

Estudios doctrinales

Compraventa de pisos y locales en construcción: algunos problemas prácticos

CARLOS VALVERDE GONZÁLEZ

Notario de Vila-seca

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA. 2.1. Concepto, caracteres y naturaleza del contrato. 2.2. Elementos del Contrato. 2.2.1. Elemento Subjetivo. 2.2.2. Elemento Objetivo. 2.2.3. Elemento Formal. III. GARANTÍAS DE LOS COMPRADORES. 3.1. Requisitos de las garantías. 3.2. Ejecución de la garantía. 3.3. Cancelación de la garantía. 3.4. Infracciones y sanciones. IV. ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES. 4.1. La “rescisión” de que habla la DA1ª ¿es una resolución autónoma o tiene el mismo fundamento que el art. 1124 CC? y ¿a qué tipos de incumplimiento se aplica? 4.2. Efectividad de las garantías en la DA1ª de la LOE en algunos supuestos especiales. 4.3. Si el promotor no ha emitido los certificados individuales del aval o seguro colectivo concertado, ¿deja de ser responsable la entidad avalista? 4.4. Responsabilidad de las entidades de crédito depositarias: alcance de la expresión «bajo su responsabilidad». 4.5. Limitación temporal de las acciones contra avalista/asegurador. 4.6. Naturaleza jurídica de los intereses de cantidades anticipadas que debe abonar el garante: ¿moratorios o remuneratorios? 4.7. Irrenunciabilidad de los derechos. 4.8. Responsabilidad de los garantes en otros casos especiales. 4.9. Concurso de acreedores en los contratos de venta de pisos y locales sobre plano. V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto realizar un breve análisis de las operaciones de compraventa sobre plano, disertando sobre la problemática que puede haber en torno a los elementos esenciales del mismo, sobre todo en su aspecto formal y la transmisión del dominio, planteando posibles soluciones para la mejora de la protección de los compradores, así como efectuar un pequeño análisis de las garantías legales previstas para estos casos, tratando de analizar algunos de sus problemas prácticos más habituales teniendo en cuenta la jurisprudencia menor y la emanada del Tribunal Supremo.

Palabras clave: compraventa sobre plano, *traditio*, garantías de comprador, aval, seguro, incumplimiento esencial, resolución de contrato, artículo 1124. DA1ª LOE.

Abstract: The present paper aims to provide a brief analysis of off-plan sale and purchase transactions, discussing the issues that may arise in relation to their essential elements, particularly regarding their formal aspects and the transfer of ownership, while proposing possible solutions to enhance purchaser protection. It also offers a concise examination of the statutory guarantees established for such cases, seeking to analyse some of their most common practical issues in light of both lower-court case law and the jurisprudence of the Spanish Supreme Court.

Keywords: off-plan sale and purchase, *traditio*, purchaser guarantees, guarantee, insurance, fundamental breach, termination of contract, Article 1124. (DA1ª LOE)..

I. Introducción

La compraventa de pisos y locales en construcción o sobre plano es un tipo de contrato utilizado por los empresarios/promotores para obtención de los recursos económicos que permitan ayudar a paliar los costes de edificación. El promotor no transmite la propiedad de los pisos o locales hasta que esté una vez terminada la construcción, lo que representa que los compradores quedan expuestos a una serie de riesgos, tales como, v. gr.:

- Que la construcción no se realice y no se entregue en las condiciones acordadas,

- Que el promotor no destine las cantidades recibidas a la construcción del edificio,
- Que los acreedores del promotor-vendedor embarguen, y en su caso ejecuten el solar y lo en él construido por deudas, al amparo de la responsabilidad patrimonial universal, o
- Que el promotor entre en situación concursal.

Por ello, existen una serie de garantías, sobre todo para la restitución de las cantidades anticipadas, que analizaremos más adelante. Baste

ahora brevemente señalar, sin ánimo exhaustivo, la **normativa aplicable** al presente contrato:

- Ley 57/68, así como el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre (vigentes hasta el 1 de enero de 2016) sobre la aplicación de la ley 57/68 a las comunidades y cooperativas de viviendas, han sido derogadas por la Ley 20/2015 de 14 de julio sobre ordenación, supervisión, y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Las entidades aseguradoras debían, antes del 1 de julio de



2016 y para las cantidades que se entregan a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes al régimen introducido por la Ley 20/2015.

- Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación y Supervisión, y en particular, su DA1^a tras redacción dada por la Ley 20/2015 es la que contiene la regulación actual.
- Ley 50/1980, de 8 de octubre sobre Contrato de Seguro.
- Ley 12/2023 de 24 de mayo sobre derecho a la vivienda y legislación de las CCAA equivalente, así como las relativas a la legislación del suelo, tanto de ámbito estatal como autonómico.
- RDL 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Defensa de Consumidores y Usuarios.
- Ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Aunque la DA1^a LOE sigue la línea de la Ley 57/68, puede parecer que la reforma de 2015 propicia un importante retroceso en la protección del comprador en temas como la cobertura

de garantía para las cantidades entregadas antes de la obtención de la licencia de edificación; necesidad de certificado individual para la efectividad de la garantía; caducidad del aval; eliminación del carácter ejecutivo de las garantías, así como la eliminación de la irrenunciabilidad de los derechos, entre otros problemas, permitiendo así al TS ejercer de creador del derecho a través de su jurisprudencia. Tampoco ayuda la supresión del proyecto de ley 121/000089 del derecho a la vivienda, que tenía en sus artículos 32 a 38 regulación sobre “régimen de cantidades a cuenta del precio antes y durante la construcción en operaciones de compra de vivienda”, que trataba de solucionar algunos de los problemas antes señalados, teniendo que recurrir a soluciones jurisprudenciales. Salvo en aquellos extremos que haya variado la redacción de la actual DA1^a LOE tras ley 20/2015 respecto del régimen anterior con la Ley 57/1968, podemos entender que la doctrina jurisprudencial anteriormente fijada sería aplicable igualmente a las compras posteriores al 1 de enero de 2016.

Antes de analizar los problemas actuales, expondremos de forma sucinta, un análisis de este tipo de contratos.

II. El contrato de compraventa

2.1. Concepto, caracteres y naturaleza del contrato

Este contrato es una modalidad de compraventa de cosa futura y se puede definir como aquel contrato en el que una de las partes se compromete a pagar un precio cierto en dinero o signo que lo represente, y la otra se obliga a entregar una vivienda o un local en proyecto o en construcción, una vez terminada la misma.

Sus caracteres son comunes a la compraventa tales como ser un contrato consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y recíproco, con un objeto contractual de cosa futura «*emptio rei sperate*» que como señala el TS en Sentencia de 1 de julio de 1992 (RJ 1992, 6498) no es una estricta venta de cosa futura o imprecisa al que se refiere el art. 1271 CC, «sino de una cosa futura determinada ya que se da la existencia de una base jurídica material constituida por un solar sobre el que se proyecta una construcción autorizada (...) pendiente, por tanto, de su configuración definitiva exterior una vez se lleve a cabo la edificación (...) la existencia material del objeto a entregar por el vendedor estaba condicionada a su construcción y en el momento de perfeccionarse el contrato se da como un hecho futuro, cierto, y no incierto o posible». Por ello, la obligación del vendedor no es solo la entrega de la cosa, sino también el desempeño de la diligencia necesaria para la ejecución de la obra en construcción, en el tiempo y con las condiciones y calidades convenidas (STS 19 julio 2012¹).

Los rasgos distintivos de este tipo de compraventa se podría decir que son (i) la suscripción del contrato cuando no se han iniciado las obras, y en menos casos dado que hay legislación de las CCAA que no lo permiten, puede que sin que se haya elaborado el proyecto u obtenido la licencia; (ii) formalización en dos fases, una primera que suele ser en documento privado con efectos obligacionales, y una segunda

1 ROJ: STS 5760/2012



en escritura pública con efectos reales de transmisión de la propiedad; (iii) inclusión de cláusulas de arras, y (iv) sobre todo en los relativos a viviendas, la incidencia en la norma de protección de consumidores y usuarios.

La **naturaleza jurídica** es tratada de *compleja o mixta* ya que, en este contrato, junto con las obligaciones propias de la compraventa, concurren las del contrato de ejecución (STS 1 julio 1992 y 22 marzo 1993, ROJ 1824/1993; ROJ 1805/1993). Esto es referente a la naturaleza jurídica del propio contrato en sí, pues dejamos fuera de la exposición, por razones del fondo del artículo y tiempo, figuras que navegan de manera paralela con la compraventa de pisos y/o locales sobre plano como es, la cesión de suelo para obra futura, con su incidencia en el art. 13 del Reglamento Hipotecario (RH), su anulación por el TS, y su discusión sobre transmisión del dominio, la RDGRN de 16 de mayo de 1996² y la figura del *ius ad rem*; así como el contrato de ejecución de obra (arts. 1588 y ss. del CC), con su discusión sobre la adquisición derivativa del dominio sobre la base del contrato y necesitando su entrega, o su adquisición originaria con base a las reglas de la accesión.

2.2. Elementos del Contrato

2.2.1. Elemento Subjetivo

El **vendedor** suele ser una empresa o profesional dedicado habitualmente a la construcción, promoción y venta de viviendas. A efectos de las garantías de la DA1^a de la LOE señala la ley que se trata de «*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*». El **comprador** suele ser un consumidor, persona física

o jurídica, que actúa fuera de su actividad profesional.

El promotor no transmite la propiedad de los pisos o locales hasta que esté una vez terminada la construcción, lo que representa que los compradores quedan expuestos a una serie de riesgos

Con relación al comprador ha de señalarse la diferente regulación que tenía la Ley 57/68 respecto a la actual DA1^a LOE para que entren en juego las garantías por las cantidades anticipadas. La Ley 57/68 se aplicaba (art. 1) a las viviendas que supusieran «domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien residencia de temporada, accidental o circunstancial», mientras que la DA1^a LOE señala que se refiere a «todo tipo de viviendas» sin alusión al destino. Siguiendo STS 10 de noviembre de 2020³ y 26 de julio de 2021⁴, entre otras, la expresión «toda clase de viviendas» se entiende en el sentido de que elimina cualquier duda que pudiera reducir el nivel de protección del comprador por razón de la forma de promoción o régimen de la vivienda (régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa), pero no puede extrapolarse a toda clase de compradores, para así expandir la protección de los profesionales del sector inmobiliario a los compradores especuladores. Se podría sostener que no se amparan las compras con finalidad empresarial, profesional o inversora (como el alquiler). Por ello, el TS sentenció el 27 de junio de 2022⁵ que quedaba excluida de

las garantías legales la compra de una «unidad alojativa» en régimen de aparthotel cuya finalidad era la explotación hotelera; la STS 7 de febrero de 2022⁶ también excluye la compra de apartamentos tipo suite turísticos; o la STS 28 de octubre de 2020⁷, que excluyó la compra de dos estudios universitarios con finalidad de alquilarlos. La prueba de tener una finalidad profesional o inversora corresponde al garante, y la de finalidad residencial al comprador entendiendo la doctrina que, aunque se compre una vivienda o un local por un consumidor, si la finalidad es, por ejemplo, de almacenaje o biblioteca particular, no cumple el destino habitacional que exigía tanto la Ley 57/68 como la DA1^a LOE. Igualmente, será bastante difícil de probar si la compradora es una sociedad mercantil.

2.2.2. Elemento Objetivo

Como hemos señalado anteriormente, el objeto del contrato es una cosa futura perfectamente determinable, cuya configuración viene determinada en el proyecto arquitectónico. La información y publicidad que se haya dado a la oferta (generalmente descripción gráfica del proyecto arquitectónico y memoria de calidades) define el objeto del contrato y puede ser alegada por el comprador sin necesidad de que la misma haya sido incorporada expresamente en el contrato. Así la STS 15 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2347) entre otras, señala que «*las consideraciones contenidas en los proyectos básicos y de ejecución se integran en el contenido negocial del contrato (...) toda la normativa protectora de la información a suministrar a los compradores no persigue otra cosa que facilitar que el comprador tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que esta ha alcanzado*

2 «BOE» núm. 142, de 12 de junio de 1996, páginas 19335 a 19337 (3 págs.).

3 RJ 2020, 5273

4 RJ 2021, 3663

5 JUR 2022,236175

6 RJ 2022, 994

7 RJ 2020, 4175

existencia real o física, cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad que se integra en el contenido del contrato».

2.2.3. Elemento Formal

Como hemos expuesto al principio, este tipo de contratos tiene dos fases diferenciadas. Una primera, que se suele materializar en un documento privado de compraventa otorgado antes de la terminación de las obras, cuyo contenido suele ser el siguiente:

- Determinación del objeto de venta.
- Fijación del precio, con el calendario de pagos, con referencia en ocasiones a la posibilidad de subrogación en la hipoteca del promotor.
- Plazo que se concede al vendedor para que concluya la ejecución y proceda a la entrega de viviendas y/o locales con todos los permisos y autorizaciones.
- Garantías que se conceden al comprador en caso de incumplimiento del vendedor.

Durante esta fase la relación de las partes se desarrolla en un plano estrictamente obligacional, exponiendo al comprador a riesgos importantes, dado que el bien está en el patrimonio del promotor y puede estar afecto al pago de sus deudas y sufrir embargo o ejecuciones. Aquí es importante señalar la posición del TS sobre la transmisión del dominio explicada en supuestos de tercerías de dominio presentadas por los compradores sobre la base de documentos privados, con pisos o locales

terminados o casi terminados a falta de algunos acabados. La regla general es que hasta que no haya terminación de la obra y entrega de los pisos o locales, no hay adquisición de dominio (STS 9 marzo 1994⁸, 9 octubre 1997⁹, entre otras). Si bien, hay sentencias que sí reconocen el dominio al tercerista que adquiere en documento privado (*título*) por existir ciertos indicios o actos posesorios (*modo*) sobre los pisos o locales, como la entrega de las llaves y/o realización de obras y mejoras en los mismos (STS 2 febrero 1994¹⁰ y 10 mayo 1994¹¹) o el acceso a algún registro público del contrato privado y/o el resto de documentación, como señalo la STS 17 de septiembre de 1996¹², al estar visado en la Consejería de una Comunidad Autónoma.

La obligación del vendedor no es solo la entrega de la cosa, sino también el desempeño de la diligencia necesaria para la ejecución de la obra en construcción, en el tiempo y con las condiciones y calidades convenidas

Llegados a este punto, cabe preguntarse si la primera fase se hubiera otorgado en escritura pública, ¿existía tradición instrumental que hiciera propietarios a los compradores desde ese momento? No existe jurisprudencia

porque no se han dado en la actualidad estos casos. La doctrina ortodoxa MIQUEL GONZÁLEZ, CARRASCO PEREA, BERCOVITZ¹³, entre otros, entiende que la idea de la titularidad del promotor es inevitable hasta que cobra finalmente existencia el edificio en construcción, pues se deriva de un concepto de *traditio* muy apegado a la entrega material de la cosa, puesto que la entrega no se produce hasta que el edificio esté terminado y no podría transmitirse hasta ese momento la propiedad. Es decir que, aunque intentemos aplicar el concepto de *traditio* instrumental del art. 1462.2 CC, no ostenta el promotor todavía ni la posesión mediata ni, mucho menos, la inmediata hasta la existencia real de los pisos o locales.

Sin embargo, otros autores, como ROGEL VIDEL, LUCAS FERNÁNDEZ, MERINO HERNÁNDEZ¹⁴, entre otros, sostienen que aunque la entrega no puede realizarse hasta que el objeto futuro exista, con una escritura pública previa no sería necesario ningún nuevo acto de entrega, siendo suficiente para la transmisión de la propiedad la escritura inicial autorizada, pues sobre la base del art. 1462.2 CC permite que tenga la escritura pública una eficacia diferida de la *traditio*, como una suerte de transmisión de dominio sujeto a condición suspensiva, a imitación del sistema propuesto por la jurisprudencia francesa donde una vez que existe en el mundo real el objeto vendido, la propiedad se transmite automáticamente sin necesidad de actos posteriores (a salvo certificaciones de final de obra u otros análogos), debido a la existencia sobrevenida de los pisos

8 RJ 1994, 2205

9 RJ 1997, 7065

10 RJ 1994, 861

11 RJ 1994, 3896

12 RJ 1996, 6723

13 Citados en MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, E. «Cesión de solar a cambio de obra futura. renacimiento de la figura», 2016 Tesis codirigida por Dr. D. Íñigo A. Navarro Mendizábal y Dra. D^a Isabel De la Iglesia Monje, Universidad Pontificia, ICADE Madrid, pág. 245; CARRASCO PERERA, A en CCJC, núm. 43, 1997, pág. 61; MIQUEL GONZALEZ, J.M. «El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad» Revista de Derecho Patrimonial, nº1, 1998, pág. 53; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, en la obra «La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles», Madrid 1971.

14 Citados en MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, E. op. cit. págs. 226-229 y 230; ROGEL VIDE, C., «La compraventa de cosa futura», Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1975, págs. 28 y ss.; MERINO HERNANDEZ, J. L., «El contrato de permuta», Tecnos, Madrid 1978, págs. 352, y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de la aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», RDN abril-junio 1967, pág. 306



o locales. Eso quiere decir que una vez acreditado el final de obra y la entrega, se era dueño desde el primer momento que se otorgó la escritura pública. Añadiría que, partiendo de este planteamiento, es perfectamente encajable al mismo por analogía lo que sucede en una compraventa con reserva de dominio hasta la satisfacción del precio aplazado, reconociendo los tribunales una cotitularidad entre vendedor y comprador en las posiciones jurídicas, y máxime a medida que se van haciendo los pagos y va existiendo la realidad material de los pisos y locales, todo ello, con importante incidencia en los embargos y tercerías de dominio.

Para explicar esto, siguiendo a MARTÍNEZ-GIL VICH¹⁵, podemos sostener que la reserva de dominio funciona: i) como condición suspensiva que no afecta a la perfección del contrato, sino solo a su consumación, y con ello al efecto traslativo típico de la venta; ii) si no se paga el precio en el plazo convenido opera como una condición resolutoria del contrato que, por la aplicación analógica, se debería cumplir lo dispuesto en el art. 175.6^a del RH; iii) estando pendiente la condición, el comprador no es un simple acreedor, y tiene una titularidad jurídico-real; y iv) coexistencia de dos titularidades simultáneas sobre el mismo bien, de signo distinto y contenido diferente, y para poder disponer del bien se requiere a comprador y vendedor.

Por todo lo expuesto, creemos que, en lugar de que el promotor y el comprador efectúen la compraventa en documento privado, cabe la posibilidad de que se otorgue en escritura pública, realizando con control de legalidad de la existencia de las garantías e información previa necesaria en beneficio del comprador y con un efecto traditorio diferido a cada pago del precio aplazado hasta el último de ellos, que será resolutorio si se incumple por el comprador. Terminaríamos con un acta notarial final acreditativa de la realidad de la construcción, pago del

precio y demás obligaciones recíprocas de las partes, salvo que sobreviniesen algunas modificaciones que se debería de otorgar con una escritura modificativa y complementaria de la primera.

Los problemas que nos podemos encontrar serían, como suele suceder, la fiscalidad de dichas operaciones pues, aunque se pueda posponer el devengo al momento de pago del precio, existe una suerte de reserva de dominio que opera como condición resolutoria que gravaría la operación en perjuicio del vendedor. Creemos que una intervención previa notarial contribuye a tener más garantías y seguridad para los compradores, pero debería de ir acompañada de una regulación fiscal neutra que no grave la operación hasta su conclusión, en el sentido que sea. Insistimos en que sería necesario extender la intervención notarial en las fases previas contractuales, como puede ser esta de compraventa de pisos y locales sobre plano, como así sucede en los préstamos hipotecarios con el acta previa tras LCCI, por los efectos ya apuntados en beneficio de la seguridad jurídica.

Por parte de otros operadores jurídicos, las propuestas que se han planteado, como CORREDOR SIERRA¹⁶, entre otros (sobre la base del *ius ad rem* y situaciones de prehorizontalidad), es considerar que lo conveniente para

la protección del comprador sería la toma de una anotación preventiva de demanda de elevación a público del documento privado, constancia de los pagos como entregas a cuenta por medio de notas marginales, posposición del rango hipotecario de hipotecas posteriores a las anotaciones pues serían de peor condición y los bancos y entidades de crédito no darían la financiación necesaria posterior dado que habría una posible paralización del tráfico, y al final la cancelación automática de las anotaciones preventivas y notas marginales tras la inscripción del piso y local. Creemos que esta postura yerra en algunos de sus posicionamientos. Por un lado, la figura del *ius ad rem* siempre ha girado en torno a cumplir finalmente el título y el modo, y esto no se produce de primeras con una anotación preventiva de demanda de elevación a público de un documento privado que, además, es un asiento provisional. La escritura pública en la fase previa hace las veces de *traditio*, pero diferida como hemos expuesto, reservando ya los efectos propios de esta forma, como son ejecutividad, valor probatorio, preferencia crediticia, oponibilidad y defensa del derecho sobre la base de acciones como la reivindicatoria. Y, por otro lado, resulta chocante que haya que acordar una posposición de rango en favor de la posición dominante



15 MARTÍNEZ-GIL VICH, I. «Memento práctico hipotecario» Francis Lefebvre, 2022, págs. 151-154.

16 «La protección de los compradores de viviendas en situación de prehorizontalidad o “sobre plano”» en la Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) número 8, enero-julio 2016, Ed Dykinson, págs. 39-52

(promotor y entidades de crédito), cuando toda la normativa que regula estos contratos gira en torno a la protección del comprador. Añadimos que para proteger a los compradores como consumidores que son, la protección debe ser preventiva y eso se produce en la prestación de consentimientos que se da en el otorgamiento del contrato, donde creemos que debería hacerse en escritura pública con la intervención notarial, y no posponiendo dicha protección a un momento posterior.

Una segunda fase estaría formada (partiendo de que la previa se formalizó en documento privado), por el otorgamiento de la escritura pública una vez que el promotor ha concluido la construcción del edificio y obtenido todos los permisos necesarios para que se pueda destinar a los usos que le sean propios (licencia de primera ocupación, cédula de habitabilidad, entre otros). Lo relevante es determinar en esta fase la incidencia que puede llegar a tener la escritura pública en la relación inicialmente entablada en documento privado.

Por un lado, existe una posición doctrinal que considera a la escritura pública como un “negocio de fijación” en virtud del cual las partes delimitan y precisan sus respectivas exigencias jurídicas, fijando definitivamente su relación y eliminando las exigencias de la relación jurídica previa. La escritura pública de compraventa operaría a modo de novación contractual en los elementos que pudieran verse modificados y de fijación o aclaración en los aspectos que pudieran ser controvertidos. Tiene como apoyo esta tesis el derecho comparado en el ámbito foral como sucede en Cataluña, en el art. 553-8 del CCC, donde parece que los titulares de elementos privativos por compraventa en documento privado previo ratifican la constitución unilateral otorgada por el promotor, en el momento de otorgar la escritura de compraventa si en dicha escritura se reseña el título de constitución e incorpora los estatutos y las normas de comunidad; así como también sucede en el derecho comparado internacional, como es en Alemania, donde es conocido este negocio como «festellungsvertrag», o en Italia con el

«*negozio di accertamento*», que tiene por objeto eliminar incertidumbre o controversia por las partes, determinando para el futuro sus respectivas obligaciones.

En contraposición a la anterior postura se encuentra el TS, con su sentencia de fecha de 7 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9887), donde concluye que la escritura pública es una mera formalización en instrumento público de un contrato previamente perfeccionado sobre un objeto futuro. Con la escritura pública, las partes consuman la compraventa mediante la transmisión de la propiedad del piso o local y el pago del precio pendiente de abono. Cualquier acuerdo novatorio que se quiera introducir por las partes debe hacerse de forma expresa, clara e inequívoca. Ambas posiciones doctrinales tienen una música muy parecida, que no igual, a la discusión sobre la naturaleza jurídica del precontrato que, por razones de contenido y tiempo del artículo, no podemos desarrollar en profundidad.

Creemos que, en lugar de que el promotor y el comprador efectúen la compraventa en documento privado, cabe la posibilidad de que se otorgue en escritura pública, realizando con control de legalidad de la existencia de las garantías

En el plano formal también es necesario destacar ciertos aspectos que deben cumplirse y constar en todas las fases del contrato, derivados de la normativa reseñada al inicio del artículo, y en particular sobre protección de consumidores. De tal forma que podemos señalar de forma sucinta las siguientes:

- a) deber de información del promotor a los compradores implica:

- poner a disposición de los mismos toda la información, de forma clara, veraz y suficiente relativa: al promotor y agentes intervinientes en la edificación; plano de emplazamiento y situación; descripción de la vivienda y locales con metros cuadrados, necesariamente útiles cuando así se exija como VPO, así como las instalaciones y servicios con los que contarán; datos registrales, así como en su caso copia de la declaración de obra y división horizontal; el precio y forma de pago con posibilidad de subrogación en el préstamo promotor si la hubiera, fecha prevista de entrega y fases en las que se encuentra la construcción.
- informarles sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad, aun cuando no forme parte del contrato, que además es exigible por el comprador. Así STS 12 de julio de 2011 (RJ 2011, 7372) califica la información publicitaria como una auténtica oferta publicitaria, siendo importante a la hora de integrar el contrato (art. 1258 CC) e interpretarlo. La buena fe contractual exige un comportamiento coherente con la confianza generada en el tráfico y la misma no se observa cuando las viviendas no reúnen las características ofertadas.
- prohibición de incluir cláusulas abusivas.
- interpretación a favor del comprador de las cláusulas oscuras o confusas.

En particular, el deber de información se ha desarrollado con la DA1^a LOE y señala lo siguiente:



* 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.

* Referencia al contrato de seguro o aval bancario a los que hace mención en el apartado uno. 1.a) de esta disposición, con indicación de la denominación de la entidad aseguradora o de la entidad avalista.

* 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 a anticipar como consecuencia del contrato celebrado.

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.

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

en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas.

b) otras medidas de protección al consumidor que deben cumplirse serían, entre otras: la imposibilidad de trasladar gastos derivados de operaciones previas (declaración de obra nueva, división horizontal, o cancelación del préstamo hipotecario promotor, siendo muchos los casos en los que hemos visto viviendas y locales que siguen jurídicamente en construcción habiéndose materialmente terminado, así como hipotecas de préstamos promotores pendientes de cancelación registral); el derecho a elegir notario; la imposibilidad de trasladar al comprador tributos que sean de cargo del promotor, así como los gastos por constitución de las garantías exigidas por ley que debe prestar el promotor que luego veremos; imposición de subrogación en el préstamo promotor; las cláusulas que eximan al promotor de responder por defectos de construcción o alteren el régimen de garantías por responsabilidad de los agentes que intervienen en la construcción previstos en la ley.

III. Garantías de los compradores

Los compradores de viviendas o locales sobre plano tienen garantías y acciones para hacer efectivos sus derechos tanto en la fase de ejecución de la obra, anterior a la adquisición del dominio, como en una fase posterior, una vez adquirida la propiedad. **Comenzando por estas últimas, es decir, una vez adquirida la vivienda o local**, los compradores gozan de las siguientes garantías:

* Las **existentes en la LOE** en sus artículos 17 y siguientes y la DA2ª, señalando unos plazos dentro de los cuales los agentes intervinientes en la edificación responden frente a los compradores y terceros, siendo plazos de **1 año** desde la recepción de las obras para los

daños materiales por defectos o vicios de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabados; **3 años** para daños materiales por vicios o defectos en elementos constructivos o instalaciones que supongan un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad; y **10 años** para los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a elementos estructurales y comprometan la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. La ley exige concertar un seguro de daños o caución para garantizar los daños que afecten a elementos estructurales.

* **Las acciones propias del contrato de compraventa**, tales como evicción, vicios o gravámenes ocultos, “aliud pro alio” (por entregar una cosa diferente a lo pactado) y las generales derivadas del incumplimiento. Respecto al incumplimiento contractual, y sin perjuicio de lo que se dirá después sobre los problemas actuales de este tipo de compraventas, se puede señalar que daría lugar a la resolución, teniendo como causas:

- el retraso en la finalización y entrega de la obra, pero atendiendo a las circunstancias de cada caso, porque el mero retraso no es causa de resolución si no frustra el fin del contrato pudiendo ser el cumplimiento tardío útil e idóneo para satisfacer los intereses del comprador según STS 11 de abril de 2013 (RJ 2013, 3490) y 15 de junio de 2012 (RJ 2012, 6719), entre otras.
- la modificación sustancial de las características de la vivienda o local (como vistas, instalaciones deportivas, piscina, etc.) porque frustran las legítimas expectativas de los

compradores según STS 16 de noviembre de 2012 (ROJ: STS 7798/2012) y 12 de julio de 2011 (RJ 2011, 7372) entre otras.

- la falta de constitución de garantías legalmente exigibles, así como la falta de obtención de la cédula de habitabilidad, primera ocupación o equivalente, y documentación administrativa necesaria, pues son tratadas como un incumplimiento esencial, como luego veremos.

Durante la fase previa de ejecución, y antes de la entrega de las viviendas o locales, los compradores gozan de garantías legales, siendo la principal de ellas la regulada en la DA1ª de la LOE, tras redacción dada por la ley 20/2015 y que señala:

- 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.

- 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.

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

3.1. Requisitos de las garantías

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:

- 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.

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





- 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.

- 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.
- 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 estos.
- 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.
- l) En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

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:

- 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 efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor.

No puede reducirse el incumplimiento de prestar las garantías a meramente accesorio del contrato, considerando su vulneración como grave o esencial

- 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.
- 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.

3.2. Ejecución de la garantía

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.

3.3. Cancelación de la garantía

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.

3.4. Infracciones y sanciones

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

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

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.

IV. Algunos problemas actuales

Centrándonos en los posibles problemas actuales y, sobre todo, teniendo como base la regulación de la DA1^a tras la reforma de la Ley 20/2015, podemos señalar, entre otros, los interrogantes más habituales que se han podido suscitar en la práctica.

4.1. La “rescisión” de que habla la DA1^a ¿es una resolución autónoma o tiene el mismo fundamento que el art. 1124 CC? y ¿a qué tipos de incumplimiento se aplica?

El TS considera que no se trata de una resolución automática y se aplican los mismos criterios interpretativos que para el art. 1124 CC, según STS 10 de septiembre de 2015 (ROJ: STS 3727/2015). Además, añade que la “rescisión” o resolución del contrato no excluye que pueda denegarse conforme a los principios generales por mala fe o abuso del derecho de alguna de las partes (como sucede cuando el comprador tolera un retraso en la entrega y luego cuando es requerido por el promotor para cumplir con el pago y hacer la entrega, el comprador pretende la resolución).

Si la resolución participa de la misma naturaleza que el art. 1124 CC, ¿a qué tipo de incumplimientos se aplicaría? En principio, para que el incumplimiento justifique la resolución al amparo del art. 1124 CC, es preciso que se refiera a una obligación principal (lo de accesoria luego lo trataremos) y que sea esencial en la medida en que frustre la finalidad del contrato (ATS 3 junio 2015¹⁷, entre otras). Modernamente se ha recogido por los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos una línea, fundada en el derecho inglés, que permite la resolución si la falta de la otra parte constituye un incumplimiento esencial, entendido este como el perjuicio al derecho que tiene una parte a esperar como consecuencia

del contrato o si la parte perjudicada tiene razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra parte (art. 7.3.1 de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales UNIDROIT; arts. 81101.1 y 8103 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos; o Convenio Viena de 11 de abril de 1980, de compraventa internacional de mercaderías en su art. 49.1).

Centrado el asunto en los casos de incumplimiento esencial, si hay retraso en la entrega de viviendas o locales, ¿se considera un incumplimiento esencial? La solución ortodoxa clásica que apoya la jurisprudencia es que el retraso constituye un incumplimiento esencial aun cuando el promotor esté en condiciones de cumplir dado que la fijación del plazo inequívoco en el contrato equivale a señalar un plazo esencial y que, además, si en el contrato se ha pactado como condición resolutoria expresa libera de la necesidad de acreditar otros requisitos adicionales para la resolución (como una suerte de pacto del art. 1123 CC), STS 4 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2217) o 10 de mayo de 2019 (ROJ: STS 1456/2019) donde, en esta última, se señala que la no entrega en plazo supone una frustración del fin del contrato donde se malogran las legítimas expectativas del comprador (principios UNIDROIT), pues la expectativa del comprador era recibir los pisos o locales en tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado y en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza. Esta tesis fue matizada por el TS en Sentencias como la de 20 de enero de 2015 (ROJ: STS 429/2015) y 7 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1882) donde se señala que «se introduce en los contratos de compraventa en construcción una especialidad en la jurisprudencia interpretativa del art. 1124CC, especialidad consistente en que el retraso en la entrega de viviendas, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que sí faculta al comprador para resolver

(“rescindir”) el contrato siempre que, como resulta de la sentencia de 5 mayo 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, pero puntualizando dicha resolución puede denegarse conforme a los principios generales de mala fe o abuso de derecho del comprador».

Es por ello que hay autores (CARRASCO PEREA¹⁸, entre otros) que se desvían de la primera línea argumental y están algo más conformes con estas últimas sentencias, al señalar que afirmar que la determinación de un plazo en el cumplimiento equivaldría a convertir ese plazo en término esencial es ridículo. Si fuera así, todo contrato estaría sujeto a término esencial, cuando en realidad, en la mayoría de los casos los plazos no revelan un interés esencial, lleven o no aparejada una condición resolutoria. El carácter esencial se infiere de las circunstancias materiales del contenido de la prestación, «por determinar el único momento en que el interés del acreedor pueda resultar satisfecho». Si es esencial el plazo para la confección del traje de novia, pero no lo es tanto para la entrega de pisos o locales sobre plano cuando la fecha de entrega se ha señalado con 2 años de antelación, donde los compradores querrán recibirlos aun con retraso, pues así se cumple el fin perseguido en el contrato. Prueba de ello, como ejemplo, lo tenemos en el art. 1504 CC pues no hace por sí al retraso incumplimiento resolutorio. Será incumplimiento esencial si se ha impagado el precio, se ha pactado la condición resolutoria y hay un requerimiento resolutorio.

¿Y qué efecto tiene un retraso en la entrega de viviendas por falta de obtención de la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o equivalente? Siempre que el promotor/vendedor termina la obra en plazo,

17 ROJ: ATS 4296/2015.

18 CARRASCO PEREA, A. «Derecho de contratos» Ed Aranzadi, Cizur Menor, 3 Ed. 2021. Págs. 1231-1238.



pero no puede efectuar la entrega por falta de la licencia de primera ocupación o equivalente, el TS suele resolver teniendo en cuenta la diligencia del vendedor y la conducta del comprador, así como los intereses en juego para cumplir el fin del contrato. En antiguas Sentencias como las STS 20 de junio de 1993¹⁹, 4 de octubre de 1996²⁰, y 15 de noviembre de 1999²¹, entre otras, ya señalaba que 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 en el tiempo careciendo de toda justificación y acreditando por sí una voluntad inequívocamente obstativa que viene a frustrar decisivamente el fin económico del contrato. Más aún, la posición moderna del TS (que sabemos que se basa en un incumplimiento objeto y no tanto una conducta obstativa o deliberadamente rebelde), en sentencias como la de 16 de julio de 2014²², confirman la idea anterior al entender que si la parte vendedora actuó de forma diligente en todo momento (certificado final de obra en plazo, y solicitud de licencia de primera ocupación después), no cabe admitir la resolución, más cuando la que realmente incumplió fue la parte compradora, que tras ser requerida para el otorgamiento de la escritura pública se negó al mismo aduciendo la ausencia de vínculo contractual.

Siguiendo con los incumplimientos esenciales que permitirían la resolución del contrato, ¿la falta de la prestación de las garantías para la restitución de las cantidades o la falta de obtención de la licencia de primera ocupación son incumplimientos esenciales? En un primer

momento estas obligaciones pueden ser tratadas de accesorias, y máxime, si no se han pactado expresamente en el contrato, lo que impediría solicitar la resolución del contrato por su incumplimiento. No obstante, los autores modernos (CARRASCO PEREA²³, MURGA FERNÁNDEZ²⁴, entre otros) señalan lo contrario al determinar que «no es decisivo como se califique de principal o accesorio una obligación, sino si el defecto es de tal suerte que permite al comprador tratar la entrega como de cosa distinta a la convenida (*aliud pro alio*) en lugar de una mera imperfección corriente»; o cuando expresan que “lo verdaderamente relevante a los efectos resolutorios, es el carácter grave o esencial del incumplimiento en cuestión, con independencia de que se trate de una obligación principal o accesorio, entendiéndose como incumplimiento esencial el que traiga consigo una falta de obtención de la finalidad perseguida, frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones, y quiebra de la finalidad económica o frustración del fin perseguido”.

Es claro que el comprador ha quedado sin la posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa, deviniendo pues en un incumplimiento esencial

Siguiendo estas ideas, las STS 23 de mayo de 2014²⁵ y 16 de enero de

2015²⁶, entre otras, señalan que no puede reducirse el incumplimiento de prestar las garantías a meramente accesorio del contrato, considerando su vulneración como grave o esencial. No obstante, alegar la ausencia de las garantías cuando ya se ha puesto a disposición del comprador la vivienda, puede ser considerado acto contrario a la buena fe y no justificativo de la resolución. Sobre la falta de obtención de la licencia de primera ocupación, existen las STS 24 de enero de 2014²⁷ y 6 de febrero de 2014²⁸, entre otras, que determinan que la falta de obtención de la licencia tiene valor resolutorio, pues hay que entregar la cosa en tiempo, lugar, forma y condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza. Por ello, si se pactó en el contrato como esencial o si no se dijo nada sobre la licencia, pero se presume que no se obtendrá por vulneración de la normativa urbanística, faculta para resolver el contrato, pues frustra su fin, pues no podrá ser usada como vivienda. Por ello hay que diferenciar cuando no se obtiene la licencia de primera ocupación por un mero retraso (ya lo hemos tratado antes), que daría derecho a solicitar la indemnización por daños y perjuicios (ex art. 1101 CC); si no se obtiene por pequeñas irregularidades, que deberán ser corregidas por el promotor, o en su caso el comprador exigir las a costa del promotor (ex art. 1098 CC y LEC); o cuando no se obtiene por vulneración de la normativa urbanística, que da lugar al efecto resolutorio expuesto (art. 1124 CC).

Continuamos con otro asunto que tenemos que tratar en orden a la resolución y es el tema del incumplimiento por la **falta de obtención de**

19 ROJ: STS 17769/1993.

20 ROJ: STS 5294/1996.

21 ROJ: STS 7220/1999.

22 ROJ: STS 2946/2014.

23 CARRASCO PEREA, A. «Derecho de contratos» Ed Aranzadi, Cizur Menor, 3 Ed. 2021. Págs. 1233-1234.

24 CASADO CASADO, B. «Percepción de las cantidades a cuenta en compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía», en Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, octubre 2016, pág. 13, en el cual se cita a MURGA FERNÁNDEZ, J.P., «Resolución contractual por incumplimiento de obligaciones accesorias», en Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, número 30, págs. 299-230.

25 RJ 2014, 2943.

26 RJ 2015, 278.

27 ROJ: STS 351/2014.

28 ROJ: STS 435/2014.

Estudios doctrinales

financiación del comprador en este tipo de contratos, preguntándonos si se debe de mantener dicho contrato y exigir su cumplimiento, o cabe la resolución del mismo. Actualmente no nos encontramos en una situación de crisis financiera, pero como los periodos económicos son cíclicos, podemos volver a ver situaciones donde en tiempo de bonanza se firmó un contrato con el promotor y, pasado unos años, no se pueda obtener la financiación, dando situaciones como las vividas en dichos periodos de crisis. Las causas de por qué los compradores no están en condiciones de obtener la financiación, son diversas, tales como la reducción de su capacidad económica por pérdida del empleo; cese de actividad profesional o reducción de sus beneficios; así como la reducción del interés en la adquisición del inmueble debido a que su precio actual es mucho menor que el estipulado en el contrato inicial con el promotor.

Ante esta situación, las promotoras no quieren resolver el contrato. Saben que el mismo les obliga por mor del art. 1091, 1255 y 1257 del CC, y que solo por voluntad del comprador pretender resolverlo por no obtener financiación, no sería admisible por posible vulneración del art. 1256 del CC. Por ello, hay que preguntarse ¿mantenemos vigente el contrato en base a la seguridad jurídica, los principios

de “*conservación del contrato*” y de “*pacta sunt servanda*”; o cabe resolverlo por calificación de imposibilidad sobrevenido del comprador a obtener la financiación? Previamente hay que señalar que si en el contrato se hubiera pactado como condición resolutoria la falta de obtención de financiación o la subrogación en el préstamo promotor, probando dichos extremos reuniendo entidad suficiente, sí daría lugar a la resolución del contrato. Pero si no se ha pactado como tal, para que la imposibilidad sea liberatoria del deudor, según art. 1181 y 1184 CC, debe de ser sobrevenida, objetiva y absoluta, definitiva o permanente y no imputable al deudor.

Vamos a analizar brevemente cada una de dichas características para su aplicación: **Sobrevenida**, se entiende que debe de ser posterior al nacimiento de la obligación (firma del contrato entre promotor y comprador), debiendo analizar si ha cambiado la situación económica del comprador, y más concretamente la denegación de financiación por restricción del crédito debido a una crisis económica desde la firma del contrato hasta el momento que se pretende resolver. **Objetiva**, que implica que no puede ser cumplida ni por el deudor ni por nadie más, y **absoluta**, cuando el impedimento no puede ser vencido por las fuerzas humanas (a diferencia de la relativa que se puede

superar por un esfuerzo superior al normalmente exigido). Partiendo de la STS 30 de abril de 2002²⁹, cabe hablar, siguiendo un criterio objetivo y absoluto, de imposibilidad “económica”, esto es, acreditar la imposibilidad de obtener financiación a través de cualquier entidad bancaria. **Definitiva o permanente**, dado que las temporales podrían redundar en utilidad del acreedor (promotor), debiendo de probarse que, aunque el dinero sigue el axioma de que no perece, no se ha obtenido financiación en ningunas de las entidades financieras y en un tiempo razonable no se va a obtener. Por último, no debe de ser imputable al deudor (ex arts. 1183 y 1184 CC) pues se presume su culpa, y para ello habría que probar que el comprador no fue pasivo en la búsqueda de financiación en otras entidades de crédito; si al celebrarse el contrato de compraventa por la situación personal y económica del comprador si podría obtener financiación; así como que tenía empleo y no se podía prever su despido, o su disminución de actividad económica, pues todas ellas son imputables a circunstancias objetivas de un periodo de crisis financiera y no subjetivas del deudor. Finalmente, todas estas características deben de ser conjugadas con la existencia de un nexo causal entre la denegación de la financiación e imposibilidad de cumplimiento.



29 ROJ/ STS 3107/2002.



Podemos complementar el análisis anterior con algunos casos tratados por los tribunales. Así las SAP de la Rioja 30 de julio de 2010³⁰, 9 de diciembre de 2011³¹ y 20 de febrero de 2012³² no admitieron la imposibilidad del comprador porque la calificaron de originaria, dado que ya en la firma del contrato carecía de solvencia económica que le permitiese hacer frente al pago del precio e hiciese pensar que podría llegar a tener alguna concesión de un préstamo por una entidad de crédito. La SAP Navarra de 6 de octubre de 2010³³ entendió que la imposibilidad no era objetiva ni absoluta porque la obligación es pecuniaria y existían bancos que todavía seguían dando crédito a otros prestatarios con solvencia económica. Las SAP de la Rioja de 30 de abril de 2012³⁴ o la STS 8 de octubre de 2012³⁵, que entienden que la imposibilidad era imputable al deudor porque era un comprador que conocía la mecánica de los contratos inmobiliarios con las posibles fluctuaciones del mercado por su experiencia profesional, así como que se adquirieron con fines especulativos, que están sometidos a una situación de riesgo, no pudiendo aceptar los beneficios de la especulación y querer repercutir los riesgos al vendedor (promotor), pues es contrario a las exigencias de la buena fe (art. 1258 CC) y vulnera el artículo 1105 CC. No obstante, si hubo una sentencia, la SAP Castellón de 13 de enero 2012³⁶ que sí admitió la imposibilidad sobrevenida, debido a que se acreditó que se le denegara al comprador subrogarse en la hipoteca del promotor, se le denegara financiación en una entidad de crédito donde ya tenía el comprador otros préstamos, y se le volviera a denegar la obtención

de financiación en otras dos entidades de crédito.

Cuestión parecida al incumplimiento por la falta de obtención de financiación es el **incumplimiento por la falta de subrogación en el préstamo promotor**. En estos casos hay que efectuar una interpretación de las cláusulas del contrato para comprobar si se ha pactado como una obligación del vendedor cuyo incumplimiento pudiera ser esencial y resolutorio, o la subrogación era una mera posibilidad siendo una obligación de medios y no de resultados, cuyo incumplimiento no generaría una resolución del contrato.

Existen sentencias que se han resuelto con las dos posibilidades apuntadas. La STS 1 de octubre de 2012³⁷ entendió que la publicidad dada por el promotor, donde ofrecía la «posibilidad» de subrogarse en la hipoteca del promotor, era una obligación de medios y no de resultados, siendo la entidad de crédito la que tenga la última palabra, sumado a que el comprador no acreditó que hubiera ido a otras entidades de crédito a solicitar financiación, hizo que el TS entendiera que no había lugar a la resolución. Sin embargo, en las STS 16 de enero³⁸ y 12 de abril de 2013³⁹, sí se calificó de incumplimiento resolutorio, pues el tenor del contrato aludía a la expresión «en todo caso, si así lo desea el comprador», se subrogará en el crédito hipotecario gestionado por la promotora. Se añade otra sentencia del TS de fecha de 26 de abril de 2013⁴⁰, en la que se planteaba la relación entre el retraso de la entrega de la vivienda, el haber llegado a una situación de crisis financiera y la denegación al comprador de subrogarse en el préstamo promotor. Ambas cuestiones por separado no

se pueden calificar de incumplimiento esencial, pero puestas en relación una y otra, es claro que el comprador ha quedado sin la posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa, deviniendo pues en un incumplimiento esencial.

Por último, tenemos que tratar de exponer brevemente la alternativa que pudiera aplicarse ante la falta del pago del precio por el comprador al no haber financiación debido a una crisis económica, como es la aplicación de la teoría sobre la **cláusula *rebus sic stantibus*** debido a la extraordinaria dificultad de cumplimiento. En nuestra opinión, el elemento a valorar más crítico para la aplicación de dicha teoría es que se refiere a contratos cuya conclusión y ejecución se difiere en un lapso de tiempo, pero no en los calificados como de tracto único. De ahí que la SAP Alicante de 21 de marzo de 2012 (JUR 2012/215844) negara su aplicación, añadiendo que no puede dejarse al arbitrio de una de las partes su cumplimiento (en este caso modificación) ex art. 1256 CC. Sin embargo, creemos que en los contratos de tracto único, cuya ejecución se difiere en el tiempo respecto de su conclusión, sí cabría aplicarlo, pues se cumple la ratio de la interpretación de dicha teoría.

No obstante, para poder aplicar dicha tesis, los requisitos normalmente exigidos son:

- **Alteración** extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento respecto a las existentes al celebrarse el contrato, que podría darse en estos contratos si cuando se celebraron no había

30 ROJ: SAP LO 672/2010.

31 ROJ: SAP LO 735/2011.

32 ROJ: SAP LO 127/2012.

33 ROJ: SAP NA 1281/2010.

34 ROJ: SAP LO 270/2012.

35 ROJ: STS 6202/2012.

36 ROJ: SAP CS 30/2012.

37 ROJ: STS 6030/2012.

38 ROJ: STS 1835/2013.

39 ROJ: STS 2078/2013.

40 ROJ: STS 2247/2013.

situación de crisis financiera generalizada y si la hay al tiempo de su cumplimiento.

- **Desproporción** en las prestaciones, que traducido en los contratos de venta de pisos y locales sobre plano representa que el inmueble tenía un valor superior al celebrarse el contrato y al momento del cumplimiento existe una reducción de su valor de mercado muy considerable, debido a una situación de crisis.
- **Imprevisibilidad**, debido a que no ha sido provocada dicha situación por ninguna de las partes.
- Por último, la **subsidiariedad**, pues se carece de otro medio para remediar y salvar el perjuicio. Habría que acreditar, entre otras cosas, que no se pudo obtener financiación de ninguna entidad y que se carece de otros bienes realizables o, teniéndolos, no son suficientes para obtener el importe necesario.

A todos estos requisitos, hay que añadir la STS 17 de enero de 2013 (ROJ: STS 1013/2013), que aunque empleó la citada cláusula, reconoce la posibilidad de aplicarla, teniendo en cuenta no solo una crisis financiera, sino también la valoración en conjunto de otros factores, como son:

- i) el destino de la compra sea para vivienda habitual y no segunda residencia o especulativa;
- ii) los compradores sean no profesionales en el sector inmobiliario/financiero (es decir, que se aproximen a su calificación de consumidor);
- iii) la situación económica del comprador al tiempo de firmar

el contrato y al tiempo de tener que pagar lo que falte;

- iv) el grado real de imposibilidad de obtención de financiación debido a una crisis económica, valorando las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder la financiación; y
- v) la posibilidad de negociación de las condiciones de pago con el vendedor, intentando mantener el contrato revisado como alternativa a la resolución.

4.2. Efectividad de las garantías en la DA1ª de la LOE en algunos supuestos especiales

Ya hemos visto que la regulación actual permite por el comprador el ejercicio simultáneo de la acción contra vendedor y asegurador, así como dirigirse contra el avalista y asegurador, sin tener que demandar al promotor por incumplimiento. Y la Ley diferencia claramente la relación promotor-asegurador, de comprador-asegurador, pues la entidad aseguradora no puede oponer al comprador las excepciones que tuviera contra el promotor, como la falta de pago de la prima. No obstante, al suprimirse el carácter ejecutivo del aval y seguro, se planteaba la doctrina que repercusión tendría de cara al comprador. En una interpretación literal de la norma obligaría a acudir a un proceso declarativo para probar el hecho generador que cubre la garantía. Sin embargo, siguiendo a autores como PÉREZ CALVO⁴¹, entre otros, deben ser pagadas las cantidades por el simple requerimiento resolutorio del comprador. No hay resolución automática del contrato, como antes hemos visto, pero sí hay obligación automática de devolución tras el requerimiento. La resolución del contrato no es necesaria para la ejecución de las garantías, pero hemos

visto que la resolución extrajudicial por el requerimiento presupone el incumplimiento del promotor, hecho generador del siniestro, que obligaría a pagar a los garantes.

Asimismo, es necesario estudiar la efectividad de las garantías en otros casos dudosos como son los siguientes:

- **Vicios o cargas ocultas:** Cabe preguntarse si en la expresión «falta de entrega», que hace la DA1ª LOE para hacer efectiva las garantías y poder exigir a la aseguradora la restitución de los anticipos, se extiende a otros supuestos más allá de la entrega de las viviendas en condiciones de habitabilidad, como puede ser tener cualquier tipo de vicio o carga oculta. Tradicionalmente (SSTS 18 febrero 1993, RJ 1993, 1243; y 14 abril 1993, RJ 1993, 2879, entre otras) se venía defendiendo que, en estos casos, si había entrega de las viviendas en plazo y con toda la documentación no había un incumplimiento de la obligación de entrega, y el comprador podría ejercitar sólo las acciones por vicios o cargas ocultas, sin posibilidad de hacer efectivas las garantías legales (aval o seguro). Pero como señala CARRASCO PEREA⁴², la jurisprudencia actual amplía los supuestos pasando de la “no entrega” a la “entrega con vicios o cargas ocultas”, pudiendo ejercitar no solo las acciones por vicios, sino las efectivas de las garantías contra los avalistas/garantes, como son las STS 9 de marzo de 2016 (RJ 2016/959) y 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016/4437), entre otras, que trataron el caso de entrega de las viviendas en plazo y con

41 CASADO CASADO, B. «Percepción de las cantidades a cuenta en compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía», en Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, octubre 2016, pág. 15, en el cual se cita a PÉREZ CALVO, I., «El seguro de caución y su automatismo en el funcionamiento de la garantía», en Revista de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, número 48, págs. 27-46.

42 MARTÍN FABÁ, J.M., «Cuestiones interesantes sobre cantidades anticipadas destinadas a la compra de viviendas en construcción en la jurisprudencia civil actual» en Cuadernos de Derecho Privado, número 3, págs. 156-209 (2022); cita a CARRASCO PEREA, A. (2022: I, 9, IV, 15), pág. 164.



todas las licencias, pero hubo por parte del promotor ocultación de un litigio del que existían amenazas de demolición de lo edificado por ilegalidad urbanística, con la frustración de las legítimas expectativas del comprador, lo que equivale al incumplimiento del vendedor de la entrega de las viviendas y poder hacer efectivas las garantías legales. Igualmente, aplicable sería en los casos de venta de las viviendas o locales con anotaciones de embargo o cargas, como la hipotecaria, no canceladas previamente por el promotor, como señala el art. 23.2 Ley 8/2012 de la Vivienda en Galicia que, sin perjuicio de las acciones civiles pertinentes, podrán hacer efectivas las garantías para la devolución de los anticipos si la vivienda o local “aparece gravada con cargas distintas de las pactadas”.

- Cantidades entregadas antes de la obtención de la licencia de edificación: históricamente, era frecuente en la práctica constituir dos tipos de seguros, uno para el “tramo I” que aseguraba las cantidades entregadas para sufragar los gastos en la fase previa para la compra del suelo (generalmente en cooperativas de viviendas y garantizaban la buena diligencia en el manejo de los fondos por los administradores); y otro para el “tramo II” que garantizaba las cantidades anticipadas después de obtener la licencia de edificación, que exigía la ley 57/68. La STS 13 de septiembre de 2013 (RJ 5931, 2013) condenó esa práctica y eliminó los seguros de la primera fase, determinando que los anticipos anteriores también estaban garantizados por la ley 57/68 en una interpretación de los contratos que,

aunque no lo llega a decir, dicha protección resulta debido a que se generó una confianza suficiente en el comprador de que los anticipos (en general) estaban garantizados conforme a la ley del 68. ¿Qué sucede tras la ley 2015 que dice literalmente “desde la obtención de la licencia de edificación”? Y más aún, ¿qué sucede tras la supresión del proyecto de Ley de vivienda que sí establecía en la DA1^a extender las garantías a cantidades entregadas “antes” de la obtención de la licencia? En una interpretación ortodoxa y literal de la norma, no estarían cubiertas las cantidades anteriores, pero no podemos compartir esa opinión por los siguientes argumentos:

- (i) la reforma de DA1^a LOE no implica un retroceso en la protección del comprador, por ello, al señalar el momento de la obtención de la licencia se refiere al tiempo en que debe de estar vigente la garantía, es decir, el promotor cuando tenga la obtención de la licencia debe de tener el aval o el seguro, pero ello no discrimina que garantice las cantidades si son entregadas antes o después de dicho instante;
- (ii) la propia DA1^a dice que se garantizan «la cuantía total de las cantidades anticipadas» por lo que se garantizarían todas, con independencia del momento de entrega, aunque la póliza del seguro o el aval digan otra cosa;
- (iii) como no se puede imponer a la aseguradora un riesgo por pagos anteriores no controlados por

ella, es preciso, siguiendo la línea de la STS 2013, que la aseguradora hubiera generado en los compradores la confianza suficiente para que creyeren que si estaba asegurado el riesgo;

- (iv) existen pronunciamientos de la jurisprudencia menor como la SAP de Murcia 21 marzo 2022⁴³ que señala que una vez obtenida la licencia de edificación surgiría para el promotor la obligación de garantizar todas las cantidades anticipadas por los futuros compradores, fuese anterior o posterior a la obtención de la licencia. Pero en todo caso, será necesaria la obtención de la licencia de edificación para retrotraer el régimen de garantía y extender dicha responsabilidad a los garantes; (de manera indirecta lo entendió también la SAP Madrid 17 febrero 2022⁴⁴).

- Imposibilidad de obtener financiación por el comprador: Puede ser frecuente, como ya hemos visto, que el comprador necesite financiación (generalmente préstamo hipotecario) para la adquisición de la vivienda en construcción. Su incumplimiento cuando es imputable al comprador, genera la posibilidad de ejercicio de las acciones a favor del promotor (arras, daños y perjuicios y/o cláusula de penalización, etc.) y el comprador recuperaría las cantidades anticipadas previa deducción de lo que corresponda al promotor. Es evidente que en esta situación no pueden entrar en juego las

43 JUR 2022, 177216.

44 JUR 2022, 152516.

garantías legales por no ajustarse al tenor de lo dispuesto en la DA1ª LOE. Ahora bien, cabe preguntarse si en el contrato se hubiera pactado la posibilidad de subrogación en el préstamo promotor y el vendedor aseguró esta posibilidad al adquirente. La doctrina entiende que los pactos sólo vinculan a las partes (1257 CC) y no pueden afectar a los garantes que no hayan prestado su consentimiento, pues gravan su posición ex art. 1851 CC, no pudiendo hacer efectivas las garantías legales sobre los anticipos en estos casos.

- **Prórroga del plazo de entrega de viviendas y locales:** También puede ser frecuente que ante un retraso en la entrega de las viviendas se pacte una prórroga entre comprador y promotor. ¿Eso hace que se prorrogue la garantía del seguro o el aval? Tanto con la ley del 68 como la actual regulación, se entiende que no se han prorrogado las garantías, primero porque la DA1ª en este punto es dispositiva al hablar de “podrá prorrogarse” y no imperativa; y segundo porque en el caso del aval sería aplicable el art. 1851 CC antes citado y en el caso de seguro, los arts. 11 y 12 LCS, por lo que es necesario el consentimiento de los garantes. Otra cuestión interesante es ¿si se ha optado por conceder una prórroga, no se puede optar después por la resolución? A pesar de existir sentencias antiguas que defendían que, si se había optado por una

prórroga, se habían consumado las opciones que permitía la ley y no se podía exigir la resolución, actualmente es posible, máxime cuando se constata que no se va a cumplir en el plazo concedido por la prórroga (ex art. 1124 CC).

4.3. Si el promotor no ha emitido los certificados individuales del aval o seguro colectivo concertado, ¿deja de ser responsable la entidad avalista?

La ley 57/68 no exigía literalmente seguro o aval individual, y permitía uno colectivo, pero que en el momento del otorgamiento del contrato debería individualizarse a cada comprador por las cantidades anticipadas. El TS, en sentencia de 10 de junio de 2015⁴⁵, señala que no debería de recaer sobre el comprador que abonó los anticipos una actuación negligente o dolosa del promotor al no exigir los certificados individuales. Con la literalidad actual de la DA1ª no podría seguirse esa interpretación, pero la jurisprudencia posterior (es verdad que basada en casos regidos por la ley anterior) parece que sigue el razonamiento de la Ley del 68, haciendo una interpretación teleológica basada en la protección al comprador, pues el garante responderá por la propia naturaleza del seguro o del aval, aunque sea colectivo. Como argumentos se pueden señalar los siguientes:

- (i) STS 19 de abril de 2022⁴⁶, 8 de enero de 2020⁴⁷ entre otras. Se responde de la totalidad sin límites cuantitativos, con independencia de que los anticipos se hayan ingresado o no en una cuenta del avalista/entidad financiera o de otra entidad, ni tampoco del carácter de dicha cuenta, pues son obligaciones

del promotor que no pueden recaer sobre el comprador.

- (ii) Siguiendo a CARRASCO PEREA⁴⁸, aunque no se haya emitido el seguro o aval individual, los garantes no pueden aprovecharse de su propia torpeza, pues saben que la ley exige seguro o aval individual. Si permiten el colectivo, deberían de responder en los términos expuestos (arts. 1119 y 1306.3 CC).

No obstante, como se ha dicho antes, existe una jurisprudencia que exige, para que el garante responda, que se haya generado una confianza en el comprador que las cantidades anticipadas estaban garantizadas, aunque existiera solo un aval o seguro colectivo. La STS 30 de mayo de 2022⁴⁹ señala que no se genera esa confianza cuando en el contrato no se ha hecho referencia a la Ley 57/68, ni a las garantías de devolución de los anticipos, ni a que se concertaba para una determinada promoción, ni se identificaba la cuenta especial ni en ella se hicieron los ingresos. Esta línea parece un retroceso a la jurisprudencia anterior que negaba la protección del acreedor basada en la confianza de la existencia de las garantías.

4.4. Responsabilidad de las entidades de crédito depositarias: alcance de la expresión «bajo su responsabilidad»

Tanto la ley 68 como la actual DA1ª LOE mantienen la expresión «bajo su responsabilidad» de aquella entidad de crédito que admite ingreso de cantidades en una cuenta distinta a la especial del promotor y sin que se hayan constituido las garantías, haciéndola responsable por incumplimiento de su deber legal de vigilancia (STS 18 julio

45 RJ 2015/2520.

46 RJ 2022/ 2271.

47 RJ 2020/2.

48 CARRASCO PEREA, A. «Garantías por cantidades adelantadas en compraventa de viviendas: un paso atrás», en Publicaciones Centro de Estudios de Consumo, 31/01/2020, disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.eu/images/Garantias_por_cantidades_adelantadas_en_compraventa_de_vivienda-_un_paso_atras_.pdf.

49 RJ 2022/2432.



2017⁵⁰, 21 diciembre 2015⁵¹, 13 enero 2015⁵², entre otras). Como señala CARRASCO PEREA⁵³, la entidad responde “in vigilando” del incumplimiento a modo de un asegurador de *facto* de las cantidades. Pero la jurisprudencia exige para imputarle esa responsabilidad que los ingresos que no se han hecho en la cuenta especial, sí se hayan hecho en una cuenta de la entidad demandada (pues si es de otra entidad se le escaparía su posibilidad de control). Asimismo requiere para imputar la responsabilidad que la entidad de crédito “conozca o pudiera haber conocido” que los anticipos se hicieran a cuenta del precio por los futuros adquirentes. Se le exige una diligencia mínima sin llegar a ser una labor de investigación exhaustiva. Por ello, no es suficiente para imputar la responsabilidad a la entidad que en el concepto de las transferencias aparezcan los nombres del comprador si el abono lo hizo una sociedad intermediaria y, además, el promotor tiene varias promociones en marcha (STS 26 julio 2022⁵⁴, 1 marzo 2021⁵⁵ entre otras).

También discute la doctrina sobre el carácter de la responsabilidad de las entidades de crédito. Una solución ortodoxa basada en el deber “in vigilando” podría considerarla extracontractual (ex art. 1902 CC). Pero la STS 16 de enero de 2015 consideró que era contractual, derivada de una relación jurídica entre el que tiene el deber de cumplir y el que tiene derecho a recibir, siendo una obligación que nace del contrato (art. 1089 CC). No hay una relación directa, pero sí hay un contrato entre la promotora y la entidad de crédito a favor del comprador. La consecuencia es que prescribiría a los 5 años (art. 1964 CC) a contar desde que pudiera ser realizado (art. 1969 CC). Añadimos que el ejercicio de la acción contra el banco depositario,

así como la sentencia firme recaída en dicho procedimiento, para declarar su responsabilidad, no produce efecto de cosa juzgada, pudiéndose ejercitar otra acción para reclamar la restitución de los anticipos, no considerándose retraso desleal el reclamar la restitución años después siempre que la acción no haya prescrito. No obstante, para evitar una dilación en la reclamación de las restituciones que incluya el mayor número de intereses, la SAP Barcelona 30 de mayo de 2022⁵⁶ señala que se computarán desde que se interpone extrajudicialmente la demanda, y no desde el pago, considerándose para algunos intereses moratorios y no remuneratorios como luego veremos.

Pero la jurisprudencia exige para imputarle esa responsabilidad que los ingresos que no se han hecho en la cuenta especial, sí se hayan hecho en una cuenta de la entidad de mandada

Con relación a las entidades de crédito depositarias puede surgir también otro problema, que es el relativo a su responsabilidad en el caso de descuento de efectos cambiarios. El planteamiento sería el siguiente: el comprador paga las cantidades al promotor mediante letras de cambio o pagarés, asumiendo el comprador el papel de aceptante en la letra o firmante en el pagaré. El promotor transmite a las entidades de crédito los efectos cambiarios a través del “descuento” para obtener liquidez. Si el promotor incumple la entrega de las viviendas, ¿responde la entidad de crédito descontante? La primera respuesta que

nos viene a la cabeza debería de ser que no responde, pues conforme a los arts. 20 y 67 de la Ley 19/85 LCCh, y dado que es un tercero cambiario ajeno a la relación causal subyacente, no debería de responder. Como excepción, cabría imputarle la responsabilidad si se demuestra la “*exceptio doli*”, consistente en que el banco pudiera conocer que el promotor incumpliría la prestación que sirvió de causa a la aceptación de los instrumentos cambiarios. Igualmente, podría decirse que la entidad de crédito es responsable si dicha entidad era la depositaria de la cuenta especial y la que constituyó las garantías, pues como hemos dicho antes, pudo o podía conocer que dichas cantidades se deberían de destinar y depositarse en la cuenta especial y cumplir su fin específico. De lo contrario, haría de peor condición al comprador que paga con efectos cambiarios que al que paga con transferencias.

4.5. Limitación temporal de las acciones contra avalista/asegurador

Ya con la ley 57/68, que no señalaba límite temporal del aval, la jurisprudencia resolvió la posible contradicción que había si el comprador estaba garantizado por un seguro donde el art. 23 LCS señala un plazo de prescripción de 2 años, frente al garantizado con un aval que se debería regir por el art. 1964.2 CC fijando (antes 15 años) ahora 5 años de prescripción. Tras la redacción de la DA1^a LOE habla de transcurso de dos años y caducidad del aval. **¿Qué plazo tenemos en cuenta ahora?** Una solución ortodoxa sería considerar que el legislador equipara seguro y aval para aplicar un plazo de 2 años para el ejercicio de las acciones (ex art. 23 LCS y DA1^aLOE), pero no siendo absoluta dicha equiparación, pues para el aval señala que es un plazo de caducidad y para el seguro, la LCS señala que es de

50 R/ 2017, 3643.

51 R/ 2015, 5403.

52 R/ 2015, 352.

53 CARRASCO PEREA, A. «Garantías por cantidades adelantadas en compraventa de viviendas...» op. cit.

54 ROJ: STS 3220/2022.

55 R/ 2021, 809.

56 ROJ: SAP B 6229/2022.

prescripción. Pero cabe una interpretación acorde a la jurisprudencia antigua, donde se considera que el plazo de dos años es para que se produzca el supuesto de hecho cubierto por la garantía: si una vez producida la falta de entrega no se reclama al promotor la devolución de las cantidades, no entran en juego las garantías. Pero si dentro de los dos años, el comprador requirió al promotor la rescisión del contrato, el comprador puede ejercitar la acción contra el avalista, acción que prescribirá a los 5 años ex art. 1964.2 CC. Esta solución es la más acorde con la protección del comprador y el espíritu de la norma.

4.6. Naturaleza jurídica de los intereses de cantidades anticipadas que debe de abonar el garante: ¿moratorios o remuneratorios?

La jurisprudencia consolidada (STS 21 junio 2022⁵⁷, 7 marzo 2022⁵⁸ entre otras), ya incluso con la Ley 57/68, señalaba que se trata de intereses remuneratorios. La DA1^a habla del interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo. La doctrina ha criticado que se trate de interés remuneratorio porque eso se da cuando la restitución de un capital es debida por contrato (v. gr. el préstamo), pero no en otros supuestos como el arrendamiento o la fianza, pues el objeto de esta no es pagar una cantidad de dinero por el uso de un capital, sino prestar una garantía. Por eso CARRASCO PEREA⁵⁹ señala que para que hubiera intereses remuneratorios sería necesario que, al recibir los anticipos, ya el garante estuviera obligado a devolverlos en el mismo acto. Por ello, los intereses serán moratorios y requieren la intimación contra el garante, a diferencia de si el comprador resuelve contra el promotor donde se aplican los arts.

1303 y 1124 CC, donde los intereses son remuneratorios y se computan desde que se pagaron los anticipos.

4.7. Irrenunciabilidad de los derechos

Tras la ley 20/2015 no se menciona en la DA1^a LOE la irrenunciabilidad de los derechos, pero entendemos que esta expresión debe seguir manteniéndose, siguiendo los argumentos de CASADO CASADO⁶⁰, tales como:

- (i) la propia finalidad de la norma, porque no se cuestiona que estamos ante una norma protectora e imperativa donde hay una posición dominante (promotor) y otra en inferioridad (comprador), hablando de condiciones predispuestas y de adherente, por lo que no juega el PAV de manera plena y no cabe una renuncia de los derechos;
- (ii) por los antecedentes históricos, pues ya se recogía en la Ley 57/68 y en ningún momento se ha cuestionado la supresión de dicha expresión, pues se mantienen los mismos problemas y la misma necesidad de protección;
- (iii) por argumentos normativos, pues la propia DA1^a en materia de sanciones remite al TRLCyU donde se indica expresamente la irrenunciabilidad de los derechos, así como el art. 6.2 y 6.3 CC. En las CCAA como Cataluña, sí se entiende que las normas son dispositivas, (como sucede en materia de LCCI) y pudiera haber renuncia, debería respetarse, en todo caso, siempre el mínimo estatal, y con ello, la DA1^a LOE con la interpretación que estamos exponiendo; y

- (iv) argumento jurisprudencial, como la STS 13 de enero de 2015⁶¹, 7 de mayo de 2014⁶² y otras expuestas donde no admiten renuncia de derechos.

Expuesto lo anterior, cabe preguntarse si es posible una transacción en esta materia. Siguiendo la STJUE 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, lo que se prohíbe es una renuncia previa a los derechos, pero no una renuncia posterior cuando el derecho ya ha nacido (incumplimiento del promotor y derecho del comprador a obtener la restitución de lo anticipado), y más si la renuncia forma parte de una transacción. Por ello, en la STS 20 de julio de 2020⁶³, en aplicación del art. 1809 CC, es válida la transacción hecha para evitar a los compradores acudir a los tribunales para su ejecución. En consecuencia, si hay una transacción entre comprador y promotor, el garante y la entidad de crédito solo responden en caso de incumplimiento del promotor del *quantum* transigido, en la medida que responde el promotor por aplicación de los artículos 1826, 1835, 1839 y 1852 CC.

4.8. Responsabilidad de los garantes en otros casos especiales

La doctrina estudia otros supuestos frecuentes de responsabilidad de los garantes, tales como causas extintivas del contrato que no comporten un incumplimiento del promotor o novaciones contractuales sustantivas. Respecto a las primeras, sobre causas extintivas, es evidente que las garantías legales siguen la suerte del contrato principal y si este se extingue, también lo harán aquellas sobre la base de los arts. 1847 CC y 68 LCS. Por eso, la jurisprudencia ha señalado que no está garantizada la devolución de los anticipos en los siguientes casos: resolución de mutuo acuerdo del contrato ajeno

57 JUR 2022/225374.

58 RJ 2022,1167.

59 CARRASCO PERERA, Á. «Intereses moratorios o intereses remuneratorios en el pago por el garante de las cantidades entregadas a cuenta en la compra de vivienda», Publicaciones Gómez-Acebo y Pombo, 22/03/2022 disponible en: <https://www.gap.com/publicaciones/intereses-moratorios-o-intereses-remuneratorios-en-el-pago-porel-garante-de-las-cantidades-entregadas-a-cuenta-en-la-compra-de-vivienda/>.

60 CASADO CASADO, B. «Percepción de las cantidades a cuenta en compra de viviendas...», op. cit. pág. 10.

61 RJ 2015, 352.

62 RJ 2014, 3126.

63 RJ 2020, 2488.



al incumplimiento del plazo de entrega de vivienda (STS 12 julio 2021⁶⁴); baja de cooperativista ajena al retraso en la terminación de las viviendas (STS 2 febrero 2021⁶⁵); acuerdo entre promotor y comprador para no consumir la entrega, tolerándolo hasta que aparezca otro comprador (STS 19 octubre 2015⁶⁶); o el comprador se desvincula del contrato por cualquier causa ajena al mismo (STS 30 abril 2015⁶⁷). No obstante, la cosa cambia cuando hay un incumplimiento previo calificado como incumplimiento esencial, como es el de no iniciar la construcción o la falta de entrega de las viviendas, sobre todo, en cooperativa de viviendas, aunque en tales contratos de adhesión por los cooperativistas no se haya concretado la fecha de entrega de las viviendas y el cooperativista se ha dado de baja y solicita que entren en juego las garantías legales (STS 29 marzo 2021⁶⁸); o la falta de constitución de las garantías en caso de las cooperativas, donde no se solicitaría la responsabilidad con cargo a la propia cooperativa, dado que lo soportarían los demás socios, sino que responderá la gestora de la cooperativa (STS 12 julio 2016⁶⁹).

En cuanto a las **novaciones**, al margen de su discusión de novación extintiva o modificativa, lo que se suele plantear en estos contratos es si los pactos entre compradores y promotora, por los que se cambia de vivienda inicialmente comprada a otra de la misma promotora en otra promoción, o incluso a otra de otra promotora diferente, vinculan a los garantes de las cantidades inicialmente entregadas, así como a las entidades de crédito depositarias de dichas cantidades. Es claro que de la regulación de la fianza se puede deducir que no se extienden las garantías y no serían responsables los garantes sin su consentimiento, como señala el

art. 1827 CC, porque la fianza debe ser expresa y no se extiende a más de lo contenido en ella; porque esta novación puede ser tratada como una suerte de transacción y se aplican los arts. 1835.2 y 1851 CC, de donde se infiere que los pactos que puedan perjudicar al fiador no le afectan sin su consentimiento; igualmente se argumenta que sin el consentimiento de los garantes les afectaría un contrato del cual no fueron parte (ex art. 1257 CC). Este último argumento es también fundamental para sostener la no responsabilidad de la entidad financiera depositaria de las cantidades.

4.9. Concurso de acreedores en los contratos de venta de pisos y locales sobre plano

Actualmente hay un período de bonanza económica que, sobre todo, se está viendo en la venta de pisos y locales en general, y también en la venta de pisos y locales sobre plano, pero si echamos la vista atrás, a períodos de crisis pasados, podemos volver a situaciones de quiebra económica que nos hagan acudir de nuevo a los textos del derecho concursal para ver el tratamiento que se da a dichos problemas. Actualmente, con el TRLC, en los arts. 160 y ss. debemos de diferenciar si hay un incumplimiento del promotor antes o después de la declaración del concurso. Dado que el art. 160 TRLC permite que una vez declarado el concurso, solo se pueda resolver el contrato por incumplimiento anterior si se trata de contrato de tracto sucesivo, en la compraventa de pisos sobre plano, que es calificada de tracto único, obliga a que el comprador haya requerido extrajudicialmente al promotor por incumplimiento antes de la declaración del concurso, entendiendo el contrato por resuelto habiendo nacido la obligación de

restitución de las cantidades al comprador que tendrán el tratamiento de crédito concursal ex art. 163 TRLC (STS 20 septiembre 2018⁷⁰). Si el incumplimiento es posterior a la declaración del concurso, el ejercicio de la acción de resolución (arts. 161 y 162 TRLC) será ante el juez del concurso, por los trámites del incidente concursal, y su tratamiento será el de crédito contra la masa.

En esta situación de concurso del promotor, **¿pueden los compradores reclamar a los garantes?** La doctrina señala que las garantías por los anticipos deben de funcionar al margen del concurso, tanto si hubo una reclamación extrajudicial antes del concurso como si es posterior, porque, de hecho, las garantías funcionan sin necesidad de resolver judicialmente el contrato, y la acción del comprador contra los avalistas o aseguradores no detrae ningún crédito de la masa activa. Los garantes que pagan se subrogan en la posición del comprador, clasificándose su crédito en los términos del art. 263.2 TRLC. Y, **¿sucede lo mismo si el promotor ha llegado a un acuerdo con los acreedores (compradores) en el convenio, pactando algunas quitas y esperas?** La STS 4 de julio de 2018 (RJ 2018/2794), aunque trataba un supuesto que se regía sobre la anterior LC y la Ley 57/68, dio la solución en su antiguo artículo 135 LC (actual art. 399 TRLC), que señala que la responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que son autores de la propuesta del convenio o se han adherido a ella sin revocarla, se regirá sobre lo pactado sobre el particular y, en su defecto, sobre las normas legales aplicables a la obligación asumida (que en ese caso era la Ley 57/68 actual DA1^a LOE) y se puede reclamar contra avalista o asegurador la restitución de los anticipos en caso de

64 RJ 2021, 3362.

65 RJ 2021, 1790.

66 RJ 2015, 4847.

67 RJ 2015, 1363.

68 RJ 2021, 1471.

69 RJ 2016, 3562.

70 RJ 2018, 3867.

incumplimiento (previo requerimiento resolutorio), pero los acuerdos de quita y/o espera que hayan acordado en el convenio son tratados como una suerte de novación o transacción. Por eso, siguiendo la máxima ya señalada de que lo acordado por promotor y comprador no puede perjudicar al fiador (avalista o asegurador), hay que señalar que el convenio concursal donde se pacta la espera no extingue la fianza (no se aplica el art. 1851CC porque, una vez hecho por el comprador contra el promotor el requerimiento resolutorio, el avalista responde); no les puede perjudicar a los garantes la quita, al contrario les tiene que favorecer (si se aplica el art. 1853 CC); y no se aplica el art. 1852 CC por aplicación del art. 263.2 TRLC.

Finalmente, en situaciones de **liquidación concursal** del promotor, entre otros problemas, podemos tratar el caso en que la edificación no se haya terminado, pero los compradores lo adquieren en la liquidación por un menor coste, asumiendo ellos la terminación de la obra y obtención de autorizaciones y licencias administrativas, preguntándose si los compradores pudieran reclamar a los garantes las cantidades anticipadas por incumplimiento. Fue tratado un caso similar por la STS 22 de julio de 2019,⁷¹ donde los avalistas alegaban que no tenía obligación, dado que la vivienda «se entregó» y podría suponer un enriquecimiento injusto en beneficio de los compradores. El TS da la razón a los compradores sobre la base de que el incumplimiento se da si no se inician las obras o no son entregadas (actualmente dice «llegue a buen fin»), que presuponen la finalización de las obras (no estamos en un mero retraso o una finalización con desperfectos o irregularidades); y que no existe un enriquecimiento del comprador porque ha tenido que costear el fin de la obra y la obtención de licencias, no habiendo relación causal con el empobrecimiento del avalista, porque este «empobrecimiento» surge de su obligación legal de ser

responsable por incumplimiento del promotor.

La doctrina estudia otros supuestos frecuentes de responsabilidad de los garantes, tales como causas extintivas del contrato que no comporten un incumplimiento del promotor o novaciones contractuales sustantivas

V. Bibliografía

- MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, E. «Cesión de solar a cambio de obra futura. renacimiento de la figura», 2016 Tesis codirigida por Dr. D. Íñigo A. Navarro Mendizábal y Dra. D^a Isabel De la Iglesia Monje, Universidad Pontificia, ICADE Madrid.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, I. «Memento práctico hipotecario» Ed. Francis Lefebvre, 2022.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M., «El contrato de compraventa de vivienda sobre plano», en Tratado de la compraventa, homenaje a Rodrigo Bercozitz, CARRASCO PEREA, A (Dir.), 20213. Aranzadi, págs. 1103-1113.
- CORREDOR SIERRA, B., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 (275/205); compraventa de vivienda en construcción. Resolución de contrato. Devolución de cantidades anticipadas no ingresadas por el vendedor en la cuenta especial prevista por la Ley 57/1968» en Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil) volumen 7º, 2015, YZQUIERDO TOLSADA, M. (Comité editorial) DÍAZ FRAILE, J.M., (Dir.) Ed

Dykinson, Servicio estudios Colegio de registradores, págs. 147-162;

- «La protección de los compradores de viviendas en situación de prehorizontalidad o “sobre plano”» en la Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) número 8, enero-julio 2016, Ed Dykinson, págs. 39-52.

CARRASCO PEREA, A. «Derecho de contratos» Ed Aranzadi, Cizur Menor, 3 Ed. 2021;

- «Garantías por cantidades adelantadas en compraventa de viviendas: un paso atrás», en Publicaciones Centro de Estudios de Consumo, 31/01/2020, disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.eu/images/Garantias_por_cantidades_adelantadas_en_compraventa_de_vivienda_un_paso_atras.pdf;

- «Intereses moratorios o intereses remuneratorios en el pago por el garante de las cantidades entregadas a cuenta en la compra de vivienda», Publicaciones Gómez-Acebo y Pombo, 22/03/2022 disponible en <https://www.gap.com/publicaciones/intereses-moratorios-o-intereses-remuneratorios-en-el-pago-porel-garante-de-las-cantidades-entregadas-a-cuenta-en-la-compra-de-vivienda/>.

CASADO CASADO, B. «Percepción de las cantidades a cuenta en compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía», en Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, octubre 2016.

MARTÍN FABA, J.M., «Cuestiones interesantes sobre cantidades anticipadas destinadas a la compra de viviendas en construcción en la jurisprudencia civil actual» en Cuadernos de Derecho Privado, número 3, págs. 156-209 (2022).

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. Código Civil comentado y con jurisprudencia. Madrid. Ed La Ley, 2022. ■

71 RJ 2019, 3268.