el régimen de protección del consumidor, así como los derechos y deberes de las partes en el contrato que pueden ser directamente exigibles ante los Tribunales de Justicia.

Hay que destacar la existencia de un primer antecedente, preconstitucional: la Ley 57/1968, de 27 de julio, por la que se reguló la percepción de cantidades anticipadas en

una vivienda digna y adecuada, sin perjuicio de que existan mecanismos indirectos de control de la propia constitucionalidad (en relación a los derechos fundamentales, como el de igualdad o interdicción de la arbitrariedad) de las leyes desarrolladas por el Estado, en cumplimiento de la exigencia constitucional de promover las condiciones para el acceso a una vivienda digna, normas que lógicamente pueden ser recurridas ante los Tribunales Contencioso-Administrativos, y de este modo indirecto se podría obtener una protección jurisdiccional directa de este derecho social de acceso a la vivienda.

Señalado este primer nivel de actuación estatal, una segunda aproximación a los efectos de la previsión constitucional, nos lleva a considerar también la necesaria intervención del Estado, en cumplimiento del mandato constitucional, en las relaciones entre particulares, a los efectos de promover unas condiciones adecuadas para que el acceso a la vivienda de los ciudadanos en general, y de los consumidores en particular, se lleve a cabo no sólo a través de un mercado inmobiliario de viviendas seguro y ágil, sino también trascendiendo del simple contenido del contrato (de este modo, la legislación de desarrollo deberá incidir directamente sobre el ámbito contractual, condicionando su contenido, sus garantías y delimitando el marco de responsabilidad propio de esta materia, por su indudable influencia social). En tal sentido, como señala la Sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1986, caso James y otros contra Reino Unido, "*las sociedades modernas consideran a la vivienda como una necesidad primordial, cuya regulación no puede dejarse por completo al libre juego del mercado. El margen discrecional es bastante amplio para abarcar una legislación que garantice, en esta materia, una mayor justicia social, incluso cuando dicha legislación se inmiscuye en las relaciones contractuales entre personas privadas y no favorece directamente ni al estado ni a la sociedad como tal*".

Todo lo anterior hace que, dentro del ámbito de la vivienda, resulte justificada la regulación de un marco contractual de signo intervencionista, que condicione y limite el decimonónico principio de la autonomía de la voluntad, de forma que, sin eliminar el mismo -pues sigue siendo básico en la contratación- sí fije límites a dicho principio en aras a una efectiva igualdad y protección de la parte más débil de la relación contractual, LARROSA AMANTE, M.A., "La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas. Especial referencia a los mecanismos de protección de la LOE", *Derecho inmobiliario: Problemática actual. Manuales de Formación Continuada 50/2009*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 9 a 11.

la construcción y venta de viviendas⁴⁷, derogada, con efectos desde 1 de enero de 2016, por la Disposición Derogatoria 3ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en la redacción dada a la misma en virtud de la Disposición Final 3.4 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, si bien su contenido ha sido, en esencia, trasferido a la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999. La referida Ley 57/68 justificaba su contenido en su propia Exposición de Motivos por la alarma social que se creó, debido a la reiterada comisión de abusos por los constructores sobre los compradores.

Después de la Constitución, el primer desarrollo legislativo de la protección de los derechos de los consumidores en los términos del art. 51.1 CE, norma de carácter general, es la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, cuya regulación fue durante años la norma básica de protección del consumidor y se aplicó de forma reiterada en relación a los contratos de compraventa de viviendas. La referida Ley de 1984 fue derogada por la Disposición Derogatoria Única del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en virtud del cual se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU en adelante). Esta última ha sido objeto de múltiples reformas, debiendo destacarse la efectuada en virtud de Ley 3/2014, de 27 de marzo, que supuso una transformación significativa del contenido del Texto Refundido pues, aunque no se modificó un gran número de artículos, se efectuaron cambios sobre aspectos fundamentales en la interacción de todo consumidor con los diferentes agentes que intervienen en el mercado. Esta nueva reforma es resultado directo de la transposición en

⁴⁷ Ley preconstitucional, desarrollada por la Orden Ministerial de 5 de octubre de 1968 sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial, y por la Orden del Ministerio de Hacienda de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas. Esta Ley 57/68 fue posteriormente modificada por la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal, para finalmente ser derogada en virtud de la Ley 20/2015 de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que en su Disposición Adicional Tercera modifica la referida LOE, variando la redacción de su Disposición Adicional Primera para introducir, bajo el epígrafe “*percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*”, las garantías a favor de los compradores que se encontraban reguladas en la Ley 57/68, y procediendo a derogar ésta, introduciéndose al efecto una Disposición Derogatoria Tercera en la LOE.

nuestro ordenamiento nacional de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, a la que me referiré más adelante⁴⁸.

Junto al TRLGDCU, en el momento actual, se puede considerar que la regulación fundamental de la compraventa de viviendas por consumidores está formada, en cuanto a la legislación nacional, por las siguientes leyes estatales: el Real Decreto 515/1989 de 21 de abril, que protege a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación⁴⁹.

⁴⁸ La trasposición de la referida Directiva sobre Derecho de consumo ha sido especialmente beneficiosa para la legislación nacional española, en aras de proporcionar al consumidor una mayor armonización con respecto a las garantías existentes en otros Estados vecinos. De hecho, el derecho de consumo español había sido criticado por diferentes organismos europeos con anterioridad a la promulgación de esta norma por su falta de armonización con el resto de Estados miembros, siendo un claro ejemplo de ello el TJUE -que había cuestionado en algunas de sus resoluciones el contenido de la legislación española en materia de consumidores, pudiendo citar como ejemplo la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10), o la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), ambas dictadas en relación con la existencia de cláusulas abusivas contenidas en contratos celebrados entre consumidor y profesional-. La propia Ley 3/2014 recoge en su preámbulo que *“la directiva amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados bajo un enfoque de armonización plena, con excepciones puntuales, e introduce modificaciones sustanciales en la vigente normativa europea en materia de contratos con los consumidores y usuarios”*. Es necesario indicar que el legislador español no se limitó a realizar una transposición literal de la Directiva, sino que optó por ampliar el contenido de su articulado, siendo un claro ejemplo de ello el concepto de consumidor, que mantiene, a diferencia del texto de la Directiva, la posibilidad de que las personas jurídicas ostenten la posición de consumidor y usuario (art. 3 TRLGDCU).

Por su parte, con variantes, la legislación autonómica también ha comenzado en los últimos años a asumir la normativa europea, en cuanto al concepto de consumidor, con diversos matices, adiciones y variantes: en este sentido, art. 2 de la Ley 4/1996, del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (según la reforma operada por Ley 1/2008, de 21 de abril, que inauguró la tendencia autonómica al cambio); art. 111.2.a) del Código de Consumo de Cataluña, aprobado por Ley 22/2010, de 20 de julio; art. 2 de la Ley 5/2013, de 12 de abril, de Defensa de los Consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja; art. 2.a) de la Ley 7/2014, de 23 de julio, de Protección de las Personas Consumidoras y Usuarías de las Illes Balears; art. 2 de la Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores de Cantabria. Algunas normas autonómicas siguen combinando el criterio del *“destinatario final”* con el de la *“actuación fuera de una actividad profesional”*, como el art. 2 de la Ley 4/2013 de La Rioja.

⁴⁹ La Ley 38/1999 vino en su momento a complementar, en cierto sentido, a la Ley 57/68, y así, en su Disposición Adicional Primera se establecía (con anterioridad al 1 de enero de 2016, fecha en que la Ley 57/68 queda definitivamente derogada y su contenido, en esencia, trasferido a esta Disposición Adicional Primera) 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. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones: a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en*

Finalmente, también el ámbito de la legislación autonómica se han dictado normas tendentes a regular esta situación. Así, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Madrid se promulgó la Ley 2/1999, de 17 de marzo, para la Calidad de la Edificación, y en Cataluña la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda⁵⁰.

En lo que se refiere a la normativa dictada por la Unión Europea en materia de consumo, cabe citar la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de

efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley. c) La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero, vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución. d) Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del art. 6 de la citada Ley, se impondrán por las Comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas". Es decir, además de prorrogar, en un primer momento, el valor normativo de la Ley de 1968, haciendo remisión expresa a la misma, la LOE estableció que sus efectos se harían extensivos, de una parte, a otros sujetos que asimila a la condición de promotores de viviendas a tales efectos (como gestores de promociones en comunidad o en cooperativa) y, de otra parte, a ciertos pagos considerados como efectuados en dinero (entregas de efectos cambiarios). Asimismo, estableció la descentralización de la potestad sancionadora, que atribuye desde ese momento a las Comunidades Autónomas.

La LOE, que, tal se ha dicho, recientemente ha acogido en su Disposición Adicional Primera el contenido de la derogada ley 57/68, persigue, según su propia Exposición de Motivos, como objetivo prioritario, *"regular el proceso de la edificación actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías a los usuarios, en base a una definición de los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios"*. El contorno material de la Ley es sumamente amplio, pues proyecta la misma su regulación al proceso de construcción de todo edificio de carácter permanente, público o privado, cualquiera que sea su uso: administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente, cultural, etc., considerando a sus efectos como edificación las obras de nueva construcción, excepto las construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta; las de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, y las que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección, comprendiéndose, también, en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al inmueble (art. 2). Ahora bien, pese a la extensión de su objeto, las garantías objeto de estudio se restringen a las construcciones destinadas a vivienda, tal se desprende de su DA 1ª.

⁵⁰ Junto con la anterior regulación de ámbito nacional, diversas comunidades autónomas han procedido a establecer sus propias normas sobre vivienda, siguiendo en esencia el contenido de la legislación estatal, a la que muchas veces existe una remisión expresa. Como tales se pueden citar, además de las arriba indicadas:

1. Extremadura: Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de Extremadura.
2. Canarias: Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias.
3. Comunidad Valenciana: Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana.
4. La Rioja: Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda en la Comunidad Autónoma de La Rioja.
5. Galicia: Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia.
6. Región de Murcia: Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia

25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores⁵¹, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁵².

Para concluir, y por ser interesante para la materia objeto de estudio, ha de destacarse la conveniencia de una intensa relación entre el Derecho privado y el Derecho público para obtener una efectiva protección de los consumidores. La relación entre ambos es clara en lo que se refiere a cuestiones relativas a los precios o la seguridad de los productos y el debido control administrativo de las obligaciones de los empresarios. Pero comienza a considerarse necesaria también para reforzar algunos derechos de los consumidores en sus relaciones contractuales. Así, en el ámbito de la Unión Europea existe un reciente movimiento institucional tendente a acentuar los mecanismos de ejecución de las obligaciones (*enforcement*), de control administrativo, de mayores remedios procesales (acciones colectivas⁵³, procedimientos por reclamaciones de pequeñas cantidades, Reglamento UE 524/2013 sobre ODR y Directiva 2013/11/UE sobre ADR, ambas de 21 mayo 2013⁵⁴, etc.). Puede afirmarse que, hasta la fecha, la Unión Europea ha concentrado sus esfuerzos normativos en reconocer derechos sustantivos a

⁵¹ Dicha Directiva de 2011 realiza una reestructuración del contenido de las anteriores Directivas 85/577/CEE y 97/7/CE, distribuyendo los cambios en seis capítulos: Capítulo I, definiciones comunes en el ámbito del Derecho de consumo; Capítulo II, información que debe ser otorgada por el empresario de forma previa a la constitución del contrato; Capítulo III, regulación de contratos a distancia y del derecho de desistimiento; Capítulo IV, otros derechos de los consumidores; Capítulo V, normas técnicas relativas, principalmente, a la transposición de la Directiva; y Capítulo VI, disposiciones finales del texto.

⁵² Los supuestos a los que la Directiva se contrae, principalmente, son los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (*door to door sales*) y los contratos a distancia. De este modo, las directivas que regulaban estas materias -85/577/CEE y 97/7/CE, respectivamente- fueron derogadas y sustituidas por la regulación prevista en la Directiva 2011/83/UE. Originariamente, se pretendía además que otras dos Directivas fueran sustituidas y derogadas: se trataba de la referida a las cláusulas abusivas -93/13/CEE- y la referida a la venta y las garantías de bienes de consumo -1999/44/CE-, si bien finalmente se optó por no llevar tal pretensión a cabo, y únicamente se decidió que se vieran afectadas en algunos aspectos, que quedaron modificados por la Directiva sobre los Derechos de los Consumidores, ARROYO APARICIO, A., “El impacto de la Directiva sobre Derechos de los Consumidores en el ordenamiento español”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.867/2013, www.westlaw.es, págs. 16 y ss.

⁵³ En junio de 2013, la Comisión Europea presentó a los Estados una Recomendación con una serie de principios y actuaciones no vinculantes, para potenciar los sistemas de ejecución y resarcimiento colectivo (*collective redress*) (v. <http://www.boe.es/doue/2013/201/L00060-00065.pdf>, última consulta, 2 de junio de 2017).

⁵⁴ Respectivamente, Reglamento (UE) nº 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (*ODR u online dispute resolution*) y Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (*ADR o alternative dispute resolution*).

los consumidores (sobre información, contenido lícito de los contratos, perfección, desistimiento, responsabilidad contractual y extracontractual), pero ha relegado las fórmulas para hacerlos más eficaces, aunque parece estar tomando conciencia de la necesidad de un cambio en esta dirección.

Finalmente, antes de entrar a analizar los derechos del adquirente de vivienda sobre plano como consumidor, es necesario hacer un breve análisis de la regulación del contrato de compraventa de vivienda en construcción en países de nuestro entorno, tales como Italia y Francia. Así, en el derecho italiano, el Decreto legislativo de 20 de junio de 2005, núm. 122, sobre *“Disposiciones para la tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de inmuebles en construcción”*, contiene un régimen especial de protección para los supuestos de compraventa de bienes inmuebles “sobre plano”. El objetivo del Decreto, según su propia Ley de Bases, es garantizar *“la equitativa y adecuada tutela de los derechos del adquirente derivados de la estipulación del contrato dirigido a la adquisición o a la transmisión de un inmueble sobre plano”*. Destaca especialmente el derecho que se reconoce al adquirente, como parte débil del contrato, en los supuestos de quiebra (o concurso) del vendedor-promotor, de prelación en relación a la liquidación del activo. Establece, asimismo, un deber de garantía de las cantidades percibidas para el caso de que el constructor incurra en una situación de crisis (art. 3, párrafo 1). Por último, recoge también la obligación del constructor de entregar al comprador una póliza de seguro para cubrir los daños a la propiedad que resulten durante un plazo de 10 años desde la finalización de la obra, que se deriven de vicios del suelo o defectos en la construcción (art. 4 del Decreto).

En el Derecho Francés, cabe mencionar el Capítulo III-I del Título VI de su Código Civil, con la rúbrica: *“De la venta de inmuebles a construir”*, comprensivo de los artículos 1601-1 a 1601-4⁵⁵. En lo que se refiere a la protección que otorga el derecho

⁵⁵ Artículo 1601-1: *“La venta de un inmueble por construir es aquella por la cual el vendedor se obliga a edificar un inmueble en un plazo determinado por el contrato. Podrá ser concluido a término o en el estado futuro de terminación”*.

Artículo 1601-2: *“La venta a término es el contrato por el cual el vendedor se obliga a entregar el inmueble a su terminación y el comprador se obliga a recibirlo y a pagar el precio en la fecha de entrega. La transferencia de propiedad se opera de pleno derecho mediante la constatación en escritura pública la terminación del inmueble; producirá sus efectos retroactivamente al día de la venta”*.

Artículo 1601-3: *“La venta en el estado futuro de terminación es el contrato por el cual el vendedor transfiere inmediatamente al comprador sus derechos sobre el suelo así como la propiedad de las*

francés al adquirente de vivienda que realiza entregas a cuenta del precio, en este caso se ha optado por la persecución en vía penal de las infracciones por parte del promotor, creándose al efecto un subtipo de las estafas (como las que, en su día, estuvieron previstas en el derogado art. 6 de la Ley 57/1968 de 27 de julio)⁵⁶. Por otra parte, en relación a las calidades que requiere una vivienda en construcción, éstas son reclamables tanto a constructores como a vendedores, y están actualmente incluidas en el Código de la Construcción⁵⁷. Las exigencias prescritas son aplicables a todas las nuevas construcciones, definiéndose la vivienda como el local que comprende, de una parte, habitaciones principales destinadas a la estancia o al descanso, eventualmente habitaciones aisladas, y de otra parte, habitaciones de servicio, como las cocinas, baños, lavanderías, despensas, secaderos así como, llegado el caso, dependencias anejas (art. R. 111-1-1 Código de la Construcción)⁵⁸.

construcciones existentes. Las obras a realizar devienen propiedad del comprador a medida de su ejecución; el comprador estará obligado a pagar el precio a medida del avance de los trabajos. El vendedor conservará los poderes de propietario de la obra hasta la recepción de los trabajos”.

Artículo 1601-4: “*La cesión por el comprador de los derechos que tenga de una venta de inmueble a construir subrogará de pleno derecho al cesionario en las obligaciones del comprador frente al vendedor. Si la venta fuera acompañada de mandato, éste subsistirá entre el vendedor y el cesionario. Estas disposiciones se aplicarán a toda transmisión de bienes entre vivos, voluntaria o forzosamente, o por causa de fallecimiento”.*

⁵⁶ MARTÍNEZ CATALÁ, R., “Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *Tesis Doctoral, Director: Dr. D. Jesús Estruch Estruch*, Universidad de Valencia, 2015, págs. 70 a 72.

⁵⁷ INSERGUET-BRISSET, V. “La evolución del Derecho Francés en materia de vivienda”, *Construyendo el derecho a la vivienda, coord. F.L.R.*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág.51.

⁵⁸ Para concluir, y antes de entrar a examinar los derechos del adquirente de vivienda como consumidor, haré un breve análisis de la sistemática seguida en derecho comparado, en materia de protección de consumidores. Al respecto, cabe decir que pueden diferenciarse, siguiendo a MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Aproximación al concepto de consumidor”, <http://www.eedc.posgrado.uclm.es/TitulosPropios/UserFiles111%5CRecursos%5CP%3%BAblico%5CAproximaci%3%B3n%20al%20concepto%20consumidor.pdf> (última consulta, 2 de junio de 2017), hasta tres modelos distintos, en función de si existe un único texto legal que contiene todas las normas protectoras del consumidor, de si existen una ley general y varias leyes especiales, o de si coexisten sin más numerosas leyes especiales. Así:

i) Primer modelo: unificación normativa del derecho de consumo. Son países en los que toda la regulación relativa a la protección de los consumidores se contiene en una única norma. A este esquema responden Francia o Italia, siendo el mejor ejemplo el francés, ya que en Francia el *Code de la Consommation*, publicado mediante Ley núm. 93-949, de 26 de julio de 1993, puede calificarse como un auténtico Código, que engloba toda la normativa de protección de los consumidores. Este es el primero de los Códigos de consumo promulgados en Europa, y por ello no se encontró en la tesitura italiana de reubicar normas de consumo ya existentes en otros textos legales en un texto independiente, pues se elaboró en fecha temprana, bajo la convicción de la autonomía de la disciplina, en la tan conocida frase “un Derecho, un Código”. El *Code* consta de cinco Libros, e incluyó a su promulgación toda la normativa francesa existente hasta 1993 sobre protección de los consumidores, si bien ha sido objeto de ulteriores modificaciones para incorporar el contenido de las distintas Directivas comunitarias dictadas en materia de consumo. Recientemente se

acometió una revisión a fondo del mismo en dos etapas: una, consumada, mediante la Ley de 17 de marzo de 2014 (Boletín Oficial francés de 18 de marzo de 2014), con la que, entre otras reformas, se transpone la Directiva 83/2011 de derechos de los consumidores; y otra etapa, *in itinere*, pues en esa ley (art. 161) se delega en el Gobierno la refundición y adaptación en el plazo de dos años de toda la parte legislativa del *CCons*, incluyendo en él, si fuera necesario, disposiciones hasta ahora no codificadas. Las ventajas que presenta este modelo son evidentes, especialmente en lo que se refiere a seguridad jurídica, puesto que al constar en un único cuerpo normativo la legislación completa sobre consumidores, se evitan las discordancias entre las diferentes leyes que regulen, directa o indirectamente, la misma materia.

En cuanto al caso italiano, su Comisión ministerial, que presentó lo que se convertiría en el *Codice del consumo*, aprobado por Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, planteó inicialmente conservar el régimen de las cláusulas abusivas y las garantías en las ventas de consumo dentro del CC, en el que ya se encontraban (arts. 1469 bis/sexies y 1519 bis/nonies). Sin embargo, el Consejo de Estado se pronunció a favor de incluir esas materias en el Código de consumo y el Gobierno asumió ese parecer. El contenido del vigente *Código italiano de consumo (CCons.)*, tras la última modificación operada por el Decreto Legislativo nº 21, de 21 de febrero de 2014 con el que se ha transpuesto la Directiva 83/2011 de derechos de los consumidores, es algo más amplio que el actual TRLGDCU español de 2007, si bien no es tan completo como el modelo francés. Fuera del *CCons* en la actualidad, quedan algunas de las normas procedentes de Directivas europeas, como ocurre con el crédito al consumo o los viajes combinados, ubicadas en otros códigos sectoriales, después de que alguna otra ley especial de transposición (como la relativa a los servicios financieros a distancia de 2005) se haya refundido dentro de la normativa del *CCons.*, CÁMARA LAPUENTE, S., “La codificación del Derecho de Consumo, ¿refundación o refundición?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1, enero-marzo 2015, págs. 122 y ss.

ii) *Segundo modelo: es aquel en el que existe una ley general de defensa de los consumidores y usuarios, y varias leyes específicas que protegen al consumidor en cada concreto ámbito.* En el ámbito europeo, responden a este esquema, además del nuestro, entre otros, países como Portugal o Bulgaria. Así, en Portugal existe una ley general para la defensa de los consumidores, que es la Ley n.º 24/96, de 31 de julio de 1996, que establece el régimen legal aplicable a esta materia, vigente en la actualidad. Dicha Ley, después de definir al consumidor, enumera los derechos básicos de éste y analiza por separado cada uno de ellos. También existe una abundante legislación especial (Disponible en el Portal del Consumidor en www.consumidor.pt, gestionado por la Dirección General del Consumidor), que regula las relaciones de consumo celebradas en los sectores del mercado, considerados esenciales para el consumidor. Así, existe una legislación especial para la defensa de los consumidores en el sector de servicios financieros (bancos, seguros y valores mobiliarios), en el turismo, en los transportes, en las comunicaciones electrónicas, energía, suministro de agua, e incluso para la adquisición de bienes y servicios comunes, entre otras.

En lo que respecta al ejemplo búlgaro, la preparación del ingreso de este país en la Unión Europea en 2007 explica la ambición que se adivina en su completa Ley de protección del consumidor de 2005, en la que se encuentra comprendido en más de 230 artículos el régimen de las Directivas europeas de consumo, además de otras cuestiones administrativas y procesales de defensa de los consumidores. Tan sólo algunas leyes especiales de transposición quedan fuera de dicha Ley (crédito al consumo, venta a distancia de servicios financieros, publicidad engañosa y comparativa).

iii) *Tercer modelo: aquel en el que, en ausencia de una ley general sobre protección del consumidor, la normativa que la regula se diluye en numerosas leyes especiales, cada una de las cuales concede al consumidor una especial tutela jurídica en un determinado ámbito.* Como ejemplo de este esquema puede citarse a Alemania, donde la normativa sobre consumo se contenía en distintas leyes. Debe advertirse, sin embargo, que en virtud de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts), que entró en vigor el 1 de febrero de 2002, se modificó sustancialmente esta situación, en la medida que fueron derogadas algunas de las leyes referidas, pasando su contenido a estar incorporado al BGB (así sucede, entre otras, con la Ley sobre condiciones generales de la contratación, la Ley de crédito al consumo, o la Ley sobre los derechos de utilización de un inmueble a tiempo compartido). La elección del legislador alemán por integrar dentro del BGB una parte del Derecho comunitario, así como determinadas leyes proteccionistas del consumidor, tuvo como punto de partida la promulgación de la Directiva sobre las garantías en venta de bienes de consumo: en el momento en que se decidió que la adaptación de esta Directiva debería hacerse integrándola en el BGB y no mediante la articulación de una

2.- *Ámbito subjetivo: el adquirente de vivienda como consumidor*

Aunque la delimitación conceptual de la figura del consumidor no es objeto del presente trabajo, es inevitable abordar esa cuestión, pero referida en particular al ámbito y contexto de la compraventa de vivienda. Así, ya hace notar BERCOVITZ⁵⁹ que no hay una noción legal única de consumidor, sino que existen nociones diversas, dependiendo de la finalidad de la norma que incorpora esa noción. Otra de las dificultades que plantea la definición de consumidor es que la idea se remite, no tanto a una persona determinada, sino más concretamente a una situación o posición jurídica: aquella en la que se encuentra cualquier persona en la contratación de bienes o servicios⁶⁰.

ley especial, se abrió la posibilidad de llevar al BGB leyes ya vigentes en materia de protección de los consumidores. A favor de esta integración se alega la re-sistematización del Derecho Civil y la recuperación del BGB como centro del ordenamiento jurídico privado. Ahora bien, a estos argumentos se opone el hecho de que esta integración supone una ruptura interna del BGB que, aún siendo viejo, es un texto de gran calidad técnico-jurídica. A ello hay que añadir las dificultades obvias que presenta el traslado al BGB de leyes especiales vigentes, reguladoras de sectores jurídicos perfectamente articulados, que además conlleva unas complicaciones evidentes (armonizar el lenguaje, ubicar las normas, buscar el equilibrio entre lo viejo y lo nuevo, etc.), existiendo, por otra parte, un riesgo real de convertir al BGB en objeto de permanente reforma. En cualquier caso, la fórmula elegida por el legislador alemán es un ejemplo a considerar en lo que se refiere a la recodificación de derechos nacionales, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Un nuevo Derecho de Obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, *Anuarios de Derecho Civil*, año 2002, págs. 1135 y ss.

En esta situación, de dispersión legislativa, consecuencia de la sucesiva trasposición de Directivas recaídas sobre la materia, se encontraba también el Derecho de consumo británico. Ahora bien, con ánimo de simplificar, clarificar y modernizar ese acervo disperso, el Gobierno presentó el 13 de junio de 2013 un proyecto de ley, que dio lugar al *Consumer Rights Act*, en vigor desde 2015, calificado por algunos como como una auténtica “codificación” del Derecho de consumo británico. Ha de tenerse en cuenta que refunde hasta ocho leyes sobre derechos de los consumidores (entre ellas, cláusulas abusivas o garantías en la venta de consumo) y lo que se pretende es que constituya la legislación “primaria” sobre derechos de los consumidores y mantener la legislación secundaria recientemente aprobada.

Como conclusión, puede decirse que en el panorama comparado se detecta una clara tendencia favorable a la sistematización y “recodificación” del Derecho de consumo; cuando esto se hace a través de auténticos Códigos de consumo (Luxemburgo, Italia, Francia) o de Leyes Generales sobre la materia (Austria, España, etc.), la tendencia es a incardinar en esas normas reglas civiles, administrativas, procesales o incluso penales. Evidentemente, la “cultura codificadora” propia de algunos sistemas influye a la hora de optar por un Código de consumo, antes que su inserción en el Código civil: así, la solución deviene natural en sistemas como el francés, el luxemburgués o el italiano, tan proclives a las codificaciones sectoriales, si bien es cierto que sistemas ajenos a la tradición codificadora, como el Reino Unido, han optado recientemente por sistematizar el núcleo de la protección legal de los consumidores en una sola norma, CÁMARA LAPUENTE, S., “La codificación del derecho de consumo...”, op. cit, págs. 124 y ss.

⁵⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A., “El concepto de consumidor”, *Hacia un Código de consumidor. Manuales de formación continuada 34/2005*, Consejo general del Poder Judicial, 2005, pág. 1.

⁶⁰ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., “La protección inmobiliaria del consumidor en la comunidad europea”, *Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, 1994, pág. 169.

Dice la STJUE de 3 de julio de 1997 (Benincasa; asunto C-269/1995): “por lo que se refiere al concepto de consumidor, el párrafo primero del art. 13 del Convenio define a éste como una persona que actúa

Lo primero que hay que destacar, en relación al concepto de consumidor en materia de compraventa de viviendas, es que se trata de un consumidor cuyos derechos son merecedores de una protección prioritaria, conforme a lo previsto en el art. 9 TRLGDCU, al ser calificada la vivienda como bien de uso o consumo común, ordinario y generalizado en el Anexo II del RD 1507/2000, que si bien fue dictado al amparo del derogado art. 2.2 LGDCU⁶¹, lo cierto es que tal previsión legal ha pasado, con simples modificaciones de estilo en la redacción, al citado art. 9 TRLGDCU, que literalmente señala que *"los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado"*. Pues bien, este consumidor prioritariamente protegido (teniendo en cuenta el nuevo concepto legal previsto en el artículo 3 TRLGDCU *"...las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial oficio o profesión"* o bien *"...las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin un ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial"*⁶²), puede ser definido, a los efectos de

"para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional". Según jurisprudencia reiterada, del tenor y de la función de esta disposición resulta que ésta sólo se refiere al consumidor final privado, que no participe en actividades comerciales o profesionales (Sentencia Shearson Lehman Hutton, antes citada, apartados 20 y 22). De lo anteriormente expuesto se deduce que, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona. Como acertadamente señaló el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras. Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional".

⁶¹ El legislador de la LGDCU de 1984 decidió que fuera el propio Gobierno, mediante el correspondiente Reglamento, el que determinase cuales eran los bienes y servicios a los que se refería el antiguo art. 2.2 LGDCU. Esto dio lugar a la publicación, mediante RD 287/1991 de 8 de marzo, del *"Catálogo de Productos, Bienes y Servicios, a determinados efectos de la Ley 26/1985 GDCU"*. Dicho catálogo fue actualizado mediante RD 1507/2000, que el TRLGDCU no deroga expresamente, por lo que debe entenderse que continúa vigente. Ahora bien, es necesario indicar que el catálogo a que nos referimos ha sido tachado de altamente perturbador, por el hecho de que incluye casi cualquier bien o servicio de consumo imaginable, de modo que, si todos los bienes o servicios de consumo son de uso "común, ordinario y generalizado", la protección prioritaria del art. 9 TRLGDCU carece de sentido, PEÑA LÓPEZ, F., *"Comentario al art. 9 TRLGDCU"*, *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 99 y 100.

⁶² La nueva redacción del art. 3 TRLGDCU, introducido por la Ley 3/14, responde a la voluntad de copiar literalmente, en lo que al consumidor persona física se refiere, la definición establecida en el art. 2.1 de la

su delimitación en relación con el contrato de compraventa de viviendas, como toda persona física o jurídica⁶³ que adquiere una vivienda en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional⁶⁴. Con este concepto legal, desaparece el elemento delimitador

Directiva 2011/83/UE que se traspone. Se trata de una modificación puramente formal, sin consecuencias en la práctica. Al margen de lo anterior, en relación a este precepto hay que resaltar que mantiene, como peculiaridad importante que distingue nuestro derecho de consumo del comunitario, la protección como consumidoras a las personas jurídicas, a las que se dedica el segundo párrafo de este art. 3, ampliándose a las entidades sin personalidad jurídica y añadiendo el requisito de que actúen sin ánimo de lucro. Así, debe tratarse de una persona jurídica que no tenga actividad empresarial o profesional -esto es, que no preste servicios o proporcione bienes a título oneroso, o a título gratuito con fines de promoción u otros fines propios de una actividad empresarial-, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 3 TRLGDCU”, op. cit., págs. 61 y 62.

⁶³ Esta referencia a las personas jurídicas como consumidores es realmente marginal en la práctica, porque no es sencillo identificar personas jurídicas que sean ellas mismas destinatarios finales de los bienes o servicios que adquieren y, por otra parte, si se diera una interpretación amplia a esa posibilidad se podría incurrir, sin duda alguna, en un planteamiento que no ha sido el querido por el legislador. Sería realmente inaceptable considerar, en general, que personas jurídicas como las fundaciones o las asociaciones, que pueden tener un poder económico importante, deben ser protegidas en sus relaciones de mercado. Y, por otra parte, es difícil imaginar una persona jurídica que realice una actuación ajena a una actividad empresarial o profesional, puesto que, por definición, la persona jurídica tendrá que actuar de acuerdo con el marco fijado estatutariamente. Pero lo que plantea realmente problemas en nuestro ordenamiento jurídico consiste en que la noción de consumidor del texto refundido, que incluye a las personas jurídicas, no puede ser aplicada en las leyes que trasponen Directivas comunitarias donde la noción de consumidor se refiere exclusivamente a las personas físicas. Así resulta de forma expresa de la STJUE de 22 de noviembre de 2001 (Caso Cape/Idealservice), en cuyo fallo se declara: *"el concepto de consumidor, tal como se halla definido en el art. 2., letra b, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas"* (es significativo que el Estado español intervino en el procedimiento para defender, sin éxito, que podría considerarse consumidores a las personas jurídicas), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “El concepto de consumidor”, op.cit., págs. 11 y 12.

En cualquier caso, este planteamiento del TJUE es perfectamente compatible con el principio según el cual las normas de protección de consumidores de la Unión Europea son normas de mínimos (tal como prevé el art. 153.5 del Tratado), y así se desprende, además, del propio texto de la Directiva de 2011 citada, que se ha preocupado de aclarar que *"la aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un Estado miembro podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas"* (Considerando 13).

⁶⁴ La jurisprudencia ha reconocido este carácter de especial protección del consumidor al adquirente de una vivienda, así como la condición de ésta como bien de uso común, y por tanto dotado de mayor protección constitucional y legal. En tal sentido se pronuncia la SAP Baleares de 11 de junio de 2008 (Roj: SAP IB 584/2008), según la cual *"la vivienda constituye en la actualidad uno de estos productos de uso ordinario y generalizado. Su utilización mediante compra o en arrendamiento, constituye una actividad no sólo cotidiana, sino de gran trascendencia en la vida del consumidor. La propia Ley 26/1984 parece entenderlo, como se desprende del hecho significativo de la mención expresa a la vivienda en tres de sus artículos que son: Los artículos 5.2.j), 10.1 c) y 13.2 en los que se tratan aspectos como los materiales de*

del derogado artículo 1.2 LGDCU: la condición de destinatario final⁶⁵, de tal manera que la definición legal incide prioritariamente sobre la actuación fuera del ámbito profesional, con independencia de que el adquirente sea o no destinatario final de la vivienda adquirida. No obstante la anterior precisión, y en el concreto ámbito de la compraventa de viviendas, podemos decir que el adquirente que nos interesa, el que legalmente merece la condición de consumidor, es el que compra con intención de que el bien adquirido sea destinado a “fines privados”, lo que limita la condición de consumidor al no profesional. Así, no se pierde la condición de consumidor si la utilización del bien adquirido no se limita al ámbito estrictamente personal, sino al más amplio de carácter familiar. Por ello tendría esa consideración, por ejemplo, el que adquiere la vivienda y cede el uso a un hijo (un caso como este ya no presenta dudas, al haberse suprimido la referencia inicial de consumidor como “destinatario final”). En consecuencia, parece cuestionable el carácter de consumidor de quien compra la vivienda, no para su uso personal o familiar, sino como inversión, es decir, para obtener una ganancia o lucro con la posterior transmisión del bien adquirido, pues la protección del consumidor se plantea dentro del mercado y enfrentada al concepto de empresario, tal como expresamente se señala en el artículo 2 TRLGDCU (“*esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores y usuarios y empresarios*”).

En conclusión, puede decirse que, en cierto modo, la figura del consumidor se define por contraposición a quién sea el que le transmite los bienes o presta los servicios: se es consumidor, en sentido legal y estricto, no solo en atención al hecho de que se actúe en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, sino también en función de quién sea la otra parte contratante. No se concibe al consumidor sino frente a la figura del empresario o profesional, que actúa en tal condición⁶⁶; por tanto, no cabe hablar de

construcción, gastos que pueden repercutir en el comprador y documentación a entregar en la adquisición de una vivienda.”

⁶⁵ Sin embargo, BERCOVITZ, “Comentario al art. 3 TRLGDCU”, op. cit., pág. 60, puntualiza que “esta definición de consumidor como alguien que actúa al margen de su profesión, no debería suponer un cambio sustancial frente a la definición de consumidor como destinatario final”, entendiéndose que ambas deberían conducir a un mismo resultado, es decir, ambas deberían servir para delimitar al mismo colectivo social.

⁶⁶ La consideración de los empresarios y de los consumidores debe realizarse, claro está, dentro de su actividad propia: el empresario debe actuar suministrando bienes o servicios en el mercado (en este sentido, véase art. 92.1 o art. 140.1 c), por poner algún ejemplo), y el consumidor debe actuar recibiendo del empresario, directa o indirectamente, dichos bienes o servicios, adquiriéndolos en el mercado y/o disfrutándolos, una vez adquiridos. El ámbito de aplicación a que se refiere el art. 2 no comprende, en consecuencia, las relaciones en las que un empresario proporciona bienes o servicios a consumidores

consumidor cuando el contrato tiene lugar entre particulares (entendiendo por "particular" quien no ostenta la condición de empresario o profesional). El ordenamiento jurídico no contempla una especial protección entre particulares, pues no concurre en este caso la razón de ser de la tutela específica del consumidor, que es la desigual posición que tiene el particular frente a empresas o profesionales con quienes contrata; de ahí que debemos entender excluida la venta de vivienda de segunda mano entre particulares⁶⁷. Asimismo, y de acuerdo con lo previsto en el RD 515/1989, tampoco actuará como consumidor el adquirente en las ventas que se efectúen mediante subasta judicial o administrativa, exclusión que viene justificada porque el vendedor -normalmente la Administración, en virtud de los diferentes procedimientos de apremio legalmente contemplados-, no puede ser calificado como profesional o empresario a los efectos de la propia legislación de consumo y sin que exista, por otro lado, un acuerdo de voluntades en el que se deba proteger a la parte más débil del contrato, sino que las condiciones de venta vienen fijadas en virtud de las normas legales que regulan el avalúo de tales bienes y su venta pública.

Por su parte, el RD 515/1989, dictado para la protección de los consumidores en relación con la información suministrada en la compraventa y arrendamiento de vivienda, está dirigido a quienes se dedican a la actividad empresarial de venta y arrendamiento de vivienda. De una parte, se dice en el art. 1º que el Real Decreto se aplica *“a la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores”*⁶⁸.

esporádicamente, fuera del ámbito propio de su actividad -por ejemplo, este sería el caso de un empresario dedicado a la venta de coches que, el renovar sus oficinas, revende el mobiliario viejo-, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., “Comentario al art. 2 TRLGDCU”, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, op. cit., pág. 54.

⁶⁷ En consideración a esta circunstancia, el presente trabajo se centra en la protección conferida a los compradores de viviendas en construcción, o viviendas sobre plano, que constituyen el principal supuesto de adquisición de vivienda entre empresario y consumidor.

⁶⁸ Es de obligada cita la STC de 30 de noviembre de 1982 (BOE 29 de diciembre de 1982), que resolvía recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno Español contra la Ley 10/1981 del Parlamento Vasco sobre Estatuto del Consumidor. Con referencia específica, precisamente, al mercado inmobiliario, dice en su Fundamento Décimo que *“la peculiaridad del negocio inmobiliario aislado ajeno a actividades empresariales inmobiliarias, en que se realiza una oferta y contratación generalizada, excluye del ámbito de intervención en el área de protección del consumidor aquellas operaciones aisladas, no imputables al tráfico de una empresa inmobiliaria”*.

De necesaria referencia, habida cuenta lo frecuentes que en el tráfico jurídico son las promociones de viviendas que se acogen a la forma de Sociedad Cooperativa⁶⁹, es la consideración o no del socio cooperativista como consumidor y, en consecuencia, si pueden reconocérsele todos los derechos en la compra de vivienda que la legislación vigente ofrece al que adquiere una vivienda libre. Según MONGE GIL⁷⁰, no hay duda que un cooperativista tiene una doble condición: la de socio de la cooperativa y la de consumidor o usuario como destinatario final en la compra de un piso. Ahora bien, la cuestión no es pacífica⁷¹. Hay autores que sostienen que no se puede hablar de la presencia

⁶⁹ La sociedad cooperativa de vivienda es una cooperativa de consumo especializada, una organización de individuos que se asocian por la necesidad común de obtener una vivienda en distintas y/o mejores condiciones que las ofrecidas por el mercado. Y esa actividad de consumo la realizan como empresarios: arriesgando recursos, soportando potenciales pérdidas, sobrecostos, demoras en los plazos, etc., todo ello con la finalidad de obtener una vivienda con una mejor calidad/precio, pero, en definitiva, asumiendo el riesgo que le confiere la condición de promotor (empresario) inmobiliario.

Muchas de las peculiaridades propias de las sociedades cooperativas de vivienda en España están determinadas por las leyes de cooperativas, que las configuran como una categoría propia, y concretan muchas de sus características, GÓMEZ APARICIO, P., "Las sociedades cooperativas de vivienda. Especial referencia al País Vasco", *Cuadernos de Gestión*, Vol. 4, n° 2, 2004, pág. 65.

En cuanto a la consideración, o no, de empresa de una sociedad cooperativa, si por empresa, en una definición clásica y comúnmente aceptada, entendemos un conjunto organizado de capital y de trabajo destinado a la producción o la mediación de bienes o servicios para el mercado, concluiremos que las sociedades cooperativas son auténticas empresas que participan en el mercado. Es decir, en el caso de las cooperativas de viviendas, nos encontramos con unos agentes económicos que participan en un mercado, el de la venta de inmuebles destinados a vivienda, en competencia con el resto de agentes económicos dedicados al mismo género de actividad.

⁷⁰ MONGE GIL, A.L., "Cooperativas de viviendas", *XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Sesión IV*, 2010, pág. 238.

⁷¹ De hecho, hay sentencias que se han pronunciado en contra de esta posibilidad. Así, la SAP de Vizcaya de 9 de abril de 2001 (SAP BI 1654/2001) no aplicó la legislación protectora de los consumidores. La citada resolución tiene en cuenta el criterio de la STS de 22 de mayo de 1992 (Roj: STS 4111/1992), en la que se afirma que "*cuando las viviendas de protección oficial son construidas en régimen de cooperativa para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados y no para destinarlas al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico, los propios cooperativistas se convierten en socios copromotores de la construcción de dichas viviendas...*". De ahí que la Audiencia citada declare que, si bien es cierto que "*el antiguo art. 10.1.c) 11.º, y el actual apartado 22.º de la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispensa una adecuada protección a supuestos en que el consumidor se sitúa frente a un profesional o empresario que obtiene, o al menos pretende obtener, un beneficio de la actividad que realiza*", tal protección no "*resulta aplicable al supuesto objeto de esta litis en el que el consumidor se encuentra ante un simple "promotor-mediador", cuya intervención no viene guiada por la intención de destinar las viviendas al tráfico, transmitiéndolas a terceros compradores para obtener beneficios económicos, sino exclusivamente la de procurar viviendas a sus socios, constituyendo la aportación de cantidades por sus componentes una derrama del costo de la construcción*", de ahí que "*la posición de las partes del presente procedimiento dista mucho de la que presupone la norma incluida en el art. 10.1.c) 11.º invocado*".

También algunas resoluciones de Juntas Arbitrales de Consumo apuntan en esta dirección, al inadmitir el arbitraje de un asunto planteado por un socio cooperativista frente a la cooperativa por presunta vulneración

de un consumidor, ya que no cabría distinguir entre parte empresarial y destinatario final del producto o servicio, debido a que el propio comprador no dejaría de ser también parte empresarial. Si bien, parece más adecuado sostener que el cooperativista, además de socio, es consumidor, toda vez que es destinatario final de un producto: una vivienda. Para ello, además de los trámites administrativos necesarios, ha firmado un contrato de adhesión, por el que la cooperativa se compromete a entregarle una vivienda en unas condiciones pactadas. Por lo tanto, el acto de compra de la vivienda estaría sometido al derecho de consumo y el cooperativista tendría los mismos derechos que cualquier otro consumidor (así, los derechos reflejados en la normativa general de consumo, y también en la normativa específica de compra de vivienda -por ejemplo, los comprendidos en la derogada Ley de 27 de julio de 1968, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, contenidos actualmente en la LOE⁷², o el Real Decreto

de la normativa protectora de los consumidores (por ejemplo, en la Junta Arbitral de Aragón, expediente 1471/09, de 25 de noviembre de 2009)

⁷² En este sentido, cabe citar la reciente STS de 12 de julio de 2016 (Roj: STS 3459/2016), en cuyos Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto se establece lo siguiente:

“QUINTO.- Interés casacional del recurso. Planteado el debate casacional en los términos anteriormente expuestos, debe puntualizarse desde un principio que, (...) lo que debe resolver esta sala es si, (...) la demandante tiene derecho a recuperar las cantidades anticipadas con cargo a alguna de las dos demandadas o de ambas, así como, en su caso, la repercusión que esa recuperación tendría en la cooperativa demandada. A este respecto no debe olvidarse que tampoco los conceptos de la Ley 57/1968 guardan una correspondencia exacta con los contratos sobre las viviendas futuras, pues utiliza los de «cesión» de viviendas o «cesionarios» o «adquirentes» de viviendas con un carácter omnicomprendivo y el de «rescisión» (art. 3) para lo que en realidad es una resolución del contrato por incumplimiento del promotor (sentencia 778/2014, de 20 de enero de 2015, de Pleno).

En definitiva, tan evidente es que la incorporación de la demandante a la cooperativa de viviendas demandada no fue un contrato de compraventa como que, conforme a la normativa aplicable y a su interpretación por la jurisprudencia de esta sala, los cooperativistas tienen unos derechos «irrenunciables» entre los que se encuentra la garantía de devolución de las cantidades que anticipen para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, como es el caso (...).

SEXTO.- Doctrina jurisprudencial sobre la sujeción de las cooperativas de viviendas a la Ley 57/1968. La sujeción de la promoción de viviendas en régimen de cooperativa, incluidas las viviendas de protección pública, al régimen de la hoy derogada Ley 57/1968, no suscita duda alguna, porque cualquiera que pudiera existir en virtud de la normativa sectorial posterior a 1968 quedó despejada en 1999 por la d. adicional 1.ª LOE, en su redacción original aplicable al caso por razones temporales, al establecer que la normativa integrada por la Ley 57/1968 y sus disposiciones complementarias «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 cualquier caso, además, el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, adaptó los principios de la Ley 57/1968 a las cooperativas de viviendas no protegidas, porque para las de protección oficial el Decreto 2114/1968, de 24 de julio, ya había aprobado el correspondiente Reglamento, cuyos arts. 22 k) y 25 preveían la promoción en régimen de cooperativa y cuyo art. 114 exigía la garantía de devolución de las cantidades anticipadas.

Dada toda esta normativa, la jurisprudencia de esta sala ha considerado plenamente aplicable en beneficio de los cooperativistas de viviendas la garantía de devolución de las cantidades anticipadas establecida en

de 21 de abril de 1989, en relación a la protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento). Finalmente, cabe destacar que la Comisión de Cooperación de Consumo, órgano dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, se pronunció en el año 1997 resolviendo una consulta sobre el particular, en concreto la Consulta 46/97⁷³. En ella afirmaba la aplicación de la normativa en materia de consumo a la compra hecha por un cooperativista (en especial, la normativa reguladora de la protección en cuanto a las cantidades entregadas a cuenta y en materia de cláusulas abusivas de los contratos)⁷⁴.

Para concluir, es necesario recordar que en caso de que la compra se lleve a cabo por parte de una persona jurídica, que en nuestro Derecho puede ser consumidor -a diferencia del Derecho comunitario que, tal se ha indicado, limita este concepto únicamente a las personas físicas-, tal adquisición sólo estaría protegida al amparo de la legislación de consumidores cuando se destine a fines distintos a la actividad empresarial de la persona jurídica en cuestión, y nunca cuando sí se integre en su ámbito de actuación propio. Debe apuntarse que la adquisición de inmueble por persona jurídica con destino a sede social quedaría fuera del marco normativo y de específica protección objeto de estudio, pues no es concebible la utilización de lo adquirido por aquélla como vivienda,

la Ley 57/1968 (art. 1, condición 1.ª) como un derecho irrenunciable (art. 7). Así lo declaró expresamente la sentencia 540/2013, de 13 de septiembre, de Pleno, incluso para la fase inicial o embrionaria de adquisición del solar, y ninguna duda suscitó su aplicación en las sentencias 780/2014, de 30 de abril, y 781/2014, de 16 de enero de 2015, ambas también de Pleno.”

La doctrina jurisprudencial referida y reiterada en esta resolución entiendo que es perfectamente aplicable a la actual regulación, contenida en la DA1ª LOE, que no varía en cuanto a este extremo.

⁷³http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/consumo/estudios/consultas_1997.pdf (última consulta, 2 de junio de 2017).

⁷⁴ En cualquier caso, tal y como se ha referido antes, no se concibe al consumidor sino frente a la figura del empresario o profesional, que actúa en tal condición. Así, debe tenerse en cuenta la consideración de la cooperativa como promotora -cuestión objeto de examen en el capítulo tercero, epígrafe II.2.A)-, si bien, pone de manifiesto GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “Caracterización de las adjudicaciones realizadas por una cooperativa como compraventas de consumo”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 197, que toda cooperativa opera en una posición jurídica relevante, que ha obligado al legislador, como hemos visto, a imponer determinadas cautelas en cuanto a la protección de los socios adjudicatarios. Así, conforme a la LOE, que predica la condición de promotor de quien promueve colectivamente (art. 9.1), debería considerarse a la cooperativa como promotora, aún cuando no exista gestión externa.

término que debe tomarse en su sentido propio y genuino, vinculado al uso como habitación o residencia de personas físicas⁷⁵.

3.- *Ámbito objetivo: concepto de vivienda*

De igual manera que no toda persona que compra una vivienda queda amparada por la legislación de protección de los consumidores, tampoco cualquier adquisición de un inmueble implica la automática aplicación de dicha normativa protectora a favor del adquirente, lo que hace necesario delimitar cuáles son los inmuebles a los que resulta de aplicación la misma. Para ello hay que partir de la idea básica de que el art. 47 CE protege y reconoce como derecho social la vivienda, entendida la misma en un sentido estricto como el lugar en el que el individuo desarrolla sus parcelas de intimidad, tanto personal como familiar, poniéndose en conexión con la inviolabilidad del domicilio y la intimidad personal del art. 18 CE, en relación con el principio de propiedad privada y su función social del art. 33 CE.

A su vez, la propia idea de dignidad, adecuación e intimidad que configura la concepción de la vivienda en la Constitución Española, nos lleva directamente a su relación con la persona física. De hecho, ya la Ley 57/1968, en su art. 1, establecía como ámbito objetivo de dicha ley “(...) *las 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 (...)*”.

De todo lo anterior, y de los distintos conceptos que de vivienda se dan en diferentes referencias legales repartidas por nuestro ordenamiento⁷⁶, se puede alcanzar

⁷⁵ PICATOSTE BOBILLO, J.C., “Derechos y garantías de los consumidores”, *Hacia un Código del Consumidor, Manuales de Formación Continuada 34/2005*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 8.

⁷⁶ En nuestro ordenamiento encontramos varias referencias legales sobre lo que deba entenderse por vivienda. Para la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 será vivienda la “*edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario*” (art. 2.1). La Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 18/2007, de 28 de diciembre del Derecho a la Vivienda define en su art. 3. a) la vivienda como “*toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y servicios comunes del inmueble en el que está situada y los anexos que están vinculados al mismo, si acredita el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad que fija la presente ley y la normativa que la desarrolle y cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación*”. Por su parte, la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de Extremadura define la vivienda en el art. 3.3 como “*toda construcción*

una definición de vivienda, a los fines de su protección por la legislación de consumidores, como la de toda edificación cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad, permanente o temporal, de residencia de las personas físicas que la ocupan, y en la que desarrollan su ámbito de intimidad personal y familiar. Partiendo de la definición anterior, quedarían excluidos del régimen de consumidores objeto de estudio los adquirentes de inmuebles no destinados a vivienda o residencia, según el concepto dado.

Conforme a lo anterior, tendrán la consideración de vivienda no sólo los inmuebles destinados a servir de domicilio o residencia (con carácter permanente o habitual) de las personas, sino también, aquellos que estén destinados a servir de residencia de temporada (lo que se conoce como segunda residencia). En este mismo sentido, señala CARRASCO PERERA⁷⁷ que el adquirente tendrá la condición de consumidor, incluso si la vivienda se adquiere para cumplir finalidades no permanentes de habitación, como vivienda turística.

Igualmente, y para completar el concepto desde un punto de vista positivo, hay que entender que, dentro del concepto de vivienda, no sólo estamos refiriéndonos a la superficie de terreno delimitada por los muros que la rodean, sino que dentro de la protección se incluyen igualmente las zonas comunes y servicios accesorios a la vivienda propiamente dicha, tal como se deriva del art. 4, apartados 3 y 4 y del art. 5, apartados 1 y 5 del RD 515/1989⁷⁸. También hay que entender cubiertas por el régimen de protección

destinada a ser residencia de personas físicas". La Ley valenciana de la vivienda 8/2004 de 20 de octubre de la Generalitat, define la vivienda como "toda edificación habitable, destinada a residencia de personas físicas (...)" (art. 2). La Ley 8/2012 de 29 de julio de Vivienda de Galicia, de modo similar a la catalana, define la vivienda en el art. 2.1 como "todo edificio cuyo destino, total o parcialmente, sea el residencial de vivienda, tanto de nueva construcción como proveniente de actuaciones de rehabilitación, renovación o reforma, desde el momento en que se inicia la promoción y durante su vida útil, con independencia de su carácter libre o protegido". Como vemos, las definiciones legales antes citadas tienen en común la caracterización de la vivienda por razón del destino: servir de residencia a las personas físicas. Es lo que, de modo específico y constante, define la vivienda; más allá de esta nota común, algunas disposiciones apuntan como indiferente la utilización habitual o circunstancial, o que aquel destino lo sea con carácter exclusivo o primordial, en coexistencia con otros usos.

⁷⁷ CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la DA1ª LOE: Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción", *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Coautores A.C.P., C.G.C. y E. C.L., Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 483.

⁷⁸ El art. 4. 3 y 4 RD 515/89 dispone que "quienes realicen las actividades sujetas a este Real Decreto deberán tener a disposición del público, y en su caso, de las autoridades competentes, la información siguiente: 3. Descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil, y descripción general del edificio en el que se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios y 4. Referencia a los

al consumidor no sólo aquellas viviendas que están totalmente construidas, sino que tal protección se hace extensiva, y con mayor intensidad si cabe, a las viviendas que se encuentran en fase de ejecución (incluyendo los supuestos en que ni siquiera se haya comenzado la misma), tal como se desprende tanto de la Disposición Adicional 1ª de la LOE (que recoge la regulación anteriormente contenida en la Ley 57/1968), como del art. 7 del RD 515/1989⁷⁹.

4.- Derechos generales de los consumidores en la compraventa de viviendas

Delimitado el ámbito material y subjetivo, procede entrar a examinar los concretos derechos que la normativa en vigor concede a los adquirentes de una vivienda, en su condición de consumidor. Para ello, es preciso distinguir tres fases diferenciadas: una fase previa a la adquisición, integrada por la publicidad dada por el promotor y la información que éste ha de facilitar al posible adquirente, una segunda fase contractual, momento en el que se suscribe el acuerdo y en el que hay que prestar especial atención al contenido de las cláusulas que lo integran, y una tercera fase, posterior a la celebración. Pasamos a examinar cada una de ellas.

4.1. Fase previa a la adquisición. Publicidad e información

4.1.1. Publicidad

Dentro del *iter* negocial, señala DÍEZ-PICAZO, la publicidad podrá valorarse como “un trámite o etapa previa a la apertura de tratos o negociaciones o a la formulación de las ofertas de contrato”, es decir como una *invitatio ad offerendum* o, en otros casos, como oferta de contrato realizada a un conjunto indeterminado de personas, en función

materiales empleados en la construcción de la vivienda, incluidos los aislamientos térmicos y acústicos, y del edificio y zonas comunes y servicios accesorios”. Por su parte, el art. 5. 1 y 5 RD 515/89 establece que “cuando se promocionen viviendas para su venta, se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes, además: 1. Copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios y 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.”

⁷⁹ LARROSA AMANTE, M.A., “La incidencia de la protección del consumidor...”, op. cit., págs. 16 y 17.

de la concurrencia de requisitos y elementos que permitan hablar de oferta de contrato⁸⁰. Por tanto, puede entenderse que la información proporcionada en folletos u otros mecanismos publicitarios que contenga específica referencia a calidades, contenidos, servicios o características de la vivienda, no sólo generan una legítima expectativa en el adquirente, sino que, y sobre todo, constituyen parte de la oferta de quien realiza la actividad de promoción, por ello no es extraño que la jurisprudencia primero, y la legislación después, obligasen al promotor en los términos de lo ofrecido en su publicidad⁸¹.

Que el contenido de la oferta publicitaria integra el contenido del contrato y, por ende, puede ser exigido al vendedor, tiene ahora un reconocimiento explícito en el ordenamiento jurídico. El TRLGDCU vigente, en su art. 61.2, señala expresamente que *"el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato"*. Dicho artículo se integra dentro del Título denominado *"contratos con consumidores y usuarios"* y por ello, es común a todo tipo contractual en el que intervengan consumidores, incluido el contrato de compraventa de inmuebles, de modo que no cabe duda alguna de la extensión del contenido de la oferta, promoción o publicidad a la compra de viviendas por consumidores y la posibilidad de su exigencia al vendedor.

En el ámbito específico de la vivienda, esta idea quedaba ya reflejada en el RD 515/1989. En tal sentido, su art. 1 proclama expresamente que el RD se aplicará a la promoción, oferta y publicidad que se realice para la venta de viviendas dirigida a consumidores, exigiendo el art. 2 RD 515/1989 que dicha oferta, promoción o publicidad se ajuste a las verdaderas características y condiciones de la vivienda. Finalmente, su art. 3 dispone que dicha publicidad no puede inducir a error a sus destinatarios, de manera que afecte a su comportamiento económico, ni silenciar datos fundamentales,

⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, Civitas, Madrid, 1996, pág. 327.

⁸¹ La Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988, califica de ilícita la publicidad engañosa y la que infrinja la normativa específica para determinados productos, bienes, actividades y servicios, considerándose publicidad engañosa la que induce a error o confusión al destinatario (arts. 3 y 4 LGP).

confirmando el apartado 2 del mismo artículo la expresa exigibilidad de todo el contenido de la oferta, promoción o publicidad, aun cuando no figuren en el contrato.

En definitiva, a la vista del cuadro legal aplicable en relación a la publicidad del contrato, no existe duda alguna de que se garantiza, con respecto al consumidor, la exactitud del contenido de dicha publicidad o promoción de la vivienda, y ello a través del mecanismo más efectivo, pues las previsiones legales no se quedan en simples y generales principios, sino que, de forma expresa, permiten su alegación ante los tribunales de justicia.

Por lo tanto, actualmente no existe duda alguna sobre el carácter vinculante de la publicidad, en general, y en relación al contrato de compraventa de viviendas por consumidores, en particular. Así lo prevén expresamente las diversas normas a las que se ha hecho referencia, debiendo subrayarse que la integración de la publicidad en la oferta contractual, y su consecuente exigibilidad, tiene lugar aunque los contenidos publicitados no figuren expresamente en el contrato celebrado⁸². Sin embargo, es de destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había aceptado hace años este carácter vinculante. En tal sentido, es paradigmática la STS de 27 de enero de 1977 (Roj: STS 143/1977, citada por otra, la STS de 8 de noviembre de 1996 -Roj: STS 6179/1996-) la cual amparó al comprador de un piso que *"al prestar su conformidad en la adquisición"* se atenía *"a los folletos impresos de propaganda difundidos por la empresa constructora"*, pues *"siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en sus elementos descriptivos, es lógico (...) que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el artículo 1258 del Código Civil al creerlos, con fundamento, vinculantes para la empresa (...)"*. Como se puede apreciar, no se trata de una fundamentación específica basada en la protección del consumidor (concepto extraño en la fecha de la sentencia), sino que se basa en los principios generales del Código Civil (principio de buena fe), para amparar la posición de quien contrató en la creencia de que la publicidad integraba el contenido del contrato, anticipándose de esta forma a la entonces futura normativa legal. Lejos de modificar su postura, el Tribunal Supremo ha ido reafirmando de forma reiterada en

⁸² TORRES LANA, "Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo", op. cit., pág. 1015.

diversas resoluciones (SSTS de 15 de junio de 2000 -Roj: STS 4942/2000-, o de 29 de septiembre de 2004 -Roj: STS 6086/2004-, entre otras). Como no podía ser de otro modo, esta constante doctrina jurisprudencial se ha ido trasladando, igualmente, al ámbito de los tribunales de instancia y de apelación, pudiéndose afirmar que, en el momento actual, es doctrina uniforme dentro de los tribunales de justicia aquella que establece el carácter vinculante de la oferta publicitaria en el ámbito de la compraventa de inmuebles en general, y con especial incidencia en las compraventas en las que intervienen los consumidores (por ejemplo, SAP Málaga de 30 de octubre de 2008 -Roj: SAP MA 1561/2008-, SAP Alicante de 28 de abril de 2009 -Roj: SAP A 1600/2009-, o SAP Baleares de 11 de Junio de 2008 -Roj: SAP IB 584/2008-).

4.1.2. Información

Comenzando por los sujetos implicados en el deber/derecho de información, podemos considerar, con ALONSO PÉREZ⁸³, como sujetos activos a todos aquellos que tienen algún interés en la adquisición de una vivienda, con independencia de que luego la adquieran o no -si bien es cierto que sólo los que efectivamente contraten podrán ejercitar los remedios a la falta de información previstos legalmente, sin perjuicio de que las sanciones administrativas, también previstas, puedan aplicarse, en su caso, con independencia de que el receptor haya adquirido o no-. En cuanto a los sujetos pasivos, quienes deben cumplir con la obligación legal de informar son los que entran en contacto con el posible consumidor y gestionan la venta, como el promotor o el intermediario, cuando sustituye en esta gestión al promotor.

En lo que respecta al deber de informar en la venta de viviendas, del art. 18 TRLGDCU se deduce que cualquier bien o servicio que forma parte del mercado en el que participan consumidores debe ir acompañado de cierta información y, por tanto, la vivienda también. El RD Legislativo 1/2007 considera como un derecho básico del consumidor y usuario, en su artículo 8 d), el de "*la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios (...)*". Ya dentro del desarrollo del contenido del contrato en general, el art. 60 TRLGDCU regula la información previa a éste, exigiendo al empresario un deber genérico de información, que debe ser veraz, relevante y suficiente, sobre las

⁸³ ALONSO PÉREZ, M.T., *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda*, Civitas, Pamplona, 2010, págs. 89 y 90.

características esenciales del contrato, en particular las jurídicas y económicas; en su apartado 2⁸⁴, el art. 60 especifica cual debe ser el contenido mínimo de dicha información. Por último, en el punto 4 se establece imperativamente el carácter gratuito de la información que se facilite.

La remisión contenida en el art. 60.2 TRLGDCU a las normas que resulten de aplicación, nos deriva directamente, dentro del ámbito de la compraventa de viviendas, al RD 515/1989, que prevé el contenido esencial de este derecho de información precontractual, destinado a que la voluntad del consumidor se forme de manera realmente libre y con pleno conocimiento del alcance jurídico y económico de sus actos. La

⁸⁴ Establece el art. 60.2 TRLGDCU que “*serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:*

a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

b) La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.

c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio, así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

d) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

e) Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales.

f) La duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador, así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio.

g) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

h) La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

i) La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional.

j) Toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos.

k) El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4.

integración del contenido de los artículos 4 y 5 del RD 515/1989 y del artículo 60.2 TRLGDCU nos permite concretar el alcance exacto de la información precontractual que debe ser facilitada al consumidor en la compraventa de viviendas. En tal sentido, el empresario estará obligado a entregar gratuitamente al consumidor (artículo 60.3 TRLGDCU) la siguiente información, prevista en el referido RD 515/89 y sistematizada de acuerdo con la clasificación llevada a cabo por PICATOSTE BOBILLO⁸⁵:

i) Datos relativos a los sujetos: El nombre o razón social, domicilio y, en su caso, los datos de la inscripción en el Registro Mercantil, del vendedor (art. 4.1). Cuando se trate de primera transmisión, se indicará el nombre y domicilio del arquitecto y el nombre o razón social y domicilio del constructor (art. 5.6). Cabe decir que es la necesidad de otorgar una especial protección al adquirente de vivienda, lo que explica la exigencia legal a quienes ofrecen este tipo de producto en el mercado de informar, antes de celebrar el contrato, acerca de su identidad y la de otros sujetos que hayan intervenido en la construcción de la vivienda⁸⁶.

ii) Documentación administrativa: Copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios (art. 5.1). Cabe destacar, por su trascendencia práctica, la importancia del deber de aportar (por imperativo legal) la licencia de construcción, dado que, teóricamente, sin esta no se puede comenzar el proceso constructivo, circunstancia que queda finalmente en manos del Ayuntamiento -que suele dilatar la entrega, una vez que ya ha cobrado la pertinente tasa-⁸⁷.

⁸⁵ PICATOSTE BOBILLO, J.C., “Derechos y garantías de los consumidores”, op. cit., págs. 21 a 23.

⁸⁶ Hay que tener en cuenta que, como veremos, las normas que regulan la responsabilidad civil por vicios o defectos de la construcción se aplican tanto al vendedor-promotor como al constructor de la vivienda u otros agentes de la edificación, lo que supone que, de existir algún vicio o defecto, el comprador podría reclamar contra el vendedor-promotor y contra el constructor u otros agentes intervinientes, por lo cual le interesa conocer la identidad de todos ellos, a los efectos de, en su caso, poder ejercitar las acciones oportunas.

⁸⁷ A este respecto, es importante indicar que, si no existe: i) puede que la vivienda nunca se llegue a legalizar; y ii) puede que suponga la realización de ciertos cambios al proyecto presentado como base para su concesión, en cuyo caso debería ser objeto de ulterior aprobación por el comprador, al haberse

iii) Datos relativos al inmueble y a la vivienda:

1. Datos identificadores de la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad, o expresión de no hallarse inscrito en el mismo (art. 4.6).

2. Plano general del emplazamiento de la vivienda y plano de la vivienda misma (art. 4.2)

3. Descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil⁸⁸, y descripción general del edificio en el que se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios (art. 4.3).

4. Referencia a los materiales empleados en la construcción de la vivienda, incluidos los aislamientos térmicos y acústicos, y del edificio y zonas comunes y servicios accesorios (art. 4.4). Esto es lo que se conoce como memoria de calidades, y debería ser un reflejo del proyecto, si bien, en la práctica es habitual la utilización de términos excesivamente amplios o ambiguos -tales como sanitarios de primeras marcas, gres de primera calidad, etc.-. No obstante, sirve para que el consumidor pueda obtener una primera aproximación a lo que, eventualmente, será el resultado final de la vivienda, y sirve también como referencia a la hora de una posible reclamación por incumplimiento, para el caso de que los materiales realmente utilizados sean de inferior calidad a los descritos⁸⁹, ya que la memoria de calidades forma parte del contenido obligacional del contrato.

identificado el objeto del contrato con base en un plano que la Administración ha obligado a modificar, PARRA TORRES, V., "La protección del consumidor en el contrato de compraventa de vivienda en construcción", *Tesis Doctoral, Directora: Dra. Dña. Encarna Serna Meroño*, Universidad de Murcia, 2014, pág. 129.

⁸⁸ Acerca de esta cuestión, según ha manifestado nuestra jurisprudencia (en este sentido, STS de 20 de marzo de 2002 -Roj: STS 2008/2002-), si en el contrato de venta sobre plano sólo se hace referencia a una superficie, expresada en metros cuadrados, sin especificar si son construidos o útiles, y al inspeccionar la vivienda, el comprador comprueba que la superficie aprovechable es significativamente menor, dicha confusión no puede beneficiar a quien la generó -que es el vendedor-. Por tanto, el comprador estará facultado en este caso para instar la resolución, si considera que la cabida tiene carácter esencial y, por tanto, se ha frustrado el fin del negocio. La entrega de vivienda de cabida inferior a la estipulada es objeto de análisis en el epígrafe correspondiente del siguiente capítulo del presente trabajo.

⁸⁹ En este sentido, STS de 15 de marzo de 2010 (Roj: STS 1492/2010), que cuestiona la eficacia de unir al contrato de compraventa una memoria de calidades distinta a la que fue inicialmente ofertada.

5. Descripción y trazado de las redes eléctricas, de agua, gas y calefacción y garantías de las mismas, y de las medidas de seguridad contra incendios con que cuente el inmueble (art. 4.2). Este punto hay que ponerlo en relación con el RD 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, y que establece la obligación de facilitar al comprador de vivienda sobre plano la calificación energética del proyecto y, después, la del edificio terminado (art. 14).

6. Instrucciones sobre el uso y conservación de las instalaciones que exijan algún tipo de actuación o conocimiento especial, y sobre evacuación del inmueble en caso de emergencia (art. 4.5).

7. Estatutos y normas de funcionamiento de la Comunidad de Propietarios, en su caso, así como información de los contratos de servicios y suministros de la comunidad. Si la Comunidad de Propietarios ya está funcionando, se facilitará un extracto de cuentas y obligaciones de la vivienda objeto de la venta (art. 5.2).

8. Información en cuanto al pago de los tributos de todas clases que graven la propiedad o utilización de la vivienda (art. 5.3), tales como el IVA, el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (más conocido como plusvalía), y el IBI, abonándose los tres primeros una única vez, en el momento de la adquisición, y el último, que grava la propiedad, todos los años.

iv) Datos sobre el precio: Precio total de la vivienda y servicios accesorios, así como la forma de pago (art. 4.7). Del precio se ocupa en particular el art. 6 del RD, a cuyo tenor la información será especialmente detallada y clara en cuanto al precio de venta, debiéndose tener a disposición del público y de las autoridades competentes una nota explicativa que contendrá los siguientes datos:

1. Precio total de la venta, que se entenderá que incluye, en su caso, los honorarios de agente y el IVA, si la venta se halla sujeta a este impuesto. En otro caso, se indicará la cuota que corresponda por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

2. Forma de pago. En el caso de preverse aplazamientos, se indicará el tipo de interés aplicable, las cantidades que corresponderá abonar por principal e intereses y fecha de vencimiento de unos y otros.

3. Medios de pago admisibles para las cantidades aplazadas.

4. Si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de ésta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades.

5. Garantías que deberá constituir el comprador por el precio o la parte de él que se haya aplazado.

6. En la nota explicativa se hará constar que del importe total de la venta se deducirá cualquier cantidad entregada a cuenta por el adquirente, o por cuenta del adquirente, antes de la formalización de la operación. Si se trata de vivienda que no se encuentra 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 (art. 7, que se remite al efecto a la Ley 57/68, si bien esta ha sido derogada y su contenido traspasado a la Disposición Adicional 1ª de la LOE).

v) Documentación del contrato: Forma en que está previsto documentar el contrato, con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible lo siguiente (art. 5.4):

- Que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor.

- Los arts. 1280.1º y 1279 del Código Civil⁹⁰.

⁹⁰ Conforme al art. 1280. 1º del CC, “deberán constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles”. Por su parte, el art. 1279 CC dispone que “si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán

- El derecho a la elección de Notario, que corresponde al consumidor, sin que tampoco éste pueda imponer aquel que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio.

vi) Fecha de la entrega: 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 (art. 5.5).

Para concluir este apartado, es necesario hacer referencia a las posibilidades de exigibilidad, por parte del adquirente, de aquello que se le ofreció antes de suscribir el contrato, y es que ninguna eficacia tendría una obligación impuesta al empresario si su incumplimiento no acarrea consecuencia negativa alguna. Ahora bien, las consecuencias que, para el vendedor-promotor, conlleva el incumplimiento del deber precontractual de información pasan, en su mayor parte, por la celebración del contrato (y supondrán la posible anulabilidad por error o dolo, o la nulidad por indeterminación del objeto)⁹¹. Así, desde el Derecho de consumo se disponen consecuencias jurídicas distintas a las previstas en el Código Civil⁹², destacando la prevista en el art. 61 TRLGDCU y, por tanto, de alcance general, conforme al cual el contenido de la oferta o publicidad será exigible por los consumidores, aún cuando no figure expresamente en el contrato. Este criterio de exigibilidad de lo ofrecido en fase precontractual también aparece en las normas que regulan específicamente la protección de los consumidores adquirentes de viviendas. Así, el art. 3.2 del RD 515/1989 dispone que *“los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones,*

compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

⁹¹ Cuando la relación no acaba en la celebración de un contrato, la única vía posible es la de la responsabilidad precontractual, pero en este caso no basta con el mero incumplimiento del deber de información, sino que es preciso acreditar que dicho incumplimiento provocó un daño, que también habrá de probarse. Es decir, habrá que demostrar el nexo causal, y puede resultar complejo, en efecto, acreditar que la decisión de no adquirir se debió a un defecto en el cumplimiento del deber de información, ALONSO PÉREZ, M.T., “La protección jurídica del comprador de vivienda”, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Coord. F.L.R., Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 238.

⁹² Que, en esencia, se circunscriben a la posibilidad de intentar la nulidad del contrato ex art. 1265 CC, por la existencia de vicios del consentimiento.

adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado”⁹³.

Normalmente, este mecanismo suele articular la exigencia de responsabilidad por incumplimiento de una prestación de contenido positivo, es decir, se exigiría responsabilidad por el hecho de que el adquirente no recibe algo, o cuando lo que se le entrega es de calidad inferior a la esperable⁹⁴. Sin embargo, también puede articularse este mecanismo para exigir responsabilidad por incumplimiento de prestaciones de contenido negativo, es decir, cuando existe algo que no debiera estar, a tenor de la información proporcionada en la fase precontractual⁹⁵.

⁹³ Acerca de esta cuestión, PERTIÑEZ VILCHEZ, F., “Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 379 y ss., considera que la finalidad de estas normas es contribuir a la correcta formación de la voluntad negocial del consumidor, si bien entiende que el cumplimiento de estos deberes de información no garantiza la prestación de un consentimiento válido y, a la inversa, la omisión de alguno de esos deberes no debe comportar la ineficacia total o parcial del contrato. Así, razona que el consentimiento contractual no puede constituirse sobre la base de cumplimiento de formalidades más o menos rigurosas en la fase precontractual, del mismo modo que el incumplimiento de los deberes legales de información, según este autor, no pueden suplantar el supuesto de hecho de las normas sobre el error o dolo, sobre cláusulas abusivas, sobre interpretación o sobre resolución o responsabilidad por incumplimiento -considera que el incumplimiento de estos deberes podría, en su caso, ayudar a formar juicio sobre excusabilidad del error, causar daño indemnizable o determinar la abusividad de una cláusula-. Pues bien, entiendo que aunque, en efecto, una adecuada información previa no presupone, necesariamente, la formación correcta del juicio de la parte informada, de eso no puede deducirse necesariamente que el incumplimiento del deber de información no haga que el contrato sea ineficaz, o no, al menos, en la materia objeto de estudio, ya que el RD1989 establece un deber de información veraz del contenido del contrato, que implica, aunque no se establezcan expresamente, consecuencias sobre el propio contrato en caso de incumplimiento: el hecho de que, en caso de que el resultado no coincida con la información facilitada, esto pueda dar lugar a resolución, indemnización o incluso nulidad por vicio del consentimiento, como el propio autor, en cierta medida, reconoce, implica que, en efecto, la falta de información sí puede considerarse un supuesto de hecho para instar resolución, o indemnización -especialmente si tenemos en cuenta los preceptos citados, conforme a los cuales la información facilitada debe integrarse, necesariamente, en el contrato ulterior, aún cuando no se establezca así expresamente en el mismo-.

⁹⁴ Como ejemplo puede citarse la SAP de Córdoba, de 12 de abril de 2005 (Roj: SAP CO 535/2005). En este caso, la publicidad hablaba de “calidades exclusivas”, si bien el adquirente entiende que la cocina de la vivienda no responde a esa categoría y el tribunal le da la razón, indemnizándole conforme solicita.

⁹⁵ Respecto a esta posibilidad, destaca la cuestión de las vistas del inmueble, a las que las actividades promocionales suelen dar gran relevancia. Así, la SAP de Granada de 15 de mayo de 2009 (Roj: SAP GR 658/2009), en un supuesto en que se ofrecían vistas directas sobre el mar y en realidad estas sólo existían oblicuamente, se estimó la demanda de resolución del contrato por incumplimiento. Por su parte, la SAP de Valencia de 23 de marzo de 2009 (Roj: SAP V 1174/2009), en caso idéntico en que se publicitaban vistas al mar, concedió la indemnización interesada por la privación de vistas sufrida.

Finalmente, en cuanto a qué acciones deben emplearse para canalizar la exigencia de responsabilidad en estos casos de información defectuosa, lógicamente éstas serán las que se correspondan con los intereses del adquirente demandante, según prefiera mantener la eficacia del contrato o, por el contrario, instar su resolución. En consecuencia, el consumidor podrá ejercitar la acción de incumplimiento, o bien la de resolución, con indemnización -en ambos casos- de daños y perjuicios, ex art. 1124 CC⁹⁶. Ahora bien, si

⁹⁶ En cuanto al régimen general de resolución por incumplimiento, previsto en el art. 1124 CC, al que se hará referencia en muchas ocasiones a lo largo del presente trabajo, el carácter bilateral o sinalagmático del contrato de compraventa supone que cada una de las prestaciones a que están obligadas las partes contratantes es causa de la otra, estando mutuamente condicionadas, de forma que si una de las mencionadas partes deja de cumplir, la contraria -siempre que hubiera cumplido con la prestación a que, por su parte, venía obligada-, podrá optar entre exigir la resolución del contrato o su cumplimiento -con derecho a obtener indemnización de daños y perjuicios en ambos casos-. Este derecho está así establecido en el art. 1124 del Código Civil, norma de carácter general que recoge la que se ha denominado “condición resolutoria tácita o implícita”.

Para la aplicación del art. 1.124 CC, tal y como se indica en la STS de 26 de mayo de 2009 (Roj: STS 3489/2009), se ha de partir de la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas, en el que una de las partes ha cumplido y la otra no, siendo jurisprudencia consolidada, a la que hace referencia la STS de 4 de marzo de 2010 (Roj: STS 781/2010), la que establece que queda excluida la posibilidad de reclamar la resolución del contrato en los supuestos de incumplimiento mutuo.

De conformidad con la abundante jurisprudencia existente en relación al citado precepto, el incumplimiento contractual que da lugar al ejercicio de la facultad resolutoria del art. 1.124 CC ha de ser esencial, intencional y que haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de la obligación contraída. Así, la facultad resolutoria opera sobre el presupuesto de la existencia de un verdadero incumplimiento, grave y esencial, que frustre la finalidad última del contrato y que recaiga sobre las obligaciones principales del mismo, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que, por su entidad no decisiva, no impidan que el acreedor obtenga el resultado económico que le movió a contratar.

A partir de esta doctrina, es claro que no todo incumplimiento contractual tiene eficacia resolutoria, por lo que para determinar el alcance del incumplimiento ha de atenderse a dos aspectos: el fáctico -o hechos en que se fundamenta-, y el jurídico -o valoración de la transcendencia de éstos en relación con la efectividad de lo pactado-. De este modo, la apreciación de la causa de resolución contractual depende de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, ante las que se ha de determinar si, con base en los hechos que se alegan, se puede alcanzar la resolución del contrato, ejercitando la facultad prevista en el art. 1.124 CC, o su eficacia ha de reducirse, en su caso, a la acción de resarcimiento del art. 1.101 CC.

A todo ello hay que añadir que, también en lo que se refiere a la interpretación del art. 1.124 CC, existe una consolidada doctrina jurisprudencial que postula el respeto al principio de conservación del contrato, y que exige, aunque con ciertos matices, que el incumplimiento sea definitivo -de modo que no resulte posible satisfacer el interés contractual del lesionado-.

Además, para que concurran los requisitos necesarios para poder ejercitar la opción de resolver el contrato, debe estarse también a las exigencias de la buena fe que, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y a la que expresamente se remite el art. 1.258 CC para determinar el alcance de las obligaciones de los contratantes, más allá de lo expresamente pactado; buena fe contractual que ha de entenderse en su sentido objetivo como comportamiento justo, tal como indica la STS de 30 de Junio de 2000 (Roj: STS 5346/2000). En tal sentido, la jurisprudencia ha venido exigiendo, además de que quien insta la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondan, que se aprecie en éste un “interés jurídicamente atendible”. Se pretende con ello evitar un posible carácter abusivo, contrario a la buena fe o incluso doloso en el ejercicio de la facultad resolutoria, cuando se basa en un incumplimiento más aparente que real, debido a que no afecte al interés del acreedor en términos sustanciales, o encubra la posibilidad

opta por la resolución, es necesario que el incumplimiento sea grave. Por otra parte, al tratarse de una compraventa, tiene también la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias⁹⁷ en el plazo de seis meses. Por último, también se puede exigir indemnización de daños y perjuicios, con base en el art. 1101 CC⁹⁸.

Finalmente, debe añadirse que también se protege al adquirente en esta fase precontractual a través de sanciones administrativas, contempladas en el art. 11 RD 515/89, conforme al cual “*el incumplimiento de cualquiera de los preceptos contenidos en la presente disposición se considerará infracción en materia de protección al consumidor*”. Igualmente, se regulan sanciones administrativas para los supuestos de infracciones en materia de consumo en los arts. 49 a 51 TRLGDCU. Así, el art. 51 establece sanciones económicas, y también sanciones complementarias. Todas estas sanciones administrativas previstas son compatibles con las consecuencias jurídico-privadas antes expuestas.

4.2. El contenido contractual: protección del adquirente consumidor

Una vez completada la información, si finalmente el consumidor decide adquirir la vivienda por la que estaba interesado, se inicia la fase contractual propiamente dicha, que culminará con la efectiva firma del contrato de compraventa y el posterior otorgamiento de escritura pública. Se pretende, en primer lugar, garantizar la comprensión efectiva del contrato, y para ello, éste debe reunir una serie de condiciones que justifiquen que existe equilibrio entre las partes y que, en efecto, el consumidor conoce y comprende el alcance del contrato que suscribe, evitando de este modo que se firmen cláusulas contractuales abusivas en perjuicio del consumidor. Como dice DÍEZ-PICAZO⁹⁹, “no es válida una redacción que sólo puedan entender los peritos en Derecho. Menos todavía, como es lógico, una que ni siquiera estos últimos pudieran comprender. El fundamento de esta exigencia es claro y resulta perfectamente plausible”. De nuevo, nos encontramos con múltiples garantías legales, que tratan de impedir que la propia redacción del contrato, que puede ser suscrito por el comprador en condiciones de

de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo beneficio, ALONSO SAURA, M.P., “El tiempo en la entrega...”, op. cit., págs. 35 a 37.

⁹⁷ Redhibitoria y estimatoria o *quanti minoris*, conforme a los arts. 1484, 1485, 1486.1 y 1490 CC.

⁹⁸ ALONSO PÉREZ, M.T., *Las obligaciones legales de información...*, op. cit., pág 252.

⁹⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pág. 337.

desigualdad respecto del empresario vendedor, pueda convertirse después, en fase de cumplimiento del contrato, en una limitación de los derechos del adquirente de la vivienda.

4.2.1. Cláusulas abusivas: concepto

Con carácter previo al análisis de las garantías legalmente previstas en esta fase, es preciso señalar que no se deben confundir las posibles cláusulas abusivas con las condiciones generales que, en su caso, contenga un contrato, ya que la abusividad, como causa específica de nulidad de una cláusula, no se circunscribe a la hipótesis de ser aquella una condición general de la contratación, sino que puede predicarse de cualquier cláusula del contrato que no hubiere sido individualmente negociada¹⁰⁰, expresión más amplia que abarca también a las condiciones generales. Estas últimas son cláusulas predisuestas, cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes, habiendo sido redactada con la finalidad de ser incorporada a una generalidad de contratos, tal como la define el art. 1.1 LCGC¹⁰¹. Por el contrario, las cláusulas abusivas son, según el propio Texto Refundido, *“todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente¹⁰² y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la*

¹⁰⁰ La expresión de la cláusula *no negociada individualmente* procede de la Directiva 93/13, cuyo art. 3.2 dispone que *“se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”*. En definitiva, son cláusulas contractuales, predisuestas e impuestas para un contrato en particular. Predisuestas se entiende, según el tenor de la Directiva, como redactadas previamente, o elaboradas o preconcebidas de antemano; impuestas, de nuevo siguiendo lo dispuesto en la Directiva, significa que el consumidor no ha podido influir sobre su contenido (lo trascendente no es que la reglamentación la hubiere confeccionado una de las partes, sino la posibilidad de incidir en tal confección), porque su incorporación al contrato es imputable únicamente a la otra parte. De este modo, la diferencia reside, fundamentalmente, en la nota de generalidad o habitualidad

¹⁰¹ *“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contrato”*.

¹⁰² La cuestión que se suscita en muchos contratos privados de compraventa de viviendas, es cuáles de las cláusulas particulares del contrato han sido negociadas individualmente, pues éstas quedarían automáticamente fuera de la protección que dispensa la legislación especial. La interpretación debe ser siempre favorable a los intereses del consumidor, por lo que el contrato debe reflejar con absoluta claridad la aceptación del comprador a cualquier condición, renuncia etc., de carácter específico. En conclusión, el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores, y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, se da siempre que no haya existido negociación individual, TORRES LÓPEZ, A., *“La protección del comprador de la vivienda en los momentos previos a la consumación del contrato”*, *op. cit.*, pág. 22.

buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". Partiendo de ese concepto general, contenido en el art. 82.1 TRLGDCU, la norma estructura la regulación sobre la abusividad, describiendo de manera abstracta aquella noción mediante conceptos necesitados de ulterior concreción. Esta "cláusula general" es seguida por una enumeración en el art. 84.4 TRLGDCU de seis subgrupos de cláusulas "en todo caso abusivas", que suponen un primer nivel de concreción. La definición de cada uno de estos subgrupos se corresponde con los encabezamientos de los arts. 85 a 90 TRLGDCU que, como último escalón, contemplan las hipótesis más concretas¹⁰³.

En consecuencia, el consumidor puede encontrarse, en relación a un eventual contrato de compraventa, en esta triple posición¹⁰⁴, que determina un régimen legal diferente:

1. Cláusulas contractuales negociadas individualmente: se regirían por las normas del Código Civil, sin entrar en juego los mecanismos de protección de los consumidores, pues la supuesta prevalencia del empresario frente al comprador no se dará en los casos en los que haya existido una auténtica negociación individual. Por tanto, las discrepancias derivadas de este contrato se solventarían teniendo en cuenta las normas generales de la legislación civil, en especial las del error y demás vicios del consentimiento, y las normas de interpretación, integración y calificación de los contratos. Ahora bien, el art. 82.3 TRLGDCU proclama que la negociación individualizada de ciertos elementos de una cláusula o de una cláusula aislada, no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato¹⁰⁵.

2. Cláusulas contractuales predisuestas por el empresario, que no se apliquen de forma generalizada a todos los contratos: dicho contrato estaría plenamente sometido a

¹⁰³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "Comentario al art. 82 TRLGDCU", *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 1104.

¹⁰⁴ MORRONDO MARTÍN, M.L., "La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas", *Curso sobre la protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, 1999, págs. 321 y ss.

¹⁰⁵ La norma es parecida a la que contiene el art. 1.2 LCGC, si bien en esta se añade "si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión", siguiendo fielmente lo dispuesto en el art. 3.2, segundo párrafo, de la Directiva 93/13. Así, lo decisivo será determinar el equilibrio de las posiciones de las partes, examinando el contrato en su conjunto, y atendiendo a las circunstancias expresadas en el art. 82.3 TRLGDCU.

las previsiones de la legislación de protección de los consumidores, en especial el Texto Refundido del RDL 1/2007 y el RD 515/1989.

3. Contratos con auténticas condiciones generales de la contratación: estarían sometidos a la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, si bien también les serían de aplicación las normas específicas de protección del consumidor citadas en el apartado anterior, tal como prevé el artículo 59.3 TRLGDCU.

El RD Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, parte de la necesidad de llevar a cabo una amplia regulación del contenido del contrato celebrado con consumidores, superando la parca y parcheada regulación contenida en los artículos 10 y 10 bis de la derogada Ley 26/1984. En tal sentido dedica dos títulos completos, el I y el II del Libro II, arts. 59 a 91, a los contratos celebrados con consumidores, en los que regula las cuestiones generales del contrato y hace un especial hincapié en las condiciones generales y cláusulas abusivas¹⁰⁶.

¹⁰⁶ En líneas generales, las garantías legales a favor de los consumidores contenidas en la referida regulación son las siguientes:

1. Regula el nivel mínimo de protección que debe contener todo contrato celebrado con consumidores (art. 59.2 TR).
2. Debe mostrarse claramente la voluntad de contratar del consumidor, que no puede presumirse (art. 62.1 TR).
3. Se garantiza la documentación del contrato (art. 63 TR).
4. Reafirmación del principio de buena fe contractual en favor del consumidor (art. 65).
5. Regula el derecho de desistimiento del contrato por parte del consumidor (arts. 68 a 79).
6. Fija las características de las cláusulas contractuales, que deben reunir los siguientes requisitos:
 - a. No pueden imponer obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos del consumidor en el contrato (art. 62.2 TR).
 - b. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, sin reenvío a documentos que no se faciliten (art. 80.1.a) TR).
 - c. Accesibilidad y legibilidad del contrato (art. 80.1.b) TR).
 - d. Buena fe y justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes (art. 80.1.c) TR).
7. Positiviza un criterio de interpretación a favor del consumidor (art. 80.2 TR, conforme al cual *“cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor”*).
8. Implica a los Notarios y Registradores de la Propiedad en la defensa de los derechos del consumidor, tanto en relación al derecho de información (art. 81.2 TR) como con respecto al control de condiciones abusivas (art. 84 TR). Esta cuestión se analizará detenidamente más adelante.
9. Define y declara la nulidad de las cláusulas abusivas (arts. 82 y 83 TR), distinguiendo entre diferentes tipos de condiciones abusivas, debiendo destacarse que no es una enumeración cerrada.

4.2.2. Régimen de las cláusulas abusivas en sede de compraventa de vivienda

A) El artículo 10 del Real Decreto 515/1989

La regulación de las cláusulas abusivas viene, por tanto, contenida en el TRLGDCU (arts. 82 y ss.), a la que hay que añadir la extensísima normativa autonómica existente¹⁰⁷, hasta 15 disposiciones que, a su vez, en algunos casos son desarrolladas por otras, lo cual complica extraordinariamente la labor de los operadores jurídicos. Dentro de esta regulación general que, se insiste, es totalmente aplicable en materia de compraventa de viviendas por consumidores, existen también algunas referencias concretas a dicho contrato que, junto con la previsión específica del art. 10 del RD 515/1989, completan el régimen en sede de compraventa de viviendas. Por tanto, teniendo en cuenta ambas normas, dichos contratos deberán de cumplir con las siguientes exigencias:

1. Los documentos contractuales de compraventa deberán ir redactados con la debida claridad y sencillez, sin referencia o remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato (art. 10 RD 515/89 y art. 80.1.a) TRLGDCU). De conformidad con ello, no cabe entender que puedan constituir parte del contrato referencias a documentos que no se encuentren en poder del adquirente, o que éste no haya tenido posibilidad de conocer¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Ley 13/2003, 17 diciembre de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía; Ley 16/2006, 28 diciembre de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón; Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios; Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley 2/2015, de 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León; Ley 11/2005, 15 diciembre del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha; Ley 1/1990, 8 enero de Disciplina del Mercado y Defensa de Consumidores y Usuarios de Cataluña y también en esta Comunidad Autónoma, la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña; Ley 6/2001, 24 mayo del Estatuto de los Consumidores de Extremadura; Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias; Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears; Ley 11/1998, 9 julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid; Ley 4/1996, 14 junio del Estatuto de consumidores y usuarios de la Región de Murcia; Ley Foral de Navarra 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias del País Vasco; y Ley 1/2011, de 22 de marzo, de la Generalitat, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana.

¹⁰⁸ REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia*, Editorial General del Derecho, S.L., Valencia, 1993, pág. 90.

2. Deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones (art. 10 RD 515/1989 y art. 80.1.c) TRLGDCU). Para entender la función de la buena fe, conviene partir de lo que expresa el Considerando 16 de la Directiva 93/13, conforme al cual la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas, con arreglo a los criterios generales establecidos, necesita completarse mediante una *“evaluación global de los distintos intereses en juego, que en esto consiste la exigencia de la buena fe”*¹⁰⁹.

3. En el art. 10 RD 515/89 y, con carácter más general, en el art. 82.4 TRLGDCU, se describen lo que se denominan como “cláusulas prohibidas”, que no pueden ser incluidas en el contrato de compraventa de vivienda “sobre plano”, no constituyendo esta enumeración una lista cerrada (es decir, existe la posibilidad de declarar abusivas cláusulas no contempladas expresamente en dicha lista, al especificar el art. 10 *“entre otras”* y el art. 82.4 *“en todo caso”*¹¹⁰). Centrándonos en el contenido del art. 10 RD, se prohíbe, concretamente, la inclusión de las siguientes cláusulas:

a) Cláusulas que *“no reflejen con claridad u omitan, en los casos de pago diferido, la cantidad aplazada, el tipo de interés anual sobre los saldos pendientes de amortización y las condiciones de amortización de los créditos concedidos y las cláusulas que, de cualquier forma”*¹¹¹, faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado durante la

¹⁰⁹ Indica también que *“en la apreciación de la buena fe”* hay que prestar especial atención a las circunstancias del caso: *“a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor”*; y que *“los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa a la otra parte, cuyos intereses legítimos se deben tener en cuenta”*

¹¹⁰ La expresión *“en todo caso abusivas”* que preside el primer escalón de concreción del art. 82.4 citado, significa que el legislador ha optado por un sistema de “lista negra”. Así, toda estipulación que pueda subsumirse en alguno de los enunciados es abusiva. Esta clasificación del art. 82.4 contiene seis indicadores generales de abusividad, desarrollados en los seis artículos siguientes. Cabe decir que la ordenación de la materia merece alguna crítica: se observan repeticiones, de modo que el supuesto de hecho de alguna norma se solapa con el previsto en otra, colocada, sin embargo, en un término de clasificación distinto (por ejemplo, arts. 85.4 y 87.3, arts. 85.5 y 86.5 o arts. 86.5 y 87.1, todos ellos del TRLGDCU). Además, el criterio que preside cada uno de los indicadores tampoco es homogéneo, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al art. 82 TRLGDCU”, op. cit., pág. 1105.

¹¹¹ La expresión *“de cualquier forma”* con que se acompaña la prohibición de permitir el incremento del precio aplazado en el art. 10 a) RD 515/89 que se comenta, planteó en su momento dudas sobre la voluntad de excluir de estos contratos las cláusulas de estabilización. No parecía razonable entenderlo así, salvo que el criterio de estabilización en sí mismo encerrase una cláusula abusiva; al fin y al cabo, la estabilización pretende el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones. Pero hoy esta duda debe entenderse despejada por la regulación contenida en el art. 85.10 TRLGDCU, al decir que lo establecido en dicho

vigencia del contrato” (art. 10 a) RD 515/89). Este inciso -en que se prohíben las cláusulas que permitan al vendedor a incrementar el precio aplazado mientras dure el contrato-, debe ponerse en relación con el art. 60.3 c) del TRLGDCU, conforme al cual *“si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, (deberá informarse) la forma en que se determina el precio, así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales”*, y, en especial, con el art. 85.10 del mismo texto legal, en el que se declaran abusivas *“las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado”*. La prohibición obedece a razones elementales, pues una cláusula de ese tenor vulneraría frontalmente la exigencia legal de información veraz, eficaz y suficiente a que se refiere el TRLGDCU, y al mismo tiempo colocaría al consumidor en situación de absoluta inseguridad, y, en ocasiones, a expensas de arbitrariedades del empresario vendedor, en cuyas manos quedaría prácticamente la determinación definitiva y unilateral de uno de los elementos esenciales del contrato, que, a la postre, devendría incierto (arts. 1256 y 1445 CC).

apartado *“se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación de precio”*. Así, la cláusula que faculta al vendedor a incrementar el precio durante la vigencia del contrato tiene en el art. 85.10 TRLGDCU una reserva que no se recoge en el texto del art. 10 A) del RD 515/1989: se trata de la concurrencia de razones objetivas que justificarían la autorización para el incremento. Podría ser, por ejemplo, que entre la celebración del contrato y la entrega de lo vendido se fije un plazo muy prolongado, en cuyo caso tal incremento podría venir justificado, siempre que no tuviese lugar por decisión unilateral del vendedor. A tal fin, deberán concertarse criterios conocidos por el consumidor, que sirvan para regular esa alteración posterior. Precisamente, este tipo de cláusulas son frecuentes en el ámbito de la compraventa de viviendas en construcción, dado el obligado lapso de tiempo, en ocasiones dilatado, que transcurre desde que se conviene la adquisición hasta que la edificación termina y se hace entrega de la vivienda. En ese espacio de tiempo, pueden encarecer los materiales o la mano de obra, por ejemplo. Parece, entonces, que en este tipo de contratos las cláusulas de reajuste del precio pueden estar justificadas. Pero habrá de actuarse con suma cautela, en evitación de cualquier abuso, no solo eludiendo cualquier posibilidad de que la promotora pueda fijar discrecionalmente el aumento, sino también cuidando que queden de forma clara y previamente definidos los criterios que regulen dicho incremento. Se trata, en definitiva, de configurar un reajuste debidamente reglado, PICATOSTE BOBILLO, J.C., *“Derechos y garantías de los consumidores...”*, op. cit., págs. 43 y 44.

b) Cláusulas que *“impongan un incremento del precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales efectivas que puedan ser libremente aceptadas o rechazadas por el comprador o arrendatario con independencia del contrato principal. A tales efectos:*

a. Las reformas de obras motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de la aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que hayan de originar modificación del precio estipulado, serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca.

b. Las reformas que propongan los adquirentes serán asimismo objeto de formalización documental que contendrá sucinta descripción de su contenido y concretas repercusiones que deriven en el precio y plazo de entrega que hubiesen sido pactados¹¹²”
(Art. 10 b) RD 515/89).

El art. 89.5 TRLGCU establece, también, que es cláusula abusiva la que disponga *“incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”*. El fundamento es doble; por una parte, se trata de la obligación de facilitar la información debida al comprador, que tiene derecho a que la estipulación exprese de modo claro y diferenciado el coste adicional debido por cualquiera de los conceptos enumerados (servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones). Por consiguiente, el comprador solo ha de abonar un mayor precio si ha tenido oportunidad de aceptar o rechazar libremente dichos conceptos a los que se refiere el apartado B) del art. 10 y en las condiciones concretas que el mismo dice: en cada caso, con claridad y separadamente. Pero, por otra parte, también está en

¹¹² Esto, como es evidente, favorece tanto al promotor como al comprador; al primero, porque sus modificaciones o alteraciones sobre lo inicialmente proyectado quedan avaladas por la autorización expresa del comprador, pero también a éste conviene la documentación, en cuanto que podrá exigir del primero la realización exacta de la reforma pactada, en el plazo estipulado y sin otra repercusión en el precio que la expresada en el documento.

juego la exigencia de buena fe, que, como hace notar BERCOVITZ¹¹³, debe entenderse aquí como criterio valorativo de las obligaciones de cada parte, en el que hay que tener en cuenta no sólo la honradez subjetiva de la persona, sino principalmente, las reglas objetivas de honradez en el comercio o en el tráfico jurídico; se trata de la buena fe a que se refiere el art. 1258 CC, pero trasladada del momento de la interpretación y ejecución al momento previo a su perfección.

c) Cláusulas que “*supongan la repercusión al comprador de fallos, defectos o errores administrativos o bancarios que no les sean directamente imputables*” (art. 10 c) RD 515/1898). Este precepto es coincidente con el art. 89.2 TRLGDCU, que declara cláusula abusiva la que supone “*la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables*”. Como puso de manifiesto DÍAZ ALABART¹¹⁴, los errores o fallos a que se refiere pueden ser debidos no solo al propio suministrador, sino también a terceros que intervienen en el desarrollo de la relación contractual. El ejemplo más cercano es el de la entidad bancaria que no atiende un pago por creer, erróneamente, que la cuenta donde se ha domiciliado carecía de fondos. Como quiera que estadísticamente se sabe que hay un porcentaje de errores de esta índole, al trasladar el coste de los mismos sobre el consumidor, el empresario, en la medida que lo reduce, obtiene mayor ganancia. Pero ello no es justo porque, como explica la citada autora, se trata de un riesgo empresarial que debe ser asumido por el profesional, toda vez que éste, en la fijación de precios, ya contempla una serie de riesgos de variada naturaleza entre los que los de este tipo estarían incluidos, por lo que una cláusula del tenor de la que se comenta supondría una duplicidad de gasto en perjuicio del consumidor. Además, el empresario puede mediante la mejora de su propia organización, disminuir el porcentaje de fallos de esta clase. Si desplaza ese riesgo sobre el consumidor, disminuye el interés por la mejora de su organización en evitación de deficiencias.

¹¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y R., “La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores o Usuarios”, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 198.

¹¹⁴ DÍAZ ALABART, S., “Comentario al art. 10.1.c) LGDCU”, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Coord. R.B.R.C. y J.S.H., Civitas, Madrid, 1992, págs. 295 y 296.

B) Los artículos 85 a 90 del TRLGDCU

Examinadas las cláusulas que establece como abusivas el RD 515/89, norma especial en relación a la protección de consumidores en el contrato de compraventa de vivienda, cabe decir que la lista de cláusulas consideradas abusivas de los arts. 85 a 90 TRLGDCU, norma general, suministra criterios para apreciar la concurrencia de desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, de conformidad con lo postulado, de modo más genérico, por el art. 82.1 TRLGDCU, tal se ha explicado más arriba, que también son susceptibles de ser aplicadas a los contratos de compraventa de vivienda. Así, junto a la regla general del art. 82, el TRLGDCU especifica en los artículos 85 a 90 una serie de cláusulas que estima “*en todo caso son abusivas*”, combinando la técnica doctrinalmente denominada de “*lista negra*” y de “*lista gris*”, ya que, junto a cláusulas cuyo carácter abusivo resulta de la aplicación de criterios objetivos, y de un proceso mecánico de subsunción de cada concreto supuesto en la norma -*la lista negra*- (como, por ejemplo, aquellas cláusulas por las que se impone al consumidor la renuncia a derechos que le asisten, o la asunción de gastos o el pago de impuestos que por ley haya de satisfacer el empresario), encontramos otras que, por la indeterminación con que vienen formuladas (“*indemnización desproporcionadamente alta*”, “*plazos de duración excesiva*”, “*obstáculos onerosos*”) no pueden ser de aplicación automática, y requieren de una tarea de interpretación y valoración -*la lista gris*-.

En cualquier caso, lo cierto es que doctrinalmente se han criticado los defectos de una lista farragosa y asistemática, con reiteraciones derivadas del arrastre de normas ya contenidas en la anterior LGDCU, a lo que hay que sumar sucesivas reformas que han incorporado prohibiciones concretas, dirigidas a paliar abusos que habían generado una mayor litigiosidad (así, art. 87.6 o art. 89.3 TRLGDCU). Se le ha reprochado, asimismo, que se combinen enunciados concretos con normas de amplio alcance, cuyo paradigma es la previsión del art. 86.7 TRLGDCU: cualquier renuncia o limitación de los derechos del consumidor¹¹⁵. Pese a todas estas apreciaciones, la utilidad de la lista contenida en los arts. 85 a 90 TRLGDCU es doble: así, en primer lugar, este listado facilita la labor judicial y la previsibilidad del resultado de la contienda (ya que si la cláusula se ajusta a uno de los supuestos previstos en la ley, no será necesario emitir juicios de valor: la cláusula será

¹¹⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Comentarios al art. 82 TRLGDCU”, op. cit., págs. 1106 y 1107.

abusiva *per se* y, por tanto, nula de pleno derecho); en segundo lugar, los supuestos reglados suministran criterios que pueden utilizarse para resolver supuestos no contemplados expresamente, con base en la norma general del art. 82.1 TRLGDCU.

De la lista ofrecida por el texto refundido¹¹⁶, examinaremos con más detenimiento, por su especial transcendencia en materia de compraventa de vivienda en construcción, los arts. 85.3 y 89.3 TRLGDCU.

¹¹⁶ De la lista de cláusulas consideradas con carácter general abusivas en la ley, se hará a continuación la enumeración de las que se considera que pueden tener una mayor incidencia en relación al contrato que nos ocupa: el de compraventa de vivienda en construcción. Así,

1. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. Entre las 11 recogidas en el art. 85 TRLGDCU, tienen especial incidencia, además de la establecida en el apartado 3º, objeto de estudio en texto, las siguientes:

a. *Las que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones* (art. 85.6 TRLGDCU). Tampoco son inusuales aquellas cláusulas que, con el objeto de asegurar la compraventa de la vivienda, imponen una importante pena para el caso de desistimiento unilateral del comprador. En estos casos, habrá que determinar si, efectivamente, nos encontramos ante una cláusula abusiva por frustrar el necesario equilibrio de las prestaciones, o si la misma puede ser moderada por los tribunales al amparo de lo dispuesto en el art. 1.154 CC. Se trata de supuestos que están proliferando en la actualidad, consecuencia de la crisis económica -que motiva que en muchas ocasiones sea el comprador el que unilateralmente pretenda resolver el contrato, bien porque no obtiene la necesaria financiación, bien por el simple hecho de que el precio que pactó en su día resulta hoy excesivo-.

b. *Las que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario*. En el ámbito de la compraventa de bienes futuros, esta cláusula conduce al rechazo de fechas de entrega meramente “aproximadas u orientativas” (SSAP Asturias, de 13 de marzo de 2007 -Roj: SAP O 891/2007-, o de Alicante, de 28 de junio de 2007 -Roj: SAP A 1318/2007). En consecuencia, la calificación como abusiva de la cláusula se deberá a la indeterminación del plazo fijado para la entrega de la vivienda, ya se haga depender de la voluntad del promotor o, por ejemplo, de la obtención de determinadas licencias. En estos casos, las promotoras estarían tratando de hacer depender la fecha de entrega de circunstancias completamente ajenas al comprador, como son que el vendedor solicite la licencia de primera ocupación o haya cumplido los requisitos necesarios para su obtención, o que la administración correspondiente la conceda, sin que se fije una concreta fecha límite para ello. Así, la SAP de Sevilla de 22 de noviembre de 2011 (Roj: SAP SE 3373/2011) consideró que no era admisible una condición general que establecía como fecha de entrega el plazo de tres meses desde la obtención de la autorización administrativa para su ocupación, porque tal previsión vulneraba la normativa aplicable, que exige la determinación de una fecha de entrega en el caso de venta de primera vivienda cuando la misma no está totalmente edificada, puesto que dicha normativa excluye no ya la determinación absoluta del plazo de entrega, sino, incluso, la determinación insuficiente, LUQUE JIMENEZ, M.C., “Vivienda y crisis económica: cláusulas abusivas y retrasos en la finalización de las obras”, *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Dir. K.J.A.D., Aranzadi, 2014, pág. 1109.

Cuestión distinta es si el incumplimiento del plazo señalado es causa de resolución del contrato de compraventa, lo que será objeto de análisis en el correspondiente epígrafe.

2. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario. Entre las 7 recogidas en el art. 86 TRLGDCU, tienen especial incidencia: a) *La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario* (art. 86.2); b) *La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver*

el contrato por incumplimiento del empresario (art. 86.5); *c) La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario* (art. 86.6).

Así, se consideran abusivas, por ejemplo, las cláusulas que reducen los plazos de garantía para las reclamaciones por vicios constructivos previstos en la LOE, las que recortan los plazos de prescripción de las acciones previstos en el CC en caso de incumplimiento del vendedor-promotor, la cláusula que obligue al adquirente a renunciar al derecho a que el promotor constituya las garantías legales previstas para responder de la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio (DA1ª LOE) o los seguros que la propia LOE le exige, o la que altere, en perjuicio del comprador, las reglas de competencia judicial.

3. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. Entre las 8 recogidas en el art. 87 TRLGDCU, tienen especial incidencia: *a) La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos* (art. 87.1); *b) La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad* (art. 87.3). Ello no obstante, puede haber reciprocidad y declararse igualmente abusiva una cláusula, como así lo hace la STS de 3 de junio de 2008 (Roj: STS 3275/2008), pues si bien, con base en el art. 1.454 del Código Civil, ambas partes podían desistir de contrato, declara la nulidad de la cláusula en el sentido de eliminar esa facultad de desistimiento a favor de la sociedad vendedora, pues el contrato se fue prorrogando más de un año y llegado el momento de formalizarlo, la vendedora, con un evidente abuso de derecho, eludió su firma para conseguir una cantidad mayor en una nueva venta del inmueble.

De necesaria referencia, por su frecuente utilización pese a la falta de reciprocidad que implica, es la cláusula que establece la retención, en concepto de indemnización de daños y perjuicios de cantidades ya abonadas por el adquirente, en caso de incumplimiento de éste, sin previsión de un efecto similar respecto de un eventual incumplimiento del vendedor -como podría ser el de retraso en la entrega-, si bien hay que decir que hay sentencias que no la consideran abusiva (SAP Murcia de 29 de marzo de 2012 - Roj: SAP MU 915/2012-, con cita de otras)

4. Cláusulas abusivas sobre garantías, recogidas en el art. 88 TRLGDCU. La expresión “garantía” se entiende en sentido amplio, como cualquier medida que sirva para preservar el interés contractual del acreedor. Así, el precepto se extendería no sólo a las garantías típicas, reales o personales, sino a cualquier estipulación que persiga la satisfacción de aquel. Ahora bien, en cualquier caso, el desequilibrio sólo podrá enjuiciarse atendiendo al riesgo que, en el caso concreto, asuma el acreedor, lo que subraya el carácter “relativo” de la abusividad en este supuesto.

5. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. Entre las 8 recogidas en el art. 89 TRLGDCU, tiene especial incidencia, al margen de lo previsto en el art. 89.3, descrito en texto, la que establece *la previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato* (art. 89.8). Este precepto parte de la premisa de que el consumidor tiene derecho a elegir al fedatario autorizante, y así se recoge en el art. 126 del Reglamento sobre Organización y Régimen del Notariado de 1944, reformado en virtud de RD 45/2007, conforme al cual, en las transmisiones onerosas de bienes, realizados por quienes se dedican a ello habitualmente, el derecho de elección corresponde al adquirente. Los motivos por los que se tacha esta cláusula de abusiva se fundamentan en la idea de evitar la sospecha de parcialidad en el fedatario, que asume la obligación de informar y explicar a las partes el contrato -en especial, a la más débil-, así como el contenido y transcendencia del mismo, conforme a lo dispuesto en el art. 81.2 TRLGDCU, GARCÍA PÉREZ, C.L., “Comentario al art. 89. 6 y 8 TRLGDCU”, *Comentarios al Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y Leyes Complementarias*, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, 2015, págs. 1354, 1358 y 1359.

La práctica nos demuestra cómo, desafortunadamente, no suele ser el consumidor el que elige al fedatario público. Como dice NARVÁEZ VALDIVIA, M.E., “Análisis desde el punto de vista jurisprudencial de la contratación inmobiliaria”, *Revista Abogacía n° 0 - octubre de 2008*, págs. 105 y ss., es más frecuente encontrar cláusulas en las que, dándole la forma de un acuerdo u opción a favor del comprador, éste de antemano manifiesta su voluntad de suscribir la futura escritura con el notario concreto que le “sugiere” la promotora. Esta circunstancia, aún cuando ciertamente no implique poner en duda la independencia del

C) Cláusulas que autoricen al promotor para llevar a cabo modificaciones unilaterales en la construcción de la vivienda (art. 85.3 TRLGDCU)

El referido precepto considera abusivas las cláusulas *que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato*. Parece, en consecuencia, que la norma es declarar la ilicitud de las cláusulas que atribuyen al profesional facultad unilateral para decidir sobre modificaciones respecto de lo convenido, cuando tal atribución carece de causa específica y justificada, entendiendo por tal, según la norma expresa, los "*motivos válidos*". Sería, así, abusiva la cláusula que permitiese la modificación decidida unilateralmente por el promotor cuando meramente lo estime conveniente, sin límite o especificación de causa, de modo que se convierta en dueño incontrolado del modo de cumplimiento de la obligación.

Este tipo de cláusula se presenta con frecuencia en contratos de compraventa de vivienda "sobre plano". En general, puede decirse que cierta variación en las características del objeto y en la memoria de calidades se admite si los motivos son exigencias legales, de seguridad o razones técnicas, siempre que, además, el efectivo ejercicio de esta facultad reservada se haya realizado dentro de los márgenes fijados en el contrato y conforme a la buena fe, teniendo en cuenta no sólo los intereses del predisponente, sino también los del consumidor. Al margen de lo anterior, la reserva a favor del promotor de la facultad de modificación unilateral del contrato, alterando el proyecto de obra o la memoria de calidades, sólo será válida si concurren circunstancias imprevisibles, ajenas a su ámbito de control y que determinen alteraciones de escasa entidad.

fedatario público que intervenga, no deja de suponer un cierto desprestigio a la función notarial, clave en la protección de los derechos del consumidor.

6. Cláusulas abusivas sobre competencia y Derecho aplicable. Entre las tres recogidas en el art. 90 TRLGDCU, tienen especial incidencia: a) *La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico*; b) *La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto de aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble* (art. 90.1 y 2).

Como indica NARVÁEZ VALDIVIA¹¹⁷, la casuística a que da lugar el ejercicio de esta facultad es muy variada, pues puede afectar a la configuración misma de la vivienda -superficie, distribución o calidades-, o a los elementos comunes y relevantes desde el punto de vista de la formación de la voluntad del consumidor -tales como piscina, jardines, espacios recreativos o de ocio, anejos etc-. Este tipo de cláusulas serían inicialmente nulas, si suponen alteración en el precio, por contravenir la normativa de carácter imperativo que se contiene en el ya referido art. 10 del RD 515/89, pero cuando no supongan tal incremento del precio final de la vivienda, su nulidad por considerarse abusivas podría tener lugar si las modificaciones no responden a motivos debidamente justificados en el contrato, o estos aparecen formulados de manera vaga e imprecisa, lo que sucede por ejemplo, como indica la citada autora, cuando la cláusula en que se reserva al promotor la facultad de modificar el objeto del contrato se justifica simplemente en razones o motivos comerciales. La jurisprudencia declara abusivas cláusulas que permiten la modificación de las características constructivas de la vivienda objeto del contrato siempre que no supongan una alteración sustancial (en este sentido, SAP de Granada de 3 de marzo de 2006 -Roj: SAP GR 276/2006-) o aquellas otras en las que el comprador acepta de antemano las modificaciones que el arquitecto de la obra pueda introducir (así, SAP de Navarra de 11 de noviembre de 2004, Roj: SAP NA 1146/2004).

Debe ser, entonces, objeto de análisis el supuesto de abuso que se da en las compraventas de viviendas en ejecución cuando se autoriza a la promotora o a la constructora a realizar modificaciones en el proyecto de obra, de forma genérica, sin requerir autorización expresa e individualizada. Son pactos que suelen hacerse bajo pretexto de atender a necesidades técnicas. Este tipo de cláusulas afectaría bien al deber de entrega de la cosa vendida -que puede, en algunos casos, resultar cosa distinta por causa de las alteraciones introducidas-, o bien al aumento del precio inicialmente pactado en virtud del incremento de obra.

Es evidente que, si no hay autorización alguna para que el promotor pueda realizar alteraciones, y éstas se llevan a cabo sin consentimiento del comprador, la ilicitud de tal modo de proceder podrá fundar la reclamación de éste por incumplimiento del contrato.

¹¹⁷ NARVÁEZ VALDIVIA, M. E., “Análisis desde el punto de vista jurisprudencial de la contratación inmobiliaria”, op. cit., págs. 105 y ss.

Ahora bien, también es necesario analizar las posibles consecuencias que se derivarían de la existencia de un pacto expreso de autorización para llevar a cabo alteraciones en el proceso constructivo, en relación con la distribución, cabida o materiales, toda vez que no cabe pensar que por el hecho de que medie un pacto expreso no haya de plantearse problema alguno, pues, pese a la existencia de una cláusula que autorice las modificaciones, los términos o condiciones de dicho pacto pueden determinar su ilicitud por abusivo.

De acuerdo, por lo tanto, con lo que establece el art. 85.3 citado, debe haber una previsión contractual exhaustiva de los posibles supuestos de modificación o alteración en la ejecución de la obra. Si bien, no puede pensarse que con ello queda excluido todo riesgo de que la cláusula sea calificada como abusiva. En efecto, no puede entenderse que porque el pacto contenga especificación de causas que permitan la alteración unilateral, deba ya considerarse válida la autorización: hay cláusulas que, no obstante expresar los supuestos en que la modificación se puede llevar a cabo, los términos en que se concibe la previsión pueden propiciar actuaciones abusivas. Toda cláusula de esta naturaleza deberá ser objeto de una interpretación restrictiva, evitando con ello cualquier desviación de la misma que pueda desembocar en perjuicio de los adquirentes consumidores¹¹⁸.

¹¹⁸ Lo habitual es invocar necesidades técnicas impuestas o sobrevenidas en el proceso constructivo, pero será preciso en cada caso comprobar si la concreta conducta del promotor puede encontrar razonable amparo en esa previsión. Así, en la STS de 4 de diciembre de 1998 (Roj: STS 7276/1998) se examina una cláusula por la cual los compradores autorizaban a la promotora a que, durante la ejecución de las obras, realizase modificaciones del proyecto inicial del edificio, siempre que no se alterase la superficie del piso, se contase con la conformidad del Arquitecto-Director de la obra y se obtuviese la correspondiente autorización oficial. Según el TS *"las cláusulas controvertidas corresponden a redacción de la recurrente y sólo satisface sus intereses, por lo que la calificación de abusiva resulta la procedente. Su misma redacción ya lo pone de manifiesto, al atribuirse la promotora facultades amplias y plenamente abiertas para modificar la construcción, lo que conculca el art. 1256 del Código Civil, al no referirse a posibles alteraciones debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas que eliminasen toda posible situación de efectiva merma funcional. Tampoco se puede dejar de lado la situación desventajosa de los compradores al efectuar compraventa no de elementos ya edificados, sino en período de construcción, con los que el resultado final se les presentaba incierto, al emprender esta aventura contractual basándose en la buena fe de la vendedora, que no respondió a sus expectativas fundadas en la oferta publicitaria y clausulado contractual, por resultar en parte defraudadas..."*.

A la generalidad de los términos en que viene concebida la cláusula, se refiere también la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de noviembre de 2003 (Roj: SAP TF 2214/2003). En este caso, la promotora había sustituido lo que venía concebido como cubierta con dos lavaderos por la construcción de dos viviendas. La sentencia recuerda que en este tipo de ventas de vivienda sobre plano o en construcción, como es lógico, el constructor-promotor debe terminar la obra y entregar los elementos particulares y comunes de la misma conforme a lo ofertado, que resulta coincidente en la mayoría de los casos, salvo estipulación en contra, con el Proyecto de Ejecución. En concreto, dispone que *"las cláusulas que muchas veces se incluyen en*

En otros casos, no ha prosperado la pretensión de incumplimiento contractual basada en alteraciones llevadas a cabo respecto de lo inicialmente proyectado, bien por estar avalada técnicamente, bien por ser la alteración irrelevante. Así, en el supuesto enjuiciado en la SAP de León de 4 de febrero de 2004 (Roj: SAP LE 173/2004) se considera que la alteración estaba amparada por el contrato, el cual contenía la siguiente estipulación: *“el comprador declara conocer el proyecto y autoriza expresamente al vendedor para introducir cualquier modificación en el mismo que pudieran señalar los Arquitectos Directores de la obra siempre que tales modificaciones no repercutan en el precio pactado en la cláusula siguiente”*. La alteración protestada consistía en que la solución constructiva de la cubierta era diferente de la contemplada en la memoria del proyecto técnico, si bien el tribunal estimó que el cambio introducido en la cubierta no había sido una decisión unilateral del constructor-promotor, sino de una solución técnica autorizada por la Dirección facultativa de la obra que la conoció y dio su visto bueno; además, ni resultaba más barata ni de inferior calidad que la proyectada ni causaba perjuicio a los propietarios.

Asimismo, la SAP de Sevilla de 10 de diciembre de 2002 (Roj: SAP SE 4957/2002), no valora como incumplimiento contractual determinados cambios de

estos contratos por las que los compradores autorizan a los vendedores a realizar modificaciones del proyecto inicial del edificio, atribuyéndose la promotora -que las redacta- facultades amplias y plenamente abiertas para modificar la construcción, conculcan el art. 1256 del Código Civil, al no referirse a posibles alteraciones debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas, que eliminen toda posible situación de merma funcional, lo que resulta lógico si tenemos en cuenta la situación desventajosa de los compradores al efectuar una compraventa no de elementos ya edificados, sino en proceso de construcción, con los que el resultado final se les presentaba incierto, emprendiendo esta aventura contractual basándose, fundamentalmente, en la buena fe de la vendedora". Y añade la citada sentencia que "en las ventas sobre plano de viviendas en construcción, éstas no tienen una existencia actual, sino futura, aunque gráficamente prefigurada y en vías de conformación; en ellas, el consentimiento contractual se otorga en contemplación de las características de orientación, configuración, distribución, superficie, etc., resultantes del plano incorporado al contrato, que en estos casos no solo tiene una función descriptiva del objeto contractual, sino que ejerce también un papel objetivamente normativo para el promotor vendedor en cuanto a la obligación de entregar la posesión inherente a la compraventa, a la que se halla en tales casos indisolublemente unida, como premisa o presupuesto de su exacto cumplimiento, la de ejecutar u ordenar ejecutar la obra de modo que las viviendas construidas se ajusten a las previsiones del plano incorporado al contrato, y cualquier desviación no consentida sobre ellas debe ser enjuiciada en el ámbito de un incumplimiento del mismo; sin embargo, en tal contexto, ni todo incumplimiento es esencial ni, por tanto, determinante de la facultad de resolver o exigir el cumplimiento de la obligación en los términos previstos en el art. 1124 del Código Civil, ya que podría tratarse de un cumplimiento defectuoso o que afecte a cuestiones accesorias y no esenciales de la prestación, o en una mínima parte de la misma, lo que sólo daría lugar a indemnización de los daños y perjuicios causados conforme disponen los arts. 1100 y 1101 del Código Civil".

soluciones constructivas: *"por cuanto parte de los actores compran antes de iniciadas las obras sin que en los correspondientes contratos se tuvieran en cuenta planos, proyectos, memorias, o calidades, lo que configura dichos contratos como compraventa de cosa futura que adquieren en función de su terminación y que, en este caso, reciben en el año 1998 a plena satisfacción las viviendas, y otros adquieren cuando las obras habían sido terminadas, de tal suerte que cualquier modificación o divergencia entre lo finalmente construido y el Proyecto, no es constitutivo de un incumplimiento contractual por la entrega de un "aliud pro alio", porque, en este supuesto, los compradores no adquieren sus viviendas a la vista del Proyecto, pudiendo el constructor y promotor, mientras la obra es de su exclusiva propiedad y no media relación con terceros, verificar las modificaciones constructivas que considere pertinentes. En definitiva, los demandantes no pueden fundamentar sus pretensiones indemnizatorias en el invocado incumplimiento contractual, cuando adquieren sus viviendas sin atender a un Proyecto determinado, cuyas alteraciones en diferentes soluciones constructivas no conllevan una mala ejecución de la obra, sino que responden a una diferente interpretación técnica y estética del proyecto de ejecución que se lleva a cabo por el Arquitecto director de la obra, en el ejercicio de sus funciones"*¹¹⁹.

D) Imposición al comprador de gastos que, por ley, correspondan al empresario. Especial referencia a las cláusulas relativas a los préstamos hipotecarios suscritos por el vendedor (art. 89.3 TRLGDCU)

Es necesario analizar detenidamente el art. 89.3 TRLGDCU, precepto especialmente dirigido a la compraventa de viviendas, ya que, de hecho, fue introducido

¹¹⁹ En el ámbito del Derecho autonómico debemos destacar el art. 20 de la ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia que, de entrada, establece obligatoria correspondencia entre la construcción y el proyecto de obra: aquélla deberá ajustarse a las especificaciones contenidas en el proyecto de obra. Si bien admite, no obstante, que por exigencias técnicas sea necesario realizar modificaciones durante el proceso constructivo. Ahora bien, el precepto se cuida de especificar las alteraciones que no pueden llevarse a cabo, salvo que medie el consentimiento expreso de todos los compradores: la supresión de servicios previstos, la imposición de nuevas cargas o gravámenes, la alteración de la distribución de espacios en elementos de aprovechamiento común o privativo, la creación de nuevos espacios constructivos, el cambio de naturaleza jurídica de algunos de los ya configurados o la constitución de ámbitos de comunidad, distintos de los contemplados en el proyecto técnico de obra, con edificios con los que se forme un complejo inmobiliario. Y añade luego el mismo precepto que la escritura de división horizontal que el promotor otorgue sin la intervención de los compradores en los supuestos en que legalmente proceda, en ningún caso podrá amparar alteraciones sustanciales del proyecto técnico existente en el momento de perfeccionarse los contratos -a estos efectos, se considerarán alteraciones sustanciales las anteriormente referidas-.

en virtud de Ley 44/2006, para dar respuesta a asuntos que, en los contratos de compraventa sobre plano, habían suscitado una elevada litigiosidad. Concretamente, considera abusiva *“la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”* (art. 89.3). La razón de la abusividad de las cláusulas de imposición de gastos al consumidor radica en su defecto de transparencia. En efecto, la transparencia exige que el consumidor conozca la carga económica que supone el contrato en su conjunto, por lo que el empresario debe redactar el clausulado predispuesto de modo que dicha carga no resulte subrepticamente alterada.

El art. 89.3 TRLGDCU contiene la referida prohibición general sobre la imposición al consumidor de determinados gastos, y una serie de concreciones, desglosadas en cuatro apartados, a), b), c) y d). El hilo conductor de dichos apartados es evitar que, en un contrato de compraventa de vivienda “sobre plano”, se encuentre el consumidor ante una serie de obligaciones adicionales y cargas administrativas o, en su caso, costes que forman parte del proceso constructivo cuando se compra un inmueble futuro, y que es el empresario quien los debe afrontar.

Pasamos a analizar los apartados referidos, teniendo en cuenta las consideraciones sobre cada uno de ellos efectuadas por MARTÍN LEÓN¹²⁰:

i) *“La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)”* (art. 89.3.a TRLGDCU). En idéntico sentido, el art. 10 D) del RD 515/1989 también prohíbe, por contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, las cláusulas que *“impongan, en la primera venta de viviendas, la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por Ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación)”*. Se trata de aquellos actos que debe realizar el vendedor, de manera unilateral, para cumplir con su obligación de entregar la cosa vendida. La enumeración que efectúa no es exhaustiva, sino simplemente ejemplificativa, de tal manera que podrá comprender también otros gastos -tales como,

¹²⁰ MARTÍN LEÓN, A., “Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. 4, nº 16, diciembre 2014, págs. 69 a 74.

por ejemplo, los de agrupación, segregación, operaciones reparcelatorias, cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación, primas de seguros sobre el inmueble satisfechas antes del acto traslativo, constitución del régimen de propiedad horizontal, gastos de comunidad anteriores a la transmisión y gastos de constitución de los avales o garantías de devolución de las cantidades entregadas anticipadamente a cuenta del precio en virtud de la Disposición Adicional 1ª de la LOE, anteriormente regulados en la Ley 57/1968-. Los gastos mencionados deben considerarse como un gasto empresarial más y, por consiguiente, deben incluirse en el precio final¹²¹.

Respecto de los gastos de otorgamiento de la escritura pública, la referencia que hace el actual art. 89.3 TRLGDCU a la “ley”, en lugar de a la “ley imperativa” (mención que contenía el antiguo número 22 de la Disposición Adicional 1ª LGDCU), hace surgir la duda de si la distribución de gastos que realiza el art. 1455 CC (“*los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de primera copia y las demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario*”) se hace imperativa en los contratos con consumidores. La actual remisión a la “ley”, sin mayores aditamentos, conduciría a afirmar el carácter abusivo, en todo caso, de la cláusula que impusiere el pago de los gastos de otorgamiento de la escritura pública al comprador. No obstante, la mayoría de la doctrina considera que la validez de una cláusula que imponga los gastos de otorgamiento de escritura pública al comprador depende de que éste la haya consentido, por haberla conocido y valorado¹²².

¹²¹ Dado que constituye una obligación del vendedor la entrega de la vivienda en condiciones de habitabilidad, tal y como se expondrá en el epígrafe correspondiente del siguiente capítulo, también podrá considerarse abusiva la estipulación que imponga al adquirente hacerse cargo de los gastos necesarios para facilitar el acceso de suministros básicos a la vivienda (SAP Asturias de 17 de mayo de 2010 - Roj: SAP O 1081/2010-, con cita de otras) o la que exige, en concepto de “provisión de fondos”, una cantidad destinada a cubrir los gastos iniciales para la puesta en marcha de la Comunidad de Propietarios (SAP Granada de 16 de julio de 2010 -Roj: SAP GR 569/2010-), DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”, *Tratado de la Compraventa. Homenaje al proor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 1081.

¹²² En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Comentario al art. 89.3 TRLGDCU”, op. cit., pág. 1331, indica que la regla general del art. 89.3 TRLGDCU no distingue entre ley dispositiva o imperativa en este punto, lo que parece una clara muestra de la intención del legislador de proscribir cualquier estipulación, siempre que no haya sido individualmente negociada, que altere el diseño legal fijado en cuanto a gastos de otorgamiento de escritura. Al respecto, cabe citar la SAP de Madrid de 22 de enero de 2013 (Roj: SAP M 733/2013), que confirma la nulidad de la estipulación que carga a la compradora con gastos notariales que legalmente correspondían al vendedor.

Uno de los supuestos más relevantes del art. 89.3.a) TRLGDCU es el relativo a los gastos de constitución y cancelación de las hipotecas concertadas por el promotor. La jurisprudencia introdujo la distinción entre la hipoteca constituida para financiar la construcción y la hipoteca constituida para financiar el precio de la adquisición, considerándose cláusulas proscritas ex art. 89.3.a) las relativas a hipotecas constituidas por el promotor para financiar la construcción, por lo que quedan fuera de su ámbito de aplicación aquellos préstamos hipotecarios suscritos por el promotor para financiar la adquisición del inmueble por el comprador. En el primer caso, la hipoteca se constituye en interés del vendedor, y se declara abusiva la repercusión de los gastos asociados a su constitución (aranceles notariales y registrales, impuestos, tasación, etc.) sobre el comprador¹²³. Se reputa también abusiva la cláusula que impone al comprador los gastos de cancelación del préstamo hipotecario suscrito por el promotor para financiar la construcción¹²⁴.

En consecuencia, con arreglo a dicho precepto, los gastos, ya sean de constitución o de cancelación de las hipotecas suscritas por la promotora para la financiación de la construcción, deben ser sufragados por aquélla y no pueden pesar sobre el comprador – sin que, en ningún caso, pueda equipararse a las anteriores aquellas otras hipotecas cuyo objeto es la financiación de la compra-. Si el comprador soportó -indebidamente- los gastos de las primeras, puede demandar de la promotora-vendedora la restitución de lo pagado al amparo de una cláusula prohibida. Los ejemplos en las decisiones jurisprudenciales son constantes. Así, las SSTS de 1 de junio de 2000 (Roj: STS 4511/2000) y 24 de julio de 2002 (Roj: STS 5668/2002, que cita la anterior); en esta última se declara la nulidad, aun tratándose de condición puesta en cláusula particular¹²⁵.

¹²³ STS de 24 de julio de 2002 (Roj: STS 5668/2002).

¹²⁴ Refiere ÁLVAREZ OLALLA, P., “Compraventas vinculadas: compraventa y subrogación o financiación hipotecaria”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 91, que la interpretación más adecuada del art. 89.3.a) supone que, haya o no subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario del promotor, éste no puede repercutir a aquel los gastos relacionados con la constitución de la hipoteca, ni las cuotas devengadas, tanto de amortización como de intereses -hasta el momento de la cancelación o de la subrogación-, ni los gastos de distribución de la hipoteca original constituida sobre el inmueble entre los diferentes pisos o locales.

¹²⁵ Encontramos también numerosos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales; así, la SAP Madrid de 16 de junio de 1999 (Roj: SAP M 8511/1999) declara la nulidad de la cláusula que impone al comprador la obligación de pagar los gastos derivados de la constitución de la hipoteca destinada a la financiación de la construcción de la finca, por lo que se condena a la demandada a restituir la suma correspondiente a la parte de las cargas hipotecarias que, siendo de la fase de construcción del inmueble, habrían de ser

Respecto de la posible nulidad de una cláusula que imponga al comprador los gastos de cancelación del préstamo hipotecario solicitado para financiar la construcción, según DÍAZ ALABART¹²⁶, “en la mayor parte de los casos, en la venta de viviendas para cuya construcción se solicitó una hipoteca, el comprador se subroga en la fracción de la misma que corresponda a la vivienda por él adquirida. Los gastos de cancelación legalmente corresponderán entonces al comprador-consumidor, sin que le afecte para nada la mención del apartado 11¹²⁷”. En este mismo sentido, CABANILLAS¹²⁸ escribe: “hay que distinguir dos casos, que no deben resolverse de idéntica manera. Si se trata de una cancelación previa a la escritura de compraventa, como sería la realizada para sustituir una hipoteca por otra, los gastos ocasionados, como es lógico, no pueden repercutirse al comprador. En cambio, si concertada por el vendedor una hipoteca para financiar la construcción se subroga en ella el comprador de la vivienda, a éste o a otro posterior corresponderá, por naturaleza y por ley, pagar los gastos de cancelación que en su día se produzcan. Por ello, con buen criterio, en las condiciones generales de los contratos de compraventa de viviendas sólo se establece que serán a cuenta de la parte vendedora los gastos correspondientes a la constitución y división de la hipoteca para financiar la construcción, sin aludir a los gastos derivados de la cancelación de la hipoteca”.

Pese a lo indicado, son numerosas las resoluciones judiciales que declaran la nulidad de la cláusula que repercute los gastos de cancelación de la hipoteca suscrita por el promotor sobre el adquirente. Así, la SAP Navarra de 27 de julio de 1998 (Roj: SAP NA 811/1998) basa dicha nulidad en que el préstamo era, en su mayor parte, para dicha financiación, y en que el hecho de que la cláusula se fundara en un acuerdo entre las partes no puede servir para salvar su validez, declarando en cuanto a este particular que se

satisfechas por la parte vendedora, frente a la otra cantidad que, perteneciente a la fase de adquisición, había de ser pagada por los compradores. La SAP Sevilla de 16 de marzo de 2004 (Roj: SAP SE 1105/2004) declara la nulidad de la cláusula, en cuanto contraria a norma legal imperativa, y condena a la restitución del importe de lo cobrado por el concepto de *"gastos originados en la hipoteca del piso"*.

¹²⁶ DÍAZ ALABART, S. “Comentario al art. 10.1 c) LGDCU”, op. cit., pág. 307.

¹²⁷ Referencia al apartado 11º de la Disposición Adicional Primera de la derogada LGDCU de 1984, que establecía que a los efectos del art. 10 bis de dicha Ley, tendría el carácter de abusiva (entre otras) *"la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la retención o consignación"*.

¹²⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales”, *Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Consumo*, Madrid, 1994, pág. 191.

trataba de una condición general. La Sala parte del hecho de que el destino del préstamo hipotecario contratado por la promotora fue el desarrollo de su propia actividad mercantil, y no la mejora de las condiciones de pago o la financiación para la adquisición de la vivienda a favor del adquirente. Según el tribunal, la prohibición legal no se deroga por el hecho de que haya un acuerdo entre las partes y una aceptación del comprador¹²⁹.

También en relación a los gastos de cancelación, de tenor semejante es la SAP de Barcelona de 20 de septiembre de 2004 (Roj: SAP B 11043/2004). En este caso, el tribunal tiene por probado que la intención del comprador de la vivienda no era la de subrogarse en la hipoteca que gravaba la finca -y que para financiar la edificación había constituido la promotora-, subrogación que, además, no se produjo. En realidad, la promotora demandada había impuesto al actor, como condición para la venta, que este último asumiera los gastos de cancelación de la referida hipoteca, pago al que éste se opuso, pero que tuvo que afrontar, ya que sin ello no se le permitía la compra de la vivienda. Con base en tales hechos, el tribunal entiende que se trata de un contrato de adhesión, y puesto que el comprador demandante figura como consumidor, se ha de concluir que la mencionada condición es abusiva y, por tanto, nula, no teniendo el actor que satisfacer los gastos de cancelación de la hipoteca¹³⁰.

¹²⁹ Establece la Sentencia que *"el carácter de condición general se deduce toda vez que la controvertida estipulación, que no debe olvidarse formaba parte de un contrato de compraventa suscrito entre una entidad mercantil dedicada a la actividad negocial objeto de la misma y un consumidor, se formuló a instancias de la entidad vendedora, de forma indisponible para la actora, en cuanto quisiera la obtención del bien, y en una pluralidad de contratos que correspondían a la promoción de las viviendas construidas por aquélla. (...) Estamos ante un vendedor que actúa en su esfera comercial de construcción, promoción y venta de viviendas y un consumidor adquirente del citado bien, que lo es conforme a la definición del art. 1.2 LGDCU. Y esta circunstancia es capital e insoslayable, ya que la protección que se dispensa en el Real Decreto 515/1989, de 21 abril se establece en función de esa cualidad de consumidor y respecto a los derechos allí reconocidos, prohibiendo en todo caso la inclusión de estipulaciones que: "impongan, en la primera venta de viviendas, la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titularidad que por ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipoteca para financiar su construcción o subdivisión o cancelación)". Por ello, el hecho de que se declare como cláusula "prohibida, la estipulación en la que se traslada al comprador los gastos que competen al vendedor no es cuestión obvia por la existencia de un acuerdo entre el suministrador del bien y el consumidor, ni siquiera en caso de que inicialmente fuera aceptada, dado que se ha predeterminado legal y objetivamente su no exigibilidad".*

¹³⁰ A gastos de cancelación de hipoteca se refiere también la SAP de Alicante de 18 de enero de 2005 (Roj: SAP A 104/2005), valorando de modo especial la imposibilidad de negociación individual de las estipulaciones de la compraventa, lo que en este caso particular suponía derivar a los consumidores el pago de los gastos de cancelación de un préstamo hipotecario concertado por la entidad promotora para financiar la construcción del edificio, y por consiguiente completamente ajeno a la compradora.

Así, de modo general, las decisiones jurisdiccionales declaran la nulidad de las cláusulas que gravan a los compradores con gastos correspondientes a la suscripción del crédito hipotecario destinado a financiar la construcción del inmueble, o, en determinados casos, los de cancelación de la hipoteca suscrita por el promotor.

ii) “La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación” (art. 89.3 b) TRLGDCU)¹³¹. Este inciso se refiere, claramente, a la hipoteca del promotor, es decir, la constituida por éste en su propio interés y en garantía del préstamo para financiar la construcción. La cláusula que obliga al comprador, sin otra alternativa, a subrogarse en la hipoteca del empresario es, en consecuencia, abusiva. Ahora bien, el pacto podría

¹³¹ Según ÁLVAREZ OLALLA, “Compraventas vinculadas...”, op. cit., pág. 89, si el comprador se subroga en el préstamo hipotecario concertado por el promotor-vendedor, concurren las notas necesarias para considerar la hipótesis de una vinculación contractual entre dicha subrogación y la compraventa cuyo precio se abona, en parte, mediante la misma. Esto se debe a que estaríamos ante un supuesto en que los intervinientes celebran varios contratos entre los que existe una relación de dependencia o accesoriedad, por el hecho de que ambos estarían dirigidos a la misma finalidad, tal es la adquisición de un inmueble. Esta conexión causal podría dar lugar a que el principio de autonomía de cada uno de los contratos perdiera peso a favor de una interrelación entre ambos, especialmente en lo referido a las repercusiones que la ineficacia de uno de ellos pudiera tener respecto del otro (ya que se dan los requisitos necesarios para apreciar conexión contractual, que son pluralidad de contratos, identidad de sujetos, nexo funcional y efectos comunes). Esta cuestión es de especial relevancia a la hora de determinar la posible repercusión que puede tener en el contrato de compraventa la denegación al comprador del préstamo hipotecario ofrecido por el promotor, o la imposibilidad de subrogación de aquel en el préstamo previamente concertado por éste, circunstancia que, además, se da con frecuencia en la actualidad, debido a las restricciones en el acceso al crédito derivadas de la época de crisis. Lo ideal sería la introducción en el contrato de compraventa de una condición suspensiva o resolutoria, que hiciera depender la efectividad del contrato de la obtención del préstamo (postura seguida por el art. 26.1 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo), pero si tal previsión no consta en el contrato, que es lo normal, el comprador puede instar la resolución del mismo, siendo favorable a esta posibilidad la más reciente jurisprudencia -antes reticente a resolver la compraventa por esta causa-: así, la postura del TS ha cambiado recientemente, como destaca ÁLVAREZ, pág. 96, estimando que procede la resolución de la compraventa por incumplimiento de la vendedora de la obligación de proporcionar al comprador la financiación ofertada (STS 16 de enero de 2013 -Roj: STS 1835/2013-). Asimismo, la STS de 26 de abril de 2013 (Roj: STS 2247/2013) estima la resolución en un caso de imposibilidad de subrogación causado por el retraso en la entrega del inmueble, que dio lugar a un cambio en las condiciones de concesión del préstamo en el mercado. Esta nueva línea jurisprudencial, favorable a admitir la resolución en determinados supuestos de no obtención de subrogación en el préstamo hipotecario, anima a considerar la aplicación de la doctrina de los contratos coligados, especialmente si estamos ante una relación de consumo, siendo defendible la apreciación de vinculación contractual entre ambos negocios -de adquisición y de financiación-, siempre que la compraventa se haya publicitado y ofertado como financiada (si bien, serán importantes las circunstancias concurrentes, a la hora de valorar si se admite o no la resolución de la compraventa, en especial las relativas a la diligencia del comprador a la hora de obtener financiación, la previsibilidad de denegación de financiación derivada de la situación financiera en el momento de la compra y las expectativas creadas por el propio vendedor respecto a las posibilidades de financiación).

legitimarse en virtud de negociación individual, ya que, en tal caso, los compradores dispondrían de la facultad de optar por lo que más les conviniera, o bien habrían aprobado previamente la actuación del promotor dirigida a gestionar, en interés de aquéllos, un préstamo con garantía hipotecaria para financiar la adquisición. El art. 89.3 b) puede interpretarse en tal sentido, ya que no se estaría obligando al consumidor, sino que estaríamos ante una libre opción para financiar la adquisición. En cualquier caso, debe señalarse que será necesario que el adquirente tenga cumplida información de todos los extremos referidos al préstamo hipotecario en cuyo pago se subroga, así como de todos los gastos asociados y consecuencias jurídicas de la operación¹³².

En este sentido, el art. 6.1-4.º del RD 515/1989, al regular la información debida al consumidor en relación con el precio de la vivienda, establece que *"si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de ésta, datos de su inscripción en el registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades"*. Por consiguiente, la estipulación por la que se conviene la subrogación del comprador en el crédito hipotecario no ha de estimarse, sin más, abusiva y, por ende nula, ya que no solo no está incluida en el art. 89.3 TRLGDCU y en el 10 D) del RD 515/1989, sino que el antes citado art. 6.1-4º de este último texto legal presupone su validez.

Ahora bien, tampoco debe presumirse que este último precepto avala, siempre y en todo caso, la validez de este tipo de estipulaciones. Dada la naturaleza de los contratos a los que se incorpora y la necesidad de tutelar los intereses del consumidor, cuando se detecta una situación de desequilibrio o desigualdad en la relación contractual, lo prudente es supeditar la validez de la cláusula de subrogación a las condiciones en que se incorpora al contrato, ya que podría tacharse de abusiva, bien porque se haya vulnerado el derecho de información del comprador, bien porque la subrogación le venga impuesta a éste último en condiciones que le acarreen un perjuicio. Por ello, estas cláusulas contractuales que contemplan la subrogación en el préstamo hipotecario concertado por la promotora deben ser evaluadas a la luz de las circunstancias de cada caso. En ocasiones podrá

¹³² GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "Comentario al art. 89.3 TRLGDCU", op. cit., págs. 1336 y 1337.

interesar al comprador la subrogación, ya que podría favorecerle, en la medida en que puede ahorrarle la búsqueda de otras formas de financiación o determinados gastos; en otros casos, sin embargo, la cláusula merecerá rechazo cuando, por ejemplo, apareciera incorporada, no como resultado de una negociación, sino como imposición en el marco de un contrato de adhesión, cerrando o impidiendo al comprador el acceso a otras fórmulas posibles de financiación u obligándole a soportar gastos excesivos, a modo de “sanción” disuasoria, si decidiera optar por otra modalidad de financiación diversa de la subrogación en la hipoteca concertada por la promotora, siendo éstos los criterios más frecuentemente utilizados por los tribunales para rechazar dicha cláusula.

En cualquier caso, en relación con la información que debe facilitarse al comprador que se subroga en la posición del promotor como deudor hipotecario, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, vigente desde abril de 2012, en el punto 3 de su art. 19, establece que *“las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta Orden”*.

Se refuerza tal previsión, a través de la Circular del Banco de España 5/2012, en cuyo punto 12 del anejo 6 se dice que *“en los supuestos en que la concesión de préstamos a constructores o promotores inmobiliarios prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, la inclusión en el correspondiente contrato de la obligación de los indicados constructores o promotores de entregar a los cliente información personalizada sobre el servicio ofrecido por la entidad, recogida en el artículo 19.3 de la Orden EHA/2899/2011, no eximirá a la entidad de asegurarse, antes de aceptar la aludida subrogación, mediante los procedimientos apropiados, de que el cliente está adecuadamente informado sobre las características del préstamo”*¹³³.

¹³³ Acorde con los criterios de buenas prácticas bancarias, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que, en aquellos casos en los que la entidad acreedora intervenga en el otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación, bien como parte, para admitir la misma de forma expresa y,

Especial relevancia adquiere la exigencia de dicha diligencia informativa por parte de las entidades en los casos de novación modificativa, dado que ello implica, necesariamente, la existencia de negociaciones previas a la fecha de otorgamiento de la escritura pública. Por tanto, se considera que una actuación diligente de las entidades exige que puedan acreditar haber informado a sus clientes de la totalidad de las condiciones financieras, modificadas o no, de las operaciones objeto de subrogación; y todo ello con independencia de las responsabilidades que competen a cada uno de los intervinientes en la compraventa con subrogación de préstamo: la del comprador, de velar por sus propios intereses, informándose de todo cuanto le pueda afectar, la del vendedor, de facilitar al comprador las condiciones del préstamo, y la del notario, de actuar de conformidad con lo dispuesto en la normativa notarial.

Puede suceder también, por otra parte, que con la finalidad de mejorar las condiciones del préstamo hipotecario, la parte deudora decida subrogar en la posición de la entidad financiera prestamista a una entidad diferente, siendo esto posible aunque no conste en el préstamo inicial la posibilidad de amortización anticipada, e incluso aunque el primer acreedor no preste su colaboración. Todo ello con sujeción a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de modificación de préstamos hipotecarios, cuyo art. 2 (según redacción dada por el art. 13 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981 de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria), establece que: *“el deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquella por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil”*¹³⁴.

en su caso, para novar las condiciones del préstamo, bien como simple compareciente, resulta responsable de que el documento que va a regir la vida de la operación contenga la máxima información posible y de que no contenga incorrecciones u omite aspectos de tal trascendencia que pudieran condicionar el coste de la operación y/o la voluntad del cliente. Hay que entender que si, en última instancia, la entidad tiene la potestad de admitir la subrogación del deudor hipotecario, es ella la primera interesada en que sus clientes conozcan las condiciones en que contratan, a fin de evitar situaciones de asimetría informativa.

¹³⁴ Sigue diciendo el precepto que *“la entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante, en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad*

Consecuencia de lo anterior es que, desde el instante mismo en que tiene efectos la subrogación, se produce la sustitución de una entidad acreedora por otra, operando, en consecuencia, la fecha de otorgamiento de la escritura como punto de inflexión que marca la extinción de un crédito para la primera entidad acreedora y el nacimiento de otro para la nueva, en tanto que la deuda persiste para la parte prestataria -que ha dejado de ser deudora respecto de la primera entidad para serlo de la nueva-, con todas las consecuencias jurídicas que implica este proceso para las distintas partes intervinientes¹³⁵.

Por otra parte, y al hilo de lo anterior, en relación a una eventual cláusula que permita al comprador elegir entre subrogarse en la hipoteca constituida por el promotor para financiar la construcción o concertar una hipoteca con otra entidad, debiendo en este último caso satisfacer la comisión de cancelación del primitivo préstamo hipotecario, la misma no puede considerarse lícita. Para que lo fuera, sería necesario que dicha alternativa no supusiera coste alguno de cancelación para el comprador si optase por lo segundo. En este sentido, hay autores que consideran también abusivas cláusulas más sutiles, que en apariencia otorgan plena libertad al comprador para subrogarse o no en el referido préstamo hipotecario, pero que de hecho están imponiendo la subrogación en el mismo. Así, por ejemplo, aquéllas que conceden al comprador un plazo muy breve para otorgar la escritura pública de compraventa y nuevo préstamo hipotecario (diez o quince

acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos. La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente notifique, por conducto notarial, a la entidad acreedora, su disposición a subrogarse, y le requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios en que se haya de subrogar. Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si, en el plazo de quince días naturales, a contar desde la notificación del requerimiento y en respuesta al mismo, comparece ante el mismo Notario que le haya efectuado la notificación a que se refiere el párrafo anterior y manifiesta, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante. De esta manifestación se dejará constancia en la propia acta de notificación. En caso contrario, para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta por capital pendiente e intereses y comisiones devengadas y no satisfechas. Se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad, en el que se hará indicación expresa que se efectúa a tal efecto. El Notario autorizante verificará la existencia de dicho documento bancario justificativo del pago a la entidad acreedora originaria, así como que no se ha producido la enervación a que se refiere el párrafo anterior, a cuyo fin, la entidad subrogada deberá presentar copia del acta notarial de notificación de la oferta de subrogación de la que resulte que no se ha producido respuesta alguna con el efecto de enervar la subrogación(...).”

¹³⁵ ESTEBAN RIVERO, J.S., “La subrogación del comprador en el denominado préstamo promotor”, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/subrogacion-comprador-denominado-prestamo-promotor_11_767305002.html (última consulta, 3 de junio de 2017).

días a partir del momento de la obtención de la licencia de primera ocupación o de cualquier otra fecha que señale el promotor), lo cual obliga *de facto* al comprador a subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor, ante la imposibilidad de gestionar en ese plazo otra financiación. En definitiva, será válida la cláusula que atribuya al consumidor la opción entre subrogarse o cancelar el préstamo hipotecario, siempre que la cancelación se realice sin gastos y se le conceda un plazo razonable para gestionar un préstamo hipotecario con otra entidad crediticia antes del otorgamiento de la escritura pública¹³⁶.

La experiencia jurisdiccional nos ofrece, en efecto, diversas pautas valorativas en relación con la cuestión relativa a la cláusula de subrogación del préstamo. Incide en este mismo extremo, en relación a la ausencia de información al consumidor, la SAP de Murcia de 4 de septiembre de 2002 (Roj: SAP MU 2070/2002); en ella se confirma la decisión del Juez de Primera Instancia de declarar no incorporada al contrato la forma de pago de parte del precio mediante subrogación en un préstamo hipotecario, cuyo contenido obligacional se desconocía a la fecha de firmar el contrato privado suscrito por las partes.

En algunos casos, la nulidad de la cláusula de subrogación en el préstamo hipotecario se ha basado en que, dadas otras alternativas del mercado, las condiciones eran perjudiciales para el comprador; tal era el supuesto objeto de la SAP de Asturias de 5 de marzo de 1999 (Roj: SAP O 908/1999)¹³⁷. Por otra parte, alguna sentencia se ha

¹³⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda", *Estudios sobre Consumo*, núm. 77, 2006, págs. 23 y ss.

¹³⁷ En este caso, en el contrato de compraventa se convino el pago del precio en varias entregas y un resto mediante subrogación en un crédito hipotecario que la vendedora había concertado; esta cláusula de subrogación incluía el abono por los compradores de los gastos de subrogación y cancelación, incluidos los del Registro de la Propiedad, según las condiciones fijadas unilateralmente por la vendedora; llegado el momento de la subrogación, los compradores advirtieron que las condiciones económicas del préstamo eran muy desfavorables, pudiendo contratar otro (como efectivamente hicieron) más económico, con unos plazos de amortización más ajustados a sus intereses. Así, dispone que "*los actores se encuentran con unos gastos que no sólo no "controlaron", en cuanto para nada intervinieron en su contratación, sino que incluyen precios distintos a los inicialmente previstos en el contrato y en unas condiciones (importe y plazos) de financiación claramente perjudiciales en relación con otras existentes en el mercado financiero, sin facultad para aceptarlos o rechazarlos. Estamos, por tanto, ante una cláusula, la comentada de la subrogación, que perjudica de forma desproporcionada o no equitativa a los compradores, en cuanto sólo favorece al vendedor, al facilitarse una construcción mucho más económica a costa de los citados, que, por el contrario, ningún beneficio obtienen de la misma, pues han de pagar no ya el precio de la venta (comprendido, lógicamente, de aquellos costes de construcción), sino, además, la financiación del vendedor y la propia del préstamo para satisfacer dicho precio, soportando así, en la práctica, una doble*

pronunciado a favor de la validez de la cláusula de subrogación en el préstamo hipotecario, cuando ésta no obedecía a imposición alguna por parte de la vendedora-promotora, lo que permite pensar, *a contrario sensu*, que se habría acordado la nulidad si el Tribunal tuviera prueba de que la subrogación no había sido libremente aceptada por el comprador¹³⁸.

iii) “La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario” (art. 89.3 c) TRLGDCU). Este inciso se redactó a la vista de la problemática judicial¹³⁹ suscitada en relación a cláusulas contractuales de redacción vaga e imprecisa, en cuya virtud se trasladaba indiscriminadamente al comprador todo

financiación, cuando la Ley ordena que la correspondiente a la construcción y los gastos de su cancelación corran a cargo del vendedor”.

¹³⁸ Así, la SAP de La Rioja de 30 de diciembre de 2002 (Roj: SAP LO 834/2002); en el documento privado de compra se hacía constar que la compradora de la vivienda se subrogaba en el préstamo hipotecario; la cláusula se mantiene en la escritura pública aunque sí se señalaba, respecto de la hipoteca, que el préstamo con ella garantizado había sido pagado y estaba pendiente de cancelación, siendo todos los gastos e impuestos que ella originase de cuenta de la parte compradora. En opinión del tribunal -que confirmaba la sentencia de primera instancia- la cláusula libremente pactada no era abusiva, pues se trataba de cláusula no impuesta por la vendedora, sino pactada con libertad por las partes, como lo evidenciaba el hecho de que no apareciese incluida en otros contratos suscritos por la constructora. El hecho de haber sido cláusula de subrogación negociada individualmente sirvió también de argumento a la STS de 7 de junio de 2005 (Roj: STS 3618/2005) para mantener su validez. En aquel caso, se celebraba un contrato privado de compraventa que llevaba un anexo en el que los compradores manifestaban su intención de solicitar un préstamo hipotecario para el pago de dicha suma, y concedía a la vendedora facultades amplias para que lo concertase y se obligaba a subrogarse en dicho préstamo si éste fuese concedido a nombre de la entidad vendedora; concertado el préstamo a nombre de la promotora, una vez construida la vivienda y pendiente de ser entregada, los compradores pretenden cancelar el préstamo en vez de subrogarse en el mismo, negándose a pagar los gastos de cancelación de la hipoteca. La Audiencia entiende que la cláusula es válida y así lo entendió también el TS, que razona: “...la resolución recurrida sienta que falta la generalidad y que la cláusula controvertida se pudo eludir, en cuanto que fue negociada individualmente, apreciaciones que tienen un evidente carácter fáctico, y que al no ser objeto de denuncia por el cauce casacional adecuado, consistente en el error en la valoración con indicación del precepto idóneo para sustentarlo, devienen incólumes y vinculantes para este tribunal, y por consiguiente no concurren los elementos normativos que permitan aplicar el precepto denunciado como infringido”.

¹³⁹ Antes de la reforma del precepto en virtud de la Ley 44/2006, la doctrina de las Audiencias se encontraba dividida: por muchas se aceptaba la validez de la cláusula, argumentando adecuada información, ausencia de monopolio del vendedor, lo moderado de su importe, o el hecho de ser una cláusula habitual, basada en la autonomía de la voluntad y no prohibida expresamente por la ley. Con mejor criterio, por otras Audiencias se rechazaba su validez, por el desconocimiento de su importe exacto y el desequilibrio que suponía, en beneficio del vendedor. El Tribunal Supremo confirmó esta última interpretación, al amparo de la norma general del art. 82 TRLGDCU y para supuestos a los que todavía no era aplicable la Ley 44/2006. Por su parte, la STJUE de 16 de enero de 2014 (caso Constructora Principado, asunto C-26/12) se pronuncia también a favor de la nulidad de dicha cláusula, subrayando el hecho de que en el momento de celebración del contrato se desconoce el importe del impuesto, lo que genera una incertidumbre en el consumidor. Añade que se trata de una obligación adicional no prevista por las normas de derecho nacional, lo que supone una lesión para la situación del adquirente, provocando un desequilibrio en la misma, GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Comentario al art. 89.3 TRLGDCU”, op. cit, págs. 1338 y 1339.

tipo de impuestos y arbitrios cuya cuantía no se concretaba¹⁴⁰. Los impuestos constituyen una parte importante del desembolso económico total que deberá realizar el adquirente de una vivienda, por ello, es indudable el especial interés del consumidor en conocer el tipo de impuestos que gravarán la compraventa, su cuantía concreta y la persona legalmente obligada a su pago (el comprador o el vendedor). Es por ello que la normativa general protectora de los derechos de los consumidores exige que, en la información previa al contrato, se haga referencia al “*precio completo, incluidos los impuestos*” (art. 60.2.b TRLGDCU). Con mayor concreción, la normativa específica protectora del adquirente de vivienda obliga al empresario a proporcionar “*información en cuanto al pago de los tributos de todas clases que graven la propiedad o utilización de la vivienda*” (arts. 5.3 y 6.1 RD 515/1989). Debe entenderse que esta exigencia abarca tanto los impuestos directos (como el IBI) como los indirectos (fundamentalmente IVA).

En consecuencia, el promotor está obligado a informar al adquirente acerca de los siguientes impuestos: Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e Impuesto sobre Bienes Inmuebles¹⁴¹.

¹⁴⁰ Como correctamente afirma la SAP Murcia de 13 de febrero de 2001 (Roj: SAP MU 475/2001), cuando, según la ley, el sujeto pasivo del impuesto sea el vendedor, es necesario que la cláusula contractual que imponga su pago al comprador sea clara y precisa en tal sentido, no siendo suficiente una expresión genérica y ambigua del tipo “serán de cuenta exclusiva de la parte compradora los gastos e impuestos que ocasione esta escritura”.

¹⁴¹ Examinemos separadamente cada uno de ellos:

- Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (conocido como “plusvalía”). Este impuesto somete a gravamen el aumento de valor de la vivienda, puesto de manifiesto en el momento de la venta. El sujeto pasivo es el vendedor de la vivienda, debido a que es quien se beneficia del incremento de su valor. Hasta la reforma operada por la Ley 44/2006, de mejora de la LGDCU (en la actualidad, art. 89.3.c TRLGDCU), nuestra legislación no contenía previsión alguna acerca de las cláusulas contractuales que repercutían al comprador el pago del impuesto de plusvalía, hallándose la doctrina de las Audiencias Provinciales dividida. El actual art. 89.3.c) TRLGDCU zanja la cuestión, y deja meridianamente claro que es nula por abusiva la cláusula que impone al consumidor-comprador el pago del impuesto de plusvalía.

- Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). El IVA sujeta a gravamen las transmisiones a título oneroso realizadas por empresarios a consumidores. Este impuesto grava únicamente la primera venta de vivienda, quedando exentas las posteriores. La persona obligada al pago del IVA es el comprador, dado que el empresario-vendedor está obligado a repercutir tal impuesto sobre el adquirente. El sujeto pasivo del IVA es, pues, el comprador, por lo que dicho impuesto no encaja en el supuesto de hecho del art. 89.3.c) TRLGDCU30. Por otra parte, en virtud de lo establecido por el art. 6.1.1º RD 515/1989, se entenderá que el precio total de la venta incluye el IVA, si la venta se hallase sujeta a este impuesto.

- Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD). El ITPAJD grava las transmisiones onerosas de viviendas (las compraventas sujetas al IVA quedan excluidas). El sujeto

iv) “La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad” (art. 89.3 d) TRLGDCU). Deben considerarse abusivas las cláusulas que incrementen el precio ofertado con gastos que son necesarios para el cumplimiento íntegro de la prestación con arreglo a lo pactado, es decir, aquéllas que repercutan al comprador, al margen del precio final, los gastos propios de la ejecución de la obra, o los de acceso a suministros generales de la vivienda. Desde el momento en que el vendedor está obligado a entregar la vivienda en condiciones de habitabilidad, tanto físicas y arquitectónicas, como administrativas y fiscales, es abusiva la cláusula por la que el consumidor habrá de asumir los gastos de acceso a suministros básicos, como las tasas por enganche o acometida a la red de agua, alcantarillado, gas o electricidad¹⁴².

4.3. La calificación de abusividad de las cláusulas contractuales por Notarios y Registradores

Celebrado el contrato, se entra en la última fase del mismo, esto es, la relativa a su consumación a través de la entrega efectiva de la vivienda, con las consecuencias derivadas de este hecho. Llegados a este momento, son múltiples las incidencias que se pueden producir como, por ejemplo, problemas de inscripción registral o cargas no conocidas por el comprador, retrasos en la entrega de la vivienda, entrega de viviendas con una superficie inferior a la estipulada en el contrato, diferencias en relación a la memoria de calidades de los materiales ofertada o aparición de vicios constructivos, etc... Todos estos problemas que surgen en la fase posterior a la firma, y muchos de ellos

pasivo del ITPAJD es también el comprador de la vivienda, por lo cual no es encuadrable en el art. 89.3.c) TRLGDCU. Por otra parte, la elevación del contrato de compraventa a escritura pública se encuentra sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, siendo sujeto pasivo también el comprador, por lo que tampoco encaja en el supuesto de hecho del citado art. 89.3 c).

- Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI). El IBI grava la propiedad de los bienes inmuebles, no su transmisión. En consecuencia, es abusiva la cláusula que traslade al consumidor los tributos que, como el IBI, gravan la propiedad, antes de tener lugar la transmisión, es decir, es abusivo pretender el pago del IBI por los compradores mientras el promotor-vendedor siga siendo el propietario de la vivienda (en este sentido se pronuncia la SAP Valencia de 9 de diciembre de 2008 -Roj: SAP V 5283/2008-, conforme a la cual *“ha de ser mantenida la decisión de reintegro de lo pagado por el IBI del año 2007, al ser la vendedora sujeto pasivo de tal impuesto por ser propietaria de los inmuebles a la fecha de su devengo”*).

¹⁴² En este sentido, SSAP Asturias de 24 de enero de 2008 (Roj: SAP O 85/2008) y de 18 de febrero de 2014 (Roj: SAP O 458/2014). Dichos servicios tienen carácter esencial y forman parte inseparable del propio edificio, no siendo en absoluto concebible la posibilidad de entrega de una vivienda sin los mismos.

incluso después de la entrega de la vivienda, tendrán diferentes soluciones, en función del caso concreto planteado y a ellos se hará referencia en los siguientes capítulos del presente trabajo.

En tal sentido, la integración de la publicidad en el contrato sin duda servirá de apoyo directo ante los tribunales, para exigir calidades de los materiales ajustadas a la memoria entregada al consumidor, así como también en esta fase, igualmente a título de ejemplo, las concretas previsiones de cláusulas abusivas del RDL 1/2007 podrán ser alegadas, bien para justificar una indemnización o el cumplimiento estricto del contrato, bien para oponerse a pretensiones del constructor¹⁴³. En cualquier caso, el juego conjunto

¹⁴³ Respecto a una eventual reclamación por parte del adquirente ante los Tribunales, es de obligada referencia una importante cuestión, cual es la reiteración de la jurisprudencia del TJUE sobre la posibilidad de que el juez nacional pueda entrar a controlar de oficio las eventuales cláusulas abusivas habidas en un contrato, hasta el punto de que, si se examinan las sentencias aisladamente, parece una facultad de carácter omnímodo y sin limitaciones. Sin embargo, dichas limitaciones existen y resultan fundamentales. A este respecto, la STS de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) contiene un importante estudio sobre el estado de esta cuestión, que permite introducir ciertas matizaciones; así, se reconoce que el Juez puede y debe proceder de oficio al examen del carácter abusivo de una cláusula contractual en los siguientes supuestos: **a)** cuando el sistema procesal impida que, de modo tempestivo o realmente efectivo, se pueda ejercitar esta pretensión por el consumidor (éste es el argumento de fondo de las STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10) y 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11) respecto del procedimiento judicial español de ejecución de una pretensión de cobro contra bienes especialmente hipotecados); **b)** cuando las condiciones establecidas por la legislación hagan extraordinariamente difícil o costoso que esta pretensión pueda plantearse ante los Tribunales (así resulta específicamente de la STJUE de 14 de junio de 2012, en relación al procedimiento monitorio establecido por la LEC); o **c)** aún cuando el sistema permita de modo tempestivo, adecuado y pertinente la alegación de la abusividad por el consumidor afectado (ya sea por vía de pretensión iniciadora del procedimiento, ya sea por vía de oposición), el Juez no sólo puede, sino que debe tomar él mismo la iniciativa procesal, sin esperar a que el consumidor afectado ejercite esa pretensión. Conforme a lo anterior, parece que las facultades al respecto otorgadas al Juez son amplias, y lo son en efecto, si bien, con todo, no son omnímodas, es decir, no es del todo cierto que pueda realizar la declaración de abusividad “de oficio”, en el sentido en que tradicionalmente viene siendo entendida tal expresión en el Derecho español, ya que tal facultad está, en cualquier caso, limitada por el principio de contradicción. Es decir, el Juez no puede, sorpresivamente, basar su resolución en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula, sin dar oportunidad a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga y propongan las pruebas pertinentes para ello. En este sentido, y en materia de control de cláusulas abusivas, la STJUE de 21 de febrero de 2013 (caso Banif Plus Bank), después de reiterar que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional y le impone, asimismo, la obligación de examinar de oficio esta cuestión *“tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”*, pudiendo practicar también de oficio las diligencias de prueba precisas para llegar a este conocimiento, señala que el derecho a una tutela judicial efectiva conlleva unas especiales exigencias, y entre ellas *“figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio”*, de forma que *“en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de*

de las normas del Código Civil y de las previsiones especiales en sede de consumidor derivadas del RDL 1/2007¹⁴⁴ y del RD 515/1989 serán suficientes para atender la casuística planteada por este tipo de problemas posteriores al contrato de compraventa. Ahora bien, también corresponden a esta fase los problemas derivados de defectos en la construcción y las responsabilidades que de ello se derivan, así como de la eventual recuperación de aquellas cantidades que se hubieran entregado a cuenta del precio, si finalmente la entrega de la vivienda no se produce, cuestiones reguladas en la Ley de

forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales". En idéntico sentido, STJUE 30 de mayo de 2013 (caso Asbeek Brusse y de Man Garabito).

El principio de contradicción significa, pues, que salvo que haya una norma especial que pueda excepcionar su aplicación, hay que dar opción a las partes a personarse en el procedimiento para debatir, de forma contradictoria, sobre si la cláusula que el juez nacional considera que puede ser abusiva lo es, o no. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en los procesos de carácter declarativo, en el sistema español encontramos también el proceso ejecutivo, en que son parte tanto quien insta la ejecución como la persona contra quien se despacha la misma (art 538.1 LEC). Es decir, el Juez no puede considerar "parte" a aquella persona contra la que todavía no se ha despachado la ejecución. Ante esta situación, y frente a una interpretación extensiva (y más conforme con las exigencias que se derivan de la doctrina comunitaria) que permita dar entrada, antes del despacho de ejecución, a aquél contra quien se pretende que se despache, parece que la práctica procesal se está decantando por citar exclusivamente al ejecutante, sin dar audiencia *in limine litis* a la persona contra la que se puede despachar la ejecución. Esta práctica resulta muy cuestionable, porque otra de las características de la abusividad de una cláusula es que el Juez no puede apreciarla si el consumidor, advertido de su existencia, manifiesta, sin embargo, su voluntad al tribunal de que el proceso se sustancie no obstante dicha cláusula y manteniendo su vigencia. Así, la STJUE del caso Pannon, de 4 de junio de 2009, afirma que "*el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula*", y la del caso Banif Plus Bank, de 21 de febrero de 2013, reitera que "*el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula*", dando lugar a lo que la STS de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) denomina el "*posible aquietamiento a la cláusula abusiva*".

Visto lo anterior, podemos concluir, pues, que, como mínimo, el examen de oficio de una cláusula abusiva por la autoridad judicial va a requerir, con carácter general, que se dé audiencia, antes de su declaración, al contratante que ha predispuesto la cláusula y al cual su exclusión por la autoridad judicial va a perjudicar. A ello habrá que añadir los efectos derivados de un posible *aquietamiento a la cláusula abusiva*. Así, la nulidad de las cláusulas abusivas puede ser apreciada de oficio por el Juez, sin necesidad de esperar a que el perjudicado ejercite la oportuna pretensión procesal, pero requiere también, además de la evidente necesidad de audiencia a ambas partes, que el consumidor no muestre su conformidad a la aplicación de la cláusula, o, al menos, que no se oponga a su apreciación por la autoridad judicial -si bien, es necesario a este respecto hacer referencia a que habrá que considerar si estamos o no ante un derecho irrenunciable-, GARCÍA VILA, J.A., "Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a las resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016", http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/limites-control-legalidad-notarial-registral-clausulas-abusivas/#_edn22 (última consulta, 3 de junio de 2017).

¹⁴⁴ Es preciso señalar que el RD Legislativo 1/2007 expresamente declara, en su artículo 149, que el régimen general de responsabilidad civil establecido en su libro III será de aplicación "*a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico*".

Ordenación de la Edificación y que serán objeto de estudio pormenorizado en siguientes capítulos del presente trabajo.

A pesar de esta generalidad, es conveniente destacar, en esta fase post-contractual, la existencia de una específica protección incorporada por el RD Legislativo 1/2007 en su art. 84, de clara importancia en sede de compraventa de viviendas, y que podría constituir un mecanismo eficaz de amparo del consumidor. En efecto, el citado art. 84 impone a los Notarios la imposibilidad de autorizar escrituras públicas y a los Registradores de la Propiedad la no inscripción de aquellos negocios jurídicos en los que se incluyan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, al que se refiere los arts. 11 y 22 LCGC¹⁴⁵. Se incorpora, por tanto, a estos profesionales a la protección activa de los consumidores, si bien el precepto lo hace de una forma un tanto parcial, pues se limita únicamente a las cláusulas inscritas en el Registro señalado (es decir, lo que se deduce del contenido del artículo es que, por muy abusiva que resulte la cláusula que intervengan, de no haber sido declarada como tal por un Tribunal, no se prohíbe expresamente su autorización o inscripción¹⁴⁶), impidiendo con ello una efectiva y eficaz calificación previa de las condiciones que se incluyan en el contrato, que por su cualificación y conocimientos del mercado estos profesionales estarían en condiciones de poder llevar a cabo (siendo un

¹⁴⁵ La Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación, en virtud de su art. 11, crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que está a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil. En dicho Registro (art. 11.2) *“podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, a cuyo efecto se presentarán para su depósito, por duplicado, los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, a instancia de cualquier interesado, conforme a lo establecido en el apartado 8 del presente artículo. No obstante, el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación”*. Conforme al apartado 4 del mismo precepto, también *“serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior. También podrán ser objeto de inscripción, cuando se acredite suficientemente al Registrador, la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas”*. Por su parte, el art. 22 dispone que *“en todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial –actual Letrado de la Administración de Justicia- dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo”*.

¹⁴⁶ En el mismo sentido, el art. 258.2 LH, con referencia a la anterior regulación de protección de consumidores, establece que *“el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”*.

tímido paso en dicha dirección la previsión de información a la que se refiere el artículo 81.2 TRLGDCU, excesivamente genérica en su planteamiento).

En cualquier caso, partiendo del tenor literal del citado art. 84, se vino considerando mayoritariamente que la determinación del carácter abusivo de las condiciones generales era una tarea que correspondía única y exclusivamente al juez, incumbiendo a notarios y registradores el mero deber de colaboración que el artículo recoge. De hecho, la Dirección General de los Registros y del Notariado, pese a lo pretendido por los portavoces de la corporación registral, se había pronunciado ya en numerosas resoluciones de los años 1991 y 1992¹⁴⁷ en contra de la posibilidad de calificación por los Registradores de la Propiedad del carácter abusivo de las cláusulas recogidas en las escrituras presentadas a inscripción, dado que los medios de calificación y los particulares caracteres del procedimiento registral no pueden sustituir a la declaración judicial de nulidad de las mismas¹⁴⁸. La fundamentación del Centro Directivo en aquel momento fue intachable¹⁴⁹, lo que dejaba en evidencia la necesidad de una

¹⁴⁷ Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991; También Resoluciones de 4 de mayo, 5 y 29 de junio y 13 y 17 de julio de 1992, entre otras.

¹⁴⁸ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El necesario control extrajudicial de las cláusulas abusivas", *Revista El Notario*, n.º 49, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-49/opinion/opinion/3421-el-necesario-control-extrajudicial-de-las-clausulas-abusivas> (última consulta, 3 de junio de 2017).

¹⁴⁹ En este sentido, la RDGRN de 19 de abril de 2006, aunque con referencia a la anterior legislación -que es idéntica en este punto a la vigente-, cerraba cualquier posibilidad al respecto, al indicar: "... *el registrador deniega el acceso al registro de determinadas cláusulas por entender que las mismas contravienen la normativa de condiciones generales de la contratación y de defensa de consumidores y usuarios. Sin embargo, tal posibilidad está vedada para el registrador por las razones que a continuación se señalan. Primera, porque como se expuso el registrador no es un juez; por tanto, carece de la posibilidad de decidir la nulidad de una cláusula que es condición general de la contratación, en los términos de su mismo razonamiento. Segunda, porque tratándose de condiciones generales de la contratación que según la misma fundamentación del registrador se reputan abusivas, su calificación se debe sujetar a lo dispuesto en el art. 258.2 de la Ley Hipotecaria. Tal precepto afirma que "el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". En consecuencia, habrá de estarse a lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, según la redacción dada por la Ley 7/1998, de 13 de abril; tal apartado lo único que hace es atribuir al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas, añadiendo la Disposición Adicional primera de esa Ley 26/1984, de 19 de julio, también incorporada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, un elenco de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas; enumeración que basta apreciar su inciso inicial es ad exemplum. Tercera, lo anterior, esto es la necesidad de que un juez declare la nulidad de la cláusula que es condición general de la contratación por abusiva, como requisito sine qua non para que el registrador deniegue el acceso al registro de esa cláusula abusiva, previa la determinación de su trascendencia jurídico real inmobiliaria, se deduce de la simple lectura de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002 por las que se anularon diversos preceptos del Real Decreto 1828/1999, de 3 diciembre, por el que*

reforma legislativa que permitiera hacer eficaz un control preventivo por parte de los fedatarios públicos en aras a la protección de los consumidores y usuarios, sin necesidad de convertirlos en órganos jurisdiccionales. En este sentido, señala TORRES LÓPEZ¹⁵⁰ que una simple suspensión cautelar atribuyendo al comprador de la vivienda un plazo para su impugnación, o la genérica advertencia del fedatario público, sería suficiente en la mayoría de los casos para que la promotora optase por la supresión de la cláusula objeto de conflicto. De otra forma, se está dejando en papel mojado el mandato constitucional plasmado en el art. 51 CE, en virtud del cual 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.

Ahora bien, por la propia Dirección General de los Registros y el Notariado se trató de poner remedio a esta situación. Así, con la Resolución de 1 de octubre 2010 (a la que siguieron otras, como las de 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero y 16 de agosto de 2011) se produce un cambio de criterio sobre la cuestión. La Dirección General pasó entonces a entender que *“no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al derecho comunitario del ordenamiento nacional”*. Citaba como fundamento la STJUE de 10 de abril de 1984 (asunto Von Colson), que dictaminó que la obligación de los Estados miembros de conseguir el resultado previsto por una Directiva se impone a todas las autoridades del Estado, *“autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores”*. Y concluía la DGRN señalando que *“el registrador podrá rechazar la inscripción de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción*

se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Así, en el apartado IV del preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, se afirma que “la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales”. Tal afirmación, obvia por otra parte, se reitera en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, donde se sostiene que “la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales”. En consecuencia, el procedimiento registral, por sus particulares caracteres, y la calificación, por su ámbito objetivo y medios de llevarse a cabo, no puede sustituir a la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato que son condiciones generales de la contratación, por entender que las mismas son nulas de pleno derecho, al contravenir el art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio”.

¹⁵⁰ TORRES LÓPEZ, A., “La protección del comprador de la vivienda en los momentos previos a la consumación del contrato”, op. cit, pág. 10.

automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos”, y que “una solución diferente convertiría la intervención del registrador en un mero trámite impuesto al particular, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva”.

Este criterio es el que se mantiene hasta la fecha, tal se desprende de la reciente RDGRN de 19 de octubre de 2016, conforme a la cual *“debe recordarse a este respecto, una vez más, que el ámbito de la calificación del registrador de la Propiedad en materia de abusividad, según la doctrina de esta Dirección General sintetizada en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, le permite rechazar la inscripción de tales cláusulas: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo (con valor de jurisprudencia o casacional por provenir del Pleno de Sala), en cuanto fuente complementaría del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia”.* Asimismo, se refiere dicha resolución, con cita de la STJUE de 6 de octubre de 2009, al *“«principio de efectividad» de la Directiva de protección de los consumidores, del que el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria es una aplicación. Este principio de efectividad implica que los registradores de la Propiedad deban de abstener de colaborar en la aplicación de las llamadas cláusulas abusivas cuando existan bases objetivas para su consideración como tales”.*

Todo ello, claro está, es plenamente aplicable a los Notarios, como esencial instrumento de protección de carácter preventivo. Es necesario tener en cuenta que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles tan sólo conocen de aquellas operaciones respecto de las que se establece una garantía real inscribible, y además, y sobre todo, que los Registradores intervienen cuando el contrato ya se ha celebrado, y que por mucho que una determinada cláusula no se inscriba en el Registro, sigue produciendo efectos entre las partes y vinculando al deudor. Así, los Notarios habrán de denegar la autorización o intervención de aquellas escrituras y pólizas que contengan cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser objetivamente apreciado; y, por el contrario, no podrán entrar a pronunciarse sobre aquellas cláusulas respecto de las que haya que realizar una actividad de ponderación y valoración, para lo que carecen de potestad. Tal es el alcance del control notarial de abusividad de las cláusulas que resulta posible, conforme a la normativa vigente¹⁵¹.

Conforme a lo anterior, podemos concluir, con GÓMEZ GÁLLIGO, que los notarios deben abstenerse de autorizar, y los registradores de inscribir, los instrumentos públicos en los que se inserten cláusulas abusivas, en los tres supuestos siguientes: **a)** cuando las cláusulas estén incluidas dentro de la “lista negra” contenida en los arts. 85 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRLGDCU), de manera que se puedan encuadrar en ella “sin lugar a dudas”, y esto se debe a que serían nulas “en todo caso” y no son susceptibles de interpretación; **b)** cuando sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva que claramente las rechace; y **c)** cuando se trate de cláusulas declaradas judicialmente nulas por sentencia firme. Reconoce el autor citado que el art. 84 TRLGDCU exige que se trate de sentencias que estén inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pero concluye que, en función de la doctrina del TSJUE, la DGRN lo ha ido extendiendo a toda sentencia judicial firme, esté o no inscrita en el referido Registro de Condiciones Generales¹⁵². Es necesario indicar que, si bien esta postura de la DGRN reporta, indudablemente, más beneficios a los consumidores y debe ser valorada positivamente, no se puede obviar que plantea ciertos

¹⁵¹ OLAIZOLA MARTÍNEZ, “El necesario control extrajudicial de las cláusulas abusivas”, op. cit.

¹⁵² GÓMEZ GÁLLIGO, J., “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 741, 2014, págs. 153 y ss.

problemas, tal y como sostiene GARCÍA VILA¹⁵³ cuando concluye que la apreciación por notarios y registradores de que una cláusula es abusiva, cuando la declaración de abusividad no consta en un mecanismo de publicidad como es el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, “es contraria a los principios que inspiran toda la legislación española sobre la actuación de los órganos de la Administración Central del Estado. Su generalización, es decir, que cualquier órgano se considerara facultado para entender que un mandato emitido por las Cortes Generales infringe o no desarrolla adecuadamente las Directivas comunitarias, nos situaría sencillamente ante un escenario caótico, en donde la previsibilidad de la actuación de la Administración brillaría por su ausencia”¹⁵⁴.

¹⁵³ GARCÍA VILA, “Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas...” op. cit.

¹⁵⁴ Sostiene dicho autor que esta doctrina y consecuente práctica, relativa a la exclusión de la exigencia de inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación no debe ser compartida, basándose en que el actual del TRLGDCU es el resultado de la trasposición de las Directivas comunitarias en materia de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios (así resulta específicamente de su Exposición de Motivos, y también de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2014, que modifica, entre otros, el importante art. 83 del TRLGDCU). Esto tiene ciertas consecuencias, si tenemos en cuenta que, resumiendo la doctrina general sobre la materia, se puede decir que los Reglamentos comunitarios generan por sí mismos derechos y obligaciones, y son directamente invocables por los ciudadanos de la Unión y directamente aplicables por los Tribunales de Justicia nacionales, sin necesidad de trasposición a norma nacional, mientras que la Directiva, por el contrario, fija objetivos o principios a seguir, y deja un cierto grado de libertad a los Estados miembros para conseguirlos, a través de lo que se conoce como “trasposición” de las Directivas. Cuando ésta se ha realizado, la norma aplicable no es la directiva, sino la norma que la ha incorporado al derecho nacional. Así, cuando una Directiva comunitaria ha sido traspuesta, corresponde al juez nacional su aplicación, a menos que éste considere que la trasposición ha sido absolutamente deficiente, en cuyo caso podrá dejar de aplicar la norma nacional, si resulta claro que ésta última ha infringido la Directiva comunitaria; pero si tuviera dudas sobre ello, deberá plantear la denominada “cuestión prejudicial europea”. Esta doctrina, derivada del principio de primacía del Derecho comunitario, se hace ya explícita en la STJUE de 9 de marzo de 1978 (caso Simmenthal).

Ahora bien, si nos fijamos, toda la normativa relativa a la trasposición de las Directivas hace referencia a un órgano jurisdiccional. Y es que sólo a los órganos jurisdiccionales les corresponde dejar de aplicar la normativa nacional, por entender que la trasposición vulnera las finalidades perseguidas por la Directiva. La DGRN es un órgano de la Administración del Estado, que en materia de recursos gubernativos tiene una naturaleza peculiar, que deriva de la propia particularidad del sistema registral, pero esto no le convierte en órgano ni jurisdiccional ni cuasijurisdiccional: es un órgano administrativo, que dicta resoluciones que surten efectos en el ámbito del Derecho Civil. Pero como órgano administrativo que es, no puede, a juicio de este autor, prescindir de los dictados de una norma que no es sino la trasposición del contenido de la Directiva Comunitaria sobre protección de los consumidores.

Concluye afirmando que, mientras no se dicte un Reglamento comunitario, que tiene alcance normativo superior a la Ley dictada por las Cortes españolas, y directamente deroga toda norma estatal contraria, o en tanto no se dicte por el TJUE resolución que indique que la trasposición al derecho nacional infringe la normativa comunitaria, la norma estatal debe ser cumplida. Es comprensible la consideración de que lo dispuesto por el art. 84 TRLGDCU no es la mejor manera de cumplir los objetivos de protección de los consumidores, pero en tanto no se declare que infringe una Directiva, debe ser cumplido: las sentencias han de estar inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Y es que, si bien este cambio de doctrina por parte de la DGRN se sustenta en que la nulidad declarada por el art. 83 TRLDGPU tiene carácter *ope legis* o por ministerio de la Ley, encontrando su aval, además, en jurisprudencia del TS y en la del TJUE (en tal sentido, la STS de 9 de mayo de 2013 -Roj: STS 1916/2013- sostiene que “*el ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado rechazar de oficio su eficacia*”, añadiendo que la jurisprudencia comunitaria que interpreta el art. 6.1 de la Directiva 93/13 se traduce en que las cláusulas afectadas por la nulidad que sanciona el art. 83.1 TRLDGPU obliga a tenerlas por no puestas, “*tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y, en consecuencia, también en el registral*”), no es menos cierto que, finalmente, la cuestión problemática estriba en determinar cuáles son las cláusulas nulas, cuya nulidad pueda apreciar el Registrador (o el Notario) para denegar la inscripción (o autorización) y las que no. La respuesta, en cualquier caso, debería proceder del legislador, y no dejarse en manos de libres interpretaciones, que al final lo único que generan es inseguridad jurídica.

Las resoluciones de la DGRN de 2016 establecen ahora como argumentación a favor de la no aplicación de la exigencia de la previa inscripción, que ésta infringiría el “principio de efectividad” de la normativa europea de protección de consumidores, si bien, el artículo citado, al ser resultado de trasposición del contenido de Directivas comunitarias, ha debido tener en cuenta (otra cosa es si la solución es la más conveniente) dicho principio de efectividad, porque el texto legal diferencia claramente la norma entre la actuación de un órgano jurisdiccional (art. 83) y la actuación de funcionarios públicos (art. 84), exigiendo para éstos una especial forma de certeza y publicidad. Es cierto que la doctrina de la DGRN exige que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo (con valor de jurisprudencia o casacional por provenir del Pleno de Sala), en cuanto fuente complementaría del derecho (art. 1 CC), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores. Pero este argumento, en realidad, no tiene apoyo legal alguno, y hace decir a la norma algo distinto de lo que dice, aunque quizás debiera decirlo. En todo caso, argumenta que no corresponde a un órgano de la Administración Central del Estado declarar que una ley es una trasposición incorrecta o que no respeta suficientemente el principio de efectividad del Derecho comunitario.

Finalmente, considera este autor enormemente llamativa la ausencia de referencia alguna a sentencias del TJUE que apoyen esa posición. Las resoluciones citadas se limitan a hablar de doctrina sobre el principio de efectividad. Es de esperar que el legislador español haya tenido en cuenta toda la doctrina comunitaria y la necesidad de una cierta publicidad, que deriva precisamente de la que proporciona el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Y es que, en el fondo, esa doctrina, al menos en lo relativo a notarios y registradores, no existe en la posición del Tribunal europeo, que siempre centra su atención en las funciones de los órganos jurisdiccionales, diferenciando, como hace la legislación española, entre los jueces nacionales y otros órganos encargados de la aplicación del Derecho, dada la diferente naturaleza y función de unos y otros, GARCÍA VILA, “Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas...”, op. cit.

CAPÍTULO SEGUNDO.- DINÁMICA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA “SOBRE PLANO”. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA Y SU INCUMPLIMIENTO. ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE CONCURSO DE LA PROMOTORA

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como ya se expuso más minuciosamente en el capítulo anterior, según se desprende de la regulación que nuestro ordenamiento hace del contrato de compraventa de vivienda en construcción, podemos distinguir entre la perfección del contrato -que tiene lugar cuando se produce el acuerdo entre el vendedor-promotor y el comprador sobre la vivienda objeto del contrato y el precio de la misma (ex art. 1450 CC), y que posee efectos obligacionales, tales son, en esencia, la construcción y entrega de la vivienda para el primero, y el abono de pagos parciales para el segundo- y la consumación del contrato -que implica el cumplimiento de las obligaciones previamente asumidas, es decir, la entrega de la vivienda objeto de la compraventa y el pago total del precio-.

Sobre estas bases, y conforme a lo ya expuesto en el presente trabajo, podemos decir que la compraventa de vivienda “sobre plano” suele formalizarse, en prácticamente la totalidad de los supuestos, en dos documentos, que se suceden en el tiempo: el contrato privado, en virtud del cual se suscribe el correspondiente acuerdo entre las partes, y el posterior otorgamiento de escritura pública, que tiene lugar cuando se produce la entrega de la vivienda. En efecto, normalmente la relación contractual entre las partes se inicia con la suscripción de un documento privado, en el que ambos contratantes otorgan su consentimiento, conviniendo lo que estimen oportuno en relación a la propia venta y a las obligaciones asumidas, quedando con ello, como regla general, el contrato perfeccionado¹⁵⁵. Como consecuencia de dicha perfección, el vendedor asume la obligación de ejecutar la obra, así como de entregar la vivienda en el plazo estipulado, y como contraprestación el comprador asume, como regla general, la obligación de efectuar pagos fraccionados, que contribuyen a financiar el proceso constructivo. Este contrato, formalizado mediante documento privado, carece de efectos jurídico-reales porque la

¹⁵⁵ En ocasiones, lo que se suscribe es una reserva o promesa de venta, a las que ya me referí con anterioridad, y que, en principio, no implican perfección del contrato.

vivienda aún no tiene materialidad real, si bien, como ya se ha dicho, sí produce efectos obligacionales entre las partes, de conformidad con el art. 1450 CC, si bien, al no ser en ese momento posible la entrega de la vivienda y tampoco haberse abonado íntegramente el precio, no se ha producido su consumación.

Finalmente, cuando tiene lugar la terminación de la obra y, habitualmente, el pago íntegro del precio, es el momento en que las partes proceden al otorgamiento de una escritura pública de compraventa. Por tanto, es tras el cumplimiento total de las obligaciones de las partes cuando el contrato queda definitivamente consumado, haciendo la escritura pública las veces de tradición instrumental, al dejarse constancia en documento público dicho cumplimiento de las respectivas obligaciones de las partes¹⁵⁶. Así, el vendedor-promotor cumple con su obligación de entrega de la vivienda (real o simbólica, ex art. 1462 CC), transfiriendo el dominio sobre la misma al comprador, y este último cumple con su obligación de recibir la vivienda construida y, como contraprestación, paga el precio de la misma¹⁵⁷, bien en su totalidad, bien el saldo pendiente, tras descontar los pagos anticipados parciales que hayan podido efectuarse al promotor desde la firma del contrato¹⁵⁸.

Es de interés poner de relieve, en relación con esta cuestión, un conflicto recurrente en la compraventa de vivienda “sobre plano” que puede producirse entre el adquirente y los acreedores del promotor-vendedor, en el caso de que éstos, tras la correspondiente reclamación judicial por impago, soliciten el embargo de bienes

¹⁵⁶ En efecto, lo usual en los supuestos de compraventa de vivienda en construcción es la suscripción inicial de un documento privado, dejándose para el momento de terminación de la obra el otorgamiento de escritura pública, ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, págs. 288 y 289. Si bien, para los escasos supuestos -y casi puramente académicos, como los califica ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “En qué casos la escritura pública no equivale a la entrega”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Aranzadi, Pamplona 2013, págs. 1207 y 1208, en que se enajenen en escritura pública los elementos inmobiliarios futuros que, en su caso, resulten de una obra en proyecto o en construcción, este autor sostiene que la escritura no produciría la transmisión del dominio exclusivo del solar al cesionario, sino una titularidad concurrente con la del cedente.

¹⁵⁷ Para el pago del precio, normalmente, aunque no necesariamente, se otorga en el mismo acto una escritura pública de préstamo, garantizado con una hipoteca sobre la propia vivienda en favor de una entidad de crédito, que puede ser, o no, la misma que financió al promotor en la compra del solar y la construcción de la vivienda. En caso de que sí lo sea, se produciría una subrogación del comprador en el préstamo ya existente, en la posición de deudor hipotecario, sobre la parte correspondiente a esa vivienda. Con respecto a esta cuestión, ya hemos visto que hay que observar con atención posibles cláusulas que puedan imponer esta subrogación al comprador, pues estaríamos, según el caso, ante cláusulas abusivas.

¹⁵⁸ PINTO ANDRADE, C., *Contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento*, Bosch, Barcelona, 2013, págs. 66 y 67.

inmuebles que aún figuren en el Registro de la Propiedad a nombre del promotor, viéndose obligado entonces el comprador a interponer una tercería de dominio¹⁵⁹. En este caso, los Tribunales suelen exigir al tercerista que acredite su condición de dueño y que ésta ha sido adquirida antes del embargo, si bien, como se ha indicado antes, lo más frecuente en la práctica es que no exista escritura pública, puesto que el otorgante de ésta se pospone, normalmente, al momento en que, terminada la construcción, se produce el pago del total o, al menos, la mayor parte del precio. Es por ello que en este caso, considerado tal documento privado como insuficiente a los efectos de servir como modo de adquirir, el TS ha admitido en ocasiones como bastantes, a los referidos efectos, otras circunstancias indiciarias de una entrega de la posesión, tales como el encargo de mejoras por el comprador (STS de 10 de mayo de 1994 -Roj: STS 3498/1994-), o la concesión de un poder de disposición sobre la propia cosa futura (STS de 20 de octubre de 1989 -Roj: STS 5593/1989-), si bien lo cierto es que el Alto Tribunal se ha pronunciado de distinta forma en supuestos sustancialmente iguales¹⁶⁰.

Al respecto, razona GONZÁLEZ PACANOWSKA¹⁶¹ que los problemas de oponibilidad frente a terceros de los derechos del adquirente de vivienda futura que ha suscrito el contrato en fecha anterior al embargo, no deberían resolverse a través de un forzado intento de configurar una tradición desnaturalizada de un bien que todavía no existe. Entiende más adecuado que se considere la existencia de una copropiedad sobre los elementos comunes, en caso de que el objeto sea una vivienda en régimen de propiedad horizontal (ya que el propio legislador configura estos supuestos como susceptibles de inscripción) o se admita en supuestos como éste un rango preferente del comprador que, efectivamente, hubiera podido acceder al Registro antes de la anotación de embargo.

¹⁵⁹ La tercería de dominio es un incidente declarativo, tramitado como un juicio verbal y resuelto por auto (arts. 593 y ss LEC), que se plantea con ocasión de un proceso de ejecución. Su objeto es el alzamiento del embargo existente sobre un bien, debido a que éste pertenece a un tercero distinto del ejecutado.

¹⁶⁰ Así, la STS de 20 de junio de 2002 (Roj: STS 4560/2002) resuelve a favor de la tercería del adquirente, si bien en la misma se hace referencia a resoluciones recaídas en distintos sentidos.

¹⁶¹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. “Comentario al art. 1462 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Dir. R.B.R.C., tomo VII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 10345 y 10346.

II. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA

Tal como se indicó en el capítulo anterior, el Código Civil estipula que en el contrato de compraventa, uno de los contratantes -el vendedor- se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro-el comprador- a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (art. 1445 CC). De ello se deduce que la obligación esencial del vendedor es la de entregar la cosa vendida. En este sentido, el art. 1461 CC establece que *"el vendedor está obligado a la entrega de la cosa objeto de la venta"*. En el tipo concreto de compraventa que nos ocupa, el de vivienda en construcción, teniendo en cuenta que el objeto del contrato es una vivienda proyectada, pero no concluida, el comprador tiene derecho a que dicha vivienda se construya conforme a lo expresamente pactado en el contrato, así como a que le sea entregada en el plazo acordado. Todo lo anterior hace necesario examinar cómo y cuándo se ha de hacer la entrega y qué se ha de entregar. La respuesta a estas cuestiones nos lleva a analizar "la puesta en posesión", "la fecha de entrega" y "la identidad e integridad de la cosa"¹⁶².

1.- Puesta en posesión: carácter obligatorio de la Licencia de Primera Ocupación

El art. 1462 del Código Civil establece que *"se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador"*. Dicho precepto, dada su ubicación, se refiere no sólo a las formas de tradición admitidas en nuestro ordenamiento (y reguladas en los arts. 1462 a 1464 CC, conforme ya vimos), sino también al cumplimiento de la esencial obligación de entrega por el vendedor en el contrato de compraventa. Sin embargo, antes de entrar a analizar lo que podemos entender como puesta en posesión en el contrato objeto de análisis, de compraventa de vivienda "sobre plano" o en construcción, es necesario advertir que la entrega, en el marco del contrato de compraventa, tiene un doble significado derivado, de un lado, de la finalidad (o causa) del negocio y, de otro, del sistema de transmisión de los derechos reales por medio de ciertos contratos previsto en nuestro CC, cual es el sistema del título y el modo del art. 609 CC. Así, cabe distinguir la entrega como obligación del vendedor de procurar al

¹⁶² MÉRIDA ABRIL, C. "El contrato de compraventa de inmuebles y su resolución", *Derecho inmobiliario: Problemática actual. Manuales de Formación Continuada 50/2009*, tomo II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 15 y ss.

comprador la pacífica posesión de la cosa vendida, de un lado, y de otro, la obligación del vendedor de realizar un acto jurídico al que la ley otorgue valor de “modo” de adquirir¹⁶³. Ahora bien, la entrega, en cualquiera de estos dos sentidos, implica un acto debido, cuya justificación deriva del título (contrato) y supone el cumplimiento de las obligaciones esenciales del vendedor, siendo lo más frecuente (aunque no necesario¹⁶⁴) que ambas obligaciones que integran la entrega se cumplan de modo simultáneo y a través de un solo acto¹⁶⁵. Dicho lo cual, en el presente apartado nos referiremos a la primera concepción del término: al efectivo cumplimiento (puesta en posesión) de la obligación del vendedor en el concreto supuesto que nos ocupa, cual es la compraventa de vivienda en construcción.

De conformidad con lo preceptuado en el art. 1462 CC, e interpretando el deber de entrega, tal se ha dicho, como efectivo cumplimiento, la obligación del promotor no acabaría con la finalización de la obra, es decir, con la ejecución material de la misma (no

¹⁶³ En este mismo sentido, BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. y PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario a los arts. 1462 a 1464 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 1714, consideran que la entrega no tiene por qué suponer cumplimiento total de las obligaciones del vendedor. Es decir, no cabe identificar “*traditio*” con “*solutio*” o cumplimiento. El problema radica en que, bajo esta única palabra, “entrega”, se pueden englobar tres conceptos o cuestiones distintas: i) la obligación de transmitir el derecho real (“*dare*”); ii) la obligación de hacer entrega material (“*facere*”); y iii) el efectivo cumplimiento de la obligación del vendedor. Y no tienen por qué coincidir. Así, “*dare*” y “*facere*” son obligaciones distintas: dar jurídico y dar físico.

¹⁶⁴ Por ejemplo, puede darse el caso de que se produzca la tradición instrumental por vía de otorgamiento de escritura pública antes de que la vivienda esté concluida, si bien lo cierto es que la jurisprudencia, con matizaciones, suele negar valor traditorio a la escritura pública si, en el momento de su otorgamiento, el bien objeto de la compraventa no existe todavía. En este sentido, la STS de 9 de octubre de 1997 (Roj: STS 5993/1997), conforme a la cual “*para que la "traditio" instrumental opere es necesario, según doctrina de esta Sala recogida, entre otras, en sentencias de 30 de junio de 1981 y 31 de mayo de 1996, que se den los supuestos siguientes: a) que la compraventa se hubiera celebrado por medio de escritura pública con todos los requisitos formales para su validez; b) que de dicha escritura no resultare o se deduzca claramente lo contrario, es decir, que no concurra discordancia constatada y suficientemente acreditada con la realidad jurídica, y c) que el vendedor esté en posesión del bien enajenado tanto en forma mediata como inmediata, exigiéndose cumplida prueba en cuanto a la disposición en su condición de "tradens". En el caso al que se contraen estos autos faltan claramente los supuestos segundo y tercero, tanto por el carácter aplazado de la entrega como por versar sobre una cosa que no existía al momento de perfeccionarse el contrato*”. Esto se debe a que, en el supuesto de autos, según la propia resolución, “*de la propia escritura se deduce, como pone de manifiesto la sentencia impugnada, que la entrega del local comercial debería realizarse en tiempo aplazado, y en segundo lugar, porque en realidad tratábase de la entrega de una cosa futura, inexistente en el momento de perfeccionarse el contrato, de tal manera que el pacto, al versar sobre una cosa "speratae", aunque esté determinada, solo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra, como dice la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1992, que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o "traditio"*”.

¹⁶⁵ GONZALEZ PACANOWSKA, “Comentarios al art. 1462 CC”, op. cit., págs. 10.318, 10.319 y 10.343.

se podrá, por tanto, considerar cumplida su obligación por la sola emisión del certificado final de obra por parte de los técnicos intervinientes¹⁶⁶), ni tampoco se agota con la entrega física del inmueble. Por el contrario, su obligación se extiende a la solicitud de la licencia de primera ocupación, cuya finalidad, como destacaba la STS de 3 noviembre 1999 (Roj: STS 6940/1999), es *"la de contrastar que se ha respetado en la realidad la licencia de construcción, de tal modo que supone comprobar si se han cumplido o no las condiciones establecidas en esta licencia de construcción y si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se le destina. El constructor (vendedor) fue quien asumió el compromiso con la Administración, y se libera del mismo mediante la ejecución fiel y cumplida de la obra"*¹⁶⁷.

Dicha licencia de primera ocupación tiene por objeto la determinación por la entidad administrativa -el correspondiente Ayuntamiento- de si se han respetado las condiciones establecidas en la licencia de construcción, así como la verificación de si el edificio se encuentra en condiciones adecuadas de seguridad y salubridad y, por tanto, es apto para la contratación de los suministros básicos. Ahora bien, es necesario advertir que este deber del promotor se desdobra, por un lado, en una obligación frente a la Administración, ya que la obtención de la licencia es de carácter preceptivo para la primera ocupación de edificios, y por otro, en una obligación frente al adquirente directamente relacionada con el deber de puesta en posesión del inmueble, ya que, al tratarse de una vivienda, implica necesariamente que ésta se entregue de forma apta para

¹⁶⁶ La SAP Cáceres de 29 de marzo de 2007 (Roj: SAP CC 221/2007) fundamenta al respecto que *"tampoco afecta a dicha obligación el certificado final de obras firmado por el Arquitecto, porque, insistimos, la obligación principal que al vendedor impone el art. 1445 CC de entrega de vivienda no se cumplió, ni pudo cumplirse en el plazo estipulado, entre otras razones porque aún no había obtenido la preceptiva Licencia de Primera Ocupación"*.

¹⁶⁷ Continúa diciendo la referida sentencia que *"en este caso la Administración está obligada a expedir la licencia de primera ocupación, que no es por lo tanto de concesión discrecional, sino una actividad reglada, y que no se sufre por el transcurso del tiempo (Sentencias Sala 3.ª, S. 5.ª, TS. 18 julio 1997, 1 y 23 junio, 20 octubre y 14 diciembre 1998). La entidad recurrente, como constructora, no podía desconocer, ni lógicamente cabe suponer que desconocía, esta normativa (Art. 178.1 TR Ley del Suelo de 9 abril 1976; 1.10 Reglamento de Disciplina Urbanística, de 23 junio 1978; 22.1 Reglamento de Servicios Locales; 41.3 Reglamento de Gestión; Ordenanzas Municipales). Por consiguiente, a la entidad constructora le correspondía cumplir el compromiso administrativo -con el que nada tiene que ver la entidad compradora-, gestionar la licencia de primera ocupación -como era su obligación como constructora y como vendedora-, y entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto -como era su obligación en virtud del contrato de compraventa-"*.

su uso con esa finalidad. De hecho, si bien el objeto de la licencia de primera ocupación es comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia de obras, así como la conformidad de la edificación realizada con el proyecto que sirvió de base para otorgar dicha licencia de obras, el TS ha estimado que también se debe fiscalizar si el edificio es apto para el uso pretendido y reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad¹⁶⁸. A este respecto, la STS de 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 976/2016), con cita de otras, establece que *“quien construye para vender no puede desconocer este deber, a él incumbe cumplir el deber administrativo -ajeno en principio a la parte compradora de gestionar la licencia de primera ocupación y de cumplir así la obligación nacida del contrato de compraventa de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto”*, y añade que *“como afirma la sentencia del TS de 21 de julio de 2014, Rc. 1386/2012, la licencia de primera ocupación forma parte de la obligación de entrega, aunque en el contrato se hubiera expresado solamente que la obra terminaría en fecha determinada. No se trata sólo de terminar sino de entregar, obligación esencial del vendedor, y para tal entrega útil es preciso haber obtenido la licencia de primera ocupación”*.

Por otra parte, la actuación exigible al promotor tampoco se agota con la mera presentación del impreso de solicitud de la referida licencia, sino que su obligación se extiende, bajo mi punto de vista, a la obtención de la licencia misma, ya que, tratándose de una vivienda, sólo cuando ésta reúne las condiciones imprescindibles de habitabilidad, puede entenderse acabada¹⁶⁹. En consecuencia, sin licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad¹⁷⁰, el vendedor incumple su obligación, toda vez que, en tal caso,

¹⁶⁸ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid, 2008, pág. 234.

¹⁶⁹ En dicha línea argumental, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 20 diciembre 2004 (Roj: SAP TF 2680/2004) es terminante al expresar que *“la carencia de la cédula de ocupación y la licencia de habitabilidad, preceptivas para la obtención de la instalación y funcionamientos de servicios mínimos e imprescindibles para el uso de la vivienda (agua, luz, etc.) suponen que no pueda tenerse el bien como “terminado” a los efectos que aquí interesan”*.

¹⁷⁰ La cédula de habitabilidad es la que acredita que la vivienda tiene aptitud para ser destinada a residencia humana. La licencia de primera ocupación tiene como misión acreditar que la vivienda cumple las condiciones impuestas, y los notarios, habitualmente, acreditan su concesión mediante fotocopia de la misma, que por testimonio incorporan a la escritura de transmisión de la vivienda, NAVAS OLÓRIZ, J. I., *“Marco legislativo de protección. Análisis”*, *Claves para afrontar la crisis inmobiliaria*, La Ley, Madrid, 2009, capítulo publicado por *laleydigital*, págs. 61 y 62.

la obra no está terminada ni puede considerarse entregada¹⁷¹. Esto se debe a que la principal obligación del contrato es la de entregar un inmueble en condiciones de habitabilidad -para satisfacer, con ello, el interés principal del comprador de adquirir un inmueble para su uso como vivienda-, y es esa habitabilidad lo que está directamente relacionado con la concesión de la licencia de primera ocupación. Además, es necesario señalar que las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telecomunicaciones exigen, para la contratación definitiva de los respectivos servicios, la acreditación de la licencia de primera ocupación.

En cuanto a la postura de nuestro legislador al respecto¹⁷², hemos asistido a sucesivos intentos de definir el alcance de la licencia de primera ocupación en la documentación e inscripción de las obras nuevas de edificios. Respecto a los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de la obra nueva, la competencia es del legislador estatal, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según esta normativa (en este sentido, RDGRN de 17 de enero de 2012). Y entre dichos requisitos, necesarios para la autorización notarial de la obra nueva, se introdujo la licencia de primera ocupación con la reforma del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, exigiéndose la acreditación de la licencia de primera ocupación para la autorización e inscripción de las obras nuevas terminadas. Así, en virtud de esta reforma el art. 20 TRLS pasó a señalar que el notario exigiría para autorizar obras nuevas terminadas (además del certificado de eficiencia energética, que también se introdujo

¹⁷¹ En esto abundaba la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas en su art. 4, cuyo contenido ha pasado, en esencia, a la Disposición Adicional Primera de la LOE, en la que se supedita la cancelación de las garantías impuestas por la Ley y otorgadas por las aseguradoras o avalistas a que *"sea expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculden para la ocupación de la vivienda y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente"*.

¹⁷² Conviene recordar que la anulación del art. 242.2 TRLS por la STC 61/1997 supuso que la sujeción a licencia de primera ocupación y la regulación de la misma es competencia exclusiva de las CCAA conforme al art. 148.1.3º CE. La regulación estatal, preconstitucional, sólo se mantiene como derecho supletorio, que según la propia sentencia ni siquiera el Estado puede modificar, pues carece de competencia para ello. Ahora bien, dada la finalidad de esta licencia, parece difícil que las CCAA se aparten en un futuro de forma sustancial del esquema básico diseñado por el legislador estatal preconstitucional, contenido en los arts. 21.1 y 21.2.d) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, art. 1.10 del reglamento de Disciplina Urbanística y art. 41.2. del Reglamento de Gestión Urbanística, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 233.

como novedad), la autorización administrativa que garantizara que *“la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto”*. Esta autorización debía entenderse referida a la licencia de primera ocupación. La propia Exposición de Motivos del RDL así lo reconoció, al señalar que *“se precisan los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas, impidiendo que puedan ser objeto de inscripción registral aquellas que, además de contar con la licencia de obras y la certificación técnica de que la obra se ajusta al proyecto, no posean la licencia de primera ocupación.”*

Posteriormente, con la reforma del art. 20 TRLS que se llevó a cabo en virtud de la Ley 8/2013 (que derogó la regulación al respecto efectuada por el citado RDL 8/11), se pretendió suavizar la exigencia de la licencia de primera ocupación como requisito para la declaración de obra nueva, introduciendo la posibilidad de sustituir tal licencia por una comunicación previa o declaración responsable, estimulando a las legislaciones autonómicas para aligerar lo que de carga pueda tener para el promotor la obtención en plazo de la misma (este precepto se corresponde, con idéntica redacción, con el art. 28 del actual Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, vigente desde el 31 de octubre de 2015)¹⁷³.

Recordemos, en primer lugar, algunos aspectos del régimen administrativo de esta licencia. Así, en las distintas legislaciones autonómicas, se sujeta a licencia urbanística municipal el acto consistente en la primera utilización y ocupación de edificios e instalaciones en general. La llamada cédula de habitabilidad ha venido a refundirse con la propia licencia de primera ocupación en la mayoría de las legislaciones autonómicas. La concesión de la licencia no es discrecional, sino que tiene carácter reglado para la Administración, y la existencia de diferencias no sustanciales con el proyecto no deberían impedir, en principio, su concesión.

¹⁷³ Se introdujo en el precepto la siguiente precisión, que mantiene la regulación actual: *“salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna”*.

Ahora bien, ¿qué sucede si, presentada la solicitud de licencia, acompañada de la oportuna documentación, no se recibe respuesta de la Administración? El sentido del silencio administrativo en la licencia de primera ocupación sufrió un importante cambio –impulsado en cierta manera por STS (Sala 3ª) de 28 de enero de 2009¹⁷⁴ (Roj: STS 437/2009)- a raíz del RDL 8/2011. En su art. 23, dentro de un capítulo rubricado “*seguridad jurídica en materia inmobiliaria*” (derogado íntegramente en virtud de la Ley 8/13), se dispuso que la licencia de primera ocupación requería acto expreso de conformidad, entendiéndose desestimada por silencio. Se excepcionó, así, la regla general positiva del silencio establecida respecto al procedimiento administrativo común (art. 43 de la derogada Ley 30/1992, y desde el 2 de octubre de 2016, art. 24 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Este régimen introducido de silencio negativo para la licencia de primera ocupación podía conllevar una onerosa carga para el promotor, en caso de un eventual retraso o desatención municipal de su solicitud. Pensemos en el impacto del retraso en los costes financieros de la edificación, o en sus efectos en relación a los plazos acordados con los compradores para la entrega de las viviendas.

A estos efectos, debe mencionarse la STS de 10 de septiembre de 2012 (Roj: STS 7649/2012), en la que la Sala, reunida en Pleno, sentó como doctrina general que la falta de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor no constituye, en principio, incumplimiento de una obligación de carácter esencial o principal que faculte al comprador para resolver el contrato a través del art. 1.124 CC. La propia sentencia señalaba que, en ocasiones, la falta de concesión responde solo a la sobrecarga o retraso de la Administración concedente, habiéndose incumplido por el promotor una obligación meramente accesorio (si bien indemnizable). Sin embargo, la propia sentencia destaca dos supuestos en que sí estaríamos ante el incumplimiento de una obligación

¹⁷⁴ Esta resolución fijó doctrina legal sobre adquisición por silencio administrativo de licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, y establece en su parte dispositiva “*que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística*”.

esencial, que facultaría al comprador para resolver el contrato: cuando así se hubiere pactado expresamente en dicho contrato, y cuando –como ocurrió en el caso resuelto– lleve consigo el incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, entendiéndose que se produce esto último cuando las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable, por ser presumible la contravención de la legislación o planificación urbanística¹⁷⁵. Añade finalmente el TS que, de conformidad con las reglas sobre distribución de la prueba y el principio de facilidad probatoria, corresponde a la parte vendedora (y obligada a obtener la licencia) probar el carácter accesorio -y, por tanto, no esencial- de la falta de dicha licencia de primera ocupación, demostrando con ello que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble un uso adecuado¹⁷⁶. En iguales términos, las de SSTS de 11 de marzo de 2013 (Roj: STS 1051/2013) y de 4 de octubre 2013 (Roj: STS 4846/2013), entre otras muchas¹⁷⁷.

En el mismo sentido, la STS de 28 de abril de 2014 (Roj: STS 1763/2014) se centra en la relevancia resolutoria de la falta de licencia de primera ocupación, respecto de contratos de compraventa de inmuebles en construcción en los que las partes no pactaron expresamente su carácter esencial. Mantiene el Supremo en esta resolución su postura de que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de

¹⁷⁵ SAEZ SANTURTÚN, J., “Licencia de primera ocupación y resolución de compra”, *Revista El Notario*, n.º 52, noviembre, 2013, <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/3613-licencia-de-primera-ocupacion-y-resolucion-de-la-compra> (última consulta, 3 de junio de 2017).

¹⁷⁶ El pequeño retraso en la terminación de la obra, de apenas ocho días, no justificaba la resolución contractual pero, por el contrario, sí quedaba ésta amparada por el incumplimiento de la obtención de la licencia de primera ocupación, pues la vendedora no pudo demostrar que no existieran obstáculos para la misma, CLEMENTE MEORO, M.E., “El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles”, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Coord. I.G.P. y C.L.G.P., Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pág. 329.

¹⁷⁷ A sensu contrario, la STS de 29 de enero de 2014 (Roj: STS 233/2014), con cita de otras, establece que “por lo que se refiere a la licencia de primera ocupación, motivo segundo del recurso, esta Sala ha resaltado su plena imbricación en la estructura contractual ya por la voluntad de las partes con estipulación expresa al respecto, o bien como un elemento natural de la propia obligación de entrega de la cosa (STS de 8 de noviembre de 2012, n.º 644/2012), no obstante, y conforme a la reciente doctrina jurisprudencial sentada, también hay que puntualizar que cuando falta dicha estipulación al respecto, supuesto del presente caso, su transcendencia resolutoria también requiere que su falta o tardía obtención comporte un incumplimiento esencial de la obligación de entrega de la cosa y, por extensión, conforme a lo anteriormente expuesto, una frustración del plano satisfactorio del acreedor o contraparte; cuestión que, como se ha señalado, no se produce en el presente caso, en donde la licencia de primera ocupación consta en poder de la promotora el 29 de agosto de 2008, fecha próxima al plazo límite de terminación de las obras, 1 de julio de 2008, referencia que es tomada en consideración en la reglamentación contractual respecto a la determinación del plazo de entrega”.

primera ocupación (art. 1258 CC), la falta de cumplimiento de este deber no solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, sino también, en su defecto, en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable, conforme a lo antes indicado, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente. Dicha jurisprudencia llevó a estimar la pretensión resolutoria de la parte compradora y a rechazar la pretensión de cumplimiento de la mercantil, una vez probada la existencia de iniciativas de la Administración (impugnación de la licencia de obras), tendentes a poner de manifiesto el incumplimiento de normas urbanísticas que, en el momento en que fueron requeridos los compradores por la promotora para escriturar, tenían entidad suficiente para impedir su definitiva concesión o, al menos, para poner razonablemente en duda la misma, sin que, por el contrario, la parte promotora acreditara en su momento -como era su deber, en atención a las reglas que disciplinan la carga probatoria- que la falta de licencia de primera ocupación obedecía a una simple demora y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos en que se funda su concesión. En conclusión, esta situación de incertidumbre y de fundado temor de frustración de las legítimas expectativas que tenía al contratar sufrida por el adquirente y ratificada por la no obtención de dicha licencia durante todo este tiempo, fue valorada por el Tribunal Supremo como razón suficiente para amparar su pretensión resolutoria del contrato y para desestimar la solicitud de cumplimiento formulada por la parte vendedora.

No obstante la postura del Tribunal Supremo, lo cierto es que el legislador no termina de concretar la trascendencia que quiere dar en la declaración de obra nueva a la licencia de primera ocupación. Y es que la Ley 8/2013, de 26 de junio, volvió a modificar el art. 20.1 (en concreto la letra “b”)¹⁷⁸, manteniendo en principio la exigencia de la

¹⁷⁸ Disponía dicho art. 20, y sigue disponiendo el actualmente vigente art. 28 del TRLSyRU, relativo a la declaración de obra nueva, que “1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo. Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos:

a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y

licencia, pero con un régimen más suavizado, al introducir la salvedad de que la legislación urbanística sujete la autorización de la licencia de primera ocupación a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso la autorización se sustituirá por el documento que acredite que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna (así sigue disponiéndolo el art. 28 del TRLSyRU actualmente vigente). Corresponderá, por tanto, a la legislación autonómica valorar la introducción o no en la licencia de primera ocupación del régimen llamado de declaración responsable¹⁷⁹.

La referida Ley 8/2013 reformó también el art. 9.8 TRLS, introduciendo en el mismo lo antes previsto en el derogado art. 23 RDL 8/2011 respecto a los actos urbanísticos con régimen de silencio negativo, y excepciona ahora de tal régimen a la licencia de primera ocupación. Este precepto es, asimismo, literalmente introducido como art. 11.4 del TRLSyRU actualmente vigente¹⁸⁰. Y vuelve a incentivar la actuación

b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna.

2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los Registradores de la Propiedad exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior”.

¹⁷⁹ Este régimen fue introducido ya para el ejercicio de determinadas actividades de comercio minorista por el RDL 9/2012, de 25 de mayo, con magnífica acogida entre los comerciantes. Se trata, en suma, de aligerar trámites administrativos que, de no poder evacuarlos la Administración en rápidos plazos, terminan convirtiéndose en pesada burocracia para los ciudadanos.

¹⁸⁰ Disponía el referido art. 9.8 TRLD, y dispone, desde el 31 de octubre de 2015, el art. 11.4 del TRLSyRU que “*con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen:*

a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.

b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.

c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.

d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público”. Si bien, hay que señalar que el Pleno del TC, por providencia de 5 de noviembre de 2013, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 5493-2013 contra la disposición final 12ª, apartado 5, en cuanto a la redacción dada a los apartados 7 y 8 del artículo 9 de la Ley de Suelo, Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, de la presente Ley (BOE de 14 de noviembre de 2013).

administrativa, señalando que si, tras la comunicación previa o declaración responsable, se comprueba que la edificación no cumple los requisitos para su uso, debe la Administración adoptar las medidas necesarias para el cese del mismo, respondiendo frente a terceros de buena fe de los perjuicios causados de no hacerlo en el plazo de seis meses. En definitiva, la reforma simplifica –sin eliminar- los debidos controles administrativos, obligando a una actuación más activa y responsable, no solo del promotor declarante, sino también de la propia Administración. Gana así seguridad el tráfico y el propio contrato de compraventa del elemento edificado.

En lo que se refiere a la postura de las Audiencias Provinciales, parece existir una práctica unanimidad a la hora de considerar que tan sólo se podrá entender que la vivienda ha sido debidamente entregada al comprador en la fecha pactada cuando, aparte de haberse concluido arquitectónicamente, cuente con la licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad, de modo que, hasta que no se obtenga la misma, no se puede decir que el vendedor ha cumplido dentro del plazo pactado. Así, puede citarse la SAP de Valencia de 7 de junio de 2011 (Roj: SAP V 3910/2011), conforme a la cual *“salvo pacto en contrario, la entrega de la vivienda no puede entenderse como un acto meramente formal, -otorgamiento de la escritura pública y entrega de llaves-, sino que (...) esta entrega ha de ser efectiva, es decir, material y administrativamente apta para su ocupación, por lo que sólo puede entenderse efectuada cuando el adquirente puede tomar posesión de la misma y ocuparla para destinarla al uso correspondiente, lo que exige, como requisito necesario, la obtención de la cédula de habitabilidad o licencia de ocupación, puesto que sólo en ese caso el comprador puede acceder a los suministros básicos de agua, energía eléctrica, gas e infraestructuras de telecomunicaciones y hacer un uso ordinario de la misma”*.

Cabe citar, por su claridad de exposición, la SAP Granada de 18 de abril de 2008 (Roj: SAP GR 727/2008), que expresamente resolvió lo siguiente: *"se ha de decir al respecto que, a los efectos civiles, la entrega de un inmueble sin dicha licencia es causa de resolución por incumplimiento contractual (ex. art. 1.124 del Código Civil) de todos aquellos contratos por lo que se transmita el dominio de la vivienda. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante en este sentido (SSTS 22 dic. 1993; 11 dic. 1995; 9 may. 1996; 3 jun. 2003, etc. etc.). A este respecto, el hecho de que sea una licencia que concede el Ayuntamiento no significa que su falta de obtención no sea imputable al*

vendedor. Por ello el vendedor está obligado a pagar, en su caso, la cláusula penal que se pueda haber previsto por el incumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación de entrega del inmueble, que se entiende ha de serlo con las autorizaciones requeridas para ocuparlo. Y además, si el comprador decide no escriturar por falta de licencia, no sólo es que su posición está justificada en el previo incumplimiento del vendedor, sino que habrían de devolverse las cantidades entregadas en concepto de arras penitenciales. De ello se colige igualmente que, estando el vendedor en situación de incumplimiento, no puede obligar al comprador a escriturar el inmueble (el comprador podría negarse al cumplimiento de dicha obligación de formalizar la compra venta basándose en el previo incumplimiento del vendedor, a modo de "exceptio non adimpleti contractus")¹⁸¹.

Finalmente, de fecha más reciente y acogiendo la tesis del Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia, encontramos la SAP de Granada, de 30 de junio de 2016 (Roj: SAP GR 1450/2016), que confirma la Sentencia de instancia que tenía por resuelto el contrato de compraventa de un inmueble y, en relación a la licencia de primera ocupación, se pronuncia en el siguiente sentido: “la integridad de la entrega impone la obligación de poner en poder del comprador todo lo que se exprese en el contrato, y en las

¹⁸¹ Continúa la resolución referida diciendo que “a diferencia de la tardanza en la entrega material del inmueble (habitual y a menudo prevista mediante cláusulas penales o reparable mediante las oportunas indemnizaciones por demora), la no solicitud de licencia de Primera Ocupación o su no consecución una vez terminada la obra determina siempre la posibilidad de resolver el contrato con independencia de la gravedad del retraso. Esta importancia civil de la inexistencia de licencia viene determinada por dos razones: a) porque la licencia corrobora las condiciones de habitabilidad de la vivienda, su adecuación a la licencia inicial de obras y al proyecto y sus condiciones de seguridad, habitabilidad o salubridad (esto es, la conformidad de la cosa vendida). b) porque su falta imposibilita el derecho de uso, aunque la vivienda haya sido entregada al comprador, ya que, a nivel administrativo, las sanciones (cuando se produce la ocupación efectiva sin licencia) pueden consistir en: 1.- Impedir su uso a cualquier ocupante, sea o no propietario, según determina el Reglamento de Disciplina Urbanística. 2.- Imponer, de acuerdo con dicho Reglamento, una sanción urbanística con un porcentaje sobre el valor de la obra, en el caso de que la ocupación sea legalizable, de la que responden el ocupante y quien coopera en la ocupación entregando las llaves antes de la licencia. Como conclusión a cuanto antes se expone, se ha de decir: 1.- El vendedor que escritura sin licencia está en situación de incumplimiento aunque entregue físicamente la vivienda, porque el dominio que transmite no es apto para el uso en tanto en cuanto no consiga aquella. 2.- El comprador puede negarse a escriturar en tanto en cuanto no se conceda la licencia si el momento de la escritura se fijó para después de la terminación de la obra, y sin que el vendedor pueda resolver por ésta negativa en tanto no proceda al cumplimiento (o sea, a la consecución de la licencia). 3.- El comprador puede resolver (aunque haya escriturado) con devolución de las cantidades entregadas, sus intereses e indemnización de daños y perjuicios si una vez vencido el plazo de entrega efectiva y se haya producido ésta o no, el inmueble no ha obtenido la licencia de Primera Ocupación. 4.- Si decide no resolver, no debe ocupar la vivienda aunque le sea entregada de forma efectiva, porque comete una infracción urbanística y porque puede verse privado del uso por la Administración competente”.

condiciones pactadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 1.461 y 1.469 del Código Civil . No basta con la entrega material, sino que es preciso, al tratarse de vivienda, que la misma esté provista de las autorizaciones administrativas que la legislación exige y deben de aportar los vendedores, sobre todo cuando se trata de nuevas construcciones, para evitar la inseguridad de sus adquirentes ante una posible actuación administrativa sancionadora a fin de restablecer la legalidad infringida, con la posibilidad incluso de demolición, es decir privación del bien, lo que representa intensa frustración del contrato”, precisando, con cita de otras resoluciones, que “los riesgos derivados de las vicisitudes administrativas y urbanísticas que afectan a la vivienda no tienen por qué ser asumidos por los compradores, los cuales no consta que tuviesen conocimiento de los mismos en el momento de la celebración del contrato de compraventa; debiendo, en todo caso, preservarse la indemnidad de los adquirentes de buena fe ante una posible actuación administrativa sancionadora dirigida a restablecer la legalidad infringida (en los términos establecidos por el TS). Es por ello que ha de concluirse con el incumplimiento contractual de la parte vendedora, la que venía obligada a entregar un inmueble dotado de las necesarias autorizaciones y licencias administrativas, y no en las condiciones en que se ha pretendido su entrega”.

Ahora bien, también existen resoluciones que sostienen la tesis contraria, lo cual tampoco vulneraría la postura del Tribunal Supremo antes descrita, ya que lo que se desprende de la misma es que hay que examinar cada caso concreto para determinar cuándo estaríamos ante un incumplimiento esencial. Así, en sentido contrario a todo lo expuesto, encontramos la STS de 12 de marzo de 2009 (Roj: STS 1126/2009), que, con fundamento en la ausencia de un incumplimiento definitivo que soporte el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 CC, confirma una Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, y realiza las siguientes afirmaciones: 1- que si bien a la fecha de la escritura pública no se habían obtenido las preceptivas licencias de primera ocupación, licencia de apertura de garaje y otras, ellas no fueron necesarias para que la vivienda y el trastero sirvieran para el fin a que se destinan, cuyo uso y disfrute no se vio impedido por la falta de tales documentos; y 2- que aunque se acepte que la vendedora estaba obligada contractualmente, no sólo a la solicitud de una licencia de primera ocupación, sino también a su obtención en la fecha del contrato, se ha de tener en consideración la relevancia de esa falta de obtención, puesto que no es lo mismo que no se obtenga y se

impida el uso, que no se obtenga y se conceda, porque los problemas o defectos que existen no son esenciales y permiten la habitabilidad de la casa. Por todo lo anterior, reproduce el razonamiento de la Audiencia, en el sentido de que *"las obras a ejecutar (...), no se referían a extremos relevantes o básicos, y, por ello, aunque sean realizadas después de la presentación de la demanda, no pueden posibilitar una resolución contractual, sanción última reservada para los incumplimientos definitivos, objetivos e inequívocos"* (Fundamento de Derecho Cuarto, párrafo segundo).

Para concluir, tras una lectura reflexiva de estas sentencias, estamos obligados a cuestionarnos cómo podría articular un comprador el incumplimiento contractual del vendedor por falta de entrega de la licencia de primera ocupación, si tal incumplimiento queda condicionado a que la licencia se pueda obtener durante la tramitación del procedimiento: hasta cuándo deben esperar los compradores para el ejercicio de la acción resolutoria. Y si, finalmente, se ha de tener en consideración la relevancia de la falta de obtención de la licencia (puesto que no es lo mismo, como señala la última resolución citada, que no se obtenga y se impida el uso, que no se obtenga, pero finalmente sí se conceda), cómo pueden los adquirentes valorar ese incumplimiento antes de que recaiga la oportuna decisión administrativa. Esta indeterminación afecta negativamente al adquirente, que deberá correr con las costas si no espera para demandar y finalmente se concede la licencia o, en otro caso, sufrir los perjuicios de retrasar su reclamación y que finalmente no se conceda la licencia.

2.- La fecha de entrega. Los efectos del retraso en el cumplimiento

El art. 1461 CC, en sede de "obligaciones del vendedor" impone a éste la obligación de *"entrega y saneamiento de la cosa objeto de venta"*. A diferencia del art. 1500 CC, que sí impone la obligación del comprador de pagar el precio de la cosa vendida *"en el tiempo y lugar fijado en el contrato"*, ninguna referencia se hace en aquel precepto al tiempo en que debe realizarse dicha entrega. Ello se debe (aparte de al hecho de que estamos ante un contrato de cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas y también, normalmente, de ejecución instantánea) a que, si bien la obligación de entrega del bien en el contrato de compraventa es una obligación esencial del vendedor, el término en que ésta ha de producirse no siempre es esencial. De hecho, puede decirse que tradicionalmente ha existido la percepción de que el incumplimiento de la fecha de

entrega del inmueble era una cuestión intrascendente para la jurisprudencia, que había venido rechazando no sólo la acción de resolución del contrato instada por el comprador, sino también toda reclamación indemnizatoria de los pretendidos daños y perjuicios ocasionados por el retraso, a veces simplemente por falta de prueba de cuál había sido la fecha pactada de entrega de la vivienda o local (así, la STS de 27 de mayo de 1993 [Roj: STS 3427/1993]). En la mayoría de los casos, las partes, especialmente el vendedor-promotor, venían considerando que la fecha de entrega señalada en el contrato era meramente indicativa -así se hacía constar muchas veces en los propios contratos-, sin que ni comprador ni vendedor le dieran el carácter de término esencial¹⁸².

Ahora bien, actualmente puede apreciarse un evidente cambio, tanto a nivel legal como jurisprudencial, sobre la importancia de la fecha de terminación del edificio y entrega de la vivienda vendida en el plazo contractualmente pactado. Por una parte, la propia legislación, tanto estatal como autonómica, se ha vuelto más rigurosa. Lo anterior es lo que se desprende no sólo del propio art. 1256 CC, que dispone que "*la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*", o del art. 1128 CC, conforme al cual "*si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél*", sino también, y muy especialmente, de la legislación tuitiva de consumidores y usuarios objeto de estudio en el capítulo anterior. Así, 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, impone en su art. 60.2.d) la obligación de información al consumidor y usuario de la fecha de entrega, y en el art. 85.8 describe como cláusulas abusivas las que "*supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario*". En este mismo sentido, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre Protección de los Consumidores en cuanto a la

¹⁸² En sentido jurídico, las obligaciones con término esencial son una modalidad especial de las obligaciones sometidas a plazo. La característica fundamental de las mismas es que el término o plazo de cumplimiento es primordial para el interés de una de las partes: así, el término "esencial" indica que el negocio jurídico ha de cumplirse necesariamente con la llegada de éste, ya que, de lo contrario, la prestación ejecutada fuera de dicho término no satisface el interés que el negocio estaba llamado a producir (el encargo de un traje para una boda, como ejemplo típico). Cumplir la prestación con posterioridad al plazo señalado equivaldría, en este caso, a un auténtico incumplimiento.

Información a suministrar en la Compraventa y Arrendamiento de Viviendas, en su art. 5.1.5, establece que *"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 que en cada momento se encuentra la edificación"*, hasta el extremo que el art. 11 dispone que *"el incumplimiento de cualquiera de los preceptos contenidos en la presente disposición se considerará infracción en materia de protección al consumidor"*.

En cualquier caso, y a pesar de la referida regulación, en la práctica, el hecho es que el hecho de que el promotor-vendedor no cumpla con su obligación de entrega de la vivienda vendida dentro del plazo pactado, no supone necesariamente un incumplimiento contractual definitivo (salvo, como veremos, los supuestos sujetos a la Ley 57/68 -y desde el 1 de enero de 2016, a la DA1^a LOE-). Como ya afirmó la STS de 9 de junio de 1986 (Roj: STS 8025/1986), la falta de entrega en plazo puede constituir un mero retraso, una situación de mora o un incumplimiento: **i)** en el primer caso, el dato objetivo de la no entrega del inmueble vendido en la fecha pactada carece de consecuencia jurídica alguna, salvo que por las partes se haya elevado el plazo a la categoría de esencial; **ii)** en segundo lugar, el retraso cualificado en el cumplimiento de la prestación constituye la mora del promotor-vendedor (art. 1100 CC), si bien, no obstante, aún se puede satisfacer el interés del comprador, y tal circunstancia únicamente dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 1101 CC); **iii)** por último, tendríamos el incumplimiento resolutorio, o definitivo, en sentido estricto, que permite la resolución contractual al amparo del art. 1124 CC. A este respecto, es reiterada la Jurisprudencia que entiende que el incumplimiento resolutorio no requiere una voluntad dolosa o tenazmente rebelde del incumplidor, sino que basta con que ostente una voluntad obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó, que suponga la frustración de la legítima expectativa de la parte cumplidora., o bien que exista causa ajena que origine el incumplimiento (caso fortuito o causa imputable a tercero).

2.1. Consideración del retraso en la entrega como mora o como incumplimiento definitivo del vendedor

Conforme a lo arriba referido, en principio, ha de tenerse en cuenta que la no entrega de la vivienda o local en el plazo pactado ha de configurarse como un supuesto

de mora que no permite, sin más, la resolución del contrato, si bien hemos visto que el TS distingue entre el simple retraso y la mora. Ahora bien, como indica GONZALEZ CARRASCO¹⁸³, para enfocar correctamente la diferencia entre la mora del contratante incumplidor y la posibilidad de acudir al remedio resolutorio es preciso partir de ciertas premisas. En primer lugar, la de que todo retraso es incumplimiento, debido a que el art. 1101 CC parte de un concepto amplio de ese incumplimiento, pues de dicho precepto se desprende que sólo la exacta realización de la prestación puede considerarse cumplimiento (de modo que tanto una ejecución parcial de la obligación como una ejecución no ajustada a lo expresado en el contrato constituiría un incumplimiento) y es evidente, entonces, que cualquier contravención supondrá un retraso en el cumplimiento correcto de la obligación¹⁸⁴. La segunda premisa a que se ha hecho referencia consiste en la consideración de que, si bien la mora equivale siempre a incumplimiento, no toda mora genera un incumplimiento apto para resolver. De hecho, la mora suele definirse como el retraso en el cumplimiento jurídicamente relevante, cuando dicho cumplimiento es todavía posible y útil para satisfacer el interés de la contraparte, y esta definición se opone al retraso con consecuencias resolutorias -ya que éstas exigen un incumplimiento definitivo o esencial (si existe incumplimiento definitivo, todo cumplimiento posterior, aunque sea posible, habrá frustrado las legítimas expectativas del acreedor)-¹⁸⁵.

¹⁸³ GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual”, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Dir. I.G.P. y C.L.G.P., Thomson Reuters, Pamplona, 2014, págs. 291 y ss.

¹⁸⁴ Critica la autora, a este respecto, las referencias que hacen los tribunales a “verdadero y propio” incumplimiento, que entiende que consiste en una forma de expresar que la entidad material del incumplimiento en cuestión justifica el remedio de la resolución contractual, por frustrar los intereses de la parte perjudicada.

¹⁸⁵ Respecto a esta cuestión, DÍEZ PICAZO, L., “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, *Anuario de Derecho Civil*, 1969, pág. 384, apreció que la afirmación según la cual el mero retraso no es, en materia de resolución, equivalente al incumplimiento verdadero y propio no es, según este autor, la afirmación genuina y original del TS, que estaba mucho más matizada, sino que procede de ella por vía de generalización y simplificación. Si bien, precisa, lo que indicó el TS es que el mero retraso no es “en algunos casos, equivalente al incumplimiento”. De esta suerte parece que hay casos en que el retraso es equivalente -a efectos de la acción resolutoria- al incumplimiento llamado verdadero y propio, y otros casos en que no lo es. ¿Cuándo y por qué se produce esta equivalencia? La respuesta no aparece nada clara. También observa el autor que, aunque el art. 1124, párrafo 1º CC establece como premisa para la resolución el que uno de los contratantes “no cumpliere” lo que le incumbe, en su párrafo 3º dispone que los tribunales decretarán la resolución de no haber causas justificadas que autoricen para señalar un plazo. Lo cual, en realidad, parece que quiere decir que la regla general en caso de retraso -pues si se puede todavía señalar un plazo es porque hay un simple retraso- sería la resolución, y que lo contrario, la no resolución, es algo excepcional que tendría que venir autorizado por una causa justificada -causa justificada que tampoco resulta claro en qué debe consistir-.

Como conclusión, puede extraerse, entonces, que todo retraso constituye un incumplimiento de la obligación y eso, a mi parecer, incluiría lo que el Alto Tribunal califica de “mero retraso”, que no deja de ser una falta de cumplimiento de la obligación en los términos en los que se estipuló. Supondría, entonces, un supuesto de mora, susceptible de ser indemnizado¹⁸⁶. En segundo lugar, deducimos que, aunque todo retraso implique falta de cumplimiento de la obligación en los términos en los que ésta se estableció, eso no supone que dicho retraso tenga consecuencias resolutorias. Es decir, la mera constitución en mora no implica de por sí la frustración del interés o del fin contractual.

Ahora bien, ¿cuándo es resolutorio el retraso? Porque, con base en el principio de conservación del contrato, ya se ha señalado, y se expondrá más detenidamente a continuación, que la jurisprudencia establece que el mero retraso, si la entrega sigue siendo posible y la prestación continúa siendo útil al acreedor, no es causa de resolución. Así, en relación al contrato de compraventa “sobre plano”, cuando nos encontramos con un retraso en la entrega por parte del vendedor-promotor, el Tribunal Supremo y la doctrina de las Audiencias Provinciales, de un modo constante, se han mostrado remisas a la resolución de los contratos por incumplimiento del vendedor de tal obligación de entrega, en aplicación del indicado principio de conservación de los contratos y de la doctrina general del art. 1124 CC. Ha sido criterio jurisprudencial pacífico estimar que no cualquier retraso en el cumplimiento de las obligaciones da lugar a una solución tan grave como es la resolución contractual (especialmente en el ámbito de la construcción), aún cuando se haya pactado un plazo de entrega. Ahora bien, si se hubiese estipulado por las partes, de forma explícita e indubitada, que el momento fijado para la entrega constituía un término o plazo esencial, vencido el cual el negocio jurídico quedaría completamente frustrado para el comprador, sí sería posible resolver.

¹⁸⁶ En cualquier caso, debe ser tenido en cuenta que para que el deudor se constituya en mora (salvo en los supuestos de término esencial), es necesario, además de que haya llegado la fecha fijada en el contrato, que el acreedor haya cumplido -en los supuestos de contratos sinalagmáticos, como la compraventa- y que reclame al deudor, puesto que si llegada la fecha, el acreedor no interpelara, podría entenderse que acepta, aunque sea tácitamente, una prórroga o ampliación del plazo, toda vez que, al no reclamar, su interés no se habría visto insatisfecho o, dicho de otro modo, que un cumplimiento tardío también satisfaría su interés o, al menos, no le supondría, en principio, ningún perjuicio.

En esta línea, la STS de 5 de diciembre de 2002 (Roj: STS 8181/2002), siguiendo la jurisprudencia imperante al efecto y sentada, entre otras, en SSTS de 20 de noviembre de 1984 (Roj: STS 1795/1984) o de 21 de septiembre de 1993 (Roj: STS 6080/1993), recordaba que *"para que la resolución pueda ser acogida no es bastante un simple retraso en el cumplimiento de la obligación de una de las partes, sino que ha de patentizarse la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido que por su transcendental importancia pueda justificar su resolución"*¹⁸⁷. Esta misma doctrina sobre la naturaleza del incumplimiento resolutorio ha sido reiteradamente acogida por las Audiencias Provinciales, pudiéndose citar, a título de ejemplo, la SAP Madrid de 3 de marzo de 2010 (Roj: SAP M 3790/2010) que, con cita de la STS de 15 de noviembre de 1999 (Roj: STS 7216/1999), establece que *"el retraso que se denuncia no procede de un actuar arbitrario de la vendedora, que represente efectivo y decisivo incumplimiento contractual (...), el posible retraso es más bien de naturaleza administrativa, pero no apto para justificar la resolución promovida, pues para que pueda considerarse retraso eficiente es necesario su prolongación a lo largo del tiempo careciendo de toda justificación, y acreditando por sí una voluntad inequívocamente obstativa que viene a frustrar decisivamente el fin económico del contrato (SS. de 20-6-1993 y 4-10-1996)"*.

En definitiva, examinando la reciente doctrina jurisprudencial, se llega a la conclusión de que el mero retraso en la entrega de la vivienda comprada no puede considerarse como incumplimiento resolutorio, si el término no fue configurado como

¹⁸⁷ Igualmente, la STS de 22 de septiembre de 2006 (Roj: STS 5676/2006) incide en que la esencialidad del término tiene que estar expresa y claramente establecida en el contrato, o deducirse de las circunstancias de la prestación. Y posteriormente, en STS de 12 de marzo de 2009 (Roj: STS 1126/2009), se establece que *"el artículo 1124, en su párrafo segundo, faculta al perjudicado para escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, por lo que la posibilidad de elección se produce una vez que se dan los presupuestos para la resolución a que se refiere la expresada norma pero no cuando, como ocurre en el caso, se ha entendido que los incumplimientos de una de las partes no alcanzan eficacia resolutoria. En este supuesto, no existe la facultad de elección a que se refiere el artículo 1124 del Código Civil, ya que la resolución no es procedente y únicamente se podrá acudir a la acción de resarcimiento a que se refiere el artículo 1101 del mismo Código. Como afirma la sentencia de 28 septiembre 2000, en referencia al contrato de arrendamiento de obra, asimilable al supuesto de compraventa de inmuebles en construcción "la mora no es un supuesto de incumplimiento (rectius, definitivo), sino un caso de cumplimiento tardío de la obligación, porque en forma alguna se puede decir que concluida la obra, haya incumplimiento por el contratista y se pueda pedir de forma solvente la resolución contractual, ya que lo que únicamente se puede solicitar por el dueño de la obra, de acuerdo con el artículo 1101 del Código Civil, es la indemnización de daños y perjuicios que ese retraso ha producido a la parte contraria", que no ha sido solicitada en el presente caso"*.

esencial, toda vez que no se frustra la finalidad del contrato y el cumplimiento tardío sigue siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses de la parte afectada por él¹⁸⁸. En este sentido se pronunció también la STS de 27 de septiembre de 2012 (Roj: STS 6090/2012), al examinar un supuesto en que las obras concluyeron un año después de expirada la prórroga contractualmente prevista. Se desestima por el Alto Tribunal el recurso contra la sentencia de la Audiencia, que calificó el incumplimiento de grave, pero no esencial, y reconocía el derecho de los compradores a una rebaja en el precio y al pago de los alquileres que habían satisfecho para disponer de otra vivienda, hasta que les fue entregada la que habían comprado.

Ahora bien, en cualquier caso, para calificar el supuesto como incumplimiento por frustración del fin negocial, habrá de estarse, básicamente, a dos elementos: el hecho de que nos encontremos, tal como se ha indicado arriba, ante un término esencial, o bien cuando se de un incumplimiento grave de la fecha de entrega. Así, podemos distinguir entre¹⁸⁹:

i) Incumplimiento del término esencial. El término esencial puede definirse como aquel término fijado para el cumplimiento de la obligación que, bien por la naturaleza del contrato o por la voluntad de las partes, se considera de tal importancia que la prestación ha de realizarse en tal plazo o nunca, de tal forma que los casos de incumplimiento de este término esencial implican la frustración del fin práctico del negocio. Es decir, estaríamos ante un supuesto de término esencial si la prestación estuviera sujeta a un tiempo de cumplimiento que, de no ser respetado, haría al deudor perder todo interés en recibirla. En consecuencia, si de las circunstancias de la obligación se deduce que la utilidad de la prestación se halla condicionada por el plazo de su ejecución, el día señalado para el vencimiento haría coincidir, en caso de falta de entrega de la prestación debida, dicho supuesto de mora automática con el incumplimiento definitivo¹⁹⁰. En estos casos,

¹⁸⁸ Así se desprende de SSTs de 11 de abril de 2013 (Roj: STS 2254/2013) o de 29 de enero de 2014 (Roj: STS 233/2014), conforme a las cuales, excluida la configuración del plazo de entrega como término esencial, la prevalencia de la satisfacción derivada del cumplimiento hace que el mero retraso carezca de trascendencia resolutoria, cuando su incidencia no frustra la finalidad o base del contrato y el cumplimiento, levemente tardío, sigue siendo útil e idóneo para dicha satisfacción de los intereses del adquirente.

¹⁸⁹ PINTO ANDRADE, *El contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento*, op. cit., págs. 108 y ss.

¹⁹⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, “La constitución en mora...” op. cit., pág. 313.

por tanto, el tiempo determina de tal modo el contenido de la prestación, que la falta de cumplimiento en el término establecido conllevaría un incumplimiento definitivo.

Partiendo de esta situación de incumplimiento definitivo, podemos distinguir entre un término esencial impropio o absoluto, y un término esencial propio o relativo. En el primer caso, la prestación sólo podría ser realizada en el tiempo convenido, ya que, de lo contrario ésta devendría imposible, de manera que el acreedor no podría ya exigir el cumplimiento. En cambio, el vencimiento del término esencial propio o relativo no produciría la absoluta imposibilidad de la prestación, sino que se le otorgaría al acreedor el derecho a resolver el contrato, pero con posibilidad también de solicitar el cumplimiento retrasado, a su elección¹⁹¹.

Por otra parte, la esencialidad del término puede derivarse de la propia naturaleza del contrato (término esencial objetivo), o de la voluntad, expresa o tácita, de las partes (término esencial subjetivo). En este último caso, debe desprenderse claramente de los términos del contrato que el incumplimiento del plazo previsto traerá consigo la resolución de aquel¹⁹². También se ha identificado el término esencial objetivo con el impropio, en cuanto que la esencialidad derivada de la naturaleza de la prestación eliminaría cualquier margen de utilidad de la prestación tardía, e igualmente, el término esencial subjetivo con el propio o relativo, pues no supone necesariamente la imposibilidad de cumplir con retraso, ni la resolución automática del contrato. De este modo, se admite una concepción del término esencial en la que la prestación tardía puede tener alguna utilidad para el acreedor, en nuestro caso, el adquirente, y va a ser éste el que

¹⁹¹ Entiendo que el contrato objeto de análisis, de compraventa de vivienda sobre plano, estaría dentro de esta última categoría, de término esencial propio o relativo, puesto que, aunque se hubiera estipulado expresamente una fecha de entrega que se hubiera elevado a la categoría de “esencial”, nada impide al adquirente, si lo estima ajustado a sus intereses, aceptar el cumplimiento tardío y no instar la resolución del contrato.

¹⁹² Así, el término esencial subjetivo puede ser expreso, si las partes fijan consecuencias resolutorias automáticas, a instancias del comprador, en caso de incumplimiento del plazo -es decir, establecen una condición resolutoria expresa, aun cuando no se utilice expresamente esta denominación-. En este sentido, SAP Asturias, de 28 de abril de 2010 (Roj: SAP O 896/2010), o SAP Murcia, de 14 de enero de 2010 (Roj: SAP MU 114/2010). Si bien, el término esencial subjetivo puede también deducirse de una interpretación integral del contrato, teniéndose en cuenta si se prevé la resolución del contrato a instancias del vendedor en caso de impago, tal como hace la STS de 5 de diciembre de 2002 (Roj: STS 8181/2002).

opte bien por resolver el contrato, bien por exigir el cumplimiento tardío, pero sin que el deudor (en nuestro caso, el vendedor-promotor) pueda imponerle este último¹⁹³.

El efecto jurídico fundamental del incumplimiento del término que se haya estipulado como esencial en un contrato de compraventa de vivienda sobre plano consiste, conforme a lo expuesto, en la posibilidad que se otorga al acreedor de ejercitar la opción de resolver el contrato, una vez incumplida la obligación de entrega. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que dicha pretensión resolutoria del adquirente, en caso de incumplimiento del plazo esencial de entrega, debe estar respaldada por el total cumplimiento por éste de sus obligaciones, circunstancia que de no producirse, puede dar lugar a que no se admita la resolución (SAP Madrid de 31 de mayo de 2011 -Roj: SAP M 7213/2011-) o a que se modere la responsabilidad derivada del incumplimiento (SAP Tenerife de 20 de enero de 2001 -Roj: SAP TF 140/2001-)¹⁹⁴.

ii) Incumplimiento grave de la fecha de entrega. El Tribunal Supremo viene señalando que, fuera de los casos de término esencial, si el vendedor no cumple con su obligación de entrega en plazo de la vivienda, solo habrá lugar a la resolución del contrato de compraventa si este incumplimiento es grave u obstativo, o se frustran las expectativas del comprador¹⁹⁵. En este sentido, la STS de 23 de enero de 1996 (Roj: STS 7964/1996) dispone que la facultad resolutoria del contrato requiere no sólo la concurrencia de una voluntad obstativa al cumplimiento en el infractor, -o, en su defecto, la aparición de un hecho que, de manera definitiva, impida el cumplimiento, frustrando el fin del negocio-

¹⁹³ ANDREU MARTÍNEZ, B., *El acreedor a término*, Comares, Granada, 2003, págs. 167 a 170.

¹⁹⁴ Desde otra perspectiva, el carácter esencial o no de la fecha de entrega no impide que la vivienda objeto del contrato pueda ser entregada antes del plazo, con las consecuencias inherentes a ello. La STS de 16 de julio de 2002 (Roj: STS 5371/2002), se pronunció sobre dicha cuestión: el litigio versaba sobre la determinación del momento a partir del cual el comprador debía satisfacer los intereses del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda comprada, y la sentencia confirma que *"cuando el art. 5.5 del Real Decreto 515/1989 establece la exigencia de que, en los contratos de compraventa de viviendas en construcción, se ha de hacer constar con toda claridad la fecha de entrega, no está imponiendo la obligatoriedad de que la entrega haya de hacerse precisamente en el día señalado sin posibilidad de que, estando terminada la obra, esa entrega se produzca con anterioridad a la fecha señalada. La finalidad protectora del comprador consumidor se cumple al producirse la mora del vendedor con el incumplimiento de la obligación de entrega en la fecha prevista; no se entiende cómo puede quedar desprotegido el interés del comprador por una entrega anterior, es decir, mediante la satisfacción de su necesidad de vivienda con anterioridad a la fecha prevista"*.

¹⁹⁵ Si bien, como veremos más adelante, el propio TS introduce una excepción a esta regla general, en los casos de compraventa de vivienda "sobre plano" sujetos al régimen de la derogada Ley 57/68 (actualmente recogido en la DA1ª LOE).

sino que, además, la vulneración de lo pactado debe ser “grave y esencial”, sin que sea suficiente aducir el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias que, por su entidad no decisiva, no impiden que el comprador obtenga el resultado pretendido. Obviamente, tal y como hemos visto, para poder hablar de incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega en el plazo pactado, ha de tratarse de un retraso relevante a la vista de las circunstancias del caso concreto, y así, por ejemplo, la SAP La Rioja de 30 de diciembre de 2002 (Roj: SAP LO 834/2002) rechaza la reclamación del comprador, señalando que ningún perjuicio se le había causado por el retraso de un mes en la entrega de la vivienda y otorgamiento de la escritura pública.

Conforme a lo anterior, de la Jurisprudencia reciente del Alto Tribunal (SSTS de 10 de noviembre de 2011¹⁹⁶ - Roj: STS 7977/2011- y de 27 de septiembre de 2012- Roj: STS 6090/2012-, entre otras), se desprende que se apreciará esa gravedad en el incumplimiento y será procedente la resolución contractual, cuando los Tribunales consideren que el vendedor ha incurrido en un retraso patente, notorio e injustificado en el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, que incida en la economía del contrato, frustre las aspiraciones del comprador y revele el incumplimiento propio. Estamos, pues, en cualquier caso, ante cuestiones de carácter fáctico que quedan sujetas a la apreciación de los tribunales de instancia.

¹⁹⁶ Esta resolución, con cita de otras muchas, dispone que para que el incumplimiento tenga carácter resolutorio, la jurisprudencia exige “que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como “verdadero y propio” (sentencias 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995, entre muchas otras), “grave” (sentencias de 23 de enero y 10 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994, etc.), “esencial” (sentencias de 26 de septiembre de 1994, 26 de enero de 1996, 6 de octubre de 1997, 11 de abril de 2003, etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (sentencias de 25 de noviembre de 1983, 19 de abril de 1989, etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (sentencias 22 de marzo de 1985, 24 de septiembre de 1986, etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (sentencias de 23 de febrero de 1995, 10 de mayo de 2000, 25 de febrero, 11 de marzo y 15 de octubre de 2002, entre las más recientes), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (sentencias 19 de noviembre de 1990, 21 de febrero de 1991, 15 de junio y 2 de octubre de 1995). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada “quiebra de la finalidad económica”. Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin”.

En consecuencia, para calificar cada supuesto como mora o incumplimiento resolutorio por frustración del fin negocial, habrá que estar al periodo de tiempo transcurrido desde la fecha de entrega pactada, hasta la interposición de la demanda por el comprador, debiendo valorarse en cada caso concreto la gravedad de dicho incumplimiento. Ello nos lleva a una concepción meramente casuística de los supuestos que condicionan la resolución contractual, lo que implica cierta inseguridad tanto para los Tribunales, que deben entrar a conocer cada caso y valorar si supone o no un verdadero incumplimiento, sin poder apoyarse en elementos objetivos que justifiquen su decisión, como para los particulares, que realmente no saben a qué atenerse a la hora de iniciar un procedimiento judicial si no se produce la entrega en el plazo pactado de la vivienda que hayan adquirido, toda vez que el límite temporal que diferenciaría el leve retraso a que hace referencia el TS, según hemos visto, de la mora, o ésta última del grave incumplimiento es difuso, lo que ha generado resoluciones abiertamente contradictorias¹⁹⁷.

No obstante, es cierto que cuando la desviación temporal sufrida en la fecha de entrega es prolongada, no existe obstáculo para apreciar la gravedad del incumplimiento, tal como se desprende de las respuestas judiciales mayoritarias¹⁹⁸ (aunque no faltan algunas que consideran justificados retrasos de casi dos años -así, sentencia de 29 de julio de 2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alicante, si bien esta Sentencia fue finalmente revocada en virtud de la SAP de Alicante, de 11 de noviembre de 2010, Roj: SAP A 4734/2010-). El problema se plantea, especialmente, cuando nos encontramos con plazos más cortos. En estos casos no hay un criterio uniforme, lo que contribuye, como se ha indicado, a la inseguridad jurídica¹⁹⁹.

¹⁹⁷ MÉRIDA ABRIL, “El contrato de compraventa de inmuebles y su resolución”, op. cit., pág. 24.

¹⁹⁸ En este sentido, la STS de 14 de noviembre de 1998 (Roj: STS 6725/1998) calificó de incumplimiento resolutorio el transcurso de año y medio desde la fecha pactada sin que se hubiera entregado la vivienda, pues el fin del contrato se había frustrado para el comprador. La SAP Barcelona de 28 de mayo de 2004 (Roj: SAP B 6970/2004) consideró que un retraso de 15 meses en la entrega implicaba incumplimiento. La SAP Toledo de 17 de abril de 2008 (Roj: SAP TO 362/2008) apreció que “*el incumplimiento previo de la vendedora es flagrante, pues incurre en un retraso de más de un año en la entrega de la vivienda cuando ella a su vez había percibido puntualmente todas cuantas cantidades se había obligado a abonar la compradora hasta el otorgamiento de la escritura*”. La SAP Murcia de 21 de Julio de 2003 (Roj: SAP MU 1942/2003), determina “*que el retraso de más de dos años en la entrega de la vivienda objeto del contrato no es un mero retraso sino un verdadero incumplimiento*”.

¹⁹⁹ En este sentido, la SAP Málaga de 30 de marzo de 2006 (Roj: SAP MA 708/2006) apreció incumplimiento contractual en un retraso de 11 meses. En cambio, la SAP Murcia de 1 de julio de 2008

A la vista de las resoluciones citadas, podemos concluir que no se puede dar una respuesta precisa sobre la cuestión de cuándo estamos ante un mero retraso y cuándo ante una frustración del fin del contrato, ni tampoco queda claro qué lapso temporal es suficiente para resolver. Lo cierto es que los tribunales, a la hora de fallar a favor de la resolución, se encuentran con las más diversas situaciones, lo que implica que, para adoptar una decisión, sean muchas las circunstancias relevantes que deben ser tenidas en cuenta, como la determinación más o menos precisa de la fecha de entrega, la existencia o no de condición resolutoria expresa o de término esencial, la fecha de terminación de las obras o de solicitud y obtención de las correspondientes licencias administrativas, la fecha efectiva de puesta a disposición del inmueble a favor del comprador, si lo que se solicita es la resolución o el cumplimiento, etc. Todos estos factores son considerados por los Tribunales y, según hemos visto, no es fácil determinar cual tiene mayor trascendencia en cada uno de los casos enjuiciados²⁰⁰.

Antes de concluir este apartado, y como ya se adelantó, es necesario hacer referencia a una excepción a la regla general expuesta, y es que algunos tribunales ya habían considerado que, cuando resultaba aplicable la Ley 57/1968 -actualmente derogada y remitido su contenido a la Disposición Adicional Primera de la LOE-, al encontrarnos ante un adquirente consumidor, que entrega cantidades anticipadas durante la construcción de la vivienda, se puede resolver siempre el contrato de compraventa en caso de incumplimiento de los plazos de inicio de las obras o de entrega de la vivienda con la licencia de primera ocupación, pues dicha regulación establecía expresamente (y sigue estableciendo la actual normativa, ya que el contenido del derogado art. 3 Ley 57/68

(Roj: SAP MU 1205/2008) lo rechazó alegando que *“debe destacarse que tampoco ha resultado acreditado, en modo alguno, que la entrega de la vivienda un año después a la fecha prevista en el contrato, es decir, en el mes de septiembre de 2006, no permitiese dar satisfacción ya a los intereses del comprador”*. La SAP Castellón, de 20 de julio de 1998 (Roj: SAP CS 645/1998), consideró que un retraso de 2 y 3 meses en la entrega de la cédula de habitabilidad por parte de la vendedora no constituía un retraso importante o grave, y lo califica de escaso retraso. La SAP Málaga de 11 de diciembre de 2007 (Roj: SAP MA 2695/2007) concluye que *“no existe causa de resolución del contrato de compraventa por el mero retraso de un mes y medio en la entrega de la vivienda”*. En cambio la SAP Alicante de 25 de febrero de 2003 (Roj: SAP A 795/2003), a la hora de tratar sobre el retraso de un mes en la entrega de la vivienda a los compradores, entiende que dicho retraso manifiesta un incumplimiento grave de las obligaciones del vendedor, de cuyas consecuencias solamente puede liberarse si prueba la concurrencia de causa a él no imputable, sin que sea necesaria una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, afirmando que el vendedor no es árbitro de cumplir un contrato cuando le convenga o interese o pueda, supuesto siempre el cumplimiento del comprador de sus obligaciones.

²⁰⁰ CLEMENTE MEORO, M.E., “El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles”, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Coord. I.G.P. y C.L.G.P., Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pág. 328.

se reproduce en el actual apartado cuarto de la DA1ª LOE), en beneficio del referido adquirente, que tales plazos son términos esenciales y la entrega de la vivienda fuera de la fecha establecida en el contrato es un incumplimiento resolutorio. En este sentido, por ejemplo, ya se pronunció la SAP Madrid de 16 de marzo de 2012 (Roj: SAP M 3969/2012), conforme a la cual *“el régimen jurídico de tal condición resolutoria expresa es el de la Ley 57/1968, que difiere radicalmente del contemplado en el art. 1124 CC, entre otros aspectos porque no requiere una voluntad persistente o rebelde de incumplimiento, sino simplemente la inobservancia de la fecha de entrega pactada en el contrato, que opera como término objetivo, a partir de cuyo cumplimiento sin haberse verificado la entrega, sin más y de modo automático, el comprador queda autorizado a resolver el contrato, así como a solicitar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, en los términos reflejados en la expresada Ley 57/1968”*.

Esta tesis ha sido recientemente mantenida por el TS en su Sentencia de Pleno de 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015), donde ha venido a establecer lo siguiente: *“lo anterior significa que el art. 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68, no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante”*. Criterio que, entiendo, es perfectamente extrapolable a la actual regulación, ya que coincide plenamente con la derogada Ley 57/68 en este aspecto, y que supone una importante excepción a la doctrina del retraso de la entrega en las compraventas de vivienda “sobre plano”, cuando éstas estén sometidas a la actual DA1ª de la LOE, lo que tendrá lugar cuando el adquirente haya entregado cantidades anticipadas a cuenta del precio para sufragar gastos de construcción (supuestos que, en la práctica, son muy frecuentes en este tipo de contratos)²⁰¹. El Tribunal Supremo declara en esta trascendente resolución que

²⁰¹ En este sentido, indicaba DÍEZ SOTO, C.M., “Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda y concurso del promotor”, *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., Aranzadi,

el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68 (actual apartado cuarto de la DA1ª LOE), da lugar a la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la STS del Pleno de la Sala Primera de 5 de mayo de 2014 (Roj: STS 2038/2014), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública, por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada, aún después de la fecha estipulada para su entrega.

Lo anterior significa que el art. 3 de la Ley 57/68 (actualmente apartado 4º de la DA1ª LOE) introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta peculiaridad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la DA1ª LOE no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el mero retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante²⁰².

2.2. Consecuencias indemnizatorias en el supuesto de retraso o mora

Con carácter general, podemos decir que todo acreedor, en caso de incumplimiento de la contraparte, además de contar con las acciones de cumplimiento o resolución del contrato, según los casos, dispone de una acción para ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya causado (acción que, en las obligaciones bilaterales, como es la compraventa, puede ejercitarse conjuntamente con la de cumplimiento o resolutoria, conforme al art. 1124 CC). El fundamento de dicha acción de resarcimiento está en el art. 1.101 CC, que establece que *“quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus*

Pamplona, 2013, pág. 966, que el plus de protección proporcionado a los adquirentes por la Ley 57/68 se debía, precisamente, “al mayor nivel de objetividad y certidumbre que dicha norma aporta en cuanto a la constatación del hecho mismo del incumplimiento”, en la medida en que debía servir para salvaguardar al comprador de las dudas frecuentemente planteadas por los Tribunales acerca de la entidad resolutoria del incumplimiento.

²⁰² NOVAL, N. “El contrato de compraventa”, *Actualidad Civil*, N° 9, septiembre 2015, pág. 12.

obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravienen al tenor de aquellas". Lo anterior supone que cualquier falta a la exactitud de la prestación puede generar una indemnización daños y perjuicios a favor del acreedor.

La indemnización de daños y perjuicios tiene por objeto la reparación de las consecuencias perjudiciales derivadas del incumplimiento de la obligación contractual. A este respecto, el art. 1.106 CC contempla los aspectos que han de tenerse en cuenta para establecer el alcance del resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, al disponer que *"la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor"*. Es decir, que para el establecimiento de la cuantía de la indemnización hay que valorar dos aspectos esenciales: **a)** el daño emergente, que es el daño o pérdida sufridos por el acreedor, lo que supone valorar la prestación no realizada, cantidad que puede verse incrementada con los gastos que le ha originado al acreedor la no realización de la prestación; y **b)** el lucro cesante o ganancia dejada de obtener por el acreedor a consecuencia del incumplimiento contractual. Por otra parte, y aunque el art. 1.106 CC no lo establezca expresamente, también cabría incluir, dentro de los aspectos a tener en cuenta a la hora de valorar una posible indemnización, el daño moral, que podríamos considerar como el inferido a la salud (física y/o psíquica), la libertad, el honor, y en general, los bienes de la personalidad, con independencia de las consecuencias patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) que se deriven del mismo incumplimiento.

Finalmente, debe señalarse que la indemnización de daños y perjuicios propiamente dicha no se genera automáticamente, como consecuencia del incumplimiento, sino que es necesario que se den los siguientes requisitos o presupuestos: **a)** que el deudor sea responsable del incumplimiento contractual; y **b)** que el acreedor perjudicado pruebe la efectiva existencia de los daños y perjuicios, así como la valoración de los mismos, en el transcurso del proceso judicial que, en su caso, tenga lugar, sin que sea posible dejar su posterior comprobación para ejecución de sentencia (en la que únicamente podría fijarse la cuantía, en el caso de que la sentencia fijara las bases para posibilitar este cálculo). Al respecto, cabe indicar que los tribunales suelen ser rigurosos

con la exigencia de prueba suficiente tanto de los daños materiales como de los daños morales²⁰³.

Por lo que respecta a las consecuencias indemnizatorias del retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega en el contrato de compraventa de vivienda “sobre plano”, en principio podría mantenerse, como hace SOLER PRESAS, que la pérdida de la disponibilidad del inmueble a partir de la fecha en que tenía que haber sido entregado hasta que efectivamente lo fue, constituye una pérdida patrimonial *per se* que debería ser indemnizada²⁰⁴. Sin embargo, aun admitiendo la existencia de cumplimiento defectuoso o tardío, la jurisprudencia sigue moviéndose en la doctrina clásica y general arriba referida de exigir que se acrediten los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en la entrega pues, en otro caso, aun admitiendo que dicho retraso se ha producido, una inconcreción de esos daños, o de la cuantificación de los mismos, impediría que recayera pronunciamiento indemnizatorio (así, STS de 28 de mayo de 2001 -Roj: STS 4401/2001-). Y aquí es donde son destacables las dificultades que, para el comprador, suponen la acreditación de los perjuicios padecidos como consecuencia de la mora del vendedor-promotor²⁰⁵.

Así, cuando es el comprador quien incurre en mora, al tratarse de una obligación dineraria, deberá intereses del precio (arts. 1108 y 1501.3 CC), pero en el caso del vendedor-promotor, la consecuencia de su retraso se reduce a una indemnización de daños y perjuicios, siempre que efectivamente éstos se hayan producido y así se acredite. Por ello, en la práctica, las consecuencias indemnizatorias, tal y como admitieron las SSTS de 13 de marzo de 1990 (Roj: STS 2318/1990) y 19 de mayo de 1992 (Roj: STS 3967/1992), están generalmente referidas al abono de los gastos en los que incurrió el comprador, como consecuencia del referido retraso, para procurarse el uso de una vivienda. Es decir, el resarcimiento de los daños y perjuicios se reduce a la reclamación de las posibles rentas que el comprador haya tenido que satisfacer, más allá de la fecha

²⁰³ ARNAU MOYA, F., *Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos*, Universitat Jaume I, www.sapientia.uji.es, págs. 93 a 96.

²⁰⁴ SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 169 y ss.

²⁰⁵ REBOLLEDO VARELA, A.L. “Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.6/2005*, Pamplona, 2005, pág. 21.

fijada en el contrato, para la entrega de la vivienda o garaje, pretensión que es la que fundamenta la reclamación judicial, debidamente acreditada a través de los contratos de arrendamiento y recibos de renta abonados²⁰⁶.

Ahora bien, no ha de olvidarse que nos encontramos ante un cumplimiento defectuoso que puede generar otro tipo de daños, más allá de las meras rentas que se hayan podido pagar. Por ello resulta muy interesante la doctrina de la SAP Valencia de 16 de mayo de 2003 (Roj: SAP V 3103/2003), que no sólo reconoce la indemnización por los alquileres, sino que también afirma lo siguiente: *“esta indemnización es del todo procedente no sólo en base al art. 1101 CC, que prevé la indemnización de los daños y perjuicios causados para los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, o contravinieren de cualquier modo su tenor, pues sin duda el retraso provocó un daño moral al comprador, que como consecuencia del mismo, no precisa más prueba que la realidad del hecho que la genera, esto es la no entrega de la vivienda en el plazo convenido. Y ello porque es algo notorio y reconocido en la experiencia común que para cualquier ciudadano, el retraso en la entrega de la vivienda sin causa justificada por un período de casi nueve meses, conlleva ineludiblemente gravosas y molestas consecuencias, entre ellas el tener que permanecer en una vivienda de alquiler con el gasto que ello conlleva. Debe dejarse constancia de que los perjuicios sufridos por tal retraso son a menudo desconocidos por quienes tienen la responsabilidad de la promoción de viviendas, y que difícilmente los perjuicios son reparados, sin tener en cuenta el sufrimiento, desazón, e incomodidades de todo tipo que pueden provocarse, que en definitiva suponen una evidente frustración y desasosiego, tal como cita la SAP de Cádiz, sección 8ª de fecha 19 de julio de 2002 ”*²⁰⁷.

²⁰⁶ En este sentido, SAP Cáceres de 19 de enero de 2004 (Roj: SAP CC 22/2004), SAP Cádiz de 1 de diciembre de 2003 (Roj: SAP CA 2169/2003), SAP Barcelona de 3 de marzo de 2004 (Roj: SAP B 2734/2004), SSAP Santa Cruz de Tenerife de 9 de junio (Roj: SAP TF 1515/2003) y 28 de julio de 2003 (Roj: SAP TF 1909/2003), SAP Cádiz de 19 de julio de 2002 (Roj: SAP CA 2011/2002). No obstante, tampoco falta alguna resolución judicial que, sin haberse acreditado cumplidamente por el comprador la existencia de un arrendamiento y el pago de una renta, concede la indemnización calculada por un valor en renta de forma abstracta. Así, SSTS de 20 de diciembre de 1979 (Roj: STS 4699/1979) y de 16 de marzo de 1995 (Roj: STS 10241/1995).

²⁰⁷ Efectivamente, la SAP Cádiz de 19 de julio de 2002 (Roj: SAP CA 2011/2002) a la que se hace referencia dispone, con respecto a la indemnización de daños y perjuicios, lo siguiente: *“por último, en cuanto al montante indemnizatorio, que los apelantes cuestionen bajo la petición de una «moderación» del mismo, entendemos que la suma correspondiente al precio del alquiler que los actores han tenido que abonar por los diez meses que se demoró la entrega de su vivienda es una indemnización aceptable como pérdida*

Sin embargo, y a pesar de lo razonable de los argumentos señalados, ha de decirse que lo frecuente, en la práctica, es que se establezca la indemnización de los gastos de alquiler desde la fecha en que el inmueble debió de ser entregado hasta su entrega efectiva²⁰⁸, rechazándose otros conceptos indemnizatorios como, por ejemplo, el daño moral (v. SAP Almería de 13 de marzo de 2001 [Roj: SAP AL 326/2001]).

2.3. Causas de exención de responsabilidad más frecuentemente alegadas en la práctica por los vendedores

Considerado el plazo de entrega como una vinculación jurídica de obligado cumplimiento que incumbe al vendedor, su vulneración no es irrelevante, si bien, como hemos visto, tampoco todo retraso en la conclusión del edificio y entrega de la vivienda o local vendido supone mora o incumplimiento. Por otra parte, y de acuerdo con la doctrina tradicional ya señalada, a efectos de exigencia de responsabilidad, habrán de tenerse en cuenta los supuestos en que se pueda apreciar la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor (art. 1105 CC), que sin culpa alguna del vendedor-promotor, provoquen el retraso en la fecha de entrega.

Eso sí, a diferencia de interpretaciones jurisprudenciales anteriores, cada vez más se mantiene una interpretación bastante restrictiva de lo que ha de entenderse por caso fortuito o causas no imputables al vendedor-promotor, destacándose por los tribunales la

patrimonial sufrida por aquéllos. Y ello sin contar los evidentes perjuicios morales que una situación como la enjuiciada produce sin ningún género de duda a quienes la sufren y padecen. La Sala quiere dejar constancia de que en supuestos como el enjuiciado se olvida con demasiada facilidad que los perjudicados difícilmente son por completo reparados en sus perjuicios; nadie, salvo los propios perjudicados, parece tener en cuenta la angustia, desazón, incomodidades de todo tipo que una situación como ésta generan (no disponibilidad a su tiempo de la vivienda adquirida, contactos infructuosos con la promotora, búsqueda de otra vivienda en arrendamiento, instalación de muebles en la vivienda alquilada para su posterior traslado a la adquirida, así como otros múltiples detalles del día a día que dan lugar a una sensación de frustración y desasosiego). Todas estas consecuencias no precisan más prueba que la realidad del hecho que las genera: la no entrega de la vivienda en el plazo convenido. Y ello, porque es algo notorio, propio de la experiencia de cualquier ciudadano medio que este hecho conlleva ineludiblemente las consecuencias expuestas. Hora es ya de que tales daños «morales» también les sean indemnizados a los perjudicados (siempre que los pidan, naturalmente), siquiera sea con una cantidad prudencial (ante la dificultad de su valoración); no siendo de recibo cerrar los ojos ante tal realidad dañosa e ignorar sistemáticamente tales daños y perjuicios colaterales como si no existieran”.

²⁰⁸ En este sentido, la SAP Murcia de 1 de febrero de 2000 (Roj: SAP MU 299/2000) también estima que el retraso de 9 meses era imputable al vendedor-promotor, condenándolo a indemnizar al comprador en el alquiler de la vivienda que había pagado, como consecuencia de haber vendido la anterior y entregado a la fecha en que se suponía que le iban a entregar la suya.

necesaria previsión por parte de éste, como profesional del sector, respecto de las circunstancias que puedan concurrir, debiendo tener en cuenta la situación geográfica a efectos de climatología, posibles dificultades de licencias administrativas, suministros, falta de personal cualificado y huelgas, modificación y alteraciones del proyecto etc. (así, SAP Cádiz de 19 de julio de 2002 - Roj: SAP CA 2011/2002-, que, al respecto, establece que “la juzgadora de instancia tiene, pues, toda la razón, cuando afirma que se trataba de causas previsibles, prevenibles (sic), evitables y propias de la gestión empresarial de una empresa constructora tratando la demandada con su actitud de hacer recaer sobre la actora las consecuencias negativas de la mala gestión empresarial e incluso el riesgo empresarial, pero sin que la demandada vea minorado su beneficio económico”²⁰⁹) y

²⁰⁹ En este sentido, también la SAP Valencia de 16 de mayo de 2003 (Roj: SAP V 3103/2003) rechaza las causas alegadas por el vendedor-promotor de concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor: “a este respecto las causas que alega la vendedora se consideran completamente ineficaces, y no puede decirse que sean externas a la misma. Considerando que se trata de excusas inaceptables plasmadas en las citadas cartas reseñadas. La demandada alega la existencia de modificaciones en el proyecto de urbanización relativas a la vía pública, accesos peatonales, aparcamientos, etc., olvidando que cualquier proyecto precisa con carácter previo la determinación de tales cuestiones, pues son presupuesto de la concesión de la licencia de obras. Además de que tales extremos no se han probado, sino tan sólo mencionado de modo genérico, sin que conste que ello se debiese a cualquier actuación administrativa no prevista o debida de prever. Lo mismo sucede con las presuntas modificaciones de la instalación de climatización, que según manifiesta pasó de ser colectiva a individual. Nada consta al respecto en ninguna prueba, pues desconocemos cuál era el original proyecto y el posteriormente llevado a cabo, ni tampoco que ello no pudiese preverse desde el momento de la venta, pues se trata sin duda de algo bastante elemental en una vivienda.

En cuanto al retraso que pretende imputar a los servicios municipales en la tramitación de la licencia de ocupación, tampoco puede ser admitido. Toda vez que si la obra hubiese sido edificada diligentemente y conforme al proyecto, solicitándose la licencia de ocupación oportunamente, sin duda no se hubiese producido tal retraso, que además no se haya justificado con base documental adecuada, sin que en todo caso la aparición de determinados problemas en orden algunos aspectos de las ordenanzas se haya probado, estimando que si desde luego la obra se hubiese adaptado a tales previsiones los técnicos municipales no hubiesen puesto reparo alguno ni exigido modificaciones.

Y por último en cuanto a las pretendidas lluvias y vientos y jornadas de huelga en el sector sucede lo mismo. No consta que hubiese lluvias torrenciales dentro del plazo concertado, ni tampoco vientos que por su entidad imposibilitasen las tareas de edificación, que por cierto son bastante diversas y muchas de ellas no se ven afectadas por tales circunstancias. No puede hablarse de causa ajena o de fuerza mayor, pues se trata en todo caso de circunstancias previsibles como parte de los ciclos anuales meteorológicos de la zona de levante, y en su caso deberían haber sido previstas a la hora de fijar el plazo de entrega. Además, la experiencia nos demuestra que incluso los días de lluvia y viento también se trabaja en las obras, sobre todo cuando ya se ha terminado la cubierta.

Y en lo que se refiere a las huelgas, tan sólo mencionar que tan sólo se citan, ni se concretan ni justifican, ni mucho menos en qué medida alcanzaron a la vendedora en función de quiénes secundasen o no la huelga, hasta el punto de provocar esta circunstancia junto con las lluvias y viento un retraso pretendido de dos semanas.

El informe realizado por el arquitecto Sr. José Manuel, director de la obra explicando las diversas modificaciones realizadas durante la construcción, las lluvias y alguna jornada de huelga, y en definitiva la postura de la demandada, es un informe parcial, que no justifica el que tales modificaciones no pudiesen ser previstas anteriormente, ni tampoco el respectivo plazo de retraso que atribuye a cada una de ellas.

todo con fundamento en la profesionalidad del vendedor-promotor que conoce perfectamente, o debe conocer, las dificultades propias de la promoción inmobiliaria, y más aún cuando son grandes promociones, más complejas de gestionar²¹⁰.

En relación con esta cuestión, podemos enumerar las siguientes causas de exención de responsabilidad, como las más frecuentemente alegadas por los vendedores-promotores²¹¹:

i) Modificaciones en la construcción. En ocasiones, la realización de obras inicialmente no previstas en el contrato puede dar lugar al retraso en la entrega de la vivienda. Por ello, habrá que determinar si esas nuevas obras se deben a encargos del comprador, en cuyo caso no podrá éste exigir el cumplimiento del plazo inicialmente fijado, o si, por el contrario, se debe a necesidades en la construcción que la empresa vendedora debió prever en el establecimiento del plazo.

De este modo, habrá de tenerse en cuenta cuando el retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega se produce por las propias modificaciones introducidas en la vivienda por el comprador en relación con el proyecto técnico, que sí pueden justificar debidamente parte del retraso (SAP Las Palmas de 15 de julio de 1998 - Roj: SAP GC 2030/1998-), o incluso todo, excluyendo una situación de mora y cualquier consecuencia indemnizatoria, incluida una posible cláusula penal prevista en el contrato. Por el contrario, el hecho de que en el momento de la entrega ni siquiera se hubiera realizado la estructura de la construcción, aunque la parte compradora hubiera incorporado modificaciones en la misma, no es causa suficiente para entender que el vendedor no ha de cumplir con el plazo fijado (SAP Baleares de 10 de junio de 2004 -Roj: SAP IB 904/2004-), interpretación que no se opone a la doctrina jurisprudencial que dispone que

Tampoco el hecho de que otros compradores entendiesen justificadas las causas alegadas, priva de razón al actor, que en todo caso compra individualmente y no se haya vinculado por la captación de otros compradores del retraso. Y por último tampoco se acredita que el cambio de pavimento en la vivienda del actor, fuese a él imputable y pudiese eludir el plazo para la ocupación efectiva de la vivienda.

No puede la apelante tratar de eludir su responsabilidad en un retraso tan dilatado de nueve meses, plazo sin duda considerable que debe dar lugar a la indemnización reclamada y fijada por el actor”.

²¹⁰ REBOLLEDO VARELA, “Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador...”, op. cit., pág. 15.

²¹¹ MARTÍNEZ GALLEGU, E.M., “Entrega de llaves con retraso en viviendas de nueva construcción”, *Actualidad Civil*, N° 8, Sección Informe de Jurisprudencia, tomo 1, quincena del 16 al 30 de abril de 2005, págs. 986 y ss.

no puede estimarse la existencia del retraso en la entrega de una obra, si aquél se debe a modificaciones pedidas por el comprador. Igualmente, no puede alegarse la existencia de modificaciones en la obra como causa justificativa del retraso en la entrega, cuando no conste que dichas obras fuesen solicitadas por los compradores, sino que en realidad se debieron a la propia naturaleza de la construcción, o por decisión de la promotora constructora, como son los cambios en la urbanización o en determinadas instalaciones generales (SAP Valencia de 26 de marzo de 2004 - Roj: SAP V 1356/2004-).

ii) Huelga en el sector de la construcción. Cabe citar como ejemplo de este supuesto el caso resuelto por la SAP Sevilla de 14 de abril de 2004 (Roj: SAP SE 1543/2004), en el que se acreditó la existencia de una huelga en algunos sectores de la construcción durante la ejecución de la obra, circunstancia ésta que retrasó unos meses la conclusión de la misma. En este caso, el juzgador estima que existe causa suficiente para justificar el retraso en la entrega, máxime, razona la sentencia, cuando *“una huelga no era en esos años un hecho tan frecuente o cotidiano para que necesariamente hubiera de tenerse en cuenta el cálculo de la terminación de la obra; incluso aun cuando se hubiera previsto, lo que resulta imposible es saber su duración. Por tanto, ha de calificarse como un hecho imprevisible y, desde luego, inevitable en tanto en cuanto su producción y su cese no estaban en manos de la parte vendedora. Por tanto, reúne todos los requisitos para eximir a esa parte de responsabilidad por el retraso”*.

iii) Impedimentos administrativos. Frecuentemente, se alega como causa de exoneración de responsabilidad la existencia de impedimentos administrativos que determinan la imposibilidad de entrega en el plazo previsto, invocando la cláusula tipo que supedita la entrega a que no concurran supuestos fortuitos o de fuerza mayor. En definitiva, equiparando los impedimentos administrativos, como la concesión de la licencia de obras, a los casos previstos en el art. 1105 del CC. Al respecto, la SAP Cáceres de 19 de enero de 2004 (Roj: SAP CC 22/2004), considera retraso culpable del promotor-vendedor la demora de dos años en la entrega de la vivienda y plaza de garaje vendida, rechazando la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor del art. 1105 CC alegada por el vendedor, fundamentándose en que la licencia de obras, y después la de primera ocupación, habían sufrido retrasos en el Ayuntamiento. Así, como bien señala el juzgador *“no podemos hablar de fuerza mayor, pues se trataba de circunstancias perfectamente previsibles como parte integrante y esencial del proceso constructivo que debieron ser*

tenidas en cuenta a la hora de fijar el día de entrega de las viviendas, máxime cuando se constata que (...) presentó la solicitud de la licencia de obras siete meses después de firmar el contrato de compraventa”. Añade la sentencia que “los problemas posteriores que la promotora hay podido tener con el Ayuntamiento no justifica en absoluto la demora en la entrega de la vivienda frente a los compradores a quienes, que se sepa, no les ha sido minorado el precio pactado pese a una demora tan llamativa como la de más de dos años”. De todo ello se desprende que, en este caso, estaríamos ante causas previsibles, evitables y propias de la actividad de una empresa constructora (que trata de hacer recaer sobre el comprador las consecuencias negativas de su mala gestión empresarial o incluso repercutirle riesgos que, como profesional, está obligado a asumir), y no pueden considerarse causa de exoneración de su responsabilidad por el retraso existente²¹².

iv) Supuesto de subcontrata por la empresa vendedora. Tampoco quedaría exenta de responsabilidad la vendedora en este caso, si el retraso en la entrega de las viviendas se debe a cuestiones relativas a posibles incumplimientos de la constructora, cuando ésta sea empresa distinta del promotor-vendedor, toda vez que la responsabilidad de éste último, como bien señala la SAP Baleares de 10 de junio de 2004 (Roj: SAP IB 904/2004), se debe *“a la culpa in vigilando o in eligendo, al elegir un contratista que no cumplió los plazos inicialmente fijados para la finalización de la obra, cuestión ésta que no puede repercutirse sobre la compradora que resulta extraña al negocio jurídico concertado entre la constructora y la hoy demandada”*. Así pues, en estos casos la empresa vendedora no puede quedar exonerada del pago de la correspondiente indemnización por el retraso en el cumplimiento de su principal obligación, cual es la entrega de la vivienda.

v) Concesión de prórroga por el comprador. Si en las estipulaciones del contrato de compraventa de vivienda sobre plano, se incluye una cláusula del siguiente tenor: *“la fecha prevista para la finalización de las obras y entrega de llaves es la de (...). Sin embargo, para el supuesto de que por cualquier causa no pudiera terminarse esta*

²¹² En idéntico sentido, ya la SAP Alicante de 28 de marzo de 2001 (Roj: SAP A 1482/2001) consideró incumplimiento la falta de entrega de la vivienda en el plazo pactado, dado que el retraso se produjo por no haber obtenido la licencia en plazo, rechazando que se tratara de un supuesto de fuerza mayor, ante la falta de previsibilidad por parte del vendedor-promotor.

construcción para la fecha indicada, el comprador, desde ahora y para su momento, concede a la vendedora una prórroga de tres meses para finalizar las obras”, cabe decir que existen numerosas resoluciones que entienden que, por el hecho de aceptar en el contrato una prórroga de entrega de la vivienda, no se está renunciando tácitamente al cobro de los daños y perjuicios producidos. Este es el caso de la SAP Madrid de 3 de junio de 2004 (Roj: SAP M 8140/2004).

3.- Integridad e identidad de la cosa

3.1. La obligación del vendedor de entregar la vivienda conforme a la cabida y calidad estipuladas

El comprador de una vivienda en construcción tiene derecho a que la misma se ejecute conforme a los planos, proyecto y memoria de calidades que se pactó²¹³. Es decir, que el inmueble que se entregue deberá adecuarse a las características convenidas, o de lo contrario el promotor-vendedor habrá de soportar las consecuencias del incumplimiento contractual. Así, aunque es cierto que, con frecuencia, se introduce en los contratos de compraventa de vivienda en construcción una cláusula que faculta al promotor-vendedor para realizar los cambios técnicos que exijan las necesidades constructivas, también lo es que expresamente suele recogerse que dichas modificaciones no afectarán a las superficies, ni supondrán una merma de las calidades señaladas en el proyecto, lo que tiene que tener como consecuencia necesaria que, efectivamente, la superficie, calidades, instalaciones, etc. del inmueble que se entrega deban coincidir con lo pactado (o bien, que se produzcan variaciones de calidades o acabados por causa de

²¹³ Sin olvidar el carácter vinculante de la publicidad establecido legalmente -art. 8.1 LGDCU y art. 3.2 RD 515/1989, de 21 de abril- y con un amplio y consolidado respaldo jurisprudencial que no deja lugar a dudas de que las calidades e instalaciones con que el vendedor-promotor ha de entregar el inmueble vendido deben ajustarse necesariamente a lo ofertado. En cuanto a las calidades pactadas, éstas suelen figurar en el propio contrato o en documento aparte, que se entrega como anexo bajo la denominación de “memoria de calidades”, de clara vinculación contractual y que debe ser respetada por el vendedor-promotor. También debe ajustarse lo entregado a los planos que normalmente se adjuntan al contrato. La importancia de los proyectos técnicos, a efectos de contenido contractual, resulta así evidente, e incluso se les da preferencia cuando el contrato se remite a ellos en su clausulado y se entrega aparte, firmada por el comprador, una memoria de calidades inferior, salvándose la cuestión a través de la interpretación de la voluntad de las partes (art. 1281 CC) y el art. 1288 CC -la interpretación no puede favorecer a la parte que introdujo en el contrato la cláusula oscura, precisamente el vendedor-promotor- (en este sentido, SAP Baleares de 13 de septiembre de 2002 - Roj: SAP IB 2296/2002-), REBOLLEDO VARELA, “Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador...”, op. cit., págs. 29 y 34 a 36.

exigencias técnicas, pero sin disminución de los mismos, por colocación o utilización de otros similares). En cualquier caso, esta identidad entre superficie y calidad pactadas y entregadas, obviamente, deberá tener lugar incluso aunque el contrato no incluya expresamente la referida cláusula de reserva a favor de los derechos del adquirente.

El art. 1468 CC establece la regla general relativa a las condiciones en que debe entregarse la cosa vendida. Dispone el precepto que la cosa debe entregarse al comprador en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato. La expresión “estado” se refiere a las condiciones fácticas y jurídicas, cualitativas y cuantitativas, esenciales y accidentales de la cosa, de modo que, a efectos prácticos, resulta conveniente realizar una perfecta descripción de la cosa vendida en el contrato. Esta necesidad cobra especial importancia en los contratos de compraventa de vivienda “sobre plano”, ya que, en este caso, la vivienda está en proceso de edificación -y es que hay que tener en cuenta que, como ya se ha indicado con anterioridad, no sólo estamos, en este caso, ante una obligación de dar, sino también de hacer, de modo que el promotor asume un resultado inicialmente acordado en el contrato- (en este sentido, la STS de 26 de junio de 2008 -Roj: STS 3124/2008-, dio preferencia a la descripción del inmueble habida en el contrato, frente a la situación física del mismo, a causa de no hallarse la obra terminada). La norma, por tanto, presupone la previa individualización e identificación de la cosa vendida, constando a ambas partes sus características cuantitativas y cualitativas, tanto en el aspecto físico como en el jurídico, en el momento de perfeccionarse el contrato²¹⁴.

Por otra parte, de este precepto, en conexión con el art. 1094 CC, se infiere un deber del vendedor de conservación de la cosa vendida hasta su entrega, si bien en el caso de compraventa de vivienda “sobre plano”, esta obligación irá precedida del deber de realizar todo lo necesario para que el inmueble llegue a existir, con las características descritas en el contrato. Debe, por tanto, realizar todos los actos necesarios para su conservación, debe impedir que sufra cualquier detrimento o daño, tanto de naturaleza física como jurídica y además, no podrá alterar, modificar ni transmitir la cosa vendida;

²¹⁴ GARCÍA CANTERO, “Comentario a los arts. 1445 a 1541 CC”, op. cit., pág. 227.

y si la cosa se ha vendido como nueva, ni siquiera podrá usarla. Todo lo anterior supone, obviamente, un deber accesorio e instrumental de la obligación de entrega²¹⁵.

En definitiva, la ejecución de la "prestación de entrega" sólo produce efectos liberatorios si coincide con lo pactado y con lo que, no habiendo sido convenido expresamente, deviene consecuencia necesaria del contrato conforme a la buena fe, el uso y a la ley (art. 1.258 CC). Cómo ya señalamos al determinar sus caracteres generales, la compraventa de vivienda en construcción es, en efecto, un contrato de compraventa de cosa futura, pero determinada, por lo que el vendedor-promotor ha de construir y entregar aquello a lo que se ha obligado, y en las condiciones convenidas, es decir, con respeto, entre otras cosas, a lo estipulado en el contrato y a los proyectos técnicos que le sirven de base²¹⁶. El vendedor, por tanto, asume la entrega de la cosa objeto de la venta con la cabida y calidad pactadas en el contrato.

El promotor-vendedor de un inmueble tiene, conforme a lo antedicho, la obligación de entregar la cosa objeto del contrato de acuerdo con las características pactadas contractualmente. Así, en los contratos de compraventa de vivienda sobre plano, la vivienda entregada ha de ser "idéntica" a aquella sobre la que se contrató, lo que implica que ha de tener sus mismas características, especialmente en cuanto a cabida y calidad²¹⁷.

²¹⁵ PEÑA LÓPEZ, F. "Comentario al art. 1468 CC", *Comentarios al Código Civil*, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 1724.

²¹⁶ Lo mismo es aplicable a servicios, instalaciones, etc..., tanto comunes como privativos; es decir, que la adecuación a lo pactado no se refiere solo al espacio físico concreto de la vivienda, sino también a la totalidad del edificio, y a la construcción y terminación de todos los elementos comunes complementarios (STS de 22 de diciembre de 2000 -Roj: STS 9546/2000-, respecto a la no ejecución de jardines, piscina y zonas verdes) o urbanísticos en general (STS de 14 de julio de 2003 -Roj: STS 4956/2003- respecto a la no realización por el vendedor de obras de urbanización de las calles).

²¹⁷ Finalmente, en cuanto a frutos -civiles, claro está- y accesorios, a los que también se extiende la obligación de entrega íntegra de la cosa vendida, tratándose de un inmueble destinado a vivienda, produce frutos civiles consistentes en los equivalentes al importe de su valor en renta, de modo que por el sólo hecho de usarla se obtienen utilidades evaluables económicamente (de ahí que, a sensu contrario, su no utilización debida a la falta de entrega a que está obligado el vendedor, generaría unos derechos por los que debe ser indemnizado el adquirente, a los que se ha hecho referencia al hablar del retraso en la obligación de entrega). Este derecho a los frutos surge desde el momento en que nace la obligación de entrega (art. 1095 CC), puesto que el derecho a dichos frutos presupone, en apreciación ampliamente compartida, el vencimiento y la efectiva exigibilidad de dicha entrega.

Por otra parte, pueden considerarse como accesorios, que también han de ser entregados al comprador (art. 1097 CC), en general todos aquellos elementos que, conforme a la buena fe y los usos del tráfico, sean necesarios para que la entrega sea efectiva y útil al adquirente, pudiendo citarse como ejemplo los títulos de propiedad, o aquellos documentos que sean precisos para obtener el uso de la cosa vendida conforme a

Pero es más, en este contexto, la vivienda no sólo ha de responder a las condiciones de extensión y calidades pactadas en el contrato, sino también a toda la información facilitada al comprador, incluida la precontractual y la propia publicidad de la promoción, pues su contenido incide de forma trascendente, como vimos, en la prestación del consentimiento para su adquisición. La legislación protectora de los consumidores establece diversos mecanismos tendentes a evitar que los adquirentes puedan ser inducidos a error al contratar, toda vez que se exige, como también se examinó, que ya en la oferta, promoción o publicidad para la venta, consten los datos, características y condiciones relativas a su construcción, ubicación, servicios e instalaciones. Debe, además, tenerse a disposición del público toda la información necesaria, a esos efectos, con plano del edificio y de la propia vivienda, y descripción de los mismos (expresión de superficie útil y general del edificio, incluidas zonas comunes y servicios o accesorios, descripción y trazado de redes eléctricas, de agua, gas y calefacción, y datos identificadores de la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad -arts. 3 y 4 RD 515/89-)²¹⁸.

En consecuencia, si la vivienda se debe entregar con las mismas características que se pactaron, dicha entrega deberá tener lugar, obviamente, con la calidad y cabida estipuladas, entendiéndose por esta última la superficie plana y horizontal. Al respecto, el primer párrafo del art. 1469 CC (*“la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato”*), establece una regla que, en relación con el artículo que le precede, resalta la exigencia de integridad cuantitativa de la entrega y recuerda la fuerza obligatoria de lo estipulado, ante cuyo defecto el comprador podría exigir el cumplimiento exacto o, si concurren los presupuestos, la resolución por incumplimiento, como a continuación se verá.

su destino. La falta de entrega de dichos títulos o documentos puede determinar, según los casos, la posibilidad de interesar la resolución del contrato a instancias del comprador, cuando tales documentos tengan carácter esencial, por cuanto la ausencia de los mismos impida la transmisión legal del objeto y su integración en el patrimonio del comprador (cuestión que debemos poner en relación con lo ya expuesto respecto a la licencia de primera ocupación). En otras ocasiones, sin embargo, su transcendencia a estos efectos será menor, sin perjuicio de la posibilidad de reclamar su entrega como accesorios integrados en el contenido del contrato, GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Comentario al art. 1468 CC”, op. cit., págs. 10.383 y 10.384.

²¹⁸ GARCÍA GIL, *La compraventa de vivienda*, op. cit., págs. 96 y 97.

La entrega de la vivienda sin respetar las condiciones pactadas en cuanto a cabida o calidad, concede, por tanto, determinados derechos al comprador a reclamar, que pasamos a examinar.

3.2. Mecanismos de protección del comprador en los supuestos de entrega de vivienda con calidades inferiores a las estipuladas

Pese a lo arriba expuesto, relativo a la obligación del vendedor a entregar el inmueble con las calidades pactadas, la realidad fáctica demuestra que es habitual que por el promotor se incumpla esta obligación. La calificación jurídica de dicho incumplimiento, en principio, deja fuera los vicios de la construcción previstos en la LOE y los vicios o defectos ocultos a que se refiere el art. 1484 CC. En realidad, estaríamos ante un cumplimiento defectuoso o incumplimiento contractual, al que podría aplicarse la doctrina jurisprudencial de entrega de cosa distinta por inhabilidad de objeto (*aliud pro alio*)²¹⁹, que se establece en SSTS de 27 de mayo de 1996 (Roj: STS 3240/1996) u 8 de febrero de 2003 (Roj: STS 781/2003), entre otras muchas.

Al hilo de lo anterior, del art. 1166 CC resulta claramente que debe existir una igualdad entre el objeto de la obligación que acordaron las partes en el contrato y el objeto de la prestación realizada por el deudor. La entrega, por tanto, ha de sujetarse al programa de prestación previsto al constituirse la obligación para tener por cumplida ésta. Sucede que, en ocasiones, el deudor realiza una prestación que aparentemente cumple con el presupuesto de la identidad objetiva, si bien posteriormente se advierte que el objeto entregado o la prestación realizada adolecen de una serie de defectos o imperfecciones que impiden considerar satisfecho el interés del acreedor y, en consecuencia, cumplida la obligación a que se comprometió. Esto supone que, al entregarse un *aliud pro alio*, es

²¹⁹ Traducido del latín como “una cosa por otra”, en esencia, la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* tiene lugar cuando el vendedor entrega una cosa diferente de la debida, existiendo pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del contratante, al ser inadecuado dicho objeto para el fin a que se le destina. Esta doctrina se desarrolla a partir del art. 1.166 CC, que establece que “*el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida*”; por tanto, identificada la cosa debida, no es posible, sin un acuerdo entre las partes, cambiarla, porque el cambio unilateral por parte del deudor determina el incumplimiento de la obligación. Cuando el vendedor no entrega exactamente lo estipulado en el contrato (art. 1157 CC), el comprador puede negarse a recibirlo (art. 1166 CC) y si no quisiera o no pudiera el promotor-vendedor corregir aquello en lo que se aparta de lo pactado, podrá el adquirente acudir al art. 1124 CC para resolver, o al art. 1.101 CC, para reclamar la correspondiente indemnización. No obstante, hay también resoluciones que aplican la doctrina del error.

decir, una cosa distinta a la convenida, se frustra la finalidad del negocio. Ahora bien, si se tratara de un cumplimiento meramente defectuoso, podría ejercitar el acreedor su derecho a exigir el exacto cumplimiento de la prestación, con base en los arts. 1166 y 1169 CC, exigiendo la indemnización que, en su caso, pudiera corresponder (art. 1101 CC), sin perjuicio de poder instar la resolución del contrato, conforme al art. 1124 CC, en caso de que la prestación defectuosa sea de tal entidad que frustre la finalidad del negocio, afectando las deficiencias observadas de manera fundamental o relevante a la esencia objetiva del contrato y a la utilidad pretendida por las partes (STS de 18 de noviembre de 1993 -Roj: STS 7778/1993-).

Ejemplo evidente de la doctrina general expuesta se observa en los supuestos de compraventa de vivienda en construcción, si los materiales realmente empleados no se corresponden con las calidades pactadas, pues si bien el objeto entregado puede *ab initio* coincidir con el contratado, en la práctica los defectos de que adolece impiden considerar que exista identidad entre lo contratado y lo entregado, resultando, por consiguiente, insatisfecho el adquirente con la prestación recibida²²⁰. De manera sintética, como declara expresamente la STS de 4 de diciembre de 1998 (Roj: STS 7276/1998), la sustitución de materiales es un problema distinto de los defectos de acabado, defectos en la construcción o vicios ruinógenos que regula la LOE, por lo que, evidentemente, se está ante una situación jurídica de incumplimiento contractual (*aliud pro alio*), del que ha de responder el promotor-vendedor, pero no el personal técnico (arquitectos, aparejadores, etc...)²²¹.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento objeto de análisis por parte del promotor-vendedor, a tenor del art. 1124 CC, implicará la posibilidad de que el

²²⁰ AYLÓN SANTIAGO, H.S., “Cumplimiento sensu stricto en contrato unilateral y en contrato bilateral”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Coord. X.O.C.M., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, págs. 59 y 60.

²²¹ Al respecto, resulta aclaradora la STS de 7 de mayo de 2002 (Roj: STS 3201/2002), cuando expone que “nos hallamos ante un grave incumplimiento contractual de la promotora demandada que alcanza hasta a 22 unidades de obra diferentes (suelos, paramentos exteriores e interiores, revestimientos y alicatados, acera, ventanas, canalones y bajantes, mecanismos de electricidad, etc.) y cuya reparación, según se dijo, probablemente supera la mitad del precio percibido por la vivienda. En tal contexto, la deliberada instalación de determinados elementos de coste y calidad inferiores a los ofertados según proyecto no puede ser considerada como la existencia de simples defectos en la cosa vendida, al objeto de acogerse al tolerante régimen que establecen los artículos 1484 y siguientes del Código Civil, indudablemente encaminados a la regulación de la venta de cosas aisladas y no a la de contratos de la complejidad que supone la adquisición de viviendas, debiendo tenerse en cuenta, además, la importancia de las necesidades (individuales, familiares, sociales) que estos bienes están llamados a satisfacer”.

comprador inste la acción resolutoria, o bien la de cumplimiento forzoso, combinadas en ambos casos con las indemnizaciones que procedan. Si bien, también cabría la simple reclamación de daños y perjuicios, al amparo del art. 1101 CC: la elección de una u otra dependerá de la entidad de los defectos²²².

i) La acción de resolución contractual (art. 1124 CC). Si bien en estos supuestos de ausencia de la calidad pactada no es lo habitual, nada se opone a que las partes acuerden elementos en el contrato que, por su entidad y valor, hayan de ser considerados esenciales, y la falta de los mismos constituya un incumplimiento de la prestación principal. Es decir, puede ocurrir que el incumplimiento sea de tal gravedad y envergadura que exista una total insatisfacción del adquirente, de modo que éste considere que lo entregado es cosa distinta a la que quiso adquirir. Por esta vía, el comprador no estaría sometido a los breves plazos previstos en el Código Civil para las acciones edilicias (arts. 1484, 1486 y 1490), ya que no sería un simple vicio oculto de la cosa vendida.

ii) La acción de cumplimiento forzoso (art.1124 CC). Estemos o no en presencia de defectos de calidad graves o esenciales, es posible que al comprador no le interese la resolución del contrato, sino su estricto cumplimiento. El cumplimiento forzoso supone el mantenimiento del contrato y la ejecución efectiva de las obligaciones estipuladas. Siendo posible el cumplimiento del contrato en sus propios términos, se satisface el interés del comprador, teniendo derecho a exigir al vendedor que cumpla con lo pactado *in natura* mediante la realización de las obras necesarias (más la correspondiente indemnización, en su caso). A este respecto, la doctrina civilista, en sede de obligaciones, viene sosteniendo la necesidad, siempre que sea posible, de que el acreedor sea satisfecho con la prestación debida (es decir, la reparación *in natura*), considerándose la indemnización por equivalente un último recurso para cuando la aquella no sea posible²²³.

Ahora bien, también es posible reclamar del promotor la subsanación de los defectos de calidad existentes “por su valor equivalente” (incluso puede solicitarse en la demanda de manera subsidiaria), cuando se den las siguientes circunstancias: **1.** cuando

²²² PINTO ANDRADE, *Contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento*, op. cit., pág. 153.

²²³ FEMENÍA LOPEZ, P.J., “Comentario a la STS de 10 de marzo de 2004”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 66, 2004, pág. 1246, con cita de autores como ALBALADEJO y OSSORIO.

se constate durante el proceso, aún en fase de ejecución (art. 790 LEC), que el cumplimiento *in natura* por el vendedor-promotor no resulta viable; 2. Cuando exista y se constate un requerimiento previo del comprador y la negativa del vendedor a ese cumplimiento *in natura*. En esta tesitura, se podrá interesar en la demanda -o con posterioridad a la misma- el reintegro de las cantidades previamente invertidas por el comprador, o solicitar que se fije judicialmente cantidad determinada para que el comprador pueda afrontar, por sí mismo, el costo de los trabajos necesarios para la subsanación pretendida. Todo ello más, si procediera, la correspondiente indemnización.

iii) La acción de indemnización de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del incumplimiento contractual (art. 1101 CC). En los casos en que el incumplimiento no sea de entidad suficiente, pero exista y haya ocasionado perjuicios al comprador, podrá éste reclamar la correspondiente indemnización por la vía del art. 1101 CC. En cuanto a la cuestión práctica de la cuantificación de los desperfectos o deficiencias de calidad en relación a lo pactado, lo habitual es recurrir a un informe pericial.

3.3. Instrumentos de tutela del comprador en los supuestos de defecto de cabida

El art. 1469 párrafo 1º CC establece una regla que, puesta en relación con el artículo que le precede, destaca la exigencia de la integridad cuantitativa de la entrega (“*todo lo que exprese el contrato*”), lo que está directamente conectado con la obligatoriedad de lo pactado por las partes, ante cuyo defecto el comprador está facultado para acudir a los remedios generales, que no son otros que la posible exigencia del cumplimiento exacto o, si concurrieran los presupuestos necesarios, la resolución del contrato por incumplimiento²²⁴.

Esta cuestión resulta especialmente relevante en la compraventa inmobiliaria, toda vez que, al margen de otras consideraciones, la extensión de un inmueble es uno de los criterios fundamentales a la hora de establecer su precio, además de influir decisivamente en las condiciones de habitabilidad y comodidad de la vivienda. Sin embargo, no son

²²⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Comentario al art. 1469 CC”, op. cit., pág. 10.389.

pocos los casos en que el adquirente ve insatisfechas sus expectativas, al encontrarse con el hecho de que la superficie del inmueble es menor que aquella que se pactó.

Frente al incumplimiento de tales obligaciones contractuales, se establecen por el legislador diversos niveles y mecanismos de protección. Al respecto, el ordenamiento jurídico articula:

i) Las acciones del art. 1124 CC para exigir el cumplimiento *in natura* de la cabida contratada o la resolución de la venta, cuando el incumplimiento afecta a extremos esenciales por defectos de cabida de tal entidad que inhabiliten la cosa para el fin que le es propio. Así, en cuanto a la posibilidad de instar la resolución, tendríamos que estar ante una diferencia realmente significativa de superficie, que frustrase el fin del negocio y suponga un cambio cualitativo en la prestación, que altere el sinalagma contractual y constituya un *aliud pro alio*, con consecuencias resolutorias²²⁵. En cuanto a la reclamación de cumplimiento forzoso, si bien parece que en estos supuestos no es factible *a priori*, o no es, al menos, la que más interesa al comprador, en ocasiones éste puede preferir que el contrato se cumpla en sus estrictos términos, si fuere posible, antes que resolver el acuerdo. Así, en concreto, el comprador puede compeler al promotor al cumplimiento *in natura*, que supondría la entrega de la vivienda con la superficie pactada, exigiendo de la promotora la ejecución de las obras necesarias para su acomodación a los planos contractuales, bajo apercibimiento de ejecutarlas, si fuera posible, a su costa (todo ello ex arts. 1096.1 y 1098 CC, y 924.1 LEC). Ahora bien, también puede reclamarse del promotor el cumplimiento de la obligación “por su valor equivalente”, en los mismos términos antes indicados respecto de los defectos de calidad.

ii) Las acciones de responsabilidad contractual reguladas en los arts. 1100 y siguientes, para obtener una indemnización por el incumplimiento. La acción ex art. 1101

²²⁵ En este sentido, la STS de 13 de octubre de 1987 (Roj: STS 8546/1987) indica que el hecho de que la vendedora hubiera reducido en más de un 15% la cabida de la vivienda acordada, se estima como incumplimiento del contrato, dando paso a la acción resolutoria del art. 1124 CC, que conlleva la restitución de prestaciones y el resarcimiento de daños y perjuicios a la parte cumplidora. Igualmente, la STS de 20 de marzo de 2002 (Roj: STS 2001/2002) razona que “*las dudas en la interpretación deben resolverse en contra de quien las ha redactado. Consecuentemente, la entrega a la recurrente de un piso con una superficie menor, en más de veinte metros cuadrados de la esperada, frustra el fin del negocio y supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual y ha de equiparse a un aliud pro alio*”, confirmando la sentencia que estimaba la resolución del contrato.

CC supone el mantenimiento del contrato, debido a que el incumplimiento del vendedor no es de una entidad suficiente o esencial, si bien sí implica una contravención de la obligación contractual, lo que da derecho al comprador a percibir la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, sustituyéndose el valor de la prestación incumplida por un importe equivalente, atendiéndose normalmente por los Tribunales para el cálculo de la indemnización a la diferencia de metros cuadrados existentes entre lo estipulado y lo finalmente entregado²²⁶.

iii) La posibilidad de instar la nulidad del consentimiento y, por ende, del contrato por concurrir vicio de la voluntad, de conformidad con los arts. 1265 y ss CC. Puede afirmarse que si se ha fijado un precio por unidad de medida, en caso de entrega de superficie menor, estaríamos ante un error de cálculo que debería dar lugar a la revisión del precio. De este modo, la corrección del precio respondería, en cierta manera, a lo previsto por el art. 1266 CC para el error de cuenta (aunque no estaríamos ante un error en la operación aritmética, sino en la base de cálculo). Ello no obstante, también sería posible acudir a la anulación del contrato si se dieran los presupuestos²²⁷. Este sería el caso si se invocara un error esencial que frustrara absolutamente el interés del comprador, por no ajustarse la finca a lo estipulado.

iv) Las acciones específicas previstas en los arts. 1469 y 1471 del Código Civil. Respecto de las mismas, debe destacarse:

1. Que son aplicables a la venta de edificaciones. Esta posibilidad ha sido objeto de discusión, toda vez que, por su tenor literal y por los antecedentes históricos y precedentes de códigos extranjeros, parece que su supuesto específico se refiere a la venta de fincas rústicas. Y aunque es razonable conjeturar que el legislador de 1889 estaba pensando en la venta de tierras, ya que en aquellos tiempos la venta de viviendas no presentaba las complejidades actuales, también es cierto que, como establece el art. 3 CC, las leyes han de interpretarse atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser

²²⁶ PINTO ANDRADE, *Contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento*, op. cit., págs. 164 y ss.

²²⁷ MEDINA DE LEMUS, M., *Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 257.

aplicadas y el Tribunal Supremo ha considerado que tales preceptos son de aplicación a la venta de pisos y plazas de aparcamiento.

En cuanto a la aplicación de estos preceptos a la compraventa de viviendas, ésta última puede realizarse con expresión de esa cabida, a razón de un precio por unidad de medida y número (por ejemplo, venta de una vivienda de 100 metros cuadrados, a 1.200 € el metro cuadrado) o lo que es más frecuente, por un precio alzado o como cuerpo cierto, que tiene lugar cuando no se precisa el valor singular de cada unidad de medida (es posible, en este último caso que tampoco se indiquen las dimensiones globales del inmueble, si bien es frecuente que sí se especifique la dimensión total de la vivienda). En el primer supuesto, es claro que los contratantes han condicionado el precio a las medidas de la vivienda, y el vendedor deberá entregar todo lo estipulado, y si la vivienda fuera de menor cabida, podrá obtenerse una rebaja en el precio -al haberse pactado una cantidad por unidad de medida-, conforme establece el art. 1469 CC.

Ahora bien, en el segundo supuesto, de venta por precio alzado, que es el supuesto más frecuente, no habrá lugar a variación de precio en caso de menor cabida de la expresada en el contrato, de conformidad con el art. 1471.1 CC, debido a que en estos casos, la causa del contrato para el comprador es lo que se denomina “cuerpo cierto”, es decir, la vivienda en sí, con independencia de la superficie total. En aplicación de este régimen, el vendedor cumple entregando toda la superficie habida entre los linderos señalados pues, tal como indica la STS de 18 de julio de 2000 (Roj: STS 5981/2000), en la posible diferencia entre la cabida expresada en el contrato y lo comprendido en los linderos, prevalece, por ministerio de la Ley, la extensión superficial real²²⁸.

²²⁸ Así pues, si se trata de una compraventa de “cuerpo cierto” y precio alzado, perfectamente individualizada y delimitada por datos físicos, carece de relevancia la superficie que realmente pueda tener la vivienda (al respecto, la STS de 21 de julio de 2000 -Roj: STS 6149/2000-, que expresamente dispone que “*esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencias de 28 de noviembre de 1962 y 4 de febrero de 1979, que para la determinación del objeto vendido no es preciso determinar sus dimensiones, y aunque así se ha haga, siempre que falte la indicación del precio concreto por unidad de medida, la ley supone que tal individualización no ha tenido para las partes valor esencial, y constituía tan sólo una superabundancia de datos, que es una presunción de valor absoluto*”; en el mismo sentido, las SSTS de 31 de enero de 2001 -Roj: STS 601/2001- o 14 de febrero de 2002 -Roj: STS 995/2002-, entre otras muchas) y el vendedor cumpliría con entregar la superficie existente entre los linderos señalados, sin que el comprador tenga derecho a una reducción del precio si la superficie real es menor a la que figura en el contrato de compraventa o, incluso, en la inscripción registral (STS de 30 de septiembre de 1992 -Roj: STS 7394/1992-)

2. Que a las compraventas sobre plano o de viviendas en construcción, supuesto objeto de estudio, no le son aplicables las acciones específicas de los arts. 1469 a 1472 CC, dado que las disposiciones del Código Civil relativas al exceso o defecto de cabida no contemplan una diferencia entre lo contratado y lo entregado, supuesto de incumplimiento que es el que se daría en la venta sobre plano, sino una diferencia entre la realidad y lo estipulado. Y es que, si se analiza con detenimiento la argumentación arriba descrita, se llega a la conclusión de que solamente puede ser aplicable cuando estemos ante una compraventa de vivienda ya construida, o de segunda mano, en la que existe la posibilidad de comprobación efectiva de la superficie real del inmueble y la obligación del vendedor se limita a la entrega del bien tal cual está (mientras que en la venta de viviendas “sobre plano”, la inadecuación de lo entregado supone una infracción de la obligación del promotor-vendedor contractualmente asumida de fabricar conforme a lo estipulado). Es por ello, que la Jurisprudencia entiende que la argumentación desarrollada en torno a la aplicación del art. 1471 CC decae en los supuestos de vivienda “sobre plano” o en construcción, debido a que difícilmente podemos entender que el supuesto de hecho previsto en los arts. 1469 a 1471 CC comprenda la divergencia entre lo efectivamente entregado y aquello a lo que el vendedor-promotor se obligó a entregar cuando se perfeccionó el contrato, que no era sino un inmueble de existencia futura, consecuencia de su propia actividad.

En este sentido se han pronunciado las STS de 20 de marzo de 2002 -Roj: STS 2008/2002-, 19 de enero de 2005 -Roj: STS 141/2005- o 7 de diciembre de 2006 -Roj: STS 7601/2006-, descartando que la venta de un inmueble no construido ni delimitado, como el caso de venta sobre plano, pueda calificarse de venta de “cosa cierta”, que, por definición, es incompatible con el concepto de “cosa futura”²²⁹: la venta de una vivienda

²²⁹ Contundente al respecto es la SAP Tarragona de 14 de febrero de 2008 (Roj: SAP T 695/2008) al afirmar que “*tratándose de una compraventa de cosa futura no rigen las reglas contenidas en los artículos 1469 a 1472 C. Civil pues, según reiterado criterio jurisprudencial, no resultan aplicables cuando se trata de desviación sobre las previsiones contractuales que debe ser enjuiciada dentro del incumplimiento de la obligación de entrega y no como el supuesto regulado en dichos preceptos referente a la errónea representación del objeto examinado al contratar. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo manifestando que no cabe hablar de "cuerpo cierto" cuando se trata de ventas sobre plano, atendido que en tal supuesto los inmuebles no tienen existencia actual sino futura, aunque gráficamente prefigurada, por lo que en este tipo de compraventas el consentimiento contractual se otorga en contemplación a las características expuestas o resultantes del plano incorporado al contrato que, en estos casos, no sólo tiene una función descriptiva del objeto contractual, sino que ejerce también un papel normativo para el promotor-vendedor, en cuanto le obliga a construir con aquellas condiciones pactadas, de modo que se ajusten a las previsiones*”

en construcción no puede ser calificada de venta de “cuerpo cierto” pues, para que así fuera, la cosa objeto del contrato tendría que existir, y sólo es cierto aquello que tiene existencia corpórea. Y es que la venta a cuerpo cierto presupone el que la cosa exista y sus características sean conocidas, o puedan serlo, por las dos partes con una diligencia normal, lo que nunca puede predicarse de una cosa que no existe todavía.

Sin embargo, esto no puede suponer, tal y como se desprende de las sentencias mencionadas, que se permita al promotor construir un piso con menor superficie sin que se le pueda exigir responsabilidad, dejando a su arbitrio el cumplimiento del contrato. Los datos relativos a las dimensiones de la vivienda son una de las informaciones que necesariamente debe facilitar el vendedor promotor al adquirente, como ya vimos, sin que de modo alguno pueda sacar ventaja de menciones vagas que puedan suponer incumplimiento de su obligación de informar. Por otra parte, la existencia de un previo proyecto arquitectónico, debidamente visado, y la previa licencia urbanística, permiten definir sin especiales dificultades la superficie de cada piso. Y si errores del arquitecto obligan a hacer modificaciones que afecten a la superficie de las viviendas, no puede decirse que el promotor, que fue quien eligió a tal profesional, sea ajeno a tal incumplimiento.

Por todo ello, nunca podrá considerarse que la mención de superficie en estos casos es una mera mención accesorio. Tampoco parece que puedan quedar exentos de responsabilidad los promotores, cuando la variación se produce por alteración de las normas de planeamiento que afectan a la finca concreta sobre la que se está construyendo, aunque así se haga constar en el documento contractual, y ello porque, en principio, el promotor debe contar con la correspondiente licencia de edificación, lo que supone la previa existencia del plan concreto que ha de afectar a la finca, acerca de lo cual debe darse también información al adquirente, de acuerdo con lo dispuesto por el RD 515/89. Además, la actuación del promotor, que como titular registral es el único oído por las autoridades competentes en materia de urbanismo y el que suele negociar las

incorporadas al contrato. Cualquier modificación no consentida debe ser enjuiciada en el contexto del incumplimiento del contrato y no en el de la errónea representación del objeto al tiempo de su perfección porque la entrega con una superficie menor supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual y ha de equipararse a un "aliud por alio" respecto a la determinación de una cabida o superficie que integraba las condiciones contractuales".

modificaciones, en virtud del principio de colaboración de los particulares en el planeamiento, no puede ser considerada ajena a tales modificaciones.

En conclusión, ni la mención de que la vivienda se vende como cuerpo cierto, ni el empleo de los términos “superficie aproximada”, ni las eventuales modificaciones de planeamiento, pueden ser medios para eximir de responsabilidad al promotor-vendedor, quien sólo cumple si entrega la vivienda con las características pactadas según la información fiel y leal que debe facilitar al adquirente, que deposita su confianza en la palabra dada. Por todo ello, en caso de entrega de vivienda de superficie menor de la estipulada, nos hallaremos ante un incumplimiento contractual, por entrega de cosa distinta de la pactada, al que le podrá ser aplicable el régimen general del art. 1124 CC referido, con consecuencias resolutorias, o en su caso, indemnizatorias o incluso de cumplimiento forzoso *in natura* si ello fuera posible. Y así lo ha venido estimando una relevante doctrina jurisprudencial.

Por tanto, la no adecuación de lo construido y entregado por el promotor-vendedor al adquirente respecto de la superficie o extensión pactada en el contrato (que, desde luego, no se trata de un problema de vicios o defectos constructivos que se puedan incluir en el art. 17 LOE, sino de estricta aplicación del Código Civil) tratándose de compraventa de vivienda “sobre plano” o en construcción, no es un supuesto enmarcable en los arts. 1469 a 1472 CC, sino en las acciones generales derivadas de los arts. 1101 y 1124 CC, en relación con el incumplimiento contractual, con la importante consecuencia, entre otras muchas, de no ser de aplicación el breve plazo del art. 1472 CC, sino que la acción, como expresamente afirma la STS de 30 de enero de 1998 (Roj: STS 536/1998), estaría sometida al plazo general de prescripción del art. 1964 CC.

II. INCUMPLIMIENTO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA POR EL VENDEDOR

No cabe duda de que el mayor incumplimiento en que puede incurrir el vendedor-promotor es no proceder a la entrega de la cosa vendida. Es decir, no el hecho ya examinado de que se retrase en la fecha de terminación de la promoción y, con ello, en la entrega de la vivienda, pero que, en último término, ésta sea concluida y entregada, satisfaciéndose tardíamente el interés del comprador -sin perjuicio de las consecuencias

indemnizatorias a que haya lugar, en virtud de la mora producida-, sino incurrir, directamente, en la falta de realización de la prestación: el comprador, a pesar de haber transcurrido el plazo pactado, ni tiene la vivienda ni, a la vista de las circunstancias concurrentes, la va a tener.

Dejando aparte los supuestos en que se haya podido producir una imposibilidad física sobrevenida de la prestación del vendedor que no le sea jurídicamente imputable, por concurrir caso fortuito o fuerza mayor (art. 1105 CC), lo que en la compraventa inmobiliaria es ciertamente excepcional, en la práctica el incumplimiento total de vendedor-promotor se suele producir en dos situaciones: una, que el edificio no se llegue a construir, normalmente por la existencia de obstáculos urbanísticos o, en su caso, por insolvencia del promotor o empresa promotora; la otra, que se venda a un segundo comprador que, por la aplicación del art. 1473 CC, devenga propietario²³⁰.

1.- No construcción del edificio por imposibilidad jurídica.

En principio, parece de sentido común que las promotoras que inician la venta de viviendas por construir, procedan a dicha venta una vez adquiridos los terrenos y recibidas las oportunas licencias administrativas para iniciar la edificación. Sin embargo, en la práctica no siempre sucede de esta manera, ya que, habitualmente, la necesidad de obtener ingresos económicos inmediatos antes de iniciar la edificación lleva a las promotoras a suscribir contratos de compraventa de las viviendas que se pretenden edificar, sin tener la propiedad del suelo o sin haber obtenido la pertinente licencia de edificación del Ayuntamiento o, incluso, sin haber iniciado siquiera los trámites administrativos tendentes a su obtención. Es por ello que, en ocasiones, se produce el hecho de que, habiéndose iniciado la venta de los pisos o locales antes de ostentar los derechos reales necesarios sobre terrenos propiedad de un tercero, o antes de obtener las licencias administrativas legalmente exigidas dentro del proceso constructivo, finalmente el promotor-vendedor no consigue la titularidad del suelo o se le deniega la preceptiva licencia, circunstancias ambas que, cuando no son subsanables, simplemente impiden la construcción del edificio proyectado.

²³⁰ REBOLLEDO VARELA, “Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador...”, op. cit., págs. 5 y ss.

En principio, la imposibilidad legal de construir y entregar el inmueble objeto del contrato, debido a la falta de titularidad del suelo, a la denegación definitiva de la preceptiva licencia administrativa de edificación por falta de adecuación al Planeamiento o a la existencia de infracción urbanística al tiempo de celebrarse el contrato, debe calificarse jurídicamente como incumplimiento contractual imputable al vendedor, que facultaría al comprador para el ejercicio de la acción resolutoria del contrato, con fundamento en el art. 1124 CC. Ahora bien, en estos casos, lo habitual es que el promotor-vendedor pretenda solucionar el problema como un supuesto de imposibilidad sobrevenida por caso fortuito imprevisible o fuerza mayor, resolviendo el contrato con devolución al comprador de las cantidades percibidas, pero sin ninguna otra consecuencia.

Ha de señalarse que es cierto que, en alguna ocasión, esta interpretación de los hechos realizada por el promotor-vendedor ha sido acogida por los Tribunales²³¹, si bien, realmente no parece adecuado concluir que la no concesión de la correspondiente licencia de edificación al vendedor-promotor por falta de adecuación al planeamiento o infracción urbanística existente en el momento de celebrarse el contrato (y no por modificaciones posteriores a su perfección), que impide el cumplimiento, pueda ser calificada de caso fortuito o ser debida a causas ajenas al propio vendedor-promotor, permitiéndole liberarse del vínculo contractual simplemente devolviendo la parte del precio recibido con sus intereses legales.

Y es que ante la pregunta de si se puede reputar como imposibilidad sobrevenida y no imputable al promotor-vendedor, la provocada por la denegación de la licencia de construcción (supuesto en que la responsabilidad por incumplimiento cedería *ex arts.* 1105 y 1182 y ss. CC), ha de tenerse en cuenta que, si bien el art. 1182 CC dispone que se extingue la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando se perdiere sin culpa del deudor –supuesto al que se asimila la imposibilidad legal (art. 1184 CC)-, el art. 1183 CC establece que si la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se

²³¹ Tal es el caso de la STS de 7 de febrero de 1994 (Roj: STS 649/1994), en la que expresamente se declara que concurre imposibilidad de cumplir la prestación sin culpa del deudor (imposibilidad legal del art. 1184 CC) cuando la construcción no se puede llevar a cabo por denegación de la licencia de edificación, añadiendo, además, que la denegación de la licencia goza de una presunción de legalidad, por lo que la impugnación de la misma ante la jurisdicción contencioso-administrativa es una simple facultad que corresponde a la vendedora, pero en ningún caso una obligación.

presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, por lo que tal presunción da lugar a un desplazamiento de la carga de la prueba, y será el promotor-vendedor quien deberá acreditar el carácter no culpable del incumplimiento²³².

Y en efecto, no es difícil apreciar actuación negligente cuando se procede a vender un inmueble a construir y, en consecuencia, a percibir parte del precio, sin haber recibido la oportuna licencia de construcción²³³. Esto supone una total falta de previsión y ausencia de adopción de las mínimas medidas que exige el tráfico mercantil, por lo que si el promotor-vendedor concierta la venta sin haber obtenido previamente la licencia, a él únicamente es imputable el hecho de que no se conceda *a posteriori*, y ha de correr con el consiguiente riesgo de no obtenerla. Por todo ello, cuando se produce la venta de un inmueble a construir, y ello se hace sin previa obtención de la licencia, la imposibilidad de construir y entregar debido a la denegación de dicha licencia, no se puede calificar de caso fortuito o fuerza mayor, derivado de problemas administrativos de carácter urbanístico, sino de un verdadero incumplimiento contractual imputable al vendedor-promotor desde el inicio, al ofrecer la realización efectiva de una prestación que no estaba en condiciones de ejecutar –al menos en ese momento–, por carecer de la oportuna licencia de obras. Todo lo anterior supone que se debe permitir al comprador ejercitar la acción resolutoria prevista en el art. 1124 CC, y en este sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia²³⁴.

²³² En este sentido, la STS de 6 de abril de 1992 (Roj: STS 2978/1992), considera que ante el incumplimiento de la obligación de construir no existe caso fortuito, puesto que no se da la imprevisibilidad del suceso, toda vez que la vendedora debía haber examinado la situación urbanística de la finca para evitarse sorpresas y demoras con el Ayuntamiento, siendo objeto de reproche la venta apresurada.

²³³ Supuesto que hay que distinguir, como se hará más adelante, de modificaciones sobrevenidas del plan urbanístico, anulaciones judiciales de la normativa urbanística vigente u otros sucesos que sí serían imprevisibles o inevitables.

²³⁴ Así, la STS de 17 de mayo de 1988 (Roj: STS 3707/1988) estima que incurre en claro incumplimiento el vendedor que no respeta la legalidad urbanística separándose de la licencia; o la STS de 17 de junio de 1988 (Roj: STS 4667/1988), que califica de incumplidor al vendedor cuando el objeto vendido no se acomoda a las normas urbanísticas exigibles al tiempo de la formalización del contrato. El mismo criterio de responsabilidad se declara, sin ningún tipo de lugar a dudas, en la STS de 5 de diciembre de 1992 (Roj: STS 8910/1992), en que los vendedores no pudieron cumplir su obligación (dotar al local de una salida auxiliar) por impedírselo la normativa urbanística, considerando la sentencia que se da inexistencia de la normal y obligada diligencia por parte de los vendedores, consistente en recabar del Organismo Urbanístico correspondiente la oportuna información sobre la normativa urbanística, susceptible de ser conocida por los vendedores, profesionales de la construcción, antes de contraer la obligación por ellos incumplida, omisiones que generan responsabilidad en todo punto incompatibles con la invocación de incumplimiento por caso fortuito, ya que para su apreciación el obligado ha de demostrar que puso la diligencia razonable

En síntesis, la imposibilidad de llevar a cabo la edificación por existencia de obstáculos urbanísticos con anterioridad a la perfección del contrato, es considerada por la jurisprudencia como un claro supuesto de incumplimiento contractual, dado que dicha imposibilidad de realizar la prestación, a través de la construcción del edificio y entrega de la vivienda vendida, en absoluto se debe a un suceso imprevisible, sino a la total negligencia y falta de previsibilidad del promotor-vendedor, que inicia la venta sin tener las autorizaciones administrativas necesarias, u ostentar los derechos dominicales (o aquellos que le permitan construir sobre los terrenos). Y tal incumplimiento tendría consecuencias resolutorias a instancias del comprador, dentro del ámbito del art. 1124 CC, incluido el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, entre los que se encuentra el daño emergente y el lucro cesante (art. 1106 CC) que pudiera acreditar el adquirente.

A mayor abundamiento, no parece ofrecer ninguna duda que estaríamos ante un claro supuesto de incumplimiento contractual, si observamos algunas previsiones tanto de la legislación estatal como de las legislaciones autonómicas. Así, el art. 5.1.1 del RD 515/1989, de 21 de abril, exige que, cuando se promocionen viviendas para su venta, se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes *“copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios”*. A nivel autonómico, cabe citar, por ejemplo, el art. 17.1 de la Ley 3/2001, de 26 de abril, de vivienda de Extremadura, conforme al cual la obtención de la licencia urbanística de obras constituye un requisito imprescindible y la principal garantía del promotor frente al resto de los agentes que intervienen en el proceso calificadorio, y que sólo una vez otorgada podrán dar comienzo las actividades de construcción y venta de la edificación; o el art. 15.1 a) de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de vivienda de la Comunidad Valenciana, que dispone que cuando la venta de las viviendas se produzca en proyecto o construcción, el vendedor deberá acreditar que

(art. 1104 CC) que, sin duda, hubiese permitido conocer la imposibilidad legal de llevar a cabo la prestación convenida, por lo que concurre negligencia notoria, lo que ha de completarse con la afirmación de que, en todo caso, el obligado incumplidor no está excusado de acreditar en el proceso que su actuación estuvo presidida por el desconocimiento de la limitación urbanística alegada como causa de incumplimiento contractual que se le reprocha.

está en posesión de la licencia de obras. El incumplimiento de tales requisitos legalmente exigidos (con independencia de las consecuencias que se puedan derivar en el ámbito administrativo sancionador) no cabe duda de que debe excluir cualquier alegación de caso fortuito o fuerza mayor por parte del promotor-vendedor que no pueda llevar a término, por esta causa, la construcción y entrega de los inmuebles vendidos.

- Causas de moderación y exoneración de la responsabilidad por daños y perjuicios del vendedor.

Por último, no podemos dejar de señalar, con PINTO ANDRADE²³⁵, que las consecuencias antes descritas serán algo diferentes cuando la imposibilidad (legal) de construir la vivienda tenga un carácter sobrevenido. Es decir, cuando suceda que, en el momento de perfeccionarse el contrato de compraventa, la edificación de la vivienda objeto del mismo era posible administrativamente, si bien una modificación sobrevenida, una anulación judicial de la normativa urbanística (Plan Urbanístico) o un suceso inevitable o imprevisible, determina aquella imposibilidad legal. En estos casos, estaríamos ante una imposibilidad de cumplimiento que deriva de hechos imprevisibles y ajenos al vendedor, de modo que cedería la responsabilidad por incumplimiento, con fundamento en los arts. 1101, 1105 y 1108 CC.

La consecuencia jurídica en estos casos será, únicamente, la facultad del adquirente de instar la resolución del contrato por imposibilidad de cumplimiento de la prestación de entrega (ex arts. 1124 y 1182 CC), pero sin que pueda obtener una indemnización de daños y perjuicios a su favor, por tratarse de hechos sobrevenidos debido a causas ajenas al promotor-vendedor (arts.1105 y 1182 CC)²³⁶.

Como causas más frecuentes de imposibilidad legal sobrevenida de entrega de la vivienda en construcción objeto de compraventa, podemos citar:

²³⁵ PINTO ANDRADE, *Contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento*, op. cit., págs. 99 y ss.

²³⁶ Así lo declara también la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la STS de 24 de febrero de 1993 (Roj: STS 917/1993) se señala que “*la imposibilidad sobrevenida no invalida los contratos, sino que, conforme a la doctrina jurisprudencial -así, Sentencia de 13 de mayo de 1972- ha de declararse la resolución*”, por lo que se declara improcedente la indemnización por daños, ya que las causas de incumplimiento de la obligación de entrega no eran imputables a ninguna de las partes.

1. Modificación sobrevenida de la normativa urbanística. Acaecerá este supuesto cuando, una vez perfeccionado el contrato de compraventa, pero antes de su entrega, se produzca una modificación sobrevenida de la normativa urbanística que de lugar a que se deniegue la licencia de edificación, o se anule la anteriormente concedida. Estas circunstancias impiden legalmente el inicio, la continuación o la terminación de la construcción, así como su posterior entrega al comprador con todos los permisos urbanísticos preceptivos. Estas edificaciones se denominan “fuera de ordenación” -se trata de edificios previstos por el planeamiento, pero que la posterior modificación del Plan los deja fuera del mismo-²³⁷.

2. Anulación judicial sobrevenida de la legalidad urbanística. Tendrá lugar este supuesto cuando, una vez perfeccionado el contrato y antes de que tenga lugar la entrega de la vivienda, se anule, en virtud de resolución firme y definitiva de la jurisdicción contencioso administrativa, las licencias otorgadas, o todo el Plan de Urbanismo de la entidad local²³⁸.

No obstante lo anterior, la realidad demuestra que estas causas sobrevenidas se ponen de manifiesto, no solamente tras la firma del contrato de compraventa, sino incluso con posterioridad a su entrega. En estos casos, por los efectos propios de la nulidad de los actos administrativos (*ex tunc*), estas edificaciones, ya levantadas, pasan a denominarse

²³⁷ Esta modificación sobrevenida de la legalidad puede tener su origen en el acaecimiento de sucesos imprevistos, como cuando al inicio de la construcción del edificio aparecen restos arqueológicos, que suponen la paralización de las obras en virtud de una decisión administrativa, lo que determina la imposibilidad de la construcción bien en términos absolutos y definitivos, bien en la forma inicialmente prevista y pactada. En este sentido, la SAP Granada de 1 de septiembre de 2009 (Roj: SAP GR 1035/2009), que conoció del supuesto en que la licencia de obras fue suspendida por el Ayuntamiento, ordenándose la paralización de todos los trabajos, al aparecer durante la labor de excavación y preparación del solar restos arqueológicos de una villa romana. En esta resolución (profusa en cita de jurisprudencia y, por ello, sumamente ilustrativa) se declaran resueltos los contratos por imposibilidad de objeto, con obligación de devolución de las cantidades pagadas e intereses legales generados desde la entrega, especificando que sin derecho a otro tipo de indemnización, “*ya que la imposibilidad no ha sido causada ni resulta imputable a la promotora, y no cabe indemnización sin dolo ni culpa*”.

²³⁸ A modo de ejemplo, la SAP Cantabria de 1 de mayo de 2007 (Roj: SAP S 762/2007) concluye que “*la prestación debida por la sociedad demandada en virtud del contrato concertado 21 de agosto de 2.000 ha devenido jurídicamente imposible, al haber sobrevenido una nulidad de las normas subsidiarias que, al tiempo de la solicitud de la licencia, hubieran posibilitado le edificación del inicial proyecto. La imposibilidad jurídica sobrevenida proviene de una decisión superior y ajena al deudor, sin que medie por su parte negligencia o mora. La imposibilidad legal sobrevenida sin culpa del deudor, produce como efecto jurídico la extinción de la obligación (art. 1.184 del Código Civil). Tal extinción de la obligación de entregar una cosa determinada, al tener lugar en el ámbito de una relación sinalagmática, impone desmantelar el entramado negocial, viniendo cada parte obligada a restituirse los que recibió de la otra*”.

“fuera de planeamiento”, y la restauración de la legalidad implica su demolición²³⁹. En esta tesitura, el comprador “de buena fe” de una de estas viviendas fuera de planeamiento, sobre la que pende la posibilidad de ejecución de sentencia y consiguiente demolición, prefiere conservar el contrato, ante la seguridad de que el incumplimiento del vendedor tiene su origen en una causa imprevisible por éste. Por eso, es habitual que ese comprador prefiera, en lugar de accionar contra el promotor para resolver el contrato, plantear la batalla legal en vía contenciosa, como interesado, ante la expectativa de que la norma urbanística vuelva a modificarse en virtud de una decisión política que, por razones de justicia material o simplemente pragmáticas, legalice nuevamente la situación administrativa de las viviendas²⁴⁰.

Respecto a este supuesto, de modificación sobrevenida de la legalidad urbanística, cabe citar la reciente STS de 12 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4052/2016), dictada en un supuesto en que ya se había expedido la correspondiente licencia de primera ocupación, si bien, en virtud de sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, se ordenó la reposición de los terrenos a su estado anterior, pesando, en consecuencia, sobre la vivienda litigiosa un peligro cierto y grave de que se procediera a su demolición, con base en una resolución judicial firme. En este caso, por la actora se instó la anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento, en lugar de la resolución por incumplimiento (de lo que se extrae que las vías para declarar la ineficacia del contrato en estos casos no se limita a la acción resolutoria), y así se acordó, toda vez que, según la propia STS, *“tan esencial es el error provocado por la ocultación que hizo el promotor-vendedor al comprador de la ilegalidad urbanística, que ha dado lugar a la anulabilidad del contrato por vicio en el consentimiento, con lo que es evidente que el contrato no «ha llegado a buen fin», pues era factible la entrega física de la vivienda al*

²³⁹ De hecho, los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo vienen afirmando que la declaración de nulidad de una licencia de edificación, si se anula el Plan en que se ampara, implica tener que demoler lo construido, así como la imposibilidad de utilizar la edificación para el destino autorizado.

²⁴⁰ Numerosos ejemplos de situaciones como la descrita encontramos en las costas cántabra, levantina o andaluza, supuestos en los que se otorgaron licencias de construcción a promotoras amparadas en planes urbanísticos que, tal como se declaró judicialmente después, infringían palmariamente la Ley de Costas. En este sentido, podemos citar la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, cuyo artículo segundo se dedica a la prórroga extraordinaria y selectiva de las concesiones otorgadas al amparo de la normativa anterior, que se ha recogido en la prensa como una amnistía de viviendas, situadas fundamentalmente en la zona de servidumbre de costas. Trata de evitar así la extinción de las concesiones que comenzarían a expirar en 2018.

*encontrarse terminada, pero adolecía de condiciones jurídicas que garantizaran el uso pacífico de futuro, sin miedos y sobresaltos por ilegalidades urbanísticas*²⁴¹. Es de interés, además, esta resolución, puesto que fija como doctrina que *“las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística”*.

2.- Supuesto de doble venta

La segunda situación que se puede dar en la práctica es que el vendedor-promotor no pueda entregar la vivienda o local, porque se lo haya vendido y entregado a otro comprador. Este supuesto, dejando aparte consecuencias penales en actuaciones dolosas del transmitente²⁴², surge con relativa frecuencia en la práctica en una situación concreta: el vendedor, ante lo que él considera un incumplimiento del comprador por no pagar el precio -o en los casos más extremos, por considerar incluso que no hay una compraventa perfeccionada, sino tan sólo un precontrato de promesa de venta²⁴³- resuelve unilateralmente la compraventa -con requerimiento resolutorio del art. 1504 CC en el

²⁴¹ Razona también la referida STS que *“cuando el promotor-vendedor oculta al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística que determinen la ilegalidad de ésta, el comprador podrá ejercitar la anulabilidad del contrato de compra-venta con fundamento en un vicio del consentimiento de naturaleza invalidante (artículo 1300 y concordantes CC). Aunque pueda estimarse, según las circunstancias, la anulabilidad del contrato por dolo, la mayor parte de las resoluciones jurisprudenciales, como sucede en la presente, la estiman por error, pues, según reconoce autorizada doctrina presenta menos dificultades probatorias.*

Ahora bien, tal ocultación no empece a que el comprador inste la resolución del contrato con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1124 CC, pues no podría cumplir el vendedor con la obligación esencial de entregar la vivienda conforme a lo pactado (artículo 1258 CC), y si se trata de relación contractual de consumo habría incumplido con la obligación esencial de informar el profesional al consumidor sobre un extremo tan importante en la adquisición de vivienda, cuál es su acomodación de ésta a la normativa urbanística”.

²⁴² Dentro de las estafas, el art. 251 CP establece que será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años: *“1º Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero. 2º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero. 3º El que otorgare, en perjuicio de otro, un contrato simulado”*.

²⁴³ Sobre un caso como éste, la STS de 20 de julio de 1990 (Roj: STS 5899/1990) resolvió que el aparente contrato de promesa de venta era en realidad una compraventa perfecta y que se había producido doble venta con mala fe del segundo comprador.

mejor de los casos, aunque muchas veces con simple notificación, ofreciendo la devolución de la señal o parte del precio recibido-, y procede a formalizar nuevo contrato con un tercero, y a entregar a este último el inmueble.

Sin embargo, en muchas ocasiones la resolución pretendida es improcedente, porque hay previo incumplimiento por parte del vendedor de sus propias obligaciones, y cualquier pretensión resolutoria al amparo del art. 1124 CC exige, por su parte, un exacto cumplimiento de lo que le incumbe (SSTS, entre otras muchas, de 27 de noviembre de 1992 -Roj: STS 8716/1992-, 26 de septiembre de 2002 -Roj: STS 6219/2002- y 11 de febrero de 2003 -Roj: STS 863/2003-); o bien, el comprador en absoluto ha incumplido con su obligación de pago (SSTS de 25 de noviembre de 2002 -Roj: STS 7862/2002- y 12 de diciembre de 2000 -Roj: STS 9090/2000-), o simplemente, el incumplimiento del comprador no es tan grave como para acarrear la consecuencia de la resolución, en relación con la parte de precio pendiente de pago (SSTS de 28 de diciembre de 2000 -Roj: STS 9713/2000- y 30 de abril de 1996 -Roj: STS 2623/1996), etc.

En todos estos supuestos, la validez y eficacia del primer contrato implica que el vendedor deba proceder a la entrega de la cosa vendida, por lo que, habiendo formalizado nuevo contrato con tercero y consumada con éste la compraventa mediante la entrega del inmueble, ante la reclamación del primer comprador, es claro que no podrá dar cumplimiento a las obligaciones que se derivan del contrato inicial, lo que, aparte de la devolución de las cantidades anticipadas y demás conceptos en los términos regulados en la Ley 57/1968 (actualmente, en la Disposición Adicional Primera de la LOE), conllevará consecuencias resolutorias e indemnizatorias²⁴⁴ (así, por ejemplo, STS de 27 de diciembre

²⁴⁴ Sobre las consecuencias indemnizatorias en el supuesto de doble venta, ante el incumplimiento que supone la falta de entrega al primer comprador no favorecido por los criterios del art. 1473 CC, es reseñable la STS de 15 de mayo de 2003 (Roj: STS 3291/2003), que desestima el recurso contra la sentencia de la Audiencia, que había aplicado para la cuantificación de la indemnización el criterio del art. 1478 CC previsto para la evicción -no los arts. 1107 y 1108 CC, expresamente establecidos para el incumplimiento contractual, aunque sí modera la indemnización acogiéndose al art. 1103 CC- y rechaza la utilización de la legislación urbanística para la valoración del suelo vendido. No obstante, como señala MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Doble venta de inmueble. Evicción. Incumplimiento. Aplicación de la legislación del suelo o del CC para fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios. (Comentario a la STS de 15 de mayo de 2003)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65/2004, Madrid, pág. 541, el TS no afirma que, en el supuesto de doble venta, deba aplicarse necesariamente la normativa sobre evicción, sino tan sólo que establecer la indemnización derivada del incumplimiento contractual de la obligación de entrega -aunque no se dice en la STS, se parte implícitamente de resolución por incumplimiento-, es decisión del tribunal de instancia, no revisable en casación, salvo que sea caprichosa, desorbitada o injusta

de 1993 -Roj: STS 9195/1993-). Por otra parte, el comprador no está obligado, previamente, a ejercitar las posibles acciones que pueda ostentar contra el tercero, dentro del marco de una venta de cosa ajena o doble venta.

Ahora bien, que no venga obligado a ello y que pueda optar por dirigirse contra el vendedor por incumplimiento de la obligación principal del mismo, y reclamación de todos los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, no es óbice a que plantee, si lo considera oportuno, la reclamación al tercero de la titularidad dominical del inmueble. En este caso, es necesario distinguir la doble venta, que se resuelve por el cauce del art. 1473 CC²⁴⁵, de la venta de cosa ajena, que se produce cuando la segunda venta se verifica después de que la primera haya sido consumada, pues en este último supuesto, la jurisprudencia ha sostenido que la segunda es nula por falta de objeto.

Así, es doctrina jurisprudencial ya antigua²⁴⁶ que la tipificación de la doble venta que contempla el art. 1473 CC requiere para su existencia que, para cuando se perfeccione la segunda venta, no se haya transmitido aún la propiedad en virtud de la primera compraventa, lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas, pues si la primeramente concertada ya hubiera quedado totalmente consumada por pago íntegro del precio por el comprador y, sobre todo, entrega de la cosa por el vendedor, ya no estaríamos ante un verdadero supuesto de doble venta, sino ante una venta de cosa ajena, sujeta a sus propias consecuencias jurídicas, que siguiendo la doctrina más clásica sobre esta figura, suelen concretarse en inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto (SSTS de 21 de junio de 2000 -Roj: STS 5097/2000-, de 19 de diciembre de 2000 -Roj: STS 9372/2000-, de 22 de junio de 2001 -Roj: STS 5356/2001-, de 6 de mayo de 2004 -Roj: STS 3064/2004- y de 11 de junio de 2004 -Roj:

(STS de 26 de noviembre de 1993 -Roj: STS 17958/1993-), y se considera que no reúne ninguna de esas características el utilizar como pauta para la fijación del *quantum* indemnizatorio en el supuesto de doble venta lo dispuesto para el supuesto de saneamiento por evicción.

²⁴⁵ Dispone el art. 1473 CC que “*si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuese mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que primero la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe*”.

²⁴⁶ v. STS de 11 de abril de 1992 (Roj: STS 3152/1992) y el comentario a dicha sentencia de CARRION OLMOS, S. “Doble venta. Venta de cosa ajena. Inexistencia de la segunda venta por falta de objeto. Buena fe ex artículo 1473-2 del Código Civil (Comentario a la STS de 11 de abril de 1992)”, *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, núm. 29/1992, Madrid, págs. 500 y ss.

STS 4045/2004-)²⁴⁷. Ahora bien, esta postura del TS ha cambiado, en cierta medida, al reconocer, desde la STS de 5 de marzo de 2007 (Roj: STS 1192/2007), que la segunda venta de cosa ya ajena al vendedor no es nula, y si esto es así, parece, en principio, que no habría razón para excluir del ámbito de aplicación del art. 1473 CC esta segunda venta, efectuada tras la adquisición de la propiedad por el primer ocupante.

Tales pronunciamientos judiciales se producen en el contexto argumentativo de rechazar, en estos casos, la aplicabilidad del art. 1473 CC²⁴⁸, por no concurrir el supuesto de doble venta, y tienen unas consecuencias muy claras: transmitida la propiedad al primer comprador, éste tiene contra el segundo una acción reivindicatoria propia de quien es propietario contra quien detenta la posesión del bien sin título oponible, pues si la primera venta ya había sido consumada, existirá título y modo (art. 609 CC) y, por lo tanto, transmisión del dominio si el vendedor era propietario²⁴⁹. Es decir, la conclusión que se deriva de distinguir si nos encontramos ante una doble venta o ante una venta de cosa ajena es importante: aunque el segundo comprador inscriba en el Registro de la Propiedad, no estaría amparado por el art. 1473 CC (SAP Santa Cruz de Tenerife de 28 de febrero de 2003 -Roj: SAP TF 618/2003-), salvo que reúna los requisitos del tercero hipotecario (art. 34 LH), porque en este caso y a estos efectos, no se estima que su título de compraventa sea nulo (art. 33 LH)²⁵⁰. En otras palabras, el segundo comprador sí

²⁴⁷ Respecto a esta postura jurisprudencial, si bien se desprende de la misma cierta justicia material en el fallo, adolece, según se ha criticado doctrinalmente, de errores argumentales. Así, el requisito de la proximidad temporal carecería de sentido, ya que la cosa es o no ajena al vendedor, dependiendo de que en el primer comprador concurren título y modo, con independencia del tiempo transcurrido entre una y otra venta, GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Comentario al art. 1473 CC”, op. cit., págs. 10.417 y 10.418.

²⁴⁸ De algún modo, este precepto protege a quien ha logrado la publicidad de su adquisición, frente a otro que, si bien reúne los requisitos para ser propietario, ha permitido que continúe la apariencia de poder de disposición del vendedor, o no ha procurado que su propia adquisición se publique a través de los instrumentos establecidos al efecto por nuestro ordenamiento -ello siempre que el comprador que resulte definitivamente propietario, lo sea de buena fe, entendida como desconocimiento de la venta anterior-, GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Comentario al art. 1473”, op. cit., pág. 10.421.

²⁴⁹ A este respecto, ESPEJO LERDO DE TEJADA, “En qué casos la escritura pública no equivale a la entrega”, op. cit., pág. 1212, cuestiona si la escritura pública es suficiente para producir una automática transmisión del derecho real, una vez que el vendedor ostente la titularidad del bien. Si se entendiera que ésta no es suficiente, se debería exigir del vendedor un acto con valor traditorio, que lo normal es que fuera la tradición real. Si bien, este autor señala que, aunque la entrega material es, sin duda, una obligación del vendedor, lo cierto es que la transmisión de la propiedad no está ligada a ella, y así se desprende del art. 1462.2 CC, que equipara la escritura a la entrega, de lo que puede deducirse que la adquisición por el comprador se produciría automáticamente, desde que el vendedor adquiriera la propiedad de la cosa: así, si la inicial eficacia traditoria de la escritura se debía a la falta de titularidad del transmitente, subsanado este obstáculo debería quedar resuelto el problema.

²⁵⁰ Así, SSTs de 21 de junio de 2000 (Roj: STS 5097/2000), 5 de diciembre de 2002 (Roj: STS 8151/2002),

estaría protegido por el juego del art. 34 LH, en su condición de tercero hipotecario, pero siempre que reúna los requisitos exigidos (SAP Guadalajara de 26 de julio de 2004 -Roj: SAP GU 321/2004-; SAP Madrid de 7 de julio de 2003 -Roj: SAP M 8200/2003-) ²⁵¹. En consecuencia, es requisito fundamental en la determinación de la propiedad de la cosa la buena fe del tercero adquirente. En este sentido, según Jurisprudencia constante y reiterada, el concepto de buena fe, aplicado al caso de la doble venta, consiste en ignorar que la cosa había sido vendida a otro, es decir, el desconocimiento acerca de si la situación y titularidad registrales son o no exactas ²⁵².

En todo caso, tal se ha dicho, tratándose de la acción que el primer comprador y propietario tiene contra el segundo, que es poseedor –debido a que su título deriva de un

y 6 de mayo de 2004 (Roj: STS 3064/2004).

²⁵¹ Todo ello dejando aparte la cuestión siempre problemática de la validez o no de la venta de cosa ajena como problema puramente objetivo -prescindiendo de la buena o mala fe de la parte-, en que la jurisprudencia se muestra dubitativa y en ocasiones claramente contradictoria, si bien actualmente, y resaltando su carácter obligacional, parece inclinarse hacia su validez. Así, la STS de 14 de abril de 2000 (Roj: STS 3151/2000) expresamente dice que *“ciertamente, la doctrina jurisprudencial más moderna viene reconociendo la validez de la venta de cosa ajena, dado el carácter puramente obligacional del contrato de compraventa -el vendedor, en efecto, no da sino que se obliga a hacerlo- sin que exista precepto alguno que disponga que quien vende tenga que ser propietario de la cosa vendida; tal venta no impide que quien sea el verdadero dueño pueda reivindicarla de quien la compró, con la consecuencia para éste si es vencido en el proceso reivindicatorio, tenga a su favor el derecho a la pertinente indemnización o al saneamiento frente a quien le vendió la cosa que resultó ser de ajena propiedad”*. Igualmente, la STS de 7 de febrero de 2001 (Roj: STS 807/2001) resuelve que actualmente *“se reconoce pacíficamente por la doctrina científica y la jurisprudencia la validez de la venta de cosa ajena, en virtud de la naturaleza consensual u obligacional del contrato de compraventa, según aparece regulado en nuestro Código Civil, a cuyo tenor el vendedor no transmite la propiedad de la cosa por el simple contrato, sino que únicamente se obliga a entregarla (arts. 1445 y 1450 CC). Así, salvo determinados casos de engaño que desembocan en la anulabilidad por dolo, la STS de 5 de julio de 1976 ya consideró inalterada y unánime la jurisprudencia que admitía la validez de la venta de cosa ajena; y la STS de 26 de junio de 1993, citando otras muchas anteriores, recalcó que la venta de cosa no propia del vendedor no hacía objetivamente imposible o nula la obligación, sustituible por el interés equivalente del comprador como efecto típico de cualquier incumplimiento. Más recientemente, las SSTs de 11 de noviembre y 31 de diciembre de 1997 han seguido en la misma línea, reconociendo siempre el derecho del comprador a exigir el cumplimiento, salvo que opte por la resolución fundada en el incumplimiento del vendedor o por la anulación del negocio fundada en error o dolo”*.

²⁵² A modo de ejemplo, en la STS de 22 de diciembre de 2000 (Roj: STS 9548/2000) se señala que *“el concepto de buena fe en materia de propiedad y derechos reales y por ende, para la aplicación de la protección de la fe pública registral que reconoce el art. 34 de la Ley Hipotecaria al titular inscrito, ha sido precisado por reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que este requisito consiste, en su aspecto positivo, en la creencia, por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio, y, en su sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente (por todas, sentencia de 19 de julio de 1989)”*.

supuesto de venta de cosa ajena, siendo discutible su posible validez-, es una cuestión que, en cualquier caso, afectaría a las relaciones internas entre el vendedor y segundo comprador, que podrá dar lugar entre ellos al saneamiento por evicción (art. 1475 CC)²⁵³, pero que no impide que el primer comprador pueda ejercitar acción contra el vendedor para exigir el cumplimiento forzoso o *in natura* de la obligación de entrega (art. 1096 CC) y, si la posesión ya la detenta un tercero, ejercitar contra él acción reivindicatoria (art. 348 CC) e impugnación de la segunda compraventa por ineficacia *stricto sensu*, por falta de poder de disposición del vendedor.

Bajo todas estas premisas, la elección de la acción más apropiada a favor del primer comprador constituye una cuestión variable, puesto que confluyen múltiples circunstancias que condicionan la oportunidad de optar por una vía u otra. No obstante, pueden seguirse las siguientes líneas generales, que haremos depender, como hace PINTO ANDRADE²⁵⁴, de la buena o mala fe del tercer adquirente:

i) Mala fe del tercero. Si el primer comprador entiende que el segundo comprador ha intervenido con mala fe, resulta claro que el vendedor debe cumplir la obligación de entrega que asumió en el primer contrato de compraventa suscrito. En efecto, como se ha indicado arriba, si el segundo comprador no ha actuado de buena fe, no devendrá propietario, de modo que el comprador que no recibió el objeto del contrato, en nuestro caso, la vivienda, podría ejercitar una acción a fin de que se declare la validez y eficacia del primer contrato, así como la nulidad de la segunda compraventa, con cancelación de la misma en el Registro de la Propiedad, debiéndose demandar no sólo al vendedor sino también, como es natural, al tercer adquirente. Asimismo, podrá instar en su demanda el cumplimiento forzoso de la primera compraventa, solicitando la elevación de la misma a escritura pública, con la consiguiente inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad²⁵⁵.

²⁵³ RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena y evicción (estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)*, Bosch, Barcelona, 1990, según resumen de dicha monografía efectuado por FENOY PICÓN, N. en *Anuario de Derecho Civil, año 1990*, págs. 1292 a 1295 del anuario.

²⁵⁴ PINTO ANDRADE, *Contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento*, op. cit., pág. 95.

²⁵⁵ No obstante, a fin de evitar una eventual sentencia desestimatoria, con la consiguiente condena en costas, puede añadirse una petición subsidiaria, para el caso de que se considere por el Tribunal que el tercer adquirente actuó de buena fe, solicitando la resolución del primer contrato de compraventa, con devolución

ii) Buena fe del tercero. Por el contrario, si el primer comprador considera que ha tenido lugar un supuesto de doble venta, en el que el segundo comprador ha actuado de buena fe, resulta evidente, en este caso, que el vendedor no puede cumplir la obligación de entrega que asumió en el primer contrato, puesto que el segundo comprador estaría amparado por lo establecido en el art. 1473 CC. Por tanto, al no ser posible el cumplimiento, el primer comprador podrá instar acción de resolución contractual, con el consecuente reintegro de cantidades entregadas, más intereses, e indemnización de los daños y perjuicios padecidos.

IV. EFECTOS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DERIVADOS DE LA DECLARACIÓN EN CONCURSO DE LA PROMOTORA

La crisis económica ha afectado muy especialmente al sector inmobiliario, lo que ha dado lugar a la declaración de concurso de numerosas empresas dedicadas a la promoción de viviendas. Esto ha provocado consecuencias que alcanzan directamente a los adquirentes que habían contratado con dichas empresas, posteriormente declaradas en situación concursal. Dichas consecuencias deben examinarse teniendo en cuenta que, tal y como se analizó en el primer capítulo de este trabajo, el adquirente de vivienda es habitualmente una persona que merece la consideración de consumidor, a los efectos del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La posible declaración en situación de concurso del promotor inmobiliario lleva consigo numerosas cuestiones relativas a un eventual contrato de compraventa suscrito con un particular, tales como la determinación de lo que puede considerarse como "interés del concurso", a efectos de resolución contractual. Existe también un amplio debate sobre la calificación de los contratos de compraventa no cumplidos por completo, directamente relacionado con la mejor o peor posición de los adquirentes de viviendas y sus expectativas respecto a los demás créditos y acreedores del concurso. Toda esta problemática se ha multiplicado, debido al notable incremento del número de concursos, el importante volumen de viviendas terminadas sin vender e iniciadas sin concluir, y la multitud de adquirentes de viviendas de una y otra clase, que pretenden una posición

de las cantidades entregadas a cuenta, más intereses legales, así como la indemnización de los daños y perjuicios padecidos.

favorable dentro del concurso, ante la constatación de que la mayor parte de los procedimientos concursales terminan con la liquidación de la empresa concursada, siendo los convenios entre deudor y acreedores la excepción.

Si los efectos del contrato de compraventa, las obligaciones de las partes, la posición protegida del consumidor y las exigencias de una normativa extensa y diseminada ya suponen un complejo tratamiento jurídico de los contratos que tienen por objeto la adquisición de inmuebles en construcción, las dificultades jurídicas y económicas se multiplican cuando, además, el promotor-vendedor cae en situación concursal, con sus especialidades y normas características. En definitiva, se analizarán a continuación las consecuencias más probables que la situación concursal ocasiona durante la vigencia del contrato de compraventa de bienes inmuebles sobre plano, en caso de que la promotora se viera afectada por la declaración en concurso, así como las eventuales soluciones que se han venido adoptando por los tribunales, y que afectarían a los contratos y litigios en trámite, dentro y fuera del juzgado encargado de gestionar el proceso concursal.

1.- Introducción: principio de no afectación de los contratos

La declaración en concurso de la parte vendedora-promotora del contrato de compraventa de vivienda en construcción introduce, como se ha indicado, un factor más de complejidad para el adquirente, tanto en el caso de que, al declararse el concurso, haya transcurrido el plazo pactado sin que la vendedora haya entregado la vivienda, como en supuesto de que dicho término no haya llegado, ante la posibilidad de que, declarado el concurso, se produzca un retraso en la ejecución de la construcción, la no terminación de ésta o, incluso, su transmisión a un tercero.

La situación concreta del adquirente al tiempo de la declaración de concurso de la promotora dependerá de varios factores, tales como el contenido del contrato suscrito, el desarrollo de la ejecución, la existencia o inexistencia de aval o seguro que garantice las cantidades entregadas a cuenta o la viabilidad económica de la promoción en la que se encuentre la vivienda objeto del contrato²⁵⁶. Ahora bien, en todo caso, la declaración de concurso no supone ni el vencimiento anticipado, ni el incumplimiento de las

²⁵⁶ ALONSO SAURA, “El tiempo en la entrega de la vivienda...”, op. cit., págs. 65 y 66.

obligaciones nacidas del contrato, que subsisten en los términos pactados, como a continuación se dirá.

Así, la regulación de los efectos de los contratos en el procedimiento concursal la encontramos en los arts. 61 a 70 de la Ley Concursal, y se estructura a partir de un principio o regla general, descrito en el artículo 61.2 LC, conforme al cual *"la declaración de concurso, por si sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento"*. Por lo tanto, debe entenderse que, a pesar de la declaración de concurso, todos los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, como es el caso de la compraventa de vivienda "sobre plano" o en construcción, objeto de estudio, siguen en vigor²⁵⁷.

Este principio general debe complementarse con otro principio implícito en las mismas disposiciones legales, en cuya virtud la declaración de concurso no debería alterar las reglas generales de la contratación civil y mercantil. Sólo estaría justificada dicha alteración -especialmente en lo relativo a las normas de resolución por incumplimiento del art. 1.124 CC- cuando así lo disponga expresamente la Ley Concursal, y siempre en interés del concurso. Por ello, sólo podrá acudirse a la excepción si se demuestra que con

²⁵⁷ Al respecto, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 21 de septiembre de 2009 (Roj: SJM BI 40/2009) señala que 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"*.

Como dice la administración concursal, no hay crédito alguno, porque nada se adeuda, hasta que llegue el término convenido, a los compradores. No obstante, habrá que matizar que es preciso que la concursada continúe, en cumplimiento de su contrato, la promoción inmobiliaria que ha comprometido en el municipio cántabro de Colindres. Si después de declarado el concurso no lo hiciera (los incumplimientos anteriores sólo pueden esgrimirse en contratos de tracto sucesivo, cualidad que no es propia de la compraventa), los compradores quedarían habilitados para instar la resolución de los contratos por incumplimiento, conforme al art. 62.1 LC, convirtiéndose efectivamente en acreedores, pero a la restitución de las cantidades que procedan e indemnización de daños y perjuicios, conforme a los arts. 1.124 y 1.504 del Código Civil (CCv), crédito a la restitución que el art. 84.2.6º LC considera contra la masa"

La Ley Concursal ha introducido, por tanto, una nueva filosofía en sede de concurso, en cuanto a la conservación de los contratos que vinculan al concursado, en concordancia con el principio de continuidad empresarial o profesional proclamado en su art. 44, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1667 y 1668.

En consecuencia, la declaración de concurso no implica por si misma la interrupción del ejercicio de la actividad de la promotora concursada. De hecho, la continuidad de dicha actividad resulta de gran interés para la satisfacción de los compradores, en la medida que a través de ésta podría llegarse al buen fin de la promoción, o a la satisfacción total o parcial de sus créditos.

esa aplicación específica se favorecen los intereses del concurso (art. 61.2 y 62.3 LC).

El principio general de mantenimiento de los contratos tras la declaración de concurso, ha supuesto que la propia ley prevea que se tengan por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato, por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes. En este sentido se pronuncia el art. 61.3 LC.

Conforme a lo anterior, el régimen jurídico del contrato de compraventa no se verá afectado, con carácter general y sin perjuicio de las excepciones sobre resolución, por la declaración de concurso²⁵⁸. Así, el comprador seguirá obligado a abonar el precio pendiente en el modo estipulado en el contrato, y el vendedor deberá hacer entrega de la cosa objeto del contrato -el inmueble- en la fecha estipulada²⁵⁹. El incumplimiento de una u otra obligación, sea completo o parcial, traerá consigo las consecuencias contractuales que se hayan convenido y las legales que correspondan, entre otras la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución, prevista en el art. 1124 CC²⁶⁰ y la de constituir en mora al incumplidor del art. 1100 CC. Podrá también exigir el cumplimiento *in natura* con cargo a la masa, o acudir a la *exceptio non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus* para evitar cumplir sus propias obligaciones, con base en el incumplimiento de las que incumben a la otra parte, en tanto no se realice o no ofrezca por ésta el pago íntegro. Más dudas suscita la posibilidad de que el adquirente pueda oponerse a cumplir sobre la base del riesgo inherente a la situación de insolvencia en la que se encuentra la

²⁵⁸ Si la declaración de concurso no afecta a la eficacia de los contratos suscritos por el vendedor concursado, éste y la administración concursal deben cumplir con las obligaciones pendientes y las que vayan venciendo, y a su vez, el comprador *in bonis* deberá hacer otro tanto, en particular en lo que se refiere a la satisfacción del precio, cuando se ha previsto que el abono sea diferido en diversos momentos. De no verificarse la entrega del inmueble, aparece el crédito del comprador a la misma, salvo que se pretenda la resolución del contrato en interés del concurso, que es la otra consecuencia prevista en el art. 61.2 LC.

²⁵⁹ En el caso de las obligaciones que incumben al concursado, su cumplimiento habrá de ser asumido por él mismo, o por la administración concursal, dependiendo del régimen aplicable a las facultades patrimoniales de aquel, sin que, en principio, el hecho de haberse declarado el concurso pueda justificar la suspensión o el retraso en el cumplimiento de tales obligaciones, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario de los arts. 61 a 63”, *Comentario de la Ley Concursal*, Dir. A.R. y E.B., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 1144.

²⁶⁰ Una vez declarado el concurso, la resolución de los contratos debe realizarse por el cauce previsto en la LC, de modo que no cabe la resolución extrajudicial. Por ello, podemos hablar de dos tipos de resolución en el concurso, bien porque el concursado -o, en caso de suspensión, la administración concursal- la solicite, por ser de interés para el concurso (supuesto del art. 61.2 LC), o bien porque haya habido un incumplimiento del concursado o de la otra parte (supuesto del art. 62 LC).

contraparte, con base en el principio que subyace en los arts. 1467 y 1129 CC, ya que ello se opondría al espíritu de las normas que, en relación al concurso, favorecen el mantenimiento de la actividad económica del concursado²⁶¹.

Por su parte, el contratante *in bonis* también habrá de cumplir con sus propias obligaciones en los términos pactados (correspondiendo al propio deudor o a la administración concursal, según los casos, exigir dicho cumplimiento), sin posibilidad de instar la resolución con base en la existencia del concurso, como hemos visto. Por esta especial situación, resultaría injusto que su crédito hubiera de quedar sometido al régimen de graduación de los restantes créditos concursales, toda vez que, en la práctica, ello supondría obligarle a cumplir sin tener una expectativa razonable de cobro. Además, hay que tener en cuenta que el cumplimiento de las obligaciones del contratante *in bonis* aportan valor a la masa activa del concurso, redundando en beneficio tanto del propio concursado como de los restantes acreedores. Es por ello que la propia Ley establece que las obligaciones que haya de atender el concursado en estos casos tendrán preferencia, ya que se cumplirán con cargo a la masa, de modo que se satisfarán antes que cualquier crédito concursal, excepto los que gocen de garantía real (arts. 154.3 y 155 LC). El momento que ha de tenerse en cuenta para determinar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones recíprocas, es la fecha de declaración de concurso, conforme dispone el art. 61 LC.

Para que proceda la resolución dentro del procedimiento concursal, debemos estar ante un contrato en el que ambas partes tengan obligaciones pendientes de cumplir, ya que, en caso contrario, nos encontraríamos en el supuesto previsto por el art. 61.1 LC, que ya no permite, si una de las partes ha cumplido íntegramente con su prestación, la resolución del contrato²⁶², sino que, en tal caso, la parte cumplidora, si fuera el contratante

²⁶¹ DÍEZ SOTO, C.M., “Resolución y concurso”, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Coord. C.L.G.P. e I.G.P., Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pág. 360.

²⁶² Si el comprador ha satisfecho el precio de la compraventa en su totalidad y el vendedor concursado no ha hecho entrega del inmueble, pese a haberse alcanzado el momento estipulado en el contrato antes de la declaración de concurso, el primero debe ser incluido en la lista de acreedores que elabore la administración concursal, para ser satisfecho cuando le corresponda por el orden legal. El crédito del comprador tendrá que ser comunicado, indicando la calificación e importe pretendido. En este caso, la calificación que correspondería al crédito, la prestación debida, que es la entrega del inmueble íntegramente abonado, es de crédito ordinario conforme al art. 89.3 LC, que deberá cuantificarse en dinero, como dispone el art. 88.3 LC, de modo que el valor que hay que tener en cuenta es el de la fecha de declaración del concurso. Si

*in bonis*²⁶³, debe limitarse a la comunicación del crédito en el concurso, con su reconocimiento en la lista de acreedores²⁶⁴. En consecuencia, lo que preocupa al legislador no es el destino del contrato como tal, sino únicamente el de las obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo del concursado, y la solución pasa por la sujeción de los correspondientes créditos del contratante *in bonis* al régimen general de comunicación, reconocimiento y graduación propio de los créditos concursales.

Conforme a lo anterior, los preceptos referidos, así como lo dispuesto en art. 44 LC en cuanto a la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado, obligan al promotor en esta situación al cumplimiento de su obligación de entrega de vivienda, cuando se haya comprometido en fecha determinada -o determinable- con el adquirente²⁶⁵. Si el vendedor concursado no cumpliera su obligación contractual, podrá

existieran garantías para asegurar el cumplimiento de la prestación de entrega, podrá alcanzar el crédito una calificación diferente.

Conforme al artículo 61.1 LC, no es admisible que el comprador que satisfizo la totalidad del precio pueda instar la resolución del contrato. Esa posibilidad se reserva en el artículo 61.2 LC a los supuestos de prestaciones recíprocas pendientes, que no es el caso. No cabe instar la resolución, habiendo cumplido íntegramente la prestación propia, porque se estaría sustrayendo de la masa activa un bien de aquella, en perjuicio de los demás acreedores concursales (SJM n.º 1 Bilbao de 1 de septiembre de 2005, AC 2005/1563). Si se admitiera lo contrario, se podrían anticipar totalmente las prestaciones de una parte para lograr, luego que se declare el concurso, la restitución íntegra mediante la resolución.

En definitiva, si la parte *in bonis* que cumplió íntegramente su prestación no puede, declarado el concurso, dirigir acciones frente al concursado fuera del procedimiento concursal, como se deriva de los arts. 50 y 55 LC, no puede admitirse que inste la resolución, apartándose de la universalidad del procedimiento concursal.

²⁶³ Ahora bien, en el caso de que sean las obligaciones del tercero contratante las que estén pendientes de cumplimiento, los correspondientes derechos del deudor concursado se integrarán en la masa activa, y podrán ser ejercitados por el propio deudor o, en su caso, por los administradores del concurso. En relación con esta cuestión, y concretamente, a propósito de la competencia del juez del concurso para conocer de las acciones de cumplimiento que puedan corresponder al concursado frente a la otra parte del contrato, la SAP de La Coruña de 22 de abril de 2010 (Roj: SAP C 1523/2010) establece que “*en definitiva, la Ley no atribuye competencia al Juez del concurso de forma exclusiva a todos los litigios en que sea parte la persona concursada, solo los expresamente contemplados en la misma, no estándolo el presente caso desde el momento en que se pretende ejercitar acciones por la concursada exigiendo el cumplimiento de los contratos contra terceras personas*”. En consecuencia, tales acciones no deben ser ejercitadas ante el juez del concurso, sino ante el juez y a través del procedimiento que vengán determinados por las normas generales. En este sentido, lo dispuesto en el art. 62.2 LC en cuanto al ejercicio ante el juez del concurso y a través del incidente concursal de las acciones resolutorias por incumplimiento de cualquiera de las partes en contratos bilaterales es una excepción a la regla competencial general del art. 8.1 LC, DIEZ SOTO, “Resolución y concurso”, op. cit., pág. 346.

²⁶⁴ CERVERA MARTÍNEZ, M., “La resolución de los contratos en el concurso”, *Cuadernos digitales de formación*, n.º 23, Consejo General del Poder Judicial, 2011, pág. 4.

²⁶⁵ Deudor concursado y administración concursal deberán entonces atender los términos del contrato, para lo cual recabarán los recursos de la masa que sean precisos para continuar la obra, abonar suministros,

el comprador, contratante *in bonis* en la compraventa, reclamarlo como si no hubiera concurso. La especialidad concursal es que, si se ejercitaran acciones para exigir el cumplimiento del contrato y éstas afectan a la esfera patrimonial del deudor concursado, conforme a los arts. 8 LC y 86 ter 1.1º Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), corresponderá al juez del concurso la competencia para resolver. A falta de previsión específica, deberá realizarse por medio del incidente concursal “general” previsto en el art. 192 LC.

2.- La calificación del crédito del comprador de vivienda

2.1. Cuestiones generales

La problemática surgida en torno al adquirente se plantea desde su propia condición de “interesado en el concurso de acreedores”, toda vez que el art. 184 LC permite la personación de acreedores e interesados y su participación sin personación. De cuál sea la condición que le demos dependerá, en cierta forma, su tratamiento en el concurso, a los efectos del crédito que tuviera respecto de las cantidades entregadas o por entregar, o de su participación en el convenio y en la Junta de Acreedores o en la liquidación.

Ya hemos visto que la relación contractual que une a la vendedora concursada con el comprador se debe someter a las reglas de los arts. 61 y 62 LC y, por tanto, a las limitaciones en cuanto a la resolución de contratos que los citados preceptos establecen. Problemática también es la consideración de las viviendas vendidas en relación al comprador de las mismas y a la acreedora hipotecaria, por cuanto ésta podrá ejecutar en los términos previstos en los arts. 56, 57 y 155 LC, cuestión esencial a tener en cuenta respecto del adquirente²⁶⁶.

En cualquier caso, el comprador debe personarse en el concurso de acreedores

atender salarios, obligaciones administrativas y fiscales, etc. El contrato despliega sus efectos para el deudor concursado, atendiendo la masa sus consecuencias.

²⁶⁶ Si bien, en la práctica, será fácil que el adquirente llegue a un acuerdo con la entidad, habida cuenta que ésta, aún cuando se adjudicara el bien, seguramente aprovechará la existencia de un comprador interesado en el mismo y que abone el precio, lo que le permitiría recuperar el capital prestado más los correspondientes intereses, ya que nada le reportaría no hacerlo, más bien al contrario, se vería obligada a abonar los gastos que implica la tenencia del inmueble durante el tiempo, incierto, que tardara en venderlo a un tercero.

para proteger sus intereses -su crédito y su contrato-, pues en el momento de la declaración de concurso se puede hallar en una situación ciertamente complicada, ya que, normalmente, se encontrará frente a la constructora y subcontratistas que reclaman sus créditos contra el promotor, así como frente a otros créditos privilegiados y, posiblemente, frente a las administraciones públicas.

Hay que tener en cuenta, además, que las consideraciones que actualmente se hacen parten de una coyuntura económica difícil, derivada de una fuerte crisis financiera, en la que las entidades de crédito han cortado las líneas de financiación, dando lugar a problemas aún mucho más graves. En una situación normal las soluciones al concurso serían más fáciles, pero en una situación de crisis económica todo es más complejo.

2.2. Los créditos del comprador de vivienda

En algunos procedimientos concursales han calificado el crédito del comprador como ordinario, en otros como contingente y en otros simplemente no lo han recogido (tal es el caso del concurso de LLANERA, S.L., Juzgado Mercantil 2 de Valencia, seguido con el número de procedimiento 672/2007, en el que recayó sentencia de fecha 21 de diciembre de 2009). La incidencia es diferente, según los casos. En el supuesto de no reconocer los créditos del comprador de viviendas, nos encontraremos con la particularidad de que el plan de liquidación no los recogerá tampoco, porque ésta no es su función. Se puede decir al respecto que deberá procederse a la resolución de los contratos y que por ello será aplicable el art. 62 LC.

Por otro lado, no parece adecuado que los compradores de viviendas cuyo contrato permanezca en vigor tras la declaración de concurso puedan ser incluidos en la lista de acreedores como titulares de un crédito ordinario, sin limitación de derechos concursales, por el importe de las sumas entregadas a cuenta del precio final, ya que, en principio, los compradores de viviendas no son acreedores del concurso. Pueden llegar a serlo, si la deudora concursada no cumple su obligación legal de entrega de los inmuebles en las fechas convenidas, pero la declaración de concurso no constituye, *per se*, una declaración de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del deudor concursado. Si, pese a lo anterior, se reconoce como ordinario, el régimen permitirá que participen en un posible convenio con voz y voto, aunque ciertamente sin privilegio crediticio alguno. Se

ha señalado al respecto que esta opción puede ser problemática, puesto que si finalmente se termina la vivienda y se formaliza el contrato y entrega la misma, lo cierto es que el crédito desaparece de la lista de acreedores, pero el activo también desaparece.

Como consecuencia de las circunstancias arriba descritas, se habla entonces de posible contingencia, en tanto todo depende de que finalmente se termine o no el inmueble y con ello se agote la compraventa, si bien esta no es una contingencia de las reconocidas en el art. 87 LC. Hay quien sostiene que podrían ser créditos condicionales, dado que su futuro depende de la solución que definitivamente se da durante el concurso. Esto les privaría de derecho de voto en la Junta de Acreedores²⁶⁷.

La Sentencia de 8 de marzo de 2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña (Roj: SJM C 21/2010), en el conocido caso del concurso de acreedores de la promotora MARTINSA FADESA, señala, en relación al tratamiento concursal de los compradores de vivienda en construcción, que *“es ciertamente discutible el criterio que la administración concursal ha seguido en el tratamiento concursal de los compradores de vivienda futura, a los que -sin duda para darles así algún reflejo en el listado de acreedores- ha reconocido como acreedores contingentes en función de una eventual resolución del contrato de compraventa que de momento los liga con la deudora en concurso. En otras resoluciones incidentales dictadas en incidentes promovidos por compradores que han pretendido su exclusión del listado de acreedores concursales se ha estimado la demanda bajo la consideración de tratarse de contratos pendientes de cumplimiento, que continúan en vigor tras la declaración del concurso (artículo 61.2 de*

²⁶⁷ En el concurso MARTINSA-FADESA, el mayor concurso de nuestra historia judicial por el pasivo comprometido, que tramita el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña (autos 408/2008), y es, precisamente, de una empresa constructora, la administración concursal decidió lo siguiente: *“en consecuencia, el comprador de la vivienda que suscribió un contrato privado de compra con MARTINSA-FADESA, S.A. no se considera -en principio- acreedor de la concursada, pues no se le debe cantidad económica alguna, aunque existe evidentemente una obligación de escriturar y entregar la vivienda en la fecha pactada en el contrato privado, pero ello no convierte sin más al comprador en acreedor durante el concurso, salvo en los supuestos de incumplimiento. El comprador en este caso no tiene la consideración de acreedor, puesto que el Contrato de Compraventa sigue vigente y no se ve resuelto por la propia declaración en concurso. En el caso de que el comprador cumpliera con sus obligaciones contractuales y así no lo hiciera MARTINSA FADESA, estaríamos ante un comprador convertido en acreedor. Preventivamente, y para hacer valer los derechos ostentados, conviene comunicar el crédito contingente para tener la consideración de acreedor contingente (posible acreedor futuro)”. MARTINSA FADESA fue declarada en concurso de acreedores el 24 de julio de 2008, aprobándose posteriormente un convenio con sus acreedores, ante cuyo incumplimiento fue declarada la apertura de la fase de liquidación, en virtud de auto de 6 de marzo de 2015, dictado por el juzgado de lo mercantil nº1 de La Coruña.*

la LC), a salvo los derechos que en su caso deban reconocerse a los compradores si el contrato es resuelto por incumplimientos posteriores a la declaración del concurso (artículo 62. 1 LC). En todo caso, puesto que los compradores han sido reconocidos como acreedores contingentes, el hecho de que no llegue a cumplirse la condición "suspensiva" bajo la cual se ha verificado ese especial reconocimiento no debe perjudicar su derecho a resolver el contrato, cuando se dan las circunstancias que la LC establece, y a que su crédito restitutorio tenga, cuando sea judicialmente declarado, la naturaleza que legalmente le corresponde, que es la de crédito contra la masa del artículo 84 2 6º de la LC".

En cualquier caso, es evidente que el crédito se deberá comunicar y, sea cual sea la posición que se adopte, deberá venir reflejado en el informe de la administración concursal. Cuanto menos, debería ser reconocido como contingente, en tanto pendiente del resultado final del proceso concursal. No considerarlo acreedor desde el primer momento, aunque sea en esos términos, implicaría posteriormente una conversión -en caso de que finalmente no tuviera lugar la entrega de la vivienda- que, si no es reconocido el crédito en el informe de la administración concursal, difícilmente puede sostenerse. También podría considerarse como crédito ordinario por las cantidades entregadas. Esta posición sería más beneficiosa para el comprador, ya que le permitirá participar en todo el proceso concursal y, en particular, en la Junta de Acreedores con voz y voto.

Algunos autores distinguen entre varios supuestos:

1. Crédito de entrega de la vivienda, cuando éste haya vencido antes de la fecha de declaración de concurso: estaremos ante un crédito ordinario y concursal, sujeto a espera, pero no a quita (al ser indivisible).

2. Crédito de entrega de la vivienda, que haya vencido después de la declaración de concurso: en este caso, nos encontramos ante un crédito contra la masa.

3. Crédito a la entrega de la vivienda, en las circunstancias de art. 62.3 LC (es decir, que se haya instado la resolución por el comprador, pero el juez del concurso haya resuelto que el contrato continúe): será, igualmente, un crédito contra la masa.

4. Crédito de restitución por resolución operada antes de la declaración concursal

-en este caso, el contrato ya está resuelto, pero el comprador aún no ha recibido las cantidades que entregó, con motivo de dicho contrato-: se trata de un crédito ordinario, monetario, sujeto a convenio, con quita y espera. En concreto, el crédito relativo a la restitución de las cantidades anticipadas por el adquirente se calificará como crédito ordinario, mientras que el relativo a los intereses tendrá la consideración de subordinado (art. 93.31 LC), quedando además éste último sujeto a la regla de suspensión del devengo de intereses durante el concurso (art. 50 LC)²⁶⁸.

5. Crédito por resolución instada por la administración concursal ex art. 61.2 LC, es decir, después de la fecha de declaración de concurso: estaríamos ante un crédito contra la masa, tanto por la cantidad entregada como por los daños y perjuicios reconocidos (intereses al 6% u otros).

6. Crédito de resolución instada por el comprador, cuando el promotor ha incumplido obligación de entrega vencida después de la declaración concursal: es también un crédito contra la masa, tanto la cantidad entregada como los intereses²⁶⁹.

3.- Resolución del contrato de compraventa durante el concurso

La regla anteriormente examinada de que el concurso no afecta a los contratos vigentes al tiempo de ser declarado, supone que las posibilidades de resolución contractual que existían antes de su declaración permanecen durante el mismo, en particular cuando una de las partes no cumple, ya declarado el concurso, con la obligación que le incumbe. permitiendo que opere el art. 1124 CC.

Presupuesto para que pueda operar la resolución, bien por incumplimiento, bien en interés del concurso, es que exista un contrato con obligaciones recíprocas pendientes, siendo irrelevante que la falta de cumplimiento sea completa o parcial²⁷⁰. La especialidad esencial se deriva de la aparición de una nueva causa de resolución, el “interés del

²⁶⁸ DÍEZ SOTO, “Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda y concurso del promotor”, op. cit., pág. 967.

²⁶⁹ SANJUAN MUÑOZ, E., “La protección del patrimonio del comprador de vivienda ante el concurso del promotor inmobiliario”, *El Derecho Privado en contextos de crisis. Mecanismos de protección del patrimonio familiar. Cuadernos de Derecho Judicial 1/2009*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 12 a 14.

²⁷⁰ SALELLES CLIMENT, J. R., “Comentario al art. 61 LC”, *Comentarios a la Ley Concursal*, Coord. J.M.S.T., A.S.R. y A.F.B., Bosch, Barcelona, 2004, pág. 656.

concurso²⁷¹.

Las consecuencias de la resolución, en particular la restitución de prestaciones y la eventual indemnización de daños y perjuicios, son diferentes según se aplique el art. 61 o el art 62 LC, cual sea el momento del incumplimiento del concursado, y las disposiciones de la sentencia de un eventual incidente concursal para la resolución, debiendo distinguirse, como se hará a continuación, entre resolución por incumplimiento y resolución en interés del concurso.

3.1. Resolución por incumplimiento

Como se ha expuesto hasta aquí, los arts. 61.2 y 62.1 LC suponen que, declarado el concurso, en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes la parte contratante que cumple los términos pactados puede instar la resolución, conforme al art. 1124 CC, si la otra no cumple con lo que le incumbe durante la tramitación del procedimiento concursal. Esta resolución por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso que autoriza el art. 62.1 LC para los contratos de tracto único como la compraventa²⁷², se denomina en el art. 84.2.6º LC resolución "voluntaria".

Una de las circunstancias que con mayor frecuencia se presenta en situaciones concursales es la de aquellos supuestos en que el adquirente, que es un particular no insolvente que compra una vivienda "sobre plano" a entregar en momento posterior a la declaración de concurso, decide optar por la resolución del contrato ante el incumplimiento del promotor-vendedor en situación de concurso. Las razones esgrimidas pueden ser diversas (no entrega del aval, incumplimiento de plazos, omisión de accesorios, falta de licencias, calidades inferiores...), aunque en general se alega el

²⁷¹ Conforme a la Exposición de Motivos (III) de la Ley Concursal, tras señalar que la declaración de concurso no afecta a las obligaciones derivadas de los contratos vigentes, dispone que *"no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento"*.

²⁷² Así, según STS de 10 de febrero de 1997 (Roj: STS 855/1997), *"en el caso litigioso, es de tener en cuenta, en primer término, que el contrato de compraventa celebrado es, en contra de la calificación que se le da en el apartado d) del suplico de la reconvención, un contrato de tracto único, si bien la entrega del local vendido no podía hacerse hasta su terminación, siendo así que en estos contratos de tracto único la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" es de carácter aún más excepcional que en los de tracto sucesivo o de ejecución diferida"*

incumplimiento de la obligación esencial de entrega.

La posibilidad de resolución a instancia del comprador opera primordialmente cuando se ha dispuesto una fecha determinada para la entrega del inmueble y, llegado el término fijado, ésta no se ha producido. Ahora bien, una vez declarado el concurso, la resolución por incumplimiento durante su tramitación se reserva en el art. 62.2 LC al Juzgado que está conociendo del procedimiento concursal, por la vía del incidente²⁷³.

Siguiendo a RODRÍGUEZ ACHÚTEGI²⁷⁴, pasamos a analizar las especialidades de esta resolución por incumplimiento durante la tramitación del concurso:

3.1.1. Momento del incumplimiento

En el caso del contrato de compraventa, de tracto único, el momento en que se produzca el incumplimiento es esencial para determinar las consecuencias que del mismo se derivan, y si bien existe un amplio debate tanto doctrinal como jurisprudencial acerca de si el comprador podrá instar la resolución del contrato fundamentándose en incumplimientos anteriores a la declaración de concurso, la postura mayoritaria sostiene que si el incumplimiento se produce antes de la declaración de concurso, dicha declaración impide el ejercicio de la facultad resolutoria con fundamento en el art. 1124 CC, salvo en los casos de contratos de tracto sucesivo mencionados en el art. 62.1 LC²⁷⁵. Conforme a esta tesis mayoritaria, el adquirente que no hubiera promovido la resolución

²⁷³ El Juzgado de lo Mercantil sólo conoce de los incumplimientos anteriores si acumula de oficio el procedimiento judicial en trámite antes de la declaración del concurso, haciendo uso de la facultad que dispone el art. 51.1 LC, que ocasiona la suspensión del procedimiento en el Juzgado de 1.ª Instancia y su remisión al juzgado del concurso para continuar en el estado que estuviera.

²⁷⁴ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Contratos de compraventa de vivienda y concursos inmobiliarios”, *Derecho inmobiliario: problemática actual. Manuales de formación continuada 50/2009*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 17 y ss.

²⁷⁵ La cuestión tiene importancia en caso de incumplimiento del vendedor de la obligación de constituir aval de las cantidades entregadas a cuenta del precio del inmueble cuya entrega se aplaza, anteriormente prevista en la Ley 57/1968, de 27 de julio, que regulaba la percepción de cantidades anticipadas en su construcción y venta, y cuyo contenido ha pasado, desde el 1 de enero de 2016, a la Disposición Adicional Primera de la LOE. La obligación del vendedor es avalar dichas cantidades en el momento en que se firma el contrato, y no verificarlo supone un incumplimiento que justificaría la resolución. Ahora bien, precisamente por ser obligación que ha de atenderse en el momento en que se anticipa la parte del precio que se avala, el incumplimiento de tal obligación sería anterior a la declaración de concurso, y declarado éste, no podrá esgrimirlo el comprador como causa de resolución, por impedírsele el art. 62.1 LC, que sólo le autoriza si el incumplimiento es posterior. Podrá sin embargo tener efectividad la resolución anterior a la declaración o en trámite judicial al declararse, que debe continuar hasta que recaiga sentencia definitiva (art. 51 LC).

del contrato antes del auto declarando el concurso del vendedor-promotor, ya no podrá resolver después, de modo que el contrato seguirá vigente, pese al incumplimiento, salvo que se acuerde la resolución en interés del concurso (en estos casos, se suele considerar que los créditos del comprador son concursales, al ser anteriores a la declaración de concurso)²⁷⁶.

Por el contrario, si el incumplimiento se produce una vez declarado el concurso, el art. 62.1 LC permite que se inste la resolución, y dispone que la prestación restitutoria a la que pueda quedar obligado el concursado será crédito contra la masa, como establece expresamente el art. 84.2-6º LC²⁷⁷. Ahora bien, la complejidad del debate sobre la viabilidad de resolución por incumplimientos del concursado anteriores a la declaración del concurso, se ve incrementado en la práctica por el hecho de que, más allá de las dudas interpretativas que pueda plantear la LC, el criterio de incumplimiento anterior o posterior a la declaración de concurso empleado por el legislador plantea dudas importantes a la hora de aplicarlo a cada supuesto concreto, ya que no es fácil establecer parámetros seguros a la hora de fijar en qué momento exacto debe considerarse incumplida una determinada obligación.

Así, parece razonable centrar la atención, para determinar el momento del incumplimiento, en el de la obligación principal asumida por la concursada, y no en obligaciones de carácter accesorio o instrumental, salvo que la inobservancia de las mismas haya de ser valorada como incumplimiento esencial del contrato. Considerado lo anterior, un dato fundamental para situar el momento en que se produce el incumplimiento, debería ser el plazo establecido por las partes para el cumplimiento de la obligación, especialmente si dicho plazo se desprende del propio contrato. Sin embargo, pese a la aparente claridad de este criterio, en la práctica éste se ve enturbiado por la incidencia de otros factores, como la posible concesión por parte del contratante *in*

²⁷⁶ DÍEZ SOTO, “Cantidades anticipadas en la compraventa...”, op. cit., pág. 968.

²⁷⁷ Esta situación no concurre si el incumplimiento en que se incurre es anterior a la declaración de concurso, pero se mantiene después, como acontece si no se solicitan las licencias oportunas, se inician los movimientos de tierra o construcción previsibles o cualquier otro que se mantenga en el tiempo. Si el incumplimiento del vendedor concursado persiste tras la declaración de concurso no justifica la pretensión resolutoria, salvo que se hubiera logrado o instado judicialmente antes de tal declaración, aunque estuviera pendiente el litigio. Así, pese a que el incumplimiento se mantenga de forma prolongada en el tiempo e impida el cumplimiento de la prestación debida en los términos convenidos, lo cierto es que se produjo antes de la declaración de concurso.

bonis de una prórroga (SAP La Coruña de 15 de diciembre de 2011 -Roj: SAP C 3617/2011-), la improcedencia de considerar el mero retraso como un incumplimiento de trascendencia resolutoria (SAP La Coruña de 30 de septiembre de 2011 -Roj: SAP C 2758/2011-), o, en sentido contrario, la posibilidad de apreciar la existencia de un incumplimiento grave, esencial o definitivo incluso antes de que llegue el término de cumplimiento contractualmente fijado (SAP Alicante de 22 de julio de 2011 -Roj: SAP A 2207/2011-)²⁷⁸.

Por otra parte, también hay situaciones de incumplimiento previo que plantean alguna duda, si persisten tras declararse el concurso. Se trata de situaciones en las que el incumplimiento puede ser superado mediante la actividad del incumplidor, que incluso puede ser requerido por los compradores para que lo verifique. Por ejemplo, si no se ha obtenido una licencia administrativa (en especial, cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación) antes de la declaración de concurso, puede instar la otra parte que se adopten las medidas necesarias para hacerlo. Una vez requerido por la parte cumplidora del contrato, parece razonable y exigible que se adopten las medidas precisas para obtener los oportunos permisos administrativos. En tal caso, si no se actúa diligentemente, es perfectamente plausible considerar que hay un incumplimiento posterior, pues pese al requerimiento no se adoptaron las medidas necesarias para superar el incumplimiento anterior.

Mención especial merece el supuesto en que el incumplimiento que se invoca sea el retraso en la entrega de la vivienda, ya que, en este caso, no siempre podrá establecerse nítidamente la distinción entre incumplimiento anterior y posterior al concurso, pues con frecuencia se ha incumplido el plazo máximo de entrega antes de la declaración concursal, y continúa tras esta declaración. Esto se debe a que el retraso puede prolongarse en el tiempo, y mientras dure, el adquirente acreedor puede optar por no esperar, e instar la resolución del contrato. Incluso pudiera ocurrir que, después de la declaración de

²⁷⁸ Hay que destacar las incertidumbres que lo expuesto puede generar en los contratantes *in bonis* a la hora de definir sus estrategias de cara a una posible declaración de concurso de la contraparte, ya que pueden encontrarse en una grave situación de incertidumbre a la hora de decidir si les interesa adelantar el ejercicio de la acción resolutoria, antes de que tenga lugar la declaración de concurso (asumiendo el riesgo de que el juzgador entienda que el retraso no había adquirido la gravedad suficiente como para justificar la resolución), o si les conviene, por el contrario, esperar a ejercitar la pretensión resolutoria una vez declarado el concurso, cuando el retraso haya alcanzado gravedad suficiente, enfrentándose a los riesgos derivados de la propia situación de concurso, DÍEZ SOTO, “Resolución y concurso”, op. cit., págs. 374 a 377.

concurso, se revele como imposible el cumplimiento del contrato, cuando se constata que la promoción no va a ser ejecutada. En tal caso, a juicio de ALONSO SAURA, no cabría hablar rigurosamente de un incumplimiento anterior, pues también existiría un incumplimiento posterior, de mayor entidad por el transcurso del tiempo²⁷⁹. Ahora bien, este planteamiento no ha sido acogido por la STS de 25 de julio de 2013 (Roj: STS 4092/2013), conforme a la cual *“después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; (...) es claro que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la promotora vendedora, habían transcurrido ocho meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda. El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después”*.

Se ha insistido en que la declaración de concurso no afecta a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes, por lo que incluso durante el concurso deben ser puntualmente atendidas las obligaciones convenidas. De lo contrario, puede plantearse la resolución por tal incumplimiento, y las obligaciones que nazcan de la declaración resolutoria, incluso las de daños y perjuicios, deben ser atendidas por ser crédito contra la masa. Ahora bien, no debe olvidarse que, conforme al art. 62.2 LC, la acción deberá ejercitarse ante el juez del concurso, por los trámites del incidente concursal, lo que supone una importante especialidad respecto al régimen general del art. 1124 CC. Por lo demás, no existe un plazo o límite temporal para el ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento en sede concursal en sede de concurso.

Es posible también que las consecuencias en caso de incumplimiento hayan sido previstas por las partes en el contrato, debiendo estarse a esas previsiones convencionales,

²⁷⁹ ALONSO SAURA, “El tiempo en la entrega de la vivienda...”, op. cit., pág. 71.

si bien, en relación a la admisibilidad o no de la resolución del contrato derivada de dichos pactos entre las partes, se ha señalado que también será en estos casos de aplicación el régimen previsto en el art. 62 LC²⁸⁰, aunque en relación con éstas últimas, habrá que coordinar las previsiones del art. 62 LC con lo dispuesto en el art. 56 LC a propósito de la ejecución de garantías reales en el concurso, considerando la equiparación establecida en el precepto entre dichas garantías y otras acciones orientadas a la recuperación de bienes²⁸¹, cuyo fundamento último ha de buscarse, precisamente, en la resolución de los correspondientes contratos por incumplimiento.

3.1.2. Incumplimiento del deber de entrega o simple retraso

Ya hemos analizado la jurisprudencia que entiende que no todo incumplimiento puede dar lugar a la resolución, pues aquel debe ser sustancial, frustrando el fin del contrato, no un simple cumplimiento defectuoso o tardío, doctrina que es aplicable también a las pretensiones resolutorias fundadas en el art. 1124 CC durante el concurso, como ha indicado la SAP Murcia de 3 de marzo de 2006 (Roj: SAP MU 337/2006), si bien, habrá de tenerse en cuenta, como también se expuso en el epígrafe correspondiente, la tesis mantenida por la STS de 20 de enero de 2015, conforme a la cual el art. 3 de la Ley 57/68 (actualmente, apartado 4º de la DA1ª LOE) introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un

²⁸⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario de los arts. 61 a 63”, *Comentarios a la Ley Concursal*, Dir. F.C.M., Aranzadi-Thomson Reuter, Navarra, 2010, pág. 706.

²⁸¹ Dispone el art. 56.1 LC que “los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo.

Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo:

a) Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles.

b) Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.

c) Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución”.

incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Al margen de este supuesto específico, aunque frecuente en la práctica, la cuestión más problemática en la resolución a instancia del comprador es distinguir los casos de incumplimiento de los de simple retraso, cuando se funda en la entrega tardía del inmueble objeto del contrato de compraventa, para lo que habrá de tenerse en cuenta lo que ya ha sido objeto de estudio en el epígrafe correspondiente.

Es posible, también, que se plantee la resolución antes de llegar al momento en que se había pactado la entrega del inmueble. Si el comprador continúa atendiendo, declarado el concurso, el conjunto de obligaciones que se dispuso en el contrato, en particular la satisfacción del precio, no parece razonable exigirle aguardar al momento en que se convino la entrega de la cosa objeto del contrato, si se constata la imposibilidad de que se verifique porque se ha producido la paralización de la obra. Ciertamente, el concurso puede superarse a través del convenio entre deudor concursado y sus acreedores. Cabe también que, en fase de liquidación, se transmita a un tercero la promoción inmobiliaria y la totalidad de la obra pendiente, subrogándose el adquirente en la posición contractual que mantenía el anterior vendedor. Pero ninguna de esas circunstancias justifica que, en el contrato de compraventa, sólo el adquirente cumpla con sus obligaciones. Al comprador le interesa la entrega de la cosa, pero con la calidad, extensión y en el tiempo que se hubiera estipulado. Por tanto, en la tesitura de que quede constatada la paralización de las obras y ante la evidencia, que habrá de acreditarse a través de las actas correspondientes que constaten fehacientemente esta circunstancia, de que el vendedor no estará en situación de poder cumplir su obligación de entrega en el momento pactado, parece razonable admitir que pueda instarse la resolución del contrato, acreditando dicha circunstancia, y obteniendo de ese modo la restitución de prestaciones propia de los arts. 1124 CC y 62.4 LC.

En cualquier caso, como ya vimos, ante el retraso en la entrega como incumplimiento que justifica la resolución del contrato de compraventa de vivienda futura, no existe una respuesta general y constante, sino criterios y principios generales que han de aplicarse para obtener la solución más ajustada a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, circunstancias que resultarán de las cláusulas específicas del contrato y de las subjetivas propias de los contratantes, evitando actuaciones fraudulentas y/o abusivas, y conciliando los intereses de las partes, entre los

que presenta singular importancia el tiempo de entrega de la vivienda, existiendo una especial protección del adquirente que anticipa cantidades a cuenta del precio, como ha destacado el propio TS. Así, la declaración de concurso de la promotora no excluye la aplicación de estos criterios, ya examinados, para la determinación del alcance del retraso en la entrega, a efectos de resolución del contrato de compraventa de vivienda futura, si bien introduce un régimen especial basado en la prevalencia del interés del concurso, con afectación del principio de la autonomía de la voluntad y de las facultades dispositivas del comprador, como más adelante se expondrá²⁸².

3.1.3. Mantenimiento de la eficacia contractual en interés del concurso

Declarado el concurso, la disciplina especial regulada por la Ley Concursal, establece como criterio rector (aunque no definido por la propia norma) el “interés del concurso”, y respecto a éste interés, la administración concursal y, en mayor o menor medida, el propio juez del concurso, “son árbitros de su concurrencia”²⁸³. A este respecto, el art. 62.3 LC ha dispuesto una facultad judicial excepcional, que permite al juez, en interés del concurso, imponer el cumplimiento del contrato -y, en consecuencia, la continuación de la vigencia del mismo-, pese a existir causa de resolución (en este caso, se satisfarán, como veremos, con cargo a la masa las prestaciones debidas). Es una facultad que cabe utilizar de oficio, aunque puede ser rogada por la administración concursal o por el deudor concursado, si la iniciativa resolutoria fue de la parte *in bonis*²⁸⁴.

De este modo, pese a que, efectivamente, la eficacia liberatoria de la resolución debiera suponer la imposibilidad de exigir las prestaciones convenidas, un interés que se estima superior, el del concurso, faculta al juez del mismo para acordar la continuidad del contrato. Tan grave consecuencia para la parte cumplidora, que pretendió infructuosamente la resolución pese a venir amparada por el art. 1124 CC, se compensa

²⁸²ALONSO SAURA, “El tiempo en la entrega de la vivienda...”, op. cit., págs. 74 y 75.

²⁸³ PACHECO GUEVARA, A., *La administración concursal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pág. 143.

²⁸⁴ En este sentido, SAP Valencia de 1 de octubre de 2010 (Roj: SAP V 4900/2010), y doctrinalmente VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario de los arts. 61 a 63”, op. cit., pág. 710, y también MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario a los arts. 61 a 63”, op. cit., pág. 1168. Ahora bien, esta postura no es unánime, ya que hay quien defiende que el juez no podría hacer uso de esta facultad, si no es instado a ello por el concursado o la administración concursal. En esta última línea, cabe citar la SAP Murcia de 3 de marzo de 2006 (Roj: SAP MU 337/2006), y autores como GARCÍA VICENTE, “Comentario al art. 61 LC”, op. cit., pág. 709.

con la determinación de que las prestaciones debidas por el concursado, consecuencia de dicho contrato, sean satisfechas como créditos contra la masa. Así, serán exigibles a su vencimiento, como dispone el art. 154 LC, percibiéndose la contraprestación con preferencia a los acreedores concursales, que son satisfechos una vez deducidos los créditos contra la masa. Se trata con ello de reforzar la posición del contratante *in bonis*, que se ve obligado a pasar por el mantenimiento del contrato, pese a la constatación de que éste ya ha sido incumplido por la contraparte. Indudablemente, las prestaciones que se devenguen a partir del momento en que se ordena el mantenimiento de la vigencia del contrato deben ser satisfechas con cargo a la masa. Sin embargo, en lo que se refiere a los créditos del contratante *in bonis* devengados hasta ese momento, se ha cuestionado si deben abonarse también con cargo a la masa, sin distinción. La duda parece zanjada por dos SSTs de 21 de marzo de 2012 (Roj: STS 4176/2012 y Roj: STS 4011/2012), que atribuyen la consideración de créditos contra la masa a todas las prestaciones debidas a cargo del concursado, tanto anteriores como posteriores²⁸⁵.

Además, la continuidad del contrato no impide que hayan de fijarse y abonarse daños y perjuicios por demoras, gastos o lucro cesante, puesto que la resolución era procedente y, por tanto, aquéllos exigibles, aunque por decisión judicial se disponga el cumplimiento de las prestaciones. Así, aunque el art. 62.3 LC no prevé la posibilidad de indemnizar al contratante *in bonis* por el hecho de imponerle el mantenimiento del contrato, parece razonable que el juez así lo acuerde, habida cuenta que sí ha existido incumplimiento, aunque no tenga lugar la resolución pretendida²⁸⁶.

La decisión judicial se adopta por ser conveniente al “interés del concurso”. Nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, que dependerá de las circunstancias de cada caso. Sin embargo, en este supuesto parece que la norma está dirigida a asegurar la eficacia de los contratos de tracto sucesivo, en los que, pese al incumplimiento, la necesidad de asegurar la actividad profesional o empresarial como salvaguarda del patrimonio del deudor, garantía última de los acreedores, justifica que se disponga la continuidad contractual, para evitar los perjuicios que podrían derivarse de la resolución. Si bien parece que los contratos de compraventa, de tracto único, no se verían

²⁸⁵ DÍEZ SOTO, “Resolución y concurso”, op. cit., págs. 392 y 393.

²⁸⁶ VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario de los arts. 61 a 63”, op. cit., pág. 713, y también MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario a los arts. 61 a 63”, op. cit., pág. 1170.

afectados, lo cierto es que también se ha apreciado a propósito de contratos de tracto único relacionados con la actividad empresarial del concursado (como puede ser la compraventa de vivienda en construcción), y en especial cuando se trata de contratos respecto de los cuales existe una garantía razonable de que podrán ser cumplidos.

Respecto a esta posibilidad, de mantenimiento de la vigencia de un contrato pese a su incumplimiento, en diversas ocasiones se ha mantenido que tiene un carácter excepcional y extraordinario, y sólo cabría recurrir a esta facultad cuando sea posible cumplir el contrato con cargo a la masa, y previa justificación de que, efectivamente, dicho mantenimiento del contrato ha de resultar más beneficioso para el concurso que su resolución, por tratarse del medio más adecuado para mantener la actividad empresarial del concursado y, con ello, garantizar en mayor medida la satisfacción de los acreedores concurrentes, lo cual se identifica con el interés del concurso²⁸⁷.

Por otra parte, no cabe recurrir al art. 62.3 LC para imponer el cumplimiento del contrato cuando el mismo es imposible, sin que el interés del concurso se pueda convertir en un instrumento para alterar las bases del derecho contractual ni, en particular, para justificar la inaplicación del principio de identidad de las prestaciones (art. 1.166 CC), imponiendo al acreedor la recepción de una cosa distinta de la debida. Al respecto, MARTÍNEZ FLÓREZ²⁸⁸ considera que se puede enervar la resolución del contrato, aún cuando el cumplimiento *in natura* no sea posible y sea necesario recurrir al cumplimiento por equivalente, pero no cuando la masa activa sea insuficiente para atender a dicho incumplimiento.

La posibilidad de que el juez imponga el cumplimiento al amparo del art. 62.3 LC debe, asimismo, excluirse en relación con aquellos casos en que el contrato cuya resolución por incumplimiento se pretende, hubiera sido previamente rehabilitado por aplicación del art. 69 LC²⁸⁹. Aplicando analógicamente este mismo precepto, puede, igualmente, considerarse que no será posible que el juez acuerde nuevamente el cumplimiento del contrato en interés del concurso, frente a una segunda demanda de

²⁸⁷ VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario de los arts. 61 a 63”, op. cit., pág. 711.

²⁸⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario a los arts. 61 a 63”, op. cit., pág. 1168.

²⁸⁹ Así, el art. 69.1 LC, en su inciso final, establece que “*el incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación*”.

resolución instada por el contratante *in bonis*, con base en un nuevo incumplimiento, después de haberse producido una primera enervación, conforme al art. 62.3 LC²⁹⁰

3.1.4. Consecuencias de la resolución por incumplimiento

La resolución declarada por el juez del concurso a través del incidente concursal, produce los mismos efectos que la acordada por el juez de 1ª instancia, de no haber concurso. Por lo tanto, tiene un efecto liberatorio de las obligaciones fijadas en el contrato resuelto, que ya no habrán de cumplirse: el vendedor no tendrá que entregar el inmueble, y el comprador tampoco habrá de satisfacer el precio. Por otro lado, conforme a los arts. 1124 y 1303 CC, tiene un efecto restitutorio e indemnizatorio, debiendo reponerse las partes las prestaciones ya cumplidas o entregadas, por lo que el comprador tiene derecho a percibir el precio en la parte que ya satisfizo, sus intereses y la indemnización que se haya fijado en la sentencia con arreglo al art. 1124 CC, en su caso.

La Ley Concursal sigue el esquema civil general y dispone en el primer inciso del 62.4 LC el efecto liberatorio del contrato resuelto, al indicar que *“acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento”*. El vendedor concursado no tendrá que entregar el inmueble, por lo que queda liberado de la obligación de construirlo si se había comprometido sobre plano, y el comprador no tendrá que atender el resto del precio pendiente. Respecto al efecto restitutorio, dice a continuación el citado art. 62.4 LC, en cuanto a las obligaciones vencidas, que *“se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda”*. Dispone, en consecuencia, con cargo a qué masa debe realizarse la restitución de las prestaciones²⁹¹.

Esa previsión no supone excepción a la regla general de que no cabe resolver el contrato por incumplimiento anterior a la declaración de concurso. La razón es que el art.

²⁹⁰ En contra de esta posibilidad, MARTÍNEZ FLÓREZ, op. cit., pág 1170, para quien, en tal caso, sí cabría una nueva enervación de la resolución del contrato.

²⁹¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentario al art. 62 LC”, *Comentarios a la legislación concursal, tomo II*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 1167.

62.4 LC se limita a desarrollar las dos previsiones del art. 62.1, que, recordemos, sólo permite la resolución de los contratos por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso, salvo que sean de tracto sucesivo, en cuyo supuesto sí pueden oponerse incumplimientos previos a la situación concursal. El art. 62.4 LC regula las consecuencias de ambas posibilidades, la resolución de contratos de tracto único y sucesivo. Cuando se refiere a que se considerarán créditos concursales los derivados de incumplimientos anteriores, claramente se refiere a contratos de tracto sucesivo, en los que sí puede alegarse el incumplimiento anterior. En el contrato de compraventa, por ser de tracto único, sólo puede alegarse -al margen de lo que luego se dirá para la resolución en interés del concurso-, el incumplimiento posterior, y por lo tanto el crédito del comprador a la restitución del precio, y a la indemnización de daños y perjuicios que eventualmente haya fijado la sentencia que acuerde la resolución contractual, es siempre crédito contra la masa.

3.2. Especialidades de la resolución en interés del concurso

Ya se ha dejado indicado que la principal especialidad que provoca el concurso en el ámbito contractual y, por tanto, también con respecto a los contratos de compraventa, es que además de las causas de resolución pactadas, y de las generales contempladas en el Código Civil, aparece una específica que sólo puede darse durante el procedimiento concursal, que es la resolución "conveniente al interés del concurso". El segundo párrafo del art. 61.2 LC dispone al respecto, como excepción a la regla general de que el concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, que *"no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de sustitución, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaren conveniente al interés del concurso"*.

Así pues, no es preciso que se haya producido incumplimiento de obligaciones por alguna de las partes, ni que se hayan presentado alguna de las circunstancias previstas contractualmente por las partes en ejercicio de la libertad contractual que deriva del art. 1255 CC, para que pueda procederse a la resolución de los contratos durante la vigencia del concurso. La situación concursal habilita una nueva razón para instar, solamente por la parte deudora concursada, la resolución del contrato. La parte contratante *in bonis*

puede, pese a haber cumplido puntualmente con sus obligaciones, verse privada de los efectos del contrato, si el juez aprecia que conviene al interés del concurso tal resolución.

La causa de resolución especial del concurso no obsta ni impide que pueda instarse resolución también por causas convenidas, previstas legalmente o derivadas del incumplimiento de una de las partes. De hecho, puede ejercitarse al tiempo que la resolución por incumplimiento, con el fin de evitar las consecuencias que derivan del mismo, sustituyéndose por las pactadas por los contratantes y la administración concursal, o las fijadas por el juez en su sentencia.

Varias son las cuestiones que plantea esta forma de resolución, que pasamos a examinar ²⁹²:

3.2.1. La noción de “interés del concurso”

No es fácil determinar qué puede considerarse como “interés del concurso”, justificativo de la pretensión resolutoria del contrato. La Ley Concursal lo menciona en el apartado III de la Exposición de Motivos, señalando: *“no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento”*. Asimismo, el párrafo segundo del art. 61.2 LC indica que *“no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de sustitución, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaren conveniente al interés del concurso”*, y el art. 63.2 establece que *“aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado”*²⁹³.

²⁹² RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, “Contratos de compraventa de vivienda y concursos inmobiliarios”, op. cit., págs. 27 y ss.

²⁹³ También se refieren al “interés del concurso” el art. 43.1, estableciendo que *“en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso”*, y el art. 92.7º (introducido por el RDL 3/2009, de 27 de marzo), que califica como subordinados *“los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en*

Pese a las menciones señaladas, no explica la Ley Concursal qué deba ser considerado “interés del concurso”, de modo que constituye un concepto jurídico indeterminado, que deberá ser integrado por los tribunales. Las menciones legales responden a situaciones diversas, lo que incrementa la dificultad de alcanzar un concepto concreto de dicho interés. De la lectura de los diferentes preceptos referidos y de la propia Exposición de Motivos, se deduce que el interés del concurso debe ser identificado, en último término, con la “maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor satisfacción de los acreedores concurrentes”²⁹⁴.

Como señala la Exposición de Motivos, el “interés del concurso” justifica efectos tan opuestos como la resolución del contrato, o la enervación de los efectos de dicha resolución. Mientras que lo primero está previsto en el art. 61.2 LC, la enervación de sus efectos se desprende del 43.1 y 63.2 LC. Esta última previsión se refiere primordialmente a los suministros o necesidades de la concursada, que podrían quedar comprometidos debido a incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, como el impago de energía eléctrica (SAP Barcelona de 13 septiembre de 2006 -Roj: SAP B 14689/2006-).

Al no estar definido en la norma, cualquier circunstancia que haga conveniente la resolución contractual a efectos de satisfacer los intereses generales del procedimiento, puede justificar la pretensión resolutoria. En cualquier caso, hay situaciones que claramente justifican la concurrencia del interés del concurso, como la posibilidad o imposibilidad de atender con cargo a la masa las consecuencias de la resolución del contrato, o los efectos de la recuperación de un bien en función del valor a satisfacer y el de su eventual realización.

Ahora bien, además de estas generalidades, podemos acudir a un principio inequívoco, con el fin de dar contenido a la previsión legal. Al respecto, debe convenirse que con la Ley Concursal se pretende, primordialmente, la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado²⁹⁵. En consecuencia, de identificarse el interés del

perjuicio del interés del concurso”. De un modo más genérico, aludiendo a los “intereses del concurso”, los arts. 54.2 y 165.2.º, y otros preceptos, usan expresiones diversas.

²⁹⁴ DIEZ SOTO, “Resolución y concurso”, op. cit., pág.362.

²⁹⁵ Así se desprende del fomento de la finalización por convenio, “solución normal” del procedimiento según la Exposición de Motivos (VI), de la preferencia por el menor gravamen de los acreedores, en caso de que haya varias propuestas de convenio, de las fórmulas de reintegración, conservación y ampliación de la masa (principal garantía de satisfacción de sus intereses), del destino pretendido para las cantidades

concurso con el de los acreedores del mismo, cualquier solución que incremente el grado de satisfacción de aquellos constituiría dicho interés. Así, se ha dicho que la resolución será conveniente para el interés del concurso cuando los acreedores concursales obtengan un grado de satisfacción mayor que el que obtendrían con el cumplimiento del contrato²⁹⁶.

Hay que matizar que los intereses de la masa pasiva son heterogéneos²⁹⁷. Centrándonos en los compradores de viviendas afectados por el concurso del promotor-vendedor, podrá haberlos interesados en que se termine la promoción y se les entregue la vivienda objeto del contrato, cuya posición puede chocar con la de aquellos compradores que prefieran obtener la resolución del contrato de compraventa y, sin entrega del inmueble, recuperar el importe de las cantidades ya satisfechas como parte del precio. Entre estos últimos también las circunstancias son diferentes, pues no tendrán interés coincidente quienes adquirieran la vivienda para utilizarla y quienes la compraran para realizar una inversión. Por todo ello, el interés general de los acreedores como interés del concurso será difícilmente determinable, aunque tras todo lo expuesto, podría identificarse con la fórmula que permita el mayor grado de satisfacción general de los acreedores, aún en detrimento de alguno o algunos y, por supuesto, del interés del deudor.

Ahora bien, sentada así la consideración de “interés del concurso”, en el caso del contrato de compraventa, dicho interés puede plantearse de forma muy distinta. En medio de la situación de crisis, con la caída de los precios de los bienes inmuebles, será probable la intención de muchos compradores de eludir las consecuencias del contrato tratando de resolverlo, para evitar tener que soportar la disminución del valor de la vivienda o incluso

obtenidas a través de la responsabilidad concursal y de la propia esencia del procedimiento, que aunque constituya un privilegio para el deudor que solicita la declaración de modo voluntario, no deja de ser una forma de ejecución universal (frente a la singular), en el caso de liquidación, cuya finalidad es atender las obligaciones contraídas con terceros por parte del deudor concursado.

²⁹⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, op. cit., págs. 1150 a 1152.

²⁹⁷ No coincidirán los de los acreedores contra la masa, que sólo atienden las necesidades del concurso si queda garantizado el percibo inmediato de la contraprestación, de los que gozan de garantía real, en mejor situación que otros para percibir su crédito, al tener afectada una parte del patrimonio del deudor al cumplimiento de éste. Tampoco pueden equipararse los intereses de los acreedores que gozan de una posición privilegiada conforme a la ley, en particular los institucionales y financieros, por su mayor nivel de información sobre la situación patrimonial del deudor, a los de los ordinarios o subordinados. Además, dentro de los propios acreedores de una misma clase, también puede haber intereses contrapuestos, pues el interés de los trabajadores puede ser la continuidad de la actividad empresarial, frente al de otros acreedores que defiendan la mayor satisfacción de sus créditos.

la pérdida de las cantidades entregadas para la satisfacción de la compraventa, si no consiguen un préstamo con garantía hipotecaria suficiente para atender el precio comprometido. Si esta situación es excepcional, el interés del concurso considerado como el de la generalidad de los acreedores será que el contrato se cumpla, el objeto del contrato de compraventa se entregue y, de este modo, se nutra la masa activa con el precio de la transacción, permitiendo la salida del inmueble de la masa activa del concurso en un momento en que su valor es mínimo, tanto por la disminución de precios como por la imposibilidad de realizarlo, al haberse contraído tanto el mercado inmobiliario que no quedaría garantizada su enajenación. En cambio, si la mayoría de los acreedores se encuentran en la situación arriba descrita, aún en contradicción con el interés de los acreedores con garantía hipotecaria, puede resultar que el interés del concurso, como fórmula de satisfacer a la mayoría de los acreedores, sea facilitar la resolución de los contratos de compraventa “sobre plano” suscritos y la devolución, con cargo a la masa activa del concurso, de las cantidades satisfechas por los adquirentes.

La hipótesis de que el interés del concurso pueda conducir a la liquidación del deudor no es descabellada. Efectivamente, la solución preferida por la ley, la “normal” en palabras de su Exposición de Motivos, es el convenio entre deudor concursado y acreedores que posibilite la continuidad empresarial, el mantenimiento de los puestos de trabajo y alguna satisfacción de los acreedores. Pero si el interés del concurso debe identificarse con el mayor grado de satisfacción de una generalidad de acreedores, podrán presentarse situaciones en las que la restitución de las obligaciones derivadas de los contratos de compraventa resueltos, con cargo a la masa, ocasionen la liquidación de la empresa. Así, la desaparición de la sociedad deudora podrá beneficiar a los acreedores si la mayoría ven atendidos sus créditos o consiguen desvincularse, a través de las resoluciones contractuales que procedan, del procedimiento concursal. Algunos convenios son muy gravosos, pues suponen quitas o esperas de envergadura, y su resultado incierto, pues no siempre se cumplen. Evitar dicha dilación en la satisfacción de los acreedores mediante la resolución de la mayoría (o incluso todos) los contratos de compraventa suscritos (ya que, además, no siempre será sencillo que pueda comprometerse el concursado a garantizar la finalización de urbanizaciones o promociones inmobiliarias), puede ser el “interés del concurso” que haya de preponderar y, por lo tanto, la razón que habilite la resolución de los contratos de compraventa de cada

uno de los inmuebles que las componían.

3.2.2. Legitimación para instar la resolución

La habilitación para poner en marcha el referido mecanismo resolutorio en el seno del concurso se restringe al deudor concursado y la administración concursal. El primero puede actuar por sí mismo, en caso de simple intervención de sus facultades de disposición o administración. A la administración concursal le corresponde actuar cuando dichas facultades han sido suspendidas al concursado -que ni siquiera con intervención de aquélla podría actuar instando la resolución-. Sea cual fuere la situación, quien en ningún caso está legitimado para instar la resolución del contrato en interés del concurso es el contratante *in bonis*²⁹⁸.

Habría que precisar que actuar en interés del concurso es obligación que incumbe a la administración concursal en el desempeño de su función, así como al propio concursado, para asegurar la satisfacción de sus acreedores. En caso de duda, deberá ser apreciado por el juez que lo tramita. Lo que ocurre es que este interés puede ser esgrimido como causa de resolución por el deudor concursado o la administración concursal, pudiendo aceptarse, en su caso, por la otra parte contractual.

Así, si el deudor concursado o administración concursal instan la resolución del contrato por esta causa serán convocados, junto al otro contratante y los demás acreedores que deseen asistir a ese acto, a una comparecencia en la que se actuará en el modo previsto en el segundo párrafo del art. 61.2 LC, aunque se ha defendido que un acuerdo resolutorio entre administración concursal o deudor concursado y contratante no insolvente puede presentarse a la homologación judicial sin necesidad de acudir necesariamente a tal comparecencia²⁹⁹, lo que de algún modo admite, al considerar innecesaria la resolución judicial, el Auto del JM n.º 1 A Coruña de 30 de septiembre de 2008 (JUR

²⁹⁸ Éste podrá esgrimir, ex art. 62 LC y a través del incidente concursal, las causas de resolución pactadas en el contrato y las generales que afectan a los contratos en general y al de compraventa en particular. Pero la norma ha reservado la alegación del "interés del concurso" como fundamento para la resolución contractual al deudor concursado, bien por sí mismo, bien a través de la administración concursal.

²⁹⁹ ETXARANDIO HERRERA, E. J., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 473.

2009/184963)³⁰⁰.

En el caso del concursado intervenido, pero no suspendido de sus facultades de administración y disposición, será necesaria, en cualquier caso, la participación de la administración concursal en la negociación de un eventual acuerdo. En general, ésta tiene que mostrar su conformidad o autorización, según el art. 40.1 LC, durante el ejercicio de las facultades de administración o disposición, ya que de lo contrario, el art. 40.7 LC establece la posibilidad de que los actos sin tal intervención o conformidad sean anulados³⁰¹.

De haber avenencia, el juez aprobará la resolución y sus efectos. Si no hubiera acuerdo -bien porque ni siquiera hay conformidad con la resolución, o bien porque no hay respecto a las consecuencias de la misma-, cualquiera de las partes podrá instarla a través del incidente concursal. La previsión final del segundo párrafo del art. 61.2 LC supone, en primer lugar, que no hay restricción en la legitimación para promover el incidente. Así, a diferencia de la iniciativa para la comparecencia dirigida a la resolución en interés del concurso, que queda limitada al deudor concursado o a la administración concursal, según la situación en que se encuentren las facultades de disposición o administración de aquel, una vez celebrada dicha comparecencia no hay limitación, porque la norma ha dispuesto que "*en otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal...*", sin atribuir exclusivamente a los promotores de la comparecencia inicial la iniciativa para verificarlo.

Puede, en consecuencia, el adquirente-acreedor *in bonis*, en su caso, suscitar el incidente concursal consecutivo a la infructuosa comparecencia resolutoria, a efectos de lograr así una resolución favorable a sus intereses -normalmente, convenciendo al juez

³⁰⁰ La norma limita la citación a la comparecencia al "*concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato*", pero la providencia en que se acuerde deberá notificarse a todos los acreedores personados (personación que se lleva a cabo, precisamente, para tener conocimiento de todas las actuaciones que acontezcan en el procedimiento concursal -arts. 184.3, 185 y DF 5.ª LC-). De este modo, aun no siendo citados, dichos acreedores personados conocerán de tal comparecencia y podrán acudir a la misma, e incluso intervenir y realizar alegaciones al juez.

³⁰¹ En la comparecencia, aún cuando el deudor tuviera simplemente intervenidas sus facultades de administración y disposición, no bastará con la voluntad del deudor concursado y el contratante *in bonis*, sino que será precisa autorización o conformidad de la administración concursal. Ni siquiera sería suficiente el silencio de la administración concursal, porque el art. 40.1 LC dispone claramente la necesidad de autorización o conformidad. Sin una o la otra, habrá comparecencia y negociación, pero no puede haber acuerdo resolutorio válido.

del concurso de que el sacrificio que implica la finalización de la relación contractual no supone el gravamen alegado por la administración concursal o, en su caso, por el concursado-. Ahora bien, en la mayoría de los casos, estos incidentes se inician por quienes pretendieron la resolución y no la lograron, por falta de acuerdo sobre los efectos de la finalización del contrato o sus consecuencias.

A falta del referido acuerdo, se traspa al juez la decisión sobre la existencia de interés del concurso que justifique la resolución y sus consecuencias, pues señala la norma que *"el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa"*.

3.2.3. Plazo para presentar la demanda incidental

El art. 61.2 LC no ha establecido ningún plazo para presentar la solicitud de comparecencia resolutoria ni, si ésta fracasara, la demanda incidental que instando la resolución del contrato de compraventa. No hay, pues, término previsto para el planteamiento de la misma, al menos exigido legalmente, si bien, lo normal será su presentación inmediata, tras un plazo razonable para fundamentar la demanda. Pero al no exigir la norma un término específico, podría ser solicitada la resolución o interpuesto el incidente ulterior en cualquier momento, incluso transcurridos meses desde la declaración de concurso o desde el infructuoso intento de acordar la resolución en la comparecencia.

No obstante, habrá que tener en cuenta que el procedimiento concursal supone la superación de diversos hitos procesales que deben ser tenidos en cuenta. Si la iniciativa para la resolución del contrato la tomó el deudor concursado no suspendido, aguardar demasiado para la presentación del incidente puede provocar que termine la fase común del concurso, que es la apropiada para fijar las masas activa y pasiva. La resolución del contrato de compraventa, como indica el art. 61.2 LC, supone concretar si el inmueble objeto del mismo formará parte, o no lo hará, de la masa activa, pues el juez debe acordar, en su caso, *"las restituciones que procedan"*. Además, habrá de determinarse tras la resolución *"la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa"*.

El "interés del concurso" puede tratar de justificarse en lo conveniente de la resolución para alguna de las finalidades que son propias del procedimiento, en particular, la búsqueda de una salida convenida entre deudor concursado y acreedores por medio de

la aprobación de un convenio. Si se demora la presentación de la demanda sin que exista motivo fundado para ello, se incrementará la dificultad para justificar que hay un interés del concurso en la resolución, pues los momentos procesales que fija la norma se van superando sin que la demanda se inste. Una presentación tardía de la pretensión resolutoria disminuirá, seguramente, las posibilidades de persuadir al juez del concurso de lo interesante de la resolución pretendida en beneficio del concurso.³⁰²

Argumento añadido es que la situación del comprador *in bonis*, cumplidor antes de la declaración del concurso y durante su tramitación, no puede estar permanentemente amenazada con la eventual resolución del contrato de compraventa durante el procedimiento concursal, razón que ha dado lugar a que se critique la norma, sugiriendo que debería haberse incluido una cláusula general del tipo “plazo razonable”³⁰³, como se disponía en los proyectos que antecedieron³⁰⁴.

3.2.4. Consecuencias de la resolución

La especialidad de la resolución en interés del concurso se encuentra no tanto en la eficacia liberatoria, común a otras formas de resolución contractual, como en los efectos restitutorios que acarrea. La resolución del contrato de compraventa que ligaba a deudor concursado y contratante *in bonis* supone, en efecto, la liberación de las obligaciones que habían de atenderse como consecuencia del contrato, que ya no podrán ser exigidas por la otra parte, a pesar de que hubiera cumplido con las suyas. Ahora bien, respecto a las consecuencias de la finalización del contrato por interés del concurso, el

³⁰² Cuestión distinta es que el promotor de la iniciativa resolutoria a instancia del concurso, deudor concursado o administración concursal, concluyan que las dificultades que plantea la presentación de la demanda, el riesgo de las costas a cargo de la masa, o cualquier otra circunstancia, hagan inconveniente o poco atractiva la presentación de la demanda incidental resolutoria. Además, las circunstancias del concurso son cambiantes, y si prosperan acciones de reintegración, de rescisión o reclamaciones frente a deudores del concursado, puede variar la intención inicial de procurar la liberación de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa. O, por el contrario, el cálculo del coste con cargo a la masa de la resolución puede contener la presentación de la demanda, si no existen recursos suficientes en el patrimonio del deudor concursado para poder atender las consecuencias de la resolución contractual pretendida en la comparecencia finalizada sin avenencia.

³⁰³ GÓMEZ MENDOZA, M., “Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivenza*, tomo 3, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2812.

³⁰⁴ SALELLES CLIMENT, J. R., “La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido por el art. 61 de la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivenza.*, tomo 3, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 3177.

régimen jurídico es distinto al de otras formas de resolución.

En primer lugar, habrá que estar a lo que convengan deudor concursado, administración concursal y la otra parte contratante *in bonis* -ya que, como hemos visto, pueden alcanzar un acuerdo ante el juez del concurso en la comparecencia que regula el segundo párrafo del art. 61.2 LC-. En ejercicio de esa libertad, pueden las partes acordar cuanto les interese, disponiendo las restituciones o indemnizaciones precisas, bien contra la masa, bien como crédito concursal. La libertad que otorga la ley es amplísima, y el acuerdo entre las partes vincula al juez del concurso. Lo habitual será el abono de la restitución (y/o de la indemnización) con cargo a la masa, garantizando al contratante *in bonis* su indemnidad ante la posibilidad de no obtener la prestación por interés del concurso, pese a haber cumplido íntegramente con sus obligaciones. Pero es posible también que haya incumplimiento parcial de dicho contratante, o que se prefieran otras consecuencias que, aún situando en peor posición al acreedor (como acreedor concursal), le concedan un importe superior.

La falta de comparecencia del contratante *in bonis* se ha considerado como incumplimiento de una carga procesal, que autoriza al juez a declarar resuelto el contrato en los términos y efectos propuestos por la administración concursal o el deudor concursado³⁰⁵. Si no se considerara justificada tal consecuencia, al finalizar la comparecencia sin acuerdo, quedará habilitado el promotor de la iniciativa resolutoria (concurtido o administración concursal) para reiterarla mediante incidente concursal, conforme al segundo párrafo del art. 61.2 LC.

Dice el párrafo segundo del art. 61.2 LC que “*de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos*” el juez “*dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado*”. No obstante los literales términos de la norma, puede suceder que la desaparición de los efectos del contrato y, sobre todo, sus consecuencias, afecten de modo notable a los acreedores, que son en definitiva quienes han de ver satisfechos sus derechos, en mayor o menor medida, por el resultado del concurso. Así, es posible que se produzca un importante sacrificio para la masa activa, de modo que ésta quede comprometida y con ello, las expectativas de los acreedores, o que el concurso se

³⁰⁵ GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario al art. 61 LC”, *Comentarios a la Ley Concursal*, Coord. R.B.R.C., Tecnos, Madrid, 2004, pág. 703.

vea privado de algún activo de importancia que podría haberse incorporado con el cumplimiento *in natura* del contrato resuelto.

A pesar de todo ello, conforme al precepto citado, el juez queda vinculado por el acuerdo. En cualquier caso, debe presumirse que la administración concursal actuará en interés del concurso, como ordena la ley. Por tanto, al mostrar ésta su aquiescencia a la resolución, el acuerdo deberá ser ratificado por el juez, que sólo podría rechazarlo en los casos en que aprecie superados los límites propios de cualquier transacción homologada judicialmente, según el art. 19 de la LEC. Aún así, los acreedores que tengan conocimiento de los términos de la resolución y sus efectos, bien por haber acudido a la comparecencia, bien por medio del auto que declare la resolución del contrato de compraventa, podrán discutirla por los trámites del incidente concursal, si se consideran perjudicados o estiman comprometidas sus expectativas a percibir sus créditos.

Por otra parte, es posible que haya acuerdo en la resolución, pero no en sus efectos. O no haberlo ni respecto a una ni respecto a otros. En tal caso, que avoca al incidente concursal, corresponde al juez resolver *“acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa”*. Así, si hubiera contradicción, la primera decisión que corresponde al juez es determinar si es procedente la resolución. Si sólo hubiera discrepancia entre las partes respecto a los efectos, pero convienen en la resolución, el juez queda vinculado por ese acuerdo. Sin embargo, si la desavenencia abarca a la resolución y sus consecuencias, puede el juez entender improcedente la resolución, desestimando la pretensión incidental, lo cual podrá revisarse a través del especial régimen de recursos que dispone la Ley Concursal.

De estimarse la pretensión resolutoria, el juez del concurso resolverá también sobre sus consecuencias. En primer lugar, si hubiere lugar, sobre la restitución del inmueble objeto de compraventa, para el caso de que se hubiera transmitido, y lo que estuviera pendiente fuese el pago del precio aplazado. En tal caso el retornaría al patrimonio del vendedor, y como lógica consecuencia, habría de reintegrarse la parte del precio satisfecha y los gastos en que se hubiera incurrido para permitir la transmisión. También podrá fijarse indemnización de daños y perjuicios, si se hubieran ocasionado al contratante *in bonis* que hubiera perdido la cosa transmitida como consecuencia del

contrato resuelto. El importe por todos esos conceptos tendrá la consideración de crédito contra la masa, como expresamente prevé el párrafo segundo del art. 61.2 LC, de modo que deberán ser inmediatamente satisfechas, al ser un crédito cuyo vencimiento se produce en el momento en que se restituye el inmueble objeto de la compraventa resuelta, atendiendo a lo previsto en el art. 154 LC.

En el caso de que el inmueble objeto del contrato de compraventa estuviere pendiente de entrega, habiendo satisfecho el comprador no concursado la parte del precio convenida hasta ese momento, la resolución supone la desaparición de la obligación de entrega con la restitución del precio abonado con cargo a la masa, pero fijando también la indemnización que proceda al comprador que ve frustrada su expectativa de acceder a la propiedad del inmueble comprometido. Al disponer la norma que se atienda la obligación con cargo a la masa, parece que se pretende fomentar que deudor concursado y administración concursal prefieran el cumplimiento del contrato *in natura* a la resolución.

4.- Rehabilitación del contrato de compraventa

Otro de los efectos de la declaración de concurso es que abre la posibilidad prevista en el art. 69 LC, tal es la rehabilitación del contrato de compraventa con precio aplazado, resuelto en los tres meses inmediatamente anteriores a la misma, por incumplimiento, conforme al art. 1124 CC. La norma concede a la administración concursal la facultad de "rehabilitar" la vigencia de un contrato sobre bienes inmuebles (o muebles, aunque éstos no interesan a los efectos de este estudio) con precio aplazado, resuelto justo en los tres meses anteriores a la declaración de concurso, con el fin de favorecer la adecuada administración y conservación del patrimonio del deudor concursado³⁰⁶.

Así, para evitar que, en una situación tan cercana a la declaración de concurso, la resolución de determinados contratos perjudique la conservación del patrimonio del deudor, y en consecuencia, la garantía que tienen los acreedores conforme al principio

³⁰⁶ MARCO ARCALÁ, L. A., "La rehabilitación de créditos y de contratos en la nueva Ley Concursal", *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivenza*, tomo 3, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2879.

general del art. 1911 CC, se ha dispuesto en virtud del art. 69 LC la facultad de la administración concursal de reactivar la eficacia de un contrato resuelto con anterioridad a la declaración concursal -con un límite temporal de tres meses-. Para ello, debe restablecerse el equilibrio de las prestaciones, garantizando con cargo a la masa la prestación comprometida.

Tratándose de compraventa de inmuebles con precio aplazado, tendrán que satisfacerse o consignarse los plazos ya vencidos y asumirse los pagos futuros con cargo a la masa. La otra parte contractual puede oponerse, en la forma que describe el art. 69.2 LC. Si, pese a su oposición, se acuerda la rehabilitación, podrá el acreedor *in bonis* instar la resolución ya en sede concursal, es decir, en el modo que antes se ha expuesto y ante el juez del concurso, sin que entonces quepa nueva posibilidad de rehabilitación.

Como se decía, la norma favorece que las empresas puedan recuperar un inmueble de importancia esencial para su actividad. Sin embargo, no parece que sea un supuesto que afecte de forma recurrente al comprador de vivienda, ya que tendría que darse el caso de que, habiendo aplazado el precio, viera resuelto dicho contrato pese a haber recibido el inmueble, cuando lo habitual es justo lo contrario, el anticipo del precio por el comprador persona física y el aplazamiento de la entrega del inmueble destinado a vivienda.

CAPÍTULO TERCERO.- ENTREGA DE CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO: GARANTÍAS LEGALMENTE PREVISTAS A FAVOR DEL ADQUIRENTE DE VIVIENDA “SOBRE PLANO”

I. CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVARON LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 57/68, SOBRE PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS. VIGENCIA Y NUEVA REGULACIÓN

1.- Ley 57/68, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

Antes de la vigencia de las sucesivas leyes especiales que se han ido dictando destinadas a proteger a los adquirentes de viviendas y a las que me he referido con anterioridad, el régimen jurídico de las compraventas de viviendas en construcción, con precio entregado de forma anticipada, se regulaba únicamente por el régimen general de la compraventa de cosas futuras previsto en los art. 1.271 y 1.445 y ss. CC. Esta disciplina, por razones obvias, se mostró insuficiente, dada la situación de desequilibrio económico y personal que puede presentar el comprador de viviendas frente al promotor-vendedor de las mismas.

Esta potencial desigualdad subjetiva entre quien vende y quien adquiere se desprende de la mera observación del *status* o posición que cada parte asume en el contrato. Así, el comprador realiza un importante esfuerzo económico para adquirir el que, posiblemente, vaya a ser el bien patrimonial más importante de su vida: la vivienda, frente al profesional, promotor-vendedor, para quien una vivienda es sólo una simple unidad de producto, y el buen fin del contrato poco puede afectar al conjunto de su estructura patrimonial. El problema derivado de esta situación de desigualdad, de evidente transcendencia económica y social, y para cuya resolución resultaba insuficiente la escueta regulación contenida en el Código Civil, condujo a un desarrollo legislativo, concretado en una serie de leyes protectoras de los derechos de los adquirentes. Antes de que estas leyes fueran dictadas, el tratamiento jurisprudencial³⁰⁷ del objeto fue,

³⁰⁷ STS de 17 de febrero de 1967 (Roj: STS 1676/1967).

afortunadamente, el de su consideración como cosa futura *determinada* , y no como cosa futura *incierto* , es decir, fue el de compraventa de cosa futura (*emptio rei speratae*) y no compraventa de esperanza (*emptio spei*), lo cual no cabe duda que beneficiaba al comprador, aunque únicamente lograba eliminar el factor aleatorio, porque, en realidad, las garantías a favor del adquirente eran, en el mejor de los casos, escasas, pues para recuperar las sumas entregadas el comprador tenía que pasar, en cualquier caso, por vencer en juicio al promotor-vendedor y además tener la suerte de que, acabado el pleito, éste gozara aún de solvencia para cumplir la condena y devolver el importe de las cantidades del precio anticipado de las viviendas finalmente no construidas.

Así pues, tanto los problemas que existían en materia de construcción de viviendas, como los consiguientes incumplimientos que se producían en la entrega de los inmuebles a los compradores, que habían contratado mediante el sistema tradicional de entregas periódicas o a plazos, dieron lugar a que en el año 1968 se aprobase una reforma legal, que otorgaba una serie de garantías a esos adquirentes de inmuebles. En efecto, era evidente la gravosa situación que se producía al quedar éstos últimos indefensos cuando, tras haber realizado abonos mensuales o haber entregado cantidades a cuenta del pago final, comprobaban que, por problemas de la constructora o promotora, la obra no se llevaba a cabo y se veían abocados a perder las sumas ya abonadas y a formar parte, en muchos casos, de una interminable lista de acreedores en el entonces previsible proceso de suspensión de pagos (actual concurso de acreedores), en el que entraba la mercantil que no había podido llevar a efecto la edificación.

Los problemas económicos de los promotores responsables de la ejecución conllevaban, con frecuencia, la imposibilidad de ejecutar aquello a lo que se habían comprometido por contrato. La alarma producida por la reiterada comisión de abusos, en ocasiones constitutivos de delito, de los que eran víctimas quienes, antes de iniciarse la construcción de la vivienda y urgidos por la necesidad de su adquisición, realizaban de buena fe anticipos a cuenta del precio, llevó al legislador a establecer una serie de normas preventivas, cuya finalidad era garantizar los derechos de los compradores. Era, tal y como sucede en la situación actual de crisis que se prolonga desde el año 2007, más que evidente que la simple firma del contrato de compraventa o la documentación de la que pudiera disponer el acreedor que había efectuado los pagos acordados, se convertían en papel mojado cuando la mercantil desaparecía, sin posibilidad de poder dirigir la acción

de responsabilidad civil contra los administradores de la empresa, por la más que previsible insolvencia de los mismos y la inexistencia de cobertura específica de la mercantil, normalmente constituida específicamente para la construcción de un edificio en concreto y, por ello, sin solvencia. La solución concursal no era entonces, ni lo es ahora, adecuada en estos casos, al verse sometidos los adquirentes a largos procesos complejos de los que finalmente nada o poco podrían conseguir.

La doctrina es unánime al destacar la importancia que tuvo en cuanto a la promulgación de la referida Ley del 68 el caso de la empresa “Construcciones Nueva Esperanza, SL” (Cones)³⁰⁸, en 1963, que afectó a 10.615 personas, en varias provincias españolas (perjudicó a adquirentes de Alicante, Andalucía, Barcelona, Castellón, Madrid, Murcia y Valencia). Y es que con el dinero obtenido por las entregas a cuenta efectuadas por los adquirentes, la empresa Cones, en lugar de construir las viviendas a cuya entrega ya se había comprometido, compró otros solares, que posteriormente tuvo dificultades para vender, no pudiendo afrontar la construcción de las viviendas iniciales. Tras varias denuncias, la Fiscalía de la AP de Valencia procedió contra los responsables, calificando los hechos como un delito de estafa. El juicio se celebró en Madrid en 1976, nueve años después del inicio del sumario.

Como consecuencia de todo lo anterior, en el año 1968 se aprobó la Ley 57/1968, de fecha de 27 julio, que establecía las garantías para los compradores de viviendas a plazo. En efecto, en la Exposición de Motivos de esta Ley se hizo constar que *“la justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros*

³⁰⁸ Así, ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, págs. 22 y 23, hace expresa referencia a la estafa de la empresa “Construcciones Nueva Esperanza, S.L.”, como el caso que tuvo especial influencia en la promulgación de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto”³⁰⁹.

Y así, la Ley 57/1968, de 27 de julio, no derogó, ni modificó en lo más mínimo, el preexistente régimen jurídico de la compraventa de bienes futuros del Código Civil, pero creó un nuevo régimen obligatorio, no subsidiario sino paralelo, de seguridad cualificada, subjetiva y objetivamente tipificada, que complementó el régimen legal anterior, sin alterarlo.

Como complemento de la Ley, pocos meses después de su publicación, el entonces Ministerio de la Vivienda, dictó la Orden de 5 de octubre de 1968, que constituía el desarrollo reglamentario del art. 5 de la Ley 57/1968, centrando su punto de mira en los aspectos de “*propaganda y publicidad*” de la cesión de viviendas que no hubieran merecido la calificación de protección oficial. Y es que siempre que la adquisición de tales viviendas conllevara la realización de pagos anticipados, la propaganda y publicidad de tales transmisiones debía ser llevada a cabo con “*claridad y precisión*”, fuese cual fuese el medio de difusión elegido para su promoción.

Al mes siguiente, la Orden del Ministerio de Hacienda, de 29 de noviembre de 1968 vino a completar las disposiciones citadas, regulando el seguro de afianzamiento de las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Dicha Orden Ministerial, partiendo de lo dispuesto en la Ley 57/1968, establecía los requisitos que debían imponerse a las entidades aseguradoras que ejercieran el papel de garantes en las condiciones previstas por la referida ley, y fue derogada por el art. 15 LCS.

Las críticas adversas recibidas por la Ley 57/68, a lo largo de su vigencia, han sido innumerables y en cierto modo merecidas por lo escueto de su contenido³¹⁰, pero en su favor no debemos olvidar que desde aquel instante los adquirentes de viviendas, si bien

³⁰⁹ MAGRO SERVET, V., “Interpretación de lo dispuesto en el art. 3,2 Ley 57/1968 de 27 julio en relación con el art. 517,2.9º LEC. ¿Se puede acudir a la vía ejecutiva en el supuesto de no inicio o conclusión de unas obras de viviendas garantizadas por contrato de seguro o aval con estos documentos?”, *Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, nº 45, abril 2008, págs. 1 y ss.

³¹⁰ MUÑOZ DE DIOS, G., “El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas”, op. cit., pág. 1067; MARÍN LÓPEZ, J.J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50/1999, Madrid, pág. 751; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid, 2008, págs. 585 y 586.

no pudieron obtener a la fuerza el cumplimiento en especie, sí gozaban irrenunciablemente de un sistema complementario de garantías. Así, se estableció el derecho a recuperar, al menos, el precio aportado, más el interés legal del dinero, por mano de un tercero –*garante*–, obligado a hacerles entrega del equivalente sin necesidad de tener que vencer previamente en juicio al promotor-vendedor. Todo ello, además, incluso por la fuerza, mediante el uso de un nuevo título de ejecución que atribuía esta Ley especial al comprador frente al avalista o frente al asegurador (es decir, el banco o la caja de ahorros, o la compañía de seguros que hubieran intervenido como garantes de la devolución de las cantidades)³¹¹.

2.- Nueva regulación de la materia y críticas a la misma

La Ley 57/68, tras un dilatadísimo periodo de vigencia de casi cincuenta años, fue derogada, con efectos de 1 de enero de 2016, por la Disposición Derogatoria Tercera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en la redacción dada a la misma, a su vez, por la Disposición Final 3.4 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Sin entrar a valorar la que considero una, cuanto menos, deficiente labor legislativa, lo cierto es que se deroga la Ley del 68 para introducir, básicamente, su contenido -con escasas modificaciones, a las que se hará referencia más adelante-, en la nueva redacción dada por esta misma Ley 20/15 a la Disposición Adicional Primera de la LOE³¹².

Como punto de partida del presente análisis de las garantías inicialmente previstas en la antigua Ley del 68, ahora incluidas en la DA1ª LOE, debe resaltarse que la misma tiene unos destinatarios, obligados a constituir las, claramente definidos en el apartado Uno de dicha DA1ª: las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de

³¹¹ GARCÍA MEDINA, J. “Aval de las cantidades entregadas de la adquisición de viviendas en construcción”, *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio. Estudio sistemático y crítico*, La Ley, Madrid, febrero 2009, *laleydigital*, pág. 3. Si bien, tras la reforma de 2015, como también se verá, las garantías objeto de estudio han dejado de tener carácter de título ejecutivo directo, sin que sea posible, como antes de la reforma, acudir a una ejecución de título no judicial al amparo de las mismas, de modo que será necesario instar, en primer lugar, el juicio declarativo correspondiente.

³¹² Se incorpora al presente trabajo, como Anexo, una tabla comparativa de ambas regulaciones, que refleja el paralelismo de las mismas.

propietarios o sociedad cooperativa³¹³. Además, impone a los promotores que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para la construcción, el cumplimiento de las condiciones que se especifican en dicho apartado Uno y que son: **a)** que se garantice la devolución de las cantidades entregadas, concertando para ello un seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o un 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 por cualquier causa en el plazo convenido para la entrega de la vivienda; **b)** la apertura de una cuenta especial en entidad de crédito, en la que habrán de depositarse las cantidades anticipadas por los adquirentes, 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. Las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista se cancelarán una vez expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente y se acredite por el promotor la entrega de la vivienda al comprador (apartado Cinco DA1^a LOE)³¹⁴.

Se recoge en la nueva regulación que el incumplimiento de estas condiciones supone una infracción en materia de consumo, aplicándose la normativa al respecto. El incumplimiento de la obligación de constituir la garantía dará lugar a una sanción de hasta el 25% de las cantidades que deban ser aseguradas -o la que corresponda, según la normativa propia de las CCAA-. Conlleva, en consecuencia, una novedad la remisión del nuevo texto legal a la normativa de consumo³¹⁵. Con ello, se conforma la norma expresamente como referente legal que pretende la protección del consumidor, por un lado, estableciendo indirectamente que el adquirente de la vivienda debe ser un

³¹³ Según la anterior regulación “*las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar con carácter permanente, o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial*”. Cabe resaltar que se prescinde de la referencia expresa a que la vivienda “*no sea de protección oficial*”. Al no hacerse ninguna restricción, es necesario entender que se aplica a todo tipo de construcción cuyo objeto sea una vivienda, independientemente del destino final de la misma –residencia habitual o no-.

³¹⁴ En la nueva regulación, se especifica que, cumplidas las condiciones referidas, se producirá igual efecto de cancelación de las garantías otorgadas, aún si el adquirente rehusara recibir la vivienda, precisión que no efectuaba la derogada Ley del 68.

³¹⁵ Según el apartado Siete de la DA 1^a, “*el incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta ley constituye una 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*”.

consumidor (art. 3 TRLGDCU), y remite a los arts. 46 y ss. TRLGDCU, entendiendo que ello va a permitir la imposición de sanciones económicas y otras sanciones accesorias (art. 50 y ss. TRLGDCU), si bien habría que determinar cómo se conjugan estas sanciones con la ya dispuesta del 25 % de las cantidades entregadas por la no constitución de la garantía³¹⁶. A todo ello, hay que añadir que también se indica en el mismo apartado que “*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*”.

La Exposición de Motivos de la Ley 20/2015 señala, como uno de sus objetivos, el de dotar de mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda en construcción frente al promotor, eliminándose, entre otros aspectos, el régimen basado en un sistema dual de pólizas (pólizas colectivas y certificados individuales de seguros de caución). Pero desde diversos operadores jurídicos se asegura que no se ha conseguido esa pretendida mejora; antes al contrario, podría haberse debilitado el régimen de protección en cuatro aspectos sustanciales: **1)** qué cantidades podrá recuperar el comprador en caso de incumplimiento por parte del promotor; **2)** el plazo de ejercicio de la acción para la reclamación; **3)** el procedimiento para ejercitar dicha acción; y **4)** la eliminación de la irrenunciabilidad de los derechos de los compradores.

Hasta el pasado 1 de enero de 2016, la Disposición Adicional 1ª de la Ley 38/99 establecía 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*”. Es decir, la anterior regulación ya establecía la obligatoriedad de asegurar las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, aunque sin especificar a partir de qué momento surgía dicha obligatoriedad. Esta es una de las principales novedades que introduce la nueva legislación: desde que entró en vigor, queda delimitado cuándo comienza a

³¹⁶ CASADO CASADO, B., “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía”, *InDret revista para el análisis del derecho*, www.indret.com, Barcelona, octubre 2016, pág. 9.

aplicarse esa obligación de garantizar el dinero anticipado en una compra de vivienda sobre plano, que es el de la obtención de la licencia de obras. Y es aquí donde surgen las primeras discrepancias, pues hay quien considera que la modificación no excluye las cantidades entregadas con anterioridad a la obtención de la licencia, y que el legislador sólo ha pretendido determinar el momento de entrada en vigor de la garantía, mientras otros sostienen que el cambio deja más desprotegidos a los compradores de lo que estaban antes, al explicitar que la garantía sólo cubre las cantidades aportadas a partir de la obtención de la licencia de obras (es decir, que las garantías sólo operan a partir de la obtención del permiso de edificación, cuando en la práctica, gran parte de las reclamaciones se producen por el dinero entregado antes de la obtención de la referida licencia)³¹⁷. El texto podría parecer claro (“*garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales*”), pero lo cierto es que, a la espera de pronunciamientos de los Tribunales de Justicia, la norma puede interpretarse en un doble sentido: que las cantidades entregadas con anterioridad a esa fecha, en principio, no estén garantizadas, o que sí lo estén, y la obtención de la licencia de obras opere como momento a partir del cual se debe constituir la garantía. Esta última interpretación es más acorde con la postura mantenida por el Tribunal Supremo, en relación con estas garantías legales³¹⁸, y la que a la vista de lo señalado en el apartado Uno.2º de la DA 1ª, “*la garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables más el interés legal del dinero*”, y en el apartado Dos.1º b) de la misma “*la suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas*” puede considerarse más acertada, al no establecer el precepto límite alguno, y ser más adecuada al objetivo de la norma.

³¹⁷ En su interpretación de la Ley 57/68, la jurisprudencia había venido dando la razón a quienes aseguraban que el aval debe cubrir todas las cantidades abonadas, independientemente de si se pagaron antes o después de la obtención de la licencia de obra, práctica especialmente habitual en las cooperativas.

En el marco de la legislación anterior, las entidades aseguradoras ofrecieron un seguro que permitiese la consecución de las operaciones de compra de suelos, denominado seguro “Tramo I”, cuya finalidad era la de controlar y garantizar que las cantidades aportadas se destinasen, únicamente, a sufragar los gastos establecidos en el plan financiero del proyecto promotor. Sin embargo, el Tribunal Supremo entendió que este seguro de caución se identificaba con el seguro de afianzamiento regulado en la Ley 57/68; en este sentido, la STS de 13 de septiembre de 2013 (Roj: STS 4496/2013) condenó a una compañía aseguradora a la devolución de las cantidades aportadas por los cooperativistas con carácter previo a la obtención de la licencia de edificación, por considerar que el seguro suscrito era un seguro de afianzamiento regulado en la Ley 57/68 y no lo que se denomina un seguro “Tramo I”.

³¹⁸ Así, la ya citada STS de 13 de septiembre de 2013 (Roj: STS 4496/2013).

Otra de las críticas a la nueva regulación hace referencia al periodo de caducidad que impone para los avales, respecto de los cuales -así como del contrato de seguro- no se establece ahora el carácter ejecutivo, que anteriormente reconocía el art. 3 de la Ley 57/1968³¹⁹. Hasta ahora, si una promotora incumplía la fecha de entrega de llaves de las viviendas y se negaba a devolver las cantidades entregadas a cuenta, se podía reclamar al promotor por un periodo que, en términos generales, podía prolongarse hasta pasados 15 años desde la fecha prevista para la recepción de las viviendas, con fundamento en el plazo general de prescripción de las acciones personales del art. 1964 CC³²⁰, en la redacción anterior a la Ley 42/2015 (5 años a partir de dicha reforma). Ahora, al establecerse que los avales caducan a los dos años 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 -lo que significa que una vez transcurridos los mismos ya nada se puede reclamar-, el comprador o consumidor se encuentra claramente más desprotegido que con el marco legal anterior. Además, la norma no establece de quién es la responsabilidad si se demuestra que el promotor no había contratado las pólizas o avales preceptivos.

De lo anterior se deduce que es posible que el legislador haya cedido a las presiones de la banca y del sector asegurador porque, con la nueva normativa ya en vigor, muchas de las pretensiones de compradores que antes se juzgaban y se ganaban en los tribunales, y que habían dado lugar a una coherente y continuada doctrina jurisprudencial

³¹⁹ Al respecto, llama la atención, también como novedad de la nueva regulación, que se haya suprimido la referencia expresa que hacía el art. 3 de la Ley 57/68 a que “*el contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley*”. Es decir, la Ley del 68 concedía al aval y al seguro regulados el carácter de título ejecutivo, si bien la referencia se hacía a la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sin que se incluyera mención alguna a ello con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, lo que dio lugar a una Jurisprudencia contradictoria en relación al posible consideración o no de estas garantías como título ejecutivo. El silencio del legislador al respecto en esta reforma resuelve definitivamente la cuestión, en el sentido de impedir el acceso directo a una acción ejecutiva al amparo del aval o seguro objeto de estudio, como más adelante se considerará.

³²⁰ Así se entendió por nuestro Alto Tribunal en su STS de 16 de enero de 2015 (Roj: STS 426/2015), que confirma la doctrina jurisprudencial sentada en varios pronunciamientos anteriores, conforme a la cual el plazo de prescripción del aval no era el de un año (art. 1968.2 CC, en relación al art. 1902 CC), sino el general de las acciones personales, es decir, quince años (art. 1964 CC). Este plazo, se ha dicho, se reduce en la Ley 20/2015 a sólo dos años, contados desde el incumplimiento de la fecha prevista para la entrega de las viviendas.

a través de sucesivos pronunciamientos del Tribunal Supremo, puede que a partir de ahora sean desestimadas³²¹.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS

1.- Ámbito subjetivo

En cuanto al ámbito subjetivo de las garantías objeto de estudio, el apartado Uno de la DA1^a de la LOE se refiere expresamente a *“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”*, para imponerles las obligaciones establecidas en la misma (concretamente, la garantía de la devolución de las cantidades percibidas y el depósito de dichas cantidades en cuenta especial). Tenemos, por tanto, una relación contractual en la que, frente al promotor, se encuentra el adquirente o comprador, que será el beneficiario de dichas garantías, siempre que haya anticipado cantidades a cuenta del precio.

1.1. Promotor

Con anterioridad a la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, no existía ningún precepto que, en el ámbito normativo estatal, definiese la figura del promotor inmobiliario³²². En este sentido, es la LOE la que delimita, legalmente, la figura del mismo, en su art. 9.1, conforme al cual *“será considerado promotor 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”*.

³²¹ CORREDOR SIERRA, B., “La protección de los compradores de viviendas en situación de prehorizontalidad o ‘sobre plano’”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 8, Dykinson, Bilbao, 2016, págs. 42 y 43.

³²² ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 165, menciona la legislación autonómica anterior a la LOE, que sí hace referencia a la figura del promotor inmobiliario, como la Ley Catalana 24/1991 de 29 de noviembre, de la vivienda; o la Ley 2/1999, de Madrid, de 17 de marzo, de medidas para la calidad de la edificación.

A la vista de tal concepto legal, estiman CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ³²³ que el criterio fundamental para atribuir la condición de promotor es la intervención decisoria en el proceso edificatorio como profesional del mercado inmobiliario, siendo, a estos efectos, indiferente que esa actividad se realice o no con ánimo de lucro. Según lo anterior, los referidos autores consideran promotores: *i) al promotor-constructor*, esto es, quien promueve, participando en la ejecución; *ii) al promotor-vendedor*, es decir, el que adoptó las decisiones fundamentales del proceso edificatorio, sin proceder materialmente sobre la obra; y *iii) al promotor-gestor*, alguien con intervención fundamental en el proceso edificatorio por cuenta de los propietarios, caso típico de los gestores de cooperativas y de comunidades de propietarios (art. 17.4 LOE).

En relación a las cooperativas de viviendas, en la Exposición de Motivos de la LOE se equipara al promotor la figura del “*gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras análogas que aparecen cada vez con mayor frecuencia en la gestión económica de la edificación*”, lo que reitera en su art. 17.4. El Tribunal Supremo inicialmente no consideraba responsables a las cooperativas, por cuanto no los incluía en el concepto de promotor³²⁴, si bien esta doctrina no sólo está superada por el propio

³²³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 483 y ss.

³²⁴ Respecto a éstos, la consideración de los socios cooperativistas como consumidores frente a la cooperativa de viviendas, dada la especial relación entre aquél y ésta, había sido reiteradamente negada. En STS de 22 de mayo de 1992 (Roj: STS 4104/1992), se afirmaba que “*cuando las viviendas de protección oficial son construidas en régimen de cooperativa para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados y no para destinarlas al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico, los propios cooperativistas se convierten en socios copromotores de la construcción de dichas viviendas...*”. De ahí que se considerara que la protección a los consumidores no resultaba aplicable al supuesto en el que el consumidor se encuentre ante un simple “promotor-mediador”, cuya intervención no viene guiada por la intención de destinar las viviendas al tráfico, transmitiéndolas a terceros compradores para obtener beneficios económicos, sino exclusivamente la de procurar viviendas a sus socios, constituyendo la aportación de cantidades por sus componentes una derrama del coste de la construcción, si bien la reforma operada por la LOE eliminó este debate, toda vez que el art. 17.4 de la LOE dispone que “*sin perjuicio de las medidas de intervención administrativa que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas*”. El legislador quiere evitar determinadas conductas fraudulentas, ya puestas de manifiesto por la jurisprudencia: algunas empresas trataban de encubrir su condición de verdaderos promotores –y, por ende, de eludir la responsabilidad correspondiente– aparentando actuar como mandatarios o administradores de una cooperativa o de una comunidad de bienes, cuando en realidad eran las citadas empresas las que llevaban la iniciativa e impulsaban la actividad constructora, a cuya instancia se constituía la comunidad o

Tribunal, sino que la nueva regulación contenida en la DA1ª LOE, cuando se refiere a las obligaciones de los promotores, hace referencia expresa a “*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*”³²⁵.

cooperativa para integrar en ellas a las personas interesadas en la adquisición de viviendas o locales construidos.

³²⁵ 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, derogado también desde el 1 de enero de 2016, extendía a dichas comunidades y cooperativas de viviendas las garantías reguladas en la Ley del 68. Al respecto su art. 4 establecía que “(…) *las Juntas Rectoras (actual Consejo Rector) garantizarán a todos y cada uno de los interesados la devolución del importe de sus aportaciones más el seis por ciento de interés anual, mediante aval bancario o contrato de seguro, para el supuesto que la construcción no se inicie o termine en los plazos señalados (...)*”, disponiendo su art. 5 que la responsabilidad en el cumplimiento de las normas de garantía que establecía quedaba delimitada en las personas integradas en las Juntas Rectoras (actualmente, Consejos Rectores) de las Cooperativas. Ninguna mención expresa hay ahora a esta imputación directa de responsabilidades a los miembros del Consejo Rector, quedando como única referencia para identificar al equivalente al “promotor” en los casos de cantidades entregadas a cuenta, cuando la adquisición se lleve a cabo a través de cooperativa de vivienda, la hecha al “gestor”, contenida en el art. 17.4 LOE. Al respecto, CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 590, consideran “de sentido común” entender que tal “gestor” no es otro que la sociedad gestora de las cooperativas, jurídicamente independiente de ésta. En este sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, “Caracterización de las adjudicaciones realizadas por una cooperativa como compraventas de consumo”, op. cit., págs. 191 a 194, entiende que, para considerar que la relación socio-cooperativa es una relación de consumo, hay que distinguir entre un gestor-asesor y un gestor-promotor (que equipara a un vendedor), y enumera tres situaciones básicas: **1ª la del mandatario sin poder de representación**, que no recibe cantidades y carece de facultades de decisión sobre los aspectos principales del proceso de edificación, limitándose a asesorar y presentar propuestas sobre las que decidirá la Asamblea, sin apoderamiento, ni general ni especial, para actuar en nombre de ésta -típico caso de sociedades de servicios no apoderadas, que representan a la cooperativa frente a terceros-; **2ª gestores o sociedades gestoras, apoderados por el Consejo Rector** (art. 32.3 LC), que no impulsan la constitución de la cooperativa, ni toman decisiones *de facto* sobre aspectos fundamentales del proceso constructivo, aún cuando reciban cantidades de los socios en nombre ajeno, ya que actuarían con pleno respeto a las limitaciones derivadas de las facultades de decisión de la Asamblea -por lo que no quedarían asimilados al promotor-. En estos casos, las facultades del gestor deberán referirse sólo a actos de administración propios de la gestión de la promoción, sin que puedan extenderse a actos de dominio, o a aquéllos en los que sea preceptivo el acuerdo del Consejo Rector o de la Asamblea; **3ª personas físicas o jurídicas que, bajo la cobertura de un mandato representativo de la cooperativa cuya constitución previamente han promovido, predisponiendo aquel, adoptan las decisiones fundamentales del proceso constructivo**. En este último caso, el mandato meramente formal obtenido de la cooperativa no impide su consideración como promotor, a los efectos de las responsabilidades derivadas de la LOE -en relación tanto a los vicios de la construcción, como a la responsabilidad por entrega de cantidades anticipadas-. Por tanto, el gestor, gerente o apoderado de una cooperativa (es indiferente la denominación que se le otorgue) que respondería como vendedor es el promotor-gestor, esto es, el que interviene decisoriamente en el proceso de edificación, por cuenta de los propietarios, asumiendo él mismo las decisiones fundamentales -y no limitándose a cumplir el encargo de los propietarios, cuando éstos asumen las decisiones esenciales del proceso-. Ahora bien, el gestor o sociedad de gestión inmobiliaria también será considerado promotor, aunque no exista apoderamiento, en el caso de que el control se derive de una situación de hecho que reúna los requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo (por ejemplo, el caso de que la cooperativa sea creada por la gestora para ser controlada por sus familiares). Finalmente, concluye CARRASCO (pág. 197) que

El promotor de viviendas, ya sea dueño del terreno, ya lo sea de otro derecho superficial que permita otorgar la declaración de obra nueva, o ya sea promotor-gestor en comunidad o en cooperativa de autoconstrucción, o adopte cualquier otra forma que enmascare la realidad de su gestión directa, es el sujeto que organiza y ordena los pagos anticipados a efectuar por los futuros adquirentes y, por eso, aunque aparezca en el futuro alguna otra nueva forma subjetiva no tipificada en la LOE, la amplia expresión empleada por la DA 1ª LOE es más que suficiente para que nazca la obligación de contratar garantías para el hipotético sujeto atípico, siempre que sea *el que promueva*.

1.2 Adquirente

En lo que se refiere al adquirente, el art. 1 de la Ley de 1968 vinculaba la protección de su posición jurídica con el destino de la vivienda a su uso personal o familiar³²⁶, excluyendo los supuestos de adquisición de vivienda con otras finalidades, como la integración en la actividad profesional o empresarial del comprador o la inversión,³²⁷ si bien, las posturas de los tribunales al respecto eran contradictorias -así, la SAP Madrid de 10 de octubre de 2007 (Roj: SAP M 14701/2007) consideró que la DA1ª LOE entonces vigente suponía una modificación de la Ley 57/1968, suprimiendo la exigencia de que se destinara a residencia permanente o accidental; de fecha posterior, y haciendo expresa referencia a la LOE, la SAP La Rioja de 3 de abril de 2012 (Roj: SAP

toda cooperativa opera en una posición jurídica relevante, que ha obligado al legislador, como hemos visto, a imponer determinadas cautelas en cuanto a la protección de los socios adjudicatarios. Así, conforme a la LOE, que predica la condición de promotor de quien promueve colectivamente (art. 9.1), debería considerarse a la cooperativa como promotora, aún cuando no exista gestión externa, lo que, entre otras cosas, la sujeta al régimen de responsabilidad del art. 17.3 LOE, al cumplimiento del régimen de garantías de suscripción obligatoria, previsto en el art. 19 LOE, y a la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta a dicha cooperativa, en virtud de la DA 1ª LOE. En esta línea, el art. 91.8 de la Ley 8/2003 de Cooperativas valenciana establece una nueva modalidad de garantía por cantidades entregadas con anterioridad a la adjudicación: el socio, desde el momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, podrá exigir el otorgamiento de una hipoteca de máximo para garantizar las cantidades que venga obligado a entregar hasta la adjudicación de la vivienda, disponiendo expresamente que *“será de aplicación a las cooperativas de viviendas y para las cantidades anticipadas por el socio, antes de iniciarse la construcción o durante la misma, lo dispuesto por la Ley 57/1968”*.

³²⁶ Así, el artículo primero de la Ley 57/68 establecía 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 siguientes condiciones...”*

³²⁷ ALONSO SAURA, “El tiempo en la entrega de la vivienda objeto de compraventa en proyecto o en construcción en situaciones de crisis económica”, op. cit., pág. 56.

LO 243/2012), resolvía que la Ley 57/68 no era aplicable a supuestos distintos de los recogidos en su art. 1º (adquisición de viviendas como morada individual o familiar, bien permanente o circunstancial), considerando la adquisición como inversión contraria al espíritu de dicha ley, así como a su letra, ya que, en tal caso, no se adquiere como consumidor final-.

Ahora bien, este es un punto en que la actual regulación de la DA1ª LOE difiere de lo establecido en la derogada Ley 57/68, toda vez que no se desprende de la nueva normativa que ésta excluya de su ámbito de aplicación la adquisición de viviendas cuyo destino final sea diferente al de residencia familiar o domicilio del adquirente. En consecuencia, pierde sentido la diversidad de posturas arriba referida, toda vez que no se limita la aplicación de las garantías legales recogidas en la DA1ª LOE a las viviendas destinadas a domicilio o vivienda familiar, como hacía la Ley 57/68, sino que expresamente se refiere la DA1ª a “*toda clase de viviendas*”.

Nótese que el objeto de la LOE es regular el proceso edificatorio, y es por ello que los sujetos que define y a los que hace referencia son los que participan en aquél (los agentes de la edificación), por lo que no llega a especificar quién, como adquirente, es considerado beneficiario de dichas garantías, solo cabe advertir que parece anudarlo a su condición del mismo como consumidor (apartado Siete de la DA 1ª).

2. *Ámbito objetivo*

La regulación actual de la LOE, tal y como hacía la derogada Ley 57/68, según se desprende de lo ya expuesto, establece un régimen específico para los contratos de compraventa de viviendas³²⁸ en que se anticipen cantidades a cuenta por los adquirentes,

³²⁸ Se ha discutido acerca de la posibilidad de aplicar las garantías establecidas en su día en la Ley 57/68 a supuestos afines a la compraventa, entre los que cabe destacar los contratos de permuta. Así, el Tribunal Supremo ha destacado la analogía entre ambas figuras: la STS del 30 de Mayo de 2006 (Roj: STS 3338/2006) nos recuerda que “*se trata del planteamiento de una permuta de cosa futura, que más que un contrato atípico, se califica de una especie del contrato de permuta, semejante a la compraventa de cosa futura, pues no en vano compraventa y permuta son contratos análogos ya que realmente la permuta se puede descomponer en dos compraventas y a aquélla se aplican las normas de ésta conforme dispone el artículo 1541 del Código civil . La validez de la misma se ha admitido en la práctica, en la doctrina y en la jurisprudencia (así, entre otras muchas que son citadas por éstas, sentencias de 8 de marzo de 2001 y 19 de julio de 2002)*”. Mas a pesar de su evidente analogía, no puede olvidarse su distinta naturaleza, que supone la aplicación de un diferente régimen jurídico y, necesariamente, debe quedar excluido de la aplicación de las garantías inicialmente reguladas en la Ley 57/68 y actualmente objeto de la LOE. Primero,

con el fin de garantizar la devolución de las cantidades entregadas para el caso de expiración del plazo de entrega o de iniciación de la obra, sin que una u otra hubieren tenido lugar, reforzando así la posición del adquirente, siendo el ámbito objetivo de la ley la regulación de dicha garantía y considerando indiscutible que sólo viviendas (y trasteros y garajes, en tanto anejos inseparables) están contemplados en la Ley, a los efectos de las garantías reguladas.

por cuanto difícilmente podría presumirse el carácter de destino final de los inmuebles que vayan a recibirse como contraprestación a la cesión del solar. Segundo, por cuanto el Tribunal Supremo (STS de 17 de Octubre de 2007 -Roj: STS 6434/2007-) ha resuelto que la entrega *in natura* de los solares no puede equipararse de ningún modo a la entrega anticipada de cantidades. Así, en la referida Sentencia que resuelve que *“el tercer motivo del recurso, fundado en infracción del art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, ha de ser desestimado por reducirse su alegato a equiparar la permuta con la compraventa porque “el importe garantizado ha sido totalmente empleado en la construcción de los edificios de los que se cederían a mis representados las viviendas concretadas en los certificados individuales, puesto que dicho importe era el precio que debió desembolsar la constructora (...) para la adquisición del terreno sobre el que se levanta la construcción”. Parece, pues, que se pretende, aunque sin la más mínima claridad, una aplicación analógica de la Ley 57/68, a cuyo texto se remitía la póliza, a los contratos de adquisición de viviendas futuras que no comporten anticipo de cantidades por los adquirentes; pero con ello se olvida, de un lado, que a la aseguradora se le ocultó el verdadero contrato celebrado entre tomadora y asegurados; de otro, que pese a la flexibilidad jurisprudencial sobre la cuenta en que han de ingresarse las cantidades anticipadas (SSTS 8-3-01 y 19-7-04 en recursos nº 113/96 y 2455/98 respectivamente), no es igual el riesgo cuando el asegurado anticipa al constructor cantidades a cuenta, normalmente de modo gradual y sin completar el precio total, que cuando el asegurado ya ha cumplido desde un principio su prestación íntegra y el constructor ni siquiera ha iniciado la obra; y finalmente, que los propios certificados individuales se referían expresamente a “cantidades anticipadas para la compra de viviendas”. Y es que, a diferencia del contrato de compraventa, en el que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro a pagar por ella un precio cierto (art. 1445 CC), en la permuta, cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra (art. 1538 CC). Si bien, puede suceder que, a cambio de una vivienda, se entregue al mismo tiempo otra u otras viviendas u otro bien y dinero. En tal caso, el art. 1.446 CC impone estar a la intención de los contratantes, más si tal intención no consta, se tendrá por permuta si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario.*

También como figuras afines, en cuanto a los contratos de reserva (esto es, los atípicos, amparados por la autonomía de la voluntad, que fueron objeto de análisis en el primer capítulo del presente trabajo, en los que se paga una cantidad sólo para que el vendedor se abstenga, durante un tiempo, de disponer del inmueble a favor de un tercero y cuyo importe sólo cabría imputarse, si se pacta, al precio de la cosa una vez perfeccionado el contrato de venta), no estarían cubiertos por la anterior Ley 57/68, actual DA1ª LOE, hasta tanto no se formalice dicha venta. Primero, por cuanto la cantidad pagada es una contraprestación a la mencionada “abstención” del vendedor y, segundo, por cuanto en tanto no haya definitiva venta, tampoco habría plazo de entrega del inmueble y difícilmente podrían acoplarse estas “entregas” a las previsiones de la Ley que nos ocupa. Sin embargo, cabe señalar que alguna legislación autonómica (Comunidad Autónoma de Valencia) exige que las cantidades entregadas en contratos de reserva se garanticen conforme a la Ley 57/68 –actual DA1ª LOE-, si bien parece que dicha legislación estaría utilizando, impropriamente, la denominación de “contrato de reserva” y que, por ende, esta exigencia sólo sería aplicable en los casos en que concurren todos los elementos propios del contrato de compraventa (así consta reflejado en las conclusiones formuladas por la Magistrada TERESA RIZO JIMÉNEZ, del Seminario “Vivienda y Crisis Económica Problemas derivados de la aplicación de la Ley 57/68” convocado por el Consejo General del Poder Judicial que se celebró en abril de 2012, págs. 5 y 6).

En cuanto al concepto de vivienda, me remito a lo dicho al respecto en el epígrafe correspondiente del primer capítulo del presente trabajo, destacando que, como ya se indicó, tienen la consideración de vivienda no sólo los inmuebles destinados a servir de domicilio o residencia (con carácter permanente o habitual) de las personas, sino también, aquellos que estén destinados a servir de residencia de temporada (lo que se conoce como segunda residencia), quedando excluidos, en consecuencia, los locales comerciales u otros inmuebles no destinados a vivienda.

Para concluir con el ámbito de aplicación objetivo de las garantías, es necesario referir que, en relación con las viviendas adquiridas en régimen de aprovechamiento por turno³²⁹, queda claro que su adquisición y la entrega de cantidades anticipadas durante su construcción estarían amparadas, en un momento inicial por la Ley 57/68, y actualmente, por la DA1ª LOE. Así lo establecía el art. 4 de la Ley 42/1998 de 15 de Diciembre sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (en vigor hasta el 18 de Marzo de 2012), y así lo dispone expresamente la actualmente vigente en la materia, Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias³³⁰, que en su art. 25.2 reproduce el contenido del art. 4.2 de la derogada Ley 42/98³³¹, aunque

³²⁹ La Ley 4/2012 define el derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles como aquél que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, consecutivo o alterno, de un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, así como del derecho a la prestación de los servicios complementarios. Y establece expresamente que podrá constituirse *como derecho real limitado o con carácter obligacional*, pero en todo caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23, que remite a la imperatividad del título II (estatuto del inmueble y régimen de los servicios).

³³⁰ La Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias se dicta por el Gobierno empujado por la necesidad de trasponer a nuestro Ordenamiento la Directiva 2008/122/CE de 14 de enero del 2009. La norma deroga la Ley 42/1998, reguladora del derecho real de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y flexibiliza las modalidades contractuales permitidas para la transmisión del derecho de aprovechamiento, pero mantiene la rigidez propia del régimen de aprovechamiento por turno como régimen jurídico imperativo del edificio.

³³¹ En concreto, dispone el precepto citado que *“el propietario que constituya el régimen sobre un inmueble en construcción deberá, además, contratar a favor de los futuros adquirentes de derechos de aprovechamiento por turno un aval bancario con alguna de las entidades registradas en el Banco de España, o un seguro de caución celebrado con entidad autorizada para operar en dicho ramo en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, que garantice la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición del derecho, actualizadas con arreglo al Índice de Precios de Consumo, si la obra no ha sido finalizada en la fecha fijada o no se ha incorporado el mobiliario descrito en la escritura reguladora cuando el adquirente del derecho opte por la resolución del contrato. Las cantidades así*

debe advertirse que el art. 13 de dicha Ley prohíbe que, durante el plazo otorgado al consumidor para desistir, pueda el empresario (o un tercero) percibir anticipos de dinero (considerando los actos contrarios a esta prohibición como nulos de pleno derecho).

3.- Contingencia cubierta por las garantías

El supuesto de hecho de la garantía es la falta de entrega de la vivienda. El referido propósito de garantizar a los compradores la devolución de las cantidades abonadas a cuenta del precio final, si tiene lugar dicha falta de entrega, se contempla específicamente en el apartado Cuatro de la DA1ª LOE, conforme al cual *“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 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”*³³². Asimismo, también lo encontramos en el apartado Tres.a) de la DA1ª LOE que, con respecto a los deberes de información del promotor, dispone que en los

recibidas serán independientes de las que deba satisfacer el propietario o promotor en concepto de indemnización de daños y perjuicios, consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones.

Las garantías de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición del derecho de aprovechamiento por turno, se regirán, en todo aquello que les sea aplicable, por la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, y sus normas de desarrollo.

Mientras no esté inscrita el acta notarial donde conste la finalización de la obra, en ningún caso podrá quedar liberado el aval constituido, ni extinguirse el contrato de seguro”, precepto que no ha sido modificado tras la derogación de la Ley 57/68, de modo que la remisión a la misma debe entenderse efectuada actualmente a la DA1ª LOE.

³³² La anterior regulación, art. 3 Ley 57/68, establecía que *“expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 % 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”*. A continuación, concedía una acción ejecutiva directa para la recuperación de esas cantidades (disponía que *“el contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley”*, referencia que, como se ha indicado, lo era a la antigua LEC de 1881), concluyendo que *“lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario con arreglo a la legislación vigente.”* Esta última precisión tampoco se hace en la nueva regulación, si bien, a mi juicio, es innecesaria, puesto que en ningún apartado de la nueva regulación se refiere a que los derechos que se conceden lo sean en sustitución de otros previstos legalmente.

contratos de adquisición de viviendas en los que se pacte la entrega de cantidades anticipadas, deberá hacerse constar *“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”*.

A este supuesto de hecho, consistente en la falta de entrega -por no iniciación o conclusión en plazo de la construcción, o por no obtención de cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento equivalente-, hay que añadir el previsto en la STS de 12 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4052/2016), que sienta doctrina, y establece que *“las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento, al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística”*. Ahora bien, el asegurador o avalista no garantiza el cumplimiento de la obligación de entrega, sino el de la no restitución de las cantidades a que está obligado el promotor cuando el adquirente resuelve el contrato. Garantiza, por tanto, una obligación dineraria.

En relación con los citados supuestos regulados por la DA1ª LOE, es claro que el aval o seguro no garantizan casos de defectos ruinógenos o falta de calidad de la vivienda entregada. Tampoco puede pedirse la ejecución de la garantía en caso de que la vivienda se haya entregado gravada con una anotación de embargo o una hipoteca, por ejemplo, pero sí cuando la vivienda no se entrega por haber sido transmitida a un tercero protegido por la publicidad registral, ya que en este caso, en efecto, la vivienda no ha sido entregada³³³.

³³³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 600.

III. LAS CONCRETAS GARANTÍAS LEGALMENTE PREVISTAS A FAVOR DEL ADQUIRENTE DE VIVIENDAS EN PROYECTO O EN CONSTRUCCIÓN

Las medidas antes previstas en la Ley 57/68 y que, desde el pasado 1 de enero de 2016, recoge la DA1ª LOE, pretenden, en primer lugar, garantizar que las cantidades que entregue el comprador a cuenta del precio final de la vivienda durante la construcción de ésta se dediquen, efectivamente, a sufragar los gastos de dicha construcción y, en segundo lugar, a asegurar la devolución de las referidas cantidades que se entregan anticipadamente por el adquirente, más los correspondientes intereses, en el caso de que las obras no llegaran a iniciarse, no se concluyeran en el plazo previsto, o no se obtuviera la cédula de habitabilidad (o licencia de primera ocupación de la vivienda³³⁴, o documento equivalente, que faculte para la entrega de la misma). A este supuesto de hecho, habrá que añadir la doctrina sentada en virtud de STS de 12 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4052/2016), a la que ya se ha hecho referencia, conforme a la cual *“las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística”*.

Así, el apartado Uno de la DA1ª LOE viene a establecer una serie de obligaciones a 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. Se trata con ello de evitar los fraudes o meros incumplimientos civiles que pudieran producirse. Para ello establece dos exigencias concretas:

- 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

³³⁴ ESTRUCH ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas...*, op. cit., pág. 115.

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.

- 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 se 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.

De este modo, la DA1ª LOE, tal y como antes hacía la propia Ley 57/68, concreta dos obligaciones específicas de interés que operan como garantías, al exigirse que por una entidad aseguradora o bancaria se garanticen las cantidades entregadas a cuenta, siempre que dicha entidad aseguradora o de crédito cumpla los requisitos de autorización exigidos para operar en el mercado. No es válido, en consecuencia, cualquier contrato de seguro o aval, sino aquellos que se concierten con entidades específicamente autorizadas (para evitar, precisamente, que se de además, un problema de falta de cobertura de la entidad que, en teoría, garantiza la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido)³³⁵.

1.- Momento de otorgamiento de las garantías. Problemas que plantea

El legislador establecía ya en la Ley 57/68, y ha mantenido en la actual regulación, una secuencia temporal para el otorgamiento de las garantías referidas que, como se verá, es difícil de cumplir en la práctica. Así, en relación con el aval o seguro, el apartado Tres de la DA1ª LOE (y anteriormente, el art. 2 Ley 57/68) dispone que en los contratos para la adquisición de viviendas en que se pacte la entrega de cantidades anticipadas al promotor, deberá hacerse expresa referencia al contrato de seguro o aval bancario, si bien también dispone que en ese momento el promotor hará entrega al adquirente del documento en el que conste otorgada la garantía, exigencia que es de imposible, o al

³³⁵ MAGRO SERVET, op. cit., págs. 1 y ss.

menos difícil cumplimiento, pues el asegurador sólo emitirá esa póliza cuando se le acredite la firma del contrato³³⁶.

Por otra parte, también se exige en el apartado Uno de la DA1ª LOE que para la apertura de las cuentas especiales a que se ha hecho referencia, la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá las garantías indicadas. Es decir, que en el momento en que se produzca la apertura de la cuenta especial, por exigencia del legislador y bajo responsabilidad de la propia entidad, deben haberse otorgado ya las garantías de devolución de las cantidades entregadas, más los correspondientes intereses. Sin embargo, esta secuencia temporal casi nunca tiene lugar en la práctica: lo normal es que se aperture dicha cuenta especial sin que se hayan otorgado las garantías legales, y sin que la entidad financiera correspondiente las exija. Y es que, desde luego, no es fácil que existan en el momento de la apertura de la cuenta garantías concretas de devolución otorgadas a los compradores, toda vez que lo usual es que los promotores aperturen las cuentas especiales antes de recibir cantidades de los compradores, de modo que difícilmente pueden existir, en ese momento, avales específicos o pólizas individuales que garanticen la devolución de cantidades anticipadas, cuando todavía el comprador no ha efectuado ninguna entrega³³⁷.

Ahora bien, con esta referencia a que la apertura de la cuenta se hará previo otorgamiento de las garantías, y así debe asegurarse de ello la entidad financiera “*bajo su responsabilidad*”, parece que lo que se pretende, en cualquier caso, es generar en los adquirentes la confianza de que, en efecto, dichas garantías existen, pues así se lo exige la Ley a las entidades de crédito para que procedan a la apertura de la cuenta especial, dando lugar, además, a que sea dicha entidad bancaria la que deba hacer frente a los daños y perjuicios que, en su caso, sufran esos adquirentes, en el supuesto de que no llegaran a otorgarse las garantías legalmente establecidas y tampoco se iniciara o concluyera en plazo la construcción de las viviendas, o no se obtuviera la licencia de primera ocupación

³³⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 590.

³³⁷ Es posible que esta precisión se incluyera en su día por el legislador para garantizar, en el momento de la apertura de cuenta, que el promotor aportara, al menos, una póliza global de seguro de caución o contrato general de aval, si bien esta posibilidad desaparece con la actual regulación, al menos respecto del seguro, ya que se ha prescindido de la posibilidad de asegurar las cantidades mediante póliza global, como más adelante se verá.

o documento equivalente, y el promotor no devolviera las cantidades entregadas por aquéllos anticipadamente³³⁸. El cómo se solvente, en la práctica, el problema referido de que difícilmente puedan suscribirse los contratos de compraventa, otorgarse las garantías y aperturarse la cuenta especial con la simultaneidad que se desprende del texto legal, entiendo que es una cuestión que deberá resolver el promotor, matizando el contenido de sus acuerdos con la entidad de crédito en la que se abra la cuenta, y con la entidad garante, en el caso de que no sea la misma, de modo que se aseguren suficientemente los derechos reconocidos al adquirente, cumpliendo puntualmente con las garantías legales, si no simultáneamente a la suscripción del contrato, como se desprende del texto legal, sí de la forma más inmediata posible.

2.- Obligación de contratar aval bancario o seguro de caución

Antes de la entrada en vigor de la DA1ª LOE, el art. 1 de la Ley 57/1968 establecía, para quienes promovieran la construcción de viviendas y pretendieran obtener de los adquirentes entregas de dinero antes de iniciar la construcción, o durante la misma, la obligación adicional de *“garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual (ahora interés legal)³³⁹, mediante contrato de seguro (...) o por aval solidario (...), para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido”*. La propia LOE se remitía al contenido de esta obligación de aseguramiento, del que hace asimilación conforme a la Ley de 1968³⁴⁰.

³³⁸ ESTRUCH ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas...*, op. cit., págs. 118 a 121.

³³⁹ El apartado c) de la Disposición Adicional 1.ª de la LOE, en su texto modificativo de la Ley de 1968, antes de la entrada en vigor de su actual redacción, establecía que sería incrementado en el interés legal, y no el 6 por 100 que quedó suprimido desde entonces, y así se ha mantenido en la regulación actual.

³⁴⁰ La Ley 38/1999, antes de la reforma de 2015, en su Disposición Adicional 1ª matizaba los requisitos antes fijados en el art. 3.2 Ley 57/1968, en relación a las garantías que debían (y deben) adoptarse a favor a los adquirentes con respecto a las cantidades entregadas a cuenta del precio durante la construcción y establecía 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 julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones (...)”*. Es decir, que en la Ley 38/1999 sí se hacía mención a la exigencia de contratar un seguro, pero nada decía en relación al aval que regulaba la Ley 57/1968, lo que dio lugar a que surgiera la cuestión de si tras la Ley 38/1999 era obligatorio acudir al contrato de seguro –también previsto en la Ley 57/68- para garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta y no podía emplearse ya el aval como medida de garantía. Ahora bien, esta cuestión no era tal, toda vez que la Ley 38/1999 no supuso derogación expresa, ni tácita, de la Ley 57/1968, por lo que necesariamente seguían

Estas garantías, ya lo hemos visto, se han mantenido básicamente en la actual regulación. Así, la contratación de dicho seguro o, de forma alternativa, del aval, es obligatoria desde la promulgación de la Ley 57/1968, si bien su regulación, desde el 1 de enero de 2016, se trasladó a la DA1ª LOE. Ésta última, junto con el RD 515/1989³⁴¹, la LCS y la regulación del contrato de fianza en el CC (arts. 1822 y ss.) constituyen el marco jurídico del afianzamiento obligatorio de cantidades entregadas a cuenta para la adquisición de viviendas.

Que la garantía prestada sea aval solidario o seguro de caución, es indiferente, pues lo que importa realmente al legislador es que:

1. Se haya formalizado, y se encuentre a disposición de los adquirentes, antes de la entrega de cantidades a cuenta del precio de la compraventa de viviendas no construidas, y la toma de estas cantidades por el promotor-vendedor.

2. Que el aval o el seguro sean extensivos a todas las adquisiciones, a todos los adquirentes y todas las viviendas que se hallen en esas condiciones de inexistencia presente, existencia futura y prepago.

vigentes ambas opciones -contrato de seguro y aval- como métodos de garantía para asegurar las devoluciones de las cantidades entregadas a cuenta. De hecho, ambas opciones son recogidas en la nueva redacción de la DA1ª LOE, que recoge, con alguna modificación, el contenido de la Ley 57/68, derogada en virtud de la Ley 20/2015. En este sentido, apoyando la función garantista del aval, señala la SAP de Ávila de 10 diciembre 2002 (Roj: SAP AV 389/2002) que *“dentro de lo que la más reciente doctrina mercantil califica como contratos de “préstamo de firma” se encuentra el aval bancario. Estos préstamos de firma son negocios jurídicos de mediación en la concesión de crédito por los que los bancos y cajas de ahorros garantizan los compromisos de sus clientes sin adelantar fondos. El aval es, en definitiva, una modalidad del contrato de afianzamiento, o fianza, mercantil en virtud del cual una entidad bancaria (avalista) garantiza el cumplimiento de una obligación contraída por su cliente (avalado) respecto de un tercero (beneficiario). Regulado en los arts. 439 a 442 CCom. y más específicamente en el art. 17,4 LOCM, presenta dos características formales, una la necesidad de que se haga por escrito y la otra el que se inscriba en el Registro especial de avales del Banco de España.”*

³⁴¹ El art. 7 RD 515/89 dispone 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”*, si bien, como refiere GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *“Las garantías de los adquirentes de vivienda en construcción”*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Coord A.C.S., volumen 2, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 2057, aparte de la incorrecta expresión utilizada por el legislador, al referirse a “garantías entregadas a cuenta”, poco añade este precepto a lo ya dispuesto, antes por la Ley 57/68 y ahora por la DA1ª LOE, si bien consagra una obligación legal de información, que recae sobre el vendedor-promotor y que incide en la fase previa a la celebración del contrato, consistiendo, precisamente, en la publicidad del documento del contrato de seguro o aval solidario y del número de cuenta especial (el incumplimiento de esta obligación constituirá infracción en materia de protección al consumidor, ya que el propio RD 515/89, en su art. 11, se remite, a este respecto, a la anterior LGDCU, remisión que habrá que entender referida al actual TRLGDCU de 2007).

3. Si se trata de *aval solidario*, que lo preste una entidad de crédito debidamente autorizada.

4. Si se trata de *seguro de caución*, que se contrate con una entidad aseguradora debidamente autorizada para operar en España.

La obligación de contratar estas garantías recae, ya desde 1968, en “*las personas físicas y jurídicas que promuevan*” (fórmula que mantiene la regulación actual), es decir, quienes organicen a los profesionales y ostenten los medios necesarios (aunque no sean dueños del terreno) para iniciar, seguir y culminar la construcción de las viviendas. De hecho, la regulación positiva del obligado a contratar las garantías muestra una explícita intención interpretativa nada restrictiva, que no admite aplicar excusas absolutorias a nadie “que promueva” la construcción de viviendas –ya se ha hecho referencia a las precisiones en cuanto al concepto de promotor introducidas por la LOE-.

Dichas garantías, según se ha adelantado, estarían asegurando la devolución de las cantidades entregadas por el adquirente a cuenta del precio, para el caso de que la construcción de la vivienda no se llevase a cabo en el plazo indicado, y aparecen impuestas por la Ley, acarreado el no otorgamiento de las mismas diversas consecuencias, a las que se hará referencia más adelante. Se trata, por tanto, de un deber de garantía reglamentado, ya que es preciso que esa garantía se otorgue con todas las determinaciones exigidas por la norma. A este respecto, cabe decir que las leyes, de forma general, establecen normas de conducta, si bien las obligaciones que éstas implican pueden configurarse de maneras distintas: cuando se pone a cargo de un sujeto el deber de llevar a cabo un determinado comportamiento, dicho deber “puede obedecer a que lo que la norma establece es un deber jurídico, una obligación o una carga, e implican, todos ellos, la sujeción de un individuo a la observancia de una determinada conducta, pero su fundamento y las consecuencias de su incumplimiento son diferentes”³⁴². Por esta razón, procede determinar qué constituye el deber de garantizar previsto en la DA1ª LOE:

i) Claramente, esta obligación de otorgar la garantía objeto de estudio no constituye una *carga*, toda vez que si bien ésta implica la existencia de una norma que impone un determinado comportamiento a un sujeto, lo cierto es que en la carga existe

³⁴² GARCÍA PÉREZ, C., *La promesa de dar garantía. Garantías exigibles al promotor de urbanizaciones privadas*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pág. 80.

libertad para cumplir o no la conducta exigida (si bien, tal incumplimiento generará, de algún modo, la pérdida de una situación ventajosa). Así, no podemos estar ante una carga, ya que la DA1ª LOE sí establece determinadas consecuencias al incumplimiento del deber de garantía en su apartado Siete (titulado “*infracciones y sanciones*”), que serán objeto de análisis más adelante.

ii) Respecto a su condición o no de *deber jurídico*, cabe decir que el concepto de deber jurídico se construye sobre la base de sus diferencias con la obligación, de modo que toda conducta debida que no reúne los caracteres de la obligación, puede comprenderse en aquel. Así, la obligación legal sería la especie, respecto del deber jurídico, que es el género (en consecuencia, todas las obligaciones legales son deberes jurídicos, pero no ocurre lo mismo a la inversa). Conforme a lo anterior, podemos distinguir entre deberes generales, que no llevan consigo un derecho a exigir su cumplimiento, y deberes jurídicos especiales o cualificados, que se imponen a persona determinada que puede verse compelida a su cumplimiento, lo que, en tal caso, constituiría una obligación en sentido estricto. Así pues, habida cuenta de que, en nuestro caso, el promotor sí está, en efecto, obligado a garantizar las cantidades anticipadas que perciba, ya que de lo contrario no sólo estaría cometiendo infracciones de carácter administrativo, sino que, según los casos y tal y como se expondrá, podría incurrir incluso en conductas constitutivas de responsabilidad penal, podemos decir que no estamos ante un simple deber jurídico “general”, sino que habrá que ir un paso más allá.

iii) Puede, finalmente, concluirse que cuando se impone legalmente a un particular la celebración de un contrato para poder realizar una actividad -en nuestro caso, otorgar determinadas garantías para poder percibir cantidades anticipadas en la venta de viviendas en construcción-, estamos en presencia de una *obligación legal*. El origen de este mandato obligatorio derivado de la propia norma podemos encontrarlo en la consideración de la Ley como fuente de las obligaciones, según prevé el art. 1089 CC, caracterizándose estas obligaciones legales por el hecho de que cuando el sujeto entra en el campo de acción (supuesto de hecho) de la norma, queda directamente vinculado. Así pues, centrándonos en el supuesto que nos ocupa, desde luego, una vez que el promotor de viviendas decide comercializarlas antes de la conclusión de su construcción, con el fin de obtener anticipadamente ingresos, como modo de autofinanciación de dicha construcción (a través de las cantidades que los adquirentes de esas futuras viviendas

entregarán, a cuenta del precio final), debe asumir las consecuencias derivadas de dicho acto y fijadas por la Ley, tales son la obligación de constituir garantía (seguro o aval) sobre esas cantidades percibidas. Este deber de prestar garantía queda configurado, entonces, como una obligación legal, de cuyo incumplimiento pueden derivarse sanciones no sólo administrativas, sino incluso penales, como después se verá³⁴³.

Finalmente, una vez contratada la garantía por el obligado a ello (el promotor), aparecen frente a la obligación garantizada una pluralidad de sujetos obligados, compuesta por: a) *el que promueve*, b) *el que garantiza* y, c) si además ha sido aperturada la cuenta especial, también *el responsable solidario* (entidad financiera). Por ello, la DA1ª LOE establece (como también hacía la Ley del 68) que el aval tiene que ser *solidario* pero, en cambio, del seguro no predica lo mismo, lo que no es equitativo en derecho y podría tener consecuencias injustas y de trato desigual para adquirentes garantizados con seguros, frente a los garantizados con aval³⁴⁴. A continuación, examinaremos cada una de éstas dos figuras.

3.- El seguro en garantía de devolución de las cantidades anticipadas

El seguro de afianzamiento de cantidades entregadas a cuenta, modalidad del seguro de caución regulado en el art. 68 LCS³⁴⁵, trata de garantizar que las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores para la adquisición de una vivienda en construcción -más los intereses legales-, puedan recuperarse en caso de que el promotor no inicie o no lleve a buen fin la construcción en el plazo convenido. En otras palabras,

³⁴³ GARCÍA PÉREZ, *La promesa de dar garantía...*, op. cit., págs. 81-89.

³⁴⁴ Así, la SAP de Sevilla de 10 de julio de 2006 (Roj: SAP SE 2497/2006), manifestó que “no es lógico pensar que la solidaridad se impone sólo respecto de los avales bancarios y no respecto de los seguros de caución, pues de otra manera haría de peor condición a quien suscribe” uno u otro “con clara vulneración del principio de igualdad de todos ante la Ley consagrado en el art. 14 de la Constitución”.

³⁴⁵ Estamos, por tanto, ante un seguro por cuenta ajena, en el que no coinciden las personas del tomador del seguro (promotor) y asegurado o beneficiario (adquirente), supuesto al que se refiere el art. 7.2 LCS, conforme al cual “si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado”. Se advierte, en consecuencia, que el adquirente no participa en la celebración del contrato de seguro de caución, de manera que las obligaciones y deberes derivados del contrato como relación bilateral mercantil se reducen a los contratantes -el promotor y la aseguradora-, mientras que el adquirente-asegurado tiene la condición de beneficiario exento de obligaciones, que ostenta el derecho a que se le restituyan las cantidades entregadas a cuenta, si se dan los presupuestos establecidos para ello, DOMÍNGUEZ ROMERO, J., *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 41.

el supuesto de hecho de la garantía no es que el promotor no entregue la vivienda en plazo, sino que no devuelva las cantidades correspondientes cuando el adquirente-asegurado inste la resolución del contrato. Estas cantidades anticipadas deberán depositarse en una cuenta bancaria especial, controlada por la entidad aseguradora, y solamente podrán utilizarse para gastos derivados de la construcción del edificio.

A diferencia de lo preceptuado en el art. 19 LOE, la garantía de afianzamiento no cubre al asegurado frente al incumplimiento por el tomador de su obligación de entregar la vivienda en las condiciones de calidad o seguridad pactadas. Así pues, los beneficiarios de este sistema no serán otros que los compradores de las viviendas que han entregado cantidades a cuenta y que, en caso de producirse el riesgo cubierto (vivienda no entregada o no obtención de licencia de primera ocupación o documento equivalente que faculte para la ocupación de la vivienda, sin devolución de las cantidades anticipadas por parte del promotor), cobrarán la indemnización, compuesta por el importe de sus entregas más el interés legal. La SAP Cantabria de 8 de mayo de 2000 (Roj: SAP S 1027/2000) especifica que el seguro de afianzamiento *“tiene por objeto no cualquier prestación de los adquirentes de los pisos, sino única y exclusivamente la prestación consistente en las entregas anticipadas de dinero”* (de ahí que la permuta de cesión de solar por pisos, supuesto de hecho del litigio en cuestión, no constituya el objeto del contrato de seguro contemplado por el art. 1 de la Ley 57/1968, entonces vigente).

En cuanto al capital asegurado, estará compuesto por las cantidades que los compradores vayan entregando a cuenta del precio definitivo de la vivienda, incrementadas por el interés legal correspondiente. Por último, la cobertura del seguro finalizará cuando se haya conseguido la licencia de primera ocupación o documento equivalente. No obstante, en la práctica habitual se exigirá la entrega efectiva de la vivienda, entendida ésta como entrega de llaves³⁴⁶.

El apartado segundo de la DA1ª LOE establece, por separado, como novedad de esta nueva regulación, los requisitos que deben cumplir tanto el seguro de caución como

³⁴⁶ PACHECO JIMÉNEZ, M.N., “El seguro de afianzamiento de cantidades entregadas a cuenta”, *Los seguros en el proceso de edificación*, La Ley, Madrid, 2008, manejo la versión digital del referido capítulo, publicado por *laleydigital*, págs. 1 y 2.

el aval bancario para que se concierten como garantía. Respecto del seguro de caución, cabe comentar lo siguiente³⁴⁷:

i) Se suprime la figura de la póliza global, dejando únicamente la posibilidad de suscripción de una póliza individual³⁴⁸. Esta modificación se ha justificado alegando la falta de protección que el sistema anterior proporcionaba a los adquirentes de vivienda (ya que la única regulación del seguro de caución de cantidades anticipadas se encontraba en una Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968³⁴⁹, que había quedado desfasada, y la obligación de suscripción de una póliza colectiva por el promotor, y adicionalmente una póliza individual, se ha considerado perjudicial para los adquirentes-asegurados). Sin embargo, no parece justificada tal desprotección, toda vez 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 adquirentes (STS, Sala de Lo Penal, de 5 de abril de 1995 -Roj: STS 11763/1995-), lo cierto es que, en los últimos años, había venido atribuyendo 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 considerado suficiente para indemnizar el mero hecho de existir la póliza colectiva, aún cuando no hubiera póliza individual (STS de 13 de septiembre de 2013 -Roj: STS 4496/2013-). En consecuencia, lo único que consigue el legislador con esta reforma es que el adquirente ahora tenga que encargarse de ir actualizando la póliza a medida que

³⁴⁷ ALMARCHA JAIME, J., “Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 15/2015, págs. 168-172.

³⁴⁸ Así, el apartado 1.a) del epígrafe segundo de la DA1ª LOE dispone que “*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*”.

³⁴⁹ Respecto a esta concreta cuestión, el art. 2 de dicha Orden Ministerial distinguía entre contrato de seguro colectivo y póliza individual de seguro. El contrato de seguro colectivo se refería al conjunto constituido por los asegurados adquirentes de viviendas de un determinado edificio, o de una determinada unidad orgánica de viviendas, que hubieran anticipado pagos para la realización de dicha adquisición, que se concertaba entre asegurador y promotor-vendedor. La póliza individual de seguro, conforme a dicha Orden, se establecía entre asegurador y comprador-asegurado, era complementaria de la anterior y servía como título de garantía otorgada por la compañía aseguradora a favor de los adquirentes concretos asegurados. En consecuencia, a medida que iban quedando incorporados al contrato de seguro los sucesivos compradores asegurados, debían emitirse las respectivas pólizas individuales, como títulos de garantía de éstos frente al asegurador, ESTRUCH ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas...*, op. cit., pág. 176. Esta dualidad ha sido suprimida en la nueva regulación ya que, tal se ha indicado, la DA1ª LOE sólo prevé la posibilidad de una póliza individual.

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, necesariamente, una desprotección del adquirente³⁵⁰.

ii) 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, 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”* (apartado 1.b) del epígrafe segundo de la DA1ª LOE)³⁵¹. Ello supondría un claro beneficio para el adquirente, si no

³⁵⁰ Esta modificación ha sido criticada por CARRASCO PERERA, que niega que los adquirentes se encontraran desprotegidos con el anterior sistema de póliza global, ya que la jurisprudencia había “negado la virtualidad de la exigencia de pólizas individuales, a pesar de los textos normativos previgentes. Una vez que los particulares han hecho los pagos, y el promotor había concertado la póliza global, ya no se exigía de hecho más, y no se cargaba sobre las espaldas del comprador el seguimiento y control de pólizas individuales que tendrían que actualizarse sucesivamente a medida que se hicieran pagos”. Además, califica de asombrosa “la inconcreción en que queda el extremo fundamental de si la póliza individual debe actualizarse a medida en que se realizan los pagos (*“la suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades previstas anticipadas”*-apartado 1.b) del epígrafe segundo de la DA1ª LOE-) o si se garantiza en abstracto la cantidad total contratada, pero el comprador ha de probar en su reclamación cuáles fueron las cantidades efectivamente adelantadas (*“en ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado”* - apartado 1.i) del epígrafe segundo de la DA1ª LOE-)”, 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)*, fecha de publicación: 21 de mayo de 2015, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/05/Sobre-una-propuesta-del-Partido-Popular-del-modificaci%C3%B3n-del-r%C3%A9gimen-de-cantidades-adelantadas-en-la-compra-de-vivienda.pdf>, (última consulta, 6 de junio de 2017).

³⁵¹ 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 (SAP Alicante de 16 de noviembre de 2006 -Roj: SAP A 3585/2006-, conforme a la cual *“del tenor literal se desprende con claridad que tanto los intereses legales como la cláusula penal se aplican sobre las cantidades entregadas sin efectuar distinción alguna, por lo que no cabe excluir las sumas entregadas en concepto de IVA. Ese es el mismo criterio empleado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, modificada por la Disposición Adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, donde se expresa que las “la devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.” Quiere decirse con ello que la norma legal que regula esta garantía a favor del comprador expresa que el objeto de la devolución son las cantidades entregadas sin ninguna exclusión. Las alegaciones efectuadas por la demandada reconviniendo acerca de la exclusión del IVA en atención a la regulación sobre la repercusión y devolución de ese impuesto se rechazan ante la contundencia del tenor literal del contrato”*.

fuera porque se añade, en el apartado 1.i), 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, parece que corresponde al adquirente actualizarla para acreditar que las cantidades fueron aportadas, lo que no supone, precisamente, 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. Parece que lo que el legislador quiere decir es que la póliza individual hará referencia al precio total que deberá satisfacerse por el adquirente mediante cantidades adelantadas, pero que esta póliza se deberá actualizar conforme 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 dicha cuenta especial, en consonancia con el punto segundo del apartado primero, que dispone que *“la garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero”*.

iii) Se indica también que *“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”* (apartado 1.c) del epígrafe segundo de la DA1ª LOE). De aquí pueden extraerse varias hipótesis. Así, en primer lugar, 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 el apartado 1.e), conforme al cual *“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”*). Por otra parte, conforme a lo anterior, CARRASCO PERERA ya advirtió³⁵² que lo más apropiado habría sido imponer al seguro de caución el deber de pago a primer requerimiento, de forma análoga al artículo 19.3 LOE.

³⁵² Se pregunta este autor por qué no se ha dicho, sin más, que el asegurador tendrá que pagar a primer requerimiento del comprador, como se dice, por ejemplo, para los seguros de caución de responsabilidad

iv) 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 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”* (apartado 1.f) del epígrafe segundo de la DA1ª LOE). 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 art. 1.851 CC. 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 se estaría vulnerando propiamente el contenido del texto, pues la duración del seguro sería inferior a la duración del compromiso³⁵³.

v) En cuanto a la posible producción del riesgo asegurado, si tuviera lugar el acaecimiento del no inicio de la construcción o la no consecución del buen fin en el plazo convenido³⁵⁴, el asegurado, previo requerimiento fehaciente de las cantidades anticipadas

decenal en la LOE. Observa también que “respecto del impago de la prima, no se trata de un gran avance, porque estos contratos se construyen a prima única, que, si no se paga al inicio, conlleva sin más la no concertación del seguro. La falta de pago de la prima por el promotor no será una excepción oponible. Bien, pero desde luego sí será oponible que la aseguradora haya resuelto el contrato por falta de este pago, como le permite la LCS, y que esta resolución sea comunicada y opuesta al comprador”, CARRASCO PERERA, “Sobre una propuesta...” op. cit.

³⁵³ CARRASCO PERERA, “Sobre una propuesta...”, op. cit., también critica esta solución -o falta de solución- dada por el legislador. Así, expresa que “una cuestión controvertida y problemática hasta hoy ha sido el efecto que la prórroga, concedida por el comprador al promotor, tendría sobre la obligación del garante, que siempre se pactaba a fecha cierta. No es una cuestión marginal, porque en la casi totalidad de promociones el plazo previsto en el contrato no se respeta, y las partes han de concederse un nuevo plazo más o menos largo”. La Ley, como hemos visto, dispone que en caso de que el comprador conceda prórroga al promotor, éste *“podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga”*. Al respecto, comenta el citado autor que “¡Claro está que el promotor y la aseguradora “pueden” prorrogar! Lo que toca discutir es si “deben” o, mejor, si la prórroga del contrato de compraventa arrastra la del seguro, haya o no prórroga y pago de nueva prima. Yo no propongo que esta solución debería haberse impuesto, pero, si tal decisión no se toma, es preferible no decir nada a tomar el pelo a la gente de esta forma”.

³⁵⁴ Llama la atención que no se haga constar en este punto como incumplimiento la no obtención en plazo de la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que facultan para la ocupación de la vivienda, como sí se hace en el apartado quinto de la propia DA1ª LOE. Ahora bien, esto no debería suponer, en principio, ningún problema para el adquirente, puesto que, como vimos en el epígrafe correspondiente, la falta de dicha cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación se considera equiparable a la ausencia de entrega de la vivienda.

al promotor, si por éste último no se procediera a la devolución 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, contados desde que éste le realizó la reclamación (apartado 1.h) del epígrafe segundo de la DA1ª LOE).

En realidad, este apartado, más que ser un requisito, constituye lo que se denomina posteriormente como “ejecución de la garantía” (apartado Cuatro de la DA1ª LOE). Si hacemos una comparación, vemos que ambos textos tratan la misma cuestión, aunque el apartado Cuatro es más amplio, pues establece como “ejecución de la garantía” el no inicio de la construcción o la no entrega de la vivienda. Por tanto, si se da alguno de esos supuestos, el comprador podrá resolver el contrato y ejecutar la garantía, o bien dar una prórroga al promotor. Lo lógico es interpretar ambos preceptos de forma conjunta, a fin de delimitar con mayor exactitud el supuesto de hecho de la garantía y lo que ésta realmente constituye.

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 (*“especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda”*).

vi) Se dispone, asimismo, que el asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, subrogándose en los derechos que les correspondieran a éstos. Por otra parte, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada al adquirente (apartados 1.j) y k) del epígrafe segundo de la DA1ª LOE).

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 (así, en efecto, dispone que “*todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro*”). Esta contradicción habrá de 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). Ahora bien, centrándonos en los efectos de esta “subrogación”, mientras que el derecho de reembolso permitía al asegurador reclamar al promotor “todo pago hecho por el asegurador”, incluyendo, por ejemplo, los honorarios de abogados por asesoramiento extraprocesal al asegurador, sin embargo, con la subrogación este tipo de gastos no podrían ser reclamados al promotor, pues el asegurador se encontraría en la posición del asegurado³⁵⁵.

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, plantea numerosas cuestiones, que no resuelve el texto legal. Así, ¿estamos ante una prohibición legal de disponer? ¿Se requiere 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? Cuestiones que, en cualquier caso, no afectarían al objeto de este trabajo, cuyo objeto es analizar los derechos del adquirente.

4.- El aval solidario, emitido por entidad financiera

4.1. Caracteres y regulación legal

Otra de las formas establecidas por el legislador para garantizar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores de viviendas en construcción es el aval solidario emitido por entidad de crédito debidamente autorizada. Conviene tener presente que antes la Ley 57/1968, y ahora la DA1ª LOE se refiere al aval, sin contener regulación específica respecto al contrato de fianza, en virtud del cual nace

³⁵⁵ Al respecto, señala CARRASCO PERERA que, según 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”, CARRASCO PERERA, “Sobre una propuesta...”, op. cit.

el documento de aval como tal; esto es, se limita a usar la denominación de “aval” como equivalente a cualquier garantía personal subsidiaria de naturaleza accesoria o no accesoria (arts. 1822 y ss. CC). La ausencia en la Ley especial del régimen específico de la fianza, para cuando esta figura se utilizara como garantía de la devolución de las cantidades anticipadas, resultaba chocante en comparación con el desarrollo que hacía la Orden de 29 de noviembre de 1968 respecto al contrato de seguro, y sigue resultándolo, ya que la DA1ª es mucho más minuciosa a la hora de regular los requisitos del seguro de caución (apartado Dos.1 DA1ª LOE) que los del aval (apartado Dos.2), a los que nos referiremos más adelante.

Sea como fuere, es evidente que el aval constituido a estos fines, que ha de ser solidario por expresa previsión legal, supone la existencia de tres sujetos: el avalista (entidad financiera), el avalado (promotor) y el beneficiario (adquirente), que no ha intervenido en dicha constitución. Señala con gran acierto la SAP de Ávila, de 10 de diciembre de 2002 (Roj: SAP AV 389/2002), que *“son, pues, dos planos distintos. De una parte, la obligación del avalista se concreta en devolver, sustituyendo al deudor, las cantidades entregadas a cuenta si la construcción no llega a buen fin en el plazo convenido, pero no porque el aval responda de la ejecución, sino porque así lo ha convenido en la constitución del aval. De otra, los compradores, respecto de ese deudor principal, su vendedor, pueden interesar la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas y un 6% más³⁵⁶, o concederle, como veíamos, una prórroga. Si optan por la prórroga, no pueden ejecutar el aval. Si optan por la rescisión, y así se lo comunican al deudor, pueden reclamarle las cantidades entregadas y ese 6% que la norma establece o dirigirse, con la misma finalidad, contra el avalista solidario”*.

Y es que debe tenerse en cuenta que no estamos ante un aval ordinario, ya que al prestarse con la finalidad señalada en la DA1ª LOE, queda revestido del mismo carácter especial, de manera que avalista y avalado no pueden modificar el sentido restrictivo de ese afianzamiento, máxime cuando el beneficiario no ha sido parte en la constitución de la garantía. La traducción práctica de lo expuesto supone que será inadmisibles la pretensión del avalista de hacer recaer sobre el beneficiario las consecuencias de la falta de armonía o desajuste con la Ley 57/1968 del aval prestado (por ejemplo, no es

³⁵⁶ En la actualidad, este 6% ha sido sustituido por el interés legal.

infrecuente que el texto del aval indique una cantidad, a cuya restitución se compromete el garante, distinta de la que realmente ha entregado el adquirente al promotor, o el establecimiento de un plazo de validez del aval restringido). En todo caso, los términos del aval habrán de interpretarse siempre pro beneficiario, dado el carácter tuitivo de la norma. Así, el garante no podrá escudarse en que sólo se comprometió a devolver la suma que figura en el aval, si dicha cantidad es inferior a la realmente anticipada, ya que la entidad financiera está avalando en cumplimiento de la DA1ª LOE, y ésta es clara en el sentido de que la garantía de devolución alcanza a todas las cantidades entregadas a cuenta del precio. Es más, ni siquiera podría el garante alegar que desconocía que hubieran sido entregadas otras sumas, cuando el total de las cantidades entregadas serán ingresadas en una cuenta especial abierta en la propia entidad financiera que presta el aval³⁵⁷.

Expuesto lo anterior, en cuanto a los requisitos que, respecto al aval, ha introducido la nueva regulación de la DA1ª en su apartado Dos.2, éstos son:

i) 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 (apartado 2.a) del epígrafe Dos de la DA1ª LOE).

ii) 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

³⁵⁷ En este punto, hay que advertir que, si bien la DA1ª LOE obliga al mantenimiento de una cuenta separada de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, pudiendo éste disponer de las cantidades allí depositadas únicamente para las atenciones derivadas directamente de la construcción de las concretas viviendas, lo cierto es que la práctica nos demuestra que esa cuenta separada no impide que el promotor disponga de ese patrimonio, supuestamente separado, para aplicarlo a otras promociones que esté llevando a cabo o, incluso, a la satisfacción de créditos que no guarden relación directa con todo ello. Teniendo esto presente, resulta aconsejable requerir al promotor, en cuanto se perciba por el adquirente que la suma cubierta por el aval difiere de la que realmente se va a entregar a cuenta, a fin de que aporte una garantía suplementaria por la diferencia, suspendiendo dicho adquirente los pagos hasta el momento en que reciba el referido complemento, y sin que pueda entenderse esta actitud como falta de cumplimiento de la obligación de pago (aunque sea parcial), pues es evidente que ha traído causa del incumplimiento previo del promotor de su obligación de garantizar la totalidad de las cantidades pactadas como anticipo del precio final, DOMÍNGUEZ ROMERO, *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción*, op. cit., págs. 38-40.

treinta días, si aquel no procede a su devolución, podrá dirigirse contra el avalista para el abono de dichas cantidades. Se añade que el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor (apartado 2.b) del epígrafe Dos de la DA1ª LOE).

iii) Finalmente, 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 (apartado 2.c) del epígrafe Dos de la DA1ª LOE).

Por lo tanto, el legislador ha pretendido establecer un régimen análogo al del seguro de caución con la intención de no hacer diferencias (beneficiosas o perjudiciales) entre una u otra elección por parte del promotor. Sin embargo, como se verá, sí existen diferencias entre ambas figuras jurídicas. Así, en primer lugar, del texto es extraíble que el aval hará referencia a todas las cantidades anticipadas, estén ya ingresadas o pendientes de ingresar, puesto que no se exige que se vaya actualizando constantemente por el comprador, como sucede con el seguro, según hemos visto que se deduce del texto legal. Por tanto, al adquirente, en principio, parece que le beneficiaría más el aval que el seguro, pues respecto de aquel no existe esta duda.

En segundo lugar, la letra b puede ser objeto de las mismas cuestiones puestas de relieve en relación al seguro de caución en este punto, pues la redacción de este apartado es similar. Básicamente, se plantea de nuevo el problema de 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 (apartado Dos.2.c) DA1ª LOE), parece que pretende equipararse al plazo de prescripción de dos años previsto para el seguro de caución, pero lo cierto es que, como es sabido, la caducidad y la prescripción son dos instituciones jurídicas distintas, con efectos diferentes. El legislador ha querido establecer el mismo régimen, fijando un mismo plazo de prescripción para la obligación fideusoria, si bien, no se explica que hayan convertido estos dos años en un plazo de caducidad. Y, en cualquier caso, como señala CARRASCO PERERA³⁵⁸, el problema no es éste, sino el de la prórroga, ya que “bajo la urgencia -que no existía- de fijar un plazo

³⁵⁸ CARRASCO PERERA, “Sobre una propuesta...”, op. cit.

de caducidad al aval, lo que de hecho se consigue es hacerlo enteramente vulnerable a las prórrogas no consentidas por el avalista”³⁵⁹.

4.2. El aval previsto en la Disposición Adicional 1ª de la LOE como aval a primer requerimiento.

La modalidad de garantía conocida como aval a primera solicitud (también a primer requerimiento, garantía a primera demanda, o a simple demanda o garantía independiente), ha sido reconocida por la jurisprudencia, que declara que es un contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad, en el cual el garante o avalista viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. A diferencia de la fianza ordinaria, se caracteriza por no ser accesoria ni subsidiaria, de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido –en este sentido se pronuncian las SSTS de 13 de diciembre de 2.000 (Roj: STS 9164/2000) y 12 de julio de 2.001 (Roj: STS 6122/2001)-. Esta figura, si bien carece de regulación legal específica que establezca un régimen general de la misma (estamos más bien ante una manifestación precisa de la función creadora de la jurisprudencia en relación con la contratación bancaria, y más concretamente, en el campo de las garantías bancarias), sí tienen su apoyo en el tráfico jurídico, pudiendo considerarse el aval antes previsto en la Ley 57/68 y, desde el 1 de enero de 2016, regulado en la DA1ª LOE como un aval a primer requerimiento, al reunir los caracteres de éste, tal y como se verá a continuación.

4.2.1. Concepto del aval a primer requerimiento y naturaleza jurídica

A) Concepto

El *aval a primer requerimiento* tiene lugar cuando, con ocasión de un contrato, una de las partes obtiene de una entidad de crédito el compromiso de emitir a favor de la otra parte una garantía pagadera a la primera solicitud de ésta última, sin que quepa

³⁵⁹ ALMARCHA JAIME, “Los nuevos deberes de información...”, op. cit., págs. 173 y 174.

oponer excepciones derivadas del contrato de base, ni tampoco de las que puedan surgir de la relación entre el garante y el ordenante de la garantía.

Conforme con lo anterior, puede definirse la garantía a primer requerimiento (también llamada a primer aviso, o a primera demanda) como aquel contrato de garantía personal por el que un tercero (por lo general, una entidad de crédito) intercede ante el acreedor, garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones de un deudor principal, con la particularidad de que la obligación de pago del garante se funda en, y vence por, la sola reclamación de pago hecha por el acreedor —unida acaso a otros requisitos formales—, sin que el garante pueda discutir la corrección material de esta reclamación desde la perspectiva del deudor principal, ni oponer al pago las excepciones que éste deudor pudiera oponer al acreedor derivadas del contrato de base. Como todas las garantías personales, también contiene una cifra máxima de responsabilidad, así como la previsión de un término inicial y final de vencimiento, y, como contrato que es, no es revocable a sola voluntad del garante.

Nos encontramos, pues, ante la descripción de un pacto o cláusula que ha obtenido en la actualidad una relativa importancia y que admite diversas configuraciones, que no dependen de su correspondencia con un cierto contrato predefinido en sus términos, sino de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que la descripción no agota la totalidad de supuestos posibles³⁶⁰.

Al ser una descripción de un fenómeno común, y no la definición de un tipo de contrato, tampoco pasa de ser una verdad simplemente estadística la afirmación que se ha hecho de que el garante se obliga a pagar ante la simple reclamación hecha por el beneficiario, toda vez que en este terreno no existen restricciones impuestas por una pretendida rigidez del tipo contractual³⁶¹. Por esta razón no tiene utilidad alguna cualquier

³⁶⁰ La cláusula a primer requerimiento puede ser asumida en una multiplicidad de contratos que nada tienen que ver con las garantías personales, y en los que el supuesto de hecho de la obligación de pago nada tiene que ver con un incumplimiento material

³⁶¹ En efecto, pueden disponer a su voluntad sobre el supuesto de hecho en que quieren fundar la obligación del garante: a simple requerimiento verbal; a simple requerimiento escrito; a primer requerimiento en el que el beneficiario declare que se ha producido el incumplimiento del contrato al que se refiere la garantía; a simple o primer requerimiento, con obligación de aportar determinada documentación (informes periciales, laudos arbitrales); a requerimiento del beneficiario unido a la producción, cumplimiento o no cumplimiento de cierta condición; a simple o primer requerimiento, con o sin algunas de las especificaciones anteriores, más el transcurso de un plazo inicial; etc.

intento de elaborar una construcción dogmática de un cierto tipo de contrato definido por la inclusión de una cláusula a primer requerimiento. En lugar de ello, sólo procede interpretar ciertas declaraciones de voluntad, más o menos cercanas entre sí, caracterizadas por producir una mayor o menor relajación del requisito de accesoriidad de la fianza, y que pueden darse en una multiplicidad de contratos³⁶².

La cláusula a primer requerimiento es, por tanto, de uso universal y de significado no unívoco. Si bien éste es un concepto genérico, observamos que el aval contemplado por la Ley 57/68 objeto de estudio, es perfectamente subsumible en el mismo, reuniendo, por tanto, todos los caracteres del denominado “aval a primer requerimiento”.

Esta figura ya fue descrita en STS de 27 de octubre de 1992 (Roj: STS 8014/1992), que admite la eficacia de este tipo de pactos, amparados por el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 CC, y en virtud de los cuales la garantía prestada resulta exigible a la simple demanda del beneficiario, desvinculándose materialmente de la obligación subyacente. Reconoce el TS, del mismo modo, la identidad propia de las garantías a primer requerimiento al margen del tipo contractual de la fianza, admitiéndose su función garantizadora del crédito y su operatividad contra la simple reclamación del beneficiario, lo que presupone el incumplimiento de la obligación principal. Ahora bien, se indica que tan sólo si el garante prueba que sí se ha cumplido dicha obligación principal o relación jurídica de base (lo que supone, por tanto, un importante efecto, cual es la inversión de la carga de la prueba³⁶³) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante

³⁶² CARRASCO PERERA, A., “Garantías a primer requerimiento”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 16. *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 105 y 106.

³⁶³ Respecto a esta postura del TS de admitir la inversión de la carga de la prueba, se ha pronunciado CARRASCO PERERA, considerándola inconsecuente con el establecimiento de la independencia de la garantía o aval a primer requerimiento. En realidad, según CARRASCO, lo que comporta la cláusula de pago a primer requerimiento no es una simple inversión de la carga de la prueba del cumplimiento, sino una inversión de los costes de pleitear, que se trasladarían al garante o al deudor, que deberían reclamar *a posteriori*, una vez el beneficiario haya cobrado (es decir, que en realidad lo correcto sería pagar siempre al beneficiario de la garantía, y demandarle después, si la hubiera ejecutado mal), CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la STS de 17 de febrero de 2000”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 54, 2000, págs. 991 y 992.

independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía³⁶⁴.

En consecuencia, este aval, a diferencia de la fianza, crea una obligación totalmente independiente de la principal. El pago de la garantía se producirá ante la primera reclamación del beneficiario en tal sentido, sin que por el garante puedan oponerse excepciones derivadas del contrato de base, ni las que pudieran existir entre dicho garante y el ordenante de la garantía. Esto supone una evidente ventaja para el beneficiario, pero es obvio que la dificultad estriba en las trabas con que se puede encontrar el otorgante de cara a la concesión de esta garantía por parte de la entidad crediticia que, en su caso, actúe como garante.

³⁶⁴ Se pronuncia la referida STS de 27 de octubre de 1992 (Roj: STS 8014/1992) en los siguientes términos: *“entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el art. 1.255 del Código Civil (así Sentencia de 14 de noviembre de 1989), en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriadad, nota a lo que se alude en la Sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1983 al incidir «las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional» entre las «nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriadad, es decir la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia...», así como en la Sentencia de 14 de noviembre de 1989 en la que se afirma que «toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación compleja a la que venimos haciendo mérito», de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1.258 del Código Civil) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquél beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista, y así dice la Sentencia de 1989 citada que la beneficiaria «una vez que ha cumplido con los requisitos que le comunicó la "Compañía de Seguros de Crédito y Caución, S. A.", tiene un indiscutible derecho a exigirle el pago de la cantidad señalada, siendo la obligación de la "Compañía de Crédito y Caución, S. A.", de carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial», sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (de regreso, del garante frente al ordenante y las propias entre los interesados en la relación subyacente)”*.

Suele predicarse del mismo que constituye una garantía independiente tan sencilla en su estructura (reclamable a primera demanda), como eficaz cuanto a la protección que brinda (sin excepciones), destacando, por ello, las siguientes notas:

a) Facilidad extrema de la reclamación del beneficiario, constituyendo por ello garantía sencilla y eficaz³⁶⁵.

b) Independencia o autonomía de la obligación de pago asumida por el garante, de modo que se configura como una obligación distinta y autónoma, desconectada de las vicisitudes derivadas de la relación base.

c) Igualmente, independencia de la propia garantía, en relación al contrato base.

d) Aseguramiento del beneficiario frente a los riesgos típicos o atípicos que afecten a la relación de base -precisamente, para suplir la posibilidad de los mismos se emite la garantía (riesgos de impago, de incumplimiento, de fuerza mayor, etc)-.

e) Constituye una modalidad de aseguramiento personal, de naturaleza atípica (ya se ha referido su falta de regulación con carácter general, pese a que sí esté prevista legalmente, en el concreto supuesto que nos ocupa, la obligación de concertar un aval que reúne los caracteres del aval a primer requerimiento), superadora del tipo previsto legalmente y de indudable carácter excepcional y privilegiado.

B) Naturaleza jurídica

Ya hemos adelantado que se trata de una garantía producto de la libertad de contratación, que se ha impuesto por el uso y ha sido reconocida por la jurisprudencia, pero su naturaleza es discutida y sus contornos son imprecisos. Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, se ha tratado de diferenciar este tipo de garantía de la fianza; la característica principal de la garantía a demanda es que en ella no se da el carácter de accesoriedad propio de la fianza, sino que es una obligación totalmente independiente de

³⁶⁵ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., "Interpretación de las cláusulas a primera demanda en los contratos mercantiles", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 54, año XIII, abril-junio 1994, pág. 408. El efecto más inmediato y fundamental del carácter autónomo de la garantía es el favorecimiento procesal del acreedor, esto es, a la simple reclamación, el beneficiario cobrará la garantía sin necesidad de alegar y probar la procedencia de tal reclamación.

la obligación garantizada³⁶⁶. Así, la garantía a primera demanda. es un tipo contractual distinto de la fianza, que se diferencia por el carácter autónomo y no accesorio de la obligación del garante. La singularidad de este tipo negocial independiente radica en su no accesoriedad, que la diferencia radicalmente de la fianza (arts. 1.824, 1.826, 1.847 y 1.853 CC), y que comporta la independencia de la obligación de garantía frente a la deuda garantizada.

Esta desconexión entre la garantía y su causa material se expresa comúnmente mediante la afirmación de que el aval a primer requerimiento no garantiza el cumplimiento de la obligación básica, sino la "indemnidad" del beneficiario para cuando ocurra un suceso, especificado en la garantía, y que es la falta de cumplimiento del deudor ordenante de la garantía. No existiría, frente a la fianza, identidad de prestaciones entre la obligación principal y la de refuerzo, pues la obligación de garantía se estructura como deuda propia e independiente de la obligación garantizada³⁶⁷.

Pero aun cuando la nota de accesoriedad propia de la fianza queda, en este caso, muy atenuada, no desaparece radicalmente, ya que la obligación del garante nunca podrá ser superior a la garantizada, y además, la extinción de la obligación garantizada por cumplimiento extingue la garantía.

C) Caracteres que la definen

Entre los caracteres que se predicán del aval a primera demanda suelen mencionarse:

a) *Garantía personal y no accesorio*. Su naturaleza es personal (constituye un nuevo derecho de crédito, en virtud del cual, el garante se obliga a cumplir, una vez es requerido por el acreedor-beneficiario), pues se asegura la satisfacción de determinados intereses económicos derivados del propio contrato. Sin embargo, presenta como cualidad su naturaleza no accesorio, exigida por su función de aseguramiento puro. El banco no cumple en lugar de o por el deudor, sino que asume una obligación distinta consistente siempre en el pago de una cantidad de dinero, bastando la reclamación del acreedor de

³⁶⁶ SERRANO ESCRIBANO, S., "La garantía a primera demanda", *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n° 9, 1999, págs. 285 y 286.

³⁶⁷ CARRASCO PERERA, "Garantías a primer requerimiento", op. cit., pág. 105.

acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato³⁶⁸. Por otra parte, toda vez que el garante interviene en interés del otorgante, queda obligado sólo dentro de los límites definidos en el contrato (*ex art. 1.827 del Código Civil*).

Así, en las garantías a primera demanda la voluntad de las partes de constituir la garantía independiente de la relación jurídica de base, hace desaparecer esta nota de la accesoriedad característica de la fianza. La garantía deviene exigible, al margen del estado de la relación jurídica que la motivó, y el garante sólo puede oponerse a la demanda del beneficiario con fundamento en el negocio de garantía o, en su caso, con fundamento en otras relaciones que lo vinculan con él. De ahí la caracterización que se ha presentado de la garantía a primera demanda como un negocio jurídico abstracto que, salvando su conexión funcional con la obligación que justificó su constitución, pretende asegurar el interés económico de su beneficiario, superando la dependencia material de la obligación de garantía respecto de la obligación garantizada y, del mismo modo, evitando que las incidencias que pueda sufrir la relación de cobertura (la entablada entre el garante y el deudor) puedan incidir en la ejecución de la garantía. De este modo, puede concluirse que la obligación del garante queda definida y configurada en sus propios términos, al margen de otras circunstancias. Así lo ha reconocido nuestro más alto Tribunal en su decisión, ya citada, de 27 de octubre de 1992 (Roj: STS 8014/1992) al apuntar cómo la superación de la nota de la accesoriedad conlleva que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 CC) se permita al garante, en caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido, con la consiguiente liberación de aquél (en el mismo sentido, las SSTs de 10 de noviembre de 1999 -Roj: STS 7071/1999-, 12 de julio de 2001 -Roj: STS 6122/2001-, 5 de julio de 2002 -Roj: STS 4996/2002-, 31 de mayo de 2003 -Roj: STS 3730/2003-).

La STS de 28 de mayo de 2004 (Roj: STS 3700/2004), es tajante cuando afirma que en la garantía a primer requerimiento *“la accesoriedad no concurre como*

³⁶⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 50, año XII, abril-junio 1993, págs. 553 y ss.

determinativa y de este modo, como sostiene la doctrina científica, el garante que paga siempre pagará bien aunque el beneficiario careciese del derecho material en la relación de valuta. La no accesoriedad conlleva independencia de la obligación de garantía respecto de la deuda garantizada, ocasionando desconexión entre la garantía y su causa material y las consecuencias de que el garante no puede oponer al beneficiario las excepciones que correspondieran esgrimir al deudor principal. La función de la garantía a primer requerimiento no es garantizar el cumplimiento de la obligación principal, sino más bien asegurar la indemnidad del beneficiario cuando ocurra el supuesto previsto en la garantía y referente al incumplimiento por el deudor, que puede resultar perjudicado a costa del beneficiario que dedujo una reclamación injusta por infundada”.

b) Carácter independiente. La garantía pura, al ser independiente, genera una obligación distinta de la propia obligación asegurada. El garante se obliga a título principal, en virtud de una obligación nueva y que consiste generalmente en la entrega de una suma de dinero estipulada.

BARRES BENLLOCH³⁶⁹, al comentar la STS de 27 de octubre de 1992 (Roj: STS 8014/1992), antes citada, estima que la garantía será obligatoria para el deudor garante, si se verifica un determinado evento previsto en el contrato, que en el caso concreto se refleja así: “... *el presente aval se hará efectivo a Vds. a su primer aviso, notificándonos el incumplimiento en cuanto a la garantía de los materiales descritos en el mencionado contrato de fecha...*”. Es decir, el evento que, en su caso, desencadenará la exigibilidad de la garantía será tal notificación en forma adecuada, única y exclusivamente, sin necesidad de prueba o justificación alguna de la efectiva falta de cumplimiento de aquel contrato originario, paralelo o anterior al de garantía.

La caracterización de la garantía a primera demanda como garantía independiente conlleva implícitamente la minoración y objetivación de su carácter subsidiario respecto de la obligación principal. A este respecto, el CC consagra la dependencia funcional de la fianza respecto del cumplimiento de la obligación principal al disponer, en su art. 1822, que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo éste. Del mismo modo, se ha entendido que la situación se altera para el caso en que la

³⁶⁹ BARRES BENLLOCH, M.P., “El aval bancario como garantía autónoma (comentario a la sentencia de 27 de octubre de 1992)”, *La Ley n° 3322 (año 1993-3)*, págs 314 y ss.

fianza se hubiera constituido con carácter solidario, de tal manera que el vencimiento de la obligación principal resulte bastante para poder exigirse la ejecución de la garantía prestada. La introducción de esta matización sirve para realizar un conjunto de precisiones que facilitan la aproximación al instituto de la garantía a primera demanda.

De entrada, ha de afirmarse que la nota de la subsidiariedad (que viene a ser una vinculación funcional entre las obligaciones de garantía y garantizada que dimana de la propia causa del contrato de garantía, justificándolo) se presenta como consustancial a todo negocio jurídico de garantía, si bien su alcance concreto puede resultar modulado por la voluntad de las partes. De ahí que, sin perjuicio de cómo las partes modulen el alcance de esta nota, la efectiva ejecución de la garantía presupone, en todo caso, la previa existencia y exigibilidad de la obligación dimanante de la relación de valor. Así las cosas, en las garantías a primera demanda la nota de la subsidiariedad se presenta necesariamente (STS de 1 de octubre de 2007 -Roj: STS 6417/2007-³⁷⁰) si bien, atendida la función económica que están llamadas a prestar y, a diferencia del régimen legalmente previsto para la fianza, el alcance derivado de esta exigencia se matiza, atendida la voluntad electora del tipo contractual manifestada por las partes, siendo bastante para dotar de efectividad a la garantía prestada la existencia y exigibilidad de la obligación garantizada, sin que se haga necesaria la incursión en mora del deudor principal y la prueba de esta circunstancia por parte del beneficiario de la garantía (SAP Zamora de 30 de diciembre de 2005 -Roj: SAP ZA 391/2005-).

³⁷⁰ Conforme a dicha resolución, *"por mucha amplitud o sentido interesado que quiera dársele a las expresiones 'Aval a primera demanda' o 'Primer requerimiento', los términos demanda y requerimiento hay que ponerlos necesariamente en relación con la frase anterior "obligaciones derivadas del contrato", y solo cuando estas obligaciones válidamente existan, vendrá obligado el fiador, según entiende la mayoría de las doctrinas", interpretación por tanto de la cláusula discutida a la que también se refiere el propio Alto Tribunal en sentencia de 15 de abril de 1991 , donde se habla de la necesidad de "que venga reconocido el incumplimiento, generante de responsabilidad, que el aval garantizaba, en ortodoxa aplicación del esencial principio de derecho de que no producido el antecedente, no puede darse el consiguiente, ya que faltando la causa no puede darse el efecto", sin que los términos en que se expresa posteriormente la sentencia de 27 de octubre de 1992 autoricen a llegar a conclusión contraria, desde el momento en que se permite al garante, "caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba", sin olvidar que lo que aquí se discute no es el cumplimiento o incumplimiento del deudor, sino que la obligación por la que se reclama sea precisamente la especificada en la garantía, excepción propia del contrato de garantía".*

c) *Negocio jurídico causal*. El grado de independencia susceptible de ser desplegado por la garantía a primera demanda, viene delimitado por la causa de dicho contrato. En nuestro sistema, la garantía independiente no puede ni existir ni funcionar sin la existencia previa de aquel contrato del que trae causa, y depende del contenido del mismo (arts. 1275 y 1261.3 CC).

Así, para la determinación del grado de independencia posible de la garantía frente a las relaciones subyacentes, hay que explicar la causa de dicho contrato, pero hay que distinguir la causa-función de la garantía pura, de la causa de la atribución patrimonial que la garantía produce en el patrimonio del beneficiado. La causa de la atribución del contrato de garantía hace referencia a la relación social o comercial, cuyo resultado a alcanzar es el que se le garantiza globalmente al beneficiario. Sin embargo, en la fianza sólo se asegura el cumplimiento de una obligación válida y susceptible de ser reclamada. La causa de la garantía independiente es la adhesión al aseguramiento absoluto propio de la institución, exigido o tolerado por la operación subyacente. Esto es lo que determina el grado de autonomía de la garantía respecto de la relación subyacente³⁷¹.

d) *Carácter personal*. La garantía pura presenta un indudable carácter personal en cuanto a la relación que liga al beneficiario (en nuestro caso, el adquirente) con el garante, y a la vez se emite dentro del marco de la operación de crédito que el garante realiza con el ordenante. La premisa fundamental es la de considerar que el hecho de responder personalmente por otro indica la existencia de una relación de confianza, bien con base en el llamado *intuitu personae*, o bien en la existencia de una confianza económica basada en unos datos objetivos³⁷².

Además, serán las partes contratantes las que deberán fijar y acordar las estipulaciones y condiciones de la garantía. En el supuesto del aval previsto en la Ley 57/68, sin perjuicio de los requisitos que, según la propia Ley, debe reunir el aval, serán las partes las que determinen el contenido concreto de la garantía, siempre dependiendo

³⁷¹ SERRANO ESCRIBANO, S. “La garantía a primera demanda”, op. cit., págs. 285 y 286.

³⁷² SERRANO CHAMORRO, M.E., “Las garantías a primer requerimiento”, *Diario La Ley, Sección Doctrina, Ref. D-22*, tomo 1, La Ley, 1997, *laleydigital*, págs. 7 a 9.

de las cantidades a entregar por el comprador y el plazo en que el promotor-vendedor se ha comprometido, en el contrato base, a entregar la vivienda.

4.2.2. Las partes de la garantía a primer requerimiento

Entre el garante y el ordenante de la garantía existe una relación jurídica que se refleja en la existencia de unas instrucciones sobre distintos aspectos de la misma (alcance, plazo, extinción, etc.). Además, el hecho de responder personalmente por otro indica la existencia de una relación de confianza, basada frecuentemente en unos datos objetivos. Las obligaciones que asumen las partes son relativamente sencillas: por un lado, el garante se compromete a concluir un contrato de garantía con la persona que se le indique y de acuerdo con las instrucciones recibidas; por el otro, el ordenante, a cambio del servicio que supone la prestación de la garantía, se compromete al pago de una comisión a la entidad crediticia, y en algunos casos, a aportar al garante determinadas contragarantías que aseguren el riesgo que para él puede suponer el pago al beneficiario.

El otorgamiento de la garantía independiente pone en escena a tres partes y supone la existencia entre ellas de, al menos, tres relaciones jurídicas, que se pueden calificar de necesarias. Siguiendo el orden cronológico de desenvolvimiento, son las siguientes:

i) *La relación jurídica garantizada.* Liga al ordenante o dador de la orden de que la garantía se emita con el futuro beneficiario de la misma y, por su relación con la garantía, se suele denominar contrato de base, relación de valuta o contrato subyacente. Dicha relación jurídica de base puede tener un contenido muy variado y complejo, si bien suele ser generalmente un contrato de compraventa –como es el caso del aval previsto en la DA1ª LOE-, un contrato de suministro o un contrato de obra.

ii) *La relación jurídica entre ordenante y garante.* Liga al primero que, como sabemos, es a la vez deudor de la relación jurídica subyacente o de base, con el segundo, o persona que asume una obligación propia e independiente de garantía. Así, a instancias del primero –en nuestro caso, el promotor-vendedor- la entidad de crédito va a emitir una garantía independiente, según las instrucciones recibidas. Se trata de una relación que puede calificarse de arrendamiento de servicios o de mandato, según los casos, y en virtud de la cual el ordenante solicita de una entidad de crédito la emisión de la garantía personal,

de conformidad con el texto previamente redactado por las partes en la relación comercial de base.

Antes de asumir el banco la obligación de garantía frente al beneficiario, analizará el riesgo de crédito que se le solicita, en atención a la solvencia técnico-financiera del ordenante y que se requiera, en cada caso, para cumplir el contrato de base que dio lugar a la emisión de la garantía. Por otra parte, la obligación del ordenante de reembolsar al garante en caso de que el beneficiario reclame la garantía participa del mismo rigor y de idénticos caracteres de autonomía e independencia que son propios de la garantía misma. Es decir, dicha obligación de reembolso será igualmente independiente de la relación comercial de base y, por tanto, el ordenante no podrá rehuir el reembolso debido ante un posible incumplimiento o contravención de la relación subyacente.

iii) *La relación de garantía.* Liga al garante con el beneficiario, y en virtud de la misma, el primero asume frente al segundo la obligación de pagar una suma de dinero determinada a primera demanda de éste, una vez cumplidas las condiciones de la emisión de la garantía.

Con esta garantía, el beneficiario se asegura la obtención de una suma de dinero mediante simple reclamación de su parte, poniéndose a cubierto de los riesgos que pudieran derivarse de la operación comercial de base. Dado el carácter independiente de dicha garantía, el beneficiario no se verá obligado a justificar el incumplimiento del contrato de base para reclamarla –así, por ejemplo, en el supuesto concreto del aval previsto por la DA1^a LOE, se garantiza la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda, para el caso de que ésta no haya sido entregada en el plazo estipulado en el contrato, con independencia de que esa falta de entrega no se deba a un incumplimiento imputable al promotor-.

En consecuencia, la relación garante-beneficiario se caracteriza esencialmente por la imposibilidad del garante de oponer excepciones derivadas de la relación comercial de base; asimismo, tampoco son oponibles las excepciones derivadas de la relación ordenante-garante.

iv) *La relación ordenante-beneficiario.* No existe entre ellos vínculo jurídico en el ámbito de la garantía propiamente dicha, por situarse la relación entre ambos fuera de

los contornos que configuran el marco de la misma. El ordenante (promotor) y el beneficiario (comprador) están unidos por el contrato que ha dado lugar a que se suscriba la garantía –en nuestro caso, el contrato de compraventa de vivienda sobre plano-, pero el ordenante es tercero, a efectos de la obligación que, en virtud del aval, existe entre el garante y el beneficiario, dado que se trata de una obligación independiente y autónoma del contrato base.

Ahora bien, en caso de pago de la garantía –es decir, en nuestro caso, en el supuesto en que, amparado por lo previsto en la DA1ª LOE, el comprador haya recibido del garante las cantidades entregadas a cuenta del precio-, el ordenante no queda del todo desprovisto de acción frente al beneficiario, ya que conserva las acciones que, derivadas del contrato de base, pudieran, en su caso, corresponderle frente al mismo³⁷³. En efecto, en el supuesto de que el contrato base sea una compraventa de vivienda sobre plano, el promotor-vendedor y el adquirente quedan vinculados por el contenido de dicho contrato base, en cuya virtud se ha originado la emisión de la garantía. Frente a una reclamación arbitraria del comprador, o en aquellos casos en los que no estemos ante un incumplimiento de la promotora, el ordenante puede ejercitar la oportuna acción en el juicio declarativo que corresponda, reclamando el cumplimiento del contrato no resuelto, debiendo estarse, si en efecto no ha concurrido un incumplimiento imputable a la promotora, al principio de conservación del contrato conforme a la buena fe³⁷⁴.

³⁷³ SERRANO CHAMORRO, op. cit, págs. 10 a 12.

³⁷⁴ Si bien, entiendo que estos supuestos serán aislados o excepcionales, puesto que, en cuanto a la posibilidad de que se pretenda alegar que el retraso en la entrega no es relevante, ya vimos la postura del TS a la que, a mi entender, no afecta la modificación legislativa, conforme a la cual, según la STS de 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015) “el art. 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68, no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante”. Criterio que considero perfectamente extrapolable a la actual regulación, ya que coincide plenamente con la derogada Ley 57/68 en este aspecto. Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de excusar el incumplimiento en virtud de otros avatares acaecidos durante la construcción, también vimos en el capítulo anterior que la jurisprudencia viene siendo muy restrictiva en este sentido, considerando que el promotor, como profesional, debe prever, a la hora de establecer el plazo para la entrega, las distintas circunstancias que pueden concurrir y que influyen en dicho plazo. Eso sin contar que, en la práctica, lo que ocurrirá será que la entidad financiera (a la que, por otra parte, sí se le admite jurisprudencialmente la posibilidad de alegar el cumplimiento del contrato de base, si

4.2.3. Distinción de otras figuras afines

Ciertamente, existen muchas instituciones conocidas semejantes a la garantía independiente, y que pueden ser útiles, en buena medida, para satisfacer la misma necesidad de aseguramiento puro. Si bien, cada una de estas instituciones está dotada de mecanismos jurídicos diferentes y peculiares, y por ello es contraproducente la utilización de figuras afines para alcanzar la obtención de una garantía automática con fines de garantía líquida.

i) *Diferencias con la fianza clásica.* La garantía a primera demanda está dotada de una validez y eficacia independientes de la validez y eficacia de los contratos de los que trae causa, al menos desde el punto de vista de la finalidad económica perseguida por los interesados. En este sentido, el Código Civil establece la esencialidad de la causa en los contratos (art. 1.261.3 CC) y regula el prototipo de garantía personal: la fianza accesoria (arts. 1822, 1824 y ss. CC). La garantía personal independiente es, pues, especie que pertenece al género de los “contratos de garantía” entre los que, si bien cabe englobar ambas figuras -la fianza y garantía a primera demanda-, toda vez que ambas cumplen idéntica función genérica de garantía, difieren en sus caracteres peculiares.

Así, no pueden considerarse aplicables las normas de la fianza a cualquier contrato de garantía, con olvido de los caracteres y finalidades que concurren en cada tipo que se adopte. En la actualidad, la complejidad del mundo negocial, hace que la fianza resulte en muchas ocasiones insuficiente para asegurar que el acreedor alcanzará la finalidad última que persigue.

Existen múltiples notas de semejanza entre ambas figuras, como la función de garantía, o la inoponibilidad al beneficiario de las excepciones deducidas de la relación del garante con el ordenante. Pero son más destacables las diferencias entre ellas. Regulada expresamente en nuestro Código Civil (arts. 1.822 y ss. CC), la obligación asegurada es elemento esencial en la fianza que, en consecuencia, es una figura anclada

bien le corresponde a ella probar esta circunstancia), en caso de que exista el más mínimo atisbo de duda, no hará frente al abono de la garantía si no hay demanda y, en su caso, ulterior sentencia favorable al adquirente beneficiario de por medio, lo que reduce más aún las posibilidades de reclamaciones arbitrarias, toda vez que los particulares, normalmente, meditarán mucho la posibilidad de meterse en procedimientos judiciales, que pueden ser largos y de final incierto.

en la accesoriedad y subsidiariedad, es decir, depende en todo caso del incumplimiento voluntario por parte del obligado principal, cosa que no sucede en los supuestos de aval a primer requerimiento o garantía a primera demanda, que se caracterizan, precisamente, por su no accesoriedad, ya que en este caso la obligación del garante es distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. Esto supone que el aval a primer requerimiento es completamente independiente del negocio del que trae causa.

ii) *Diferencias con el aval.* El aval es una institución establecida para asegurar el derecho del acreedor al cobro de la deuda, pero que no se refiere a la obligación subjetiva (que radica en el deudor), sino a la deuda misma, que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal. La figura del aval podemos encontrarla recogida con claridad en la legislación cambiaria, si bien resulta más difusa en sede de contratos bancarios, así como en otros muchos sectores del ordenamiento, en especial en cuestiones de responsabilidad decenal o en algunos contratos de seguro, como los de caución o crédito, en donde se utiliza dicho término como equivalente al de garantía.

La vigente Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985 configura el aval cambiario como una garantía personal de pago de la letra de cambio, de carácter objetivo, autónomo e independiente de la obligación garantizada, y en la medida en que el aval se separa de la fianza, parece confundirse con la garantía a primera demanda. En este sentido, se ha afirmado que el régimen del aval se sitúa a mitad de camino entre la fianza común, como obligación accesoria, y el “aval a requerimiento”, en que la obligación del garante, tal como se ha dicho, pierde todo carácter de accesoriedad.

Así, el aval habrá de cumplir los requisitos de forma establecidos por el art. 36.1 de la Ley Cambiaria y del Cheque, figurando en la letra o en su suplemento, mientras que en la garantía a primera demanda bastará con que sea *expresa y conste por escrito*, sin lo cual no tendrá valor ni efecto. Por otro lado, la garantía a primera demanda surge siempre a título de garantía personal de la operación subyacente, mientras que la creación del aval puede obedecer a causa distinta (mandato, etc.).

iii) *Diferencias con el contrato de seguro.* En el contrato de seguro, al igual que ocurre con la garantía a primera demanda, se hace que el asegurador asuma una obligación

propia, independiente de la del deudor en el crédito asegurado, pudiendo, en consecuencia, ser también más amplia que la de éste. Así, el seguro constituye otra forma de garantía personal, intermedia entre la fianza accesoria y el depósito-caución, en donde la obligación propia del asegurador se dirige a satisfacer al acreedor la suma objeto de garantía, siéndole únicamente oponibles las excepciones que deriven de la inobservancia de las formalidades prescritas en la constitución del correspondiente contrato de seguro, no incumbiéndole al asegurador inmiscuirse en las controversias surgidas con motivo del cumplimiento o incumplimiento del deudor en la relación subyacente, dotando al beneficiario de una seguridad semejante a la que le brinda la garantía real consistente en el depósito-caución, pero sin los inconvenientes de éste.

Sin embargo, las técnicas del seguro operan de modo distinto al modo en que lo hace la garantía a primera demanda. Según aquéllas, el derecho a percibir la indemnización surge cuando concurre el riesgo asegurado, en los términos concretos recogidos en el contrato. En cambio, en la garantía a primera demanda, su mecanismo estructural permite al beneficiario cobrar la cantidad garantizada en términos de una mayor amplitud, siendo posible, además, acudir directamente en estos casos a la vía ejecutiva. Por el contrario, el asegurador puede reservarse la posibilidad de rehuir el pago o retardar su realización, siendo necesario para ello acudir al correspondiente juicio declarativo.

iv) *Diferencias con el contrato de caución.* La STS de 19 de mayo de 1990 (Roj: STS 3849/1990) ya declaraba que *“la diferenciación entre el contrato de fianza y el contrato de caución, ya se considere éste como una figura de seguro autónoma -al modo que lo hace el art. 68 de la Ley de Contratos de Seguro de 8 de octubre de 1980-, ya se considere como una modalidad del seguro de crédito, presenta ciertas dificultades nacidas en la idéntica función de garantía que cumplen ambos contratos, no obstante lo cual la mayoría de la doctrina, tanto civilista como mercantilista, se pronuncia por su neta separación; así, mientras la fianza es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir con el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, en 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 aquel incumplimiento le hubiera producido*³⁷⁵.

La tendencia generalizada de utilización de las garantías independientes se ha manifestado también en el ámbito asegurativo (la propia DA1ª LOE, según hemos visto, hace referencia a la contratación de un “seguro”, como alternativa al aval solidario). Así, es frecuente que las pólizas de seguro de caución incluyan cláusulas a primer requerimiento; cláusulas que, normalmente, van acompañadas de la renuncia por parte de la entidad aseguradora a oponer cualquier tipo de excepciones frente a la reclamación del asegurado.

La cláusula a primer requerimiento suele ser interpretada por la doctrina mayoritaria en el sentido de que el asegurador no sólo no puede exigir la prueba del incumplimiento, sino que no puede oponer al acreedor ninguna excepción, ni siquiera las derivadas del propio contrato de seguro.

Resaltamos algunas sentencias del Tribunal Supremo en esta materia, así la STS de 14 de noviembre de 1989 (Roj: STS 6329/1989) referida a un seguro de caución en garantía de un contrato de obra con suministro³⁷⁶. Idéntica interpretación de la cláusula

³⁷⁵ La mencionada STS de 19 de Mayo de 1990 (Roj: STS 3849/1990) continúa diciendo “(...) de donde se desprende que para que el fiador resulte obligado a satisfacer la obligación por él contraída es bastante el incumplimiento del afianzado cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador requiere, además de ese incumplimiento que, como consecuencia del mismo, se hayan causado daños y perjuicios al asegurado, y estas notas características de ambos contratos, aparte de otras como el carácter accesorio de la fianza frente al de principal de la obligación del asegurador, se ponen de manifiesto en las definiciones que de uno y otro contrato se dan en nuestros textos legales; así, el artículo 1.822, párrafo primero, del Código Civil , dice que «por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste», mientras que el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro define esta clase de seguro, diciendo que «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»”.

³⁷⁶ La STS de 14 de noviembre de 1989 (Roj: STS 6329/1989) resuelve que la compañía de seguros se compromete a pagar al reclamante de inmediato, y contra la presentación de una simple petición por escrito, cualquier cantidad solicitada hasta el importe total de la presente garantía, sin restricción de ningún tipo (así, dispone literalmente que “entre las condiciones generales se establece que el siniestro se entenderá producido cuando el asegurado requiera a la compañía el pago de la totalidad o parte de las cantidades garantizadas (art. 11), quedando autorizada aquella para efectuarlo sin necesidad de que el contratante mostrara o no su conformidad, sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago era o no justificado, ni si el contratante habría de hacer después alguna objeción a ese respecto o interponer las acciones que le correspondieran (art. 12)». Este segundo bloque de motivos tiene que decaer porque: los «obiter dicta» nunca pueden fundamentar la casación; quedó ya aclarada la existencia de una operación compleja y que

se hace en la STS de 7 de abril de 1992 (Roj: STS 3032/1992), referida a un seguro de caución en garantía de ejecución de un contrato de obra³⁷⁷. En esta última se analiza el supuesto de hecho de que a instancias de la sociedad constructora, una entidad de crédito emite en favor del vendedor del solar una “póliza de crédito y caución” en la que se hacían constar los riesgos previstos que darían lugar a la prestación de la garantía, siendo ésta exigible por el beneficiario mediante simple requerimiento y debiendo pagarla el garante sin excepciones. Se trataba, pues, de una verdadera garantía independiente, de buena ejecución, de carácter indemnizatorio y emitida para asegurar al acreedor “en la relación subyacente” el cumplimiento de la obligación de su deudor (consistente en levantar un edificio en el solar), entregando, como contraprestación, el 30 por ciento de lo construido. La sentencia condena al garante al pago de la suma de indemnización estipulada, configurando la relación de garantía con autonomía e independencia frente al contrato base, no exigiéndole al beneficiario de la garantía, como normalmente ocurriría en un contrato de seguro, la prueba y valoración del daño (en este caso, el incumplimiento de

«"Lubrisur", como beneficiaría, una vez que ha cumplido con los requisitos que le comunicó a la "Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S. A.", mediante la carta de crédito, tiene un indiscutible derecho a exigirle el pago de la cantidad señalada, siendo la obligación de la "Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S. A.", de carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial entre "Stein" y "Lubrisur"» y que «no entenderlo así quebranta la buena fe y lealtad mercantil y los arts. 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio , pues la póliza, cual se ha explicado, sustituye a la retención para producir su mismo efecto y lo garantizado ha de entregarse en cuanto se reclame, incumpléndose lo pactado de no hacerse así”).

³⁷⁷ Dicha STS de 7 de abril de 1992 (Roj: STS 3032/1992) estudia el supuesto de un contrato de ejecución de obra, en que la parte ejecutante se comprometió a dar aval bancario equivalente al 7 por ciento del valor total del presupuesto, en tres plazos, y se estipularon causas de resolución contractual, entre las que se incluyó la suspensión de pagos de la contratista, disponiéndose que en esta hipótesis, para previsión de posibles daños, la promotora podría hacer suyo el importe de la retención para responder de ellos (Fundamento 1.º). Dispone esta resolución que “*en su defensa, sustancialmente se alega por la entidad recurrente que la fianza constituida por ella garantizaba una obligación futura, incierta en su producción y en su cuantía, por cuyo motivo no era posible efectuar la reclamación al fiador mientras no se estableciere frente al deudor principal la existencia y cuantía de la deuda. La sentencia recurrida, al condenar al fiador al pago, sin que previa o simultáneamente hubiera sido declarada la obligación del deudor principal, infringió el precepto citado.*

El motivo ha de ser desestimado por partir en los razonamientos justificativos de un presupuesto erróneo, cual es que CREDITO Y CAUCION, S.A. fue una simple fiadora de las obligaciones asumidas por FAMADAS, S.A. frente a PROMOTORA MONTJUICH 2, S.A., como consecuencia del contrato de ejecución de obra pactado entre las mismas, siendo así que la responsabilidad de la entidad recurrente deriva de un contrato de seguro de ejecución de obra y suministro -según se lee en la correspondiente póliza obrante en autos-, en el que el tomador del mismo es la constructora FAMADAS, S.A. y la asegurada PROMOTORA MONTJUICH 2, S.A. Tal seguro es un seguro de caución, definido en el art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1990, y que se rige específicamente por los preceptos de la misma y por las condiciones generales y particulares de la póliza, y no por la normativa del contrato de fianza del Código civil, y esta Sala ha tenido ocasión de señalar esta diferencia en cuanto a la naturaleza de tal modalidad del seguro (sentencia de 19 de mayo de 1990).”

la obligación de edificar por la sociedad constructora), que se sustituye por el simple requerimiento de pago que se declara debido mediante la simple petición del interesado, aunque todavía no había finalizado el plazo estipulado para levantar la edificación y la solicitud de suspensión de pagos de la sociedad constructora no le impidiera la realización de la obra.

La póliza de seguro de caución puede ser la vía para la constitución de una garantía independiente, toda vez que el seguro de caución ha pasado a formar parte de la categoría de las llamadas garantías a primera solicitud, caracterizadas por abstraer la obligación del garante de las vicisitudes de la obligación garantizada.³⁷⁸

También cabe mencionar la STS de 15 de abril de 1991 (Roj: STS 2071/1991), cuyo supuesto de hecho trataba de una garantía a primer requerimiento, pero en este caso, para su reclamación se exigía, además, la aportación de la certificación de un arquitecto justificativa del incumplimiento del contrato garantizado³⁷⁹.

4.2.4. Justificación de esta forma de garantía

Mediante la introducción de las garantías contractuales, ya sean personales o reales, se procura asegurar la satisfacción del derecho de crédito del acreedor. Específicamente, mediante la estipulación de garantías personales se vincula de un tercer patrimonio, el del garante, a la satisfacción de la deuda, con lo que el acreedor desplaza el riesgo de incumplimiento del deudor una vez vencida la obligación garantizada a un tercero. Nuestro Código Civil recoge y regula un tipo determinado de garantía personal: la fianza clásica, sin perjuicio de que se admitan otras formas de garantías personales, aunque no sean objeto de regulación legal expresa. En principio, cabe afirmar que, dentro de las garantías personales que el acreedor puede exigir al deudor para asegurar el

³⁷⁸ SERRANO CHAMORRO, op. cit., págs. 4 a 6.

³⁷⁹ Literalmente indica: “*tal garantía tenía la vigencia de un año a partir de la fecha de la misma, entendiéndose automáticamente cancelada si en dicho plazo no se efectuare reclamación alguna a «Cinco Plazas, S. A.»*, expresándose que la mencionada tenía asimismo carácter solidario, con renuncia expresa a los beneficios del orden de excusión o división y «Banco de Bilbao, S. A.» abonaría cualquier importe hasta el límite de la indicada garantía al primer requerimiento que sea efectuado de forma fehaciente por «Cinco Plazas, S. A.» al que acompañe certificación expedida por un arquitecto designado a tal efecto por el Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias, Delegación de Las Palmas de Gran Canaria, según se exige para efectividad de la garantía, a requerimiento de las partes, en la que se especifiquen los vicios o defectos existentes o el incumplimiento de las garantías previstas en la estipulación cuarta del contrato de 16 de junio de 1984”.

cumplimiento de su crédito, tradicionalmente, la fianza ha tenido una importancia decisiva y se ha ido desarrollando, a medida que los negocios económicos con contenido dinerario han ido evolucionando hacia figuras más complejas, al compás de las modernas estructuras del tráfico jurídico. Esto se debe a que, naturalmente, el hecho de que exista una persona obligada a responder en defecto del deudor facilita la eventual concertación de operaciones de crédito, ya que, frente a una presumible falta de solvencia o incluso de voluntad de cumplir la obligación por parte del deudor, el acreedor puede exigir la intervención garante de un tercero del que consta, precisamente, tanto la solvencia como su seriedad en torno a ese cumplimiento. Por ello es más fácil para el acreedor en tal caso asumir la posición crediticia, por cuanto que, en caso de impago y observados los requisitos legales exigidos en la regulación del Código Civil -arts. 1830 a 1846 CC-, está seguro de que las consecuencias de ese impago disminuirán al responder del cumplimiento esa tercera persona solvente. Así, tras la constitución de la fianza, existe una garantía para el acreedor y, sobre todo, se facilitan las posibilidades de concertar obligaciones de contenido económico.

Ahora bien, la evolución económica y social no se detiene. El intercambio de bienes y servicios se hace paulatinamente más intenso y complejo, y las nuevas respuestas jurídicas en materia de garantías personales, impuestas por la realidad, no pueden tener cabida en la regulación legal codificada de la fianza. Junto con el tipo legal de la fianza, paradigma de la garantía personal de origen negocial, la práctica comercial ha ido incorporando nuevas modalidades de garantías convencionales en respuesta a las exigencias de seguridad y flexibilidad requeridas por los intervinientes en la contratación en el tráfico empresarial. A través de la introducción de estos nuevos tipos, se pretende la eliminación de riesgos económicos mediante la matización o la superación de las notas de la subsidiariedad y la accesoriedad, características de las garantías tipificadas legalmente. Es en este contexto en el que surgen las llamadas garantías a primera demanda o a primer requerimiento. A partir de la década de los setenta del pasado siglo, se recurre a estas garantías independientes como nuevos instrumentos en aras de la satisfacción de las necesidades del tráfico empresarial, haciéndose depender su ejecución del simple requerimiento del beneficiario. El nuevo tipo contractual se presenta bajo múltiples denominaciones. Así se habla con carácter general de garantías a primera demanda o a primer requerimiento, siendo estas denominaciones las que han tenido mejor acogida por

la doctrina al ser las más descriptivas y acertadas en cuanto a la caracterización tipológica de la figura. Del mismo modo el recurso a estas denominaciones evita otras referencias tales como las de aval a primer requerimiento, o fianza incondicional o a primera demanda, que pueden inducir a confusión con otros tipos negociales.

Esta modalidad de garantía independiente –el aval a primera demanda o primer requerimiento–, responde a las nuevas necesidades crediticias en general, y a las que son objeto del presente estudio en particular, ya que asegura en mejor forma los intereses del acreedor (en nuestro caso, el comprador que ha anticipado cantidades a cuenta del precio de la vivienda en construcción). Elude así, no sólo los obstáculos de la excusión o, en su caso, división, sino también las demoras o inconvenientes propios de tener que acreditar el incumplimiento por parte del deudor principal (en nuestro caso, el vendedor-promotor), para dirigir su acción frente al fiador o defenderse frente a eventuales excepciones derivadas de la obligación principal que le oponga el propio fiador. Esto se debe a que, en el caso del aval a primera demanda o a primer requerimiento, es suficiente una simple manifestación de reclamación frente al garante, dirigida a la ejecución de su prestación, para sobreentender que el obligado principal no ha cumplido, sin que pueda oponerse por dicho garante la falta de incumplimiento, o la existencia de un incumplimiento involuntario, de dicho obligado principal³⁸⁰.

Así, las ventajas que implican a las garantías independientes se hacen más evidentes si atendemos a los intereses de quiénes están involucrados en su constitución. La superación de la accesoriedad en estas garantías supone que el beneficiario consiga desvincular su ejecución de los avatares por los que atraviese el negocio jurídico garantizado, con lo que se logra la desconexión material de la obligación principal de la de garantía. El beneficiario no tiene, entonces, que supeditar su reclamación a la prueba del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación garantizada.

Además, sin que las garantías a primera demanda constituyan exclusivamente contratos bancarios o propios de la actividad aseguradora, lo cierto es que son generalmente prestadas por entidades especialmente solventes –bancos y compañías de

³⁸⁰ SERRANO CHAMORRO, “Las garantías a primer requerimiento”, op. cit., págs. 2 y 3.

seguros– con lo que se instituyen en instrumentos particularmente adecuados para la eliminación del riesgo económico en la contratación.

Pero las ventajas del recurso a las garantías independientes no se hacen evidentes sólo desde la perspectiva del beneficiario. Los llamados a prestar estas garantías en el tráfico, principalmente las entidades financieras, también se muestran favorables a su constitución, pues suponen una parte importante de la actividad de los bancos y de las compañías aseguradoras, interesadas en desvincular el desarrollo de sus operaciones de circunstancias externas a su ámbito de actividad, como son las que pudieran derivarse de las relaciones entre el beneficiario y el ordenante de la garantía. Mediante el recurso a este mecanismo de protección, sus emisores consiguen predeterminar, de manera objetiva, cuál es el alcance de las obligaciones que asumen como garantes y las circunstancias a que se subordina la realización de la garantía. Y ello porque la configuración de la garantía con carácter autónomo, al margen de la relación de valor, conlleva la desaparición de la nota de la accesoriedad característica de la fianza. De este modo se consigue minorar los riesgos de la realización de un pago indebido por el garante en los términos que resultan del art. 1840 CC (si el fiador paga sin ponerlo en conocimiento del deudor, podrá éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago)³⁸¹.

Quedan por presentar las ventajas que del recurso a estas garantías resultan para su ordenante. El deudor también tiene interés en este tipo de garantías puesto que, de entrada, su configuración le facilita el acceso al crédito, atendidas las facilidades con que cuenta el beneficiario llegado el momento de su realización. Además, dada la disminución

³⁸¹ A este respecto, una vez comprobados los requisitos formales que han de concurrir en el requerimiento del beneficiario, y al margen de cualquier valoración material referida al negocio jurídico subyacente a la garantía prestada, si se ejecuta la garantía se entiende que el emisor ha cumplido correctamente con sus obligaciones frente al beneficiario y el ordenante de la garantía. La entidad garante se exonera pues de los costos anudados a la obtención de la información referida a la situación en que se encuentra el negocio jurídico subyacente: el garante cumple correctamente con su obligación de atender la garantía, una vez que haya realizado la simple comprobación formal o documental de la procedencia de la solicitud del beneficiario, pudiendo, acto seguido, dirigirse al ordenante de la garantía para exigirle el reembolso de las cantidades que hubiera satisfecho. Llegado el caso, será el ordenante de la garantía el que haya de dirigirse al beneficiario para reclamarle las cantidades indebidamente satisfechas por el garante, recayendo sobre el primero la prueba, una vez atendido el estado en que se encontraba el crédito garantizado, de la improcedencia de la ejecución de la garantía. Todo lo que tiene lugar en un proceso al margen de aquél por el que se instó la ejecución de la garantía.

en los costes de información que ha de afrontar el garante, su estipulación resulta menos onerosa para el ordenante que el recurso a los tipos de garantías tradicionales.

4.2.5. Conclusión: rasgos que hacen del aval previsto en la DA1ª LOE un “aval a primer requerimiento” o “garantía a primera demanda”

El aval bancario objeto de estudio y previsto en la DA1ª LOE reúne todos los caracteres arriba descritos de un aval a primer requerimiento, bien se materialice por medio de certificados individuales para cada comprador o bien mediante una línea de avales con aval individualizado para cada comprador (la reforma no ha precisado, como hace respecto del seguro, que el aval deba ser individual). Esto es así, toda vez que el asegurador o avalista no garantiza el cumplimiento de la obligación del promotor de entregar la vivienda, sino la devolución de las cantidades que aquél debe restituir cuando el comprador rescinde el contrato ante la contingencia prevista en la ley, que es la de no entrega en plazo (en este sentido, la SAP Ávila de 10 de diciembre de 2002 -Roj: SAP AV 389/2002-³⁸²). Garantiza, pues, una obligación dineraria, que, como tal, no está sujeta

³⁸² La SAP Ávila de 10 de diciembre de 2002 (Roj: SAP AV 389/2002) dispone que “*son, pues, dos planos distintos. De una parte, la obligación del avalista se concreta en devolver, sustituyendo al deudor, las cantidades entregadas a cuenta si la construcción no llega a buen fin en el plazo convenido, pero no porque el aval responda de la ejecución, sino porque así lo ha convenido en la constitución del aval. De otra, los compradores, respecto de ese deudor principal, su vendedor, pueden interesar la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas y un 6% más, o concederle, como veíamos, una prórroga. Si optan por la prórroga, no pueden ejecutar el aval. Si optan por la rescisión, y así se lo comunican al deudor, pueden reclamarle las cantidades entregadas y ese 6% que la norma establece o dirigirse, con la misma finalidad, contra el avalista solidario.*

Presupuestos, pues, de la eficacia el aval, son: 1º.- Que las obras no hayan llegado a buen fin en el plazo convenido. 2º.- Que los compradores comuniquen esta circunstancia al vendedor acogiéndose a la posibilidad de devolución indicada en la Ley. 3º.-Que quien entregó las cantidades a cuenta no haya concedido prórroga al promotor para terminar las obras.

Para interpretar que ha de entenderse por “llegar a buen fin” (expresión que recoge el aval) ha de hacerse una interpretación analógica de lo dispuesto en la Adicional Primera arriba citada entendiéndose que ese llegar a “buen fin” es equivalente a incumplimiento del contrato, en este caso de la obligación principal del responsable solidario, la de que vivienda, plaza de garaje y trastero estén terminados el 30 de noviembre del año 2001, con una posible prórroga de tres meses. Obligación de hacer que se fijaba en el contrato firmado por avalado y beneficiario con un límite temporal que aparece ampliamente rebasado cuando se extiende un acta notarial en la que se pretende justificar la terminación de la vivienda, pero que sigue evidenciando que la entrega tal como se contemplaba en el contrato tampoco se llegó a efectuar en plazo. Cúmplase así el presupuesto primero de los indicados.

También aparece acreditado en autos que los compradores se dirigieron al promotor haciéndole saber su voluntad de rescisión del contrato.

Y, finalmente, el aval concertado entre avalista y beneficiario no es declaración de voluntad idónea para modificar un contrato suscrito entre avalado y beneficiario, concediendo una supuesta prórroga no al avalado sino al avalista, que resulta ineficaz como óbice para la realización de un aval constituido

a las causas de exoneración de los arts. 1.182 y 1.184 CC; esto es, el avalista no podrá alegar la concurrencia de un caso fortuito que imposibilitó el cumplimiento por parte del promotor de la obligación de entrega de la vivienda en plazo, pues no es ésta la obligación cuyo cumplimiento garantiza, sino la de restituir, sustituyendo al promotor, las cantidades anticipadas por el comprador.

La posibilidad de reclamar a la entidad financiera el pago a que viene obligada en virtud del aval ex DA1ª LOE (apartado Uno.1.a), en relación con el apartado Tres, anteriormente, art. 1.1ª, en relación con el art. 3 Ley 57/1968) se basa en datos objetivos, que deben concurrir para que dicha reclamación tenga éxito: por una parte, la entrega por parte del comprador de las cantidades anticipadas, pactadas contractualmente; por otra, la expiración del plazo de entrega convenido en el contrato de compraventa sin que ésta se haya efectuado por el promotor. Por tanto, no hay que estar al carácter grave o no del incumplimiento –en el entendimiento de que sólo un incumplimiento grave daría lugar a la resolución del contrato, conforme al principio de conservación del negocio jurídico-, ni a la frustración o no de las expectativas del comprador –supuesto, por ejemplo, del carácter esencial o no del plazo para el comprador en cada caso concreto-, sino a la concurrencia de las circunstancias previstas en la DA1ª LOE, y antes en la Ley 57/1968. Es cierto, como comentaré más adelante, que reforzaba esta idea la previsión del art. 1.1º 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*”), si bien la expresión “por cualquier causa” ha sido suprimida con la reforma. Ahora bien, tampoco se ha incluido, cuando podía haberse hecho, ninguna excepción a esta posibilidad de reclamación, ni tan siquiera de carácter genérico.

Por todo ello, se considera que, tanto con la anterior regulación como con la vigente, no procede entrar a examinar, a la hora de ejecutar el aval, si hubo o no caso fortuito o fuerza mayor que justificaran la no entrega en plazo, ni si estamos ante un verdadero incumplimiento o un simple retraso de la promotora. Las cantidades

conforme a lo dispuesto en la Ley, dentro de la finalidad de garantía de devolución de las cantidades adelantadas a cuenta caso de rescisión del contrato, y sin perjuicio de las relaciones entre avalista y avalado ajenas a la sustanciación de este pleito.

Por tanto, la devolución de las cantidades a cuenta ha de ser asumida por la recurrente por efecto del aval bancario constituido ya que es avalista solidaria respecto del deudor principal, sin perjuicio de las consecuencias derivadas de la naturaleza solidaria del propio aval.”

garantizadas mediante este aval deben, por tanto, abonarse por la entidad garante a simple requerimiento del comprador beneficiario de la garantía, sin posibilidad de oponer excepciones en los términos referidos, lo que convierte el aval objeto de estudio en un “aval a primer requerimiento” o “garantía a primera demanda”.

En este sentido, siguiendo la línea garantista a favor de los derechos de los adquirentes de vivienda sobre plano que, según hemos visto a través de varios ejemplos citados, viene manteniendo nuestro Tribunal Supremo, es necesario hacer referencia a la STS de 7 de mayo de 2014 (Roj: STS 2391/2014) -dictada en relación a la regulación anterior a la reforma operada por Ley 20/2015- que establece, como doctrina jurisprudencial, que *“cuando se demanda exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil, debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega por cualquier causa”*.

El Alto Tribunal centra con precisión la cuestión objeto de debate, que no es otra que si transcurrido el plazo de entrega de la vivienda adquirida con los condicionantes de la Ley 57/1968, se puede o no entender que, automáticamente, puede reclamarse el importe al avalista, sin necesidad de valorar si el retraso ha sido excesivo o no, o si se ha frustrado o no la finalidad del contrato, es decir, si se produce la apertura automática de la posibilidad de reclamar con cargo al aval al día siguiente de incumplido el plazo de entrega de la vivienda, sin que pueda entrarse en la cuestión de si estará justificado el retraso.

La resolución llega a este resultado teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial reiterada que reconoce el carácter esencial de la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/68) mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio (en este sentido, entre otras, la STS de 25 de octubre de 2011 -Roj: STS 6847/2011-, citada por la propia STS de 7 de mayo de 2014, -Roj: STS 2391/2014-). Así,

el Tribunal constata que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la obligación del aval o garantía es esencial, en cuanto instrumento que pretende asegurar los derechos de los adquirentes frente a los incumplimientos del promotor-vendedor, relativos a la entrega de la obra en plazo, exigiendo a la promotora la inversión de las cantidades entregadas en la obra concertada, previsión legal cuya necesidad se destaca en situaciones de crisis económica, lo que refuerza la esencialidad de la garantía que estamos analizando, todo ello tal y como se ha reiterado por el Tribunal Supremo, en diversas sentencias.

Sentada dicha trascendencia del aval, a la luz de la Ley 57/1968, se adentra la sentencia en la cuestión relativa a si se trata de un aval de naturaleza autónoma, supeditado solo a los términos contenidos en el mismo, o, por el contrario, está subordinado a las circunstancias de la obligación de entrega que garantiza. Pues bien, la Sala concluye que, del tenor de los artículos de la Ley 57/1968, del carácter legal del aval y de su función esencial garantizadora, se desprende que debe entenderse que el avalista responderá automáticamente en el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido³⁸³. Así, en efecto, el art. 1 de la Ley 57/1968 regulaba la posición del avalista como figura autónoma, por lo que una vez acreditado el cumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no se puede entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya que, incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas³⁸⁴.

³⁸³ A la vista de ello, dispone la referida STS de 7 de mayo de 2014 (Roj: STS 2391/2014) que “*examinado, por esta Sala, el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968 se aprecia que, al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva al mismo y no pudiendo olvidar que el hecho de que lo imponga una Ley, le aporta una especial trascendencia hasta el punto de que ello ha contribuido a que esta misma Sala considere, como obligación esencial, su constitución, como antes dijimos*”.

³⁸⁴ La decisión contenida en esta sentencia es tremendamente importante y consolida una línea jurisprudencial que deja al margen de la cuestión del aval la controversia sobre el cumplimiento o incumplimiento del contrato principal de compraventa. Una línea que destaca que el hecho motivador del pago por el avalista no es el incumplimiento de la obligación principal avalada, que atañe a comprador y promotor-vendedor del contrato de compraventa, sino los requisitos exigidos por la Ley 57/1968. Esta línea no exige la previa resolución judicial del contrato de compraventa para la operatividad del aval: solo se exige constar si el promotor-vendedor ha entregado la vivienda en el plazo pactado, como requisito para la exigencia de responsabilidad al avalista. No se requiere ni previa resolución judicial de la compraventa ni que la acción frente al avalista se articule acumuladamente a la acción de resolución frente a la promotora vendedora y por ello el avalista no puede esgrimir los argumentos que en relación al incumplimiento podría exponer el promotor vendedor, sino solo la falta de requisitos exigidos para la operatividad del aval. Incumplida así la obligación de entrega de la vivienda en cuanto al plazo pactado, nace la obligación del

Y sólo una vez hechas todas estas consideraciones, hace referencia la resolución, como argumento complementario, y no basando en ello toda su argumentación, como se ha indicado por algún autor³⁸⁵, a la expresión “por cualquier causa”, que establecía el precepto, y que ha sido suprimida en la actual DA1ª LOE, respecto de la que decía la sentencia que “*está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval*”.

Pues bien, qué duda cabe que hubiera sido mucho mejor, para seguir sosteniendo la presente postura del carácter autónomo y a primera demanda del aval previsto en la DA1ª LOE, que la última reforma de esta disposición no hubiera prescindido de esa breve referencia (“por cualquier causa”). No sabemos si intencionadamente o no, el legislador, desde luego, no contribuye con ello a las pretensiones que defendía en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2015, de 14 de julio (VIII), donde justificaba las modificaciones de la Ley de Ordenación de la Edificación en la necesidad de dotar “*(...) de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor (...)*”.

avalista de reintegrar las cantidades anticipadas a cuenta por el comprador y que fueron garantizadas por el aval. En definitiva, la acción entablada se basa en datos objetivos: por un lado, la entrega por parte del comprador de las cantidades anticipadas pactadas contractualmente; por otro, la expiración del plazo convenido de entrega sin que ésta se haya realizado por el promotor. Esos son los parámetros en que debe moverse el litigio y solo esos, por lo que la defensa de la aseguradora o avalista debe circunscribirse al cumplimiento o no de tales requisitos. Esa decisión refuerza extraordinariamente la posición del comprador de una vivienda en construcción o sobre plano, fortaleciendo la garantía establecida que, no olvidemos, es una garantía legal. Esta decisión, sin duda alguna, hará más difícil que en la práctica las entidades bancarias otorguen estos avales, pero también acrecentará la exigencia por parte de estas a los promotores-vendedores para que concluyan y entreguen las viviendas en el plazo pactado, evitando así las graves situaciones de abuso que se han producido en muchos casos en los últimos años, SANZ ACOSTA, L. “Naturaleza autónoma del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, para garantizar las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda futura (A propósito de la STS de 7 de mayo de 2014)”, *Actualidad Civil*, n.º 10, *Sección Fundamentos de Casación*, tomo 2, octubre 2014, págs. 2 a 4 de la versión digital del artículo.

³⁸⁵ REDONDO TRIGO, F., “La naturaleza autónoma del aval en las cantidades entregadas a cuenta en la compraventa inmobiliaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 754, 2016, pág. 1099, que entiende que al eliminarse en el nuevo texto legislativo “la expresión «por cualquier causa», que fue la que llevó a la STS 7 de mayo de 2014 a fallar sobre el carácter autónomo de la garantía y por la que el avalista no podría oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al artículo 1.853 del Código Civil, de ahí que auguremos una corta vigencia a la doctrina de la STS de 7 de mayo de 2014 en cuanto al referido carácter autónomo de la garantía en este sector de la contratación”. También SILLERO CROVETTO, B. “La protección del comprador de vivienda”, *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3, julio-septiembre 2016, pág. 87, que indica que “tampoco se establece, en el apartado Uno.1.a) de la DA 1ª LOE resultante de la modificación, «la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega por cualquier causa», a diferencia de lo que establecía el art. 1.1 de la Ley 57/1968, lo que deja entre otras cuestiones en entredicho si la responsabilidad del avalista solidario sigue considerándose autónoma e independiente y no accesoria respecto del contrato de compraventa, carácter de garantía autónoma que declaró la STS de 7 de mayo de 2014 (Roj: 2391/2014)”.

En cualquier caso, tal se ha referido, no es el argumento esencial sostenido por la STS de 7 de mayo de 2014 para justificar la naturaleza autónoma del aval, sino uno más. Y, ciertamente, si el legislador hubiera pretendido incluir la oponibilidad de determinados motivos, podía haber sido más claro y haber hecho alguna referencia al respecto.

Por otra parte, la doctrina sentada en esta resolución hay que ponerla en relación con la ya indicada, que establece el carácter esencial del aval, en el sentido de que puede instarse la resolución del propio contrato de compraventa, de no otorgarse la garantía; también con la que permite al adquirente dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (STS de 3 de julio de 2013 -Roj: STS 4567/2013-³⁸⁶); y finalmente, con la importante STS de 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015), que resuelve que el retraso en la entrega, en los contratos regulados por la Ley 57/68 -actual DA1^a LOE-, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Pues bien, teniendo en cuenta la esencialidad atribuida al aval en este contrato, el hecho de que pueda dirigirse el adquirente directamente contra el avalista sin tener que demandar al promotor -doctrina que acentúa especialmente la naturaleza autónoma del aval-, y la importancia otorgada a cualquier tipo de retraso, aunque sea leve, está claro que son todas ellas circunstancias que favorecen la consideración del aval como garantía a primer requerimiento, sin que tenga por qué cambiar la postura ya mantenida por el TS, cuando lo cierto es que los cambios legales introducidos no afectan al espíritu general de la norma, que es el que se está defendiendo por el Tribunal Supremo, en pronunciamientos constantes que van todos en la misma línea. En cualquier caso, habrá que esperar para comprobar si el Tribunal Supremo mantiene su postura.

³⁸⁶ “Resuelto el contrato de compraventa procede, solidariamente, la condena a la aseguradora para que devuelva las cantidades entregadas a cuenta, conforme a lo dispuesto en los arts. 1 y 3 de la Ley 57/68. La responsabilidad debe declararse solidaria, pues el art. 1 de la referida norma, establece que se concertará seguro o aval "solidario", es decir, pretende la norma la total garantía para el comprador sin que pueda mantenerse que la responsabilidad de la aseguradora es meramente subsidiaria.

No procede respetar los límites cuantitativos de la póliza de seguro, pues la misma, al constar que se efectuaba al amparo de la Ley 57/68, 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 de la Ley de Contrato de Seguro, pues la Ley 57/68 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”.

5.- El depósito en cuenta especial

El fundamento de que el promotor solicite cantidades anticipadas a los adquirentes, lo encontramos en el objetivo de dedicarlas a la construcción de la vivienda, lo que debería contribuir al cumplimiento de su obligación de entregarla en el tiempo estipulado en el contrato (plazo que establece él mismo según su propia planificación). La cuenta especial, separada de otros fondos del promotor y con una limitación de disposición en el sentido establecido por la Ley, cumple en parte (pues ello no impide una mala gestión de los fondos) dicha finalidad. Pese a la importancia que tiene dicha cuenta especial, el legislador no entra a regular de manera detallada cómo ha de disponerse de la misma, cuáles son las facultades de la entidad financiera, ni cómo es el control que por la concreta entidad financiera ha de hacerse³⁸⁷. En la última reforma, aunque se ha introducido alguna novedad en lo relativo a las garantías y los requisitos que éstas han de reunir, sin embargo, no se ha detenido el legislador a regular con mayor detalle esta cuenta especial, salvo la referencia, ya incluida en la Ley del 68, a la responsabilidad de las entidades financieras a la hora de su apertura, y sin que este aspecto esté exento de polémicas, como más adelante veremos³⁸⁸.

Se persigue con esta obligación, consistente en la apertura de una cuenta bancaria especial para cada promoción de viviendas, añadir un refuerzo de carácter contable mediante la transparencia que supone el hecho de la separación patrimonial de este depósito respecto a los demás bienes del promotor-vendedor, toda vez que esta cuenta especial deberá recibir únicamente como ingresos las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores de determinada promoción de viviendas en construcción. Dichas cantidades habrán de quedar perfectamente diferenciadas de cualesquiera otros fondos pertenecientes al promotor. Además, del capital depositado en

³⁸⁷ De hecho, el propio término “cuenta especial” no es un término estrictamente jurídico. No estamos ante una figura de contenido regulado y conocido. En realidad, es un término que acuña la propia Ley del 68 y carece de regulación alguna en cuanto a su contenido y características. Es por ello que habrá que estar a la interpretación que, por la doctrina y la jurisprudencia, se ha hecho de esta figura, toda vez que las entidades de crédito, en general y hasta la fecha, no han atribuido ningún carácter especial a las cuentas en las que los promotores ingresaban los anticipos del precio.

³⁸⁸ 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”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 64, 2016, págs. 112 y 113.

la referida cuenta especial, únicamente podrá disponer el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Al hilo de lo anterior, y antes de entrar a examinar los especiales caracteres de este depósito en cuenta especial exigido por la Ley, es necesario hacer referencia al carácter o condición de los anticipos que deben depositarse, ya que, como vemos, la Ley establece especiales deberes de custodia y garantía de los mismos, desprendiéndose del texto también ciertos límites en su disponibilidad: deben ir destinados a la construcción de las viviendas, sin que el promotor pueda dedicarlos a otros fines. Esta circunstancia acaso podría alterar el carácter o naturaleza de dichas cantidades, de forma que ya no responderían únicamente a la función de constituirse como simples entregas a cuenta del precio total de la vivienda³⁸⁹. Pues bien, a este respecto conviene recordar todo lo expuesto en relación al carácter mixto o complejo del contrato de compraventa “sobre plano”. Sobre esta cuestión ya se indicó que el vendedor, junto a la obligación de entregar la cosa vendida, asume también la de promover la construcción, concurriendo, por tanto, en el contrato no sólo elementos de la compraventa pura y simple, sino también del propio contrato de arrendamiento de obra y resulta claro, entonces, que subsumiendo el contrato solamente a uno de los dos tipos no quedarían resueltos todos los problemas, puesto que ni la regulación de la compraventa contiene normas que solucionen las cuestiones derivadas de la previa obligación de construir la vivienda, ni la regulación del contrato de obra se refiere a este tipo de supuestos³⁹⁰.

Por ello, entiendo, cuando se exige al vendedor-promotor que las cantidades percibidas en concepto de entregas a cuenta del precio sean destinadas exclusivamente a la construcción del inmueble (y se exige legalmente que se adopten ciertas garantías para ello), no estamos ante una suerte de mandato entre adquirente y promotor³⁹¹, sino que en

³⁸⁹ Ya que, en principio, si estuviéramos ante simples entregas a cuenta del precio del objeto de un contrato de compraventa con precio aplazado, no parecen justificados los referidos límites a la disposición por el vendedor del dinero producto de la compraventa, del que sería, en principio, titular (sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1124 en caso de incumplimiento).

³⁹⁰ ATAZ LÓPEZ, “Compraventa y contrato de obra futura”, op. cit., pág. 109.

³⁹¹ Precisamente, para distinguir el mandato del arrendamiento de obra, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, volumen segundo, José María Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1997, págs. 327-329, entiende que “el objeto del mandato es la celebración de actos jurídicos, y por ello se diferencia claramente del arrendamiento de servicios o de obra”, y es que aunque no se deduzca claramente tal circunstancia del art. 1.709 CC, lo cierto es que así se desprende de toda la regulación del contrato, que se refiere siempre a actos y materias jurídicas (administrar, transigir, enajenar, hipotecar, ejercer actos de

realidad, se trata de prestaciones mutuas derivadas de la especial naturaleza del contrato y directamente relacionadas con la parte de figura del contrato de arrendamiento de obra que, indudablemente, ostenta la compraventa de vivienda “sobre plano”: se está entregando una cantidad por el adquirente antes de percibir el propio objeto de la compraventa, siempre y cuando esas cantidades que se entregan se destinen a la construcción de dicho objeto.

Así pues, en conclusión, considero que es la propia naturaleza mixta del contrato de compraventa de vivienda sobre plano la que justifica no sólo la obligación del adquirente de entregar cantidades anticipadamente, a cuenta del precio final, sino especialmente, y como contraprestación de la anterior, el deber del promotor de destinar esas cantidades, precisamente, a la edificación del inmueble objeto del contrato que deberá entregar en su momento, conforme a lo estipulado. Y es que, debido al carácter mixto del contrato, las partes no sólo venden y compran una cosa, sino que existe además en esta especial relación contractual, obligaciones adicionales, en la medida en que el comprador financia la promoción, y el vendedor recibe esa financiación con la obligación de gestionarla de determinada manera. Por ello, en realidad con el abono de cantidades anticipadas no sólo se está pagando parte del precio, sino que además se cumple con un pacto de financiación de la construcción o edificación, si bien, a ello no obsta que el dinero anticipado se impute posteriormente al precio de la vivienda. En consecuencia, debe rechazarse la visión simplista de que la cantidad entregada es un mero pago del precio, pues no se corresponde con el significado económico y jurídico del negocio, ya que parece cumplir una doble función.

Expuesto lo anterior, en cuanto al sistema de funcionamiento de la cuenta especial, éste se asemeja, o debería asemejarse, al que en derecho comparado se confiere a las denominadas *cuentas de plica*, *cuentas escrow*³⁹² o de reserva, en las cuales, bien por

dominio, etc.) y no a actos materiales o, en general, no jurídicos. Estas consideraciones apoyan lo manifestado: que la relación entre adquirente y promotor-vendedor no puede ser la de mandante-mandatario, sino que se trata de contraprestaciones recíprocas, derivadas del carácter mixto o complejo del contrato de compraventa “sobre plano”.

³⁹² La Cuenta Escrow (Cuenta en Plica) se crea para la custodia de activos por una persona imparcial, el Agente Escrow, quien retiene dichos activos hasta que se cumplan las condiciones legales predeterminadas en el Contrato Escrow. La cuenta Escrow generalmente se usa en transacciones de bienes raíces, en las que el dinero depositado se mantiene en una cuenta Escrow hasta que los términos y condiciones de la venta se hayan cumplido. Estos documentos también se usan en transacciones de negocios para prevenir el fraude,

disposición legal, o bien por pacto bilateral u orden del depositario, la entidad de crédito se ve obligada a reservar todo el saldo, o parte del mismo, al cumplimiento de una finalidad determinada.

La cuenta corriente bancaria es un contrato mercantil cuya regulación se encuentra, básicamente, en los arts. 175.9 °, 177 y 180 CCom., relativos a las propias cuentas corrientes, los preceptos dedicados a la comisión mercantil (arts. 244 y ss. CCom.), los usos del comercio y, supletoriamente, los preceptos del Código Civil relativos al contrato de depósito (arts. 1.758 y ss), pero, ante todo, en lo que no se oponga a esas fuentes jurídicas, se aplica la letra del contrato, es decir, todo aquello que se haya pactado en el documento de apertura.

La cuenta especial creada con la Ley 57/1968, de 27 de julio, y mantenida en la DA1ª LOE, por supuesto que se regula, asimismo, conforme a lo indicado en el párrafo anterior, pero además sobre ello se solapa su propia regulación positiva especial. Así, el apartado Uno.1.b) de la DA1ª LOE sienta para quienes promuevan la construcción de viviendas, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero antes de iniciar la construcción, o durante la misma, la obligación adicional de *“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”*.

De dicha regulación se desprende que la cuenta especial en el marco de la DA1ª LOE está condicionada, desde su nacimiento, a la existencia de la garantía prevista (aval o seguro), y está subordinada a la existencia del derecho que protege. De hecho, en el momento de su apertura, la entidad de crédito debería exigir al promotor como requisito necesario para abrir la cuenta especial, el previo otorgamiento de las garantías de

cuando el comprador y el vendedor no se conocen. El documento Escrow es importante en fusiones y adquisiciones, cuando un porcentaje del precio de compra de una compañía puede depositarse temporalmente en una cuenta Escrow como protección contra acreedores desconocidos.

devolución de las cantidades establecidas en la Ley, lo que normalmente no sucede en la práctica. Su naturaleza jurídica, en consecuencia, se aleja de la unilateralidad esencial del depósito y se asemeja a la de un contrato sinalagmático, en cuanto que depositante y depositario se enfrentan a obligaciones recíprocas: aperturar la cuenta especial para depositar anticipos de compradores no equivale a abrir una cuenta corriente más, sino que este negocio implica mayores responsabilidades que se hacen recaer, *ex lege*, sobre las entidades de crédito convertidas en agentes responsables del cumplimiento normativo de esta garantía.

No es un depósito bancario ordinario, sino un depósito condicionado (bilateral), accesorio y limitado, tanto para disposiciones como para imposiciones. Su disponibilidad finalista y condicional hace a la cuenta especial no susceptible de otras operaciones integrantes de los usos bancarios -tales como compensaciones de otras deudas del promotor depositante, de origen distinto que no sea el pago de las obras de promoción de viviendas a las que el saldo se halla vinculado-. Por tanto, cada uno de los cargos será nominativo y se efectuará únicamente bajo la firma del promotor titular de la cuenta, así como las domiciliaciones y recibos girados que, en su caso, pudieran gestionarse y que irán precedidos de firma del promotor, identificando expresamente a cada futuro presentador como proveedor de la construcción de la promoción de viviendas vinculadas. En definitiva, sólo puede disponerse de los fondos para el pago de las necesidades económicas vinculadas a la construcción de la concreta promoción inmobiliaria en la que están incluidas las viviendas respecto de las que los adquirentes anticiparon cantidades.

Asimismo, las imposiciones estarán también limitadas y, por tanto, la entidad de crédito depositaria no deberá admitir ingresos en la cuenta especial que no tengan origen en la entrega de cantidades a cuenta del precio o, aun siendo de esta clase, que provengan de adquirentes cuyos contratos de cesión no les haya sido presentados previamente, o no sean conformes con la normativa aplicable. Por otra parte, considerando que, según hemos visto, los fondos que se ingresen procederán de las entregas anticipadas de los adquirentes de una determinada promoción inmobiliaria, parece que deberían abrirse tantas cuentas diferentes como promociones o, incluso, fases diferentes de una misma promoción que estuviera construyendo el mismo vendedor-promotor, ya que lo que la ley pretende es que los fondos existentes en cada cuenta especial mantengan una total

separación de cualesquiera otros fondos de los que pueda ser titular el promotor en la misma entidad financiera³⁹³.

Así pues, la dinámica del contrato de cuenta corriente bancaria, para el marco de la referida *cuenta especial* destinada al depósito de anticipos de compradores de viviendas “sobre plano”, deberá reunir, al menos, las siguientes precauciones:

a. El promotor-vendedor debe solicitar a la entidad de crédito la apertura de *cuenta especial* cuando prevea recibir cantidades de los adquirentes (o comuneros o cooperativistas, en el caso de comunidades y cooperativas), a cuenta del precio de las futuras viviendas no construidas y, además, debe estar en condiciones de acreditar a dicha entidad de crédito que tiene contratada la garantía legal -un seguro o un aval bancario, que garanticen la devolución de las cantidades entregadas, en caso de no comenzar o no concluir las obras en el plazo pactado-.

b. La entidad de crédito sólo admitirá imposiciones originadas por los anticipos de los adquirentes, ya que la mezcla de fondos supone incumplimiento del citado deber *ex lege* de separación. Así, el dinero recibido se transfiere al promotor, pero no puede entrar, *ope legis*, en el patrimonio de éste de manera incondicionada, sino que ha de constituirse sobre él una garantía legal, para impedir que, a consecuencia de la disociación temporal entre el dinero que se entrega y la vivienda que se promete entregar, porque todavía no está construida, pueda este dinero desaparecer.

c. Es necesario efectuar la contratación y apertura de una cuenta especial para cada promoción, o para cada fase, en el supuesto de promociones en conjunto inmobiliario.

d. Esta cuenta especial admite la mayoría de las operaciones definidas en los usos mercantiles bancarios para las cuentas corrientes, si bien es necesaria alguna restricción y control, en cuanto a las personas autorizadas para realizar los ingresos y el destino de las disposiciones. Así, por ejemplo, sólo deberían permitirse disposiciones nominativas, y nunca al portador o de documentos anónimos de giro sobre la misma. Además, es necesario ampliar la información habitual sobre la dinámica, operaciones y saldos de la cuenta, con los nombres de las personas que realizan los ingresos. Estas personas únicamente podrán ser los adquirentes de las viviendas, o el promotor, que

³⁹³ ESTRUCH ESTRUCH, “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., págs. 123 y 124.

también estará autorizado a realizar ingresos, pero deberá indicar que lo hace por cuenta de los adquirentes, identificando a éstos en cada caso.

e. El contrato se debe formalizar dentro del uso bancario de apertura de cuenta corriente, pero necesariamente con un Anexo unido y suscrito que establezca las características especiales limitativas de la disponibilidad de la cuenta.

Con todo ello, los documentos cuya aportación deberían exigir las entidades financieras al promotor para la contratación y apertura de la cuenta especial, a fin de cumplir los deberes legales de separación de fondos y aplicación al pago de las obras, son:

i. Lista descriptiva de todas las viviendas de la promoción y el precio final de las mismas, con indicación de las cantidades máximas a anticipar en la adquisición de cada una y el total en anticipos solicitado.

ii. Certificado Registral, o Nota Simple, que acrediten el dominio y cargas de la finca o parcela. En el caso de viviendas libres, además: proyecto o escritura de declaración de obra nueva y división horizontal.

iii. Relación de aspirantes a ser adquirentes (con contrato de reserva, opción de compra, o compraventa en sí) habidos a la fecha de la solicitud, y compromiso de aportar los futuros contratos (obviamente, con todas las precauciones y respetando los límites fijados en la Ley Orgánica de Protección de Datos).

iv. Documento acreditativo de la suscripción del contrato de seguro, o aval bancario (éste último entiendo que no será necesario, si la avalista es la propia entidad de crédito depositaria, pues en tal caso ya tendrá la entidad constancia de que se ha otorgado la correspondiente garantía) bastante para responder del total de las cantidades anticipadas (o por anticipar) a cuenta del precio de todas las viviendas de la promoción³⁹⁴.

Ahora bien, a pesar de la dicción legal, y de todo lo arriba expuesto, es importante precisar que no debe constituir obstáculo para la recuperación de las cantidades anticipadas el hecho de que el ingreso no haya sido realizado en la cuenta especial³⁹⁵. Así se resuelve por la STS de 8 de marzo de 2001 (Roj: STS 1843/2001), cuyo tenor literal es el siguiente: *“lo que no debe empecer para la recuperación de dichos adelantos, es*

³⁹⁴ GARCÍA MEDINA, “Aval de cantidades entregadas a cuenta...”, op. cit., págs. 9-11.

³⁹⁵ MÉRIDA ABRIL, “El contrato de compraventa de inmuebles y su resolución”, op. cit., pág. 44.

que el ingreso de los mismos se haya realizado en la cuenta especificada en la póliza de seguros, o en cualquiera otra que se hubiera pactado entre el comprador o el vendedor. Pues no se puede olvidar que en el presente caso, como en general cuando se aplica la Ley de 27 de julio de 1968, se han de contemplar dos negocios jurídicos, el originario - compraventa de la vivienda- y el derivado -formalización de un seguro de caución-, cuya concatenación tiene como única finalidad la defensa del comprador en el aspecto de ser reintegrado de sus anticipos del pago del precio para el caso de que la vivienda no se construya o no se pueda ocupar. Y dicha finalidad, se vuelve a repetir, no puede ser obviada por mor de una determinación de cuenta corriente que es una cuestión, en definitiva, a dirimir entre la aseguradora y la parte vendedora. Y se dice todo lo anterior aunque el comprador haya firmado la póliza de seguros, que sin duda lo ha hecho, como participante en un contrato de adhesión puro. Además, esta tesis está también recogida en la sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 1998”³⁹⁶.

³⁹⁶ En idéntico sentido, la SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2001 (Roj: SAP B 2387/2001): “Tercero.- Teniendo en cuenta lo razonado, es cierto que la obligación de aperturar esa cuenta especial con el correlativo seguro y la de ir percibiendo esas cantidades anticipadas a través de la misma competía al promotor-constructor, obligación que en este caso no se cumplió ya que no se abrió dicha cuenta y hubo una apropiación de las cantidades entregadas en metálico, habiéndose igualmente presentado al descuento las cambiales, por lo que el Banco anticipó su importe con unas deducciones o descuento. Al respecto hay que dejar constancia de que, si bien es razonable entender que el comprador pueda, si es una persona lega en esta materia o en la jurídica, desconocer la legislación existente al efecto y en concreto la mencionada ley de 1968, que en definitiva tiende a su protección frente a abusos, en incluso estafas como la concurrente, tal desconocimiento por su parte no comporta la falta de aplicación de dicha norma ni de las consecuencias que de ella se derivan, al menos las que en este momento sean factibles, ya que, como se ha dicho, el obligado a cumplir con esas condiciones legalmente establecidas es el promotor-constructor, quién sí conoce, o tiene que conocer, la legislación y el carácter obligado de lo que en ella se determina sin que su incumplimiento pueda redundar en perjuicio del comprador de buena fe. Con respecto al Banco hay que poner de manifiesto, en primer lugar, que en la práctica bancaria estas entidades vigilan siempre a quien descuentan y los distintos efectos mercantiles que se les presentan para descontar, a fin de reducir los riesgos de una futura insolvencia y el denominado papel de colusión, que no obedece a negocio jurídico o contrato alguno, careciendo de causa, por lo que en principio y en líneas generales suelen tener conocimiento del origen y causa de dichos efectos”.

Distinto criterio es el mantenido en la SAP de Navarra de 3 de junio de 2008 (Roj: SAP NA 640/2008). Sostiene ésta en su fundamento jurídico tercero que “cierto que no se puede exigir a los demandantes el cumplimiento de obligaciones pactadas en el contrato de aval, ya que no fueron parte de dicho contrato, pero por el mismo razonamiento no se puede exigir a la avalista que se obligue a más de aquello a lo que se obligó en virtud del contrato de aval. Ya establece el artículo 1.827 del Código Civil que la fianza no puede extenderse a más de lo contenido en ella, por eso ha de ser expresa y no se presume. Si sólo se obligó a responder de las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas hasta el límite máximo que resulte de ingresos efectuados en la cuenta especial antes citada, hasta dicho límite llegará su obligación, máxime cuando dicha obligación de abono en la cuenta especial se incluyó en cada uno de los contratos de compraventa. En el presente caso se puede comprobar como los adquirentes, bien por ignorancia subsanable o por otro motivo, no siempre cumplieron con la obligación que asumían en virtud de la

Además, del texto legal parece desprenderse claramente que el promotor-vendedor es el único obligado a realizar el ingreso en la cuenta especial de todas las cantidades que los compradores vayan anticipando durante la construcción de las viviendas³⁹⁷, ingreso que, en la práctica, efectuará bien por sí mismo, si los adquirentes le hacen entrega en mano de los anticipos, bien facilitando a los adquirentes los datos de esta cuenta especial, a efectos de que puedan ellos mismos transferir o ingresar las cantidades pactadas³⁹⁸. Sin embargo, la falta de dicho ingreso en la cuenta especial se ha utilizado en numerosas ocasiones por las aseguradoras como excepción al pago de la indemnización derivada del seguro de garantía de devolución de las cantidades anticipadas, si bien esta excepción no ha sido admitida por la jurisprudencia, que ha señalado en múltiples resoluciones que la compañía no puede negarse a cumplir sus obligaciones por el hecho de que las cantidades anticipadas no fueran ingresadas en cuenta especial³⁹⁹. Existe, de hecho, una postura firme al respecto en una serie de sentencias muy recientes del Tribunal Supremo. Podemos referir al respecto, por ejemplo, la STS de 30 de abril de 2015 (Roj: STS 1930/2015), con cita de otras, conforme a la cual

estipulación sexta de sus respectivos contratos de compraventa, de ingresar en la cuenta especial, las cantidades anticipadas, por lo que no se puede imputar a CAJA NAVARRA, las consecuencias de su incumplimiento. Cuestión diferente son las cantidades anticipadas antes de la suscripción de los diferentes contratos de compraventa, ya que en este caso, es evidente que los adquirentes no podían cumplir con la obligación de ingresar el dinero en la cuenta especial, no sólo porque no habían asumido todavía dicha obligación, sino sobre todo, porque no consta que conocieran la existencia del aval, de la cuenta especial y de la obligación de ingresar en la misma las cantidades anticipadas del precio de la compra. La avalista responderá de las cantidades anticipadas con anterioridad a la formalización de los contratos de compraventa, que no hubieran sido ingresadas en la cuenta especial, pero no de aquellas que no se hubieran ingresado en la misma, en el momento de formalizar los contratos de compraventa y con posterioridad, ya que en esos momentos, los adquirentes tenían que haber sido plenamente conscientes de las obligaciones que sobre ellos pesaban en virtud del contrato que firmaban”.

³⁹⁷ Del apartado Uno.1 de la DA1ª LOE resulta claramente que son las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, las que deberán “*percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial*”.

³⁹⁸ Esta última posibilidad considero que es más beneficiosa para el adquirente, puesto que podrá documentar que, en efecto, se llevaron a cabo las entregas, de cara a un posible procedimiento judicial, sin perjuicio, claro está, de que en el supuesto de que efectuaran abonos en metálico al promotor, deberá en todo caso exigir un recibo o documento justificativo de dicha entrega.

³⁹⁹ Así, SAP Valencia de 11 de julio de 1998 (Roj: SAP V 4900/1998), que dispone expresamente que “*el cumplimiento de tal obligación no se impone al asegurado sino que es una obligación que se establece para el constructor-tomador del seguro, cuyo incumplimiento faculta a la Compañía tanto por dicha ley como por el Art. 2 de las Condiciones Generales a negarse a emitir dicho certificado. Por lo que si Crédito y Caución S.A. expidió el certificado individual de garantía es porque comprobó la realidad de tal ingreso o depósito bancario y si no lo hizo, como parece dar a entender la aseguradora, dicho comportamiento no puede perjudicar al asegurado a quien se le entrega el mentado certificado y por tanto es ajeno en este punto a la relación entre tomador y aseguradora, criterio que recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1997”.*

“procede declarar que 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”.

Sin embargo, respecto del promotor-vendedor, la falta de ingreso en dicha cuenta especial sí que puede producir determinadas consecuencias, ya que al producirse un incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley, se le puede sancionar, conforme al apartado Siete de la DA1ª LOE, según se verá en el epígrafe correspondiente.

Finalmente, en cuanto a la cancelación de la cuenta especial, no dispone la DA1ª LOE nada respecto al momento en que puede o debe ser cancelada, si bien sí se refiere la ley a la cancelación de las garantías exigidas para asegurar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes. Así, establece el apartado Cinco de la DA1ª LOE que *“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”.* Por ello, parece razonable defender que la cuenta especial no debería cancelarse sino hasta que llegara dicho momento, es decir, cuando se expida la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación y quede acreditada la entrega de la vivienda al adquirente, ya que dicha cuenta especial existe únicamente porque así lo impone el legislador, precisamente para tutelar los intereses de los adquirentes, que estima necesitados de protección, debido a la proliferación de abusos en el mercado inmobiliario. Por esta razón, no debería poder cancelarse antes de la entrega de la vivienda ni a instancias del promotor, ni de la entidad depositaria. Respecto del promotor, aunque sea el único titular de la cuenta, no podrá cancelarla mientras la promoción no haya concluido satisfactoriamente para los derechos de los adquirentes, cuyos intereses fueron garantizados por el legislador con la exigencia de apertura de dicha cuenta especial. En cuanto a la entidad depositaria, tampoco podrá proceder a la cancelación, sin perjuicio de

negarse a aceptar nuevos ingresos, si no se garantiza debidamente por el promotor el cumplimiento de las exigencias legales de aseguramiento⁴⁰⁰.

6.- Responsabilidad solidaria de las entidades de crédito

Pese a que en apariencia son dos los medios de garantía de la posición del adquirente de viviendas en proyecto o en construcción enunciados en la DA1ª LOE, en la práctica pueden resultar tres, porque a los dos explícitos (aval o seguro) hay que sumarle un tercero implícito, resultante del último párrafo del apartado Uno.1.b) DA1ª LOE (previsión antes contenida en el art. 1.2 de la Ley 57/68), cual es la responsabilidad de la entidad de crédito depositaria en la que se abrió la cuenta especial. Conforme establece dicho párrafo, *“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”*⁴⁰¹. No

⁴⁰⁰ ESTRUCH ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas...*, op. cit., págs. 137-152.

⁴⁰¹ En este sentido, es decir, reconociendo la posible existencia de responsabilidad de las entidades de crédito, aunque exonerando de la misma en el supuesto concreto enjuiciado, se pronuncia la SAP de Cádiz de 27 de marzo de 2000 (Roj: SAP CA 1132/2000), que mantuvo que *“para que pudiera hablarse de una posible responsabilidad de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid por las cantidades entregadas por los compradores antes de iniciarse la construcción de la vivienda o durante la construcción de las mismas, es necesario que efectivamente dicha entidad se hubiera constituido en la depositaria de las cantidades entregadas a cuenta ya que, para que la entidad demandada, hoy apelada, pueda exigir a la promotora, conforme a lo dispuesto en el último inciso del artículo 1.2 de la Ley 57/68, la exigencia, por parte de la entidad bancaria al promotor, de los avales o seguros a que se refiere el párrafo primero (exigencia que, como establece el citado precepto se hará bajo la responsabilidad de la entidad depositaria de los fondos), es preciso que se abra por parte de la Promotora esa cuenta especial a través de la cual, y solo a través de ella, se efectuarían los ingresos, con independencia de cualquier cuenta o clase de fondos del promotor que pudieran existir. Según consta en las actuaciones, en ningún momento se procedió, por la entidad Viso Viviendas Sociales Sociedad Cooperativa Andaluza a la apertura de esa cuenta especial, ni siquiera se solicitó su apertura, por lo que difícilmente la entidad bancaria hoy apelada pudo proceder a la apertura de la cuenta y, previo a ello, la exigencia de los avales o seguros pertinentes. Ninguna cuenta existía abierta en la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid para ingresar las cantidades que se iban entregando por los compradores, y más concretamente por el Sr. Mariano, el cual, consta en autos que el único dinero que entrego, 1.462.000 pesetas, lo hizo en metálico a la firma del contrato privado de compraventa (folios 16 y ss.), pago que se efectuó directamente a Viso Viviendas Sociales Sociedad Cooperativa Andaluza, la cual emitió el correspondiente recibo (folios 14 y 15), sin que ni siquiera conste que este dinero entregado se ingresara posteriormente en la cuenta que aquella mantenía abierta en la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid desde hacía unos dos años aproximadamente, antes de suscribirse el contrato privado de compraventa. Por otra parte, no ha quedado acreditado, ni siquiera consta en el contrato privado de compraventa, que los pagos debieran hacerse en la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, por tanto, no habiéndose constituido esta en depositaria de las cantidades abonadas por los compradores, y en este caso concreto por D. Mariano, en modo alguno puede exigírsele responsabilidad alguna a aquella por el incumplimiento de Viso Viviendas Sociales Sociedad Cooperativa Andaluza por lo que el único pronunciamiento posible es el recogido en la resolución impugnada”*. Así, viene a reconocerse que, en efecto, la entidad financiera puede incurrir en responsabilidad, pero sólo si con carácter previo se ha procedido a abrir la cuenta especial en dicha entidad por parte de la promotora.

obstante, cabe advertir que más que un garante, la entidad financiera es responsable de los daños causados a los adquirentes, consecuencia del incumplimiento de unas especiales obligaciones que la Ley le impone.

Con todo, pese a esta disposición legal, lo cierto es que en la práctica, tal y como se ha adelantado en el epígrafe anterior, las entidades de crédito no suelen exigir para la apertura de esta cuenta especial que el promotor acredite tener otorgada garantía alguna, ni tampoco verifican que los ingresos que se producen en la misma únicamente provienen de la entrega de cantidades anticipadas por los adquirentes de viviendas de una determinada promoción, ni, mucho menos, comprueban que las cantidades de las que dispone el promotor-vendedor procedentes de dicha cuenta se destinan única y exclusivamente a satisfacer las necesidades derivadas de la construcción de las viviendas.

Así pues, lo cierto es que, en la mayoría de las ocasiones, la cuenta abierta a estos efectos no contiene especialidad alguna: en el contrato de apertura no se contiene ninguna limitación en cuanto a los fondos que puede ingresar en la misma el promotor, ni existen restricciones para la apertura de dicha cuenta, ni respecto a las personas autorizadas para disponer de los fondos, ni tampoco se establece limitación o condición alguna para la propia disposición de dichos fondos depositados en la cuenta. Siendo esto así, ninguna virtualidad garantizadora tiene el depósito de las cantidades anticipadas a cuenta del precio en dicha cuenta especial. Sin embargo, pese a estos incumplimientos, lo cierto es que la separación patrimonial que comporta la exigencia de apertura de cuenta especial es una medida básica de protección de los adquirentes.

Por todo lo anterior, defiende ESTRUCH ESTRUCH⁴⁰² que las entidades de crédito que abran cuentas a promotoras, sabiendo que se trata de cuentas destinadas a ingresar en ellas cantidades recibidas anticipadamente de los adquirentes de viviendas en proyecto o en construcción, y no cumplan las exigencias legales respecto a la apertura y operatividad de las mismas, o no exijan en el momento de la apertura la aportación de las garantías legales, deberán responder de los perjuicios irrogados a los adquirentes, según previsión legal.

⁴⁰² ESTRUCH ESTRUCH, “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., págs. 124 a 129.

Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo, al sostener que la responsabilidad de la entidad de crédito opera cuando el promotor no haya abierto en la misma una cuenta especial ni presentado aval o seguro, habiendo percibido cantidades anticipadas y estando depositadas en dicha entidad y siempre que, finalmente, no se entregue la vivienda o no llegue a construirse. Se determina así el alcance de la expresión “*bajo su responsabilidad*” del último párrafo del apartado Uno.1.b) DA1ª LOE, cuando las cantidades anticipadas no hayan sido depositadas en una cuenta especial, sino en otra que el promotor tuviera en la entidad de crédito. De esta manera, la entidad financiera que acepte ingresos a cuenta del pago del precio de una vivienda, no siendo depositados en una cuenta indisponible, asumirá una responsabilidad solidaria junto al promotor que incumplió el deber de garantizar, según establece la STS de 21 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5263/2015). La sentencia citada, en línea con la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la Ley 57/68, desmiente el carácter de la entidad financiera de tercero ajeno a la relación entre adquirente y vendedor-promotor, y señala que el art. 1.2 Ley 57/68 (cuya redacción coincide con la actual DA1ª LOE, por lo que debemos entender que esta jurisprudencia es perfectamente aplicable a la regulación actual) impone a las entidades de crédito un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que ha concedido un préstamo para la financiación de las obras, que se concreta en que los ingresos en la cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa o en otra entidad. Además, en cualquier caso, debe constituirse una garantía que la entidad correspondiente habrá de exigir. La ley, en definitiva, según entiende el TS, impone una colaboración activa a las entidades de crédito.

La STS de 21 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5263/2015) citada, condena a la entidad financiera (precisamente, porque tuvo conocimiento, o pudo tenerlo, de que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas), a reintegrar a una compradora las cantidades anticipadas en una promoción fallida, por incumplir la obligación legal que tenía la entidad de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, para dichos ingresos⁴⁰³, fijando la siguiente doctrina

⁴⁰³ Razona la STS de 21 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5263/2015) citada que “*la aplicación de la línea inspiradora de esta doctrina jurisprudencial al presente recurso determina que proceda su estimación, porque la «responsabilidad» que el art. 1-2ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición*

jurisprudencial: *“en las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968, las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía, responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por ellos e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad”*.

Esta misma línea jurisprudencial se consolida en la STS de 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 987/2016)⁴⁰⁴, que aplica la misma doctrina para un caso en que la entidad de crédito receptora de las cantidades anticipadas en una cuenta común del promotor, no en la cuenta especial exigida por la Ley 57/68, en el momento de los hechos aún vigente, había avalado solamente una parte de esas cantidades y se oponía a responder de las restantes por inexistencia de cuenta especial y aval. En idéntico sentido, también se pronuncia la STS de 17 de marzo de 2016 (Roj: STS 1209/2016), que revoca la de la Audiencia Provincial porque descargaba sobre los compradores una responsabilidad de control sobre las cuentas del promotor, que legalmente corresponde a la entidad de crédito

legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de «exigir». En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, como razonan las sentencias de Audiencias Provinciales citadas en el motivo, bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia. Por esta razón, aunque sea cierto, como considera la sentencia impugnada, que la promotora podía haber concertado seguro o aval con otra entidad, en cambio no es acertado entender que, constando incluso en el propio documento de ingreso el destino o razón de las cantidades anticipadas («reserva de vivienda y 20% vivienda»), de esto no se derivara «obligación legal alguna» para la entidad de crédito codemandada. Muy al contrario, precisamente porque esta supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, tenía la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, y por no haberlo hecho incurrió en la responsabilidad específica que establece el art. 1-2ª de la Ley 57/1968”.

⁴⁰⁴ Esta resolución, con cita de otras, razona que *“en cuanto a la exigencia de cuenta especial y la relevancia que ha de darse a su omisión, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de Pleno de 13 de enero de 2015, recurso 779/2014, y 30 de abril de 2015, recurso 520/2013 -con cita de una anterior de 8 de marzo de 2001-) ha concluido que «las cantidades objeto de protección por mor de la citada Ley 57/1968, 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», y que «la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda -bien generalmente esencial para la vida-, que está en fase de planificación o construcción», por lo que, «para su aplicación, únicamente se exige como condición indispensable, que se hayan entregado sumas determinadas en concreto y que la construcción de la vivienda no se inició o no se concluyó, siendo accesorias y propias de dilucidar las otras cuestiones planteadas, entre el asegurador y el constructor”*.

en la que dicho promotor tenga una o varias cuentas. La argumentación del TS, que resuelve condenando a la entidad al abono a los compradores de las sumas por éstos ingresadas, se centra en la responsabilidad de la entidad financiera en la que el promotor tiene abierta una cuenta (sin que conste que ésta sea la especial a que se refiere la Ley 57/68), en la cual los compradores hicieron los ingresos de las cantidades anticipadas por la compra de viviendas sobre plano o en construcción⁴⁰⁵, cuya devolución no fue garantizada mediante seguro o aval⁴⁰⁶.

Se fundamenta esta postura del TS, no sólo en que no se ha cumplido con la obligación de depositar los anticipos en una “cuenta especial”, en el sentido de que no se ha tomado ninguna medida al respecto por la mayoría de las entidades de crédito (no se han redactado contratos de cuenta corriente con un clausulado especial para estos casos, en el que se incluyera, por ejemplo, algún tipo de control sobre las disposiciones de dicha cuenta, o la obligación del promotor de no hacer en la misma imposiciones que no procedieran de los anticipos de los adquirentes de esa concreta promoción), sino que además, y especialmente, lo que se censura a la entidad es que no se haya exigido, para la apertura de cuenta, que se acredite por el promotor el otorgamiento de las garantías legalmente establecidas. Esta postura del Tribunal Supremo abre una puerta para que puedan reclamar, no sólo futuros perjudicados, sino adquirentes que ya reclamaron ensu

⁴⁰⁵ A este respecto, si bien ya se ha indicado que el obligado a hacer la apertura de la cuenta es el promotor, lo cierto es que pueden efectuar imposiciones en la misma no sólo el promotor, sino también los propios adquirentes, a los que se faciliten a estos efectos los datos de la cuenta corriente. En este último caso, no considero que los adquirentes estén obligados a comprobar que, en efecto, la cuenta en la que se realizan los ingresos reúne los requisitos legales, puesto que no corresponde a ellos velar por el correcto cumplimiento de las obligaciones de la contraparte. Ahora bien, otra cosa sería que, por cualquier circunstancia, tuvieran conocimiento de que los ingresos no se están realizando en una cuenta especial, conforme a las previsiones de la LOE. En tal caso, toda vez que estamos ante una obligación legal del promotor (el apartado Uno.1.b DA1ª LOE establece claramente una doble obligación: la de garantizar la devolución de las cantidades entregadas mediante seguro o aval, por un lado, y la de percibir dichas cantidades a través de una cuenta especial abierta en una entidad de crédito, por otro), entiendo que el incumplimiento de la misma por parte de dicho promotor, al generar el contrato de compraventa “sobre plano” obligaciones recíprocas para ambas partes, facultaría al adquirente a negarse a efectuar los ingresos de los anticipos acordados, en tanto no se cumplieran los requisitos legales, y en caso de ser demandado, podría oponer la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha establecido que está perfectamente justificado el incumplimiento de sus obligaciones contractuales por una de las partes, si éste fue motivado por el incumplimiento de la otra (en este sentido, por ejemplo, STS 22 de octubre de 1997, Roj: STS 6290/1997). A este respecto, y en idéntico sentido, se analizará más adelante el derecho del adquirente a suspender los pagos en caso de que el promotor no otorgue las garantías establecidas en la DA1ª LOE (seguro o aval).

⁴⁰⁶ CORREDOR SIERRA, “La protección de los compradores de viviendas en situación de prehorizontalidad o “sobre plano”, op. cit., págs. 47 y 48.

día al promotor-vendedor y que no pudieron obtener el reintegro de las cantidades anticipadas, por no haber sido éstas garantizadas conforme a la Ley. Ahora bien, si dichas cantidades fueron ingresadas en una cuenta del promotor, y la entidad que aperturó esa cuenta no exigió a la promotora la adopción de las garantías legales, ni vigiló que la cuenta reuniera los requisitos establecidos por la Ley, podrán reclamar a dicha entidad el reintegro de las cantidades anticipadas, habida cuenta los términos de la responsabilidad de la misma concretados por el Tribunal Supremo, y obtener así la devolución del capital anticipado en su día, que no pudieron conseguir del promotor⁴⁰⁷.

De lo anterior se deduce que la posición de la entidad no es la de garante en este aspecto (pues puede serlo, si resulta haber formalizado con el promotor el aval que la Ley exige a éste), sino que la Ley le impone la obligación de controlar que las cuentas corrientes que aperturen los promotores, a los efectos de recibir las cantidades anticipadas de los adquirentes, cumplan con los requisitos legales (*“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”*, apartado Uno.1.b DA1^a LOE), y la de exigir al promotor la concurrencia de la garantía regulada en la DA1^a LOE (aval o seguro) *“bajo su responsabilidad”*. Este último inciso es el que determina la consideración de los referidos deberes de la entidad como una obligación legal, al imponerle como consecuencia de no cumplir con lo establecido, la responsabilidad de devolver las cantidades anticipadas y depositadas en dicha entidad, no sujetas al control legalmente fijado (responsabilidad que tendrá lugar, claro está, en el caso de que no se produzca la entrega de la vivienda en el plazo estipulado). Esta obligación de control responde, probablemente, a la facilidad que las entidades de crédito tienen para conocer la actividad del promotor y sus vías de financiación, pues con seguridad será la misma

⁴⁰⁷ A este respecto, encontramos titulares recientes en prensa, tales como “La compra fallida de viviendas sobre plano, un nuevo frente para la banca” (<http://www.expansion.com/empresas/banca/2017/06/03/5932a9d4e5fdeabe0e8b45d8.html?cid=OTB22501>, última consulta, 3 de junio de 2017). La noticia describe la situación de todos aquellos adquirentes afectados que demandaron a las promotoras para reclamar las cantidades anticipadas, y aunque las sentencias judiciales les dieron la razón, no pudieron recuperar el dinero, ya que las promotoras, en situación de quiebra, no estaban en condiciones de hacer frente a sus reclamaciones, y explica la posibilidad de las personas que quieran reclamar ahora el capital perdido a la banca, las cuales podrán hacerlo, a la vista de las resoluciones del TS citadas, siempre que cumplan tres requisitos: puedan demostrar la relación contractual con el promotor, el ingreso de la cuantía anticipada en una cuenta bancaria del promotor y el hecho de que la propiedad nunca fue entregada. La noticia hace referencia a una fecha límite para reclamar, el 7 de octubre de 2020, que se debe al nuevo plazo de prescripción de 5 años previsto en el art. 1964 CC, vigente desde el 7 de octubre de 2015.

entidad en la que deba aperturarse la cuenta especial, la que haya concedido la financiación para la realización de la obra, y posiblemente también la que vaya a otorgar los avales. En definitiva, para la entidad financiera es plenamente factible poder conseguir información del promotor en relación a todos estos aspectos, lo que permite aseverar que actuará de forma negligente si, pudiendo fácilmente obtenerla, no lo hace.

A efectos de cumplir con esta obligación que se le impone legalmente, entiendo que las entidades de crédito deberán proceder a redactar contratos especiales de cuenta bancaria para estos casos, en los que incluyan un clausulado dirigido a asegurar la separación de los fondos y el control de las disposiciones, y desde luego, a exigir que se aporte la garantía correspondiente. Pero la postura del Tribunal Supremo parece ir un paso más allá: se deriva de las resoluciones citadas una exigencia a las entidades de crédito de un especial deber de diligencia, que implicaría prestar una particular atención a determinados indicios de los que cabría deducir que se podrían estar efectuando imposiciones por anticipos del precio adquisiciones de inmuebles en construcción en una cuenta “no especial”, como por ejemplo, que detecte ingresos en los que se haya hecho constar en el concepto que se trata de un pago por la adquisición del inmueble o que la promotora tuviera suscrito con la entidad bancaria algún préstamo hipotecario para la construcción. En estos casos, en los que el promotor no haya puesto en expreso conocimiento de la entidad de crédito que estamos ante una cuenta especial, y esta situación sea detectada por dicha entidad, considero que ésta, habida cuenta su posición de posible responsable solidario, puede y debe exigir del promotor el cumplimiento de las previsiones legales.

7.- La acción prevista en el apartado Cuatro de la DA1ª LOE: rescisión o prórroga

Partimos de la base de que, como ya se ha indicado, los promotores tienen la obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas sobre plano, más los intereses previstos legalmente, concertando para ello un contrato de seguro, o por medio de un aval de carácter solidario, para el caso de que la construcción no se inicie o no se concluya por cualquier causa en el plazo convenido contractualmente (apartado Uno de la DA1ª LOE).

Ahora bien, el asegurador o avalista no se está obligando con ello a garantizar el cumplimiento de la obligación del promotor de entregar la vivienda, sino que su obligación se limita a la devolución de las cantidades que el vendedor haya percibido a cuenta del precio y que, por tanto, deba restituir cuando el comprador rescinde el contrato ante la contingencia prevista en la Ley (en este sentido, la SAP Ávila de 10 de diciembre de 2002 -Roj: SAP AV 389/2002-⁴⁰⁸). Garantiza, pues, una obligación dineraria que, como tal, no está sujeta a las causas de exoneración de los arts. 1.182 y 1.184 del Código Civil; esto es, el asegurador o avalista no podrá alegar la concurrencia de un caso fortuito que imposibilitara el cumplimiento por parte del promotor de la obligación de entrega de la vivienda, pues no es ésta la obligación cuyo cumplimiento garantiza, sino la de restituir, sustituyendo al promotor, las cantidades anticipadas por el comprador. Así, desde el mismo momento en que se constituye aquél, la entidad crediticia pasa a actuar como garante en la devolución de las cantidades anticipadas para la construcción y venta de viviendas. Del mismo modo, una vez suscrito el seguro de caución legalmente establecido, la entidad aseguradora se constituye en garante del reintegro de dichas

⁴⁰⁸ “(...) La norma legal, teniendo en cuenta que esas cantidades a cuenta se han de depositar en una cuenta especial abierta a tal fin en entidad bancaria o en una caja de ahorros, restringe la posibilidad de prestar el aval a esas entidades. El artículo 1.1º, además, señala el carácter solidario del aval y la finalidad de su constitución: "... para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, por cualquier causa, en el plazo convenido". Como quiera que los derechos del beneficiario son irrenunciables, no pueden las partes modificar en sentido restrictivo el ámbito de ese afianzamiento, sin perjuicio de que su autonomía contractual les permita extenderlo a otros hipotéticos supuestos, y, en todo caso, en la interpretación de los términos de aval se habrá de obrar siempre "pro beneficiario", dado el carácter tuitivo de la norma.

Al tratarse de un aval bancario constituido con la finalidad señalada en la Ley, le es de aplicación el artículo 1.1º de la norma en cuanto al concreto supuesto en que puede ejecutarse el aval, en su caso la posibilidad de que constituya título ejecutivo acompañado de documento fehaciente de la no entrega de la vivienda, y en cuanto a la posibilidad que tienen los beneficiarios, si la vivienda no se terminado en el plazo fijado en el contrato en condiciones de proceder a su entrega, de optar entre la rescisión del contrato, con devolución de las cantidades entregadas más el incremento legalmente establecido, o la concesión de una prórroga al promotor.

Son, pues, dos planos distintos. De una parte, la obligación del avalista se concreta en devolver, sustituyendo al deudor, las cantidades entregadas a cuenta si la construcción no llega a buen fin en el plazo convenido, pero no porque el aval responda de la ejecución, sino porque así lo ha convenido en la constitución del aval. De otra, los compradores, respecto de ese deudor principal, su vendedor, pueden interesar la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas y un 6% más, o concederle, como veíamos, una prórroga. Si optan por la prórroga, no pueden ejecutar el aval. Si optan por la rescisión, y así se lo comunican al deudor, pueden reclamarle las cantidades entregadas y ese 6% que la norma establece o dirigirse, con la misma finalidad, contra el avalista solidario.

Presupuestos, pues, de la eficacia el aval son: 1º.- Que las obras no hayan llegado a buen fin en el plazo convenido. 2º.- Que los compradores comuniquen esta circunstancia al vendedor acogándose a la posibilidad de devolución indicada en la Ley. 3º.-Que quien entregó las cantidades a cuenta no haya concedido prórroga al promotor para terminar las obras. (...)"

cantidades anticipadas, si concurre el supuesto previsto de no inicio de las obras o no entrega de la vivienda en plazo.

El apartado Cuatro de la DA1ª LOE reitera la contingencia prevista en los preceptos antecedentes (el no inicio de las obras o su falta de entrega en plazo), estableciendo la facultad que asiste al comprador, en tal caso, de *“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 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”*.

7.1. Prórroga

Respecto a la prórroga, según la redacción del precepto, nunca debe entenderse otorgada tácitamente, sino que debe constar expresamente el nuevo periodo concedido. No obstante, la SAP Málaga de 11 de Julio de 2005 (Roj: SAP MA 2436/2005) la admitió por la teoría de los actos propios, al disponer en su Fundamento de Derecho Segundo que *“una vez analizadas las alegaciones del recurrente, la Sala considera que, con independencia de la existencia o no de fuerza mayor, la Juez de Instancia resuelve la cuestión aplicando la Ley 57/1968, concretamente conforme a lo dispuesto en el artículo 3. Ya que en la sentencia se da por probado un extremo que no ha sido recurrido cual es que, consta acreditado, y así se declara expresamente, que Builtest 95, S.L., remitió una carta en fecha 3 de octubre de 2002, con posterioridad al término prefijado por las partes en el contrato suscrito, en el que se comunicaba la situación jurídica del solar sobre el que se hallaba efectuando la construcción de las viviendas adquiridas por el demandante (documento número uno de los que se acompañan a la contestación y prueba del interrogatorio del actor), ofertándole la posibilidad de devolver las cantidades entregadas, o renovar la garantía unos meses para el caso de llegar a un acuerdo antes de la celebración del juicio o bien la entrega de otro apartamento de las mismas características del adquirido y que ante este ofrecimiento, el actor solicitó la renovación de la garantía que le fue entregada y suscrita con vencimiento en fecha de diciembre de 2003, consintiendo con ello en la entrega posterior a la estipulada de los inmuebles adquiridos (así se desprende de la prueba de interrogatorio del demandante) y a falta de*

prueba en contrario, ha de entenderse que, dicho consentimiento habría de durar el término otorgado para la concesión de la garantía. Pues bien, a tenor de lo expuesto con anterioridad y tal como dispone el artículo 3 de la Ley 57/1968, el cesionario ha optado por conceder al cedente una prórroga, que tal y como indica la Juez de Instancia era de fecha de vencimiento de 5 de diciembre de 2003, habiéndose interpuesto la demanda 19 de mayo de 2003, es con anterioridad al plazo de vencimiento. Luego al no haber expirado el plazo, considera la Sala que no es de aplicación lo alegado por el recurrente”⁴⁰⁹.

Por otra parte, y en lo que se refiere al momento en que el comprador puede –o debe- ejercitar la opción, a falta de previsión legal y en caso de no existir pacto válido en este sentido en el propio contrato, ha de tenerse en cuenta que –atendiendo a los términos en que está regulada la opción- debería efectuarse en un tiempo razonable y no muy alejado de la expiración del plazo de entrega (siempre considerando el comprador las circunstancias concurrentes en el caso concreto). Esto se debe a que la prolongación de la situación por parte del comprador, sin exteriorizar a la parte vendedora su voluntad al respecto, aún cuando no supone una prórroga en los términos exigidos legalmente, puede interpretarse como aceptación del retraso, desvirtuando la esencialidad del plazo de entrega recogida en esta ley especial (ya que tal conformidad con una entrega posterior daría lugar a que se otorgara una primacía a las exigencias de la buena fe y al principio de conservación del contrato, sobre todo si se hubiera terminado la obra y se estuviera únicamente pendiente de la concesión de las oportunas licencias)⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ En relación con lo resuelto en esta Sentencia, puede surgir la duda de si el vencimiento de la prórroga de la garantía y el nuevo plazo de entrega deben coincidir, es decir, de si aunque la prórroga no haya llegado a término podría reclamar antes de dicho plazo la restitución de las cantidades anticipadas si la obra no hubiera comenzado o existiera causa suficiente para considerar que no va a entregarse en el plazo previsto en la prórroga. Pues bien, pese a que puede considerarse de justicia material que el adquirente debería poder reclamar la devolución de dinero entregado a cuenta, en caso de que de las circunstancias se desprenda claramente que por la promotora no se va a cumplir el nuevo plazo otorgado, es cierto que la DA1ª LOE (que reproduce a este respecto lo establecido por la derogada Ley 57/68) estipula claramente que las garantías de devolución se establecen “*para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido*”, precisando respecto a la posibilidad de conceder prórroga de éste plazo que deberá especificarse el nuevo período “*con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*”, sin que la norma establezca la posibilidad de instar la reclamación con anterioridad al vencimiento del término, aunque de las circunstancias se deduzca claramente que no se cumplirá lo estipulado dentro del nuevo plazo, por lo que estimo que, a los efectos establecidos en la DA1ª LOE, será necesario esperar a que llegue el término prorrogado para poder reclamar las cantidades anticipadas.

⁴¹⁰ ALONSO SAURA, “El tiempo en la entrega de la vivienda...”, op. cit., págs. 60 y 61.

7.2. Rescisión

En cuanto a la posibilidad de optar por la “rescisión”, es necesario entrar a analizar, en primer lugar, si la acción prevista legalmente es la de rescisión, como expresa el precepto, o la de resolución.

Dogmáticamente y en una primera aproximación a la norma, no existe obstáculo legal para entender que la acción contemplada por el legislador es la Pauliana o rescisoria. El art. 1.290 del Código Civil establece que “*los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos en la Ley*”, siendo rescindibles, conforme al art. 1.291.5 CC “*cualesquiera otros en que especialmente lo determine la Ley*”. El problema surge por la subsidiariedad propia de la acción rescisoria, según dicción del art.1294 CC: “*la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio*”.

Parece que no ha sido la intención del legislador atribuir al comprador una acción subsidiaria, sino un remedio ágil y eficaz de restitución de las cantidades entregadas anticipadamente. Por ello, es procedente concluir que éste es uno de los supuestos en los que el legislador habla de “rescisión” sin el tecnicismo jurídico con el que se configura esta especial causa de ineficacia del negocio, sino en un sentido más amplio (de hecho, no es esta la primera vez que el legislador se pronuncia con tal impropiedad. También se aprecia esta falta de rigor, entre otros, en el art.1.556 CC, en el que el término “rescisión” tradicionalmente ha sido interpretado como resolución -STS de 18 de octubre de 1993, Roj: STS 17707/1993-).

Un análisis de las distintas Sentencias de las Audiencias Provinciales recaídas en esta materia, en las que reiteradamente se habla de “resolución”, nos lleva a concluir que el término empleado por el legislador de “rescisión” es manifiestamente impropio. La STS de 9 de abril de 2003 (Roj: STS 2494/2003) estableció que “*la norma no exige precisamente que la resolución tenga que ser necesariamente judicial, ni tampoco supedita la operatividad del aval a la misma, pues el artículo tres contiene la expresión de que el comprador podrá optar por la rescisión contractual, con lo que ésta no se presenta imperativa, es decir, que deberá de proceder en todo caso. Lo que ha de tenerse en cuenta es la concurrencia de incumplimiento acreditado, pues esta situación actúa*

como presupuesto que facilita la devolución de las cantidades anticipadas. En el caso presente, tal situación incumplidora ha quedado precisada a la no terminación de la vivienda vendida en construcción por haberse paralizado las obras sin causa justificada y por tanto se está ante un supuesto de construcción que no alcanzó buen fin, es decir el previsto y pactado en el contrato de adquisición”⁴¹¹.

Dejando al margen la cuestión terminológica, si se optara por la “rescisión” (o resolución) del contrato, el comprador podrá dirigirse contra el deudor principal (el promotor) exigiendo dicha devolución, en cuyo caso la acción será ejercitada mediante el correspondiente juicio declarativo ordinario, pudiendo demandar también, conjuntamente, al avalista o a la compañía aseguradora, en su caso, habiéndose suprimido en la reciente reforma la posibilidad de que el adquirente se dirigiera directamente contra el avalista solidario (o contra el asegurador), con la misma finalidad, ejecutando, en este último caso, el aval (apartado Cuatro de la DA1ª LOE que suprime, como se indica, el carácter ejecutivo que la Ley 57/68 otorgaba al contrato de seguro y al aval regulados en la misma).

Es de suma importancia poner de relieve que el ejercicio de la acción ex apartado Cuatro de la DA1ª LOE se basa en datos objetivos: por una parte, la entrega por el comprador de las cantidades anticipadas pactadas contractualmente; por otra, la expiración del plazo convenido de entrega de la vivienda sin que ésta se haya realizado por el promotor. Por tanto, no hay que estar a si, en efecto, existe o no incumplimiento, sino a la concurrencia de las circunstancias previstas en la Ley 57/1968. En este sentido, la SAP Alicante de 14 de enero de 2009 (Roj: SAP A 44/2009), en un supuesto de cantidades anticipadas en la construcción, establece lo siguiente: *“en conclusión, para estimar la acción de resolución de las compraventas no debemos estar al carácter grave del incumplimiento, ni a la frustración de las expectativas de los compradores ni al carácter esencial del término para la entrega de la vivienda, sino a los datos objetivos referidos, de un lado, al pago por parte de los compradores de todas las cantidades anticipadas pactadas en el contrato y, de otro lado, a la expiración del plazo convenido para la entrega de la vivienda sin haberlo realizado por parte de la promotora. Hasta tal punto se confiere al comprador el derecho a la resolución del contrato cuando concurren*

⁴¹¹ MÉRIDA ABRIL, “El contrato de compraventa de inmuebles...”, op. cit., págs. 45 y 46.

las circunstancias antedichas, que la Ley 57/1968 impone al promotor la obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas mediante aval o seguro”.

Refuerza esta idea la previsión del apartado Uno.1.a) DA1ª LOE (anterior art. 1.1º Ley 57/1968), que es de una claridad meridiana: *“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”.* Por esto mismo, difícilmente podrá estarse a la existencia de caso fortuito o fuerza mayor como justificación para la no entrega en plazo, interpretándose de forma restrictiva por la jurisprudencia la concurrencia de los requisitos del art. 1.105 CC⁴¹².

⁴¹² Establece la SAP de Sevilla de 29 de junio de 2004 (Roj: SAP SE 2716/2004) que *“no estamos de acuerdo que la huelga de trabajadores pueda conceptuarse como caso fortuito o fuerza mayor, pues es una circunstancia que debe estar previsto por las empresas constructoras dada la conflictividad laboral de los trabajadores, y como declara la Sentencia de 18 de abril de 2000 del Tribunal supremo, que la huelga de trabajadores no es caso fortuito, pues requiere además de la imprevisibilidad, la ausencia de culpa por parte del obligado contractualmente, pues indudablemente concurrió una culpa in eligendo o in vigilando por parte del constructor en escoger el personal para realizar la obra; ni fuerza mayor, que requiere de la existencia de un obstáculo o suceso que siendo extraño a la esfera negocial, sea irresistible o inevitable, existiendo la posibilidad de la contratación con otras personas para la realización del trabajo”.* Por su parte, la SAP de Barcelona de 17 de noviembre de 2005 (Roj: SAP B 10961/2005) dispone que *“la fuerza mayor contemplada en el art. 1105 C.c. para excluir la responsabilidad contractual, requiere para su apreciación “la existencia de un obstáculo que, siendo extraño a la esfera negocial del obligado o deudor, sea totalmente irresistible o inevitable”, circunstancias que no se dan cuando el retraso se debe a otros supuestos retrasos de los subcontratistas de la obra ya que ello supone una culpa in eligendo o in vigilando de la entidad contratista, ni el retraso en la concesión de licencia como circunstancia no ajena a la constructora y en modo alguno identificable con la fuerza mayor invocada, ni puede considerarse imprevisible el volumen de la obra que la recurrente debía conocer con antelación a la firma del contrato, como profesional del sector y promotora de la misma, teniendo la climatología sufrida el carácter de ordinaria, ni puede alegarse la especial complejidad del terreno, por lo que no pueden constituirse estas razones como justificativas de los retrasos”.* En esta misma línea se manifiesta la SAP de Madrid de 30 de marzo de 2006 (Roj: SAP M 10930/2006): *“los problemas que surgieron para la finalización de las obras de urbanización que corrían a cargo del Ayuntamiento, no pueden modificar la decisión de la sentencia de instancia, ya que no podemos aceptar que tales hechos tengan la consideración de un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor que puedan justificar el retraso que ha existido en la entrega de la vivienda, pues no se traten de hechos imprevisibles que pudieran abrir la puerta a tales figuras ya que están relacionados directamente con la construcción de las viviendas, y, por ello, debieron ser previstos por la constructora cuando contrató con los compradores la fecha de entrega de las mismas”.* Insiste en ello la SAP Madrid de 6 de abril de 2006 (Roj: SAP M 4483/2006): *“apreciado el retraso en la entrega de la vivienda, la valoración de las circunstancias en orden a su imprevisibilidad por la vendedora se sitúa en dos factores: demora de la contrata del Ayuntamiento encarga de ejecutar las obras del APE 19/010 y modificación de la pendiente de la Calle Asteroides para adaptarla a la entrada de los bomberos al edificio, integrantes, ambos, de un supuesto de fuerza mayor (artículo 1105), tesis que debe desestimarse ya que en todo caso y tratándose de una entidad experta en el sector inmobiliario, aquéllos factores de carácter técnico, propios del sector, son detectables y previsibles y, en consecuencia, evitables con los cálculos oportunos y repercusión en los plazos”.*

En este sentido, como ya se indicó, algunos tribunales habían considerado, cuando resultaba aplicable la Ley 57/1968, que se puede resolver siempre el contrato de compraventa por incumplimiento de los plazos de inicio de las obras o de entrega de la vivienda con la licencia de primera ocupación, pues dicha regulación consideraba expresamente (y sigue considerando la actual normativa, ya que el contenido del derogado art. 3 Ley 57/68 se reproduce en el actual apartado Cuatro de la DA1ª LOE), en beneficio de aquél, que tales plazos son términos esenciales y la entrega de la vivienda fuera del plazo es un incumplimiento resolutorio (frente a los supuestos de resolución contractual en contrato de compraventa “sobre plano” en que esta regulación no es aplicable, en los que los tribunales sí entran a valorar, como también se expuso, si estamos ante un término esencial, o ante un retraso de importancia suficiente como para constituir incumplimiento resolutorio).

A este respecto ya se pronunció, por ejemplo, la SAP Madrid de 16 de marzo de 2012 (Roj: SAP M 3969/2012), tesis que ha sido recientemente mantenida por el TS en su Sentencia de Pleno de 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015), que ha venido a establecer lo siguiente: *"lo anterior significa que el art. 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68, no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante"*. Criterio que, entiendo, es perfectamente extrapolable a la actual regulación, ya que coincide plenamente con la derogada Ley 57/68 en este aspecto. El Tribunal Supremo declara en la sentencia referida que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68 (actual apartado Cuatro de la DA1ª LOE), da lugar a la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la Sentencia del pleno de la Sala Primera de 5 de mayo de 2014 (Roj: STS 2038/2014), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por

el vendedor para el otorgamiento de escritura pública, por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada, aún después de la fecha estipulada para su entrega. Es decir, que no se estimará que concurre esta causa de resolución, aunque la vivienda se haya concluido fuera del plazo acordado, si el adquirente demanda al promotor-vendedor cuando éste ya lo había requerido para otorgar escritura, una vez concluida la vivienda.

En cuanto a lo que ha de entenderse por “*llegar a buen fin*” la construcción (apartado Uno.1.a) DA1ª LOE), hay que decir que el buen fin es el previsto y pactado en el contrato de adquisición, por lo que dicha expresión es equivalente al cumplimiento contractual del promotor, esto es, la puesta a disposición de la vivienda en la fecha pactada (STS de 9 de abril de 2003 - Roj: STS 2494/2003-). Para que se produzca la entrega de la vivienda, es imprescindible contar con el documento expedido por la Administración que acredite que aquélla cumple los requisitos mínimos de habitabilidad exigidos legalmente; hasta entonces, no se puede hablar de entrega a los efectos que nos ocupan. Dicho documento será la cédula de habitabilidad, salvo en aquellas Comunidades Autónomas donde baste la licencia de primera ocupación, al haberse suprimido la cédula de habitabilidad como documento necesario para reconocer la aptitud de un inmueble para ser destinado a vivienda⁴¹³. Es más, la dicción del apartado Cinco de la DA1ª LOE no deja dudas al respecto, cuando dispone que “*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*”⁴¹⁴. Esto es, sólo cuando se produzca la concesión de la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación (según la Comunidad

⁴¹³ En efecto, la SAP de Alicante de 14 de enero de 2009 (SAP A 44/2009) dispone: “*en tercer lugar, las viviendas fueron terminadas, según consta en el certificado de final de obra, el día 28 de mayo de 2007, pero las mismas no pudieron ser entregadas hasta tanto se otorgara la licencia municipal de primera ocupación, lo que tuvo lugar el 13 de julio de 2007 (documento número 4 de la contestación). La licencia municipal referida no es un requisito irrelevante sino que es un elemento accesorio de trascendental importancia para el cumplimiento efectivo de la obligación principal de entrega de las viviendas (artículo 1.097 del Código civil) pues sin la misma no pueden contratarse los imprescindibles suministros de energía eléctrica, agua, gas y telecomunicaciones...*”.

⁴¹⁴ También se refiere a la cédula de habitabilidad y licencia de primera ocupación el apartado Tres.a) DA1ª LOE, relativo a la información a que está obligado el promotor a facilitar en los contratos de adquisición de vivienda en los que se pacte la entrega de cantidades anticipadas.

Autónoma) puede el promotor cumplir su obligación de entrega y, por ende, puede considerarse cancelada la garantía por el avalista⁴¹⁵.

8.- Cancelación de la garantía

El apartado Cinco de la DA1ª de la LOE, que se basa en el texto del anterior art. 4 de la Ley 57/1968, indica que *“expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda”*.

De esta redacción se pueden extraer las siguientes conclusiones: la garantía se cancelaría, en todo caso, con la expedición de la cédula de habitabilidad o documento equivalente, siempre que el promotor acredite la entrega o, al menos, el intento de entrega de la vivienda al comprador. Da igual que el comprador acepte o no la entrega de la vivienda, toda vez que el promotor habría cumplido con su cometido y, por tanto, la garantía se extinguiría junto con la obligación, quedando la entidad liberada de posibles reclamaciones posteriores. No importa que el comprador no acepte la entrega, porque la existencia de una “falta de conformidad” respecto de la vivienda no es una contingencia cubierta por la garantía de cantidades anticipadas, que ya habría agotado su finalidad.

En cuanto a la posibilidad de que por el promotor y la entidad aseguradora o de crédito garante se estipulen plazos diferentes de cancelación que perjudiquen los derechos del adquirente asegurado o garantizado por aval, con la anterior regulación contenida en la Ley 57/68, que establecía en su art. 7 la irrenunciabilidad de los derechos contenidos en ella, estaba claro que dichos plazos diferentes a lo dispuesto en la norma no eran oponibles al comprador, precisamente por el carácter irrenunciable del derecho contenido

⁴¹⁵ DOMÍNGUEZ ROMERO, J. “Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *LA TOGA, Revista On Line del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, nº 174, Mayo/Julio 2009. <http://www.latoga.es/detallearticulo.asp?id=29060901210&nro=174&nom=Mayo+/+Julio+2009>, (última consulta, 31 de mayo de 2017).

en el anterior art. 4 Ley 57/68⁴¹⁶. Ahora bien, suprimida la referencia a la irrenunciabilidad de los derechos en la DA1ª LOE, si bien desde este trabajo se defiende, como se verá en el siguiente apartado, que el contenido de la actual DA1ª LOE sigue teniendo carácter irrenunciable, lo cierto es que estamos ante una cuestión controvertida y susceptible de discusión. Nuevamente, también a este respecto, parece contradecirse el legislador, que en la Exposición de Motivos de la Ley 20/15 asegura defender los intereses de los adquirentes, pero de hecho, suprime cláusulas que contribuían a asegurar dichos intereses.

En cualquier caso, las garantías de devolución de las cantidades anticipadas reguladas por la DA1ª LOE se establecen única y exclusivamente teniendo en cuenta los intereses del adquirente, que anticipa fondos durante la construcción de viviendas y, por tanto, dichos contratos de aval o seguro (por otra parte, de obligada contratación) se caracterizan por estar sujetos a ciertas limitaciones legalmente establecidas. Es por ello, precisamente, que los pactos que pudieran existir entre el promotor-vendedor y las entidades que prestan las garantías y que fueran contrarios a la regulación legal objeto de análisis, no deberían, en ningún caso, tener eficacia alguna frente a adquirente garantizado⁴¹⁷.

9.- ¿Irrenunciabilidad de los derechos?

Establecía el art. 7 de la derogada Ley 57/1968 que “*los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables*”. Así, el sistema de garantías que preveía era obligatorio en toda su extensión, lo que dejaba fuera de dudas y claramente establecidas las obligaciones del promotor-vendedor de garantizar, mediante aval o contrato de seguro, las cantidades aportadas por el comprador que anticipara el precio de la compraventa de viviendas en construcción, así como de ingresar la totalidad de las mismas en una cuenta especial. Estas obligaciones garantistas a favor de los adquirentes, en consecuencia, debían cumplirse por el promotor-transmitente, incluso a

⁴¹⁶ Así, la STS de 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015), en relación al plazo de vigencia del aval, en aplicación del art. 4 de la Ley 57/68, recordaba que sólo puede cancelarse una vez expedida la cédula de habitabilidad y acreditada la entrega de la vivienda, momento hasta el cual se prolonga imperativamente la vigencia de las garantías a favor del comprador, por lo que entendió contraria a derecho la disposición de una fecha de caducidad de la garantía que imposibilitara absolutamente su eficacia, como sería una fecha de vencimiento anterior a que pudiera hacerse efectiva.

⁴¹⁷ ESTRUCH ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades...* op. cit., págs. 205 y 206.

favor de aquellos compradores que no las hubieran solicitado, ni las exigieran, e incluso a favor de los que las hubieran rechazado.

Una de las novedades que llama la atención de la nueva regulación dada a esta materia en virtud de la Ley 20/15 es, precisamente, que no se menciona en el nuevo texto legal la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la DA1ª LOE, como antes sí recogía el referido art. 7 de la Ley 57/1968. Sin embargo, es posible entender que, pese a esta omisión, el carácter de irrenunciable de estos derechos persiste en la actual regulación, con base en los siguientes argumentos⁴¹⁸:

i) Por un lado, la propia finalidad de la ley, y es que no se cuestiona que estemos ante una norma de carácter protector. Queda claro que establece numerosas garantías a favor de la parte más débil del contrato de compraventa de vivienda “sobre plano”, aplicables en aquellos supuestos en los que el adquirente haga entregas de dinero anticipadas. Iría en contra de esta finalidad tuitiva que se le supone a la norma el hecho de que fuese válido el pacto contrario a lo dispuesto en la ley, si dicho pacto no pretende el amparo de la parte desfavorecida, sino todo lo contrario.

Si estamos hablando de una parte dominante y otra en posición de inferioridad, o incluso de condiciones predispuestas o impuestas por una parte y de otra que se adhiere a las mismas, la autonomía de la voluntad no actúa debidamente, ya que las partes no están en una posición equilibrada, y las razones para negar efectividad a lo dispuesto en contra del consumidor son evidentes. Estos pactos serían nulos de pleno derecho si suponen una renuncia a los derechos concedidos, más aún cuando nos encontramos ante cláusulas no negociadas individualmente.

ii) Por otro lado, los antecedentes legislativos, es decir, el propio art. 7 de la Ley 57/1968, que así lo recogía expresamente y en ningún momento se ha cuestionado su eliminación por razones de conveniencia. Persisten en la actualidad los mismos problemas y la misma necesidad de protección. De hecho, el paralelismo entre ambas normas (Ley 57/68 y DA1ª LOE) es evidente.

⁴¹⁸ CASADO CASADO, “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas...”, op. cit., pág. 10.

iii) También hay destacables argumentos normativos a favor de dicha irrenunciabilidad, como el de tener en consideración el Título Preliminar del Código Civil, concretamente su art. 6, apartados 2 y 3⁴¹⁹, que no permite la renuncia de derechos y establece la ineficacia de los actos contrarios a la norma imperativa, así como, muy especialmente, el art. 10 TRLGDCU 1/2007⁴²⁰, que indica específicamente la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario. Así, este silencio sobre el carácter irrenunciable de los derechos de los adquirentes, se puede salvar por el hecho de que a los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios se les atribuye legalmente un carácter imperativo. Las leyes de consumo reconocen, en efecto, derechos irrenunciables a los consumidores y usuarios, por lo que tal carácter irrenunciable es extensible a la DA1ª LOE, aunque esta norma no lo diga expresamente, ya que estamos ante una ley protectora de los adquirentes de vivienda como consumidores, y para entender que una norma es imperativa no es necesario que la misma lo establezca de modo expreso.

El adquirente de vivienda debe ser un consumidor. Esta es una cuestión pacífica. Se garantizarán, según la referida DA1ª, la devolución de las cantidades entregadas para la adquisición de *“toda clase de viviendas”* habitual, permanente, vacacional o de temporada, en régimen de comunidad o cooperativa. Y el detalle fundamental es que a la infracción de esta norma se le aplicará el régimen de sanciones e infracciones previsto en materia de consumo. Así, se establece expresamente en el apartado Siete de la DA1ª LOE que *“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”*.

En conclusión, si los adquirentes que ostentan los derechos reconocidos en la DA1ª LOE tienen la consideración de consumidores, y la vulneración de las garantías que

⁴¹⁹ “2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

⁴²⁰ “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”

regula por los obligados a prestarlas implica una infracción en materia de consumo, perfectamente podemos entender que el contenido de esta DA1ª se encuentra amparado por el citado art. 10 TRLGDCU y, en consecuencia, los derechos que establece a favor de los adquirentes de vivienda “sobre plano” que efectúan al promotor entrega de cantidades anticipadas son, sin duda, irrenunciables.

iv) Finalmente, podemos aducir también a favor de la irrenunciabilidad argumentos jurisprudenciales. Así, según hemos visto en epígrafes anteriores del presente capítulo, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que han declarado la nulidad de ciertos pactos o condiciones impuestas, o no han tenido en cuenta exigencias al comprador para la efectividad de la garantía, porque ello supondría indirectamente una renuncia de derechos reconocidos por ley⁴²¹. La mayor seguridad jurídica del adquirente frente al promotor, de hecho, viene dada por la doctrina que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha estado sentando desde septiembre de 2013, consagrando el derecho irrenunciable a favor de los adquirentes de la cobertura total de las garantías sobre las cantidades entregadas a cuenta desde el primer momento. El Tribunal Supremo ha conseguido, a través de diversas resoluciones, una gran definición y claridad en los derechos de los adquirentes de vivienda, manteniendo una postura especialmente proteccionista de los mismos, que no debería ser echada por tierra por el hecho de que la nueva regulación haya omitido la referencia al carácter renunciante de los derechos que la misma reconoce, máxime cuando dicha irrenunciabilidad puede deducirse de la relación directa de esta ley con la normativa reguladora de la defensa de los derechos de consumidores y usuarios.

⁴²¹ A título de ejemplo, podemos citar la STS de 13 de enero de 2015 (Roj: STS 275/2015), conforme a la cual “*declara esta Sala que el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor, como dijimos, siendo irrenunciable el derecho del comprador a que las cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas, por lo que no puede establecer la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor de acuerdo con la Ley 57/1968, dada la irrenunciabilidad mencionada, de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro*”, o la STS de 7 de mayo de 2014 (Roj: STS 2391/2014) que indica, respecto al importe de las sumas que debían ser garantizadas, que “*la ley establece un contenido normativo y obligatorio para los avales o seguros, en su caso, que garantizan las cantidades entregadas a cuenta, cuya cobertura no podrá ser inferior a las sumas entregadas por los compradores*”.

10.- Protección jurídico-penal

El actual Código Penal de 1995 ya derogó el art. 6 de la Ley 57/1968, de 27 de julio (Disposición derogatoria Única f.), que contenía un complemento disuasorio del incumplimiento, mediante la fijación de los perfiles de un tipo delictivo propio, respecto a las cantidades entregadas a cuenta del precio de compra de viviendas no construidas (que no fueran de protección oficial), para castigar la conducta del promotor-vendedor que no las devolvía, y que empleaba tales cantidades para otros fines que no fueran pagar las obras de construcción⁴²².

Dicho art. 6 Ley 57/1968 preveía una doble sanción, que actuaba como indudable elemento disuasorio para el promotor:

- i. Una sanción administrativa (art. 6.1), en caso de incumplimiento general de lo estipulado en la Ley 57/1968. Hay que tener en cuenta que la remisión que hacía a la legislación de Orden Público (derogada por LO 1/1992) debía entenderse hecha al Derecho Administrativo sancionador en materia de consumo o de vivienda⁴²³.
- ii. Una sanción penal (art. 6.2), para el supuesto específico de no devolución de las cantidades anticipadas, siendo calificable de apropiación indebida conforme al

⁴²² El texto original de dicho artículo 6º era el siguiente: “*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 primero de la presente Ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587.3 y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo.”

⁴²³ Si bien, el art. 6 fue derogado por disposición derogatoria única del Código Penal de 1995, la D.A. 1ª LOE sigue previendo la imposición de sanciones de naturaleza administrativa. Así, el apartado siete de la DA1ª LOE se remite, en primer lugar, al régimen sancionador general sobre protección de consumidores y usuarios, si bien para el caso de no constitución de garantía, se establece una sanción de hasta el 25% de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada (o la que corresponda según establezcan las CCAA). Se limita a establecer un máximo, pero no contiene una regulación detallada de las cuantías, ni de los criterios de graduación de la infracción; será, en todo caso, la Comunidad Autónoma la que determine si la normativa sancionadora aplicable es la de protección de consumidores o la específica de vivienda, por cuanto tiene competencia normativa plena. A todo ello se añade la imposición al promotor de las infracciones y sanciones que pudieran corresponder conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación. A esta cuestión se hace referencia en el siguiente epígrafe.

Código Penal vigente en aquel momento, que no era otro que el texto revisado de 1963, refundido en 1973, cuyo art. 535 recogía dicha figura.

10.1. Posible comisión de un delito de apropiación indebida

Tras la supresión del art. 6 de la Ley de 1968, y la entrada en vigor del Código Penal de 1995, partiendo de lo que establecía el art. 1 de la Ley 57/1968, actual apartado Uno de la DA1ª LOE, el supuesto de hecho que viene a configurar la conducta delictiva es el incumplimiento de la obligación de establecer un patrimonio separado y garantizado con las cantidades recibidas. Este es el contenido específico, con repercusión penal, de dicho precepto. Así, cometerá delito de apropiación indebida, establecido en el art. 253 CP, quien, habiendo recibido cantidades que, según la DA1ª LOE, había obligación de no confundir con el patrimonio propio y, sobre todo, de afectar a un destino específico o, por el contrario, devolver, se apropiare de tales cantidades o las distrajere de tal destino. Así lo viene entendiendo, por otra parte, el Tribunal Supremo, que ya se pronunció en este sentido en SSTs de 21 de marzo de 1992 (Roj: STS 2447/1992) y de 5 de abril de 1995 (Roj: STS 11763/1995). El efecto específico de la ley especial es que el dinero recibido, como dice la primera de estas sentencias, *"se transfiere al promotor, pero ope legis no puede entrar, como en los demás casos, en el patrimonio del vendedor de manera incondicionada, sino que ha de constituirse sobre él una garantía, vía legal, para impedir que a consecuencia de la disociación temporal entre el dinero que se entrega y la vivienda que se promete entregar, porque todavía no está construida, pueda el dinero desaparecer"*. Por ello se habla de depósito irregular o depósito *ad hoc*, o bien de patrimonio de afectación o de fin (STS de 8 de junio de 1992 -Roj: STS 4551/1992-), que no puede ser aplicado a otros usos y cuya apropiación se declara punible, al igual que la apropiación de cualquier otro depósito.

Así, la supresión del art. 6 de la ley de 1968 no significó la desaparición del medio legal de castigar la conducta delictiva del promotor-vendedor, siempre que pudiera calificarse como apropiación indebida, dentro de los perfiles vigentes de este delito, tipificado con carácter general en el Código Penal. En consecuencia, será actualmente de aplicación el art. 253 CP⁴²⁴, acomodando al tipo la conducta incumplidora del promotor-

⁴²⁴ La apropiación indebida pasó a estar regulada en el art. 253 CP en virtud de L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que reforma el Código Penal, en vigor desde el 1 de julio de 2015.

vendedor que deliberadamente confunda las cantidades entregadas por los adquirentes con su patrimonio propio, sin haber puesto los medios, ni contratado las garantías legales establecidas. Las medidas imprescindibles que estaría obligado a adoptar, para escapar a la pena, serían: la apertura de una cuenta especial en la que ingresar los anticipos a cuenta (separación patrimonial) y las garantías de terceros con solvencia cualificada sobre esas cantidades anticipadas (aval bancario o seguro de caución)⁴²⁵.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha considerado de modo pacífico⁴²⁶ que la distracción de las cantidades recibidas por promotores y constructores es constitutiva de apropiación indebida, incluso después de la derogación del tipo penal contenido en el viejo art. 6 de la Ley 57/68⁴²⁷. Entiende el Tribunal Supremo, en virtud de la citada regulación civil de la Ley 57/68, actual DA1ª LOE, que los anticipos pagados a cuenta adquieren un *status* especial: se reciben no (o no sólo) como precio, sino por un título específico establecido por la citada norma.

Ciertamente, aunque se trate de dinero cobrado a cuenta del precio, no es un elemento patrimonial del que libremente pueda disponer el vendedor, ya que, de hecho, existe una prohibición expresa de disponer de él salvo para “*atenciones derivadas de la construcción*”, establecida para la protección de las expectativas del comprador. Se trata, pues, de un elemento patrimonial adscrito finalmente a un determinado objetivo. Al constituir un patrimonio separado y diferente del propio del vendedor, si éste decide apropiarse de él o aplicarlo a fines distintos de la construcción, frustrando las expectativas de los compradores, estará distrayendo el importe de los adelantos y cometiendo sobre

⁴²⁵ En la mayoría de los casos, no obstante, no existirá (o no será demostrable) un dolo de defraudar en el momento inicial del cobro de los adelantos, sino sólo después. Desde el punto de vista objetivo, podemos encontrarnos ante supuestos en los que el sujeto activo, tras recibir las cantidades entregadas a cuenta del precio, ha tomado el dinero de los adelantos de la cuenta separada (o no llegó a depositarlos en ella), no ha contratado el seguro (o aval) a que obliga la DA1ª LOE (o no lo ha renovado cuando debía), o no ha devuelto los adelantos cobrados a cuenta del precio. La calificación de casos como éstos como un delito del art. 253 CP (apropiación indebida) es la respuesta más extendida a los supuestos en que el promotor es una empresa y alguno de sus administradores distrae las cantidades adelantadas, impidiendo su devolución.

⁴²⁶ SSTS de 16 de enero de 2006 (Roj: STS 61/2006) o de 18 de octubre de 2003 (Roj: STS 6408/2003), entre otras muchas.

⁴²⁷ STS de 27 de noviembre de 1998 (Roj: STS 7080/1998); también la STS de 20 de julio de 1998 (Roj: STS 4882/1998), que dispone que “*en muchos casos el campo de aplicación del art. 6 de la Ley 57/1968 coincidía con el que es propio de la norma penalizadora del delito de apropiación indebida, por lo que entonces la subsunción del hecho en una y otra norma venía a ser una innecesaria redundancia*”.

ellos una apropiación indebida⁴²⁸. Y es que hay que recordar, tal y como se ha expuesto con anterioridad, que el contrato de compraventa de vivienda “sobre plano” o en construcción tiene un carácter mixto, pues las partes no sólo venden y compran, respectivamente, una vivienda, sino que existe, además, una relación contractual adicional, en la medida en que el adquirente financia la construcción mediante la entrega de cantidades anticipadas, y el vendedor-promotor recibe esa financiación con la obligación de gestionarla de determinada manera, tal es utilizando esos fondos para cubrir los gastos de la edificación.

Esta es la tesis sostenida por el TS, que ha resuelto a favor de considerar irrelevante que las partes atribuyan a las cantidades entregadas anticipadamente el carácter de precio de la compraventa, pues realmente quien recibe el dinero no tiene libertad de disposición sobre el mismo, ya que está obligado a depositarlo en una cuenta bancaria con garantía de devolución para el caso de no llegar a buen fin la construcción de las viviendas, y solo está facultado para emplear dicho dinero con una única finalidad taxativamente determinada, cual es la construcción de esas viviendas, con lo que comete el delito de apropiación indebida si distrajese ese dinero o dispusiera de él, empleándolo en fines distintos. Además, el promotor tiene la obligación legal de garantizar la devolución de dichas cantidades, y la prohibición de emplearlas si no están garantizadas. Si las emplea, incumpliendo además su obligación de garantía, las está distrayendo, aun cuando las dedique a la construcción, pues la ley le obliga a ingresarlas en una cuenta especial, y le prohíbe disponer de ellas si no están garantizadas en la forma que imperativamente establece la normativa legal, y si no es para fines propios de la edificación de las viviendas objeto del contrato. En este sentido se pronuncia la reciente STS de 17 de junio de 2015 (Sala de Lo Penal) -Roj: STS 2591/2015-, con cita de otras⁴²⁹.

⁴²⁸ Un sector doctrinal se opuso, incluso desde antes de la derogación del tipo de la Ley 57/1968, a este argumento del “título especial”, considerando que con el adelanto, el dinero se transmite como mero precio de una compraventa, criticando las tesis del depósito y la comisión; por todos, MANJÓN-CABEZAS OLMEDA, A., *Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 75.

⁴²⁹ SEOANE DOMINGUEZ, C., “Apropiación indebida por el promotor de las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa de la vivienda proyectada”, *Penal Económico y Corporate Defense*, publicado el 10/07/2015, <http://blog.ccsabogados.com/?p=955>, (última consulta, 6 de junio de 2017).

10.2. Posible comisión de un delito de estafa

También será posible la comisión de otro tipo delictivo, si en la recepción de las cantidades a cuenta mediara engaño, ya que, en tal caso, incurriría el promotor en el delito de estafa del art. 248 CP, pudiendo encontrarnos también ante el del tipo agravado del art. 250 (por recaer sobre vivienda y, dependiendo de la cantidad del anticipo recibido, por especial gravedad de lo defraudado). En este sentido, la STS de 2 de octubre de 2007 (Roj: STS 6930/2007), dispone que: *“tampoco es admisible la impugnación basada en el principio de legalidad (lex stricta), toda vez que la aplicación del art. 248.1 CP ha sido efectuada dentro del ámbito que cubre el tenor literal de esa disposición. La Audiencia ha constatado un engaño y que éste ha producido un error del sujeto pasivo, que dispuso patrimonialmente de manera autolesiva. Estos cuatro elementos del delito están expresamente mencionados en el texto del art. 248.1 CP y cada uno de ellos ha sido entendido de forma no extensiva. La circunstancia de que el art. 6 de la ley 57/1968 haya considerado que el uso indebido del dinero ingresado debía dar lugar a una distracción de dinero en el sentido de la apropiación indebida (antiguo art. 535 CP 1973 - actual art. 252 CP), no excluía ni excluye la posibilidad de que en la celebración del contrato se haya cometido un delito de estafa, engañando al sujeto pasivo sobre condiciones esenciales de la contratación.”*

La estructura comisiva no presenta especificidades: se trata de una inducción a realizar una disposición patrimonial perjudicial para el engañado (en nuestro caso, el adquirente), con la falsa promesa de entregarle a cambio una vivienda, realizada con ánimo defraudatorio desde un inicio. El problema con el que nos encontramos es que la prueba del dolo, siempre difícil en la estafa, es aquí especialmente complicada. ¿Cómo demostrar que el promotor tenía ya desde un inicio intención de no entregar la vivienda, o conocimiento de la imposibilidad de entregarla?⁴³⁰. La cuestión probatoria es, normalmente, compleja, ya que pese a que el Tribunal Supremo ha señalado en numerosas

⁴³⁰ Si bien es cierto que, en ocasiones, la demostración del ánimo defraudatorio puede ser sencilla, por ejemplo, cuando se trata de la contratación a sabiendas de la imposibilidad de ejecución (tal sería el caso de contratar con conciencia de que se ha denegado la licencia de edificación), cuando concurre un engaño más elaborado (como la existencia de falsa documentación sobre la titularidad de las fincas u otros documentos de los exigidos por el RD 515/1989), o cuando se revela que en ningún momento hubo voluntad de iniciar la construcción (por ejemplo, si ni siquiera se llega a adquirir el material o las fincas -SAP Pontevedra de 26 de junio de 2000 -Roj: SAP PO 2042/2000-), lo cierto es que estos supuestos no son los más comunes.

ocasiones que en la estafa “*el dolo penal consiste en el propósito de no cumplir o de tan sólo iniciar su cumplimiento para desembocar en un definitivo incumplimiento*” (por todas, STS de 11 de diciembre de 2000 -Roj: STS 9059/2000-), con frecuencia la defensa aducirá que el inicio de las obras es prueba de que desde el principio se pretendía cumplir con lo prometido, pero que por problemas sobrevenidos resultó imposible.

A causa de esa dificultad probatoria, la posición más extendida en la jurisprudencia es la de admisibilidad de la estafa con dolo eventual. Éste supone que alguien induzca a otro a realizar un acto de disposición, a sabiendas de que hay un alto riesgo jurídicamente desaprobado de incumplir las obligaciones que asume. En tal caso, se estaría cometiendo un delito de estafa, pese a que no se tenga dolo directo de defraudar⁴³¹. Ahora bien, es cierto que en el ámbito comercial existe siempre un riesgo de incumplimiento, y que, evidentemente, no toda contratación con conciencia de ese riesgo de incumplimiento determina un dolo de estafar. Se abre aquí una zona gris en la que no es fácil establecer reglas generales sobre la delimitación entre la estafa con dolo eventual y la mera imprudencia atípica. Sin embargo, en el especial tipo de contrato que nos ocupa, la regulación legal de los deberes del promotor o constructor (en especial, la obligación de asegurar o avalar) puede dar claves interpretativas para considerar si estamos en uno u otro caso.

Así, si el promotor ha asegurado o avalado la devolución de las cantidades, incrementadas con el interés legal del dinero, según ordena la DA1ª LOE, ello demuestra suficientemente que no ha existido dolo de defraudar a los consumidores. Si por el contrario no ha asegurado ni avalado dichas cantidades, ¿cómo evaluar la conducta de quien cobró los anticipos, cuando finalmente la promoción fracasa y los compradores no pueden recuperarlos? Es sumamente compleja la prueba de si había o no un dolo inicial de defraudar. En abstracto, la omisión del seguro puede explicarse plausiblemente como un ahorro de gastos y no como un indicativo de que el sujeto pretendiese perjudicar a los consumidores; sin embargo, en conjunción con otros indicios (por ejemplo, no se inició la construcción, no se contactó con proveedores, etc.), esta omisión puede cobrar una

⁴³¹ Estos serían los casos, más frecuentes, de huida hacia delante, en los que el promotor, tras generar un agujero económico en la empresa, intenta refinanciarlo con las aportaciones de nuevos compradores (a los que engaña respecto del verdadero destino de su aportación). En estos supuestos, debe hablarse de dolo eventual de estafa, en la medida en que el sujeto no tenía más plan que retrasar el hundimiento financiero, por si acaso pudiese surgir por el camino una posibilidad de salvación económica.

relevancia probatoria fundamental. Por el contrario, si un suceso posterior a los cobros se revela capaz de explicar el incumplimiento, ello podría probar la ausencia del llamado *dolus antecedens*, lo que excluiría la calificación como estafa.

Además, en este tipo de casos se plantean diversas cuestiones, algunas materiales y otras probatorias. La primera es si cabe concebir el retraso en la entrega como “perjuicio patrimonial” a los efectos de la estafa, cuando éste se produce dolosamente. Sin duda, a partir de un determinado grado, el daño que puede tener que afrontar el comprador de vivienda puede ser relevante a estos efectos⁴³². Por otra parte, un nuevo problema de delimitación surge en la distinción entre la estafa por retrasos premeditados y la estafa (mucho más grave) que determina la total frustración del negocio (el adquirente pierde las cantidades a cuenta y no recibe la vivienda). La cuestión, a efectos prácticos, sería ¿a partir de qué grado de retraso puede ser razonable sospechar que el promotor ha actuado con dolo de no entregar la vivienda? ¿Cuándo interponer una querrela con suficiente fundamento?⁴³³

La situación se complica cuando, bajo la presión de una querrela ya presentada, el promotor devuelve a los querellantes algunas cantidades, promete entregas a los afectados, etc. Y es que con frecuencia el promotor defraudador, atrapado en una huida hacia delante y acosado por demandas y querellas, gestionará riesgos judiciales y procederá a entregar viviendas o devolver cantidades precisamente a quienes se han querrellado, pues son quienes ejercen una mayor presión. Ello determina un curioso efecto

⁴³² Es evidente que no cualquier retraso doloso con respecto a la fecha de entrega es un delito de estafa (ni siquiera si se sabía con certeza desde un inicio que no se iba a entregar a tiempo la vivienda, y que ello probablemente pondría en dificultades a los compradores). Sin embargo, inducir a contratar a sabiendas de que se incumplirán plazos puede constituir una estafa, si el plazo fuera un elemento esencial del negocio y dicho incumplimiento supusiera una frustración relevante de su finalidad económica (por ejemplo: el promotor vende sobre plano a quienes quieren adquirir una vivienda para propio uso, a sabiendas de que hay circunstancias objetivas que le impedirán entregar la vivienda hasta, por ejemplo, siete años después de lo afirmado). Pero si el promotor vende sobre plano, a sabiendas de que habrá con certeza retrasos menores en la entrega, no hablaremos de estafa sino de meros incumplimientos contractuales. La cuestión es: ¿dónde hallar el límite entre el mero incumplimiento premeditado y la estafa? No es posible dar una respuesta concreta: dependerá de multitud de circunstancias pero, sobre todo, de cuándo quepa hablar de una frustración relevante (incluso exageradamente relevante: no olvidemos el carácter de *ultima ratio* que ostenta el Derecho Penal) de la finalidad económica del negocio.

⁴³³ La cuestión no es baladí, ya que a partir del momento en el que el juez considere que la estafa inmobiliaria ya está consumada, cualquier conducta de entrega de la vivienda o devolución de las cantidades ya no podrá ser considerada ni cumplimiento de la obligación, ni siquiera un desistimiento, sino a lo sumo una mera reparación del daño *ex delicto* con mero efecto atenuante (en este sentido la STS de 29 de abril de 2008 -Roj: STS 1582/2008-).

perverso: en los casos que llegan al juez penal es habitual que no haya perjuicio final (pues el miedo a la condena estimulará el cumplimiento), mientras quienes pretendan resolver la cuestión únicamente por las vías que ofrece el Derecho privado, con frecuencia soportarán mayores perjuicios patrimoniales⁴³⁴.

11.- Protección jurídico-administrativa

Respecto a las infracciones y sanciones previstas en legalmente, su objetivo es disuadir el incumplimiento mediante aplicación de sanciones pecuniarias al promotor-vendedor que no cumpla las reglas del sistema complementario de seguridad de la DA1^a LOE (antes, Ley 57/1968) y las normas especiales ligadas a la misma, y se regulan ahora de un modo más amplio que el anterior previsto en el art. 6 de la Ley 57/68, ya que no sólo cabe infracción conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación, sino que también constituirá una infracción de consumo.

Así, dispone el actual apartado Siete de la DA1^a LOE, primer párrafo, que *“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”*. Esta es la principal novedad de la reforma introducida por la Ley 20/15 en materia de sanciones administrativas: la consideración de la vulneración de la norma como una infracción de consumo, que supone una remisión directa a los arts. 49 a 52 TRLGDCU⁴³⁵. En cuanto a la referencia expresa a la DGSFP⁴³⁶, puede decirse que se ven las

⁴³⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Fraudes de anticipos: estafa inmobiliaria y apropiación indebida”, *La Ley Penal*, n° 59, Sección Estudios, abril 2009, págs. 17 y ss.

⁴³⁵ Establece el art. 50.1 TRLGDCU que *“las infracciones podrán calificarse por las Administraciones Públicas competentes como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia”*, si bien, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 28 de enero de 2014, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6926-2013, en relación con dicho art. 50.1, por posible vulneración del art. 25.1 de la Constitución («B.O.E» 4 febrero). Las sanciones a imponer se encuentran reguladas en los art. 51 y 52 TRLGDCU.

⁴³⁶ La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones es un órgano administrativo que depende de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad conforme al Real Decreto 672/2014, de 1 de agosto. Corresponden a la DGSFP, entre otras,

aseguradoras afectadas por un agravio comparativo respecto de las entidades financieras, puesto que nada se dice sobre las posibles competencias atribuidas al Banco de España.

Respecto a este apartado, conviene tener en cuenta, como advierte CARRASCO PERERA⁴³⁷, que si bien las sanciones administrativas previstas con anterioridad a la reforma se imponían sólo al promotor que no hubiera concertado la garantía debida, ahora, y sin matices, el incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta disposición constituye infracción de consumo -sin que se concrete dicho incumplimiento en la figura del promotor-. Ello implica que no es el promotor el único que puede incumplir esta norma. También, por ejemplo, la entidad financiera que no vigila la constitución de la garantía o el destino de fondos en la cuenta especial, y la propia aseguradora o el avalista que no cumplan las obligaciones (incluso las de pago) que le impone la norma.

Por su parte, el párrafo 2º del apartado Siete de la DA1ª LOE establece que *“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”*. Así pues, en vía administrativa, la represión económica de estas conductas ilegales es competencia de cada Comunidad Autónoma en el ámbito de su territorio, según se desprende del propio precepto, que se limita a establecer un tope máximo a que deben ascender las multas por incumplimiento (por cada infracción, fija el tope en el 25 % de las cantidades que, debiendo estarlo, no se encontraban aseguradas), si bien, esta disposición carece de sentido, toda vez que el Estado no tiene competencia para tipificar infracciones específicas en materia de ordenación de la edificación. Por tanto, o existe norma autonómica, o en caso contrario

las siguientes funciones: la supervisión por inspección de las operaciones y de la actividad ejercida por las personas y entidades que actúen en el mercado de seguros y reaseguros, de la mediación de seguros y reaseguros privados y de los planes y fondos de pensiones y de las entidades gestoras de los mismos. Comprenderá la revisión contable, la revisión de la valoración de activos y pasivos, la revisión del cumplimiento normativo general y la revisión y evaluación de los riesgos y de la solvencia; o la supervisión de las conductas y prácticas de mercado de las personas y entidades aseguradoras y reaseguradoras, mediadores de seguros y reaseguros privados, que operen en el mercado de seguros (<http://www.dgsfp.mineco.es/direcciongeneral/ladgsfp.asp>, última consulta, 6 de junio de 2017).

Por otra parte, parece que la competencia sancionadora que pueda corresponder a la DGSFP, conforme a la Ley 20/2015 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), es de aplicación preferente y excluyente respecto de la normativa propia de las comunidades autónomas, a la que se remite el precepto.

⁴³⁷ CARRASCO PERERA, “Sobre una propuesta...”, op. cit.

no se puede imponer una sanción de hasta el 25 % señalado. Y si existe norma autonómica, la cuantía de la sanción será la que se especifique en ésta, no la estatal, que no es en ningún caso norma sectorial⁴³⁸.

En este frente defensivo es en donde radican la mayor parte de las especialidades legales de las comunidades autónomas. A este respecto, por ejemplo, en Andalucía, en la transmisión de todo tipo de viviendas (libres y VPO), el apartado letra j) del art. 6 del Decreto 218/2005, de 11 de octubre, de la Consejería de Gobernación (Reglamento de Información al Consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía), establece la obligación de entregar un pliego de información al adquirente (denominado “documento informativo abreviado en la venta de viviendas en proyecto o en construcción”), en el cual *“cuando se prevea la entrega de cantidades a cuenta, se mencionará expresamente que las cantidades anticipadas se garantizarán conforme a ley, el nombre de la entidad garante, su domicilio y el Código Cuenta Cliente correspondiente a la cuenta especial y exclusiva donde se ingresarán dichas cantidades”*. En caso de incumplimiento de esos deberes de información (que implica la preexistencia de la contratación), el Reglamento prevé (art. 15) la remisión a un régimen sancionador, conforme a lo dispuesto en el Capítulo IV del Título II de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre.

Finalmente, dispone el párrafo tercero del apartado Siete de la DA1ª LOE que *“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”*.

Por tanto, la norma reformada establece ahora que la infracción al régimen legal constituya infracción propia de la normativa de consumo, pero también estará cubierta por la normativa en materia de ordenación de la edificación. Ambos sectores, sin perjuicio

⁴³⁸ CARRASCO PERERA, A. y ALMARCHA JAIME, A., “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)”, *Análisis GA&P*, abril 2016, <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-nuevo-regimen-de-cantidades-adelantadas-en-la-compraventa-de-viviendas-tras-la-ley-20-2015-de-14-de-julio-de-ordenacion-supervision-y-solvencia-de-las-entidades-aseguradoras-y-reaseguradoras-lossear.pdf>, págs. 7 y 8 (última consulta, 6 de junio de 2017).

de lo dispuesto en el TRLGDCU, corresponden a la competencia de las CCAA. Se plantean complejos problemas de concurso ideal de infracciones y de los límites del *bis in idem*, en los que no podemos detenernos ahora. Claro está que la tipificación de cada conducta infractora corresponderá, en cualquier caso, a las CCAA⁴³⁹.

IV.- EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROMOTORA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA

El art. 3 de la derogada Ley 57/1968 recogía un derecho a elegir entre la rescisión (*rectius*, resolución) del contrato, con la devolución de las cantidades entregadas, o la concesión de prórroga ante el incumplimiento del promotor (un incumplimiento relacionado con la no iniciación de las obras o la no entrega de la vivienda en la fecha estipulada). La reforma llevada a cabo en virtud de la Ley 20/2015 deja intacto este derecho a elegir entre la “rescisión” o la prórroga, como ya hemos examinado, pero suprime por completo la referencia al carácter ejecutivo de la garantía. Así, el nuevo apartado Cuatro de la DA1ª LOE mantiene el anterior párrafo primero del art. 3 de la Ley 57/1968, pero elimina los párrafos segundo y tercero, referentes a la ejecución de la garantía y “*los demás derechos que puedan corresponder al cesionario conforme a la legislación vigente*”.

El nuevo apartado Cuatro de la DA1ª LOE, en consecuencia, queda únicamente como advertencia del derecho del adquirente a la rescisión (resolución) contractual o la prórroga, esto es, regula la relación jurídica que une al adquirente con el promotor-vendedor, sin referencia a la relación con el garante. Ésta última aparece contenida, como también vimos, en los apartados Dos.1 y Dos.2 de la nueva DA1ª LOE, en los que se detallan los requisitos de las garantías (seguro de caución o aval). Así, en sus apartados h) y b), respectivamente, determina el nuevo texto legal que si no se inician las obras, o si la construcción no llega a buen fin, pueden ser exigidas las referidas garantías, siempre que se haya requerido previamente de pago al promotor y éste último, en el plazo de treinta días, no haya procedido a su devolución⁴⁴⁰.

⁴³⁹ CARRASCO PERERA y ALMARCHA JAIME, “El nuevo régimen de cantidades adelantadas...”, op. cit., pág. 7.

⁴⁴⁰ La Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, artículo Cuarto apartado f), establecía igualmente, con respecto a la anterior regulación, la

Debemos por ello, conforme a la regulación actual, dividir en dos partes el antiguo art. 3 de la Ley 57/1968, tratando por separado, de un lado, la posible resolución (rescisión) contractual y de otro, la ejecución de la garantía, distinguiendo ambas cuestiones, ya que son operativas desde dos vínculos jurídicos diferenciados⁴⁴¹.

1.- La resolución del contrato a instancia del adquirente conforme a la DA1ª LOE: la falta de inicio de las obras o la falta de entrega de la vivienda en el plazo establecido

El apartado Cuatro de la DA1ª LOE dispone: *“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 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”*. Por lo tanto, el comprador podrá optar por resolver legalmente el contrato de compraventa cuando: **a)** haya transcurrido el plazo previsto de iniciación de las obras y éstas no hubieran comenzado; y **b)** cuando hubiera transcurrido el plazo para entregar las viviendas y éstas no se hubieran entregado a los compradores. Así, si bien a mi entender la regulación actual es más imprecisa, dado que el derogado art. 3 Ley 57/68 hacía referencia al plazo señalado en el contrato (*“expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar”*), en cualquier caso, debe considerarse que el *“no hubiera llegado a iniciarse”* o *“no hubiera sido entregada”* están necesariamente referidos a los plazos estipulados por las partes a estos efectos -así se desprende de otros apartados de la propia DA1ª LOE-, aunque sin duda, podía haber sido el legislador, nuevamente, más preciso o al menos mantener la anterior redacción, que parece más correcta.

Además, dado que el apartado Tres.a) DA1ª LOE señala 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*

necesidad de requerimiento previo notarial -o de otra manera indubitada- al contratante, para que entrara en juego la garantía.

⁴⁴¹ CASADO CASADO, “Percepción de cantidades a cuenta...”, op. cit., págs. 10 y 11.

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”, y el apartado Cinco de la DA1ª LOE establece que únicamente podrán cancelarse las garantías una vez “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”, y teniendo en cuenta que la DA1ª LOE debe interpretarse de manera integradora y sistemática, la “entrega de la vivienda” a la que se refiere el apartado Cuatro deberá entenderse como entrega física de la vivienda, junto con la autorización administrativa (cédula de habitabilidad, licencia de ocupación o documento equivalente) que permita legalmente la utilización por el comprador de dicha vivienda.

En consecuencia, también en el supuesto de que el promotor pretendiera la entrega de la vivienda pero sin la cédula de habitabilidad o licencia de ocupación, porque no se hubiera obtenido en plazo, el comprador podrá ejercitar el derecho de resolución del contrato de compraventa, reclamando, además de cuantos daños y perjuicios procedan, la devolución de las cantidades entregadas, así como los impuestos aplicables, incrementadas dichas cantidades con la aplicación del interés legal del dinero desde que se entregaron hasta que efectivamente sean devueltas.

Conforme a lo anterior, antes la Ley 57/1968 y actualmente la DA1ª LOE han configurado (legal e imperativamente para el promotor) el momento de inicio de las obras y la fecha de entrega de las viviendas con la correspondiente autorización administrativa para su utilización como un término esencial⁴⁴², cuyo incumplimiento autoriza al

⁴⁴² Esta postura ya fue mantenida por ESTRUCH ESTRUCH, antes de que tuviera lugar el cambio de doctrina del TS. Así, según el referido autor, en los casos en que fuera de aplicación la Ley 57/1968 -actual DA1ª LOE- porque nos encontremos en presencia de un consumidor adquirente de vivienda que ha entregado cantidades anticipadas durante la construcción de la misma, este consumidor podría resolver el contrato por incumplimiento de los plazos de inicio de las obras o de entrega de las viviendas con las autorizaciones administrativas pertinentes, ya que legalmente se ha considerado, en beneficio del adquirente, que dichos plazos constituyen términos esenciales y, por lo tanto, aunque la entrega de la vivienda una vez transcurridos los mismos pudiera hipotéticamente continuar satisfaciendo los intereses del comprador, dicha circunstancia no le impedirá (si es que así lo prefiere) instar la resolución del contrato, ni facultará al promotor-vendedor para oponerse a dicha resolución manifestando que el retraso es de poca importancia, o que la entrega de la vivienda, incluso con retraso, satisfará los intereses del comprador, ESTRUCH ESTRUCH, “Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución

comprador a instar la resolución del contrato. Esta es, de hecho, como ya hemos referido en alguna ocasión a lo largo del presente trabajo, la postura mantenida por la doctrina más reciente de nuestro Tribunal Supremo, siendo especialmente relevante al efecto la STS de 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015).

Así, por lo que se refiere al plazo de entrega de las viviendas y su carácter esencial, o no, la citada STS de 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015) planteó la necesidad de que el Alto Tribunal se pronunciase expresamente sobre si la rescisión a que se refería el art. 3 de la Ley 57/68 -actual apartado Cuatro de la DA1ª LOE- se aproximaba a la resolución contractual por incumplimiento regulada en el art. 1124 del CC o, por el contrario, estaríamos ante un régimen especial para las compraventas de viviendas comprendidas dentro de su ámbito de regulación, que permitiría al comprador resolver el contrato por retraso en la entrega, aun cuando dicho retraso no fuera especialmente intenso o relevante.

El TS realizó una nueva interpretación del art. 3 de la Ley 57/68, superando la opinión sentada en su momento por la STS de 9 de junio de 1986 (Roj: STS 3159/1986)⁴⁴³, y declaró que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica la resolución del contrato a instancia del adquirente, siempre que dicho derecho a resolver se ejercitara por éste antes de ser requerido por el promotor-vendedor para el otorgamiento de la escritura pública, por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada, aun después de la fecha estipulada para su entrega. Asimismo, determina el TS que este régimen constituye, dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad respecto del general establecido en el art. 1124 CC⁴⁴⁴.

del contrato”, *El Consultor Inmobiliario*, N° 104, *Sección Doctrina*, septiembre 2009, págs. 4 y 5 de la versión digital del artículo.

⁴⁴³ Sostenía en dicha resolución el TS (a la que ya nos referimos en el capítulo segundo, con ocasión del análisis de la obligación de entrega del vendedor) que la fecha de entrega de una vivienda no constituye, en principio, un término esencial cuyo incumplimiento faculte al comprador para resolver el contrato (puesto que, aún en el supuesto de que la vivienda se entregue con retraso, dicha entrega puede continuar satisfaciendo el interés del comprador), y, por lo tanto, únicamente cuando de las circunstancias previstas en el contrato de compraventa pudiera considerarse que las partes tuvieron en cuenta la fecha de entrega como determinante para el establecimiento de sus obligaciones, podría ser considerada dicha fecha de entrega como término esencial, cuyo incumplimiento facultaría al comprador para resolver el contrato.

⁴⁴⁴ A dicho régimen general del art. 1124 CC ya tuve ocasión de referirme en el capítulo segundo del presente trabajo, y vimos que, respecto del mismo, considera la doctrina jurisprudencial que el retraso de

El régimen especial del apartado Cuatro DA1^a LOE (antes, art. 3 Ley 57/68), es decir, considerar el retraso como causa bastante para la resolución del contrato por incumplimiento, a instancia del comprador, siempre que no se aprecie mala fe o abuso de su derecho, se fundamenta en los siguientes argumentos: **i)** el carácter irrenunciable de los derechos concedidos al comprador, que antes de la reforma reconocía el art. 7 de la Ley 57/68 y que, como vimos, en la nueva regulación introducida en la Ley 38/99 por la Ley 20/2015 desaparece su referencia expresa, aunque considero que esto no afecta a la irrenunciabilidad de los mismos; **ii)** el equilibrio contractual, compensándose la concesión al vendedor de la facultad de resolver el contrato por un solo impago por parte del comprador (art. 1504 CC), con la concesión al adquirente del derecho a resolverlo por retraso en la terminación y entrega de la vivienda; **iii)** el riesgo de insolvencia del promotor-vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso el tiempo, reduciendo las expectativas del comprador como acreedor en un eventual concurso del promotor; **iv)** los obstáculos que, por el transcurso del tiempo desde de la fecha de la entrega, pueden ocasionarse al adquirente que pretenda dirigirse contra el avalista o asegurador⁴⁴⁵.

Sin embargo, aunque esta sea la postura actual del TS a este respecto, y la que sigue con carácter general, se han denegado en ocasiones pretensiones resolutorias a adquirentes de viviendas por retraso en la entrega cuando, según las circunstancias del

una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte.

⁴⁴⁵ En similares términos se pronuncia también la STS de 10 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3723/2015). En este caso, la parte promotora demandó al comprador, exigiendo el cumplimiento, y el comprador reconvino pidiendo la resolución, alegando el incumplimiento por un retraso en la entrega de la vivienda de seis meses. Citando las SSTS de 30 de abril de 2015 (Roj: STS 1708/2015) ó 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015), afirma el TS que el art. 3 de la Ley 57/68 introducía una especialidad en la jurisprudencia interpretativa del más general art. 1124 CC, de modo que el retraso en la entrega de la vivienda respecto de lo pactado en el contrato, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que sí faculta al comprador para resolver el contrato (rescindir), pero con la condición, eso sí, de que *“el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada, y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega”*.

Además, puntualizó que dicha doctrina *“no excluye que la “rescisión” (o resolución) del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador, pues de no hacerlo así, esto es, si interesa la resolución después de haber sido requerido por el vendedor, cabe apreciar mala fe y denegar su pretensión resolutoria. El comprador no adujo la existencia de un retraso de la vendedora durante el período comprendido entre marzo y septiembre de 2009, incluso el posterior al mismo, y fue tras la demanda para el cumplimiento de la promotora cuando la compradora hizo alusión a dicho retraso como causa resolutoria.*

caso, resulte patente que en realidad encubren incumplimientos oportunistas de los propios compradores, carentes de un interés jurídicamente protegible⁴⁴⁶. Así, en la STS de 30 de abril de 2015 (Roj: STS 1930/2015).

Analizada la posición del TS y siendo, como hemos visto, muy similares las redacciones de la Ley 57/1968 y la nueva DA1ª LOE, no parece que el Tribunal tenga que modificar su postura garantista a favor de los compradores, ya que entiendo que la doctrina jurisprudencial fijada sería plenamente aplicable a las nuevas compraventas que se firmen con posterioridad al 1 de enero de 2016, momento en el que entró en vigor de la nueva redacción de la DA1ª LOE.

Este derecho de resolución del comprador protegido por la DA1ª LOE (y antes por la Ley 57/1968) no depende de que el promotor-vendedor haya cumplido sus obligaciones legales de apertura de cuenta especial y garantía de las cantidades entregadas anticipadamente por el comprador. Es decir, aunque el promotor-vendedor hubiera abierto la cuenta especial o hubiera concertado el correspondiente contrato de seguro de caución o aval bancario solidario para garantizar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente, el comprador podría instar la resolución del contrato ante la falta de inicio de las obras o de entrega de la vivienda dentro del plazo previsto contractualmente.

Si dichas garantías se hubieran otorgado, el comprador tendrá, además, la posibilidad de reclamar directamente de la compañía aseguradora o de la entidad financiera avalista la devolución de dichas cantidades a través el procedimiento declarativo correspondiente, como veremos, pues éstas habrán asumido dicha obligación de devolución, de modo solidario con el promotor-vendedor tomador del seguro o avalado. En este caso, la reclamación ante la compañía aseguradora o entidad avalista solicitando la devolución de las cantidades entregadas, más los intereses legales correspondientes, supondrá necesariamente que se ha optado por la resolución del contrato de compraventa, pues el comprador sólo tendrá derecho a reclamar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente en tal caso.

⁴⁴⁶ CORREDOR SIERRA, B. “La protección de los compradores...”, op. cit., págs. 48 y 49.

Como hemos visto, el apartado Cuatro de la DA1ª LOE contempla dos supuestos en los que el comprador que entregó cantidades anticipadas podrá instar la resolución del contrato de compraventa: el primer supuesto es la no iniciación de las obras dentro del plazo previsto en el contrato, y el segundo la falta de entrega de la vivienda comprada con las pertinentes autorizaciones administrativas para utilizarla, dentro del plazo establecido contractualmente.

Siendo la causa de resolución legal del contrato el no inicio de las obras dentro del plazo previsto en el contrato, surge la duda de cuándo entender que ha empezado la obra. Doctrinalmente, se ha interpretado que puede considerarse comenzada la construcción de un edificio desde que se realiza el correspondiente proyecto arquitectónico básico por técnico competente y se obtiene la pertinente licencia de obra⁴⁴⁷.

No obstante esta doctrina, defiende ESTRUCH ESTRUCH⁴⁴⁸ que la obtención de las correspondientes licencias para la construcción y la previa redacción del proyecto arquitectónico básico no son suficientes para entender que se ha iniciado la construcción de la vivienda, a los efectos de lo dispuesto anteriormente en el art. 3 de la Ley 57/1968, y que es extrapolable al actual apartado Cuatro de la DA1ª LOE. A juicio de este autor, criterio que comparto, las obras deberían considerarse iniciadas cuando se produzca el acta de replanteo o de comienzo⁴⁴⁹, también llamada de tira de cuerdas, que tiene por

⁴⁴⁷ Esta precisión se lleva a cabo para resolver otro problema jurídico, en concreto, para establecer el sentido de la expresión “*edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada*” que aparece en el art. 8.4 LH, a los efectos de establecer la posibilidad de someter a un edificio al régimen de propiedad horizontal. Así, a estos efectos, CARRASCO, CORDERO Y GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 791, entienden que existe un comienzo “técnico” de la edificación que aparece definido por la aprobación del proyecto correspondiente (y será ese momento el que marque la posibilidad de inscribir el régimen jurídico de propiedad horizontal del edificio en construcción).

⁴⁴⁸ ESTRUCH ESTRUCH, “Compraventa de viviendas en construcción...”, op. cit., pág. 6.

⁴⁴⁹ Fundamenta su postura, en primer lugar, en que no tendría sentido entender iniciadas las obras de la vivienda con la obtención de la licencia administrativa de obras y el proyecto arquitectónico, porque algunas legislaciones autonómicas exigen, para poder proceder a la venta de las viviendas, que el promotor haya obtenido las licencias administrativas precisas para iniciar la construcción del edificio e, incluso, que se haya otorgado previamente el título constitutivo de la propiedad horizontal (en este sentido, puede verse el art. 14 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana). Por lo tanto, si se entendiera que el momento de inicio de las obras es el de la obtención de las licencias administrativas para la construcción del edificio, resultaría que desde el instante mismo del contrato privado de compraventa ya se habría iniciado la construcción del edificio. En segundo lugar, considera que por la finalidad pretendida por la Ley 57/1968 -actual DA1ª LOE-, es más consecuente con la expresión “*iniciación de las obras*” alguna actividad propia de la construcción en sentido material y no meramente administrativa, como puede ser la solicitud de licencia de obras o la redacción de un proyecto arquitectónico.

función comprobar sobre la realidad física del solar la adecuación del proyecto arquitectónico redactado para la construcción del concreto edificio⁴⁵⁰.

Este acta de comienzo o replanteo es la primera actividad que tiene por objeto directo la construcción del específico edificio en el que se integra la vivienda vendida por el promotor al comprador. Por ello, aunque previamente existan actuaciones constructivas de derribo o de movimiento de tierras, entiendo que dichas actuaciones no podrán considerarse como inicio de la construcción del concreto edificio, ni de la concreta vivienda, pues no tienen por qué estar vinculadas a un determinado proyecto arquitectónico, ni a la construcción, por tanto, de un edificio específico, a diferencia del acta de replanteo.

Por otra parte, establecer la fecha del acta de replanteo como fecha de inicio de las obras a los efectos del apartado Cuatro de la DA1ª LOE (antes art. 3 de la Ley 57/1968), tiene la importante ventaja de dotar de seguridad jurídica (y seriedad) a dicho momento, ya que, de lo contrario, el promotor podría realizar cualquier actuación constructiva sobre el solar, por nimia o innecesaria que fuera, y pretender alegar con ello que se habían iniciado las obras, para evitar la resolución del comprador y, por otra parte, sería muy difícil para el adquirente probar la fecha exacta en la que se hubieran producido dichas actuaciones constructivas sobre el solar, realizadas por personal del promotor y a su instancia. Por el contrario, el acta de replanteo debe firmarse por el constructor, el arquitecto director de obra y el arquitecto técnico que asuma la dirección de la ejecución, con lo que se tiene perfecta constancia de su realización y de la fecha en que se practicó [arts. 11.2.f); 12.3.b) y 13.2. c) y e) LOE].

En la jurisprudencia, la SAP de Segovia de 2 de marzo de 2001 (Roj: SAP SG 63/2001) confirmó la sentencia de primera instancia que había estimado la demanda presentada por el comprador, reclamando el abono de cantidades entregadas tras la resolución de mutuo acuerdo del contrato de compraventa de vivienda, por retraso en el inicio de la construcción (*“pero al encontrarse la relación obligacional de las partes*

⁴⁵⁰ Normalmente, el acta de replanteo suele fijarse como el día inicial del cómputo del plazo de ejecución pactado en el contrato de obra. En este sentido, puede verse la SAP Madrid de 21 de diciembre de 2005 (Roj: SAP M 15210/2005). Actualmente, el art. 126 de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, define el replanteo del proyecto.

dentro del ámbito de la Ley 57/68, sucede que entre las facultades o derechos que se otorga al cesionario de cantidades a cuenta una vez expirado el plazo de iniciación de las obras, es la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta -art.3-”).

El segundo supuesto que, según el apartado Cuatro de la DA1ª LOE, faculta al comprador para resolver el contrato de compraventa y exigir la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente, es la falta de entrega física de la vivienda, a la que, como se ha indicado, debe añadirse la autorización administrativa para la utilización de la misma, esto es, la correspondiente cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. Respecto a la necesidad de entrega de cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento equivalente, me remito a todo lo ya indicado al respecto en el capítulo segundo del presente trabajo, al estudiar la obligación de entrega del vendedor-promotor.

Además de exigir la devolución del dinero entregado anticipadamente más los correspondientes intereses legales, el comprador podrá reclamar del vendedor que se retrasó en la entrega de la vivienda o en el inicio de las obras todos los daños y perjuicios que dicho retraso le hubiera producido, incluyéndose, como novedad introducida por la Ley 20/2015, “*los impuestos aplicables*” (en clara referencia al IVA, impuesto directo repercutible al adquirente).

2.- El incumplimiento por el promotor-vendedor de la obligación de garantizar las cantidades entregadas: sus posibles consecuencias respecto del contrato de compraventa

2.1. El derecho del comprador a suspender los pagos sucesivos mientras que el promotor-vendedor no otorgue las garantías exigidas legalmente

Con independencia de las consecuencias que el incumplimiento por parte del promotor-vendedor de su deber de otorgar las garantías a que le obliga la DA1ª LOE pueda producir en el ámbito administrativo o penal, que ya examinamos, también determinará, evidentemente, consecuencias en el ámbito civil, en relación con el contrato de compraventa de vivienda que ha celebrado con el adquirente que anticipó las cantidades. Y es que nos encontramos ante un contrato, el de compraventa, con

obligaciones recíprocas para las partes contratantes, como ya se ha indicado a lo largo de este trabajo, interdependientes entre sí, y, por lo tanto, respecto del que puede ser aplicada la excepción de contrato incumplido o, en su caso, del contrato defectuosamente cumplido (*exceptio non adimpletus contractus* o *non rite adimpletus contractus*). Es decir, que la parte frente a la que se reclame el cumplimiento de sus obligaciones contractuales puede negarse a realizar su prestación, acreditando el previo incumplimiento del demandante⁴⁵¹.

Se trata, en definitiva, de la posibilidad de negarse (temporalmente) a cumplir las obligaciones nacidas del contrato para la parte reclamada, mientras no se produzca el previo cumplimiento de las obligaciones correspondientes al reclamante, siempre que, según el contrato, las obligaciones de ambas partes debieran realizarse simultáneamente, o el reclamante las tuviera que haber cumplido con anterioridad a la reclamación⁴⁵².

Siendo esto así, surge la duda de si el comprador que se ha obligado contractualmente a ir adelantando cantidades al promotor-vendedor mientras dure la construcción de la vivienda comprada, puede negarse a pagar dichas cantidades, si es que el promotor ha incumplido previamente las obligaciones legales impuestas al mismo por la DA1ª LOE y, en especial, la obligación de otorgar las garantías que aseguren la devolución del dinero entregado anticipadamente por el comprador.

Tal y como señala ESTRUCH ESTRUCH⁴⁵³, es evidente que en este caso concurren los requisitos exigidos para la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* y, por lo tanto, el adquirente podrá negarse legítimamente a continuar anticipando las cantidades acordadas, en tanto el promotor-vendedor no cumpla lo establecido en la DA1ª LOE en cuanto al otorgamiento de la correspondiente garantía de dichas cantidades. En consecuencia, mientras el promotor no cumpla sus obligaciones

⁴⁵¹ Como señala la STS de 16 de abril de 2004 (Roj: STS 2507/2004): “*excepción de incumplimiento contractual, que se da en las obligaciones recíprocas, fundada en la regla de cumplimiento simultáneo de las mismas y que implica que una parte puede negarse al cumplimiento de su obligación mientras la otra no cumpla la suya*”.

⁴⁵² Aunque el Código Civil no regula la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) ni la de contrato cumplido defectuosamente (*exceptio non rite adimpleti contractus*), la doctrina y la jurisprudencia las han admitido de manera decidida, deduciéndolas del último párrafo del art. 1100, o de los arts. 1124, 1466, 1467, 1500 o 1502 del Código Civil.

⁴⁵³ ESTRUCH ESTRUCH, “Compraventa de viviendas en construcción...”, op. cit., págs. 13 y 14.

legales de garantizar las cantidades entregadas a cuenta, el comprador tiene derecho a suspender los pagos anticipados.

En sentido favorable al derecho del comprador a suspender los pagos, en tanto no se le otorguen las garantías legales exigidas por la DA1ª LOE, se ha manifestado también alguna sentencia. Así, la SAP de Málaga de 28 de enero de 2008 (Roj: SAP MA 243/2008), confirmando la sentencia de primera instancia, desestimó la pretensión de la promotora de resolver el contrato debido al impago por los compradores de dos letras, ya que los compradores depositaron dichas cantidades en el despacho del abogado interviniente en las negociaciones, aclarando que entregarían dichas cantidades contra la entrega de los correspondientes avales bancarios o certificados de póliza de afianzamiento⁴⁵⁴.

Es cierto que el comprador que anticipó cantidades a cuenta de la vivienda sin que se garantizara la devolución de las mismas, puede interponer un procedimiento judicial en el que solicite del juzgado que se condene al promotor al otorgamiento de dichas garantías, y dicho procedimiento judicial deberá prosperar, ya que simplemente se está solicitando el cumplimiento de una obligación legal. Sin embargo, la sentencia en la que se dé la razón al consumidor y se obligue al promotor-vendedor a otorgar las garantías legales puede tardar en pronunciarse incluso años, por lo que, dada la finalidad de las garantías (asegurar la devolución de las cantidades anticipadas para el caso de que la construcción no se inicie o finalice en el plazo previsto, o no se obtenga la cédula de habitabilidad o licencia de ocupación), no parece que con la posibilidad de exigir el cumplimiento de la Ley a través de un procedimiento judicial se esté dando suficiente satisfacción a los intereses del adquirente.

⁴⁵⁴ No obstante, también existe alguna sentencia aislada que entiende que el no otorgamiento de las garantías por el promotor no faculta al comprador para suspender los pagos anticipados. En este sentido se pronuncia la SAP de Pontevedra de 23 de marzo de 2007 (Roj: SAP PO 734/2007), que afirma que, como el comprador no puede resolver el contrato ante la falta de aseguramiento de las cantidades entregadas, tampoco puede suspender la entrega de las cantidades comprometidas. La postura mantenida por esta sentencia es muy criticable, puesto que si el promotor no cumple con la obligación legal de asegurar las cantidades entregadas anticipadamente por el adquirente, y los tribunales no le permiten a éste último, en clara aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, suspender temporalmente los pagos anticipados en tanto el promotor no cumpla sus obligaciones legales de otorgar las garantías correspondientes, los derechos del comprador quedan irremediamente afectados.

Seguramente, la mejor defensa del consumidor a cuyo favor no se hubieran otorgado las garantías legales para la devolución de las cantidades anticipadas sea la de comunicar la situación a los organismos públicos autonómicos competentes en materia de consumo y de vivienda, y denunciar ante ellos el incumplimiento de la Ley. Es posible que la amenaza de la imposición de una sanción pecuniaria impulse más al promotor-vendedor al otorgamiento de las garantías de devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores, que el temor a un proceso judicial en el que se le reclame, precisamente, el otorgamiento de dichas garantías y que, por lo tanto, a la finalización del mismo, si lo pierde, estaría en la misma situación que si cumpliera voluntariamente la Ley, esto es, tendría que otorgar las garantías.

2.2. La resolución del contrato por falta de aval

Las consecuencias legales de la falta de prestación de las garantías impuestas hasta el 1 de enero de 2016 por la Ley 57/68, y desde entonces por la DA1ª LOE, y a las que viene obligado el promotor, se configura como una de las cuestiones más polémicas de la ley sobre la que, hasta hace poco, no existía una doctrina jurisprudencial pacífica⁴⁵⁵.

Así, a favor de que la falta de aval era causa de resolución del contrato de compraventa encontramos la SAP Valencia, de 4 de febrero de 2005 (Roj: SAP V 549/2005), SSAP Alicante de 26 de enero de 2006 (Roj: SAP A 542/2006) y 14 de enero de 2009 (Roj: SAP A 44/2009) y SSAP Málaga, de 24 de enero (Roj: SAP MA 560/2008), 12 de junio (Roj: SAP MA 2298/2008) y 1 de septiembre de 2008 (Roj: SAP MA 1202/2008) y 16 de enero de 2009 (Roj: SAP MA 1/2009). Los argumentos en que estas sentencias apoyaron la tesis resolutoria fueron, fundamentalmente, relativos a la consideración de que la prestación de la garantía es una obligación legalmente impuesta,

⁴⁵⁵ A este respecto, COMITRE COUTO, C., *Resolución de contratos con cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas y su recuperación*, Ley 57 Formación, Málaga, 2009, págs. 200 y ss, sostiene que la resolución por falta de garantía deriva de la aplicación del art.1.129 del Código Civil. Indica este precepto que “*perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3º Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras*”. En consecuencia, según este autor, al encontrarnos con una obligación de entrega sometida a plazo, si no se otorga la garantía, habría que considerar que el deudor ha perdido el derecho a dicho plazo de tal forma que, o entrega la vivienda de un modo inmediato -lo que sería imposible-, o devuelve las cantidades, al no poder hacer frente a sus obligaciones.

principal, y esencial para la protección de los intereses de la parte compradora. Entendían quienes apoyaron esta tesis, que el legislador incorpora en estos casos al conjunto de obligaciones esenciales del vendedor en el contrato de compraventa, contempladas en el Código Civil, la obligación contenida en el apartado Uno de la DA1ª LOE (anteriormente, en el art. 1 de la Ley 57/68) de ofrecer al comprador el aval (o seguro) en garantía de la devolución de las cantidades que se entreguen a cuenta del precio, cuyo incumplimiento facultaría al comprador para la resolución contractual, al amparo del art. 1124 CC⁴⁵⁶.

En sentido contrario al referido se pronunciaron, por ejemplo, la SAP Málaga de 24 de enero de 2008 (Roj: SAP MA 560/2008), la SAP Castellón de 18 de febrero de 2010 (Roj: SAP CS 84/2010), la SAP Granada de 17 de febrero de 2006 (Roj: SAP GR 110/2006)⁴⁵⁷ y la SAP Pontevedra de 2 de marzo de 2007 (Roj: SAP PO 734/2007). Los argumentos que defendían esta tesis contraria a la resolución se fundamentaban en la

⁴⁵⁶ De entre las resoluciones citadas que recogen esta tesis resolutoria, cabe destacar la SAP Alicante de 26 de enero de 2006 (Roj: SAP A 542/2006), que resolvió que *“de la citada normativa se deduce pues el carácter esencial que la constitución del aval adquiere en la sociedad actual a efectos de garantizar el efectivo cumplimiento de lo pactado en contrato de compraventa de vivienda. Se puede decir, conforme a la finalidad antes descrita perseguida por la Ley, que dicho aval está destinado, no solo a garantizar la devolución de lo entregado en caso de incumplimiento por el vendedor de sus obligaciones, sino, además, a crear en el comprador una cierta seguridad de que sus expectativas contractuales serán debidamente atendidas; tan es así que la propia ley faculta al comprador para que, iniciadas las obras sin haber sido otorgado el citado aval, pueda instar la rescisión del contrato. En consecuencia, de lo expuesto parece deducirse que la legislación vigente no confiere a la constitución del referido aval el carácter accidental que el recurrente pretende otorgarle, y menos aún si la necesidad de su formalización está expresamente acordada en el clausulado del contrato suscrito por las partes”*. Por su parte, la SAP Málaga de 12 de junio de 2008 (Roj: SAP MA 2298/2008) fundamentó que *“ha quedado acreditado, por propio reconocimiento de las demandadas, que éstas no han garantizado la devolución a los compradores de las cantidades anticipadas por los mismos.... lo que comporta un incumplimiento contractual que por sí solo determina la resolución del contrato”*. La misma Sección 4ª, en Sentencia de 16 de enero de 2009, resuelve que *“Siendo de rechazar las alegaciones de la parte apelada en el sentido de minimizar la obligación, legalmente impuesta y contractualmente asumida, de garantizar la devolución de la cantidad anticipada por la parte compradora mediante la constitución de un aval bancario, considerándola como una obligación accesorio, no principal, y reduciendo las consecuencias de su incumplimiento a la condición de mera infracción administrativa, negándole la categoría de incumplimiento contractual con entidad suficiente para justificar la resolución del contrato. Contrariamente al criterio del Juzgador a quo, asumido por la parte apelada, esta Sala considera que la mera no prestación del aval por la parte vendedora comporta un incumplimiento contractual que por sí solo determina la resolución del contrato; por tratarse de una obligación que se considera esencial para la protección de los intereses de la parte compradora. Fortalecida en este caso la virtualidad resolutoria de dicho incumplimiento por el hecho de no haberse incorporado al contrato la obligación de prestación del aval, como garantía del comprador, en reciprocidad con la condición resolutoria establecida como garantía del vendedor”*.

⁴⁵⁷ En esta resolución se entiende que *“la facultad de rescisión del contrato o prórroga que como opción contempla no viene referida a la entrega o no del aval, lo que podría dar lugar a las sanciones gubernativas correspondientes, sino a la expiración del plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda (art. 3.1)”*.

consideración de que no se trata de una obligación contractual propiamente dicha, es decir, derivada, verdadera y genuinamente, del contrato de compraventa suscrito por las partes, sino de una antecedente obligación legal de garantía que ha de hacerse constar expresamente en los contratos de cesión de viviendas a que alude la DA1ª LOE (y aludía el art. 1 de la Ley 57/1968), de suerte que la ausencia de asunción de dicha obligación y la omisión de mención en el contrato, podrían determinar la sanción prevista en la propia Ley, que no es otra que la correspondiente sanción pecuniaria, reduciendo las consecuencias de su incumplimiento a la condición de mera infracción administrativa, ya que la facultad de rescisión del contrato o prórroga que como opción contempla el apartado Cuatro de la DA1ª LOE (anterior art. 3 Ley 57/68), no viene referida a la entrega o no del aval, sino a la expiración del plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda.

Enfrentadas ambas posiciones, por autores como MÉRIDA ABRIL⁴⁵⁸, se considera que debe prevalecer el criterio de las Audiencias que otorgan eficacia resolutoria al incumplimiento de la obligación que se analiza de garantizar las entregas a cuenta efectuadas por los adquirentes, impuesta por la Ley, criterio que comparto, en el entendimiento de que la obligación de otorgar las garantías previstas en la DA1ª LOE (antes Ley 57/68) es una obligación esencial en el contrato de compraventa de vivienda en construcción que incumbe a los destinatarios contemplados en la norma. Pretender que el legislador, ante dicho incumplimiento, no ha previsto más sanción que la gubernativa, significa despreciar el carácter imperativo de la previsión legal: la vulneración del derecho de los adquirentes a tener garantizada la restitución de las cantidades entregadas a cuenta constituye una infracción grave del contenido imperativo de los contratos de compraventa de vivienda “sobre plano” que, por ello, justifica la resolución de los mismos⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ MÉRIDA ABRIL, C., “La resolución del contrato de compraventa en la Ley 57/68 y la ejecución de las garantías”, *Trabajo ganador X edición del premio Santiago Gutiérrez Anaya sobre Propiedad Inmobiliaria*, 2011, original facilitado por la autora, págs. 24 a 26.

⁴⁵⁹ Frente a esta tesis, ESTRUCH ESTRUCH, “Compraventa de viviendas en construcción...”, op. cit., pág. 15, mantiene que el incumplimiento del promotor-vendedor de sus obligaciones legales de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas no faculta al comprador para obtener la resolución del contrato de compraventa. Y es que, según este autor, a menos que se entienda que el incumplimiento de la obligación de garantizar las cantidades anticipadas por los compradores afecta de modo decisivo a la economía del contrato, constituyendo un incumplimiento grave y esencial de las obligaciones principales del promotor,

Esta última postura, la de considerar la falta de otorgamiento de la garantía como causa de resolución del contrato de compraventa “sobre plano” sujeto a la DA1ª LOE (antes Ley 57/68), es la que sostiene la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, si bien referida a la regulación anterior a la reforma de 2015. Así, en virtud de la referida doctrina jurisprudencial tiene lugar, definitivamente, la superación de una concepción predominantemente administrativa del contenido de la ley y, más en concreto, del deber de prestación de garantía⁴⁶⁰. En este sentido, afirma la STS de 11 de abril de 2013 (Roj: STS 2254/2013) que *“en la actual doctrina jurisprudencial ya no puede sustentarse la configuración de esta prestación de garantía como una obligación meramente accesorio del contrato cuyo incumplimiento queda reducido al ámbito de una infracción administrativa y, por tanto, ajeno al cauce del incumplimiento resolutorio del mismo”*.

El desarrollo de esta postura jurisprudencial se ha llevado a cabo de una forma progresiva. Así, en lo que podemos denominar primera fase, la STS de 25 de octubre de 2011 (Roj: STS 6847/2011) resaltó como principio general que la omisión del aval o de la garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los futuros adquirentes de las viviendas, implicaba una vulneración de lo pactado que podía ser calificada de grave o esencial. Posteriormente, en una segunda fase, la STS de 10 de diciembre de 2012 (Roj: STS 8161/2012), profundizó en la configuración contractual de la figura declarándola, por una parte, obligación esencial del vendedor, y por la otra, determinando su régimen de aplicación conforme al contexto de las obligaciones recíprocas, como son las derivadas del contrato de compraventa, de forma que la resolución del contrato a instancia del comprador por incumplimiento de dicha garantía

no podría resolverse el contrato debido a la falta de otorgamiento de las garantías. El comprador, ante el incumplimiento de las garantías exigidas legalmente, podrá suspender los pagos pendientes, denunciar dicha infracción administrativa y, desde luego, reclamar el cumplimiento de dicha obligación legal. Sin embargo, según dicho autor, no podrá solicitar la resolución del contrato de compraventa, pues la obligación de garantía, pese a su naturaleza de obligación legal, constituye simplemente una obligación accesorio del promotor, que no afecta de modo esencial a la economía del contrato ni a la satisfacción económica de las partes contratantes.

⁴⁶⁰ En la STS de 9 de junio de 1986 (Roj: STS 3159/1986), acerca de la infracción del art. 3 de la Ley 57/1968 alegada por el comprador en el motivo segundo de su recurso de casación, con base en que el promotor-vendedor no había asegurado la devolución de las cantidades anticipadas ni las había percibido a través de una cuenta especial, la sentencia desestima el motivo a partir de una consideración general de la Ley 57/1968 como *“predominantemente administrativa”*, determinante de que tal conducta del promotor, *“de ser comprobada, podrá atraer la imposición de las sanciones que para los ilícitos administrativos en la materia previene el artículo 6 de la ley invocada”*.

dependerá de que, en verdad, subsista dicha reciprocidad o, dicho de otro modo, siga teniendo sentido la constitución o continuidad de la garantía⁴⁶¹.

Sentadas estas bases, la configuración contractual de la figura, según STS de 19 de julio de 2013 (Roj: STS 4423/2013) puede responder a los siguientes criterios: *“en el plano de su caracterización, nos encontramos ante una obligación legal, de carácter esencial, que atañe o compete al vendedor de la vivienda en proyecto o en construcción. Su tipicidad, conforme a la naturaleza del contrato de compraventa, se imbrica en el funcionamiento de la reciprocidad obligacional tendente a garantizar el cumplimiento del contrato; construcción de la vivienda y pago de la misma. En el plano de su régimen de aplicación por mor de la tipicidad expuesta, cabe diferenciar dos supuestos. En la fase de pendencia de la obra proyectada, o en su construcción, el aval opera como una propia obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad entregada, si éste no se otorga, como proceder a la resolución del contrato si entregada o dispuesta dicha cantidad el vendedor se niega a otorgar el preceptivo aval. En este sentido, el aval viene a constituir la causa de la obligación de entregar la cantidad y viceversa (art. 1274 CC). Todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y su proyección con la doctrina de los actos propios. En la fase de realización de la prestación, la construcción terminada de la vivienda, si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente su constitución carece de sentido pues con la entrega o puesta a disposición de la vivienda su función se reconduce al ámbito propio del cumplimiento o incumplimiento contractual”*.

La trascendencia del aval, a la luz de la Ley 57/1968 -vigente al momento de dictarse la resolución-, es de nuevo resaltada en la STS de Pleno de 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015), en la que se declara que *“esta línea jurisprudencial se ha traducido*

⁴⁶¹ En el supuesto contemplado, se declaró probado en la sentencia de primera instancia que la necesidad de la garantía había decaído, porque la promoción en la que se encontraba la vivienda comprada estaba concluida, y la apelación consideró que la falta de constitución de la garantía solo podía comportar en este caso algún tipo de responsabilidad administrativa por estar la obra terminada, de modo que no procedía declarar resuelto el contrato por *“un incumplimiento más aparente que real, pues no afecta al interés del acreedor”*. A lo anterior se une, según el TS, el que *“se llegaría al absurdo de erigir la falta de garantía sobre las cantidades entregadas a cuenta del precio en causa de resolución de la compraventa, por sí sola, incluso después de terminada la vivienda y entregada al comprador, lo cual corrobora que la gravedad del incumplimiento de la Ley 57/1968 debe ser valorada en función de la finalidad de la propia ley y no desde una perspectiva puramente formal desligada del verdadero interés del comprador”*.

en atenerse al rigor con el que la propia Ley 57/68 configura las obligaciones del vendedor y de su asegurador o avalista, superando una concepción predominantemente administrativa de su contenido para dotarla de plenos efectos civiles. Así, en primer lugar, sobre el carácter accesorio o, por el contrario, esencial de la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/68) es doctrina jurisprudencial reiterada que se trata de una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio (SSTS de 25 de octubre de 2011, rec.588/2008, 10 de diciembre de 2012, rec. 1044/2010, 11 de abril de 2013, rec.1637/2010, y 7 de mayo de 2014, rec. 828/2012)”.

Habrá que esperar, como ocurre en relación a otras cuestiones sobre las que se pronunció el Tribunal Supremo antes de la reforma de 2015, para ver si dicho Tribunal mantiene su doctrina con la nueva regulación. Si bien, a mi entender, el espíritu de la ley no varía y, no obstante la falta de referencia expresa a la irrenunciabilidad de los derechos ya comentada, nada impide que la presente postura se mantenga, ya que no deja de ser una obligación legal y, habida cuenta los especiales caracteres de este contrato, debe considerarse una obligación de carácter esencial, correlativa al deber del adquirente de hacer entregas anticipadas.

3.- Acción declarativa de resolución contractual y acción de reclamación del aval como acciones independientes

Antes de referirnos a la posibilidad de que el adquirente se dirija directamente frente la entidad de crédito que figure como garante en el contrato, es importante determinar si para solicitar la devolución de las cantidades anticipadas se muestra imprescindible el ejercicio de una acción resolutoria del contrato de compraventa con carácter previo.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria ha defendido que el aval era directamente ejecutable, sin que fuera necesario instar primero la resolución del contrato (en cuanto al carácter ejecutivo del aval, éste ha perdido su condición de título ejecutivo con la reforma

de 2015, como más adelante se dirá, si bien se entiende que esta postura jurisprudencial es extensible a la posibilidad de reclamar directamente al garante por vía de juicio declarativo). Esta postura fue la mantenida en la STS de 9 de abril de 2003 (Roj: STS 2494/2003), que en su Fundamento Jurídico Primero resolvió que *“la norma no exige precisamente que la resolución tenga que ser necesariamente judicial ni tampoco supedita la operatividad del aval a la misma, pues el artículo tres contiene la expresión de que el comprador podrá optar por la rescisión contractual, con lo que ésta no se presenta imperativa, es decir que deberá proceder en todo caso. Lo que ha de tenerse en cuenta es la concurrencia de incumplimiento acreditado, pues esta situación actúa como presupuesto que facilita la devolución de las cantidades anticipadas”*, criterio seguido por la SAP de Burgos de 26 de febrero de 2010 (Roj: SAP BU 266/2010), que sostiene que *“basta pues que concurra el incumplimiento acreditado como presupuesto que facilita la devolución de las cantidades anticipadas, sin que sea necesario para la operatividad del aval que la resolución del contrato de compraventa tenga que ser declarada judicialmente”*.

Esta es, asimismo, la postura mantenida por la doctrina reciente del TS. Al respecto, la STS de 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015) sostiene que *“se ha interpretado el artículo 1 de la Ley 57/68 en el sentido de que permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también, dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (SSTS de 3 de julio de 2013, rec. 254/2011, y 7 de mayo de 2014, rec. 828/2012)*.

En consecuencia, y para concluir, estaríamos ante dos acciones independientes: **a)** la de resolución del contrato por incumplimiento de una obligación esencial del mismo, que se dirige contra la promotora, conforme al art. 1124 CC, y que lleva aparejado el derecho a reclamar las cantidades que se hubieran satisfecho anticipadamente por el comprador, así como la indemnización de daños y perjuicios, si los hubiere; y **b)** la de reclamación contra el garante de las cantidades anticipadas, para el caso de no iniciación o no entrega de la vivienda en plazo, que según ha resuelto el TS, no depende de la previa declaración judicial de resolución del contrato de compraventa, en virtud del cual se suscribió el aval (si bien nada obsta a que se ejerciten ambas acciones conjuntamente, en

el mismo juicio declarativo, demandando tanto a la promotora como a la entidad de crédito garante).

4.- La ejecución de la garantía en el nuevo texto legal

La nueva regulación contenida en la DA1ª LOE no hace mención al carácter ejecutivo del aval o del seguro⁴⁶², limitándose a establecer la obligación de garantizar la

⁴⁶² El art. 517 LEC regula tanto la acción ejecutiva como los títulos ejecutivos. Respecto a la primera, nace cuando una de las partes no cumple su parte del contrato instrumentalizado, el fallo de una sentencia condenatoria o un laudo arbitral. Consta de dos partes o documentos: la demanda ejecutiva, y un título que lleve aparejada ejecución. La efectiva existencia de un título ejecutivo es presupuesto absoluto de toda ejecución, de suerte que el Juez no puede despachar ejecución si no se le presenta un título. Por su parte, la acción ejecutiva es presupuesto de la ejecución: ésta última no comienza –aunque de hecho pueda hacerlo, si existe un título- si no existe acción ejecutiva.

En relación a la materia objeto de estudio, recordemos que el art. 3 Ley 57/1968 señalaba que *"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."* Así, se otorgaba al adquirente opción, como hace el actual apartado Cuatro de la DA1ª LOE, de rescisión (resolución) del contrato con devolución de cantidades o la concesión de una prórroga, una vez que, cumplido el plazo de inicio o entrega de las obras, no hayan tenido lugar, pero añadía en el párrafo 2º (que ha sido suprimido de la actual DA1ª LOE tras la reforma efectuada por la Ley 20/2015) que *"el contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda, tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el Tít. XV, Libro II LEC, 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."*

Quiere esto decir que, antes de la reforma, para el caso de que el adquirente optara por no conceder la prórroga antes expuesta e interesar la rescisión del contrato con devolución de las cantidades, la vía procesal para hacerlo era la ejecutiva. Sin embargo, la mención que se hacía en el párrafo 2º del art. 3 Ley 57/1968 lo era a la antigua LEC 1881, mientras que en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 no se incluyó ninguna Disposición Adicional que modificara el art. 3 Ley 57/1968 al objeto de clarificar esta cuestión. En consecuencia, derogada la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a la que se refería el precepto, se suscitó la duda de la vigencia de la fuerza ejecutiva del seguro o aval.

Efectivamente, podría pensarse que la fuerza ejecutiva atribuida a las garantías previstas en la Ley 57/68, que se remitía al proceso de ejecución previsto en la antigua LEC, se estableció teniendo en cuenta las causas tasadas de oposición a la ejecución previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior y que diferían de las existentes actualmente y que, en consecuencia, la referencia que el art.3 de la Ley 57/68 hacía a la LEC de 1.881 no era extrapolable a la nueva regulación que del proceso de ejecución hace la vigente LEC de 2000, y, por tanto, la garantía de la ley del 68 no podía entenderse que llevara aparejada ejecución conforme a la LEC de 2000.

Frente a esta postura quienes defendían el carácter ejecutivo del aval alegaban que, si bien era cierto que la llegada de la actual LEC de 2000 no vino acompañada de una mención expresa del aval previsto en la Ley 57/1968 como título que llevara aparejada ejecución, esto no quería decir que dicho documento quedara excluido de los títulos recogidos en el ordinal 9º del art. 517.2 LEC, por cuanto dicho precepto establece que son títulos ejecutivos los *"documentos que por, disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución"*, y existiendo una ley especial, en este caso la Ley 57/1968, que le otorgaba tal carácter al aval mediante el cual se garantizaban las cantidades anticipadas en la venta de viviendas sobre plano, nada debía obstar para acudir al proceso ejecutivo de la LEC de 2000, en orden a conseguir la devolución de dichas

devolución de cantidades *“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”*. El anterior art. 1 de la Ley 57/1968 establecía la obligatoriedad de la garantía *“para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido”*. Ya se ha indicado que la postura jurisprudencial mayoritaria declara procedente la reclamación directa contra la entidad garante (o la compañía de seguros), sin ser oponibles las excepciones contra el tomador, como puede ser la de falta de pago de la prima, entre otras; todo ello sin entrar a valorar si resulta procedente la resolución del contrato, porque no resulta cuestionada o porque la acción judicial se interpone directamente contra la entidad de crédito garante o la compañía de seguros.

El texto reformado, establece los requisitos específicos de las garantías, según hemos visto, disponiendo expresamente que *“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 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”*. Es decir, establece un deber previo de requerir para la devolución de las cantidades al vendedor, requerimiento que queda predeterminado como obligación legal imperativamente exigida para que nazca el derecho a la devolución de cantidades por parte de la entidad garante (o, en su caso, la aseguradora).

Ahora bien, la independencia respecto de la acción contra el promotor se constata por la viabilidad de una reclamación al seguro o al banco *“cuando no resulte posible la*

cantidades. Por ello, ante la cuestión de si con un aval de este tipo destinado a garantizar la devolución de cantidades y en el caso de que el promotor no hubiera cumplido, se podía acudir al procedimiento de ejecución actual al amparo del art. 517.2.9 LEC, o era éste inviable y debía acudir al declarativo ordinario, la postura mayoritaria era favorable a que en estos casos no podía negarse naturaleza ejecutiva a esos documentos al admitirse en el nº 9 del art. 517.2 LEC la utilización de la vía ejecutiva en relación a los documentos que por disposición de otra ley, en este caso la Ley 57/1968, llevaran aparejada ejecución. Si bien, el legislador de 2015 ha terminado con esta discusión, al eliminar del apartado cuatro de la DA1ª LOE toda referencia a la posibilidad de acudir a la vía ejecutiva directa, de modo que no será posible instar un procedimiento de ejecución de título no judicial con base en el aval objeto de estudio, debiendo acudir necesariamente, para reclamar a la entidad garante, al declarativo ordinario que corresponda.

reclamación previa contra el promotor". De este modo, una vez hecho el requerimiento y transcurridos los treinta días fijados, el garante deberá indemnizar al adquirente en un nuevo plazo de treinta días, a contar desde que se formule reclamación, o de lo contrario, éste último podrá dirigirse directamente contra el garante, a través del juicio declarativo que corresponda. Deberán, por tanto, ser satisfechas las cantidades garantizadas tras el simple requerimiento resolutorio al vendedor-promotor (sin respuesta de éste) y la prueba de la falta de entrega en plazo de las viviendas. Y para poder interponer la correspondiente demanda, bastará sólo el dato objetivo del incumplimiento por la no entrega en plazo, aunque se trate de un retraso leve, seguido del requerimiento infructuoso al promotor⁴⁶³. Así, no hay resolución automática del contrato, pero sí obligación automática de devolución tras el requerimiento⁴⁶⁴.

Con la demanda, además de prueba fehaciente del requerimiento efectuado al promotor-vendedor, y del hecho de que, en efecto, la obra no se ha iniciado o no ha sido entregada en plazo, deberá aportarse la documentación en que esté recogida la garantía

⁴⁶³ La STS de 7 de mayo de 2014 (Roj: STS 2391/2014) declara procedente la devolución de cantidades por la entidad de crédito ante un incumplimiento que califica de leve; habla de brevedad del retraso en la entrega y de inoponibilidad por el avalista de los motivos de oposición que pudieran corresponder al avalado. La entidad debe restituir el importe entregado sin limitaciones cuantitativas, aunque haya límites en la póliza. No hay acción contra el promotor pidiendo la resolución del contrato, sino acción de restitución hacia el garante. La sentencia recurrida entendió que se debía examinar la causa de la resolución, entrando a analizar la intensidad del incumplimiento de la promotora. La cuestión a dilucidar estaba en si, trascurrido el plazo de entrega de una vivienda, adquirida con los condicionantes de la Ley 57/1968, se puede entender que automáticamente puede reclamarse el importe, sin necesidad de valorar si el retraso ha sido excesivo o si se ha frustrado o no la finalidad del contrato. Recoge la doctrina general declarada por la STS de 25 de octubre de 2011 (Roj: STS 6847/2011) donde se sienta como principio general que *"la omisión del aval o la garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el art. 1 de la Ley 57/1968, implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial..."*, citando también otras como la SSTS de 10 de diciembre de 2012 (Roj: STS 8161/2012) y de 5 de febrero de 2013 (Roj: STS 499/2013).

La STS de 23 de julio de 2015 (Roj: STS 3443/2015) establece que el acuerdo por el que se resolvía el contrato de compraventa no libera a quien garantizó la devolución de las cantidades pagadas a cuenta, sino que constituye el cumplimiento del presupuesto legal para que los compradores puedan ejercitar la acción contra la aseguradora en reclamación de dichas cantidades, pues la resolución convenida es posterior a que se hubiera cumplido el plazo de entrega de la vivienda y ante la imposibilidad de cumplimiento *"no estamos ante un desistimiento por mutuo disenso, anterior al cumplimiento del plazo convenido para la realización de la obligación de entrega de la vivienda, al que nos referimos en la Sentencia 133/2015 de 23 de marzo, para distinguirlo del incumplimiento objetivo, sino ante un incumplimiento que motiva la resolución de mutuo acuerdo. Por ello esta resolución, constatado el incumplimiento y, sin perjuicio de la relación entre el comprador y la promotora, en cualquier caso confiere al comprador la facultad de ejecutar el aval o, en este caso, reclamar de la aseguradora el pago de la suma asegurada, consistente en la restitución de la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta, más los intereses"*.

⁴⁶⁴ CASADO CASADO, "Percepción de cantidades a cuenta...", op. cit., págs. 14 a 16.

en virtud de la cual se reclama, pudiendo darse el caso de que lo entregado por la promotora al adquirente no sea el documento original, sino una fotocopia. En este caso, no cuestionándose la existencia de la garantía, bastaría con la simple presentación de la copia del aval -o seguro-, puesto que tanto la copia como el original son documentos privados de los previstos en el art. 324 LEC y, por tanto, siempre que no sea impugnado este documento, hará prueba plena en el proceso según lo previsto en el art. 326 LEC. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta lo previsto en los arts. 328 y 329 LEC, conforme a los cuales, cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso, y en caso de que la parte requerida se negara injustificadamente a la exhibición, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición.

Finalmente, antes de concluir, debe recordarse que el asegurador o avalista no garantiza el cumplimiento de la obligación del promotor de entregar la vivienda, sino el de la devolución de las cantidades que aquél debe restituir, cuando el comprador opta por la rescisión (resolución) del contrato, ante la contingencia prevista en la ley. Garantiza, pues, una obligación dineraria, que, como ya se dijo, no está sujeta a las causas de exoneración de los arts. 1.182 y 1.184 CC; esto es, el asegurador o avalista no podrá alegar la concurrencia de un caso fortuito que imposibilitara el cumplimiento por parte del promotor de la obligación de entrega de la vivienda, pues no es ésta la obligación cuyo cumplimiento garantiza, sino la de restituir, sustituyendo al promotor, las cantidades anticipadas por el comprador. Es de suma importancia poner de relieve que el ejercicio de la acción ex apartado Cuatro, en relación con el apartado Dos de la DA1ª LOE se basa en datos objetivos: por una parte, la entrega de cantidades anticipadas para la adquisición de vivienda; por otra, la expiración del plazo convenido para el inicio de las obras o entrega de la vivienda sin que se haya efectuado puntualmente por el promotor. Por tanto, no hay que estar al carácter grave o no del incumplimiento, ni a la frustración o no de las expectativas del comprador, sino a la concurrencia de las circunstancias previstas legalmente, remitiéndome en este sentido a todo lo ya indicado, en relación con la naturaleza autónoma del aval⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ DOMÍNGUEZ ROMERO, *La recuperación de cantidades anticipadas...*, op. cit., pág. 69.

CAPÍTULO CUARTO.- MECANISMOS DE PROTECCIÓN PREVIOS EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN A FAVOR DEL ADQUIRENTE CONSUMIDOR EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA “SOBRE PLANO”

I.- INTRODUCCIÓN

La respuesta detallada del ordenamiento español al problema de la existencia de defectos en las construcciones la encontramos actualmente en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, cuyo objetivo prioritario, según su propia Exposición de Motivos, es *“regular el proceso de edificación”*⁴⁶⁶. También puede decirse, igualmente, que la LOE viene a recoger una serie de medidas legislativas encaminadas al desarrollo y protección del derecho a una vivienda digna y adecuada previsto en el art. 47 CE, de tal manera que, como igualmente señala la Exposición de Motivos, *“(...) se pretende establecer el marco general en el que pueda fomentarse la calidad de los edificios, y por último, el compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños, como una aportación más a la Ley 26/1984...”*.

No obstante la anterior referencia a la LGDCU de 1984 (hoy TRLGDCU 2007), sí es necesario indicar que la Ley de Ordenación de la Edificación, en contra de lo señalado en su Exposición de Motivos, no es una Ley que se pueda enmarcar como una norma específica del denominado “Derecho de consumo”⁴⁶⁷, sino que tiene un

⁴⁶⁶ De hecho, hasta la publicación de esta Ley (dejando a salvo lo dispuesto en el Código Civil en sede de contrato de arrendamiento de obra, fundamentalmente el art. 1591 CC), no se contaba en España con ningún texto legal que se ocupase, de forma más o menos completa y uniforme, de la construcción de edificios, y existía, por lo tanto, una importante indefinición de las responsabilidades de los técnicos y demás sujetos intervinientes en la edificación, sólo paliada, en parte, por la Ley 12/86, que regulaba las atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos.

⁴⁶⁷ El conjunto normativo al que se denomina “Derecho de consumo” está dirigido, al menos formalmente, a proteger al consumidor, parte débil de la relación. Dentro de este sistema, cada vez más extenso, apenas existen, sin embargo, normas que hagan referencia a la existencia de defectos materiales en las construcciones inmobiliarias. El único precepto que se ocupa específicamente de este tema es el art. 149 TRLGDCU, sobre responsabilidad por daños causados por los defectos de las viviendas, conforme al cual *“será aplicable el régimen de responsabilidad establecido en el artículo anterior a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico”*. Por su parte, el art. 148 TRLGDCU establece un régimen especial de responsabilidad, que posee naturaleza objetiva. Dispone el precepto que *“se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles*

planteamiento más amplio que el meramente limitado a la protección del consumidor. Y es que, aunque es evidente que siempre que se reconoce un derecho de resarcimiento a la víctima de un daño, se la está protegiendo, esto no significa que todas las normas de responsabilidad civil estén inspiradas, como razón principal, en la finalidad de tutelar a los perjudicados. De hecho, en este caso, las razones de política legislativa no estuvieron dirigidas, o al menos no con carácter esencial, a la protección de los adquirentes de inmuebles. De la propia Exposición de Motivos de la LOE se revela que la principal motivación del legislador fue la de definir las obligaciones de los agentes que intervienen en el proceso de edificación y hacer efectiva la calidad de las construcciones, mientras que la protección de los adquirentes parece tener un carácter residual.

Ello implica que, en el ámbito personal, se dirige a todo adquirente de una vivienda, con independencia de que tenga o no la condición de consumidor en los términos examinados en el capítulo primero del presente trabajo. De hecho, en toda la Ley no se contiene ni una sola referencia al concepto de consumidor, sino que se emplean unos términos más generales, tales como el de “usuario” (arts. 1.1 y 16.2 LOE) o el de “propietario” (art. 16.1 LOE), que permiten ampliar el ámbito subjetivo de protección de la Ley a personas físicas o jurídicas que, de acuerdo con la específica definición de consumidor contenida en el RD Legislativo 1/2007, nunca podrían ser consideradas como tales. No se trata de restar relevancia a determinadas figuras introducidas por la LOE en interés de los propietarios, como por ejemplo los seguros obligatorios, mediante los que se garantiza la reparación de los daños, sino simplemente señalar que, en lo demás, no se puede considerar que estemos ante una Ley especialmente dirigida a la protección de los adquirentes de inmuebles como consumidores.

De hecho, en determinados aspectos, la Ley de Ordenación de la Edificación ha

determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario”, régimen al que se considerarán sometidos, en todo caso y entre otros, los “servicios de rehabilitación y reparación de viviendas”. Ahora bien, este régimen de responsabilidad, aplicable únicamente entre empresarios y consumidores, rige respecto de los daños ocasionados en la vivienda “que no estén cubiertos por un régimen legal específico”. Por tanto, no es aplicable a los daños materiales que son objeto de la LOE, de modo que cubriría los daños personales sufridos por los usuarios de las viviendas y los daños ocasionados en bienes materiales, así como, en su caso, los gastos de traslado o de alquiler sustitutivo por necesidad de domicilio, pero no los materiales propios de la vivienda, únicos de los que se ocupa la LOE.

sido considerada, en cierto modo, regresiva en la protección del adquirente-consumidor, como por ejemplo en la drástica limitación del plazo de garantía o de los plazos de prescripción, con relación a la interpretación jurisprudencial que se venía haciendo del art. 1591 CC, lo que llevó a afirmar a la Comisión de Derecho Privado de la Asociación Judicial Jueces para la Democracia que *"esta ley evidencia, de nuevo, que a veces se legisla atendiendo a intereses corporativos y grupos de presión, en lugar de tener en cuenta los intereses generales. Son los arquitectos superiores y técnicos los que salen mejor parados, en perjuicio, seguramente de las familias que pretenden adquirir una vivienda con un nivel digno de calidad. Queda abierta, no obstante, la esperanza, porque la deficiente técnica legislativa ha dejado sin derogar de forma expresa el artículo 1591 del Código Civil. Pero mala vía es que sea el voluntarismo de los tribunales el remedio de una ley que perjudica seriamente a los ciudadanos, que según el artículo 47 de la Constitución, tienen derecho a una vivienda digna y adecuada"*. En palabras de O'CALLAGHAN⁴⁶⁸, la LOE recorta los derechos que tenía el adquirente, que es el consumidor, y es también evidente que deslegitima la labor jurisprudencial de la ampliación del art. 1591 CC, todo ello en beneficio de los agentes de la edificación y en perjuicio del consumidor. Contraria a esta opinión es la de SEIJAS QUINTANO⁴⁶⁹, si bien reconoce que la Ley modifica o matiza la protección del consumidor en algunos casos.

No obstante todo lo anterior, tampoco existe duda alguna de que el régimen de responsabilidad y de garantías establecido en la Ley de Ordenación de la Edificación es absolutamente aplicable a la compraventa de viviendas en construcción o "sobre plano" en las que los adquirentes sean consumidores, por lo que, con independencia de la opinión favorable o no que esta norma pueda merecer sobre dicho ámbito de protección, debe ser examinada e interpretada a la vista del resto de la regulación específica de protección del consumidor que ya ha sido objeto de análisis en el presente trabajo. En definitiva, no es inexacto afirmar que la LOE protege al adquirente de inmuebles, o protege al consumidor o usuario de inmuebles. Lo que no sería exacto es decir que protege únicamente al

⁴⁶⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "La responsabilidad de los agentes de la edificación", *Aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Ordenación de la Edificación. Estudios de Derecho Judicial*, 47/2003, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 491.

⁴⁶⁹ SEIJAS QUINTANO, J.A., "Aplicación de la Ley de la Ordenación de la Edificación", *Obligaciones y responsabilidad en el ámbito de la edificación. Estudios de Derecho Judicial n.º 108/2006*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 18.

adquirente que tenga la condición de consumidor⁴⁷⁰.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS CONSUMIDORES

Antes de referirnos a la incidencia de la LOE sobre los derechos del adquirente en los contratos de compraventa de vivienda “sobre plano”, conviene dejar claro que la idea central en torno a la cual gira toda la regulación contenida en la LOE, así como el sistema de responsabilidad por vicios constructivos que articula, no es otra que la calidad de las construcciones. Así, la LOE impone a los agentes de la edificación el deber de responder por los “*daños materiales ocasionados en el edificio*”, esto es, la responsabilidad por los defectos de construcción, siempre y cuando se manifiesten en unos plazos determinados, que son diferentes según se trate de defectos estructurales, de habitabilidad o de acabado (art. 17 LOE).

Directamente relacionado con lo anterior está el hecho de que en la LOE, el legislador español ha planteado el sistema de responsabilidad por defectos constructivos de tal forma que ésta no tiene su origen en una relación contractual directa entre perjudicado y responsable, sino en el hecho acreditado del defecto en la construcción. Es por ello que los sujetos legitimados para exigir responsabilidades por defectos constructivos son tanto los propietarios como “*los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos*” (art. 17.1 LOE), de modo que lo que importa es la titularidad dominical, siendo absolutamente irrelevante el modo de adquisición del dominio, y ello porque la calidad de la edificación se le debe garantizar a cualquier propietario adquirente, si bien este estudio se enfocará desde el punto de vista del propietario que ha adquirido una vivienda “sobre plano”.

Debe matizarse también que la LOE articula la responsabilidad del promotor en dos direcciones: por un lado, responde de forma personal e individualizada de los actos y omisiones propios, al igual que el resto de los agentes de la edificación (art. 17.2.LOE); por otro, responde solidariamente con los demás agentes intervinientes (art. 17.3 LOE).

⁴⁷⁰ MORENO-TORRES HERRERA, M.L., “Los defectos de las edificaciones y la protección del consumidor”, *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Dir. K.J.A.D, Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 510 y 520 a 523.

En este último caso, el promotor se considera garante, frente a los adquirentes, de todo el proceso de edificación y del resultado del mismo⁴⁷¹. Si bien, de lo arriba expuesto se deduce que, en realidad, no se le hace responder porque se haya comprometido contractualmente a obtener un determinado resultado, sino porque ha fabricado un producto que no es idóneo, al no haberse respetado las exigencias técnicas de la edificación. Eso significa que responde tanto en el ámbito de un contrato de obra, como también en un contrato de compraventa de vivienda en construcción, al considerar, en general, que incumple sus obligaciones contractuales el promotor que ejecuta y entrega una cosa defectuosa -en nuestro caso, una vivienda-⁴⁷².

Dejando a un lado aquellos aspectos ajenos al ámbito de la protección de consumidor que se integran dentro de la norma que se examina, del contenido del texto normativo se pueden entresacar una serie de características generales que configuran el régimen general de la Ley de Ordenación de la Edificación, y que tienen incidencia directa (positiva o negativa, según los casos) sobre el consumidor, en cuanto adquirente de una vivienda. Como tales se pueden destacar⁴⁷³:

1. Clarifica las funciones y competencias de los agentes de la construcción, en relación con su concreta responsabilidad frente al propietario de la vivienda.

2. Concreta el alcance de la responsabilidad de dichos agentes, centrándola exclusivamente en el concepto de daño material derivado de los diversos defectos constructivos, suprimiendo el concepto de “ruina”, tradicional de nuestro Derecho y derivado del art. 1591 CC.

3. Pretende alcanzar un equilibrio entre los derechos de los usuarios, a través del régimen de responsabilidad de los agentes de la edificación y de los profesionales vinculados a la obra, fundamentalmente a través de la reducción de los plazos de

⁴⁷¹ Tal función tiene pleno sentido cuando el promotor edifica para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros, o cuando, pese a edificar para sí, se dedica, como actividad empresarial, al negocio inmobiliario. Por el contrario, no parece razonable atribuir tal función de garante de calidad de la edificación a quien, ocasionalmente y para satisfacer una necesidad propia, toma la iniciativa de impulsar y programar las obras de edificación.

⁴⁷² MORENO-TORRES HERRERA, “Los defectos de las edificaciones y la protección del consumidor”, op. cit., págs. 510-518.

⁴⁷³ LARROSA AMANTE, “La incidencia de la protección del consumidor...”, op. cit., pág. 43.

prescripción de la acción y la delimitación del tipo de daño del que debe responder cada uno de estos agentes.

4. Concede mayores garantías a los perjudicados, a través de la imposición de la obligación de contratar seguros de daños o seguros de caución.

5. Incorpora una especie de responsabilidad legal objetiva de los agentes de la edificación, en virtud de una presunción de culpa del agente al que se impute la responsabilidad por los concretos daños aparecidos en el edificio, según las normas del propio texto, con inversión de carga de la prueba y exclusión de responsabilidad únicamente en los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o del propio perjudicado.

6. Configura una serie de derechos del usuario, secundarios y complementarios al régimen legal de responsabilidad de los agentes y de garantías establecido.

7. Compatibiliza el ejercicio de las acciones de responsabilidad derivadas de los daños materiales, con las acciones de cumplimiento contractual derivadas del contrato de compraventa.

III. EXAMEN DE LAS DIVERSAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LA LOE RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE CONSUMIDOR

Llevadas a cabo las precisiones anteriores, procede entrar al examen del articulado de la Ley de Ordenación de la Edificación, para enumerar aquellas garantías que se encuentran dispersas en el texto legal y que vienen a complementar el ámbito de protección del consumidor en la compraventa de viviendas. Dichas garantías son las relativas a la seguridad del edificio, la entrega de documentación, las cantidades aportadas a cuenta del precio y las derivadas de la suscripción de seguros, que pasamos a examinar⁴⁷⁴:

⁴⁷⁴ LARROSA AMANTE, “La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas. Especial referencia a los mecanismos de protección de la LOE”, op. cit., págs. 44 y ss.

1. Garantías en relación a la seguridad del edificio

El RD Legislativo 1/2007, que regula el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considera, al igual que el texto derogado de la Ley 26/1984, como uno de los derechos básicos del consumidor, en su art. 8 a), la protección de los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad. Ciertamente, el desarrollo que posteriormente se hace de este derecho del consumidor en los arts. 11 a 18 TRLGDCU, va encaminado en general a otro tipo de productos de consumo diferente a la vivienda. Sin embargo, qué duda cabe de que este bien, en cuanto que puede ser objeto de adquisición por un consumidor, y sobre todo, por su propia finalidad, está igualmente obligado a ofrecer parámetros de protección de la salud y seguridad de aquel, dada la previsión general del art. 11.1 TRLGDCU, según el cual, "*los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros*", definiendo en su apartado 2 qué debe ser entendido como un bien o servicio seguro, en un sentido negativo, esto es, aquellos que no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas. Lógicamente, la consideración de estos estándares de seguridad es algo que habrá que llevar a cabo de forma individualizada, en atención al producto y sus específicas características.

En el ámbito de la construcción, este derecho del consumidor es de mayor trascendencia si cabe, dadas las graves consecuencias económicas y personales que un defecto de seguridad puede tener para el mismo, y por ello está adecuadamente recogido. Ya la propia Exposición de Motivos de la LOE destaca que "*...la sociedad demanda cada vez más calidad de los edificios y ello incide tanto en la seguridad estructural y la protección contra incendios como en otros aspectos vinculados al bienestar de las personas, como la protección contra el ruido, el aislamiento térmico o la accesibilidad para persona con movilidad reducida...*", destacándose, por otro lado, el evidente interés público de tal previsión.

El desarrollo legal de este derecho se lleva a cabo, fundamentalmente, en el art. 3 LOE, al definir los requisitos básicos de la edificación, con el fin de garantizar la seguridad y el bienestar de las personas que la habiten. Se concretan dichos requisitos en tres apartados. El primero, relativo a la "funcionalidad", contempla la utilización, exigiendo que la disposición y las dimensiones de los espacios y la dotación de las instalaciones faciliten la adecuada realización de las funciones previstas en el edificio, así

como su accesibilidad, de manera que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y circulación por el edificio, en los términos previstos en su normativa específica, y a los servicios de telecomunicación, audiovisuales, de información, así como a los servicios postales, en los términos de la legislación sectorial. El segundo, relativo a la “seguridad”, incorpora previsiones tendentes a evitar que se produzcan en el edificio, o partes del mismo, daños que tengan su origen o afecten a elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia y estabilidad del inmueble; a posibilitar el desalojo de los ocupantes en caso de incendio, y a que el uso del edificio no suponga riesgo de accidente para las personas. Y el tercero, relativo a la “habitabilidad”, alude a la higiene, salud y protección del medio ambiente, a la protección contra el ruido y al ahorro de energía y aislamiento térmico (art. 3.1)⁴⁷⁵. De todo ello se deduce que los edificios a los que resulte de aplicación la LOE, deben satisfacer la calidad expresada en los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad que en ella se indican, tomando como definición de calidad el conjunto de prestaciones del edificio, precisas para satisfacer las necesidades del usuario durante su vida útil prevista.

El desarrollo técnico en la LOE, pues no se puede olvidar que estos requisitos son exigencias técnicas dirigidas fundamentalmente a los agentes de la edificación, se articula a través del denominado Código Técnico de la Edificación, que se define en el art. 3.2 LOE como el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios de nueva construcción y de sus instalaciones, así como de las intervenciones que se realicen en los edificios existentes⁴⁷⁶, de tal forma que permita el cumplimiento de los requisitos de seguridad y salud a los que se hace referencia, junto a los de funcionalidad, en el apartado 1 del mismo art. 3. Dicho Código Técnico de la Edificación fue aprobado

⁴⁷⁵ GARCÍA GIL, J., “La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil num.12/2000, parte Estudio*, Pamplona, 2000, pág. 3.

⁴⁷⁶ De acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de la LOE, letras b) y c), que dispone que “*tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:*

b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección”.

por RD 314/2006, de 17 de marzo⁴⁷⁷. En él se fijan las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios, incluidas sus instalaciones, para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad (no se incluyen las relativas a funcionalidad, que se regirán por su normativa propia), especificando que las exigencias básicas deben cumplirse en el proyecto, la construcción, el mantenimiento y la conservación de los edificios y sus instalaciones y proporcionando, finalmente, procedimientos que permitan acreditar su cumplimiento con suficientes garantías técnicas⁴⁷⁸.

En tal sentido, se diferencia en el citado art. 3, al igual que se hace en el art. 8 a) TRLGDCU, entre los requisitos que debe cumplir la edificación en relación a la seguridad, y aquellos otros que afectan a la salud de los usuarios que habitan tal construcción. Se puede distinguir, siguiendo el texto legal:

1.1. Requisitos de seguridad

El art. 3.b) LOE diferencia, a su vez, entre:

i) Seguridad estructural. Intenta prevenir que no se produzcan daños en el edificio, o partes del mismo, que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las

⁴⁷⁷ Según su Exposición de Motivos, “*el Código Técnico de la Edificación da cumplimiento a los requisitos básicos de la edificación establecidos en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad, la sostenibilidad de la edificación y la protección del medio ambiente. Efectivamente, la Ley 38/1999, en su disposición final segunda, autoriza al Gobierno para que, mediante Real Decreto, apruebe un Código Técnico de la Edificación en el que se establezcan las exigencias básicas que deben cumplirse en los edificios, en relación con los requisitos básicos relativos a la seguridad y a la habitabilidad, enumerados en los apartados b) y c) del artículo 3.1. Por un lado, la aprobación del Código Técnico de la Edificación supone la superación y modernización del vigente marco normativo de la edificación en España, regulado por el Real Decreto 1650/1977, de 10 de junio, sobre normativa de la edificación (...). Por otro, el Código Técnico de la Edificación crea un marco normativo homologable al existente en los países más avanzados y armoniza la reglamentación nacional existente en la edificación con las disposiciones de la Unión Europea vigentes en esta materia*”.

El Código Técnico de la Edificación se divide en dos partes, ambas de carácter reglamentario. En la primera (de carácter reglamentario obligatorio), se contienen las disposiciones de carácter general (ámbito de aplicación, estructura, clasificación de usos, etc.) y las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios, para satisfacer los requisitos de seguridad y habitabilidad de la edificación. La segunda parte está constituida por los Documentos Básicos (de carácter reglamentario no obligatorio), cuya adecuada utilización garantiza el cumplimiento de las exigencias básicas. En los mismos se contienen procedimientos, reglas técnicas y ejemplos de soluciones que permiten determinar si el edificio cumple con los niveles de prestación establecidos.

⁴⁷⁸ PARRAS SIMON, J., “Aplicación del CTE a la intervención en el patrimonio edificado”, <http://www.javierparras.es/ficheros/CTE-INT-PAT-EDIF-doc.pdf> (última entrada, 7 de junio de 2017).

vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. El objetivo del requisito básico de “seguridad estructural”, conforme al art. 10.1 del CTE, consiste en asegurar que el edificio tenga un comportamiento estructural adecuado frente a las acciones e influencias previsibles a las que pueda estar sometido durante su construcción y uso previsto. Establece también el CTE, como exigencias básicas relacionadas con la seguridad estructural, que la resistencia y la estabilidad sean las adecuadas para que no se generen riesgos indebidos, de forma que ambas se mantengan frente a las acciones e influencias previsibles durante las fases de construcción y usos previstos de los edificios. Asimismo, exige una aptitud al servicio conforme con el uso previsto del edificio, de forma que no se produzcan deformaciones inadmisibles, se limite a un nivel aceptable la probabilidad de un comportamiento dinámico y no se produzcan degradaciones o anomalías de importancia.

ii) Seguridad en caso de incendio. Los ocupantes deben poder desalojar el edificio en condiciones seguras, es necesario que pueda limitarse la extensión del incendio dentro del propio edificio y de los colindantes y debe permitirse la actuación de los equipos de extinción y rescate. El objetivo del requisito básico “seguridad en caso de incendio” consiste en reducir a límites aceptables el riesgo de que los usuarios de un edificio sufran daños derivados de un incendio de origen accidental, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento, según dispone el art. 11.1 CTE. En este ámbito, se establecen como exigencias básicas la limitación del riesgo de propagación del incendio por el interior y por el exterior del edificio, tanto al mismo edificio como a otros edificios colindantes. Asimismo, el edificio debe disponer de los medios de evacuación adecuados para facilitar que los ocupantes puedan abandonarlo o alcanzar un lugar seguro dentro del mismo, y también de los equipos e instalaciones adecuados para hacer posible la detección, el control y la extinción del incendio, así como la transmisión de la alarma a los ocupantes. Finalmente, deberá facilitarse la intervención de los equipos de rescate y de extinción de incendios, y la estructura portante deberá mantener su resistencia al fuego durante el tiempo necesario para que puedan cumplirse las anteriores exigencias básicas.

iii) Seguridad de utilización. El uso normal del edificio no debe suponer riesgo de accidente para las personas. Conforme al art. 12 del CTE, el objetivo del requisito básico

“seguridad de utilización y accesibilidad” consiste en reducir a límites aceptables el riesgo de que los usuarios sufran daños inmediatos en el uso previsto de los edificios, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento, así como en facilitar el acceso y la utilización no discriminatoria, independiente y segura de los mismos a las personas con discapacidad. En este caso, se establecen como exigencias básicas la limitación del riesgo de que los usuarios sufran caídas, impactos o atrapamientos con elementos del edificio, o queden accidentalmente aprisionados en recintos. Se limitará también el riesgo de daños como consecuencia de una iluminación inadecuada en zonas de circulación de los edificios, o el causado por situaciones con alta ocupación, facilitando la circulación de las personas. Se limitará también el riesgo causado por vehículos en movimiento y el de electrocución o de incendio causado por la acción del rayo. Finalmente, se facilitará el acceso y la utilización no discriminatoria, independiente y segura de los edificios a las personas con discapacidad.

La seguridad del edificio, partiendo de las necesidades propias de la construcción, se centra en un aspecto fundamental, como es la seguridad estructural, definida en relación con la resistencia y estabilidad del edificio. El incumplimiento de estos parámetros generales de seguridad va a determinar la responsabilidad de los agentes de la construcción en los términos que se desarrollan en el art. 17.1.a) LOE⁴⁷⁹, con el que se encuentra íntimamente relacionado. Se trata de garantizar la ausencia de defectos constructivos de tal calibre que puedan afectar de forma directa a la propia estabilidad de la construcción, provocando daños de gran trascendencia económica, personal y social. Junto con este aspecto primordial, se incluyen otros elementos de seguridad en relación a la protección contra incendios y de utilización del edificio, debiéndose garantizar a través de éstos la propia seguridad física de los habitantes del inmueble, limitando o minimizando al máximo el riesgo de accidente.

⁴⁷⁹ Dicho precepto dispone que *“sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas: a) Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio”*.

1.2. Requisitos de protección de la salud

En relación a este apartado, que el art. 3 LOE denomina como requisitos relativos a la habitabilidad, se configuran una serie de exigencias que debe cumplir el edificio, a los efectos de evitar la existencia de defectos constructivos que afecten a la salud de sus habitantes del edificio. Unas inadecuadas condiciones de estanqueidad, protección contra el ruido o aislamiento térmico, no cabe duda alguna que pueden afectar de una forma directa, no sólo a la propia habitabilidad del edificio, sino especialmente a la propia salud, contradiciendo el principio constitucional de una vivienda digna y adecuada. Se trata, por tanto, de aspectos sobre los que existe una especial sensibilidad social, que justifica sobradamente su incorporación como garantía específica dentro de los derechos del consumidor, integrados dentro del deber general de seguridad proclamado en el artículo 11 TRLGDCU.

El art. 3.c) LOE distingue entre:

i) Higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos. Según se desprende del art. 13 CTE, el objetivo de este requisito básico de salubridad, consiste en reducir a límites aceptables el riesgo de que los usuarios, dentro de los edificios y en condiciones normales de utilización, padezcan molestias o enfermedades, así como el riesgo de que los edificios deterioren el medio ambiente en su entorno inmediato, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento. Para garantizar su cumplimiento, se fija como exigencia básica la protección frente a la humedad, disponiendo medios que impidan la penetración de agua o, en su caso permitan su evacuación sin producción de daños. Se exige también que los edificios dispongan de espacios y medios para extraer los residuos ordinarios generados, de forma acorde con el sistema público de recogida. Los edificios dispondrán, además, de medios para que sus recintos se puedan ventilar adecuadamente, así como de medios adecuados para, de un lado, suministrar agua apta para el consumo de forma sostenible, aportando caudales suficientes para su funcionamiento, y de otro, extraer las aguas residuales generadas por ellos.

ii) Protección contra el ruido. El ruido percibido no debe poner en peligro la salud de las personas ni impedirles realizar satisfactoriamente sus actividades. El objetivo de este requisito básico “protección frente al ruido” consiste en limitar, dentro de los edificios y en condiciones normales de utilización, el riesgo de molestias o enfermedades que el ruido pueda producir a los usuarios, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento (art. 14 CTE). Para satisfacer este objetivo, los edificios se proyectarán, construirán, utilizarán y mantendrán de tal forma que los elementos constructivos que componen sus recintos tengan unas características acústicas adecuadas para reducir la transmisión del ruido aéreo o de impactos, y del ruido y vibraciones de las instalaciones propias del edificio, así como para limitar el ruido reverberante de los recintos.

iii) Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio. Según el art. 15 CTE, será posible alcanzar este objetivo reduciendo a límites sostenibles su consumo y logrando, asimismo, que una parte de este consumo proceda de fuentes de energía renovable, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento, estableciéndose como exigencias básicas la limitación de demanda energética necesaria para alcanzar el bienestar térmico, reduciendo el riesgo de aparición de humedades y tratando adecuadamente los puentes térmicos para limitar las pérdidas o ganancias de calor. Se exige que los edificios dispongan de instalaciones térmicas y de iluminación apropiadas, y a la vez eficaces energéticamente.

iv) Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio.

2. Garantías en relación con la entrega de documentación

Ya se ha destacado en el capítulo primero de este trabajo la importancia de la información como medio de garantía para el consumidor de una expresión libre y no condicionada de su voluntad en la contratación. El desarrollo legal de este derecho a la información, planteado con carácter general en el artículo 8 d) TRLGDCU, se llevó a cabo a través del RD 515/1989, que ya fue objeto de análisis en dicho capítulo primero. Ahora bien, la Ley de la Ordenación de la Edificación refuerza este derecho a la

información del consumidor, con la imposición al promotor de la obligación de entregar al adquirente de una vivienda el conjunto de documentos cuyo conocimiento es imperativo para el mismo.

Así, el art. 9.2 e) LOE obliga al promotor a entregar al adquirente la documentación de obra ejecutada o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes. Esta obligación se desprende también del art. 1.097 CC y del deber de buena fe del art. 1.258 CC, pues la entrega de la documentación relativa al edificio tiene enorme trascendencia en la utilización del mismo y en la atención de las labores de mantenimiento y reparación⁴⁸⁰.

A este respecto, el art. 7 LOE viene referido a la documentación de la obra ejecutada, la cual deberá de contener como mínimo el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación. Dicha documentación constituye lo que el último párrafo del art. 7 citado denomina el “Libro del Edificio”, el cual, imperativamente, conforme a dicho art. 7, en relación con el artículo 9.2.e) LOE⁴⁸¹, deberá ser entregado por la promotora a los usuarios finales del edificio. Tal régimen se completa con la obligación impuesta en el artículo 16.1 LOE a los propietarios de recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantías

⁴⁸⁰ En este sentido, la STS de 18 de marzo de 2002 (Roj: STS 1941/2002) estableció que *“la entrega de una cosa principal lleva consigo la de los accesorios que la sirven, sin que el artículo 1097 haga distinciones por su función, sea ésta más o menos esencial, para el manejo de la cosa principal o para ejercitar los derechos correspondientes sobre ella, y así como la entrega de inmuebles presupone la aportación de la titulación o documentación acreditativa del derecho de propiedad u otro sobre los mismos, no aparece obstáculo legal para integrar como accesorios a los Planos, Proyectos Básicos y de Ejecución y la Memoria de Calidades del inmueble perteneciente a una comunidad (...). Tampoco ha sido vulnerado el artículo 1258, pues la entrega de la documentación de que se trata es una secuela del contrato, en virtud de que nadie ostenta más méritos para tener consigo la documentación de la obra ejecutada que los propios adquirentes finales, habida cuenta de su decisiva trascendencia para la utilización de la edificación, así como para la atención de las ineludibles labores de mantenimiento y reparación de la misma”*.

⁴⁸¹ El art. 9.2 LOE fija como obligaciones del promotor las siguientes: a) ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él; b) facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar al director de obra las posteriores modificaciones del mismo; c) gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra; d) suscribir los seguros previstos en el art. 19 LOE; y e) entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes.

con que ésta cuente.

Además, el art. 7 LOE dispone que el Libro del Edificio estará formado por toda la documentación que el promotor deba recibir del director de la obra (el proyecto y sus modificaciones debidamente aprobadas), más el acta de recepción de la obra, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa al uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que sea de aplicación.

De las previsiones legales anteriores se desprende que el Libro del Edificio (el cual complementa y amplía las previsiones del RD 515/1989, que opera en el ámbito precontractual fundamentalmente, añadiendo nuevos datos que debe conocer el consumidor para un eficaz ejercicio de los derechos que la legislación de protección de los consumidores le reconoce), deberá ser entregado por el promotor al primer adquirente y éste además estará obligado a su entrega posterior a los sucesivos compradores, de tal manera que el adquirente final (bien por directa adquisición, bien por una cadena de transmisiones) deberá ser el que posea dicho documento, pues en definitiva va a ser este usuario final quien podrá ejercitar las acciones derivadas del art. 17 LOE.

Esta documentación ha de completarse con la establecida en el CTE, conforme al cual⁴⁸² la documentación obligatoria de seguimiento de la obra y la documentación del control de la obra deben ser depositadas por el director de la obra (en el caso de la documentación de seguimiento) y por el director de la ejecución de la obra (en el caso de la documentación de control) en el Colegio Profesional correspondiente o, en su caso, en la Administración Pública competente, que aseguren su conservación y se comprometan a emitir certificaciones de su contenido a quienes acrediten un interés legítimo.

Por tanto, y en resumen, el contenido de la documentación a entregar al consumidor será doble:

1. De acuerdo con el art. 9 RD 515/1989, deberán ser entregados por el vendedor todos los documentos a los que se refieren los arts. 4 a 8 del citado Real Decreto, que vienen a incidir en el contrato y complementan el mismo, pudiendo ser alegados y

⁴⁸² v. su anejo II.

exigidos como parte de dicho contrato, aun cuando no se hayan incluido en aquel, permitiendo en este caso el ejercicio de acciones al consumidor por incumplimiento del contrato de compraventa de vivienda sobre plano⁴⁸³.

2. Debe serle entregado el Libro del Edificio, con el contenido mínimo previsto en el art. 7 LOE, al que ya se ha hecho referencia⁴⁸⁴. La finalidad que con esta entrega se pretende (tal como se deriva del contenido obligatorio del Libro del Edificio previsto en

⁴⁸³ Compatibilidad de acciones que se reconoce en el artículo 17.9 LOE, conforme al cual las responsabilidades a que se refiere este artículo (que regula la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en la edificación) se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador, en relación al contrato de compraventa suscrito entre ellos, conforme a los arts. 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa.

⁴⁸⁴ De la legislación autonómica (que exige la inclusión en el Libro del Edificio de más datos que el art. 7 LOE) y de la estatal, resultan los siguientes contenidos del Libro:

1. Identificación de los partícipes en la edificación.
2. Datos técnicos: planos del edificio, materiales empleados, instrucciones de uso y conservación, modificaciones del proyecto, etc. Se incluirán también las anotaciones que, durante el transcurso del proceso edificatorio, se hicieran en el Libro de Órdenes, Asistencias e Incidencias que sean significativas para el conocimiento, descripción, conservación y mantenimiento de la obra ejecutada. Asimismo, se incluirán los documentos en los que se acredite la calidad de los procesos constructivos, materiales, instalaciones, etc. Y las normas de actuación en caso de siniestro o en situaciones de emergencia que puedan producirse durante la vida del edificio. La comunidad de propietarios, o el propietario único del edificio, deberá recibir también el proyecto técnico necesario para la instalación de infraestructuras comunes de telecomunicación en el interior de los edificios, y también un boletín de instalación expedido por el instalador de telecomunicaciones que haya realizado la misma, como garantía de que se ajusta al proyecto técnico, teniendo además los propietarios derecho a recibir las instrucciones de uso de las instalaciones de telecomunicaciones realizadas. Finalmente, de acuerdo con el CTE debe incluirse también la siguiente documentación técnica: el Libro de Incidencias en materia de seguridad y salud, la certificación final de obra, la documentación del control de recepción de productos, sus instrucciones de uso y mantenimiento con las garantías que correspondan y la documentación del control de calidad. Aunque el CTE dispone que esta documentación habrá de depositarse en las Administraciones Públicas o en los Colegios Profesionales, debería ser entregada también a los propietarios, pues se trata de documentación relativa a la obra ejecutada y exigible por las Administraciones competentes.
3. El acta de recepción de la obra.
4. Autorizaciones legalmente exigidas para la documentación de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios.
5. Datos jurídicos del edificio: inscripción (o no) en el Registro de la Propiedad; cargas reales existentes en el momento de la venta; en el caso de propiedad horizontal, los estatutos de la comunidad, si existen, o la consignación de que faltan.
6. Datos relativos al contrato de venta: indicación y descripción de la garantía real en la que, en su caso, el adquirente deba subrogarse.
7. Otros datos: por ejemplo, las garantías de vivienda y sus elementos, con especificación de garante y titular, los derechos del titular y el plazo de duración; la lista de compañías suministradoras de servicios de la vivienda, con indicación de su domicilio, a efectos de contratación, y los boletines correspondientes para llevarlas a cabo.

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GONZALEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., págs. 488 a 490.

la Ley), consiste: **i)** por un lado, en que el consumidor tenga los datos necesarios para el ejercicio de las acciones de responsabilidad *ex lege* previstas en el art. 17 LOE contra los diversos agentes de la edificación (acta de recepción, a los efectos del inicio el plazo de prescripción; identificación de los agentes, a los efectos de la concreta exigencia de responsabilidad, etc.); y **ii)** por otro lado, en que el consumidor, en cuanto usuario final, tenga en su poder las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, a los efectos de la obligación de conservación impuesta a dicho usuario final en el artículo 16.2 LOE⁴⁸⁵. Ello tiene incidencia directa en las acciones de responsabilidad *ex lege* señaladas, pues en caso de no entregarse dicha documentación, no podría ser exigida al consumidor actuación alguna de mantenimiento, y por el contrario, si hubiera sido debidamente entregada y no hubieran sido ejecutadas dichas actuaciones de conservación, podría dar lugar a la exclusión de la responsabilidad de los agentes de la construcción por los daños materiales producidos en el edificio, de conformidad con lo previsto en el artículo 17.8 LOE⁴⁸⁶. Se trata de un documento que beneficia lógicamente al consumidor, pero, a la vez, también beneficia a los agentes de la edificación, al implicar activamente al usuario final en la propia conservación y mantenimiento del edificio.

3. Garantías en relación con las cantidades entregadas a cuenta

Una de las primeras garantías surgidas como consecuencia de la generalización de la compra de viviendas fue la promulgación de la Ley 57/1968 de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, mediante la cual se pretendía, tal como se derivaba de su art. 1, tanto garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, más un determinado interés anual, mediante la concertación de un seguro (o aval), como que las cantidades anticipadas por los compradores se destinaran únicamente a atender las necesidades de la construcción de las viviendas, mediante su ingreso en una cuenta especial con separación de cualquier otra

⁴⁸⁵ Conforme al dicho precepto, “*son obligaciones de los usuarios, sean o no propietarios, la utilización adecuada de los edificios o de parte de los mismos de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento, contenidas en la documentación de la obra ejecutada*”.

⁴⁸⁶ “*Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño*”.

clase de fondos pertenecientes al promotor.

El contenido de dicha ley, derogada con efectos desde 1 de enero de 2016, ha pasado, con alguna modificación, a la actual Disposición Adicional Primera de la LOE, bajo la denominación "*percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*", y ya ha sido objeto de análisis exhaustivo en el capítulo tercero del presente trabajo.

4. Garantías por responsabilidad consecuencia de daños materiales

4.1. Situación anterior a la LOE. El artículo 1.591 del Código Civil

La existencia de vicios constructivos no es un problema exclusivamente actual, sino que viene produciéndose de forma prolongada en el tiempo. La regulación al respecto contenida en el Código Civil se articulaba en torno a la protección del dueño de la obra frente al constructor y el arquitecto al amparo del art. 1591 CC⁴⁸⁷ para el caso de ruina, y a la protección establecida a favor del comprador frente al vendedor, a través de las acciones derivadas del régimen de incumplimiento contractual (arts. 1101 y ss. CC), así como la regulación del derecho al saneamiento por vicios ocultos, reconocido en el art. 1484 CC.

La protección del adquirente de vivienda en construcción así concebida era imperfecta y manifiestamente insuficiente, entre otras cosas porque el plazo del art. 1490 CC para los vicios ocultos es extremadamente breve, lo que motivó que la jurisprudencia se volcase en dar una interpretación flexible del art. 1591 CC para proteger los derechos de los compradores de inmuebles, remediando de este modo las carencias de que adolecía la letra de la Ley. En este sentido, el Tribunal Supremo llevó a cabo una importantísima labor de interpretación e integración de la norma, que permitió la adaptación, con sus lógicos claros y oscuros, del art. 1591 CC a realidades más cercanas a las nuevas necesidades surgidas por la propia evolución de la sociedad, tratando de salvaguardar los

⁴⁸⁷ Dispone el art. 1.591 CC que "*el contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años*".

derechos de aquellos más necesitados de protección. Así lo destaca la STS de 8 de junio de 1992 (Roj: STS 4574/1992) al señalar que *"en definitiva, toda la evolución jurisprudencial propende a fortalecer la tutela judicial efectiva de la parte más débil, los propietarios compradores de viviendas frente a quiénes no se permite invocar que no contrataron con los constructores, que no pusieron reparos al recibir el objeto o que han transcurrido los plazos legales para el saneamiento de los vicios ocultos"*.

Dicho afán jurisprudencial se centró fundamentalmente en la interpretación del concepto de ruina (y, en especial, de la figura de la denominada ruina funcional), en la extensión de las personas responsables a terceros no mencionados en el artículo 1591 CC (en especial a los promotores), y en la extensión de la legitimación activa para poder reclamar. Nos encontramos con un panorama en el que existía una insuficiente protección legal y los adquirentes (fundamentalmente consumidores) sólo podían ser amparados en virtud de una interpretación extensiva de la Ley llevada a cabo por los Tribunales que, en algunos casos, podría decirse que excedía de las funciones de complemento del ordenamiento jurídico que asigna el artículo 1.6 CC a la jurisprudencia, pero que resultaba de la propia necesidad de que se diera un adecuado tratamiento a una situación de tal importancia social y económica.

En consecuencia, el régimen legal ex art. 1591 CC fue fundamental, hasta la entrada en vigor de la LOE, a efectos de determinación de responsabilidad civil por vicios o defectos en la construcción, sobre todo a partir de que se ampliara el concepto de ruina, en virtud de una jurisprudencia constante y flexible, que no limitaba su aplicación a los vicios ruinógenos. Este ensanchamiento conceptual (posiblemente debido a que el precepto no concreta qué se entiende por ruina, ni tampoco qué acciones pueden ejercitar los perjudicados) dio lugar a que se dejaran a un lado las normas generales de responsabilidad contractual, así como las de saneamiento por vicios ocultos, quedando finalmente incluidos en el concepto de ruina los vicios o defectos de poca entidad, que podían haber encajado en dichas normas de saneamiento⁴⁸⁸.

Así, como ha quedado expuesto, la jurisprudencia interpretó ampliamente el ámbito de aplicación de este precepto, a fin de adaptarlo a la realidad del momento.

⁴⁸⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Comentario al art. 1591 CC", *Comentarios al Código Civil*, Dir. R.B.R.C., tomo VIII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 11244.

Podemos resumir la doctrina del TS, en cuanto a la interpretación y aplicación del art. 1591 CC antes de la entrada en vigor de la LOE, en los siguientes puntos:

i) Se aplicó el art. 1591 CC, no sólo respecto al constructor, sino también respecto al promotor-constructor⁴⁸⁹, e incluso respecto a cualquier tipo de promotor, aunque no actuara como constructor⁴⁹⁰.

ii) Respecto al concepto de “edificio”, los tribunales acogieron una concepción amplia, que no sólo se refería al edificio propiamente dicho, sino también a cualquier

⁴⁸⁹ En este sentido encontramos la STS de 31 de marzo de 2000 (Roj: STS 2618/2000), conforme a la cual *“el discurso casacional conduce a la conclusión de que se aportó estudio completo del terreno que las circunstancias concurrentes le imponían, máxime cuando para Jada S.A. no le era por completo desconocido las alteraciones que afectaban a los edificios de la zona, con lo que aceptó el riesgo y debe responder de sus consecuencias negativas frente a los compradores de las viviendas, en su condición de promotor de las mismas, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial, que declara el papel relevante del promotor en el proceso constructivo y la obligación que asume al realizar la obra sin deficiencias, presentando en el mercado un producto correcto. Si bien no es ningún reproche que su actividad se encamine al logro de beneficios económicos, ello también refuerza la exigencia de responsabilidades en los casos de ejecuciones deficientes, que resultan permanentes y máxime si son progresivas como ocurre en el caso que nos ocupa (Sentencias de 1-10-1991, 2-9, 20-12-1993, 28-1, 2-2 y 29-3-1994, 21-3-1996 y 13-10-1999)”*.

⁴⁹⁰ Así, la STS de 6 mayo de 2004 (Roj: STS 3058/2004), con cita de otras, fundamenta en este sentido: *“Los criterios determinantes de la inclusión de promotor en el círculo de las personas a que se extiende la responsabilidad del artículo 1591, fueron, según reiterada y pacífica doctrina de esta Sala los siguientes: a) que la obra se realice en su beneficio; b) que se encamina al tráfico de la venta a terceros; c) que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; d) que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y, e) que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción, criterio que aparece reflejado en numerosas sentencias (9 de Marzo de 1988, 18 de Diciembre de 1989, 8 de Octubre de 1990, 1 de Octubre de 1991 y 8 de Julio de 1992); incluso ha dicho esta Sala en Sentencia de 13 de Julio de 1987 que la responsabilidad del promotor “viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponde” (Sentencia de 28 de Enero de 1994).*

Se ha venido incardinando la nueva figura del promotor dentro del concepto de contratista, alcanzándole la responsabilidad inherente a tal asimilación, especialmente, cuando el promotor, por su cuenta y beneficio, encarga la realización de una obra a un tercero con la intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener un beneficio económico, como apuntó la Sentencia de 20 de Febrero de 1989, en consonancia con la de 9 de Marzo de 1988, (Sentencia de 3 de Mayo de 1996).

En definitiva, la jurisprudencia de esta Sala equipara la figura del promotor a la del contratista a los efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil, y ello porque, principalmente, el que se beneficia pecuniariamente de la obra realizada es el mencionado promotor, cuya figura lleve ínsita la responsabilidad por lo menos “in eligendo” sino es “in vigilando”, con respecto a los contratistas y distintos técnicos que intervienen en una obra (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Diciembre de 1988)”.

construcción, incluyendo obras mayores y menores, así como obras de reparación de un edificio o construcción.

iii) A partir de la amplia fórmula ofrecida por el art. 1591 CC, que viene a decir que los sujetos responsables de la ruina deberán hacer frente a los daños y perjuicios que la misma ocasione, la jurisprudencia entendió que, en virtud de dicho precepto, se podrían reclamar cualesquiera quebrantos patrimoniales, o incluso morales, que la ruina hubiese producido (a diferencia del régimen de la LOE, que sólo permite reclamar daños materiales ocasionados en el edificio). Así, al amparo del art. 1591 CC se podía reclamar el importe de los daños emergentes debidamente probados (gastos de reparación, daños en muebles o mercancías, gastos de traslado, mudanza, alquiler, etc.), el lucro cesante debidamente acreditado (paralización de la actividad profesional o comercial, pérdida de alquileres y rentas) e, incluso, los daños corporales y morales producidos (muerte, lesiones físicas o sufrimiento psicológico por el abandono precipitado de la vivienda).

iv) El concepto de “ruina” fue interpretado por los tribunales muy ampliamente⁴⁹¹:

⁴⁹¹ Respecto al concepto de ruina, parece claro que el legislador del Código Civil se refirió, en el art. 1.591, al estado físico de una construcción que amenaza su próximo deterioro o abatimiento final o en el que dicha amenaza ya se ha producido (de hecho, el Código recoge este concepto en otros lugares: por ejemplo, el art. 389 CC, “*si un edificio, pared, columna o cualquier otra construcción amenazase ruina*”, atribuye al propietario la opción de demoler o “*ejecutar las obras necesarias para evitar su caída*”; también, cuando el art. 1907 CC dispone la responsabilidad del propietario de un edificio por “*los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si esta sobreviene por falta de las reparaciones necesarias*”, y cuando el art. 1.909 CC remite, para reclamar los daños que resultaren de “*defecto de construcción*”). Quiere decirse con esto que el concepto de ruina al que se refiere el art. 1591 CC es el de “ruina real”, o lo que es lo mismo, la que abarca tanto el peligro próximo de derrumbamiento de una construcción, como el resultado de abatimiento efectivamente producido. Se trata, por consiguiente, de una ruina física o afectante a los elementos estructurales de una edificación.

Pero, pese a ser esta la significación natural del término “ruina” que utiliza el art. 1.591 CC, y pese a que, en algunas puntuales ocasiones, la Sala Primera del Tribunal Supremo parece contraponer los “vicios no ruinosos por su entidad” a los “vicios determinantes de ruina”, para encuadrar los primeros en el marco de la responsabilidad contractual y los segundos en el de la responsabilidad decenal (STS de 10 de octubre de 1994 -Roj: STS 6418/1994-), es lo cierto, sin embargo, que la doctrina prevalente (SSTS de 16 de noviembre de 1996 -Roj: STS 6413/1996-, 30 de enero -Roj: STS 526/1997- y 17 de diciembre de 1997 -Roj: STS 7767/1997- y 8 de mayo de 1998 -Roj: STS 2988/1998-) es la de que el concepto de ruina no es el restrictivo que significa destrucción de la obra, sino otro mucho más amplio, de ruina funcional, que alcanza o bien a toda la construcción o bien a una parte o elementos de la misma, excediendo de las imperfecciones corrientes. Es decir, la doctrina separa el concepto de ruina “*de una interpretación literal, identificativa con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él aquellos graves defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato o incidan en la inhabilidad del edificio*” (STS de 30 de enero de 1997 -Roj: STS 526/1997-), SALA SANCHEZ, P.,

no se restringió a la destrucción o derrumbamiento de la obra (como parece desprenderse de la dicción literal del precepto), sino que se incluyó la ruina parcial (que sólo afecta a parte del edificio), la ruina funcional (edificio no susceptible de utilización para su uso previsto), y la ruina potencial (amenaza de derrumbamiento del edificio). En definitiva, cualquier defecto constructivo que excediera de las “imperfecciones corrientes” (STS de 30 de enero de 1997 -Roj: STS 526/1997-) constituía un defecto grave incluido en el concepto de “ruina”, a efectos de desencadenar la responsabilidad del promotor derivada del artículo 1591 CC⁴⁹².

Este concepto amplio de “ruina” ha determinado la aplicación del régimen de responsabilidad decenal ex art. 1591 CC a muchos supuestos que (en terminología de la LOE) constituyen defectos de habitabilidad o de acabado. A raíz de la entrada en vigor de la LOE -respecto a las edificaciones a las que su régimen de responsabilidad resulta de aplicación-, tales supuestos han dejado de estar amparados por el plazo de diez años de garantía (y el plazo de prescripción de quince años), y han pasado a estar garantizados por un plazo de tres o un año, según tengan la consideración de defectos de habitabilidad o de defectos de acabado (con un plazo de prescripción de dos años)⁴⁹³.

No obstante, entre las partes implicadas (asociaciones de consumidores, colegios profesionales, etc.), existía la absoluta convicción de la necesidad de llevar a cabo una reforma que dotase a esta materia de la necesaria seguridad, tanto para los consumidores como para los intervinientes en la edificación, delimitando un marco normativo claro y

“La supuesta compatibilidad del artículo 1591 del Código Civil y de la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Revista del Poder Judicial*, nº 62, 2001, págs. 443 y 444.

⁴⁹² Entre tales defectos se incluyen, por ejemplo, las humedades en algunas zonas del edificio (STS de 20 de noviembre de 1998 -Roj: STS 6918/1998-), filtraciones (STS de 31 de diciembre de 2002 -Roj: STS 8935/2002-), goteras (STS de 1 de febrero de 2002 -Roj: 588/2002-), la caída de placas o losetas de la fachada o desconchados de ella (SSTS 2 de diciembre de 1994 -Roj: STS 7839/1994- o 10 de octubre de 1994 -Roj: STS 6418/1994-), rotura de elementos constructivos (STS de 24 de enero de 2001 -Roj: STS 377/2001), defectuosa estructura del edificio (STS de 18 de diciembre de 1999 -Roj: STS 8172/1999-), grietas y fisuras (STS de 25 de junio de 1999 -Roj: 4537/1999-), pendientes mal realizadas (STS de 25 de enero de 2000 -Roj: 410/2000-), desperfectos en elementos técnicos del edificio (STS de 23 de diciembre de 1999 -Roj: 8424/1999-), ausencia de elementos constructivos necesarios (STS de 16 de noviembre de 2001 -Roj: 8942/2001-), desprendimientos de azulejos u otros elementos constructivos (STS de 16 de noviembre de 1996 -Roj: STS 6413/1996-), desplazamiento del pavimento (STS 3 de abril de 1995 -Roj: 1974/1995-), mala ejecución de algunos elementos constructivos (STS 31 de mayo de 1995 -Roj: 3099/1995-) o ruidos y vibraciones (STS de 16 de noviembre de 2001 -Roj: 8942/2001-).

⁴⁹³ PÉREZ RIVARÉS, J.A., “La responsabilidad civil del promotor por defectos constructivos”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº18-2007, págs. 32 a 34.

eficaz. Y a ello vino a responder la promulgación, después de múltiples intentos y proyectos, de la Ley de la Ordenación de la Edificación⁴⁹⁴.

4.2. Naturaleza de la responsabilidad del art. 17 LOE⁴⁹⁵. El art. 1591 CC

⁴⁹⁴ En cuanto a la subsistencia del art. 1591 CC tras la entrada en vigor de la LOE, que no lo deroga expresamente, lo que sí está claro es que no puede subsistir la amplia interpretación jurisprudencial del precepto. En lo que se refiere a la norma en sí, será de aplicación en todo aquello que no se oponga a la LOE y para supuestos que queden fuera del ámbito de ésta, salvo que la consecuencia jurídica fuera absurda o ilógica (como en el caso de obras menores, no sometidas a la LOE). Ello significa que, en los supuestos desatendidos por la LOE, el art. 1591 podrá servir de complemento a las pretensiones del perjudicado, lo que sucede en los supuestos de reclamación de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento de la *lex artis*, o bien por incumplimiento de las condiciones específicamente pactadas en el contrato. Y es que, comparados los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo del art. 17 LOE y del art. 1591 CC, llegamos a la conclusión de que, en definitiva, el art. 1591 CC es norma general frente a la LOE, que es norma especial. Por ello, su derogación o no resulta indiferente, puesto que queda absorbido por la regulación contenida en la LOE, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., “Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Coord. A.C.S., volumen 2, Civitas, Madrid, 2002, pág. 1213.

⁴⁹⁵ Artículo 17 “Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación”.

“1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

a) Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

b) Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3.

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

2. La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder.

3. No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción.

4. Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas.

5. Cuando el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, los mismos responderán solidariamente.

Los proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores.

Publicada la Ley de Ordenación de la Edificación, ÁLVAREZ OLALLA⁴⁹⁶ señaló que se trataba de una ley especial en materia de protección al consumidor, que venía a desarrollar, en este sector de actividad, la protección de la que ya gozaba el particular que adquiere una vivienda a través de la Ley 26/1984. Se trata de una opinión excesivamente optimista, como posteriormente se ha podido apreciar y como ya se ha expuesto al inicio del presente capítulo, pues si bien es cierto que incluye una serie de elementos de protección del consumidor, por otro lado, también incorpora una serie de limitaciones, fundamentalmente a la jurisprudencia integradora del artículo 1591 CC, restringiendo el ámbito de protección que ésta estableció.

Ahora bien, lo que sí ha hecho la Ley de Ordenación de la Edificación es clarificar la naturaleza de la responsabilidad de los agentes de la edificación, superando la discusión doctrinal al respecto, derivada de la escueta redacción del art. 1591 CC. La responsabilidad civil derivada del texto que examinamos podemos articularla en torno a las siguientes características⁴⁹⁷:

6. *El constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan.*

Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

7. *El director de obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento.*

Quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista.

Cuando la dirección de obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico, los mismos responderán solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda.

8. *Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.*

9. *Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa”.*

⁴⁹⁶ ÁLVAREZ OLALLA, M., *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2.002, pág. 14.

⁴⁹⁷ LARROSA AMANTE, “La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas. Especial referencia a los mecanismos de protección de la LOE”, op. cit, págs. 57 y ss.

4.2.1. Responsabilidad objetiva. Causas de exoneración

Se trata de una imputación de responsabilidad al agente que ha intervenido, según el vicio o defecto de que se trate (enumerados en el art. 17 LOE), siempre que se haya producido dentro de los plazos de garantía que, asimismo, prevé, y de la que sólo puede ser exonerado cuando se haya roto el nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o del propio perjudicado, con inversión de la carga de la prueba (artículo 17.8 LOE).

En cuanto a dichas causas de exoneración, no serán de aplicación si el vicio o defecto constructivo tiene su origen en circunstancias que debieron ser previstas por quien interviene en el proceso edificatorio como profesional de la construcción, pues en tal caso, el agente de la edificación debe responder de todo lo que fuera previsible para un perito⁴⁹⁸. Por otra parte, en cuanto a la interferencia de un tercero en el nexo causal, para que esto de lugar a la exoneración es preciso que el autor material del daño sea, en efecto, una tercera persona, por cuyas acciones u omisiones el agente de la edificación no esté obligado a responder⁴⁹⁹. Finalmente, según el art. 17.8 LOE los vicios o defectos debidos a acciones u omisiones del propietario perjudicado también rompen el nexo causal, si bien deberán producirse por causa exclusivamente imputable a dicho perjudicado: si alguno de los agentes concurre en la producción del daño, entonces no habrá exoneración total de responsabilidad, aunque sí reducción de la indemnización⁵⁰⁰. Debe tenerse en cuenta también que el cumplimiento y utilización de los procedimientos de verificación previstos en el CTE no implican necesariamente una causa de exoneración de responsabilidad,

⁴⁹⁸ Así, el director de la obra responderá, por ejemplo, de los daños que hubieran podido evitarse con un estudio del suelo y la adopción de las medidas oportunas (STS de 10 de junio de 1986, Roj: STS 8063/1986), o de los defectos que se deban a la utilización de materiales inadecuados (STS de 14 de julio de 1988 -Roj: STS 9743/1988-).

⁴⁹⁹ Sí responderá, por ejemplo, en los supuestos previstos en el art. 17. 5, 6 y 7 LOE, o en los casos del art. 1903 CC.

⁵⁰⁰ El TS ha aplicado el criterio de reducción de la indemnización también en supuestos en que los defectos se debieron, en parte, a un mal uso del propietario, o en casos en que éste realizó con posterioridad otras obras que pudieron influir en el resultado dañoso (STS de 29 de enero de 1999 -Roj: STS 452/1999-). Por el contrario, sí exonera de responsabilidad a los agentes de la edificación la falta de realización por el propietario perjudicado de las operaciones de conservación y mantenimiento del edificio previstas en el CTE.

como tampoco lo es el que se hayan cumplido todas las normas sobre el control de calidad de la edificación⁵⁰¹.

Formuladas estas precisiones, las mismas no vienen sino a corroborar la consideración de objetiva de la responsabilidad regulada en la LOE. Y es que, según hemos visto, no se incluye entre las causas de exoneración del art. 17.8 LOE la observancia de la diligencia debida por los agentes de la edificación, sino que se limita a establecer una serie de supuestos en los que se produce la ruptura del nexo causal, que lo único que implica es que entre la actuación del agente de la edificación y la producción del daño no existe la relación causal que todo supuesto de responsabilidad necesita. Y es que la responsabilidad objetiva no implica que se responda en todo caso: debe existir nexo causal entre actuación y daño, y por tanto no podemos deducir que la inclusión del caso fortuito y la fuerza mayor en el art. 17.8 LOE signifique que la responsabilidad es subjetiva, por el hecho de que no se imponga responsabilidad en todo caso. Así, la responsabilidad de la LOE es objetiva, porque ni se requiere expresamente la concurrencia de culpa, ni se permite a los agentes de la edificación que se excluya su responsabilidad, si acreditaran haber actuado con diligencia debida. Además, al ser objetiva la responsabilidad, habrá también un criterio de imputación distinto de la culpa, que puede situarse en el riesgo inherente a la actividad desarrollada o en el beneficio que se obtiene con ella. En consecuencia, podemos entender que el mero desarrollo de la actividad edificadora justifica que quien la realiza debe hacer frente al resarcimiento, cuando como consecuencia de la misma se produce un daño, pero sólo si ese daño producido se encuentra dentro del riesgo asumido por quien realizó la actividad.

Hay, además, otros datos que permiten defender el carácter objetivo de la responsabilidad, como es el establecimiento de seguros obligatorios, a los que se hará referencia más adelante, que, en efecto, mitigan las consecuencias del hecho de que un sujeto deba responder cuando no ha mediado culpa por su parte, como consecuencia del incremento de responsabilidad derivado del desarrollo de la técnica, garantizándose además la indemnización del perjudicado. Otra circunstancia que, asimismo, aboga por el carácter objetivo de la responsabilidad prevista en la LOE es el hecho de que, como se

⁵⁰¹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GONZALEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., págs. 452-454.

ha indicado, no se contemple como causa de exoneración la observancia de todas las normas sobre control de calidad de la edificación. Esta circunstancia sólo se explica bajo la idea de que se responde por los daños producidos a consecuencia del riesgo que comporta la actividad desarrollada, con independencia de que se respete el nivel de diligencia exigible⁵⁰².

4.2.2 Responsabilidad “ex lege”

La responsabilidad de los agentes de la edificación, según se expondrá, nace como consecuencia del incumplimiento por los mismos de las obligaciones que expresamente le impone la propia ley, independientemente de los deberes contractuales que puedan existir entre ellos o frente a los consumidores adquirentes (artículo 17.9 LOE), lo que permite compatibilizar las acciones contractuales con las derivadas de la estricta aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación. Se apoya esta calificación en el evidente interés público de la edificación, tal como destaca actualmente la Directiva 2005/36/CE (que reproduce, a este respecto, lo ya referido por la Directiva 85/384/CEE) cuando declara que *"la creación arquitectónica, la calidad de las construcciones, su inserción armoniosa en el entorno, el respeto a los paisajes naturales y urbanos, así como el patrimonio colectivo y privado, revisten un interés público"* (punto 27).

Así, los arts. 17.1 y 18.1 LOE advierten que la responsabilidad de los agentes de la edificación regulada por esta Ley se establece sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales y de las acciones por incumplimiento contractual, y además, el art. 17.1 LOE atribuye legitimación activa para reclamar responsabilidad por vicios constructivos no sólo al propietario del edificio que encargó su construcción, sino también a los terceros adquirentes del inmueble. Vemos, pues, que la responsabilidad por defectos constructivos en la LOE se concibe no sólo al margen de la responsabilidad que, por razón del contrato de obra, tienen los agentes de la edificación frente al propietario, sino también con independencia de la responsabilidad que, debido a esos mismos defectos, podría exigir el tercero adquirente a quien se les hubiese transmitido la propiedad del inmueble, en virtud

⁵⁰² MARTINEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 266-268.

del correspondiente contrato de compraventa⁵⁰³. Por lo tanto, los arts. 17 y 18 LOE contienen un régimen de responsabilidad aplicable sólo al daño, consistente en la necesidad de reparar materialmente la edificación (los “*daños materiales causados en el edificio*”), como consecuencia de ciertos vicios y defectos constructivos, y donde el único legitimado activo es el propietario de la edificación o de parte de la misma. Se trata, en definitiva, de una responsabilidad legal⁵⁰⁴ que no es de suyo ni contractual ni extracontractual (será contractual si entre el propietario perjudicado y el agente responsable media una relación contractual, y extracontractual si no es así). En cualquier caso, en los daños incluidos en el art. 17 LOE la responsabilidad es necesariamente *ex lege*, porque su resarcimiento está sujeto al mismo régimen contenido en los arts. 17 y 18 LOE, cualquiera que sea la naturaleza de la relación (contractual o extracontractual)⁵⁰⁵.

⁵⁰³ COLINA GAREA, R., “Responsabilidad del vendedor de inmuebles en la LOE”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 1449 y 1450.

⁵⁰⁴ Existe un sector doctrinal que entiende que la naturaleza de la responsabilidad recogida en el art. 17 LOE es de carácter contractual, pues se presupone la existencia de un contrato de obra o servicio entre el propietario y los diferentes agentes de la edificación, estando los terceros adquirentes legitimados por la previa existencia de dicho contrato de obra, naturaleza contractual que, según entienden quienes defienden esta postura, vendría reforzada por la incorporación a la norma de la recepción de la obra (en este sentido, DIEZ-PICAZO, o CABANILLAS SÁNCHEZ).

Por su parte, quienes defienden la naturaleza legal de la responsabilidad ex ar. 17 LOE (postura defendida en el presente trabajo), se apoyan en el propio texto del artículo, que deja al margen las responsabilidades contractuales de los agentes, reconociendo a los legitimados activamente unas acciones derivadas de obligaciones contractuales, que quedan fuera de la LOE, y otras que tienen su fundamento en obligaciones legales, recogidas en la LOE. Fundamentan su postura, asimismo, en la legitimación atribuida por la LOE a los sucesivos adquirentes, que no están vinculados contractualmente con los agentes responsables, así como en los diferentes plazos de garantía establecidos en la LOE y el CC para las acciones de naturaleza contractual y extracontractual (en este sentido, CORDERO LOBATO y ÁLVAREZ OLALLA, entre otros), MORÁN DÍAZ, A., “La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación”, *Tesis Doctoral. Directora: Dra. Dña. María Linacero de la Fuente*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, págs. 147 y 148.

⁵⁰⁵ Pero la naturaleza de la relación existente entre el propietario y el agente responsable de los vicios y defectos constructivos sí tiene trascendencia para todo aquello que no está regulado en la LOE, pues si existe contrato, todo ello queda remitido al régimen contractual (como, además, dispone la propia LOE en los núms. 1 y 9 del art. 17). En primer lugar, si hay contrato se rige por éste el resarcimiento de las otras consecuencias económicas negativas en el patrimonio del perjudicado que haya podido causar el vicio o defecto constructivo (por ej., el lucro cesante, el daño a otros bienes distintos del edificio, los costes de desplazamiento o cambio de domicilio, el daño moral por las molestias soportadas, el coste del alquiler sustitutivo mientras duran las obras de reparación, el mayor coste de la vivienda que se debe adquirir como consecuencia de los defectos constructivos de la primera, etc.). En segundo lugar, si existe contrato, queda remitido al régimen contractual el resarcimiento de los costes materiales de reparación por vicios y defectos constructivos que no estén incluidos en el art. 17 LOE (por ej., defectos constructivos no incluidos en el art. 17.1 LOE, o que resulten de obras de edificación no comprendidas en el art. 2.2 LOE). Por último, es también el contrato el que, en su caso, determinará la existencia de otras legitimaciones y pretensiones no

4.2.3. Responsabilidad individual. Solidaridad de los responsables

Como regla general, cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo responde de los daños y perjuicios que traigan causa de su concreta actuación, de acuerdo con las funciones que la propia LOE les atribuye en sus arts. 9 a 15. Así se prevé en el artículo 17.2 LOE, que establece que la responsabilidad civil que contempla la Ley "*será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder*". Por lo tanto, siendo la responsabilidad civil de los agentes de la edificación individualizada y personal, una vez producidos en el edificio daños materiales ocasionados por defectos constructivos, se deberá determinar la causa de los señalados defectos para averiguar el concreto agente de la edificación responsable de los mismos. En principio, dado que la responsabilidad contemplada por la Ley se configura como personal e individualizada, sólo podrá exigirse la reparación de los señalados daños al agente de la edificación responsable de los concretos vicios o defectos constructivos que motivaron dichos daños en el edificio.

Dada la responsabilidad individualizada establecida por la Ley, previamente a la presentación de la demanda, siempre que sea posible, se deberá intentar concretar la causa (defecto constructivo) originadora de los daños en el edificio y el agente de la edificación en cuya esfera de atribuciones se ha producido dicho vicio constructivo, para dirigir la demanda basada en la LOE contra dicho agente (con independencia, claro está, de los supuestos de responsabilidad solidaria que la propia Ley también establece y a los que se hará referencia más adelante). Sin embargo, debe recordarse que la responsabilidad individualizada de los agentes que intervinieron en la construcción de un edificio puede derivarse de sus propios hechos (como la defectuosa redacción de un proyecto por parte del arquitecto proyectista), pero también puede derivarse de hechos realizados por personas de las que el agente de la edificación deba responder (como las actuaciones

cubiertas por el art. 17 LOE (por ej., del comitente frente al contratista, de éste frente al subcontratista, del comitente frente a los técnicos, etc.), GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., "Responsabilidades en la construcción: vicios constructivos y daños a terceros", <https://previa.uclm.es/profesorado/mcgonzalez/pdf/ConstruccionVivienda/ResumenResponsabilidadesConstruccion.pdf> (última consulta, 7 de junio de 2017).

realizadas por los empleados del constructor), como también veremos a continuación⁵⁰⁶.

En cuanto al régimen de la prueba que corresponde al perjudicado demandante en un procedimiento judicial, como en todo supuesto de responsabilidad, el perjudicado tiene que probar el daño cuyo resarcimiento reclama, pero no le incumbe la prueba del vicio o defecto constructivo que lo causó, ni, mucho menos, de la concreta acción u omisión que generó el vicio. Ante la carencia de reglas en la LOE sobre este extremo, se aplica en su integridad la jurisprudencia desarrollada por el TS sobre el art. 1591 CC: probado el daño se presume *iuris tantum* que el mismo se ha producido por una causa imputable a los partícipes demandados (SSTS 22 de julio de 2004 -Roj: STS 5457/2004- y 25 de octubre de 2006 -Roj: STS 6506/2006-, entre otras muchas). Esta jurisprudencia viene refrendada por lo que prevé la LOE, pues es claro que si, como veremos, caben condenas solidarias cuando no puede individualizarse la causa de los daños (art. 17.3 LOE) es, precisamente, porque el demandado no tiene que probar la causa en cuestión⁵⁰⁷.

Así, como ya se ha adelantado, dicha regla general -la responsabilidad individual de los agentes por hechos propios- está sometida a una serie de matices que deben ser resaltados:

a. La posible solidaridad de los responsables. El legislador ha acogido el criterio, reiterado, de los Tribunales, en el sentido de que la responsabilidad civil debe ser exigida en forma personal e individualizada, y únicamente admite la responsabilidad solidaria cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales, o cuando quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin poder precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, así como en el supuesto de que el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, o cuando la dirección de obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico (artículo 17, apartados 3, 5 y 7 LOE).

Por su parte, para los supuestos de responsabilidad solidaria previstos en el art.

⁵⁰⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Algunas cuestiones sobre las responsabilidades en la construcción”, *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho y vivienda. X/2005*, Consejo General del Poder Judicial, págs. 17 y 18.

⁵⁰⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 430.

17.3 LOE, la STS de 20 de mayo de 2015 (Roj: STS 2553/2015) fija como doctrina jurisprudencial que, respecto a los daños comprendidos en la LOE, cuando no se pueda individualizar la causa de los mismos, o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que se pueda precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la exigencia de la responsabilidad solidaria que se deriva, aunque de naturaleza legal, no puede identificarse plenamente con el vínculo obligacional solidario que regula el Código Civil, en los términos de su art. 1137, al tratarse de una responsabilidad que viene determinada por la sentencia judicial que la declara. En consecuencia, la reclamación al promotor, por ella sola, no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ Razona la referida STS de 20 de mayo de 2015 (Roj: STS 2553/2015) que *“es cierto que la responsabilidad de carácter solidario está expresamente prevista en la Ley, pero solo en los supuestos que impone en el artículo 17 de la LOE, es decir, cuando no pudiera llevarse a cabo tal individualización o llegara a probarse que en los defectos aparecidos existe una concurrencia de culpas de varios de los agentes que intervinieron en la edificación; sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de los contratos suscritos. Lo único que ha hecho LOE, como en otros casos, es incorporar a la norma los criterios que ya venían expresados en la jurisprudencia, con lo que el efecto sigue siendo el mismo respecto de la interrupción de la prescripción entre los agentes que participan en la construcción puesto que, a excepción de los casos expresamente mencionados en la Ley, tienen funciones distintas y actúan con distintos títulos y como tal responden individualmente, siendo sus obligaciones resarcitorias parciales o mancomunadas simples, sin relación entre ellas, según el artículo 1.137 C.C ., salvo que concurran a la producción del daño en la forma expresada en el artículo 17.*

La responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo por vicios y defectos de la construcción (STS 17 de mayo 2007) es, en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio (...). Cada uno asume el cumplimiento de sus funciones y, en determinadas ocasiones, las ajenas, y solo cuando aquella no puede ser concretada individualmente procede la condena solidaria, por su carácter de sanción y de ventaja para el perjudicado por la posibilidad de dirigirse contra el deudor más solvente entre los responsables del daño, tal y como estableció reiterada jurisprudencia (SSTS 22 de marzo de 1.997; 21 de mayo de 1999; 16 de diciembre 2000; 17 de julio 2006).

En definitiva, se podrá sostener que la solidaridad ya no puede calificarse en estos casos de impropia, puesto que con la Ley de Ordenación de la Edificación no tiene su origen en la sentencia, como decía la jurisprudencia, sino en la Ley. Lo que no es cuestionable es que se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 del Código Civil (“cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”), con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción, que se mantiene en la forma que ya venía establecida por esta Sala en la sentencia de 14 de marzo de 2003, con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa, o de aquellos otros en los que la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que también se interrumpe, pero no respecto del resto de los agentes, salvo del promotor que responde solidariamente con todos ellos “en todo caso” (artículo 17.3.)

Ahora bien, cabe decir que, respecto de los agentes de la edificación distintos del promotor (ya que de éste último sí se establece en la LOE, como veremos, una responsabilidad solidaria en todo caso) ha habido un mal entendimiento de la solidaridad, ya que, conforme señala la resolución arriba referida, ésta nace de la sentencia, para el caso de que no pueda individualizarse el daño ocasionado por cada uno de los agentes intervinientes, o bien la causa de los daños materiales. De este modo, la condena se produce precisamente porque no se conoce la causa del daño o defecto, o porque no queda debidamente individualizada la cuota de participación en la misma: así, el título determinante de la responsabilidad es la sentencia, que declara no probada la causa o la cuota de intervención en los defectos. Si esto es así, difícilmente puede sostenerse que, en el momento de demandar, rigen ya las reglas de la solidaridad. Más bien al contrario, la proclamación formal de la responsabilidad es, en principio, personal e individualizada, mientras que la solidaridad sólo surge al final del proceso, cuando las pruebas practicadas no permiten individualizar las causas, o queda acreditada la concurrencia de culpas. En tal caso, es cuestionable, jurídicamente hablando, la postura del TS, fijada en relación al art. 1591 CC y mantenida en la actualidad, de que la interposición de la demanda contra uno solo (o varios) de los agentes de la edificación no faculta al demandado (o demandados) para interponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, alegando que es preciso que la demanda se dirija contra todos los partícipes en el proceso⁵⁰⁹. A este respecto, se ha sostenido por algún autor que para la correcta constitución de la relación jurídico procesal, debería exigirse la presencia de todos los agentes que intervinieron en

aún cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007; 13 de Marzo de 2008; 19 de julio de 2010; 11 de abril de 2012)”.

⁵⁰⁹ En este sentido, la STS de 22 de julio de 2009 (Roj: STS 4860/2009), con cita de otras, dispone que “*la doctrina jurisprudencial ha sentado que la institución del litisconsorcio pasivo necesario no opera en las responsabilidades derivadas de la construcción de edificios y a que se refiere el artículo 1591 del Código Civil, pues no es preciso la llamada al proceso de todos los intervinientes en el hacer constructivo, dado el principio de la responsabilidad solidaria, por no poderse concretar y depurar las diversas conductas y actividades concurrentes y que ocasionaría la mutación o integración de las responsabilidades plurales que surgen como prioritarias, si se individualizan con específica atribución a cada uno de los actuantes de la ejecución de la obra (STS de 13 de octubre de 1994, citada por la de 20 de junio de 1995); esta responsabilidad solidaria faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o alguno de los responsables y ello sin perjuicio de que, al permanecer preexistentes las relaciones internas, se pueden utilizar las acciones de repetición que en su caso procedan por los que se declaren responsables y resultan condenados respecto a los demás intervinientes de la obra (STS de 22 de marzo de 1997, citada en la de 29 de noviembre de 2002 y reiterada por la STS de 31 de marzo de 2005)”.* Postura que se ha mantenido en sentencias posteriores (STS de 19 de julio de 2010 -Roj: STS 4382/2010-, o STS de 25 de enero de 2012 -Roj: STS 244/2012-).

la construcción⁵¹⁰. Ahora bien, lo que sí es cierto es que esta postura, de exclusión del litisconsorcio pasivo necesario es, sin duda, más ventajosa para el perjudicado demandante, sobre el que tampoco parece justo que deba recaer la tarea de determinar quién es el concreto responsable de cada daño o deterioro sufrido *ab initio*, antes de interponer la demanda, y al que, en caso de demandar a todos ellos y que luego alguno resulte absuelto, se le podría condenar en costas respecto de éste.

En cualquier caso, a la vista de la postura mantenida por los tribunales, se entenderá bien constituida la relación jurídico procesal aunque los propietarios o terceros adquirentes demanden sólo a alguno de los agentes de la edificación y no a todos ellos, si bien, claro está, en ningún caso, se podrá condenar a los no traídos al proceso. No obstante lo anterior, hay que tener presente la posibilidad que ofrece al agente de la edificación demandado la Disposición Adicional 7ª de la LOE, conforme a la cual *“quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso. La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos”*⁵¹¹. Con esta posibilidad, introducida por la LOE, se está liberando al perjudicado

⁵¹⁰ Así, sosteniendo esta postura, CASTRO BOBILLO, J.C., “Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Actualidad civil*, nº 2, marzo 2001, pág. 433.

⁵¹¹ Comparezca o no en el proceso, el agente notificado tiene la condición de parte procesal, concretamente, la de demandado, pues las sentencias sólo pueden ser oponibles y ejecutables frente a quienes son parte en el proceso. Ahora bien, si el propietario demandante ve rechazadas todas sus pretensiones, las costas causadas por la intervención del agente notificado deberán ser impuestas al demandado que solicitó su intervención. En este sentido se pronuncia la STS 27 de diciembre de 2013 (Roj: STS 6669/2013), que resuelve, por primera vez, la cuestión relativa a quién asume y en qué supuestos las costas del tercero interviniente. Hasta el momento se trataba de una cuestión controvertida en las Audiencias Provinciales, debido a la insuficiencia de lo establecido en la regla 5ª del artículo 14.2 LEC, que únicamente es aplicable cuando *“en la sentencia resultase absuelto el tercero”*. De acuerdo con el Tribunal Supremo, si la parte actora no amplía la demanda frente el tercero interviniente, el demandado que lo llamó asume sus costas si lo hizo injustificadamente. La intervención provocada del tercero no estará justificada *“si de la sentencia no se desprende su responsabilidad”* -FD 22º-.

La notificación y emplazamiento a otros agentes es una medida procesal de extraordinaria utilidad para el agente demandado: i) a los notificados les será oponible la cosa juzgada material, de tal forma que, si fueran condenados solidariamente, el agente notificado no podrá discutir su condición de codeudor solidario en

de la carga de demandar a todos los intervinientes en el proceso constructivo -con el consiguiente riesgo en cuanto a la condena en costas en caso de absolución de todos o alguno de ellos- y, al mismo tiempo, se está otorgando al demandado un mecanismo para evitar los inconvenientes de su condena exclusiva⁵¹².

Por otra parte, no hay que olvidar que el agente de la edificación que, debido al establecimiento de esta responsabilidad solidaria, hubiera sido condenado a la reparación de la totalidad de los daños producidos en el edificio, posteriormente podrá ejercitar frente al resto de agentes de la edificación, también responsables de los daños, las correspondientes acciones de repetición⁵¹³.

En conclusión, lo que se deduce del art. 17 LOE es que la regla es la responsabilidad personal e individualizada, operando, por tanto, las reglas de la solidaridad residualmente: si la causa del daño puede ser individualizada, la responsabilidad será particular y privativa del concreto agente causante del daño. Esto se debe a que la solidaridad no viene impuesta por razones de garantía (como, según veremos, sucede con el promotor), sino por la imposibilidad de discernir causalidades o por no poder precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido.

b. El promotor siempre será responsable solidario con el resto de los agentes de la edificación, frente a los adquirentes por los daños materiales del edificio (artículo 17.3 LOE). Así, a diferencia de la responsabilidad solidaria del resto de agentes que se acaba de examinar, respecto del promotor la

vía de regreso; y ii) si fueran notificados todos los agentes a quienes alcance la responsabilidad solidaria, en el mismo pleito podría procederse a distribuir la responsabilidad en la relación interna (STS 18 de junio de 1998, Roj: STS 4071/1998).

⁵¹² LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, S.L., Madrid, 2003, pág. 209. A este respecto, se indica por este mismo autor que la sentencia que se dicte en el procedimiento contra alguno o algunos de los responsables no puede contener pronunciamientos condenatorios respecto de otros agentes que intervinieran en la edificación, pero que no hubieran sido demandados, ya que ello supondría una contravención del principio de tutela judicial efectiva, y si los contuviera, desde luego, no deben producir efectos de cosa juzgada, pudiendo discutirse en el procedimiento en que se enjuicie la acción de regreso. En consecuencia, si la acción de regreso se dirigiera frente a quien no fue parte en este primer proceso, deberá acreditarse su responsabilidad si se discute su condición de codeudor solidario, si nos encontramos ante un supuesto de indeterminación del origen del daño o de la cuota de responsabilidad, LOPEZ RICHART, J., “Comentario a la STS de 27 de febrero de 2004”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 66, 2004, pág. 1177.

⁵¹³ ESTRUCH ESTRUCH, “Algunas cuestiones sobre...”, op. cit., págs. 19 y 20.

solidaridad viene establecida como vínculo jurídico obligatorio “*en todo caso*” (art. 17.3 LOE). De este modo, los perjudicados pueden dirigirse directamente contra el promotor, contra el causante del daño, o contra todos a la vez, sin perjuicio del reparto interno de responsabilidades entre ellos.

Esto se debe a que el promotor, que normalmente es quien vende la vivienda, debe garantizar la calidad de aquello que entrega a los adquirentes, teniendo en cuenta, además, la dificultad de determinar en qué medida son responsables los restantes agentes de la edificación en la producción del resultado dañoso. Esta es la razón por la que el legislador ha adoptado el criterio de que el promotor se presenta frente a los adquirentes como garante de lo que vende, ya que éstos han confiado en su prestigio profesional. Por eso, el promotor está obligado a entregar el inmueble vendido en condiciones útiles para su aprovechamiento, según su naturaleza y destino, garantizando los daños materiales que el edificio pueda sufrir. Conforme a lo anterior, y aunque la LOE no lo mencione expresamente, esta solidaridad que se establece con respecto al promotor cumple una función de garantía⁵¹⁴. Su responsabilidad funciona con independencia de criterios de culpabilidad, y sin perjuicio de la responsabilidad contractual. A este respecto, la LOE continúa la línea jurisprudencial existente antes de su entrada en vigor, reflejada, por ejemplo, en la STS de 27 de enero de 1999 -Roj: STS 381/1999- (“*la justificación de su legitimación no puede hallarse sino en sus propias obligaciones como vendedor en cuanto obligado a cumplir exactamente la prestación de entrega de lo que para él le construyen los profesionales que ha contratado, por tanto, sin ningún vicio*”).

En definitiva, el promotor va a ser responsable solidario, en todo caso, sin que ello implique que necesariamente sea, en efecto, deudor solidario frente a los demás responsables, pudiendo exigir, en ocasiones, la totalidad de lo que tuvo que pagar, sin tener que asumir cuota alguna de responsabilidad frente a ellos (si se demuestra que los otros agentes son los únicos responsables)⁵¹⁵. Así, el promotor es, en todo caso, garante,

⁵¹⁴ La Ley desplaza la obligación de garantizar al promotor, acogiendo la línea jurisprudencial que venía señalando que el promotor debe responder, con independencia de la naturaleza del vicio ruinógeno, porque está obligado a entregar la cosa vendida en condiciones útiles para su aprovechamiento, según su naturaleza y destino. El promotor se presenta como garante de la idoneidad de lo que vende, obligándose a satisfacer el interés contractual del comprador, y también como garante de lo llevado a cabo por los demás agentes de la edificación.

⁵¹⁵ No obstante este derecho de repetición, tal y como se indicó respecto de los demás agentes de la edificación responsables, con más motivo en el caso del promotor en que la solidaridad está establecida en

pero también es sólo un garante provisional, y su derecho de regreso contra el resto de los intervinientes puede serlo, en su caso, por el todo de la deuda, si él no tuviera finalmente responsabilidad alguna⁵¹⁶.

Finalmente, para tener la consideración de promotor, a los efectos de la LOE (y, por tanto, para responder como tal) es preciso tener una intervención decisoria en el proceso edificatorio, de tal forma que no es promotor quien no toma decisiones relacionadas con la labor constructiva, por mucho que se lucre con la edificación⁵¹⁷.

todo caso según el art. 17.3 LOE, el vínculo de solidaridad excluye toda posibilidad de oponer y apreciar la existencia de situaciones de litisconsorcio pasivo necesario, por cuanto los perjudicados quedan facultados para dirigir la demanda contra el promotor directamente, o contra todos los responsables simultáneamente, sin perjuicio de lo dispuesto en la DA7ª LOE, y sin perjuicio de la referida relación interna entre los deudores solidarios, para reclamarse la parte de la deuda que pudiera corresponderles.

⁵¹⁶ GARCÍA DE LEONARDO, M.T., “El promotor, garante y responsable de la edificación”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Coord A.C.S., volumen 2, Thomson Civitas, Madrid, 2002, págs. 2446-2453.

⁵¹⁷ Así, responden en la forma descrita:

1) El promotor-constructor, esto es, quien promueve participando en la ejecución de la obra (STS 20 de noviembre de 1998, Roj: STS 6918/1998, aunque adquiriera la obra “en estado de estructura” y luego continúe la ejecución -STS 24 de noviembre de 2003, Roj: STS 7446/2003-). También responde el promotor-rehabilitador, aunque, según el TS (STS de 19 de mayo de 2003, Roj: STS 3353/2003), su figura no estuviese contemplada en la aplicación jurisprudencial del art. 1591 CC.

2) El promotor-vendedor, es decir, aquel que adoptó las decisiones fundamentales del proceso edificatorio, sin proceder materialmente sobre la obra (STS de 13 de mayo de 2002, Roj: STS 3353/2002).

3) El promotor-gestor, esto es, quien interviene decisoriamente en el proceso edificatorio por cuenta de los propietarios, típicamente, los gestores de cooperativas y de comunidades de propietarios (art. 17.4 LOE; SSTs de 26 de junio de 1997, -Roj: STS 4545/1997- y de 15 de marzo de 2001 -Roj: STS 2071/2001-). Para que estos gestores respondan, es indiferente si son ellos los comitentes en el contrato de obra o si, simplemente, contrataron en representación de los propietarios. No hay tal intervención decisoria en quien se limita a cumplir el encargo recibido por los propietarios, siempre que éstos se reserven la adopción de las decisiones fundamentales en el curso del proceso edificatorio (STS de 23 de diciembre de 1993, -Roj: 9131/1993-).

4) Salvo que tenga una intervención decisoria en el proceso edificatorio, y merezca, por ello, la calificación de promotor, no responde como tal el cedente de solar por edificación futura, y ello tanto si a cambio recibió una vivienda o local (en este mismo sentido, las SSTs de 18 de diciembre de 1990 -Roj: STS 9436/1990- y de 11 de junio de 1994, -Roj: STS 4509/1994-), como si la contraprestación consistió en la atribución de una cuota indivisa en el edificio (en contra, STS de 28 de enero de 1994 -Roj: STS 361/1994-).

5) Actividad de mercado no es sinónimo de actividad realizada con ánimo de lucro, por lo que también responde el promotor público (art. 9 LOE; STS de 25 de enero de 2000, -Roj: STS 410/2000-).

6) En las cooperativas de viviendas, debe ser considerado promotor quien adopta las decisiones fundamentales del proceso edificatorio. Si el consejo rector ha apoderado a un tercero para ello, será éste quien tenga la condición de promotor (promotor-gestor, art. 17.4 LOE). Si no existe un gestor como el descrito -bien porque no se haya apoderado a nadie, o bien porque el ámbito del poder excluya cualquier decisión sobre los actos fundamentales del proceso edificatorio-, entonces la condición de promotor recae sobre la cooperativa. A la vista de la definición de promotor del art. 9.1 LOE, que atribuye tal calificativo al que lo hace colectivamente, ya es insostenible la doctrina jurisprudencial relativa a la falta de responsabilidad por ruina de las cooperativas de viviendas.

c. La responsabilidad individual abarca tanto el hecho propio como el hecho ajeno de las personas de las que se deba de responder con arreglo a esta Ley (art. 17.2 LOE). Es una responsabilidad directa y no subsidiaria, fundada en *culpa in eligendo* o *in vigilando*. Tales supuestos son:

- Los proyectistas, de los resultados de los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales a los que hayan contratado (art. 17.5 LOE).

- El constructor, por los daños causados por impericia, falta de capacidad profesional o técnica y negligencia del jefe de obra y de las demás personas físicas o jurídicas que de él dependan (art. 17.6.2º LOE en relación con el art. 11). Igualmente, responderá de daños causados en el edificio que sean consecuencia de los materiales comprados o aceptados por él (art. 17.6.3º LOE).

- El director de obra que no redactó el proyecto, por las omisiones, deficiencias o imperfecciones del mismo (art. 17.7.2º LOE).

4.3. Presupuestos materiales

4.3.1. Edificio

El art. 17 LOE utiliza el término “edificio” sin definir qué es lo que se considera como tal, lo que determina que tengamos que acudir al concepto del artículo 2.1 LOE, que configura el proceso de edificación como la construcción de un edificio de carácter permanente, público o privado y que se destine como uso principal a alguna de las actividades que se describen en los apartados a), b) y c) del propio art. 2.1 LOE, integrándose dentro del edificio, igualmente, todas sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos

7) En las comunidades de propietarios también tiene la condición de promotor el gestor profesionalizado a quien, en su caso, los comuneros encomendasen las actividades propias de la promoción, ya se trate de un tercero o de uno de los comuneros (art. 17.4 LOE). Si no existe tal gestor profesionalizado (y aunque exista, según la STS de 31 de enero de 2003, -Roj: STS 552/2003-), todos los comuneros tienen la condición de promotores, incluso aunque promoviesen para sí (art. 9.1 LOE). La responsabilidad es mancomunada entre todos los comuneros aunque, de hecho, sólo fuera alguno de ellos quien, sin dedicarse profesionalmente a la promoción y adoptase las decisiones fundamentales del proceso edificatorio, ya que sin tal dedicación profesionalizada, ninguna expectativa razonable sobre la idoneidad de la edificación pudieron crearse los restantes comuneros.

al propio edificio, tal como señala el artículo 2.3 LOE. Por lo que se refiere al régimen de responsabilidad previsto en la LOE, éste se aplica a los daños materiales causados en cualquier elemento constructivo de los edificios, sus instalaciones, equipamiento propio y la urbanización a ellos adscrita (arts. 17.1 y 2.3 LOE).

En cuanto a lo que debe entenderse por “carácter permanente”, no tiene tal carácter, a los efectos de la LOE, las obras que, por su naturaleza, no están llamadas a cubrir necesidades permanentes y para las que, por tanto, no tendría sentido establecer un plazo de garantía (por ejemplo, el decenal del art. 17.1.a LOE). Pero sí son edificios de carácter permanente, a los efectos de la LOE, aquellas obras que la legislación urbanística califica como “provisionales”, pues dicha provisionalidad de esas construcciones tiene una causa y efectos estrictamente urbanísticos, que consisten principalmente en que el *ius aedificandi* se disfruta en precario, hasta que se apruebe el planeamiento correspondiente, por lo que la obra podría, en su caso, ser demolida sin indemnización. También son edificios de carácter permanente, a los efectos de la LOE, las obras prefabricadas, esto es, aquellas que son desmontables y separables del suelo sin detrimento, pues estas edificaciones son autorizables por la Administración urbanística con carácter permanente (por ejemplo, en Canarias, art. 166.1 ñ) D Legislativo 1/2000) y están expresamente sujetas al régimen de calidad de las edificaciones en algunas normas autonómicas (en Madrid, art. 1.3 Ley 2/1999).

La LOE es aplicable a todas las obras de nueva construcción, excepto a las de escasa entidad constructiva y simplicidad técnica, de una sola planta, que carezcan de uso residencial o público (art. 2.1º LOE) y tratándose de vivienda, pueden ser unifamiliares o unidades privativas de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, sin perjuicio de que, en este último caso, los defectos puedan afectar a elementos comunes del inmueble. Además, no sólo quedan sujetas al régimen jurídico de la LOE las obras de nueva construcción, sino también las intervenciones sobre edificios existentes que alteren su configuración arquitectónica (art. 2.2º LOE), de modo que también los adquirentes de viviendas, en estos casos, tienen a su disposición el especial régimen resarcitorio contenido en la LOE.

También están sujetos al régimen de responsabilidad de la LOE los daños que no se producen en el edificio en sentido estricto, sino en sus instalaciones fijas, equipamiento

propio y en los elementos de urbanización a ellos adscritos (art. 2.3 LOE). Ello no obstante, el plazo decenal de responsabilidad sólo se aplica a los daños que se produzcan en los elementos estructurales del edificio en sentido estricto (especificados en el art. 17.1 a LOE)⁵¹⁸.

Hechas las precisiones anteriores, y dentro del ámbito estricto de la protección del consumidor, es necesario delimitar más este presupuesto material, pues no todo edificio estará sometido a los mecanismos específicos de protección del adquirente de vivienda y consumidor objeto de estudio en el presente trabajo, para lo que habrá que poner las previsiones de la LOE en relación con lo dispuesto al respecto por el TRLGDCU. Ello implica que, a estos efectos, podemos definir “edificio” como toda edificación habitable, cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente o temporal de vivienda de las personas físicas que la habitan y en la que desarrollan su ámbito de intimidad personal y familiar. Consecuencia de ello, de los fines descritos en el art. 2 LOE, la protección específica del adquirente de vivienda consumidor sólo podrá predicarse de las construcciones de carácter permanente, que sean privadas y de uso residencial (a los efectos de concretar más esta definición, me remito a lo ya indicado en relación al concepto de vivienda en el capítulo primero del presente trabajo).

4.3.2. Daños materiales

El art. 17 LOE, así como la propia Exposición de Motivos de dicho texto, sustituye el concepto tradicional del art. 1591 CC de “ruina” por el más genérico de “*daños materiales*”. El concepto anterior generó una evidente controversia, pues es evidente que

⁵¹⁸ Esto significa un recorte importante con respecto a la jurisprudencia recaída sobre el art. 1591 CC, pues el TS aplicó el plazo decenal de responsabilidad no sólo a los defectos constructivos del edificio, sino también a las instalaciones fijas adscritas a los mismos, por ejemplo, piscinas (SSTS de 9 de mayo de 1983, -Roj: 1312/1983-) y otras dependencias (STS de 20 de diciembre de 1985, -Roj: STS 1668/1985-, respecto a depuradora y vestuario de piscina). También declaró que este régimen se aplicaba a los elementos de urbanización adscritos a las edificaciones: redes de saneamiento y alcantarillado (SSTS de 25 de septiembre de 1987, -Roj: STS 8861/1987- y de 8 de junio de 1998, -Roj: STS 3732/1998-), explanación y pavimentado de calles de urbanizaciones (SSTS de 22 de septiembre de 1986, -Roj: STS 7988/1986- y de 29 de noviembre de 1999, -Roj: STS 7584/1999-), defectos en desagües de zonas comunes (STS de 3 de marzo de 1995, -Roj: STS 10233/1995-), etc. Tras la publicación de la LOE, la STS de 22 de junio de 2001 (Roj: STS 5366/2001) ha vuelto a considerar que son vicios ruinógenos los defectos estéticos de la pavimentación de la acera, pese a no ser decisiva para la seguridad ni habitabilidad del edificio, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “Responsabilidades en la construcción...”, op. cit.

el concepto arquitectónico y jurídico de ruina⁵¹⁹, poco tiene que ver con el concepto ampliado de dicho término que llevó a cabo la jurisprudencia al interpretar el referido art. 1591 CC. La LOE da un paso más, pues no sólo sustituye el concepto básico del daño, sino que lleva a cabo una delimitación, tanto desde un punto de vista negativo (qué no es daño material, a los efectos de la Ley), como positivo (qué tipos de daños pueden coexistir, con incidencia directa en la responsabilidad de los agentes de la edificación):

A. Delimitación negativa. El art. 17.1 LOE concreta los daños cubiertos por la responsabilidad civil de los agentes de la edificación en los "*daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados*". Por tanto, dicha responsabilidad civil no es aplicable a cualquier tipo de daño, sino únicamente a aquellos que puedan encuadrarse en los daños legalmente descritos, tanto desde un punto de vista material como temporal.

Así, los vicios o defectos constructivos son susceptibles de causar cuatro daños distintos al propietario: **i)** la necesidad de invertir costes en la reparación para recuperar el uso pleno de la edificación; **ii)** la pérdida de beneficios como consecuencia del defecto constructivo; **iii)** la lesión sufrida por otros bienes distintos del edificio, o finalmente, **iv)** el coste efectivo del bien de reemplazo. Pues bien, cuando la LOE recalca que sólo son resarcibles los daños materiales causados al edificio (art. 17.1 LOE), esto significa que sólo están sujetos al régimen de responsabilidad de la LOE (y también al seguro obligatorio del art. 19 LOE, al que se hará referencia más adelante) los daños del primer tipo, esto es, los costes de reparación. De esta forma, no son resarcibles conforme a la LOE muchos de los daños que sí lo eran con arreglo al art. 1591 CC, pues el TS siempre entendió que las acciones de responsabilidad por ruina eran susceptibles de tutelar cualquier interés del perjudicado que hubiera podido ser menoscabado por el vicio o

⁵¹⁹ En cuanto a la posible relación entre los defectos constructivos y la declaración administrativa de ruina, la aplicación del régimen de responsabilidad de la LOE procede siempre que se produzca alguno de los daños descritos en la misma, que se resumirán en el presente epígrafe, y ello aunque dichos defectos no permitan instar la declaración administrativa de ruina, por no darse los requisitos exigidos en la legislación urbanística. Pero, a la inversa, la declaración administrativa de ruina sí que comporta siempre la existencia de daños resarcibles conforme a la LOE, mientras no haya transcurrido el plazo de garantía. En este caso, el cumplimiento de las órdenes administrativas de ejecución de obras de reparación o de demolición, o el reembolso de su coste si, ante el incumplimiento, las mismas fueron realizadas por la Administración, incumbe siempre al propietario (arts. 20 a 28 RDUR, RD 2187/1978), quien, para poder exigir el reembolso cuando en vía civil ejercite las acciones de los arts. 17 y 19 LOE, deberá reclamar extrajudicialmente a los pasivamente legitimados la reparación o demolición ordenada.

defecto ruínógeno⁵²⁰.

Por tanto, desde el punto de vista negativo, serán daños excluidos de la cobertura del art. 17 LOE los causados al adquirente de vivienda consumidor en los siguientes casos:

1. Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos, tanto patrimoniales como morales o causados a un tercero unido por relación contractual con el propietario del edificio (art. 19.9.a) LOE).

2. Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio (art. 19.9.c).

3. Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma (art. 19.9.d).

4. Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio (art. 19.9.e, en relación con el art. 16 LOE).

5. Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño (art. 19.9.h, en relación con los arts. 16.2 y 17.8 LOE).

6. Los daños materiales aparecidos en el edificio después del transcurso de los plazos legalmente señalados.

Por otra parte, también es necesario diferenciar entre el vicio constructivo y la

⁵²⁰ Además del coste de reparación material de la obra, el TS declaró resarcible conforme al art. 1591 CC el daño moral causado a los propietarios (pero ver ahora STS 31 de octubre de 2002, Roj: STS 7230/2002, que expresamente indica, respecto de dicho daño moral, que “no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial”), el lucro dejado de obtener por la interrupción de la explotación del negocio (SSTS de 29 de noviembre de 1985, -Roj: STS 518/1985- y de 18 de junio de 1998, -Roj: STS 4071/1998-), los alquileres dejados de percibir (STS de 18 de junio de 1998, -Roj: STS 4071/1998-), los daños a los bienes muebles que había en el edificio (STS de 28 de septiembre de 1987, Roj: STS 8697/1987), los costes en que incurrió el perjudicado para defender su derecho (STS de 6 de abril de 1994, -Roj: STS 2241/1994-, relativa al coste del dictamen facultativo que se encargó para interponer la demanda), etc.

falta a las condiciones del contrato⁵²¹: son daños resarcibles, según el régimen jurídico de la LOE, únicamente los daños materiales en un elemento constructivo del propio inmueble, derivados de deficiencias en el proceso edificatorio, pero nunca daños derivados del incumplimiento del proyecto con ajuste al cual se concertó la compraventa. En estos casos, cuando la causa del daño al comprador de vivienda no sea un defecto constructivo, será susceptible de resarcimiento por las vías ordinarias, con fundamento en las normas del Código Civil sobre incumplimiento contractual (arts. 1101 y 1124 CC). Será el caso, por ejemplo, de los daños vinculados al retraso de la entrega, la no terminación de la obra, la utilización de materiales de calidad inferior a la pactada o la entrega sin licencia de primera ocupación, que ya han sido objeto de análisis en capítulos anteriores del presente trabajo⁵²².

B. Delimitación positiva. La propia ley, después de concretar los daños no cubiertos derivados de la definición, se encarga de determinar exactamente los daños cubiertos por la responsabilidad civil de los agentes de la edificación, configurando los mismos a través de un triple aspecto: objetivamente, delimitando qué tipo de daños generan responsabilidad civil; subjetivamente, individualizando la responsabilidad de los diferentes agentes de la edificación; y temporalmente, fijando los plazos temporales durante los cuales los agentes de la edificación deben responder de tales daños materiales. Partiendo de estas tres condiciones, se puede resumir el régimen de responsabilidad en los siguientes términos:

1. *Defectos estructurales*. Los mismos son descritos en el apartado a) del art. 17.1 LOE, definiéndolos como aquellos vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio⁵²³. Estos

⁵²¹ No son defectos constructivos, por ejemplo, la no construcción de una piscina, la supresión de unas escaleras o la reducción de superficie de una zona diáfana inicialmente prevista (STS de 13 de mayo de 2008, -Roj: STS 1733/2008-), ni la falta de un depósito de GLP (gases licuados del petróleo), necesario para dotar al inmueble de sistema de calefacción (STS de 27 de junio de 2012, -Roj: STS 4665/2012-).

⁵²² DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Defectos, ruina y garantías por daños materiales en la compraventa de vivienda en la LOE”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Aranzadi. Pamplona, 2013, págs. 1555 y 1556.

⁵²³ La localización del vicio o defecto en un elemento estructural y el compromiso de estabilidad son requisitos cumulativos para que haya lugar a responsabilidad ex art. 17.1 a) LOE: es decir, no están sujetos al régimen del art. 17.1 a), sin perjuicio de que puedan estarlo al del art. 17.1 b), aquellos daños por defectos que afectan a elementos estructurales, si los mismos no llegan a comprometer la estabilidad del inmueble.

defectos se corresponden con el auténtico concepto de ruina que puede ser manejado en Arquitectura o en el orden jurisdiccional contencioso administrativo⁵²⁴. Sin embargo, parece que no podrá accionarse, con base en la LOE, si se advirtiera un defecto en elemento estructural del edificio que todavía no hubiera producido daños materiales en él, aunque sí podrían ejercitarse las acciones que el código contempla en caso de incumplimiento contractual.

Subjetivamente, esta acción puede, en principio, ser dirigida contra cualquiera de los agentes de la edificación. Dada la afección a elementos estructurales, inicialmente la responsabilidad podría imputarse, con carácter prioritario, a aquellos agentes de la edificación que mayores responsabilidades tienen sobre los mismos. Así, puede dirigirse tanto contra el proyectista (art. 10.2.b) o el director de la obra (art. 12.3.b), como contra técnicos que deben realizar el proyecto y controlar las actuaciones sobre la estructura del edificio. No obstante, también puede ser imputable, aunque con mayores matices, al constructor (art. 11.2.a), o al director de la ejecución de la obra (art. 13.2.c), básicamente si en sus actuaciones no han seguido el contenido del proyecto elaborado. Junto con ellos, siempre será responsable el promotor, por imperativo del art. 17.3 LOE.

Finalmente, desde el punto de vista temporal, se responderá por estos daños durante el plazo de diez años, contados desde la fecha de la recepción de la obra sin reservas, o desde la subsanación de éstas.

2. *Defectos de habitabilidad.* Los mismos aparecen definidos en el art. 17.1.b) LOE como aquellos vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del art. 3.1.c) LOE. A juicio de DÍAZ MARTÍNEZ⁵²⁵, el concepto de habitabilidad debe quedar delimitado,

⁵²⁴ Para que pueda estimarse la existencia de estos defectos estructurales es preciso que: a) se hayan causado daños materiales al edificio, sin que pueda exigirse al consumidor que espere a que tales daños alcancen un determinado grado de intensidad, pues no hay ninguna referencia en la LOE a la entidad de tales daños; b) que afecten a elementos estructurales del edificio, teniendo en cuenta que la enumeración que se lleva a cabo en el artículo 17.1.a) es meramente descriptiva, de tal manera que si los daños se generan en otros elementos que, desde el punto de vista arquitectónico, podrían ser considerados como estructurales y no se encuentran incluidos en el texto legal, también éstos generarían responsabilidad civil de los agentes de la edificación; y c) que tales defectos afecten necesariamente a la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. La falta de cualquiera de estos requisitos determinaría la no consideración como daños estructurales.

⁵²⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, “Defectos, ruinas y garantías...”, op. cit., pág. 1558.

básicamente, por la normativa vigente en materia de vivienda, tanto estatal como, en su caso, autonómica, sin perjuicio de que pudiera configurarse también como un defecto de habitabilidad cualquier otro que, por su naturaleza, impidiera un uso adecuado del inmueble, encajando normalmente en esta categoría de defectos, según dicha autora, las filtraciones y humedades (que constituyen una de las reclamaciones más frecuentes ante los tribunales), así como todo tipo de grietas (aunque algunas, particularmente graves por su profundidad, número y/o espacio al que afectan, pudieran ser tratadas como defecto estructural). Generalmente también se ubican aquí defectos de colocación de azulejos o baldosas, que originan su desprendimiento y rotura, aunque, según los casos, podrían ser considerados también defectos de terminación o acabado.

Se trata, por tanto, de defectos que se corresponden con el concepto de ruina funcional que se manejaba por la jurisprudencia en la interpretación del art. 1591 CC. Son daños de menor intensidad que los estructurales, pero que afectan a la habitabilidad, en cuanto espacio destinado al desarrollo de la vida familiar y personal del consumidor propietario de la vivienda. No se lleva a cabo en el texto legal una descripción tan detallada como la efectuada en relación con los daños estructurales, pero se remite expresamente al art. 3.1.c) LOE, en el que se hace referencia a los requisitos exigidos para el cumplimiento de las previsiones de higiene, salud y protección del medio ambiente, de protección contra el ruido, de ahorro de energía y aislamiento térmico, y en general cualquier otro aspecto funcional de los elementos constructivos o de las instalaciones, que permitan un uso satisfactorio del edificio⁵²⁶. Utiliza la ley la expresión “*elementos constructivos*” (que es mucho más amplia que los “*elementos estructurales*” a los que se refiere el apartado a), extendiendo también la responsabilidad a los posibles defectos constructivos de las instalaciones del edificio. Sobre este aspecto tendrá gran importancia el Código Técnico de la Edificación.

En relación a las personas que deben responder por estos defectos de

⁵²⁶ Esta cláusula residual permite entender que habrá lugar a responsabilidad, conforme al art. 17.1 b) LOE, si cualquier elemento constructivo presenta vicios o defectos que impiden su uso satisfactorio. Deben entenderse incluidas en el art. 3.1 c) todas aquellas utilidades objetivamente predicables de un edificio y de cada una de sus dependencias, incluidas también las de índole estética, que son el único aspecto funcional de ciertos elementos constructivos. Se trata de la clásica ruina funcional, esto es, la que, sin comprometer la estabilidad del inmueble, afecta a la calidad o a las condiciones de uso o habitabilidad del edificio (STS de 6 de marzo de 1999, -Roj: STS 1550/1999-).

habitabilidad, al igual que ocurre con respecto a los daños estructurales, tal responsabilidad puede ser exigida a cualquiera de los agentes de la edificación, si bien, por el tipo de daños, lo usual es que recaiga sobre el constructor y el director de la ejecución de la obra, por ser los agentes que tienen obligación de controlar el efectivo cumplimiento del proyecto y la adecuación de los materiales a las exigencias de habitabilidad. No obstante, el proyectista responderá si el proyecto no se ajusta a los requisitos de habitabilidad legalmente exigibles y, en menor medida que los anteriores, el director de la obra. De nuevo, el promotor también responde, por exigencias del artículo 17.3 LOE.

Para este tipo de daños se fija un plazo de tres años, que también se computará desde la fecha de recepción de la obra sin reparos, o desde su subsanación.

3. *Defectos de terminación y acabado.* Se trata del último nivel de los daños que generan responsabilidad civil en la construcción, estableciendo el segundo párrafo del art. 17.1.b) LOE que se consideran como tales aquellos vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras⁵²⁷. Se corresponde con el concepto de defectos menores, desarrollado por la jurisprudencia. Se configuran desde un punto de vista negativo, en contraposición a los daños fijados en los apartados a) y b) del artículo 17.1 LOE, de tal manera que se podrán considerar estos defectos de terminación como todos aquellos daños materiales del edificio que no puedan ser calificados ni como estructurales ni como de habitabilidad. Se entiende que se trata de vicios o defectos aparentes que, por su escasa entidad, son susceptibles de manifestarse a corto plazo.

No se trata de una garantía de perfecta terminación, pues la regla no cubre cualquier falta de conformidad, sino sólo los defectos en elementos de terminación o acabado causados por vicios de ejecución. La norma sólo exige que el vicio o defecto de ejecución afecte a elementos de terminación o acabado, sin que sea preceptivo que el daño repercuta negativamente en alguna utilidad del edificio. Hay, pues, responsabilidad, aunque el defecto de terminación no menoscabe el uso del inmueble. Si bien la LOE no

⁵²⁷ Así, respecto a los defectos de acabado, sólo quedan sometidos al régimen de la LOE los que tengan su origen en vicios de ejecución de la obra. Al respecto, suelen mencionarse los defectos en el barnizado de las puertas o en la pintura de las paredes, la apreciación de distintas modalidades de gres en el pavimento, el deficiente sellado de la bañera, el defectuoso cierre de persianas, etc.

dispone qué son los elementos de terminación o acabado, debe entenderse que se refiere al acabado de la labor constructiva de cualquier elemento del edificio, sin que necesariamente tenga que afectar a elementos individualizables, y con independencia de la fase constructiva en la que los mismos se hayan ocasionado (esto es, no tiene por qué haberse producido al final del proceso constructivo).

La ley establece en este caso una limitación de responsabilidad, de tal manera que estos defectos de terminación son imputables únicamente al constructor⁵²⁸, excluyendo, por tanto, de dicha responsabilidad al resto de los agentes de la edificación, fundamentalmente a los técnicos que hayan intervenido en la misma. Junto con el constructor, también responderá el promotor solidariamente, al igual que en el resto de los defectos, de acuerdo con el artículo 17.3 LOE.

Por último, el plazo temporal para el ejercicio de esta acción es de un año, contando desde la recepción de la obra o la subsanación de las reservas.

4.4. Plazos de garantía y de prescripción para el ejercicio de las acciones previstas en la LOE

4.4.1. Plazos de garantía

La Ley de la Ordenación de la Edificación distingue claramente entre los plazos de garantía y los de prescripción. La expresión “garantía” se refiere a los plazos que marca la Ley en atención al tipo de defecto constructivo, para que se manifiesten o queden a la vista, de modo que ya no serían resarcibles, según el régimen de ella derivado, los que aparecieran con posterioridad. Así, los daños con origen en defectos estructurales se han de manifestar, comprometiendo la estabilidad del inmueble, en un plazo de diez años, los de habitabilidad en el de tres y los de terminación o acabado, en uno.

En el art. 17.1 LOE se fijan dichos plazos de garantía (o de responsabilidad, según

⁵²⁸ El único responsable de estos daños es el constructor, que responde de forma objetiva. La LOE no convierte al constructor en garante incondicional de la perfecta terminación de la obra, pues ha de tratarse de un vicio de ejecución, si bien el contratista responde de los daños causados por vicios de ejecución por una acción u omisión propia o de la de aquellos por quienes, conforme a la LOE, debe responder: por ejemplo, cuando el vicio de ejecución procede de materiales defectuosos adquiridos o aceptados por él, o de lo que hizo el subcontratista por él contratado, sin perjuicio de la acción de regreso correspondiente (art. 17.6 LOE).

la Exposición de Motivos) y en el art. 18.1 LOE se establecen los plazos de prescripción de las acciones. Se trata, por tanto, de dos plazos completamente diferentes, con efectos igualmente distintos. En tal sentido, baste destacar que el plazo de garantía debe considerarse como un plazo de caducidad⁵²⁹, y por ello no interrumpible, mientras que los plazos de prescripción tienen los efectos comunes previstos en el Código Civil, y por ello podrán ser interrumpidos por reclamación judicial o extrajudicial, de acuerdo con lo previsto en el art. 1973 de dicho texto legal.

La regulación de los plazos de garantía es objeto de una de las mayores críticas, desde el punto de vista de la protección del consumidor, que se puede hacer a la ley, no sólo en relación a la duración temporal de cada uno de ellos, sino también con respecto al momento de inicio del cómputo de este plazo de caducidad. Esta crítica debe centrarse, fundamentalmente, en relación con el plazo fijado para los defectos de habitabilidad y de terminación (3 y 1 año, respectivamente), que son claramente inferiores a la interpretación jurisprudencial, al menos en relación con los defectos que pudieran ser calificados como ruina funcional, al amparo de la interpretación llevada a cabo por los tribunales del art.

⁵²⁹ La STS de 18 de febrero de 2016 (Roj: STS 529/2016) establece que *“es cierto, y así lo declara esta Sala (sentencia de fecha 19 de Julio de 2010): “La garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado de los daños causados por una mala construcción (tres plazos en la LOE). Si el daño surge dentro de este plazo los agentes responderán en función de su intervención en la obra. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, como señala reiterada jurisprudencia en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad ex lege es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar “desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas” (Arts. 6.5 y 17.1), suprimiendo el punto de partida anterior “desde que concluyó la construcción”, vigente en el momento de los hechos, que tanto dividió a la doctrina a la hora de concretarlo: a) el de la terminación material de la obra; b) el de la entrega o puesta a disposición de la obra, y c) aquel en que la obra ha sido aprobada y recibida por el comitente. La prescripción, por el contrario, tiene que ver también con el paso del tiempo, pero de una forma distinta puesto que no es más que el cumplimiento del plazo que la Ley concede a los perjudicados para hacer efectivo su derecho mediante el ejercicio de las acciones correspondientes”*. A pesar de que dispone que no estamos ni ante un plazo de prescripción, ni ante uno de caducidad, sino ante uno de garantía, lo cierto es que, por los caracteres propios del plazo en cuestión, debe considerarse más próximo a uno de caducidad, precisamente por el hecho de que no es susceptible de interrupción. En este sentido, CORDERO LOBATO, E., *“Comentario al art. 17 LOE. Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación: plazos de garantía”*, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Coautores: A.C.P., C.G.C. y E.C.L., Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 341, entiende que aunque el plazo que proceda conforme al artículo 17.1 LOE no sea un plazo de prescripción o de caducidad de la acción, lo cierto es que sí se trata de un plazo de caducidad que no admite interrupción ni suspensión. Las reclamaciones de los propietarios ni interrumpen ni suspenden el plazo de garantía (aunque sobre la reparación efectuada por el responsable, en su caso, se abrirá un nuevo plazo de garantía que, por analogía, y aunque la obra no tenga la entidad a la que se refiere el artículo 2.2 LOE, debe estar sujeto al mismo régimen que la obra defectuosa -esto es, el art. 17 LOE-).

1591 CC. No es que se trate de plazos que, aisladamente considerados, se consideren insuficientes, pues tales plazos pueden corresponderse con criterios técnicos que permitan entender que este tipo de defectos, por sus concretas características, suelen aparecer en un breve período de tiempo y por ello no necesitarían una mayor protección temporal. El problema, se insiste, desde la perspectiva de protección del consumidor, se focaliza en la forma en la que se lleva a cabo el cómputo de dicho plazo. En este sentido, el art. 17.1 LOE dispone que los plazos se contarán desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas, a los que deben de añadirse la recepción tácita del art. 6.4 LOE (tal como se indica de forma expresa en el apartado 5 del citado art. 6). Este artículo define la recepción como el acto por el cual el constructor, una vez concluida la obra, hace entrega de la misma al promotor, y es aceptada por éste. Por tanto, en los supuestos de compraventa de vivienda “sobre plano”, en dicha recepción no existe ningún tipo de intervención del destinatario final de la obra, esto es, el adquirente consumidor.

Según resulta del art. 6 LOE⁵³⁰, la secuencia recepción/reservas/inicio de los plazos de garantía puede relatarse del siguiente modo: **1)** en primer lugar, el promotor

⁵³⁰ Artículo 6. Recepción de la obra.

“1. La recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes.

2. La recepción deberá consignarse en un acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor, y en la misma se hará constar:

a) Las partes que intervienen.

b) La fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma.

c) El coste final de la ejecución material de la obra.

d) La declaración de la recepción de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción.

e) Las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades.

Asimismo, se adjuntará el certificado final de obra suscrito por el director de obra y el director de la ejecución de la obra.

3. El promotor podrá rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales.

En todo caso, el rechazo deberá ser motivado por escrito en el acta, en la que se fijará el nuevo plazo para efectuar la recepción.

4. Salvo pacto expreso en contrario, la recepción de la obra tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su terminación, acreditada en el certificado final de obra, plazo que se contará a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor. La recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha indicada el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito.

5. El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida según lo previsto en el apartado anterior”.

puede rechazar la recepción cuando la obra no está terminada o no se ajusta a las condiciones contractuales, hecho que se hará constar en un acta, que podemos llamar *acta de rechazo* de la recepción (art. 6.3 LOE); **2)** en segundo lugar, el promotor puede recibir la obra, con o sin reservas, y en ambos casos se suscribirá el *acta de recepción* que regula el artículo 6.2 LOE; **3)** si la recepción fue con reservas, cuando éstas se subsanen se extenderá otra acta, que podemos llamar *acta de subsanación* y que, como dice el artículo 6.2 a), es un acta que se firma aparte –es, por tanto, distinta– de la de recepción.

Ahora bien, dejando aparte el *acta de rechazo*, que no tiene ninguna relevancia a nuestros efectos, del precepto no resulta claro cuál de los otros dos momentos es el relevante para determinar el inicio del cómputo de los plazos de garantía⁵³¹. La confusión viene propiciada por la propia LOE, que, en diversos lugares, se pronuncia de forma contradictoria. Por un lado, el art. 6.5 LOE dispone que los plazos de responsabilidad y garantía se computarán a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando la misma se entienda tácitamente producida conforme al art. 6.4 LOE. Parece, pues, que en el art. 6.5 lo determinante no es el momento en que se suscriba el acta de subsanación, sino el del acta de recepción. Pero el artículo 17.1 LOE contradice esta conclusión, al disponer que los plazos de garantía se computarán “*desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas*”. En el art. 17.1 LOE lo relevante es, por tanto, el momento en que se firmó o bien el acta de recepción sin reservas, o bien el acta de subsanación de las deficiencias sobre las que versó la reserva. Pero las contradicciones de la LOE no terminan aquí, pues su art. 19.9 i) dispone que las garantías previstas en el precepto no cubrirán “*los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción*”. Es decir, las garantías del art. 19 LOE no cubren los siniestros que se deriven de las reservas, pero *a sensu contrario*, sí cubren los defectos de una obra recibida con reservas que no tengan su origen en las reservas formuladas⁵³².

⁵³¹ Por otra parte, si cada fase de la obra fue objeto de un acto de recepción propia e independiente, tendrá su propio plazo de garantía, aunque el técnico director de las distintas fases fuera el mismo.

⁵³² Las interpretaciones posibles de la discordancia referida son dos:

1ª El plazo de garantía se computa a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, pero no habrá responsabilidad conforme a la LOE por los daños de su art. 17.1 que tengan causa en las deficiencias que

En cualquier caso, fijado el *dies a quo* en el acta de recepción de la obra, significa que no va a arrancar el inicio del cómputo del plazo de garantía sin que el comitente (promotor) haya mostrado su conformidad o discrepancia. Si bien, la elección de este momento para fijar el inicio de dicho cómputo ha sido objeto de críticas de diversa índole, y esto se debe a que, si bien el acta de recepción tiene un inestimable papel en el seno del contrato de obra, no ocurre así en el tráfico inmobiliario, lo que puede dar lugar a situaciones poco deseables. De hecho, parece que tiene poco sentido fijar como momento inicial el acta de recepción de la obra, respecto del adquirente consumidor, que es el que puede resultar perjudicado y el que tiene derecho a reclamar y, sin embargo, no interviene en dicha recepción⁵³³.

De este modo, la elección de este momento puede generar múltiples problemas, pues lógicamente la entrega material de la vivienda al consumidor se producirá después de la firma del acta de recepción, pudiendo transcurrir varios meses o incluso, para los defectos de terminación, el plazo íntegro. En consecuencia, una vez adquirida la vivienda y apreciados los defectos, el consumidor tendría, en tal caso, un plazo inferior al legal, ya de por sí escaso, o incluso podría haber caducado el ejercicio de la acción, de forma que

fueron el objeto de las reservas que el promotor formuló en el acta de recepción. Estas deficiencias, o mejor, los daños que de ellas se deriven, sólo estarán sujetos a responsabilidad *ex art. 17 LOE* cuando las mismas se corrijan y se suscriba la correspondiente acta de subsanación. 2ª Entender que, como dice el art. 17.1 LOE, los plazos de garantía se inician con la recepción sin reservas o con el acta de subsanación de las mismas; CORDERO LOBATO, “Comentario al art. 17. Responsabilidad civil de los agentes...” op. cit., págs. 341 a 343, estima correcta la primera interpretación, que, además, es congruente con lo que prevé el artículo 19.9 i) LOE con respecto al seguro. En definitiva: producida la recepción, aun con reservas, se iniciarían los plazos de garantía del art. 17 LOE, pero no habría lugar a responsabilidad por aquellos defectos constructivos que tuvieran una conexión causal con las reservas formuladas en el acta, hasta que éstas se subsanasen. Naturalmente, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la imposibilidad de que el comitente pueda negarse a recibir una obra que sólo tiene defectos menores, situación en la que deberá recibirla con reservas, asistiéndole el derecho de que las deficiencias se subsanen, ésta es una regla que hace extremadamente conveniente no formular ninguna reserva en el acta de recepción (al respecto, v. el comentario al art. 6 LOE en CARRASCO, CORDERO Y GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., págs. 141 y ss).

Por el contrario, XIMENEZ DE SANDOVAL, E. y SANTANA AROZENA, F., “El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE”, *Estudios de derecho judicial*, nº 27, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pág. 55, consideran que el dilema se resolverá a favor del segundo criterio de inicio del cómputo de los referidos plazos a partir de la recepción sin reservas, “por apelación última al principio garantista o *procines* que constituye la columna vertebral de la Ley”.

⁵³³ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., “La falsa identificación entre el régimen de responsabilidad civil por vicios o defectos de construcción y la versión legal y jurisprudencial del régimen de responsabilidad por ruina del edificio”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Coord. J.M.G.P. y F.P.M.G., volumen I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 4620 y 4621.

perdería las garantías que la ley establece para asegurar la efectiva reparación de la vivienda, y únicamente podría accionar contra el promotor en virtud del incumplimiento contractual derivado del contrato de compraventa, pero sin poder beneficiarse de las garantías que la Ley de Ordenación de la Edificación le concede. Para evitar los perjuicios en que podría incurrir el adquirente en tales supuestos, encontramos algunos pronunciamientos de las Audiencias que, o juegan con las fechas para encajar la reclamación dentro de los plazos legales (SAP Murcia de 4 de julio de 2011 -Roj: SAP MU 1531/2011-⁵³⁴), o estableciendo el inicio del cómputo en la fecha de la cédula de habitabilidad (SAP Baleares de 13 de enero de 2015, -Roj: SAP IB 4/2015-) o en la de la licencia de primera ocupación (SAP La Coruña de 24 de noviembre de 2014, -Roj: SAP C 2840/2014-)⁵³⁵.

⁵³⁴ Dispone dicha resolución que “no entiende la Sala que concurra la caducidad de la acción ejercitada al amparo de la Ley 38/1999, por las razones que, a continuación, se exponen. En primer lugar, es cierto que los plazos de garantía fijados en dicha Ley se cuentan desde la fecha de recepción de la obra, por señalarlo así su artículo 17. Y en el supuesto de autos dicha recepción tuvo lugar el día 16 de febrero de 2.007, como se desprende del documento número tres, acompañado a la contestación a la demanda, habiéndose otorgado la escritura pública de compraventa en fecha 20 de diciembre de 2.007. Por lo que, aun extremando en contra de la parte compradora la interpretación del inicio del cómputo del plazo de prescripción y partiendo de que los vicios constructivos que se denuncian existían desde esa misma fecha de recepción de la obra, resultaría que el plazo de prescripción de la acción para reclamar por esos vicios, ya manifestados, se iniciaría en ese mismo día 16 de febrero de 2.007, siendo ese plazo de dos años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, de tal manera que dicho plazo finalizaría el 16 de febrero de 2.009. De ello se sigue que si, como viene a reconocer la parte demandada y puede apreciarse en los documentos cinco y seis acompañados a la demanda, la primera reclamación por los vicios o defectos constructivos formulada por la parte actora tiene lugar el día 18 de diciembre de 2.008, es evidente que tal reclamación se formuló antes de que transcurriese el plazo de prescripción de dos años, antes referido. No concurre, pues, la caducidad ni la prescripción de la acción que se ejercita al amparo de la Ley de Ordenación de la Edificación”.

⁵³⁵ Según la SAP Baleares de 13 de enero de 2015 (Roj: SAP IB 4/2015), “en la vigencia temporal de la responsabilidad por vicios edificativos pueden distinguirse dos períodos: por un lado, el plazo de garantía, y, por otro lado, el plazo de prescripción. El primero se refiere al tiempo dentro del cual ha de haberse manifestado el vicio para que pueda exigirse responsabilidad. (...) Pero, en cualquier caso, y según el artículo 6.5 de la misma Ley, el “dies a quo” para el cómputo del plazo de garantía es el de la recepción expresa o tácita de la obra. En el presente caso, no se trata sólo de que la causa o etiología de las humedades: inexistencia y/o deficiente impermeabilización, ya se pusiera de manifiesto en el plazo de garantía de tres años, tal como se afirma en la sentencia apelada, sino que, además, y así se pone de manifiesto en la meritada resolución, y no se discute por ninguna de las partes, el certificado final de la obra se expidió el 5 de marzo de 2009 y se obtuvo la cédula de habitabilidad el día 12 de marzo de 2009, por lo que a dicha fecha habrá que atenderse para entender entregada la vivienda, y, en consecuencia, deberá mantenerse que la acción se ha ejercitado en el plazo legalmente establecido”. Por su parte, la SAP La Coruña de 24 de noviembre de 2014 (Roj: SAP C 2840/2014) dispone: “ahora bien, la apelante toma como día inicial del período de garantía la fecha de terminación de la edificación (treinta y uno de agosto de 2004) indicada en el certificado final de obra, datado el siguiente diecisiete de septiembre. Sin embargo el artículo 17, 1, de la Ley citada (también el 6º, 5) arranca el cómputo de dicho período de la fecha

Otra cuestión problemática que se puede derivar del cómputo establecido por el legislador, y que no se tomaría en consideración en años anteriores, de bonanza económica, es que la Ley parte de la idea de que los inmuebles (viviendas en nuestro caso) se venden sobre plano, antes de que comience su construcción, o incluso iniciada ésta, pero no concluida. Sin embargo, en la actualidad, es frecuente que los promotores tengan *stoc* de viviendas que, si bien se pusieron a la venta antes de iniciarse su construcción, no fueron adquiridas. Son viviendas que podrían tardar más de tres años en llegar a su destinatario final, el adquirente, lo que daría lugar a la posibilidad de que hubieran surgido defectos de acabado, o de habitabilidad, respecto de los cuales no podrían ejercitarse las acciones previstas en la LOE. En consecuencia, una efectiva protección del consumidor hubiera exigido, no tanto un mayor plazo de prescripción, sino más bien una diferente forma de computar el plazo de caducidad, de tal manera que el mismo se iniciara, a los efectos del consumidor, desde el momento en el que éste recibiera de forma material o efectiva la vivienda de manos del promotor⁵³⁶.

(necesariamente posterior: artículo 6º, 2, b), de la propia Ley) de la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de estas; dicha parte no se refirió en absoluto a ella, quizá por no haberse formalizado el acta, al haberse contratado su ejecución a “diversas empresas especializadas en las distintas fases constructivas” (hecho primero de la demanda), de modo que falta el constructor definido en el artículo 11 de la misma Ley. Esa omisión no puede redundar en perjuicio de los adquirentes de las diversas partes del edificio y desde luego, por lo ya dicho, el período de garantía no empezaría a contar en la fecha indicada en la certificación final de obra. Del contenido de las alegaciones de la contestación a la demanda solo se puede extraer como inicial del cómputo la de la licencia de primera de ocupación (diez de mayo de 2005). Con arreglo a esto, como los daños empezaron a manifestarse a finales de 2006 (declaración de la actora al ser interrogada, no contradicha por ningún elemento de juicio y acorde con las reglas de la sana crítica: artículo 316, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), aparecieron dentro del período de garantía (incluso aunque se contase desde la fecha propugnada por la demandada) y siguieron aumentando (periciales y testigo de la actora: finales de 2007)”.

⁵³⁶ Al hilo de la regulación de los plazos de garantía de la LOE, es interesante hacer referencia, con FEMENÍA LOPEZ, P.J., *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 149 y ss, a la posible extensión de dichos plazos al ámbito de la responsabilidad extracontractual que prevé el art. 1909 CC. Conforme a dicho precepto, “si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal” (los arts. 1907 y 1908 CC regulan la responsabilidad del propietario por ruina -o determinados daños previstos en el art. 1908 CC-, si aquélla se debiera a la falta de reparaciones necesarias). Así, el citado art. 1909 CC, cuando establece la posibilidad de reclamar contra arquitecto y constructor, dispone que dicha reclamación habrá de hacerse “dentro del tiempo legal”, expresión que ha dado lugar a una disparidad de criterios: se ha considerado como una remisión al plazo de prescripción del art. 1968, párrafo 2º, o al de responsabilidad del art. 1591 CC. Tras la entrada en vigor de la LOE, podría entenderse efectuada tal remisión al plazo de prescripción de su art. 18, si bien FEMENÍA razona que, habida cuenta que la LOE limita la lista de perjudicados al propietario y terceros adquirentes, no parece que pueda aplicarse este plazo al art. 1909 CC, cuyos destinatarios son terceros ajenos a la propiedad. El referido autor considera, siguiendo la postura de ALBALADEJO, que la reclamación (el precepto habla de “repetir”) contra arquitecto y/o constructor

4.4.2. Plazo de prescripción

Señalado lo anterior, y por lo que respecta al plazo de prescripción de la acción del art. 18.1 LOE, éste fija un plazo de dos años desde que surjan los daños materiales. Lógicamente, la acción no nace hasta la aparición de los daños concretos, momento en el que ésta se podrá ejercitar. El citado art. 18.1 LOE debe ser interpretado en el sentido de que el daño deberá exteriorizarse, de manera que su existencia pueda ser objetivamente apreciada por el perjudicado.

Así, una vez producido el daño dentro del plazo de garantía (que, según hemos visto, es de caducidad), comienza a correr el plazo de prescripción de dos años previsto en el art. 18.1 LOE. Sobre este plazo conviene aclarar, en primer lugar, que se aplica únicamente a las construcciones que se encuentran bajo el ámbito de la LOE, es decir, que no cabe pensar que pueda aplicarse a todo daño surgido en cualquier edificación, incluso la sujeta al art. 1591 CC, ya que éste tiene su propio plazo de garantía, y además, respecto al de prescripción, le es aplicable el de las acciones personales, de cinco años (antes quince), del art. 1964 CC.

Por otra parte, el plazo de dos años del art. 18 LOE es el único plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad que impone la LOE, y ello supone que no es posible, una vez transcurrido el mismo, pese a su brevedad, sumar a éste el plazo más

podrá efectuarla el tercero perjudicado en el plazo de un año (de prescripción), previsto en el art. 1968, 2º párrafo CC, mientras que la expresión “*dentro del tiempo legal*” se refiere al plazo de garantía durante el cual, producido el vicio o ruina, deberán responder el arquitecto y/o constructor, con independencia del plazo de prescripción referido (si bien este “*tiempo legal*” no implica un plazo durante el cual hay presunción de responsabilidad de arquitecto y constructor: la presunción de responsabilidad sólo recae sobre el dueño, conforme al art. 1907 CC, sino que se limita a fijar un plazo que da la posibilidad, si la ruina surge durante el mismo, de reclamar a arquitecto o constructor, si bien ello no exime al tercero de acreditar que, en efecto, la ruina causante del daño se debe a vicios de la construcción). En la actualidad, la referida remisión a un plazo de garantía debe entenderse efectuada al art. 17 LOE, si bien, considerando que el art. 1909 CC se refiere a supuestos de “ruina” del edificio, parece que debería restringirse la aplicación de este precepto a unos concretos defectos de construcción: los que afecten a la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, sin que pueda extenderse a los demás vicios previstos en la LOE, relativos a la habitabilidad o funcionalidad del edificio. Así, el plazo de garantía aplicable al art. 1909 CC sería el plazo de garantía decenal, aplicable a los “vicios o defectos constructivos de mayor gravedad (defectos en la cimentación, soportes, vigas, forjados, muros de carga, etc.), los cuales se acercan mucho más al concepto de ruina establecido en el art. 1909 CC, en cuanto afectan a la esencia misma de la edificación y no a su mera funcionalidad” (pág. 153). Respecto a esta cuestión, v. también FEMENÍA LÓPEZ, P.J., “La posible extensión de los plazos de garantía establecidos en el art. 17 LOE al ámbito de la responsabilidad extracontractual”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coord. J.A.M.M., Dykinson, Madrid, 2000, págs. 653 y ss.

largo de las acciones personales del art. 1964 CC, pues éste es para los supuestos que no tienen señalado plazo especial, y los de responsabilidad de la LOE sí lo tienen, y es el indicado de dos años⁵³⁷.

Por tanto, si los daños aparecen dentro del plazo de 10, 3 ó 1 año, según el caso, el consumidor tendrá otros dos años (frente a los quince que le reconocía la jurisprudencia que interpretaba el art. 1591 CC, por aplicación del plazo general que establecía el artículo 1964 CC -recientemente reducido a cinco años-) para poder ejercitar válidamente la acción de responsabilidad que le reconoce el art. 17 LOE.

En cuanto al cómputo del plazo, el art. 1969 CC establece como regla general que el *“tiempo para la prescripción en toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determinare, se contará desde el día siguiente al que pudieran ejercitarse”*. Esta regla general puede concretarse respecto de las responsabilidades reguladas en el art. 17 LOE, según ALONSO RODRÍGUEZ-SEDANO⁵³⁸, de la siguiente manera: conforme al art. 18.1 LOE, el plazo se contará desde que se produzcan los daños cuya indemnización se pretenda. Es decir, los plazos que se establecen en el art. 17 LOE son para que nazca el derecho: únicamente si el vicio aparece dentro de tales plazos, el propietario del edificio o los adquirentes tendrán derecho a indemnización. Y una vez producido el daño, entonces comienza el plazo de prescripción. Es decir, los daños a los que se refiere el art.18.1 LOE son las consecuencias exteriorizadas de los eventuales vicios o defectos y en todo caso, la manifestación de los daños debe marcar el comienzo del cómputo de prescripción. Por tanto, el plazo debe computarse desde que aparecen los daños y no desde que finaliza el plazo de garantía. Este criterio es defendido por la SAP Barcelona de 7 de septiembre de 2007 (Roj: SAP B 13534/2007), conforme a la cual la prescripción ha de computarse desde el “último estadio” o total resultado dañoso, es decir, desde que se tiene cabal conocimiento del origen del daño que amenaza la ruina.

Si bien, algunas sentencias del Tribunal Supremo introdujeron la variable del carácter continuado del daño, como factor para posponer el inicio del cómputo a la

⁵³⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, “La responsabilidad de los agentes de la construcción (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación)”, op. cit., pág. 13.

⁵³⁸ ALONSO RODRÍGUEZ-SEDANO, A., “Los plazos para el ejercicio de las acciones sobre responsabilidad derivada de vicios de la construcción”, *Cuadernos digitales de formación nº 19/2011*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011, págs. 29 a 31.

definitiva consolidación del mismo (por ejemplo, SSTS de 12 de febrero de 1981 -Roj: STS 5/1981- o 15 de marzo de 1993 -Roj: STS 1602/1993-, con cita de otras). En dichas resoluciones también se matiza que deben ser “continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida”, en cuyo caso, tal y como establece la SAP Cádiz de 20 de abril de 2007 (Roj: SAP CA 419/2007), *“cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida el cómputo del plazo de prescripción no se inicia (“dies a quo”) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie perseguida (Sentencias del TS de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990, 15 y 20 de marzo de 1993, entre otras)”*. Cuando se trata de daños que evolucionan con el tiempo, el plazo de prescripción se inicia a partir del momento en que se han estabilizado o cesado los mismos, según reiterada jurisprudencia.

5.- Garantías específicas derivadas de la suscripción de seguros

El compromiso que asume la Exposición de Motivos de la LOE de fijar las garantías a favor de los usuarios frente a los posibles daños que deriven de la obra ejecutada, se concreta en la redacción de su art. 19, que se enuncia como *“garantías para daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”*, y en el que se fijan dichas garantías a través de la obligatoria concertación de un régimen de seguros para cubrir, durante los periodos de responsabilidad, todos los daños que puedan sufrir los edificios en los términos del art. 17 LOE. En principio, parece correcta la opción del legislador, pues es la vía adecuada para garantizar la cobertura de los adquirentes consumidores, evitando de esta forma que sus legítimos derechos se vean frustrados por la eventual insolvencia de los obligados a responder.

El problema actual radica en la falta de desarrollo reglamentario de este art. 19 LOE en relación a los seguros para cubrir los daños de habitabilidad y de terminación, pues la Disposición Adicional Segunda de la LOE sólo desarrolla, en su apartado 1, la obligatoriedad, desde la entrada en vigor de la propia ley, de la garantía de daños materiales para cubrir los daños estructurales, dejando por tanto pendiente de desarrollo por Real Decreto, *“la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1 a) y 1 b) del citado artículo 19 para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda...”* (DA 2ª. 2). Así, aunque en el art. 19 LOE se establece un régimen de garantías

exigibles con tres tipos de seguro, en el que, mediante cada uno de ellos, se afrontarían las responsabilidades ya vistas anteriormente, lo cierto es que sólo el seguro decenal es obligatorio desde la entrada en vigor de la Ley, y tan sólo para los edificios cuyo destino principal sea el de viviendas, tal y como se recoge en el apartado 1 de la Disposición Adicional 2ª; las otras dos garantías deberían fijarse por Real Decreto, tal y como se recoge en el apartado 2 de la Disposición Adicional 2ª.

De este modo, a fecha actual se puede afirmar que el consumidor carece de las garantías que la ley establece a su favor para la cobertura de aquellos daños materiales que, si bien son los menos graves, también son los de mayor frecuencia en la práctica, lo cual pone en entredicho todo el sistema de garantías regulado en la LOE -ya que, como veremos, la obligatoriedad de constituir las referidas garantías como condición para que pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva del edificio construido, se circunscribe también exclusivamente al seguro por responsabilidad decenal-.

Dicho sistema se articula en torno a dos tipos de seguros, dejando al tomador del mismo la opción de elegir por uno u otro: son los denominados “seguro de daños materiales” y “seguro de caución”, fijando posteriormente, a lo largo del art. 19 LOE, las condiciones que deben reunir estos tipos de seguros para adecuarse al sistema de protección diseñado por la Ley de Ordenación de la Edificación. A continuación, se efectuará el examen separado de cada uno de ellos, previo análisis de las características comunes de los mismos⁵³⁹. Así,

5.1. Características comunes de los seguros

El art. 19 LOE establece una serie de características de los seguros contenidos en la misma, para cubrir la responsabilidad civil derivada de los daños materiales en la construcción. Las mismas son, por tanto, comunes tanto al seguro de caución como al seguro de daños materiales, por lo que nos referiremos a ellas con carácter previo al examen de las especialidades de cada uno de los seguros. Como tales se pueden señalar:

⁵³⁹ LARROSA AMANTE, “La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas...”, op.cit., págs. 65 y ss.

i) Fijación de los plazos de duración del contrato de seguro.- El art. 19.1 LOE, en relación con el art. 17 del mismo texto, establece unos plazos legales de vigencia del contrato de seguro que se suscriba, de tal manera que no estamos en presencia de seguros en los que las partes puedan establecer su plazo de duración libremente, sino que tendrán que ajustarse necesariamente a la duración marcada por la ley para cada uno de los plazos de garantía de los daños materiales que se establecen en el citado art. 17 LOE. Por tanto, la cobertura de defectos de terminación tendrá una duración de un año, la de defectos de habitabilidad de tres años, y la de defectos estructurales de diez años.

ii) Limitación de los derechos de la aseguradora.- La Ley de Ordenación de la Edificación, como mecanismo de protección del beneficiario, establece una serie de límites a los derechos que la Ley de Contrato de Seguros reconoce a las entidades aseguradoras. En tal sentido:

- *El artículo 19.2.b) LOE impide el ejercicio de las opciones que concede, con carácter general, el artículo 15.2 LCS⁵⁴⁰: la prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en períodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación. De este modo, establece el apartado b) del art. 19.2 LOE una previsión específica en relación al pago de las primas de este seguro, distinta de las normas generales de la Ley de Contrato de Seguro.*

Así, en primer lugar, la LOE exige en que la prima esté pagada en el momento de

⁵⁴⁰ Así, conforme al art. 19.2.b) de la LOE, “*la prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en períodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía*”, frente al art. 15.2 LCS, que expresamente dispone que “*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*”.

la recepción de la obra⁵⁴¹. Es correcto que dicho pago se imponga como ejecutado al momento de recepción de la obra, pues es a partir de ese momento cuando comienza a computarse el plazo de garantía por cada uno de los diversos defectos materiales de los que pueda adolecer la misma. De esta forma, el legislador ha querido evitar que el asegurado (adquirente o subadquirente de la vivienda) sea deudor del pago de la prima: la prima debe estar ya pagada. Esto se debe al hecho de que el asegurador no emitirá la póliza sin haber cobrado, al menos, la primera prima y si el obligado a concertar el seguro es el promotor, a quien debe considerarse como tomador, esa prima no puede exigirse al posterior adquirente del inmueble.

En relación a un posible impago de la prima única a la recepción de la obra, nada dice la ley con relación a este supuesto, lo que obliga a aplicar el art. 15, párrafo primero LCS, según el cual si la prima no hubiese sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación, y por tanto el consumidor afectado no podrá exigir a la aseguradora la indemnización que pueda corresponderle. Ahora bien, la única consecuencia que se establece expresamente en la ley por el incumplimiento de esta obligación de pago de la prima está prevista en el artículo 20.1 LOE, al que se hará referencia más adelante, no permitiéndose ni el otorgamiento de escrituras públicas ni la inscripción en el Registro de la Propiedad de declaraciones de obra nueva, si no se acredita y testimonia la constitución de estas garantías, por lo que debemos entender, lógicamente, que el Notario y el Registrador deberán comprobar que la prima del seguro está abonada, si es prima única.

Además, en segundo lugar, respecto a los supuestos de pago fraccionado de la prima, el legislador ha querido, tal y como se ha adelantado, desplazar la aplicación del art. 15 LCS, que con carácter general permite al asegurador resolver el contrato cuando la primera prima no ha sido pagada y, en caso de fraccionamiento de la prima, suspender la cobertura del seguro en caso de impago de una de las primas siguientes. En consecuencia, ni se puede suspender la vigencia de la póliza por impago, ni el asegurador puede resolver el contrato en perjuicio del asegurado (si bien, sí podrá repetir al tomador, exigiéndole el reintegro de toda la indemnización que se vea obligado a pagar, en su caso),

⁵⁴¹ Así se desprende del art. 6.5 de la LOE: *“el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida según lo previsto en el apartado anterior”*.

ni puede oponer al asegurado, en caso de siniestro, la excepción de impago de la prima⁵⁴². De este modo, se garantizan de forma adecuada los derechos del consumidor, pues expresamente se impide que la aseguradora quede exenta del cumplimiento de las prestaciones como consecuencia del impago de alguna de las primas fraccionadas del seguro de daños materiales, prohibiéndole resolver o extinguir el contrato, suspender su cobertura o entenderse liberado de su obligación, opciones todas ellas que sí se permiten con carácter general en el artículo 15.2 LCS para el resto de los seguros.

- *El artículo 19.3.c) LOE*, respecto del seguro de caución, impide la oposición al beneficiario por la entidad aseguradora de las excepciones que pudiera tener en sus relaciones con el tomador, rasgo que se deriva de su consideración como un seguro “a primer requerimiento”.

- *El artículo 19.4 LOE* señala que “una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de duración previsto en el apartado 1 de este artículo” (los plazos previstos en el art. 19.1 LOE son los de uno, tres y diez años, según el tipo de vicios o defectos que sean objeto de garantía). En consecuencia, durante el tiempo de la garantía legal, tomador y asegurador no pueden poner fin al seguro de mutuo acuerdo. Además, parece que tampoco podría resolverse el contrato en caso de incumplimiento por parte del tomador de algunas de las obligaciones que le impone la ley. Esta conclusión tendría su fundamento en la finalidad tuitiva del contrato, otorgado por cuenta ajena en interés de los titulares de las viviendas. La cuestión es interesante, porque el pago de la prima no es la única obligación del tomador. Éste debe, por ejemplo, comunicar al asegurador las circunstancias que agraven el riesgo (art. 11 LCS) y el incumplimiento de este deber permitiría al asegurador “rescindir” (en realidad, resolver) el contrato (art. 12 LCS). Si bien, es cierto que, en el caso del seguro previsto en la LOE, una vez entrada en vigor la garantía, tras la recepción de la obra, no tiene sentido hablar de circunstancias que agraven el riesgo de que se produzcan vicios o defectos de construcción, ya que dichos vicios o defectos ya existirán

⁵⁴² PARRA LUCÁN, M.A., “El aseguramiento de la vivienda”, *El derecho a una vivienda digna. Planteamiento general y problemas civiles específicos. Acceso a la vivienda, propiedad, arrendamientos, hipotecas. Cuadernos Digitales de Formación 31/2008*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pág. 19.

(o no) desde esa fecha⁵⁴³.

iii) Fijación de un importe mínimo del capital asegurado.- Dentro del régimen de garantías, y con el fin de poder cumplir de la mejor forma posible la exigencia de responsabilidad, se establecen en el art. 19.5 LOE una serie de importes mínimos de capital asegurado (sin perjuicio de que pueda establecerse un importe superior). El parámetro que sirve de elemento de cálculo es el coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, aplicando a este importe resultante un determinado porcentaje, en función del tipo de daño material objeto de aseguramiento, y que se concreta en un 5 % para el caso de defectos de terminación, un 30 % para los defectos de habitabilidad, y un 100 % para los defectos estructurales.

iv) Opción de la aseguradora.- El art. 19.6 LOE concede a la aseguradora una opción para el cumplimiento de la obligación asumida, de tal manera que podrá elegir entre el pago de una indemnización en metálico que se corresponda con la valoración de los daños, o bien la reparación *in natura* de los mismos, sin abono en este caso de indemnización económica alguna al beneficiario. Si la póliza concreta sólo se refiriera a la primera posibilidad, de indemnización en metálico, sería discutible si esta redacción debería ser interpretada como una elección anticipada, en cuya virtud el asegurador se compromete a indemnizar en todo caso, y renuncia a la posibilidad de elegir la reparación *in natura* una vez producido el siniestro. La cuestión es discutible, y en última instancia debería prevalecer la posibilidad que la Ley concede al asegurador de optar por la reparación *in natura* o la indemnización, dado el tenor de la misma, siempre que en la póliza no encontremos una renuncia expresa a esa opción.

Esta posibilidad de elegir entre indemnización en metálico o reparación de los daños es una opción que corresponde exclusivamente a la aseguradora, y por tanto, no será posible que sea el beneficiario el que elija una u otra forma de cumplimiento de la obligación. A falta de acuerdo entre las partes, y dado el contenido del art. 19.6 LOE, parece que una sentencia no podría imponer al asegurador una reparación *in natura* y, si así fuera, el art. 706 LEC permite en última instancia, ante el incumplimiento del ejecutado, transformar la obligación de hacer en una obligación pecuniaria, encargando a

⁵⁴³ PARRA LUCÁN, “El aseguramiento de la vivienda”, op. cit., pág. 23.

un tercero el hacer no personalísimo⁵⁴⁴.

v) Franquicias. - Con el fin de evitar que, mediante la aplicación de franquicias, que reducirían el importe de la prima a pagar, se vulnerasen las previsiones legales en relación con el importe mínimo asegurado, con el evidente perjuicio que con ello se ocasionaría al adquirente consumidor, el art. 19.8 LOE establece, como regla general, la inadmisión de franquicias o limitaciones a la responsabilidad de la aseguradora frente al asegurado o beneficiario en los casos de daños materiales, si bien, para los daños de habitabilidad o estructurales, se autoriza una franquicia como máximo de un 1 % del capital asegurado de cada unidad registral. Esta norma contiene, por tanto, una regulación ciertamente restrictiva, con el fin de evitar que puedan establecerse límites a la obligación de indemnización del asegurador. Dicho carácter restrictivo resulta plenamente justificado, ya que de admitirse una amplia libertad de pactos con relación a este elemento, los promotores contratarían altas franquicias para obtener primas más bajas, lo que iría en claro detrimento de los derechos del asegurado (propietario o sucesivo adquirente del edificio), ya que éste vería frustrada la garantía que ofrece el seguro, toda vez que tendría que afrontar el pago una parte importante de los daños resultantes del siniestro.

Señala BRENÉS CORTÉS⁵⁴⁵ que incluso hubiese sido conveniente, en aras de una mayor protección de los derechos del adquirente de la vivienda, que en estos seguros de la construcción, de alta repercusión social, no se admitieran franquicias de ningún tipo, sobre todo si tenemos en cuenta que se establecen en perjuicio del asegurado, ya que suponen una limitación porcentual a la cuantía de la posible indemnización que, en su caso, se debiera recibir. También resulta criticable, a juicio de dicha autora, la referencia que el mencionado precepto realiza al término “unidad registral”, ya que es una terminología inusual en la práctica aseguradora, que puede constituir una fuente de controversia, por la ausencia de definición en la propia LOE de lo que debe entenderse por tal, lo que puede dar lugar a diversas interpretaciones posibles sobre la misma, a lo que hay que añadir que el objeto del seguro es el edificio en su conjunto y no las distintas

⁵⁴⁴ PARRA LUCÁN, “El aseguramiento de la vivienda”, op. cit., pág. 17.

⁵⁴⁵ BRENÉS CORTÉS, J., “Desvirtualización legislativa y práctica del seguro decenal de daños”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 71, icade, mayo-agosto 2007, págs. 282 y 283.

unidades en que pueda dividirse como consecuencia de su venta en régimen de Propiedad Horizontal. Atendiendo a esta circunstancia, y en cuanto a cómo debe ser entendida la referencia a la “unidad registral” contenida en el art. 19.8 LOE, a este respecto, doctrinalmente se ha considerado, de forma acertada, que la expresión “unidad registral” implicaría una franquicia por vivienda, lo que significa que en el contrato debe atribuirse a cada una de las viviendas en que se divida el edificio la parte de la suma asegurada que le corresponda (ya que no tendría sentido que cada propietario tuviera que abonar el 1% del coste total de reconstrucción del edificio en su conjunto, lo que podría privarle de toda indemnización).

vi) Limitación de cobertura.- Partiendo de la base de que se trata de seguros especiales y que vienen en gran medida configurados legalmente con una finalidad específica y concreta de cubrir la responsabilidad civil de la construcción, la cobertura sólo puede abarcar aquellos daños cuyo aseguramiento está específicamente amparado por la Ley de Ordenación de la Edificación, esto es los daños materiales en los términos descritos en el art. 17 LOE. En función de ello, el artículo 19.9 LOE establece que las garantías no cubrirán (salvo pacto en contrario):

1. Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley.

2. Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio.

3. Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio. Estos daños en bienes muebles no están cubiertos por el seguro obligatorio, de manera coherente con lo dispuesto en el art. 19.1 LOE, que habla de daños materiales en el edificio. Y es que el régimen de responsabilidad diseñado en el art. 17 LOE no es aplicable tampoco a estos daños, para los cuales, los perjudicados deben acudir a otras reglas de responsabilidad (arts. 1902 y ss CC). Por eso el art. 17.1 y 9 LOE declaran la compatibilidad con otras acciones.

4. Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma. La exclusión tiene sentido, ya que el daño tendría su causa en las modificaciones u obras realizadas, y no propiamente en los vicios de construcción.

5. Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio. Esta regla debe interpretarse en el sentido de que el mal uso o la falta de mantenimiento, para que excluya la cobertura de la garantía, deberá ser la única causa del daño, lo que no ocurrirá cuando simplemente haya contribuido, junto a los vicios de construcción, a su producción.

6. Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.

7. Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio. Si el incendio o explosión se debe a un defecto en un elemento estructural, el seguro decenal sí cubre los daños. Por otra parte, en estos casos puede existir un seguro del edificio concertado por la comunidad, al margen del seguro contratado por el promotor por exigencia de la LOE⁵⁴⁶.

8. Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

9. Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción. Es decir, la póliza no cubre los daños que tengan su origen en defectos sobre los que se haya formulado reserva. Esto se debe a que la recepción, como ya se indicó, es un acto en el que intervienen únicamente constructor y promotor, y éste último es el obligado a concertar el seguro decenal, de modo que dependerá de él el que determinados defectos queden cubiertos por la póliza. Esta regla tendría más sentido,

⁵⁴⁶ En caso de que se diera un supuesto de concurrencia de seguro previsto en la LOE y seguro de propietarios o comunitario, toda vez que el seguro decenal que concierta el tomador, de acuerdo con lo previsto en la LOE, es un seguro de daños, podría plantearse la aplicación del art. 32 LCS, que se refiere al supuesto del seguro múltiple. Sin embargo, es habitual que los seguros concertados por los propietarios excluyan los daños que tengan su origen en defectos de construcción de los bienes asegurados, que es el riesgo cubierto por el seguro previsto en la LOE. En el caso de que no sea así, y el seguro del propietario cubra esos daños, entiendo que no sería de aplicación el régimen del seguro múltiple, puesto que no hay coincidencia en el tomador del seguro, de modo que, en principio, los aseguradores deberán responder ambos, en proporción a la propia suma asegurada, según se desprende de la propia LCS, sin perjuicio del derecho de repetición contra los responsables civiles, es decir, los agentes que hayan intervenido en el proceso de la edificación.

según refiere PARRA LUCÁN⁵⁴⁷ si el seguro fuera de responsabilidad civil del tomador, pues en tal caso enlazaría con la idea de que dicho tomador no debe responder de los daños cuando éstos proceden de defectos sobre los que ha hecho la oportuna reserva, y la responsabilidad debiera, en tal caso, imputarse al constructor. Siendo un seguro de daños y no de responsabilidad civil, la regla carece de sentido y puede perjudicar a los primeros y ulteriores adquirentes de las viviendas.

Hay que destacar que tales tipos de daños, en principio excluidos, podrían ser cubiertos por el seguro suscrito, si así lo pactan expresamente tomador y asegurador, toda vez que el art. 19.9 LOE se inicia con la expresión "*salvo pacto en contrario*", lo que claramente justifica la posibilidad de ampliar la cobertura a otro tipo de daños, diferentes de los materiales descritos en el artículo 17 LOE, lo que se podrá llevar a cabo bien en el mismo seguro de daños materiales o caución, o bien en otro diferente (como un específico seguro de responsabilidad civil). En estos casos, las limitaciones legales antes descritas no serán de aplicación, si así lo estipulan las partes, y podrán pactarse las cláusulas que se estimen por conveniente de acuerdo con la normativa propia del contrato de seguro, que será la única aplicable en estos casos de ampliación de coberturas.

vii) Tomadores del seguro.- El art. 19 LOE únicamente impone la obligación de asegurar, con los límites señalados de la Disposición Adicional 2ª del mismo texto legal, al constructor y al promotor⁵⁴⁸, pero no al resto de los agentes de la edificación que intervienen en la obra. Ello no implica que éstos, fundamentalmente los técnicos de la obra, no puedan tener sus propios seguros, pero en estos casos se tratará de seguros de responsabilidad civil profesional, que se regirán por la normativa del contrato de seguro y el contenido de la póliza suscrita, sin existir ninguna de las limitaciones que la Ley de Ordenación de la Edificación impone.

En relación a los posibles tomadores expresamente previstos en la LOE, dos son las posibilidades de contratación de los seguros de daños previstos en el art. 19 LOE: en

⁵⁴⁷ PARRA LUCÁN, "El aseguramiento de la vivienda", op. cit., págs. 20-22.

⁵⁴⁸ En relación con el seguro de daños materiales, dispone el art. 19.2. a) que "*tendrá la consideración de tomador del seguro el constructor en el supuesto a) del apartado 1 (elementos de terminación y acabado de las obras) y el promotor, en los supuestos b) y c) del mismo apartado (daños que afecten a la habitabilidad del edificio y daños estructurales)*", remitiéndose a este apartado el art. 19.3.a), en cuanto a los seguros de caución.

nombre propio, en cuyo caso coincidirán la persona del tomador y la del asegurado, y por cuenta ajena, recayendo ambas posiciones en sujetos diferentes. Como veremos, los seguros que se regulan en la LOE están configurados, en general, como seguros por cuenta ajena⁵⁴⁹.

Respecto del seguro de daños, en el supuesto del apartado a) del art.19.1 LOE, el constructor asume la posición de tomador, siendo el asegurado el promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o partes de éste, configurándose como un contrato por cuenta ajena. En cuanto a las previsiones de los apartados b) y c) del art.19.1 LOE, el tomador del seguro será el promotor y la condición de asegurado recaerá sobre él mismo, en cuyo caso estaríamos ante un seguro por cuenta propia, o bien sobre los sucesivos adquirentes del edificio o de partes de éste, encontrándonos entonces ante un seguro por cuenta ajena. No obstante lo anterior, el promotor puede convenir con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél (apartados b y c del art. 19.1 LOE), en cuyo caso se configuraría nuevamente como un seguro por cuenta ajena⁵⁵⁰.

Respecto al seguro de caución, conforme al art. 19.3.a) LOE, es siempre un seguro por cuenta ajena, ya que en este caso los asegurados, independientemente de que contrate el promotor o el constructor, serán siempre los sucesivos adquirentes del edificio (o partes

⁵⁴⁹ Es necesaria una breve referencia a la posibilidad contemplada por la LCS de realizar el contrato de seguro por cuenta ajena. La característica básica de este tipo de seguro es que se produce una diversificación entre el sujeto que contrata con la entidad aseguradora y el que adquiere el derecho a reclamar la indemnización en caso de producirse el siniestro. Para que proceda esta modalidad, es necesario que concurren determinados presupuestos, tales como que el tomador actúe de forma que no haya dudas sobre que se trata de contratación por cuenta de un tercero, que el asegurador conozca y consienta que el seguro se suscriba en tales circunstancias y que se determine el sujeto asegurado.

⁵⁵⁰ En conclusión, a través del art. 19.2.a) LOE se regula de forma expresa el ámbito subjetivo de este seguro de daños, fijando quién tiene la obligación de asumir su concertación como tomador y, por tanto, como persona obligada al pago de la prima, cumpliendo con la previsión que el art. 17.1.b), 2º párrafo, LOE contiene con relación a la responsabilidad del constructor, y la general establecida en el art. 17.3 LOE para el promotor, como responsables solidarios con el resto de los agentes de la edificación (si bien, excluye al promotor de la obligación de concertar un seguro para cubrir los daños de terminación, imponiendo tal obligación sólo al constructor, pero sin que ello implique que no exista en el promotor responsabilidad solidaria frente a los adquirentes por este tipo de defectos constructivos). También fija el precepto quienes han de ser los beneficiarios de dicho seguro, es decir, aquellas que pueden exigir a la aseguradora el cumplimiento de la obligación asegurada una vez producido el siniestro: concretamente, el propio promotor (en su condición de propietario de las viviendas) y los sucesivos adquirentes del edificio o parte del mismo, que son los realmente afectados en caso de que existan vicios o defectos constructivos y, por ello, los más necesitados de la protección derivada de este seguro de daños materiales, LARROSA AMANTE, “La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas...”, op. cit., pág. 69.

del mismo)⁵⁵¹. Así pues, todo lo señalado, en relación tanto al ámbito subjetivo como al pago de las primas, respecto del seguro de daños materiales, es igualmente aplicable al seguro de caución en el ámbito de la responsabilidad por daños en la construcción. La única diferencia es que el beneficiario nunca podrá ser el promotor, sino que siempre deberán serlo los sucesivos adquirentes, lo que implica que dicho promotor no podrá exigir por esta vía la indemnización por los daños materiales que pudiera sufrir el edificio después de la recepción del mismo y mientras mantenga la condición de propietario del edificio o de parte de éste.

viii) Responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de garantía.- Según el art. 19.7 LOE, el incumplimiento de la obligación de concertar el correspondiente seguro implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías, si bien, tal norma carece de efecto práctico, pues el promotor ya responde frente al adquirente ex art. 17 LOE y el constructor responde por los defectos de acabado. Y desde luego, no parece que pueda interpretarse como una penalización al promotor de no poder repetir frente a los técnicos o constructor cuando el defecto constructivo fuera imputable a estos⁵⁵².

5.2. Seguro de daños o seguro de caución

El Título II de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contratos de Seguro, regula con carácter general el denominado “seguro contra daños”, describiéndose posteriormente a lo largo de todo el texto legal las diferentes clases de seguros de daños, como contrapuestos al seguro de personas. La finalidad última de este tipo de seguro es la de garantizar la cobertura de los daños patrimoniales que pueda sufrir el asegurado o el beneficiario, o un tercero, como consecuencia de un siniestro, hasta el límite asegurado. Se trata por tanto de un seguro que, como señala SÁNCHEZ CALERO⁵⁵³, se diferencia

⁵⁵¹ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., “Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Garantias%20por%20danos%20materiales%20en%20la%20construccion.pdf> (última visita, 7 de junio de 2017), págs. 36 y 37.

⁵⁵² MONSERRAT VALERO, A., “Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”, *La responsabilidad civil por vicios de la construcción*, <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro169/lib169-10.pdf> (última visita, 7 de junio de 2017), págs. 305 y 306.

⁵⁵³ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen II*, Edersa, Madrid, 1995, pág. 408.

del seguro de personas no tanto porque tiendan al resarcimiento de un daño, lo que es nota común a todo tipo de seguro, sino por la forma en que ese resarcimiento se lleva a cabo. Así, en los seguros de daños, la prestación del asegurador se determina por la cuantía precisa del daño, a la que ha de adecuarse la fijación de la indemnización -de ahí la prohibición de enriquecimiento injusto que proclama el art. 26 LCS-. Dicho daño, como indica MARCO COS⁵⁵⁴, puede afectar tanto a una cosa concreta y determinada (seguros de incendio, robo, etc.), como a la integridad de un patrimonio (seguros de responsabilidad civil, reaseguro, etc.), sin que la enumeración del Título II de la LCS pueda considerarse exhaustiva, ya que es posible la existencia de otros seguros de daños diferentes a los descritos en dicha ley. Dentro de este marco debe de incluirse el seguro de daños materiales establecido en el art. 19 LOE.

Respecto al seguro de caución, se define en el art. 68 LCS, con carácter general, como aquel por el que *“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. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”*. Se trata, por tanto, de un seguro de garantía que se suscribe siempre a favor de un tercero, de tal forma que es la aseguradora la que adelanta al acreedor beneficiario la prestación debida, quedando cubierta adecuadamente la posición de dicho beneficiario. Su incorporación a la LOE es acertada, pues es un mecanismo adecuado para la protección del consumidor, al que le resulta indiferente la relación que pueda existir entre la aseguradora y el tomador del seguro.

El art. 19.1 LOE, como hemos visto, concede la alternativa de suscribir un seguro de daños o un seguro de caución. Comenzaremos apuntando de forma esquemática las diferencias entre ambos seguros. Así, **a)** el régimen jurídico dispuesto por la Ley es más beneficioso para los adquirientes de vivienda en el caso de que se haya suscrito un seguro de caución que en el supuesto de que se contrate un seguro de daños materiales; **b)** el

⁵⁵⁴ MARCO COS, J. M., “Aspectos generales del seguro contra daños en las cosas (I)”, *Derecho de seguros, Cuadernos de Derecho Judicial*, XIX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 35.

seguro de caución es un seguro de “grandes riesgos”⁵⁵⁵, y por tanto, serán las partes las que establezcan las normas aplicables, quedando las disposiciones de la LCS como meramente dispositivas (art. 44 LCS); **c)** también es distinto el mecanismo de la acción de reembolso: mientras que en el seguro de caución, el asegurador siempre puede ejercitar la acción de reembolso frente al tomador del seguro que ha contratado con él, sin que éste pueda oponer excepciones derivadas del contrato garantizado (art. 68 LCS), en el caso del seguro de daños, el asegurador tiene acción de reembolso frente a los terceros responsables del siniestro (art. 43 LCS); ello implica que las diferencias entre ambas acciones son muy importantes, afectando al grado de obligación generado, los intereses cubiertos en cada caso por la indemnización, la finalidad, etc.; **d)** por último, se distinguen también por la función que cumplen: mientras que el seguro de caución garantiza el cumplimiento de una obligación principal, siendo el riesgo asegurado el incumplimiento del deudor de sus deberes legales o contractuales, en el seguro de daños, el asegurador se limita a resarcir los perjuicios sufridos por el asegurado⁵⁵⁶.

En el seguro de daños, el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura es la aparición en el edificio de los daños materiales enunciados en el art. 19.1 LOE, que son los mismos que dan lugar a la responsabilidad de los agentes de la construcción ex art. 17 LOE. La propia definición, como seguro de daños materiales, debe ser completada y puesta en relación con la descripción que el art. 17 LOE establece de aquellos daños que generan responsabilidad civil en los agentes de la edificación, y que expresamente califica como “materiales”. Son, por tanto, sólo estos daños, y no otros diferentes, como expresamente recuerda el art. 19.9 LOE, los que configuran el ámbito objetivo de este seguro de daños materiales, que surge como una nueva categoría dentro del seguro de daños en general. A tal seguro le serán de aplicación, de forma supletoria, las expresas previsiones de los arts. 25 a 44 LCS, en todo aquello que no esté en contradicción con el régimen establecido en el art. 19 LOE, que como norma especial es de aplicación preferente ante este concreto tipo de seguro.

⁵⁵⁵ Así, el art. 11 b) de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras dispone que se entenderá por contrato de seguro de grandes riesgos “*los de crédito y de caución cuando el tomador y el asegurado ejerzan a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad*”.

⁵⁵⁶ MONSERRAT VALERO, “Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”, op. cit., págs. 35 y 36.

En el seguro de daños será aplicable el art. 43, párrafo 1º LCS según el cual el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. El art. 18.2 LOE también se refiere a esta acción de repetición de los aseguradores contra los agentes intervinientes en el proceso de edificación. Es cuestionable si el asegurador puede dirigirse contra el promotor, ya que éste no es responsable del siniestro, sino que lo son los otros agentes intervinientes en el proceso de edificación (constructor, arquitecto proyectista, arquitecto director de obra, arquitecto técnico director de ejecución de obra). CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ⁵⁵⁷ concluyen que seguramente el asegurador “también podrá subrogarse contra el promotor, tomador del seguro, cuando pierda su condición de asegurado por haber transferido la totalidad del edificio a terceros”. Si el asegurador se dirigiera contra el promotor, éste, posteriormente, podrá repetir contra los agentes de la edificación responsables de los defectos constructivos. Si se trata de un seguro de caución, el art. 68 LCS establece que todo pago hecho por el asegurador debe serle reembolsado por el tomador de seguro (constructor en caso de defectos de acabado y promotor en caso de defectos de habitabilidad o ruinógenos). En este caso, el constructor no podrá repetir contra nadie, pues él es el responsable de los defectos de acabado, pero el promotor sí podrá repetir contra los agentes de la edificación responsables de los vicios constructivos.

Finalmente, según el art. 19.2 c) LOE en los seguros de daños no será de aplicación la normativa reguladora de la cobertura de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes contenida en el art. 4 de la Ley 21/1990 de 19 diciembre. Este precepto aprueba el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, que tiene por finalidad indemnizar las pérdidas derivadas de acontecimientos extraordinarios⁵⁵⁸.

Por otra parte, según el art. 68 LCS, como hemos visto, por el seguro de caución

⁵⁵⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 465.

⁵⁵⁸ La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados, regulaba en su art. 4 el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, si bien este precepto fue derogado por la letra a) del número 1 de la disposición derogatoria única del R.D. Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, entendiéndose hecha a éste último la remisión referida, pese a que el texto original de la LOE no ha sido modificado para adaptarlo a la nueva situación legislativa.

el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, y precisamente el acaecimiento de los vicios constructivos que refiere el art. 19.1 LOE constituye el incumplimiento por parte del tomador de una determinada obligación contractual o legal. Es decir, se estaría considerando que el tomador (constructor en el caso de vicios de acabado y promotor en el caso de vicios de habitabilidad y ruinógenos) tiene la obligación de construir y poner en el mercado un edificio sin ningún vicio constructivo, y el incumplimiento de dicha obligación obliga al asegurador a indemnizar los daños que de ello deriven.

Para el seguro de caución, el art. 19. 3 b) LOE establece que el asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento y el art. 19. 3 c) LOE dispone que el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. Así pues, en virtud de dicho carácter de seguro a primer requerimiento, el asegurado, sin necesidad de acreditar el incumplimiento del tomador de sus obligaciones, puede dirigirse contra el asegurador. De hecho, doctrinalmente se considera que el asegurador no sólo no puede exigir la prueba del incumplimiento, sino que además tampoco puede oponer al acreedor ninguna excepción, ni siquiera las derivadas del contrato de seguro. Esta postura doctrinal permite afirmar que estaríamos ante una garantía independiente, constituida a través de un seguro de caución, caracterizado por abstraer la obligación del garante de las vicisitudes del supuesto garantizado. Para determinar la naturaleza del seguro de caución previsto en la LOE como garantía a primera demanda, y concluir si goza de esa característica de independencia o supone únicamente una inversión de la carga de la prueba, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el 19.3.c) LOE, según el cual, como se ha indicado, el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. Atendiendo a esta circunstancia, parece que el legislador quiere dotarlo de abstracción respecto del contrato principal, hecho que caracteriza a las garantías independientes; por tanto, el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que se refieran a la inexistencia o nulidad de los elementos del contrato, si bien existe duda respecto de la posibilidad de oposición de las excepciones que se deriven de la inexistencia o ilicitud de la causa o de la inexistencia del riesgo.

Así, esa abstracción se ve cuestionada por la posibilidad que tiene el asegurador

de oponer al asegurado la excepción de actuación dolosa por su parte (art. 19 LCS: “*el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado*”), lo que viene confirmado por la exclusión del ámbito de las garantías de los daños que fuesen ocasionados por el mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio (art. 19.9 e) LOE) o por el propio perjudicado (art. 19.9 h. LOE). CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ⁵⁵⁹, por su parte, consideran que, en el caso de seguro de caución, para que el asegurador esté obligado a indemnizar tiene que existir incumplimiento imputable al promotor tomador, y esta circunstancia debería poder ser excepcionada por el asegurador, cuando el defecto sea imputable a otro agente de la construcción. Además, debería admitirse necesariamente, según estos autores, el litisconsorcio pasivo necesario, pues no se podría determinar la obligación del asegurador sin que el promotor fuera calificado como incumplidor. Para evitar estas consecuencias –concluyen- el art. 19.3 LOE dispone de los dos medios referidos de protección del adquirente asegurado: el asegurador deberá pagar la indemnización al primer requerimiento del asegurado y no podrá oponer a éste las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al tomador del seguro.

Así, a través de estas dos previsiones del art. 19.3 LOE, se configura un eficaz mecanismo de protección del consumidor ante la aparición de daños materiales cubiertos por este seguro de caución, de tal manera que la aseguradora estará obligada frente al beneficiario al cumplimiento de la obligación en los términos del artículo 19.6 LOE, sin que pueda oponer las excepciones personales que pudiera tener frente al tomador del seguro (inexactitud de la declaración, impago de la prima, etc.), surgiendo su obligación desde la primera reclamación que efectúe el consumidor ante la aparición de los daños. Ello no implicaría, por otra parte, y en aras de evitar un enriquecimiento injusto, que la aseguradora no pueda oponerse a dicha pretensión, pero únicamente mediante la negación del alcance de los daños o de su propia existencia, o bien negando responsabilidad del tomador del seguro, pero nunca por motivos derivados de las relaciones internas entre la aseguradora y el tomador. A este respecto, la STS de 29 de abril de 2002 (Roj: STS 3026/2002), con cita de otras, resuelve que “*únicamente se permite al garante, en aras de la buena fe contractual y en evitación de cualquier enriquecimiento injusto del*

⁵⁵⁹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 465.

asegurado, acreditar que el deudor principal ha cumplido su obligación, produciéndose una inversión de la carga de la prueba en cuanto a la demostración de este particular”, admitiendo, por tanto, la posibilidad de que el tribunal entre a valorar la relación de base, si bien sólo en relación a su posible extinción o cumplimiento por parte del deudor, sin incluir otras vicisitudes relativas a la obligación garantizada. Según LÓPEZ RICHART, “con esta doctrina, el Tribunal Supremo está dando por resuelta, de una forma excesivamente simplista, uno de los problemas más debatidos en relación con las garantías a primera demanda, cual es el de determinar si el garante puede, en algún caso, servirse de la relación de valuta para oponerse a la reclamación del deudor”⁵⁶⁰.

5.3. Medidas legales tendentes a garantizar la efectividad del seguro

El art. 20 LOE establece una serie de medidas tendentes a garantizar el cumplimiento de la obligación de suscribir los seguros en ella previstos (actualmente, como hemos visto, sólo aplicable al seguro decenal en los supuestos en que sea precisa su contratación), si bien dichas medidas, como tendremos ocasión de comprobar, tienen escasa efectividad práctica.

Centrándonos en la previsión legal, en virtud del inciso primero del art. 20 LOE, se prohíbe el acceso al Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva, hasta tanto se acredite y testimonie la constitución de las garantías obligatorias. La consecuencia de esto es que, si no se permite la escrituración e inscripción en el Registro de la Propiedad de las declaraciones de obra nueva del edificio construido, quedará impedida la posibilidad de inscribir el título constitutivo de la propiedad horizontal y, en consecuencia, las transmisiones posteriores de las unidades privativas en que se pueda dividir el edificio. De esta forma, se fuerza al promotor a contratar el seguro decenal, para

⁵⁶⁰ Sigue diciendo el referido autor al respecto que, doctrinalmente, se admite de forma unánime que el garante puede rechazar aquellas pretensiones que puedan ser abusivas o fraudulentas, aunque sin acuerdo en determinar cuales, ya que la excepción de fraude debe ser admitida con cautela, no sólo por el propio carácter independiente de la garantía respecto de la relación de base, sino porque en la práctica, mientras que la inoponibilidad de excepciones por el garante supone que tampoco podrá el deudor servirse de ellas cuando se le reclame en vía de regreso, ocurre también a la inversa, de modo que si el garante pudo oponerse al pago y no lo hizo, puede después por esta causa quedar sin efecto su reclamación ante el deudor. Es por ello que, posiblemente, se está otorgando al garante una ventaja que no le interesa, ya que lo que se pretende con las referidas garantías a primer requerimiento no es que el garante se aproveche de las excepciones que corresponden al deudor sino, precisamente, desplazar hacia este último “la carga de litigar si el pago efectuado por él careciera de justificación material”, LOPEZ RICHART, J., “Comentario a la STS de 29 de abril de 2002”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 60, 2002, págs. 1048 y 1049.

así poder proceder a la venta de las viviendas, en el caso de que se hubiera dividido el edificio construido. Sin embargo, dicha obligación de concertar el seguro decenal, como ya se indicó, sólo existe respecto de los edificios que vayan a ser destinados de modo principal a servir de viviendas, y no respecto de cualesquiera otros, aun cuando a la construcción de los mismos se deba aplicar también la LOE. Por lo tanto, la referida expresión del art. 20.1 LOE es inexacta por excesiva.

La Instrucción de la DGRN de 11 de septiembre de 2000, que tiene su origen en una consulta formulada por la Dirección General de Seguros, establece la forma en que se ha de acreditar ante el Notario y testimoniar ante el Registrador la constitución de las garantías obligatorias. El sistema que expone se basa en la exhibición del documento en el que consta el seguro (la póliza), que debe reunir el contenido mínimo que la propia Instrucción especifica, acompañado del documento que determine el momento en que la cobertura entra en vigor -un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato, por ejemplo-. Asimismo, la propia Instrucción de la DGRN señala una relación de circunstancias que deben hacerse constar, y que se refieren a la identificación y descripción de la edificación, al seguro y a la entidad aseguradora⁵⁶¹. Por tanto, la actuación de Notarios y Registradores no debe limitarse al

⁵⁶¹ “La acreditación se realizará mediante presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento en que se acredite su entrada en vigor, mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato, o mediante el suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato. En todo caso deberán expresarse al menos las siguientes circunstancias:

- a. Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación: 1. Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o al acta de finalización de obras. 2. Su referencia catastral de solar o edificio en su conjunto, o manifestación expresa de que carece de ella. 3. Datos registrales si la finca estuviera inscrita. 4. Plano de situación del solar o edificio en su conjunto.
- b. Relativas al seguro: 1. Calificación y modalidad del seguro, esto es, si se trata de un seguro de daños o de caución, con expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y que se rige por lo dispuesto en la citada Ley y en lo no previsto en ella, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 2. Garantías cubiertas, que deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 de la Ley 38/1999, sin exclusión, con expresión de la fecha en que han entrado en vigor. 3. Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución. 4. Plazo de vigencia, que será al menos el de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra, con expresión de esta fecha. 5. El importe y forma de pago de la prima, expresando en su caso, el fraccionamiento estipulado y que se ha pagado la primera prima, o al menos, una fracción de la misma. 6. La franquicia convenida, con un máximo del 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral. 7. Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o constructor de la edificación. 8. Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros.
- c. Relativas a la entidad aseguradora: 1. Identificación de la compañía o entidad aseguradora. 2. Autorización para operar en España. 3. Nombre y apellidos de quien firma la póliza, certificado o

testimonio del documento que contiene la garantía, sino que debe extenderse también al contenido del seguro.

Por otra parte, la acreditación de la constitución de las garantías se exige únicamente en relación con la declaración de obra nueva, pero no especifica la Ley si se trata de obra nueva terminada o en construcción. La RDGRN de 20 de marzo de 2000, respondiendo a la consulta realizada por la Asociación de Promotores Constructores de España, señaló que la acreditación de la constitución de las garantías obligatorias previstas por la Ley sólo era necesaria para la inscripción de la declaración de obra nueva terminada o para la autorización de las actas de finalización de obras, por lo que podían continuar inscribiéndose las declaraciones de obra nueva en construcción sin dicha acreditación⁵⁶², si bien en tal caso se reflejará al pie del título la obligatoriedad de hacer constar en el Registro la finalización de la obra, momento en el que procederá la exigencia de las garantías⁵⁶³. En resumen, sólo se exigirá la acreditación de la constitución de las garantías para inscribir la declaración de obra nueva terminada o autorizar las actas notariales acreditativas de la terminación de las obras. Esta solución parece criticable, y puede abrir una vía al fraude, puesto que al ser posible que con la obra nueva en construcción se divida el edificio en régimen de propiedad horizontal y se vendan los pisos, podría llegarse a la situación en la que sólo se escribire e inscriba la declaración de obra nueva en construcción y se prolongue esta situación en el tiempo de manera

suplemento y concepto en el que interviene. La firma estará legitimada, pudiendo hacerse la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz.”

⁵⁶² La DGRN señala: “este Centro Directivo acuerda resolver la consulta formulada de manera que las obras nuevas realizadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, se ajusten a los siguientes criterios.

1º.- Los Notarios y Registradores de la Propiedad tan sólo exigirán la acreditación de la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, al autorizar o inscribir, respectivamente, las escrituras de declaración de obra nueva terminada y las actas de finalización de obras.

2º.- En la autorización o inscripción de escrituras de obra nueva en construcción no se exigirá la prestación de las citadas garantías. Se hará constar al pie del título el carácter obligatorio de la constatación registral de la finalización de la obra, momento en el cual procederá la exigencia de tales garantías.

3º.- En la autorización o inscripción de compraventas, hipotecas y demás negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción, los Notarios y Registradores de la Propiedad advertirán expresamente y harán constar al pie del título, respectivamente, la circunstancia de no constar registralmente la finalización de la obra ni la prestación de las garantías legalmente exigidas a los efectos de los artículos 19 y 20.1 y disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre”.

⁵⁶³ Confirma esta solución la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, que establece que no se exigirá la prestación de la garantía en las escrituras de declaración de obra nueva en construcción, lo cual es coherente con la inexistencia de bien asegurable de daños mientras no existe edificación.

indefinida, sin practicar la nota marginal del acta notarial de finalización de las obras a las que alude el artículo 47.1 del RD 1093/ 1997⁵⁶⁴, cuya operatividad quedaría considerablemente reducida.

También se impide, conforme al apartado segundo del art. 20 LOE, cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el art. 18 LOE, el cierre en el Registro Mercantil de la hoja abierta al promotor individual y la inscripción de la liquidación (extinción) de las sociedades promotoras, hasta tanto no se acredite al Registrador la constitución de las garantías obligatorias con relación a todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido. Este apartado segundo del art. 20 LOE impide, por tanto, el cierre en el Registro Mercantil de la hoja abierta al promotor individual y la inscripción de la liquidación de las sociedades promotoras si no se acredita previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas en la Ley, con relación a todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido. La efectividad de esta norma plantea importantes dificultades prácticas, en primer lugar debido a que se trata de una medida que no alcanza a todos los promotores, sino sólo a los que sean empresarios individuales inscritos en el Registro Mercantil y a las sociedades promotoras. En segundo lugar, porque los plazos establecidos en el art. 18 LOE son de dos años desde que se produzcan los daños para el ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de los adquirentes, desde la firmeza de la resolución que declare la responsabilidad, o desde la fecha en que se proceda extrajudicialmente al pago de la indemnización para el ejercicio de la acción de regreso entre los distintos agentes, y en ninguno de los casos existe previsión de que se lleve a cabo justificación documental ante el Registrador Mercantil del momento de inicio de los citados plazos, de modo que éste carecerá de los datos necesarios que le permitan conocer el término *ad quem* de dichos plazos de prescripción previstos en el art. 18 LOE. Además, se impone la acreditación de la constitución de garantías *“en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido”*, circunstancias que difícilmente pueden ser conocidas por el

⁵⁶⁴ El art. 47.1 del RD 1093/1997 de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, dispone que cuando la obra se hubiera declarado e inscrito en construcción, *“su finalización deberá hacerse constar por nota al margen de la inscripción. Dicha nota se practicará en virtud de acta notarial en la que cualquiera de los legitimados, conforme a lo dispuesto en este artículo, acrediten dicha finalización mediante incorporación de la certificación referida en el apartado 3 del artículo anterior”*.

Registrador mercantil, puesto que en el Registro Mercantil sólo hay constancia del objeto de la actividad empresarial pero no de las concretas promociones que se llevan a cabo.

Por otra parte, con relación a los promotores individuales, resulta especialmente cuestionable la efectividad de la medida prevista en el art. 20.2 LOE, puesto que su inscripción en el Registro Mercantil no es obligatoria, de conformidad con lo establecido en el art. 19 CCom. Por último, en relación a la sanción impuesta por el art. 20.2 LOE, cabe cuestionarse hasta qué punto ese mantenimiento *ex lege* de la inscripción constituye una garantía para los adquirentes, si no produce ninguna consecuencia en el régimen de responsabilidad por deudas impagadas. Así, el hecho de que una sociedad no haya inscrito en el Registro Mercantil su extinción, no conlleva ningún perjuicio para los socios de la misma, ni para sus administradores o liquidadores. De hecho, en España es frecuente la existencia de sociedades inactivas cuya disolución o liquidación no se ha inscrito en el Registro Mercantil (siempre que no exista causa de extinción de la Sociedad, en cuyo caso sí podría derivar responsabilidad para los administradores). Por todo ello, puede afirmarse, sin temor a incurrir en error, que las medidas que la LOE establece en relación al Registro Mercantil tienen muy limitada efectividad y escasa repercusión práctica en el efectivo control de las garantías⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ BRENÉS CORTÉS, “Desvirtualización legislativa y práctica del seguro decenal de daños”, op. cit., págs. 284-286; LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, “Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”, op. cit., págs. 45-48.

CONCLUSIONES

I.- El contrato de compraventa de vivienda “sobre plano” o en construcción no debe entenderse configurado simplemente como contrato de compraventa de cosa futura específica, sino también como un contrato de carácter mixto o complejo, que combina obligaciones propias del arrendamiento de obra (concretamente, un *facere*, que supone construir la vivienda con arreglo a las descripciones pactadas), con la principal y típica de la compraventa: la obligación de entrega (que implica, asimismo, un dar específico previamente acordado). Atribuir un carácter mixto o complejo a la compraventa de vivienda “sobre plano” es consecuencia de la especialidad de su objeto, y de la insuficiencia del régimen que el Código Civil prevé para la compraventa, dado que no solventa las cuestiones derivadas de la previa obligación de hacer, ni las vicisitudes que en su ejecución pudieran aparecer.

Directamente relacionada con este carácter mixto se halla la obligación del adquirente de efectuar entregas anticipadas, respecto de las cuales el promotor-vendedor no tiene libre disponibilidad, por quedar afectas a un destino concreto: la financiación de la construcción de la vivienda. Esto se debe a que, en realidad, la entrega de cantidades anticipadas cumpliría una doble función: la de abono de parte del precio, obligación principal y típica en compraventa y la de financiación de la construcción o edificación, propia del arrendamiento de obra y que, a su vez, se corresponde con la obligación por el promotor de llevar a cabo dicha construcción conforme a lo pactado.

Las especiales circunstancias del objeto de este contrato determinan que, desde su firma hasta la adquisición de la propiedad de la vivienda y su entrega material, transcurra un dilatado lapso temporal, durante el cual los adquirentes quedan expuestos a múltiples riesgos que, en parte, se intentan paliar con una serie de medidas tuitivas previstas, fundamentalmente, en la legislación especial. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, el Real Decreto 515/1989 de 21 de abril, que protege a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, la Ley de Ordenación de la Edificación, y hasta la reforma operada en la LOE por la Ley 20/2015, la Ley 57/1968, conforman, en buena medida, la disciplina protectora de los intereses y derechos de los adquirentes de viviendas sobre plano.

II. Es evidente que el adquirente de vivienda sobre plano tiene la cualidad de consumidor, siempre que el objeto de la adquisición sea, precisamente, una vivienda, entendida como toda edificación cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad, permanente o temporal, de residencia de las personas físicas que la ocupan, y en la que desarrollan su ámbito de intimidad personal y familiar. También se deduce de la propia DA1^a LOE este carácter de consumidor del adquirente, por remisión expresa de la misma (apartado Siete) a la normativa de consumo. En consecuencia, debido a esta condición de consumidor, ostenta el adquirente unos derechos merecedores de protección prioritaria, conforme a lo previsto en el art. 9 TRLGDCU, al ser calificada la vivienda como bien de uso o consumo común, ordinario y generalizado, de ahí que la aplicación del TRLGDCU de 2007 determine que, en la fase previa a la conclusión del acuerdo, el comprador esté amparado por el derecho a recibir una información completa y exacta no sólo del propio objeto contractual, sino muy especialmente del contenido del contrato. Y es que sabido es que estamos ante acuerdos en los que el promotor-vendedor predispone buena parte del contrato, por lo que la falta de una completa información previa o una publicidad inadecuada, pueden devenir en un contenido contractual que no se corresponda con lo consentido.

Estos riesgos se ven implementados por la posibilidad de que en el contrato se introduzcan, en perjuicio del adquirente, cláusulas que, a los efectos del TRLGDCU, sean consideradas abusivas. Más específicamente, el art. 85.3 TRLGDCU, califica como abusivas las cláusulas que atribuyen al profesional la facultad unilateral para decidir sobre modificaciones respecto de lo convenido, cuando tal atribución carece de causa específica y justificada. Así, debe haber una previsión contractual exhaustiva de los posibles supuestos de modificación o alteración en la ejecución de la obra. Destacar, asimismo, el art. 89.3 TRLGDCU, precepto especialmente dirigido a la compraventa de viviendas, al contener una prohibición general sobre la imposición al consumidor de determinados gastos. El precepto lleva a cabo una serie de concreciones, desglosadas en cuatro apartados, cuyo hilo conductor es evitar que en un contrato de compraventa de vivienda “sobre plano”, el consumidor asuma unas obligaciones adicionales, cargas administrativas u otros costes que forman parte del proceso constructivo y que, por ello, corresponden al empresario, promotor-vendedor, que es el que naturalmente los debe afrontar.

III.- La obligación asumida por el promotor-vendedor de entregar la vivienda objeto del contrato, de conformidad con lo preceptuado en el art. 1462 CC, e interpretando dicho deber de entrega como efectivo cumplimiento, no se agota con la finalización de la obra, es decir, con su ejecución material, y en principio, tampoco con la entrega física del inmueble; su obligación va más allá, al abarcar también la solicitud y obtención de la correspondiente licencia de primera ocupación, o cédula de habitabilidad, que tiene por objeto la determinación por la entidad administrativa -el Ayuntamiento- de si se han respetado las condiciones establecidas en la licencia de construcción, así como la verificación de si el edificio se encuentra en condiciones adecuadas de seguridad y salubridad y, por tanto, es apto para la contratación de los suministros básicos. Parece, por tanto, que sin licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad, el promotor-vendedor incumple su obligación, toda vez que, en tal caso, la obra no estaría terminada ni podría considerarse entregada. Sin embargo, se debe advertir que no se trata de una tesis plenamente asumida por el Tribunal Supremo, para el que la falta de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor no constituye, en principio, incumplimiento de una obligación de carácter esencial que faculte al comprador para resolver el contrato con base en el art. 1.124 CC (STS de 10 de septiembre de 2012, Roj: STS 7649/2012). No obstante, de la doctrina del Alto Tribunal se puede deducir también que la falta de este presupuesto será causa suficiente para instar la resolución del contrato, si de las circunstancias concurrentes se deduce que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable, por ser presumible la contravención de la legislación o planificación urbanística.

A la vista de la doctrina del Tribunal Supremo, cabe cuestionarse cómo debe afrontar el adquirente este incumplimiento contractual del vendedor, si dicho posible incumplimiento queda condicionado a que la licencia se pueda obtener durante la tramitación del procedimiento; en definitiva, cabe preguntarse hasta cuándo debe esperar aquel para el ejercicio de la acción resolutoria. Esta indeterminación afecta negativamente al comprador, pues deberá correr con las costas si no espera para demandar y finalmente se concede la licencia o, en otro caso, sufrir los perjuicios de retrasar su reclamación si ésta no se otorgara. Considero que es tarea del legislador establecer unos parámetros objetivos a efectos de que el adquirente, consumidor y, por tanto, parte susceptible de que se vele por su protección, sepa a qué atenerse en estos casos.

IV.- Respecto al posible retraso en la entrega de la vivienda, es criterio jurisprudencial pacífico estimar que no cualquier retraso en el cumplimiento de las obligaciones da lugar a una solución tan grave como es la resolución contractual (especialmente en el ámbito de la construcción), aun cuando se haya pactado un plazo concreto de entrega. Ahora bien, si se hubiese estipulado por las partes, de forma explícita e indubitada, que el momento fijado para la entrega constituía un término o plazo esencial, vencido el cual el negocio jurídico quedaría completamente frustrado para el comprador, éste estaría plenamente facultado para resolver. Asimismo, también será procedente la resolución contractual cuando los Tribunales consideren que el vendedor ha incurrido en un retraso grave e injustificado en el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, que incida en la economía del contrato y frustre las aspiraciones del comprador. Ahora bien, ocurre que estamos, nuevamente, ante cuestiones de carácter fáctico, sujetas a la libre apreciación de los tribunales: habrá que estar al periodo de tiempo transcurrido desde la fecha de entrega pactada hasta la interposición de la demanda por el adquirente, debiendo valorarse en cada caso concreto la gravedad de dicho incumplimiento. Ello nos lleva a una concepción meramente casuística de los supuestos que condicionan la resolución contractual, lo que supone, otra vez, una situación de inseguridad para el comprador, que no sabrá a qué atenerse cuando, llegado el momento, tenga que decidir si demanda o no al promotor, y en qué términos lo hace. Si bien, esta situación de indeterminación de la gravedad (o no) del incumplimiento del deber de entrega, se ha visto paliada por una doctrina muy reciente del Tribunal Supremo aplicable a los casos en los que el adquirente ha hecho entregas anticipadas de dinero a cuenta del precio, destinadas a la financiación de la construcción. Estos supuestos suponen, en la práctica, la inmensa mayoría de los contratos de compraventa de vivienda en construcción, y tienen la especialidad de que son subsumibles en las previsiones de la DA 1ª LOE (antes, Ley 57/68). Así, la STS 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015) resolvió que *“el art. 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador”*, criterio que, entiendo, es perfectamente extrapolable a la actual regulación, vigente desde el 1 de enero de 2016, ya que coincide plenamente con la derogada Ley 57/68 en este aspecto, y supone una importante excepción a la doctrina del retraso de la entrega en las compraventas de vivienda sobre plano.

V.- Sabido es que la extensión de la vivienda es uno de los criterios fundamentales a la hora de establecer su precio, y además, constituye en la compraventa “sobre plano” una de las estipulaciones que concretan el objeto del contrato de forma decisiva. Sin embargo, no es infrecuente que, con posterioridad al acuerdo, la superficie del inmueble sea inferior a la que se pactó. Para evitar los efectos de este incumplimiento, es habitual que el promotor-vendedor, predisponente del contrato, incluya la mención en el acuerdo de que la vivienda se vende como cuerpo cierto, o bien emplee expresiones tales como que la superficie es aproximada, o se escude en posibles modificaciones de planeamiento. Pero tales previsiones, que únicamente favorecen al predisponente, no pueden ser consideradas como estipulaciones que permitan eximir de responsabilidad al promotor-vendedor, pues éste sólo cumple si entrega la vivienda con las características pactadas, conforme a la información fiel y leal que debe facilitar al adquirente.

Por ello, en caso de entrega de vivienda de superficie menor de la estipulada, es posible que nos hallemos ante un incumplimiento contractual por entrega de cosa distinta de la pactada (*aliud pro alio*), al que será aplicable el régimen general del art. 1124 CC, con consecuencias resolutorias e indemnizatorias o, siendo posible, de cumplimiento forzoso *in natura*. De esta manera, a los contratos de compraventa de vivienda “sobre plano” objeto de análisis, en caso de no adecuación de lo construido y entregado por el vendedor-promotor respecto de la superficie o extensión pactada en el contrato, no le serán de aplicación las normas específicas relativas a los defectos de cabida contenidas en los arts. 1469 a 1472 CC en sede de compraventa y, por ello, tampoco el breve plazo del art. 1472 CC, sino que la acción estaría sometida al plazo general de prescripción del art. 1964 CC. Esto se debe a que los referidos preceptos solamente pueden ser aplicables cuando estemos ante una compraventa de vivienda ya construida, en la que la obligación del vendedor se limita a la entrega del bien tal cual está, mientras que en la venta de viviendas “sobre plano”, la inadecuación de lo entregado supone una infracción de la obligación del promotor-vendedor contractualmente asumida de fabricar conforme a lo estipulado.

VI.- Respecto a la imposibilidad de entrega de la vivienda para el caso de que el promotor-vendedor concertara la venta sin haber obtenido previamente la licencia de edificación, solo a él es imputable el hecho de que no se conceda *a posteriori*, y ha de correr con el consiguiente riesgo de no obtenerla. De ahí que, cuando se produce la venta

de un inmueble “sobre plano” sin la previa obtención de dicha licencia, la imposibilidad de construir y entregar debido a la denegación de la misma no pueda ser calificada como caso fortuito o fuerza mayor derivado de problemas administrativos de carácter urbanístico, sino de un verdadero incumplimiento contractual imputable al promotor-vendedor desde el inicio, pues ofrece la realización efectiva de una prestación que no estaba en condiciones de ejecutar –al menos en ese momento-, por carecer de la oportuna licencia de obras, asumiendo el riesgo de que finalmente no pueda obtenerse. Es más, es posible que el contrato de compraventa de vivienda sobre plano pueda ser declarado anulable por existencia de vicio del consentimiento en el comprador, si el promotor conoce la existencia de defectos de naturaleza urbanística en la edificación (STS de 12 de septiembre de 2016 -Roj: STS 4052/2016-). De ello se extrae que las vías para declarar la ineficacia del contrato en estos supuestos no se limitan a la acción resolutoria, aunque cabe afirmar que es en este sentido en el con mayor frecuencia se ha venido pronunciando la jurisprudencia.

No obstante, también se debe advertir que si en el momento de perfeccionarse el contrato de compraventa, la edificación de la vivienda sí era posible administrativamente, una posterior modificación administrativa o una anulación judicial de la normativa urbanística (Plan Urbanístico), como circunstancias sobrevenidas, pueden determinar aquella imposibilidad legal, por lo que nos hallaríamos ante una imposibilidad de cumplimiento que, en este caso, sí deriva de hechos imprevisibles y ajenos a la esfera de control del vendedor, y la consecuencia jurídica sería, únicamente, la facultad del adquirente de instar la resolución del contrato por imposibilidad de cumplimiento de la prestación de entrega (ex arts. 1124 y 1182 CC), pero sin que pueda obtener una indemnización de daños y perjuicios, por tratarse de hechos sobrevenidos debido a causas ajenas al vendedor-promotor (arts.1105 y 1182 CC). Con todo, la modificación posterior de la legalidad urbanística no afecta a la reclamación por el comprador de cantidades entregadas de forma anticipada, al quedar cubiertas por las garantías legales que la Ley impone al promotor-vendedor.

VII.- En cuanto a la posibilidad de que la promotora sea declarada en concurso, una de las cuestiones más controvertidas es la relativa a la posición de los créditos de los adquirentes de vivienda a los que aún no le ha sido entregada la misma, y es que algunos procedimientos concursales califican el crédito del comprador como ordinario, otros

como contingente y otros simplemente no lo recogen. No parece adecuado que los compradores de viviendas cuyo contrato permanezca en vigor tras la declaración de concurso, puedan ser incluidos en la lista de acreedores como titulares de un crédito ordinario por el importe de las sumas entregadas a cuenta, ya que dichos adquirentes no son, realmente, acreedores del concurso, aunque pueden llegar a serlo si la deudora concursada no cumple su obligación de entrega del inmueble, pero la declaración de concurso no constituye, *per se*, una declaración de incumplimiento de las obligaciones. Si, pese a ello, se reconociera como ordinario, podrían participar en un posible convenio con voz y voto, aunque sin privilegio crediticio alguno, si bien esta opción puede ser problemática, puesto que si finalmente se cumple el contrato, el crédito desaparece de la lista de acreedores, pero de igual forma sucede con el activo. Por todo ello, se habla de una posible contingencia, en tanto todo depende de que finalmente se entregue el inmueble, agotando la compraventa. Las dudas en cuanto a su calificación han determinado que también hayan sido considerados como créditos condicionales, dado que su futuro depende de la solución que definitivamente tenga lugar durante el concurso, si bien esto les privaría de derecho de voto en la Junta de Acreedores. Sea cual sea la posición que se adopte, es evidente que el crédito deberá venir reflejado en el informe de la administración concursal y, cuanto menos, debería ser reconocido como contingente, en tanto que pendiente del resultado final del proceso concursal. No considerarlo acreedor desde el primer momento, aunque sea en esos términos, implicaría posteriormente una conversión -en caso de que finalmente no se entregue la vivienda- que, si no es reconocido el crédito en el informe de la administración concursal, difícilmente podría sostenerse. Por otra parte, hay que distinguir este crédito por cantidades entregadas a cuenta, del crédito a la entrega de la vivienda, que sí será ordinario.

Otra cuestión problemática es la del momento en el que se debe considerar incumplido el contrato, cuestión trascendente ya que, en caso de incumplimientos anteriores a la declaración concursal, no podrá instarse la resolución. Cuando el incumplimiento que se invoca sea el retraso en la entrega de la vivienda, no siempre podrá establecerse nítidamente la distinción entre incumplimiento anterior y posterior al concurso, pues con frecuencia se ha incumplido el plazo máximo de entrega antes de la declaración de concurso, y continúa tras esta declaración. Esto se debe a que el retraso puede prolongarse en el tiempo, e incluso pudiera ocurrir que, después de la declaración

de concurso, se revele como imposible el cumplimiento del contrato cuando se constata que la promoción no va a ser ejecutada. En tal caso, parece que no cabría hablar rigurosamente de un incumplimiento anterior, pues también existiría un incumplimiento posterior de mayor entidad por el transcurso del tiempo, y si bien la postura de los tribunales no es unánime a este respecto, entiendo que debería admitirse como retraso posterior en beneficio la posición del adquirente, que es el interés más necesitado de protección.

VIII.- La reforma introducida en virtud de la Ley 20/2015, que deroga la Ley 57/1968 y traspasa la regulación contenida en la misma, con algunas modificaciones, a la DA1ª LOE, parece haber debilitado el régimen de protección contenido en la vieja Ley del 68 en cuatro aspectos sustanciales: qué cantidades podrá recuperar el comprador en caso de incumplimiento por parte del promotor; el plazo de ejercicio de la acción para la reclamación; el procedimiento para ejercitar dicha acción; y la eliminación de la expresa mención a la irrenunciabilidad de los derechos de los compradores. Así, la anterior regulación ya establecía la obligatoriedad de asegurar las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, aunque sin especificar a partir de qué momento, si bien, tras la reforma, el texto fija la obligación de *“garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales”*, de modo que podría desprenderse de la norma que las cantidades entregadas con anterioridad a la fecha de obtención de la licencia de edificación, en principio, podrían no estar garantizadas, lo que supondría un claro perjuicio para los adquirentes, que muy posiblemente hayan hecho entregas de capital antes de ese momento. Sin embargo, cabe también interpretar que la norma referida va destinada a establecer el momento en el que el promotor vendedor debe cumplir con esta obligación legal de asegurar, y no tanto a disponer que la garantía cubre exclusivamente las cantidades entregadas a partir de dicho instante. Por ello, es posible entender que *“todas las cantidades”*, independientemente del momento de entrega (anterior o posterior a la constitución de la garantía) estarían aseguradas. Así podría interpretarse, habida cuenta que la norma está constantemente haciendo alusión a la garantía de la totalidad de las cantidades entregadas sin límite de cuantía ni de fecha de entrega, salvo el evidente de la efectiva constancia de su entrega.

Otra de las críticas que, según este trabajo, merece la nueva regulación es el periodo de caducidad de dos años que impone para los avales, tras los cuales nada se

puede reclamar (frente al plazo general del art. 1964 CC que se aplicaba a la regulación anterior), lo que unido al hecho de que respecto del aval y del contrato de seguro no se establece ahora el carácter ejecutivo que anteriormente sí reconocía el art. 3 de la Ley 57/1968, y a que se ha omitido toda referencia a la irrenunciabilidad de los derechos (que sí recogía expresamente la Ley del 68), da lugar a que podamos deducir que el legislador ha cedido a las presiones de la banca y del sector asegurador, ya que con la nueva normativa ya en vigor, muchos de los derechos regulados que habían dado lugar a una coherente y continuada doctrina jurisprudencial a través de sucesivos pronunciamientos del Tribunal Supremo, interpretando ampliamente su contenido, podrían, por dicha falta de mención, ser desestimados. Sin embargo, de la propia finalidad de la Ley y del contenido del art. 10 TRLGDCU que reconoce la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores, podemos deducir que, pese a esta omisión, los derechos recogidos en la DA1ª LOE son, en efecto, irrenunciables. Entiendo que hay argumentos para que ésta doctrina sea mantenida, ya que, no obstante esas modificaciones en detrimento de los derechos del adquirente, lo cierto es que se mantiene el mismo espíritu que inspiró la anterior regulación, que es el de dotar de instrumentos preventivos al adquirente que entrega cantidades anticipadas. Esta postura que se sostiene, puede también venir avalada por la expresa previsión de la DA1ª LOE que, al reenviar al TRLGDCU considerando que el incumplimiento de lo previsto en ella tiene la condición de infracción en materia de consumo, pone de relieve que el promotor-vendedor que recibe dichas cantidades anticipadas se halla en una posición prevalente frente al comprador que, como consumidor, ostenta una serie de derechos cuya renuncia anticipada debe ser considerada nula de pleno derecho, por vulnerar normas de naturaleza imperativa.

IX.- La DA1ª LOE establece la obligación del promotor de garantizar, mediante un aval o seguro, el importe de las cantidades entregadas a cuenta del precio por el adquirente para el caso de falta de entrega de la vivienda, por no iniciación o conclusión en plazo de la construcción, no obtención de cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento equivalente, supuestos a los que hay que añadir el de ocultación por el promotor-vendedor de defectos de naturaleza urbanística que afectan a la edificación (STS de 12 de septiembre de 2016 -Roj: STS 4052/2016-). Ahora bien, cabe precisar que el asegurador o avalista no garantiza el cumplimiento de la obligación de entrega, sino el de la no restitución de las cantidades a las que está obligado el promotor

cuando el contrato es declarado ineficaz (bien por resolución, bien por anulabilidad debido a vicio del consentimiento, en el supuesto referido). Garantiza, por tanto, una obligación dineraria. Se trata de un deber de garantía que aparece configurado como una obligación legal, impuesta por una norma a favor del adquirente y sin necesidad de que éste la exija (aunque puede efectivamente controlar su constitución y exigirla en caso de que el promotor no la haya constituido), y de cuyo incumplimiento pueden derivarse sanciones no sólo administrativas, sino también penales, ya que su falta de otorgamiento unido al incumplimiento del contrato y no restitución de las cantidades entregadas, podría ser calificado como delito de apropiación indebida, o, dándose los presupuestos, como delito de estafa.

Hay que mencionar que el legislador mantiene en la DA1ª LOE una secuencia temporal para el otorgamiento de las garantías que, si bien tiene como objetivo la tutela de los intereses del adquirente, sin embargo puede presentar ciertas dificultades prácticas, al disponer que en estos contratos de compraventa de vivienda “sobre plano”, en los que se efectúen por el adquirente entregas anticipadas, deberá hacerse expresa referencia a las garantías legales (contrato de seguro o aval bancario), y además, que el promotor entregará al adquirente del documento en el que conste otorgada la garantía, exigencia que es de imposible, o al menos difícil cumplimiento, pues el asegurador sólo emitirá esa póliza cuando se le acredite la firma del contrato. También se establece que, para la apertura de las cuentas especiales previstas en la Ley, la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá las garantías indicadas. Es decir, que en el momento en que se produzca la apertura de la cuenta especial deben haberse otorgado ya las garantías legales, si bien, lo normal es que se aperture dicha cuenta especial sin que se hayan otorgado dichas garantías, y sin que la entidad financiera correspondiente las exija. Esta cuestión práctica, que implica que difícilmente puedan suscribirse los contratos de compraventa, otorgarse las garantías y aperturarse la cuenta especial con la simultaneidad que se desprende del texto legal es, en cualquier caso, un asunto que deberá solventar el promotor, matizando el contenido de sus propios acuerdos con la entidad de crédito en la que se abra la cuenta, y con la entidad garante, en el caso de que no sea la misma, de modo que se aseguren los derechos reconocidos al adquirente, cumpliendo puntualmente con las garantías legales, si no simultáneamente a la suscripción del contrato, como se desprende del texto legal, sí de la forma más inmediata posible.

X.- De la concreta regulación de las garantías establecida en virtud de la reforma de 2015, cabe destacar que se suprime, respecto del contrato de seguro, la figura de la póliza global, dejando únicamente la posibilidad de suscripción de una póliza individual. Esta modificación se ha justificado alegando la falta de protección que ese sistema proporciona a los adquirentes de vivienda, sin embargo, no parece justificada tal desprotección, toda vez que la jurisprudencia había venido atribuyendo mayor valor a la póliza colectiva que a la individual. En consecuencia, con esta modificación, el adquirente deberá ir actualizando la póliza a medida que ingresa cantidades en la cuenta especial, hecho que parece corroborar el epígrafe Segundo, apartado 1.i) de la DA1ª LOE, que dispone 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”*, lo que no supone, precisamente, un beneficio o protección para el comprador. Es por ello, que el aval, como otra forma de garantía prevista en la norma, se considera más beneficioso para el adquirente, puesto que respecto de éste no se exige actualización. Dicho aval aparece configurado en la DA1ª LOE (al igual que antes, en la Ley 57/68) como un aval *“a primer requerimiento”*. Esto es así, toda vez que el avalista garantiza una obligación dineraria, que, como tal, no está sujeta a las causas de exoneración de los arts. 1.182 y 1.184 CC, de modo que el avalista no podrá alegar, por ejemplo, la concurrencia de un caso fortuito que imposibilitó el cumplimiento por parte del promotor de la obligación de entrega de la vivienda en plazo, pues no es ésta la obligación cuyo cumplimiento garantiza, sino la de restituir, sustituyendo al promotor, las cantidades anticipadas por el comprador.

La posibilidad de reclamar a la entidad financiera el pago a que viene obligada en virtud del aval ex DA1ª LOE (apartado Uno.1.a, en relación con el apartado Tres) se basa en datos objetivos: por una parte, la entrega por parte del comprador de las cantidades anticipadas pactadas contractualmente; por otra, la expiración del plazo de entrega convenido en el contrato de compraventa, sin que ésta se haya efectuado por el promotor. Por tanto, no hay que estar al carácter grave o no del incumplimiento, ni a la frustración o no de las expectativas del comprador. Es cierto que reforzaba esta idea la previsión del art. 1.1º 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”*), si bien, la expresión *“por cualquier causa”* ha sido suprimida con la reforma. De nuevo se suprime una referencia que

pudiendo parecer mínima, sin embargo, puede afectar de manera importante a los derechos de los adquirentes. Ahora bien, tampoco se ha incluido (cuando se podía haber hecho) ninguna excepción a esta posibilidad de reclamación, ni tan siquiera de carácter genérico, de ahí que en el presente trabajo se mantenga que, pese a la supresión de esa matización, tanto con la anterior regulación como con la vigente, no procede entrar a examinar, a la hora de ejecutar el aval, si hubo o no caso fortuito o fuerza mayor que justificaran la no entrega en plazo, ni si estamos ante un verdadero incumplimiento o un simple retraso de la promotora. Las cantidades garantizadas mediante aval deben, por tanto, abonarse por la entidad garante a simple requerimiento del comprador beneficiario de la garantía, una vez constatada la falta de entrega, sin posibilidad de oponer excepciones en los términos referidos, lo que convierte el aval objeto de estudio en un “aval a primer requerimiento” o “garantía a primera demanda”, tesis que, por lo demás, ha sido sostenida por el Tribunal Supremo (STS de 7 de mayo de 2014 -Roj: STS 2391/2014-). Así pues, teniendo en cuenta la esencialidad atribuida al aval en este contrato, el hecho de que pueda dirigirse el adquirente directamente contra el avalista sin tener que demandar al promotor -doctrina que acentúa especialmente la naturaleza autónoma del aval-, y la importancia otorgada a cualquier tipo de retraso, aunque sea leve, son todas ellas circunstancias que favorecen la consideración del aval como garantía a primer requerimiento. Considero que los cambios legales introducidos no afectan al espíritu general de la norma, que es el que se defiende en sus pronunciamientos constantes por nuestro Alto Tribunal.

XI.- La DA1ª LOE, como también hacía la Ley 57/68, establece la obligación consistente en la apertura de una cuenta bancaria especial para cada promoción de viviendas, a fin de añadir un refuerzo de carácter contable, mediante la transparencia que supone el hecho de la separación patrimonial de este depósito respecto a los demás bienes del promotor-vendedor, toda vez que dicha cuenta especial deberá recibir únicamente como ingresos las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores de determinada promoción de viviendas en construcción. Además, como ya se precisó, del capital depositado en esta cuenta especial, únicamente podrá disponer el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Respecto al carácter de estas cantidades depositadas, considero que es la propia naturaleza mixta del contrato de compraventa de vivienda sobre plano la que justifica no sólo la obligación del adquirente

de entregar cantidades anticipadamente, cuando así se haya estipulado, sino especialmente, y como contraprestación de la anterior, el deber del promotor de destinar esas cantidades, precisamente, a la edificación del inmueble objeto del contrato. Por ello, en realidad, con el abono de estas cantidades anticipadas no solo se está pagando parte del precio, sino que, al propio tiempo, se cumple con un pacto de financiación de la construcción o edificación.

La DA1ª LOE suma un responsable en relación con las faltas de cumplimiento respecto del depósito de las cantidades anticipadas en la cuenta especial que debe abrirse y las garantías que deben acompañarlas: la entidad financiera que haya hecho dejación de las obligaciones que la norma igualmente le impone. La razón de su inclusión obedece a la última doctrina jurisprudencial, que suma a la responsabilidad del promotor la de la entidad financiera (STS de 21 de diciembre de 2015 -Roj: STS 5263/2015-), sobre la base de que la norma impone una obligación legal de controlar que las cuentas corrientes que, a los efectos de recibir las cantidades anticipadas de los adquirentes abren los promotores, cumplen con los requisitos legales (*“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”*, apartado Uno.1.b DA1ª LOE), y de exigir al promotor la concurrencia de la garantía regulada en la DA1ª LOE (aval o seguro) para la apertura de estas cuentas, *“bajo su responsabilidad”*. Se impone a las entidades de crédito un especial deber de diligencia, que implica prestar una particular atención a determinados indicios de los que cabe fácilmente deducir que se pueden estar efectuando imposiciones por anticipos del precio en adquisiciones de inmuebles en construcción en una cuenta “no especial” (por ejemplo, que detecte ingresos en los que se haya hecho constar en el concepto que se trata de un pago por la adquisición del inmueble, o que la promotora tenga suscrito con la entidad bancaria algún préstamo hipotecario para la construcción). En tal caso, y a pesar de que el promotor no haya puesto en expreso conocimiento de la entidad de crédito que recibe cantidades anticipadas y que la cuenta en la que se depositan debe tratarse de una cuenta especial, es perfectamente factible que esa información pueda y deba ser conocida por la entidad. A ello se añade que, una vez comprobados tales extremos, la propia entidad que asume una responsabilidad solidaria frente al adquirente, debe exigir la constitución de la garantía a la que antes nos hemos referido, máxime si tenemos en cuenta que, muy

frecuentemente, será esta misma entidad en la que se apertura la cuenta especial en la que se depositan las cantidades anticipadas, la que convenga con el promotor la suscripción del aval que las garantice.

XII.- El incumplimiento del promotor-vendedor no prestando las garantías legales debidas, con independencia de las consecuencias que dicho incumplimiento pueda producir en el ámbito administrativo o penal, determina que en el ámbito civil, al tratarse de un contrato con obligaciones recíprocas e interdependientes, pueda el adquirente negarse (temporalmente) a cumplir con sus obligaciones, mientras no se produzca el previo cumplimiento de las obligaciones correspondientes por parte del promotor. La excepción de contrato no cumplido o, en su caso, del contrato defectuosamente cumplido (*exceptio non adimpletus contractus* o *non rite adimpletus contractus*), permitirían al comprador evitar tener que seguir adelantando cantidades no garantizadas, si resulta que el promotor ha incumplido previamente sus obligaciones legales, en especial, la obligación de otorgar las garantías que aseguren la devolución del dinero entregado anticipadamente por el comprador.

Por otra parte, las consecuencias de la falta de prestación de las garantías impuestas por la DA1ª LOE a las que viene obligado el promotor, se configuran como una de las cuestiones más polémicas de la ley sobre la que, hasta hace poco, no existía una doctrina jurisprudencial pacífica. La postura más reciente mantenida por el TS es la de considerar que la falta de otorgamiento de la garantía es causa de resolución del contrato de compraventa “sobre plano” sujeto a la DA1ª LOE, si bien está referida a la regulación anterior a la reforma de 2015. Así, en virtud de esta doctrina jurisprudencial tiene lugar, definitivamente, la superación de una concepción predominantemente administrativa del contenido de la ley y, más en concreto, del deber de prestación de garantía, postura que entiendo perfectamente aplicable a la nueva regulación, habida cuenta los especiales caracteres de este contrato, debiendo considerarse dicho deber una obligación esencial, correlativa al deber del adquirente de hacer entregas anticipadas.

XIII. El incumplimiento del deber de entrega garantizado dentro del plazo estipulado para la terminación de la construcción y las consecuencias que de ello derivan en los casos de compraventa de vivienda regulada por la DA1ª LOE, justifican la resolución del contrato a instancia del adquirente. Dicha facultad debe ejercitarse por éste

antes de ser requerido por el vendedor-promotor para el otorgamiento de la escritura pública. Siendo causa de resolución del contrato el no inicio de las obras dentro del plazo acordado, surge la duda de cuándo se debe entender que ha empezado la obra. Considero que es la fecha del acta de replanteo el instante en el que debe entenderse que las obras han dado comienzo, a los efectos del apartado Cuatro de la DA1ª LOE, ya que tiene la importante ventaja de dotar de seguridad jurídica a dicho momento. De lo contrario, el promotor podría realizar cualquier actuación constructiva sobre el solar, por nimia que fuera, y pretender con ello alegar que las obras se han iniciado, intentando evitar así la resolución del comprador. El acta de replanteo, que deberá ser firmada por el constructor, el arquitecto director de obra y el arquitecto técnico que asuma la dirección de la ejecución de la obra, deja perfecta constancia de su realización y de la fecha en que se practicó. En cualquier caso, la falta de entrega de la vivienda en plazo permite ejecutar la garantía, y el adquirente podrá dirigirse directamente contra el garante sin necesidad de demandar al promotor, si bien, habrá que acudir al declarativo que corresponda según la cuantía, al haber perdido, tras la reforma de 2015, el seguro y el aval previstos en la Ley su carácter de título ejecutivo.

XIV.- La LOE implicó en su momento un intento del legislador de incorporar una serie de garantías a favor del consumidor, como destinatario final de un producto de tal importancia económica y social como es la vivienda, en cumplimiento de la exigencia constitucional del art. 47 CE. Ahora bien, también es producto de la presión ejercida por diversos colegios profesionales, en especial los de arquitectos y aparejadores que, en defensa de sus intereses, pretendían que la ley extendiese la responsabilidad de forma clara a otros agentes intervinientes en la edificación. Estas tensiones se han trasladado al texto legal, que presenta, dentro del ámbito de la protección de los consumidores, una serie de claroscuros que, en determinados casos, limitan la eficacia protectora de la norma legal frente al consumidor. No obstante lo anterior, también son de alabar algunos aspectos de la ley que garantizan eficazmente la protección del adquirente como consumidor y configuran un sistema que complementa la protección general propia del Derecho de consumo, pudiendo destacar, entre ellos: **i)** la extensión de la legitimación de los consumidores para el ejercicio de las acciones frente a todos los agentes de la edificación, aunque no estén vinculados con ellos por ningún tipo de contrato; **ii)** la responsabilidad del promotor, en todo caso, frente al comprador, habida cuenta su

condición de sujeto con el que directamente contrata el consumidor la adquisición de la vivienda. Así, no sólo estaría obligado para con el consumidor en virtud del contrato de compraventa, pudiendo ejercitar, en su caso, las acciones que del mismo se deriven en caso de incumplimiento, sino que además y muy especialmente, establece la ley su responsabilidad, siempre solidaria, conjuntamente con la del resto de los agentes de la edificación; **iii)** el establecimiento de un régimen de garantías propio, de carácter imperativo, de tal manera que se establece un seguro específico, a fin de proteger al usuario final de la vivienda de los posibles vicios o defectos de la construcción; **iv)** la incorporación de Notarios y Registradores de la Propiedad al control del cumplimiento de la ley, de modo que por las manos de estos profesionales cualificados pasa tanto la garantía de una efectiva información al consumidor, como aquellos mecanismos legales que sancionan la no cobertura de las garantías fijadas por la ley; **v)** la fijación expresa de la responsabilidad solidaria en los casos de concurrencia de varios agentes en la producción del daño, cuestión ésta que, bajo la fórmula de la solidaridad impropia, ya fue admitiendo la jurisprudencia; y, finalmente, **vi)** la compatibilidad de las acciones contractuales y las derivadas de la LOE, terminando de esta forma con la discusión sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad decenal y, por tanto, dejando clara su naturaleza legal.

Junto con estos aspectos positivos, no puede ocultarse que la LOE ha supuesto también, en cierto sentido, un evidente retroceso en el sistema de protección del consumidor, con respecto a la interpretación que la jurisprudencia había llevado a cabo del art. 1591 CC. Básicamente, son cuatro los aspectos más negativos para el consumidor: **i)** reducción de los plazos de garantía para los supuestos de daños de habitabilidad (ruina funcional) y defectos de terminación; **ii)** forma del cómputo del inicio del plazo de responsabilidad de los diferentes agentes de la edificación; **iii)** importante reducción del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad por daños materiales; **iv)** falta de desarrollo reglamentario de la obligatoriedad de los seguros de daños materiales o de caución para los supuestos (más numerosos en la práctica) de daños de habitabilidad y de terminación. Estos cuatro aspectos de la regulación de la LOE, sin duda, perjudican de forma notable al consumidor, y lo hacen no en los supuestos de ruina estructural, en los que sí se da la misma protección anterior con algún matiz, sino en los casos de la antigua ruina funcional y los defectos de terminación, que son los más

numerosos en la práctica y respecto de los cuales se ha visto reducido el plazo de responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B., “El derecho a una vivienda digna en el derecho internacional y constitucional comparado”, *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, N° 14, Porto Alegre, Brasil, enero/marzo 2011

ALBALADEJO, M.,

- “La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa”, *Estudios de Derecho Civil*, 1955.
- *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, José María Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1997.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.,

- “Un nuevo Derecho de Obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, *Anuarios de Derecho Civil*, 2002.
- “Comentario al art. 1591 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Dir. R.B.R.C., tomo VIII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

ALMARCHA JAIME, J., “Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 15/2015.

ALONSO PÉREZ, M.T.,

- “La protección jurídica del comprador de vivienda”, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Coord. F.L.R., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda*, Civitas, Pamplona, 2010.

ALONSO RODRÍGUEZ-SEDANO, A., “Los plazos para el ejercicio de las acciones sobre responsabilidad derivada de vicios de la construcción”, *Cuadernos digitales de formación nº 19/2011*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011.

ALONSO SAURA, M. P., “El tiempo en la entrega de la vivienda objeto de compraventa en proyecto o en construcción en situaciones de crisis económica”, *Discurso leído el día 30 de Junio de 2011 en el acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia*.

ÁLVAREZ OLALLA, M. P.,

- *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- “Compraventas vinculadas: compraventa y subrogación o financiación hipotecaria”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2013.

ALVES CORREIA, F. y GONÇALVEZ MONIZ, A.R., “Consideraciones sobre la promoción del derecho a la vivienda en Portugal”, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Coord. F.L.R., Marcial Pons, Madrid, 2010.

ANDREU MARTÍNEZ, B., *El acreedor a término*, Comares, Granada, 2003.

ARNAU MOYA, F., *Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos*, Universitat Jaume I, www.sapientia.uji.es.

ARROYO APARICIO, A., “El impacto de la Directiva sobre Derechos de los Consumidores en el ordenamiento español”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.867/2013, 2013, www.westlaw.es.

ATAZ LÓPEZ, J.,

- “Comentario a los arts. 1.445 a 1456 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Dir. R.B.R.C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Compraventa y contrato de obra futura”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2013.

AYLLÓN SANTIAGO, H.S., “Cumplimiento sensu stricto en contrato unilateral y en contrato bilateral”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Coord. X.O.C.M., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

BARRES BENLLOCH, M. P., “El aval bancario como garantía autónoma (Comentario a la sentencia de 27 de octubre de 1992)”, *La Ley nº 3322 (año 1993-3)*.

BASSOLS COMA, M., “Comentario al artículo 47 de la Constitución Española”, *Comentarios a la Constitución Española*, tomo IV, Edersa, Madrid, 2006.

BERCOVITZ ALVAREZ, G. y PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario a los arts. 1462 a 1464 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Pamplona, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. y R., "La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores o Usuarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A., "El concepto de consumidor", *Hacia un Código de consumidor. Manuales de formación continuada 34/2005*, Consejo general del Poder Judicial, 2005.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., “Comentario a los arts. 1 a 7 TRLGDCU”, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Pamplona, 2015.

BERTOLÁ NAVARRO, I., “Los negocios jurídicos simulados”, <http://blog.sepin.es/2014/10/los-negocios-juridicos-simulados/>, (última consulta, 30 de mayo de 2017).

BORRELL SOLER, A., *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Bosch, Barcelona, 1952.

BRENÉS CORTÉS, J., “Desvirtualización legislativa y práctica del seguro decenal de daños”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 71, icade, mayo-agosto 2007.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales”, *Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Consumo*, Madrid, 1994.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., “La protección inmobiliaria del consumidor en la comunidad europea”, *Centro de estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, 1994.

CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Interpretación de las cláusulas a primera demanda en los contratos mercantiles”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 54, año XIII, abril-junio 1994.

CÁMARA LAPUENTE, S., “La codificación del Derecho de Consumo, ¿refundación o refundición?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1, enero-marzo 2015.

CARRASCO PERERA, A.,

- “Garantías a primer requerimiento”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 16. *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- “Comentario a la STS de 17 de febrero de 2000”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 54, 2000.
- “Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Fecha de publicación: 21 de mayo de 2015. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/05/Sobre-una-propuesta-del-Partido-Popular-del-modificaci%C3%B3n-del-r%C3%A9gimen-de-cantidades-adelantadas-en-la-compra-de-vivienda.pdf>, (última consulta, 6 de junio de 2017).

CARRASCO PERERA, A. y ALMARCHA JAIME, A., “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)”, *Análisis GA&P*, abril 2016, <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-nuevo-regimen-de-cantidades-adelantadas-en-la-compraventa-de-viviendas-tras-la-ley-20-2015-de-14-de-julio-de-ordenacion->

supervision-y-solvencia-de-las-entidades-aseguradoras-y-reaseguradoras-lossear.pdf
(última consulta, 6 de junio de 2017).

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C.,

- *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid, 2008.

CARRIÓN OLMOS, S., “Doble venta. Venta de cosa ajena. Inexistencia de la segunda venta por falta de objeto. Buena fe ex artículo 1473-2 del Código Civil (Comentario a la STS de 11 de Abril de 1992)”, *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil* núm. 29/1992, Madrid, 1992.

CASADO CASADO, B., “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía”, *Indret revista para el análisis del derecho*, Barcelona, octubre 2016, www.indret.com.

CASTRO BOBILLO, J.C., “Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Actualidad civil*, n° 2, marzo 2001.

CERVERA MARTÍNEZ, M., “La resolución de los contratos en el concurso”, *Cuadernos digitales de formación*, n° 23, Consejo General del Poder Judicial, 2011.

CIVITARESE MATTEUCCI, S., “La política de vivienda en Italia”, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Coord. F.L.R., Marcial Pons, Madrid, 2010.

CLEMENTE MEORO, M.E., “El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles”, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Coord. I.G.P. y C.L.G.P., Thomson Reuters, Pamplona, 2014.

COLINA GAREA, R., “Responsabilidad del vendedor de inmuebles en la LOE”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2013.

COMITRE COUTO, C., *Resolución de contratos con cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas y su recuperación*, Ley 57 Formación, Málaga, 2009.

CORREDOR SIERRA, B., “La protección de los compradores de viviendas en situación de prehorizontalidad o ‘sobre plano’”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 8, Bilbao, 2016.

DÍAZ ALABART, S., “Comentario al art. 10.1. c) de la LGDCU”, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Coord. R.B. y J.S., Civitas, Madrid, 1992.

DÍAZ MARTINEZ, A.,

- “Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”, *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Aranzadi. Pamplona, 2013.
- “Defectos, ruina y garantías por daños materiales en la compraventa de vivienda en la LOE”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- “La resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 7/2013*, Pamplona, 2013.

DÍEZ-PICAZO, L.,

- “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho Español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1966.
- “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, *Anuarios de Derecho Civil*, 1969.
- *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, Tecnos, Madrid, 1992.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, Civitas, Madrid, 1996.
- *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.,

- *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1982.
- *Instituciones de Derecho Civil*, volumen I, tomo 2, Tecnos, Madrid, 1998.

DÍEZ SOTO, C.M.,

- “Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda y concurso del promotor”, *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., Aranzadi, Pamplona, 2013.
- “Resolución y concurso”, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Coord. C.L.G.P. e I.G.P., Thomson Reuters, Pamplona, 2014.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentario al art. 62 LC”, *Comentarios a la legislación concursal*, tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2004.

DOMÍNGUEZ ROMERO, J.,

- “Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *LA TOGA, Revista On Line del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, nº 174, mayo/julio 2009. <http://www.latoga.es/detallearticulo.asp?id=29060901210&nro=174&nom=Mayo/+Julio+2009>, (última consulta, 31 de mayo de 2017).
- *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Fraudes de anticipos: estafa inmobiliaria y apropiación indebida”, *La Ley Penal*, nº59, Sección Estudios, abril 2009.

D’ORS, J.A., *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1991.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “En qué casos la escritura pública no equivale a la entrega”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2013.

ESTEBAN RIVERO, J.S., “La subrogación del comprador en el denominado préstamo promotor”, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/subrogacion-comprador-denominado-prestamo-promotor_11_767305002.html (última consulta, 3 de junio de 2017).

ESTRUCH ESTRUCH, J.,

- *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2003.
- “Algunas cuestiones sobre las responsabilidades en la construcción”, *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho y vivienda. X/2005*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Thomson, Navarra, 2009.
- “Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato”, *El Consultor Inmobiliario, nº 104, Sección Doctrina*, septiembre 2009.

ETXARANDIO HERRERA, E. J., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley, Madrid, 2009.

FEMENÍA LOPEZ, P.J.,

- *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- “La posible extensión de los plazos de garantía establecidos en el art. 17 LOE al ámbito de la responsabilidad extracontractual”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coord. J.A.M.M., Dykinson, Madrid, 2000.
- “Comentario a la STS de 10 de marzo de 2004”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 66, 2004.

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”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 64, 2016.

FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., “Compraventa de cosa futura”, *El Contrato de Compraventa. Cuadernos de Derecho Judicial XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

GARCÍA CANTERO, G. “Comentario a los arts. 1445 al 1541 CC”, *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Dir. M.A., tomo XIX, Edersa, Madrid, 1991.

GARCÍA DE LEONARDO, M.T., “El promotor, garante y responsable de la edificación”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo*, Coord A.C.S., volumen 2, Thomson Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA GIL, F.J.,

- *La compraventa de vivienda*, Dykinson, S.L., Madrid, 1999.
- “La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil num.12/2000, parte Estudio*, Pamplona, 2000.

GARCÍA MEDINA, J., “Aval de cantidades entregadas a cuenta de la adquisición de viviendas en construcción”, *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio (Estudio sistemático y crítico)*, La Ley, Madrid, febrero 2009, laleydigital.

GARCÍA PÉREZ, C.,

- *La promesa de dar garantía. Garantías exigibles al promotor de urbanizaciones privadas*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.
- “Árbitro, arbitrador o dictaminador en el artículo 1447 CC”, *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- “Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable”, *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- “Comentario al art. 89. 6 y 8 TRLGDCU”, *Comentario al Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y Leyes Complementarias*, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Pamplona, 2015.

GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario al art. 61 LC”, *Comentarios a la Ley Concursal*, Coord. R.B.R.C., Tecnos, Madrid, 2004.

GARCÍA VILA, J.A., “Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a las resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016”, <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros->

temas/limites-control-legalidad-notarial-registral-clausulas-abusivas/#_edn22 (última consulta, 3 de junio de 2017).

GÓMEZ APARICIO, P., “Las sociedades cooperativas de vivienda. Especial referencia al País Vasco”, *Cuadernos de Gestión*, Vol. 4, nº 2, 2004.

GÓMEZ GÁLLIGO, J. “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 741, 2014.

GÓMEZ MENDOZA, M. “Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivenza*, tomo 3, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.,

- “Caracterización de las adjudicaciones realizadas por una cooperativa como compraventas de consumo”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- “La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual”, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Dir. I.G.P. y C.L.G.P., Thomson Reuters, Pamplona, 2014.
- “Responsabilidades en la construcción: vicios constructivos y daños a terceros”, <https://previa.uclm.es/profesorado/mcgonzalez/pdf/ConstruccionVivienda/ResumenResponsabilidadesConstruccion.pdf>, (última consulta, 7 de junio de 2017).

GONZÁLEZ ORDOVÁS, M^a. J., “La vivienda: un ejemplo incuestionado de la lucha por el derecho”, *El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo*, Dir. M.J.G.O., Dykinson, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.,

- “Comentario a los arts. 1462 a 1473 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Dir. R.B.R.C., tomo VII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- “Comentario a los arts. 82 a 89 TRLGDCU”, *Comentario al texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Pamplona, 2015.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Las garantías de los adquirentes de vivienda en construcción”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Coord. A.C.S., volumen 2, Thomson Civitas, Madrid, 2002.

INSERGUET-BRISSET, V., “La evolución del Derecho Francés en materia de vivienda”, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Coord. F.L.R., Marcial Pons, Madrid, 2010.

LARROSA AMANTE, M.A., “La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas. Especial referencia a los mecanismos de protección de la LOE”, *Derecho inmobiliario: Problemática actual. Manuales de Formación Continuada 50/2009*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

LÓPEZ RAMÓN, F., “Sobre el derecho subjetivo a la vivienda”, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Coord. F.L.R., Marcial Pons, Madrid, 2010.

LÓPEZ RICHART, J.,

- “Comentario a la STS de 29 de abril de 2002”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 60, 2002.
- *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, S.L., Madrid, 2003.
- “Comentario a la STS de 27 de febrero de 2004”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 66, 2004.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., “Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Garantias%20por%20danos%20materiales%20en%20la%20construccion.pdf> (última visita, 7 de junio de 2017).

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “Comentario al artículo 1445 CC”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1993.

LUQUE JIMÉNEZ, M.C., “Vivienda y crisis económica: cláusulas abusivas y retrasos en la finalización de las obras”, *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Dir. K.J.A.D., Aranzadi, 2014.

MAGRO SERVET, V., “Interpretación de lo dispuesto en el art. 3,2 Ley 57/1968 de 27 julio en relación con el art. 517,2.9º LEC. ¿Se puede acudir a la vía ejecutiva en el supuesto de no inicio o conclusión de unas obras de viviendas garantizadas por contrato de seguro o aval con estos documentos?”, *Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, nº 45, abril 2008.

MANJÓN-CABEZAS OLMEDA, A., *Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas*, Civitas. Madrid, 1988.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, Reus, Madrid, 1969.

MARCO ARCALÁ, L. A., “La rehabilitación de créditos y de contratos en la nueva Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivenza*, tomo 3, Marcial Pons, Madrid, 2004.

MARCO COS, J. M., “Aspectos generales del seguro contra daños en las cosas (I)”, *Derecho de seguros, Cuadernos de Derecho Judicial*, XIX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

MARÍN LÓPEZ, J.J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50/1999, Madrid, 1999.

MARTÍN LEÓN, A., “Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. 4, nº 16, diciembre 2014.

MARTINEZ CATALÁ, R., “Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *Tesis Doctoral*, Director: Dr. D. Jesús Estruch Estruch, Universidad de Valencia, 2015.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Aproximación al concepto de consumidor”, <http://www.eedc.posgrado.uclm.es/TitulosPropios/UserFiles111%5CRecursos%5CP%3%5C3%5CABlico%5CAproximaci%3%B3n%20al%20concepto%20consumidor.pdf>, (última consulta, 2 de junio de 2017).

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., "Comentario a los arts. 61 a 63", *Comentario de la Ley Concursal*, Dir. A.R y E.B., Thomson-Cívitas, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., “Entrega de llaves con retraso en viviendas de nueva construcción”, *Actualidad Civil*, N° 8, *Sección Informe de Jurisprudencia*, quincena del 16 al 30 abril de 2005, tomo 1.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Doble venta de inmueble. Evicción. Incumplimiento. Aplicación de la legislación del suelo o del CC para fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios. (Comentario a la STS de 15 de mayo de 2003)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65/2004, Madrid, 2004.

MEDINA DE LEMUS, M., *Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, Tecnos, Madrid, 1989.

Memento Práctico Procesal Civil, Francis Lefebvre, noviembre 2011.

MÉRIDA ABRIL, C.,

- “El contrato de compraventa de inmuebles y su resolución”, *Derecho inmobiliario: Problemática actual. Manuales de Formación Continuada 50/2009*, tomo II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.
- “La resolución del contrato de compraventa en la Ley 57/68 y la ejecución de las garantías”, *Trabajo ganador de la X edición del premio Santiago Gutiérrez Anaya sobre Propiedad Inmobiliaria*, 2011.

MONDÉJAR PEÑA, M. I., “El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm.16, 2007-II.

MONGE GIL, A.L., “Cooperativas de viviendas”, *XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Sesión IV*, 2010.

MONSERRAT VALERO, A., “Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”, *La responsabilidad civil por vicios de la construcción*, <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro169/lib169-10.pdf> (última visita, 7 de junio de 2017).

MORÁN DÍAZ, A., “La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación”, *Tesis Doctoral, Directora: Dra. Dña. María Linacero de la Fuente*, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L., “Los defectos de las edificaciones y la protección del consumidor”, *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Dir. K.J.A.D., Aranzadi, Pamplona, 2014.

MORRONGO MARTÍN, M.L., “La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas”, *Curso sobre la protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, 1999.

MUÑOZ DE DIOS, G., “El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Madrid, 1981.

NARVÁEZ VALDIVIA, M. E., “Análisis desde el punto de vista jurisprudencial de la contratación inmobiliaria”, *Revista Abogacía n.º 0 - octubre de 2008*.

NAVARRO PÉREZ, J.L., *La compraventa civil. Antecedentes, comentario doctrinal, jurisprudencia y formularios*, Comares, Granada, 1993

NAVAS OLÓRIZ, J. I., *Claves para afrontar la crisis inmobiliaria*, La Ley, Madrid, 2009.

NOVAL, N., “El contrato de compraventa”, *Actualidad Civil*, N° 9, septiembre 2015.

O'CALLAGHAN, X. “La responsabilidad de los agentes de la edificación”, *Aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Ordenación de la Edificación. Estudios de Derecho Judicial*, 47/2003, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2003.

OLAIZOLA MARTINEZ, F., “El necesario control extrajudicial de las cláusulas abusivas”, *Revista El Notario*, n° 49. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-49/opinion/opinion/3421-el-necesario-control-extrajudicial-de-las-clausulas-abusivas> (última consulta, 3 de junio de 2017).

PACHECO GUEVARA, A., *La administración concursal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

PACHECO JIMÉNEZ, M.N., “El seguro de afianzamiento de cantidades entregadas a cuenta”, *Los seguros en el proceso de edificación*, La Ley, Madrid, 2008, laleydigital.

PARRA LUCÁN, M.A.,

- “El aseguramiento de la vivienda”, *El derecho a una vivienda digna. Planteamiento general y problemas civiles específicos. Acceso a la vivienda, propiedad, arrendamientos, hipotecas. Cuadernos Digitales de Formación 31/2008*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- “Promesa de compraventa, precontrato y cartas de intenciones en la jurisprudencia”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2013.

PARRA TORRES, V., “La protección del consumidor en el contrato de compraventa de vivienda en construcción”, *Tesis Doctoral, Directora: Dra. Dña. Encarna Serna Meroño*, Universidad de Murcia, 2014.

PARRAS SIMON, J., “Aplicación del CTE a la intervención en el patrimonio edificado”, <http://www.javierparras.es/ficheros/CTE-INT-PAT-EDIF-doc.pdf> (última entrada, 7 de junio de 2017).

PEÑA LÓPEZ, F.,

- “Comentario a los arts. 1465 a 1473 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coord. R.B.R.C., edit. Aranzadi, Pamplona, 2009.
- “Comentario al art. 9 TRLGDCU”, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

PERALES VISCASILLAS, P., “Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa”, *Revista Criterio Jurídico*, nº 3, Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali, Colombia, 2013.

PÉREZ RIVARÉS, J.A., “La responsabilidad civil del promotor por defectos constructivos”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº18-2007.

PERLINGIERI, P., *Il negozi su beni futuri. Vol I: La compraventa di cosa futura*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell’Università di Napoli, Jovene, Nápoles, 1962.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.,

- “Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 77, 2006.
- “Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2013.

PICATOSTE BOBILLO, J.C. “Derechos y garantías de los consumidores”, *Hacia un Código del Consumidor, Manuales de Formación Continuada 34/2005*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

PINTO ANDRADE, C., *Contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento*, Bosch, Barcelona, 2013.

REBOLLEDO VARELA, A.L., “Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.6/2005*, Pamplona, 2005.

REDONDO TRIGO, F., “La naturaleza autónoma del aval en las cantidades entregadas a cuenta en la compraventa inmobiliaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 754, 2016.

REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia*, Editorial General del Derecho, S.L., Valencia, 1993.

RIZO JIMÉNEZ, T., “Conclusiones del Seminario Vivienda y Crisis Económica Problemas derivados de la aplicación de la Ley 57/68”, Consejo General del Poder Judicial, abril 2012.

ROCA SASTRE, R.M., “La venta de cosa ajena. El riesgo en el contrato de compraventa”, *Estudios de Derecho Privado*, volumen I, 1948.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.,

- “Contratos de compraventa de vivienda y concursos inmobiliarios”, *Derecho inmobiliario: problemática actual. Manuales de formación continuada 50/2009*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.
- “Derecho a la vivienda: de principio rector a derecho subjetivo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015.

RODRÍGUEZ MORATA, F.,

- *Venta de cosa ajena y evicción (estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)*, Bosch, Barcelona, 1990.
- “Comentarios a los arts. 1445 a 1456 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Pamplona, 2009.

ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975.

RUBINO, D., *La compravendita*, Giuffré, Milán, 1952.

SÁEZ SANTURTÚN, J., “Licencia de primera ocupación y resolución de compra”, *Revista El Notario*, n° 52, noviembre 2013, <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/3613-licencia-de-primera-ocupacion-y-resolucion-de-la-compra> (última consulta, 3 de junio de 2017).

SALA SANCHEZ, P., “La supuesta compatibilidad del artículo 1591 del Código Civil y de la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Revista del Poder Judicial*, n° 62, 2001.

SALELLES CLIMENT, J. R.,

- “Comentario al art. 61 LC”, *Comentarios a la Ley Concursal*, Coord. J.M.S.T., A.S.R. y A.F.B., Bosch, Barcelona, 2004.
- “La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido por el art. 61 de la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivenza*, tomo 3, Marcial Pons, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen II, Edersa, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 50, año XII, abril-junio 1993.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.,

- “Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Coord. A.C.S., volumen 2, Civitas, Madrid, 2002.
- “La falsa identificación entre el régimen de responsabilidad civil por vicios o defectos de construcción y la versión legal y jurisprudencial del régimen de responsabilidad por ruina del edificio”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Coord. J.M.G.P. y F.P.M.G., volumen I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.

SANJUÁN MUÑOZ, E., “La protección del patrimonio del comprador de vivienda ante el concurso del promotor inmobiliario”, *El Derecho Privado en contextos de crisis. Mecanismos de protección del patrimonio familiar. Cuadernos de Derecho Judicial 1/2009*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

SANZ ACOSTA, L., “Naturaleza autónoma del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, para garantizar las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda futura (A propósito de la STS de 7 de mayo de 2014)”, *Actualidad Civil*, nº 10, Sección Fundamentos de Casación, tomo 2, octubre 2014.

SEIJAS QUINTANO, J.A., "Aplicación de la Ley de la Ordenación de la Edificación", *Obligaciones y responsabilidad en el ámbito de la edificación. Estudios de Derecho Judicial n.º 108/2006*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2006.

SEOANE DOMÍNGUEZ, C., “Apropiación indebida por el promotor de las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa de la vivienda proyectada”, *Penal Económico y Corporate Defense*, publicado el 10/07/2015, <http://blog.ccsabogados.com/?p=955>, (última consulta, 6 de junio de 2017).

SERRANO CHAMORRO, M.E., “Las garantías a primer requerimiento”, *Diario La Ley, Sección Doctrina, Ref. D-22*, tomo 1, 1997, laleydigital.

SERRANO ESCRIBANO, S., “La garantía a primera demanda”, *Cuadernos de Estudios Empresariales, nº 9*, 1999.

SILLERO CROVETTO, B., “La protección del comprador de vivienda”, *Revista de Derecho Civil, vol. III, núm. 3*, julio-septiembre 2016.

SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

TORRES LANA, J.A.,

- “Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., Aranzadi, Pamplona, 2013.

- “Perfección de la compraventa mediante el ejercicio de una opción”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. A.C.P., tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2013.

TORRES LÓPEZ, A., “La protección del comprador de la vivienda en los momentos previos a la consumación del contrato”, *Cuadernos de Derecho Judicial 1/2009*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2009.

TRIGO GARCÍA, B., “Precio indeterminado: Dogmática jurídica y realidad del tráfico”, <http://codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=290>, (última consulta, 4 de diciembre de 2016).

VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario de los arts. 61 a 63”, *Comentarios a la Ley Concursal*, Dir. F.C.M., Aranzadi-Thomson Reuter, Navarra, 2010.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil II*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

XIMENEZ DE SANDOVAL, E. y SANTANA AROZENA, F., “El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE”, *Estudios de derecho judicial, nº 27*, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

JURISPRUDENCIA. SENTENCIAS CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA

Sentencia de 17 de febrero de 1967 (Roj: STS 1676/1967)
Sentencia de 28 de noviembre de 1973 (Roj: STS 349/1973)
Sentencia de 19 de noviembre de 1975 (Roj: STS 1637/1975)
Sentencia de 27 de enero de 1977 (Roj: STS 143/1977)
Sentencia de 12 de febrero de 1979 (Roj: STS 4627/1979)
Sentencia de 20 de diciembre de 1979 (Roj: STS 4699/1979)
Sentencia de 12 de febrero de 1981 (Roj: STS 5/1981)
Sentencia de 9 de mayo de 1983 (Roj: 1312/1983)
Sentencia de 20 de noviembre de 1984 (Roj: STS 1795/1984)
Sentencia de 29 de noviembre de 1985 (Roj: STS 518/1985)
Sentencia de 20 de diciembre de 1985 (Roj: STS 1668/1985)
Sentencia de 9 de junio de 1986 (Roj: STS 3159/1986; Roj: STS 8025/1986)
Sentencia de 10 de junio de 1986 (Roj: STS 8063/1986)
Sentencia de 22 de septiembre de 1986 (Roj: STS 7988/1986)
Sentencia de 25 de septiembre de 1987 (Roj: STS 8861/1987)
Sentencia de 28 de septiembre de 1987 (Roj: STS 8697/1987)
Sentencia de 13 de octubre de 1987 (Roj: STS 8546/1987)
Sentencia de 17 de mayo de 1988 (Roj: STS 3707/1988)
Sentencia de 17 de junio de 1988 (Roj: STS 4667/1988)
Sentencia de 14 de julio de 1988 (Roj: STS 9743/1988)
Sentencia de 20 de octubre de 1989 (Roj: STS 5593/1989)
Sentencia de 30 de octubre de 1989 (Roj: STS 5883/1989)
Sentencia 14 de noviembre de 1989 (Roj: STS 6329/1989)
Sentencia de 13 de marzo de 1990 (Roj: STS 2318/1990)
Sentencia de 19 de mayo de 1990 (Roj: STS 3849/1990)
Sentencia de 20 de julio de 1990 (Roj: STS 5899/1990)
Sentencia de 18 de diciembre de 1990 (Roj: STS 9436/1990)
Sentencia de 15 de abril de 1991 (Roj: STS 2071/1991)
Sentencia de 6 de abril de 1992 (Roj: STS 2978/1992)

Sentencia de 7 de abril de 1992 (Roj: STS 3032/1992)
Sentencia de 11 de abril de 1992 (Roj: STS 3152/1992)
Sentencia de 19 de mayo de 1992 (Roj: STS 3967/1992)
Sentencia de 22 de mayo de 1992 (Roj: STS 4104/1992; Roj: STS 4111/1992)
Sentencia de 8 de junio de 1992 (Roj: STS 4574/1992)
Sentencia de 30 de septiembre de 1992 (Roj: STS 7394/1992)
Sentencia de 27 de octubre de 1992 (Roj: STS 8014/1992)
Sentencia de 27 de noviembre de 1992 (Roj: STS 8716/1992)
Sentencia de 5 de diciembre de 1992 (Roj: STS 8910/1992)
Sentencia de 5 de diciembre de 1992 (Roj: STS 8910/1992)
Sentencia de 24 de febrero de 1993 (Roj: STS 917/1993)
Sentencia de 15 de marzo de 1993 (Roj: STS 1602/1993)
Sentencia de 22 de marzo de 1993 (Roj: STS 1805/1993)
Sentencia de 27 de mayo de 1993 (Roj: STS 3427/1993)
Sentencia de 21 de septiembre de 1993 (Roj: STS 6080/1993)
Sentencia de 18 de octubre de 1993 (Roj: STS 17707/1993)
Sentencia de 18 de noviembre de 1993 (Roj: STS 7778/1993)
Sentencia de 26 de noviembre de 1993 (Roj: STS 17958/1993)
Sentencia de 23 de diciembre de 1993 (Roj: 9131/1993)
Sentencia de 27 de diciembre de 1993 (Roj: STS 9195/1993)
Sentencia de 28 de enero de 1994 (Roj: STS 361/1994)
Sentencia de 7 de febrero de 1994 (Roj: STS 649/1994)
Sentencia de 6 de abril de 1994 (Roj: STS 2241/1994)
Sentencia de 10 de mayo de 1994 (Roj: STS 3498/1994)
Sentencia de 26 de mayo de 1994 (Roj: STS 4085/1994)
Sentencia de 11 de junio de 1994 (Roj: STS 4509/1994)
Sentencia de 10 de octubre de 1994 (Roj: STS 6418/1994)
Sentencia de 2 de diciembre de 1994 (Roj: STS 7839/1994)
Sentencia de 3 de marzo de 1995 (Roj: STS 10233/1995)
Sentencia de 16 de marzo de 1995 (Roj: STS 10241/1995)
Sentencia de 3 de abril de 1995 (Roj: 1974/1995)
Sentencia de 31 de mayo de 1995 (Roj: 3099/1995)
Sentencia de 23 de enero de 1996 (Roj: STS 7964/1996)

Sentencia de 30 de abril de 1996 (Roj: STS 2623/1996)
Sentencia de 27 de mayo de 1996 (Roj: STS 3240/1996)
Sentencia de 8 de noviembre de 1996 (Roj: STS 6179/1996)
Sentencia de 16 de noviembre de 1996 (Roj: STS 6413/1996)
Sentencia de 30 de enero de 1997 (Roj: STS 526/1997)
Sentencia de 10 de febrero de 1997 (Roj: STS 855/1997)
Sentencia de 26 de junio de 1997 (Roj: STS 4545/1997)
Sentencia de 29 de julio de 1997 (Roj: STS 5327/1997)
Sentencia de 9 de octubre de 1997 (Roj: STS 5993/1997)
Sentencia de 22 de octubre de 1997 (Roj: STS 6290/1997)
Sentencia de 17 de diciembre de 1997 (Roj: STS 7767/1997)
Sentencia de 30 de enero de 1998 (Roj: STS 536/1998)
Sentencia de 8 de mayo de 1998 (Roj: STS 2988/1998)
Sentencia de 8 de junio de 1998, (Roj: STS 3732/1998)
Sentencia de 18 de junio de 1998, Roj: STS 4071/1998)
Sentencia de 14 de noviembre de 1998 (Roj: STS 6725/1998)
Sentencia de 20 de noviembre de 1998 (Roj: STS 6918/1998)
Sentencia de 4 de diciembre de 1998 (Roj: STS 7276/1998)
Sentencia de 27 de enero de 1999 (Roj: STS 381/1999)
Sentencia de 29 de enero de 1999 (Roj: STS 452/1999)
Sentencia de 6 de marzo de 1999 (Roj: STS 1550/1999)
Sentencia de 25 de junio de 1999 (Roj: 4537/1999)
Sentencia de 3 noviembre 1999 (Roj: STS 6940/1999)
Sentencia de 10 de noviembre de 1999 (Roj: STS 7071/1999)
Sentencia de 15 de noviembre de 1999 (Roj: STS 7216/1999)
Sentencia de 29 de noviembre de 1999 (Roj: STS 7584/1999)
Sentencia de 18 de diciembre de 1999 (Roj: STS 8172/1999)
Sentencia de 23 de diciembre de 1999 (Roj: 8424/1999)
Sentencia de 25 de enero de 2000 (Roj: 410/2000)
Sentencia de 31 de marzo de 2000 (Roj: STS 2618/2000)
Sentencia de 14 de abril de 2000 (Roj: STS 3151/2000)
Sentencia de 1 de junio de 2000 (Roj: STS 4511/2000)
Sentencia de 15 de junio de 2000 (Roj: STS 4942/2000)

Sentencia de 21 de junio de 2000 (Roj: STS 5097/2000)
Sentencia de 30 de junio de 2000 (Roj: STS 5346/2000)
Sentencia de 18 de julio de 2000 (Roj: STS 5981/2000)
Sentencia de 21 de julio de 2000 (Roj: STS 6149/2000)
Sentencia de 12 de diciembre de 2000 (Roj: STS 9090/2000)
Sentencia de 13 de diciembre de 2000 (Roj: STS 9164/2000)
Sentencia de 19 de diciembre de 2000 (Roj: STS 9372/2000)
Sentencia de 22 de diciembre de 2000 (Roj: STS 9546/2000)
Sentencia de 22 de diciembre de 2000 (Roj: STS 9548/2000)
Sentencia de 28 de diciembre de 2000 (Roj: STS 9713/2000)
Sentencia de 24 de enero de 2001 (Roj: STS 377/2001)
Sentencia de 31 de enero de 2001 (Roj: STS 601/2001)
Sentencia de 7 de febrero de 2001 (Roj: STS 807/2001)
Sentencia de 8 de marzo de 2001 (Roj: STS 1843/2001)
Sentencia de 15 de marzo de 2001 (Roj: STS 2071/2001)
Sentencia de 20 de abril de 2001 (Roj: STS 3259/2001)
Sentencia de 28 de mayo de 2001 (Roj: STS 4401/2001)
Sentencia de 22 de junio de 2001 (Roj: STS 5356/2001)
Sentencia de 22 de junio de 2001 (Roj: STS 5366/2001)
Sentencia de 12 de julio de 2001 (Roj: STS 6122/2001)
Sentencia de 16 de noviembre de 2001 (Roj: 8942/2001)
Sentencia de 1 de febrero de 2002 (Roj: 588/2002)
Sentencia de 14 de febrero de 2002 (Roj: STS 995/2002)
Sentencia de 18 de marzo de 2002 (Roj: STS 1941/2002)
Sentencia de 20 de marzo de 2002 (Roj: STS 2001/2002)
Sentencia de 20 de marzo de 2002 (Roj: STS 2008/2002)
Sentencia de 29 de abril de 2002 (Roj: STS 3026/2002)
Sentencia de 7 de mayo de 2002 (Roj: STS 3201/2002)
Sentencia de 13 de mayo de 2002 (Roj: STS 3353/2002)
Sentencia de 3 de junio de 2002 (Roj: STS 3986/2002)
Sentencia de 20 de junio de 2002 (Roj: STS 4560/2002)
Sentencia de 5 de julio de 2002 (Roj: STS 4996/2002)
Sentencia de 16 de julio de 2002 (Roj: STS 5371/2002)

Sentencia de 24 de julio de 2002 (Roj: STS 5668/2002)
Sentencia de 26 de septiembre de 2002 (Roj: STS 6219/2002)
Sentencia de 31 de octubre de 2002 (Roj: STS 7230/2002)
Sentencia de 25 de noviembre de 2002 (Roj: STS 7862/2002)
Sentencia de 5 de diciembre de 2002 (Roj: STS 8151/2002)
Sentencia de 5 de diciembre de 2002 (Roj: STS 8181/2002)
Sentencia de 31 de diciembre de 2002 (Roj: STS 8935/2002)
Sentencia de 31 de enero de 2003 (Roj: STS 552/2003)
Sentencia de 8 de febrero de 2003 (Roj: STS 781/2003)
Sentencia de 11 de febrero de 2003 (Roj: STS 863/2003)
Sentencia de 14 de marzo de 2003 (Roj: STS 1751/2003)
Sentencia de 9 de abril de 2003 (Roj: STS 2494/2003)
Sentencia de 15 de mayo de 2003 (Roj: STS 3291/2003)
Sentencia de 19 de mayo de 2003 (Roj: STS 3353/2003)
Sentencia de 31 de mayo de 2003 (Roj: STS 3730/2003)
Sentencia de 14 de julio de 2003 (Roj: STS 4956/2003)
Sentencia de 24 de noviembre de 2003 (Roj: STS 7446/2003)
Sentencia de 16 de abril de 2004 (Roj: STS 2507/2004)
Sentencia de 6 mayo de 2004 (Roj: STS 3058/2004)
Sentencia de 6 de mayo de 2004 (Roj: STS 3064/2004)
Sentencia de 28 de mayo de 2004 (Roj: STS 3700/2004)
Sentencia de 11 de junio de 2004 (Roj: STS 4045/2004)
Sentencia de 22 de julio de 2004 (Roj: STS 5457/2004)
Sentencia de 29 de septiembre de 2004 (Roj: STS 6086/2004)
Sentencia de 19 de enero de 2005 (Roj: STS 141/2005)
Sentencia de 7 de junio de 2005 (Roj: STS 3618/2005)
Sentencia de 15 de diciembre de 2005 (Roj: STS 7127/2005)
Sentencia de 18 de julio de 2006 (Roj: STS 4426/2006)
Sentencia de 25 de mayo de 2006 (Roj: STS 3353/2006)
Sentencia de 30 de mayo de 2006 (Roj: STS 3338/2006)
Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Roj: STS 5676/2006)
Sentencia de 25 de octubre de 2006 (Roj: STS 6506/2006)
Sentencia de 7 de diciembre de 2006 (Roj: STS 7601/2006)

Sentencia de 11 de enero de 2007 (Roj: STS 822/2007)
Sentencia de 2 de marzo de 2007 (Roj: STS 1174/2007)
Sentencia de 5 de marzo de 2007 (Roj: STS 1192/2007)
Sentencia de 1 de octubre de 2007 (Roj: STS 6417/2007)
Sentencia de 17 de octubre de 2007 (Roj: STS 6434/2007)
Sentencia de 13 de mayo de 2008 (Roj: STS 1733/2008)
Sentencia de 3 de junio de 2008 (Roj: STS 3275/2008)
Sentencia de 26 de junio de 2008 (Roj: STS 3124/2008)
Sentencia de 14 de enero de 2009 (Roj: SAP A 44/2009)
Sentencia de 12 de marzo de 2009 (Roj: STS 1126/2009)
Sentencia de 26 de mayo de 2009 (Roj: STS 3489/2009)
Sentencia de 2 de junio de 2009 (Roj: STS 3301/2009)
Sentencia de 22 de julio de 2009 (Roj: STS 4860/2009)
Sentencia de 11 de febrero de 2010 (Roj: STS 447/2010).
Sentencia de 4 de marzo de 2010 (Roj: STS 781/2010)
Sentencia de 15 de marzo de 2010 (Roj: STS 1492/2010)
Sentencia de 19 de julio de 2010 (Roj: STS 4382/2010)
Sentencia de 25 de octubre de 2011 (Roj: STS 6847/2011)
Sentencia de 10 de noviembre de 2011 (Roj: STS 7977/2011)
Sentencia de 25 de enero de 2012 (Roj: STS 244/2012)
Sentencia de 21 de marzo de 2012 (Roj: STS 4011/2012)
Sentencia de 21 de marzo de 2012 (Roj: STS 4176/2012)
Sentencia de 27 de junio de 2012 (Roj: STS 4665/2012)
Sentencia de 19 de julio de 2012 (Roj: STS 5760/2012)
Sentencia de 10 de septiembre de 2012 (Roj: STS 7649/2012)
Sentencia de 27 de septiembre de 2012 (Roj: STS 6090/2012)
Sentencia de 10 de diciembre de 2012 (Roj: STS 8161/2012)
Sentencia de 16 de enero de 2013 (Roj: STS 1835/2013)
Sentencia de 18 de enero de 2013 (Roj: STS 679/2013)
Sentencia de 5 de febrero de 2013 (Roj: STS 499/2013).
Sentencia de 11 de marzo de 2013 (Roj: STS 1051/2013)
Sentencia de 11 de abril de 2013 (Roj: STS 2254/2013)
Sentencia de 26 de abril de 2013 (Roj: STS 2247/2013)

Sentencia de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013)
Sentencia de 3 de julio de 2013 (Roj: STS 4567/2013)
Sentencia de 19 de julio de 2013 (Roj: STS 4423/2013)
Sentencia de 25 de julio de 2013 (Roj: STS 4092/2013)
Sentencia de 13 de septiembre de 2013 (Roj: STS 4496/2013)
Sentencia de 4 de octubre 2013 (Roj: STS 4846/2013)
Sentencia de 27 de diciembre de 2013 (Roj: STS 6669/2013)
Sentencia de 29 de enero de 2014 (Roj: STS 233/2014)
Sentencia de 28 de abril de 2014 (Roj: STS 1763/2014)
Sentencia de 5 de mayo de 2014 (Roj: STS 2038/2014)
Sentencia de 7 de mayo de 2014 (Roj: STS 2391/2014)
Sentencia de 13 de enero de 2015 (Roj: STS 275/2015)
Sentencia de 16 de enero de 2015 (Roj: STS 426/2015)
Sentencia de 20 de enero de 2015 (Roj: STS 429/2015)
Sentencia de 30 de abril de 2015 (Roj: STS 1708/2015)
Sentencia de 30 de abril de 2015 (Roj: STS 1930/2015)
Sentencia de 20 de mayo de 2015 (Roj: STS 2553/2015)
Sentencia de 23 de julio de 2015 (Roj: STS 3443/2015)
Sentencia de 10 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3723/2015)
Sentencia de 21 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5263/2015)
Sentencia de 18 de febrero de 2016 (Roj: STS 529/2016)
Sentencia de 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 976/2016)
Sentencia de 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 987/2016)
Sentencia de 17 de marzo de 2016 (Roj: STS 1209/2016)
Sentencia de 12 de julio de 2016 (Roj: STS 3459/2016)
Sentencia de 12 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4052/2016)

SALA SEGUNDA

Sentencia de 21 de marzo de 1992 (Roj: STS 2447/1992)
Sentencia de 8 de junio de 1992 -Roj: STS 4551/1992-)
Sentencia de 5 de abril de 1995 (Roj: STS 11763/1995)
Sentencia de 20 de julio de 1998 (Roj: STS 4882/1998)

Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Roj: STS 7080/1998)
Sentencia de 11 de diciembre de 2000 (Roj: STS 9059/2000)
Sentencia de 18 de octubre de 2003 (Roj: STS 6408/2003)
Sentencia de 16 de enero de 2006 (Roj: STS 61/2006)
Sentencia de 2 de octubre de 2007 (Roj: STS 6930/2007)
Sentencia de 29 de abril de 2008 (Roj: STS 1582/2008)
Sentencia de 17 de junio de 2015 (Roj: STS 2591/2015)

SALA TERCERA

Sentencia de 28 de enero de 2009 (Roj: STS 437/2009)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Alicante:

Sentencia de 28 de marzo de 2001 (Roj: SAP A 1482/2001)
Sentencia de 25 de febrero de 2003 (Roj: SAP A 795/2003)
Sentencia de 18 de enero de 2005 (Roj: SAP A 104/2005)
Sentencia de 26 de enero de 2006 (Roj: SAP A 542/2006)
Sentencia de 16 de noviembre de 2006 (Roj: SAP A 3585/2006)
Sentencia de 28 de junio de 2007 (Roj: SAP A 1318/2007)
Sentencia de 14 de enero de 2009 (Roj: SAP A 44/2009)
Sentencia de 28 de abril de 2009 (Roj: SAP A 1600/2009)
Sentencia de 11 de noviembre de 2010 (Roj: SAP A 4734/2010)
Sentencia de 22 de julio de 2011 (Roj: SAP A 2207/2011)

- Almería:

Sentencia de 13 de marzo de 2001 (Roj: SAP AL 326/2001)
Sentencia de 31 de mayo de 2006 (Roj: SAP AL 450/2006)

- Asturias:

Sentencia de 5 de marzo de 1999 (Roj: SAP O 908/1999)

Sentencia de 13 de marzo de 2007 (Roj: SAP O 891/2007)

Sentencia de 24 de enero de 2008 (Roj: SAP O 85/2008)

Sentencia de 28 de abril de 2010 (Roj: SAP O 896/2010)

Sentencia de 17 de mayo de 2010 (Roj: SAP O 1081/2010)

Sentencia de 18 de febrero de 2014 (Roj: SAP O 458/2014)

- Ávila:

Sentencia de 10 de diciembre de 2002 (Roj: SAP AV 389/2002)

- Baleares:

Sentencia de 13 de septiembre de 2002 (Roj: SAP IB 2296/2002)

Sentencia de 10 de junio de 2004 (Roj: SAP IB 904/2004)

Sentencia de 11 de junio de 2008 (Roj: SAP IB 584/2008)

Sentencia de 13 de enero de 2015 (Roj: SAP IB 4/2015)

- Barcelona:

Sentencia de 1 de marzo de 2001 (Roj: SAP B 2387/2001)

Sentencia de 3 de marzo de 2004 (Roj: SAP B 2734/2004)

Sentencia de 28 de mayo de 2004 (Roj: SAP B 6970/2004)

Sentencia de 20 de septiembre de 2004 (Roj: SAP B 11043/2004)

Sentencia de 17 de noviembre de 2005 (Roj: SAP B 10961/2005)

Sentencia de 13 septiembre de 2006 (Roj: SAP B 14689/2006)

Sentencia de 7 de septiembre de 2007 (Roj: SAP B 13534/2007)

Sentencia de 3 de junio de 2008 (Roj: SAP B 5824/2008)

- Burgos:

Sentencia de 26 de febrero de 2010 (Roj: SAP BU 266/2010)

- Cáceres:

Sentencia de 19 de enero de 2004 (Roj: SAP CC 22/2004)

Sentencia de 29 de marzo de 2007 (Roj: SAP CC 221/2007)

- Cádiz:

Sentencia de 27 de marzo de 2000 (Roj: SAP CA 1132/2000)

Sentencia de 19 de julio de 2002 (Roj: SAP CA 2011/2002)

Sentencia de 1 de diciembre de 2003 (Roj: SAP CA 2169/2003)

Sentencia de 20 de abril de 2007 (Roj: SAP CA 419/2007)

- Cantabria:

Sentencia de 8 de mayo de 2000 (Roj: SAP S 1027/2000)

Sentencia de 1 de mayo de 2007 (Roj: SAP S 762/2007)

- Castellón:

Sentencia de 20 de julio de 1998 (Roj: SAP CS 645/1998)

Sentencia de 30 de noviembre de 2007 (Roj: SAP CS 1170/2007)

Sentencia de 18 de febrero de 2010 (Roj: SAP CS 84/2010)

- Córdoba:

Sentencia de 12 de abril de 2005 (Roj: SAP CO 535/2005)

- Granada:

Sentencia de 17 de febrero de 2006 (Roj: SAP GR 110/2006)

Sentencia de 3 de marzo de 2006 (Roj: SAP GR 276/2006)

Sentencia de 14 de julio de 2006 (Roj: SAP GR 1180/2006)

Sentencia de 18 de abril de 2008 (Roj: SAP GR 727/2008)

Sentencia de 15 de mayo de 2009 (Roj: SAP GR 658/2009)

Sentencia de 1 de septiembre de 2009 (Roj: SAP GR 1035/2009)

Sentencia de 16 de julio de 2010 (Roj: SAP GR 569/2010)

Sentencia de 30 de junio de 2016 (Roj: SAP GR 1450/2016)

- Guadalajara:

Sentencia de 26 de julio de 2004 (Roj: SAP GU 321/2004)

- La Coruña:

Sentencia de 22 de abril de 2010 (Roj: SAP C 1523/2010)

Sentencia de 15 de diciembre de 2011 (Roj: SAP C 3617/2011)

Sentencia de 30 de septiembre de 2011 (Roj: SAP C 2758/2011)

Sentencia de 24 de noviembre de 2014 (Roj: SAP C 2840/2014)

- Las Palmas:

Sentencia de 15 de julio de 1998 (Roj: SAP GC 2030/1998)

Sentencia de 10 de junio de 2008 (Roj: SAP GC 2089/2008)

- La Rioja:

Sentencia de 30 de diciembre de 2002 (Roj: SAP LO 834/2002)

Sentencia de 3 de abril de 2012 (Roj: SAP LO 243/2012)

- León:

Sentencia de 4 de febrero de 2004 (Roj: SAP LE 173/2004)

- Lérida:

Sentencia de 23 de febrero de 2005 (Roj: SAP L 160/2005)

- Madrid:

Auto de 1 de julio de 2009 (Roj: AAP M 9883/2009)

Sentencia de 16 de junio de 1999 (Roj: SAP M 8511/1999)

Sentencia de 7 de julio de 2003 (Roj: SAP M 8200/2003)

Sentencia de 3 de junio de 2004 (Roj: SAP M 8140/2004)

Sentencia de 21 de junio de 2004 (Roj: SAP M 9089/2004)

Sentencia de 21 de diciembre de 2005 (Roj: SAP M 15210/2005)

Sentencia de 30 de marzo de 2006 (Roj: SAP M 10930/2006)

Sentencia de fecha 6 de abril de 2006 (Roj: SAP M 4483/2006)

Sentencia de 10 de octubre de 2007 (Roj: SAP M 14701/2007)

Sentencia de 3 de marzo de 2010 (Roj: SAP M 3790/2010)

Sentencia de 31 de mayo de 2011 (Roj: SAP M 7213/2011)

Sentencia de 16 de marzo de 2012 (Roj: SAP M 3969/2012)

Sentencia de 22 de enero de 2013 (Roj: SAP M 733/2013)

- Málaga:

Sentencia de 11 de julio de 2005 (Roj: SAP MA 2436/2005)

Sentencia 30 de marzo de 2006 (Roj: SAP MA 708/2006)

Sentencia de 27 de septiembre de 2007 (Roj: SAP MA 1891/2007)

Sentencia de 11 diciembre 2007 (Roj: SAP MA 2695/2007)

Sentencia de 24 de enero de 2008 (Roj: SAP MA 560/2008)

Sentencia de 28 de enero de 2008 (Roj: SAP MA 243/2008)

Sentencia de 12 de junio de 2008 (Roj: SAP MA 2298/2008)

Sentencia de 1 de septiembre de 2008 (Roj: SAP MA 1202/2008)

Sentencia de 30 de octubre de 2008 (Roj: SAP MA 1561/2008)

Sentencia de 16 de enero de 2009 (Roj: SAP MA 1/2009)

- Murcia:

Sentencia de 1 de febrero de 2000 (Roj: SAP MU 299/2000)

Sentencia de 13 de febrero de 2001 (Roj: SAP MU 475/2001)

Sentencia de 4 de septiembre de 2002 (Roj: SAP MU 2070/2002)

Sentencia de 21 de julio de 2003 (Roj: SAP MU 1942/2003)

Sentencia de 3 de marzo de 2006 (Roj: SAP MU 337/2006)

Sentencia de 1 de julio de 2008 (Roj: SAP MU 1205/2008)

Sentencia de 14 de enero de 2010 (Roj: SAP MU 114/2010)

Sentencia de 4 de julio de 2011 (Roj: SAP MU 1531/2011)

Sentencia de 29 de marzo de 2012 (Roj: SAP MU 915/2012)

- Navarra:

Sentencia de 27 de julio de 1998 (Roj: SAP NA 811/1998)

Sentencia de 11 de noviembre de 2004 (Roj: SAP NA 1146/2004)

Sentencia de 3 de junio de 2008 (Roj: SAP NA 640/2008)

- Pontevedra:

Sentencia de 26 de junio de 2000 (Roj: SAP PO 2042/2000)

Sentencia de 2 de marzo de 2007 (Roj: SAP PO 734/2007)

Sentencia de 23 de marzo de 2007 (Roj: SAP PO 734/2007)

- Santa Cruz de Tenerife:

Sentencia de 20 de enero de 2001 (Roj: SAP TF 140/2001)

Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Roj: SAP TF 618/2003)

Sentencia de 9 de junio de 2003 (Roj: SAP TF 1515/2003)

Sentencia de 28 de julio de 2003 (Roj: SAP TF 1909/2003)

Sentencia de 17 de noviembre de 2003 (Roj: SAP TF 2214/2003)

Sentencia de 20 de diciembre de 2004 (Roj: SAP TF 2680/2004)

- Segovia:

Sentencia de 2 de marzo de 2001 (Roj: SAP SG 63/2001)

Sentencia de 28 de abril de 2005 (Roj: SAP SG 109/2005)

- Sevilla:

Sentencia de 10 de diciembre de 2002 (Roj: SAP SE 4957/2002)

Sentencia de 16 de marzo de 2004 (Roj: SAP SE 1105/2004)

Sentencia de 14 de abril de 2004 (Roj: SAP SE 1543/2004)

Sentencia de 29 de junio de 2004 (Roj: SAP SE 2716/2004)

Sentencia de 10 de julio de 2006 (Roj: SAP SE 2497/2006)

Sentencia de 22 de noviembre de 2011 (Roj: SAP SE 3373/2011)

- Tarragona:

Sentencia de 3 de septiembre de 2007 (Roj: SAP T 1443/2007)

Sentencia de 14 de febrero de 2008 (Roj: SAP T 695/2008)

- Toledo:

Sentencia de 17 abril 2008 (Roj: SAP TO 362/2008)

- Valencia:

Sentencia de 11 de julio de 1998 (Roj: SAP V 4900/1998)

Sentencia de 16 de mayo de 2003 (Roj: SAP V 3103/2003)

Sentencia de 26 de marzo de 2004 (Roj: SAP V 1356/2004)

Sentencia de 4 de febrero de 2005 (Roj: SAP V 549/2005)

Sentencia de 9 de diciembre de 2008 (Roj: SAP V 5283/2008)

Sentencia de 23 de marzo de 2009 (Roj: SAP V 1174/2009)

Sentencia de 1 de octubre de 2010 (Roj: SAP V 4900/2010)

Sentencia de 7 de junio de 2011 (Roj: SAP V 3910/2011)

- Vizcaya:

Sentencia de 9 de abril de 2001 (SAP BI 1654/2001)

- Zamora:

Sentencia de 30 de diciembre de 2005 (Roj: SAP ZA 391/2005)

- Zaragoza:

Sentencia de 20 de diciembre de 2002 (Roj: SAP Z 2949/2002)

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Auto de 30 de septiembre de 2008 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña (JUR 2009/184963)

Sentencia de 1 de septiembre de 2005 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao (AC 2005/1563)

Sentencia de 21 de septiembre de 2009 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao (Roj: SJM BI 40/2009)

Sentencia de 8 de marzo de 2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña (Roj: SJM C 21/2010)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia de 30 de noviembre de 1982 (BOE de 29 de diciembre de 1982)

Sentencia de 2 de noviembre de 2004 (BOE 2 de diciembre de 2004)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sentencia de 21 de febrero de 1986 (caso James y otros contra Reino Unido)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia de 9 de marzo de 1978 (caso Simmenthal)

Sentencia de 10 de abril de 1984 (caso Von Colson),

Sentencia de 3 de julio de 1997 (caso Benincasa, asunto C- 269/1995)

Sentencia de 22 de noviembre de 2001 (caso Cape/Idealservice)

Sentencia de 4 de junio de 2009 (caso Pannon)

Sentencia de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10)

Sentencia de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11)

Sentencia de 21 de febrero de 2013 (caso Banif Plus Bank)

Sentencia de 30 de mayo de 2013 (caso Asbeek Brusse y de Man Garabito)

Sentencia de 16 de enero de 2014 (caso Constructora Principado, asunto C-26/12)

ANEXO: TABLA COMPARATIVA LEY 57/68 Y DISPOSICIÓN ADICIONAL 1ª DE LA LOE

LEY 57/68	DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA LOE
<p>Artículo 1.</p> <p>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:</p> <p>Primera.</p> <p>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.</p> <p>Segunda.</p> <p>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.</p>	<p>Uno. Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas.</p> <p>1. 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:</p> <p>a) 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.</p> <p>b) 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.</p> <p>2. La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero.</p>

	<p>Dos. Requisitos de las garantías.</p> <p>1. Para que un contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas deberá cumplir los siguientes requisitos:</p> <p>a) 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.</p> <p>b) 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.</p> <p>c) 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.</p> <p>d) Corresponde la condición de asegurado al adquirente o adquirentes que figuren en el contrato de compraventa.</p> <p>e) 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.</p> <p>f) La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas. 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.</p> <p>g) 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.</p>
--	---

	<p>h) 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 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.</p> <p>i) 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.</p> <p>j) 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.</p> <p>k) 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.</p> <p>l) En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.</p> <p>2. Para que un aval pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas deberá cumplir los siguientes requisitos:</p> <p>a) Deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito, por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega</p>
--	--

<p>Artículo 2.</p> <p>En los contratos de cesión de las viviendas a que se refiere el artículo 1 de esta disposición en que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas deberá hacerse constar expresamente:</p> <p>a) Que el cedente se obliga a la devolución al cesionario de las cantidades percibidas a cuenta más el seis por ciento 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.</p> <p>b) Referencia al aval o contrato de seguro especificados en la condición primera del artículo anterior, con indicación de la denominación de la Entidad avalista o aseguradora.</p> <p>c) Designación de la Entidad bancaria o Caja de Ahorros 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.</p>	<p>efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor.</p> <p>b) En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido, el beneficiario, siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, y sus intereses y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá exigir al avalista el abono de dichas cantidades. Igualmente, el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor.</p> <p>c) Transcurrido un plazo de dos años, 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, se producirá la caducidad del aval.</p> <p>Tres. Información contractual.</p> <p>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:</p> <p>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 faculten para la ocupación de la vivienda.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
---	--

<p>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.</p> <p>Artículo 3.</p> <p>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.</p> <p>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 .</p> <p>Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario con arreglo a la legislación vigente.</p> <p>Artículo 4.</p> <p>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.</p> <p>Artículo 5.</p> <p>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</p>	<p>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.</p> <p>Cuatro. Ejecución de la garantía.</p> <p>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 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.</p> <p><i>(Se suprime el carácter ejecutivo que la Ley 57/68 otorgaba al contrato de seguro y al aval regulados en la misma).</i></p> <p>Cinco. Cancelación de la garantía.</p> <p>Expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda.</p> <p>Seis. Publicidad de la promoción de viviendas.</p> <p>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</p>
--	---

<p>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.</p> <p>Artículo 6. (Derogado)</p> <p><i>Se deroga por la disposición derogatoria única.1.f) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.</i></p> <p>Artículo 7.</p> <p>Los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables.</p> <p>Disposición final primera.</p> <p>Se autoriza al Gobierno para que a propuesta del Ministro de la Vivienda, y mediante Decreto, determine los Organismos de carácter oficial que, por ofrecer suficiente garantía, se exceptúen de la aplicación de las anteriores normas.</p> <p>Disposición final segunda.</p> <p>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».</p> <p>Disposición adicional.</p> <p>Se autoriza al Gobierno para que por Decreto, y en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley , adapte los principios de la misma que pudieren serles de aplicación a las comunidades y cooperativas de Viviendas.</p>	<p>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.</p> <p>Siete. Infracciones y sanciones.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>Ocho. Desarrollo reglamentario.</p> <p>Reglamentariamente podrán determinarse los organismos públicos de promoción de viviendas que se exceptúen de los requisitos establecidos en esta disposición adicional.</p> <p>El Gobierno podrá dictar las disposiciones complementarias para el desarrollo de lo dispuesto en esta disposición adicional.</p>
--	---