

Estudis doctrinals

Compravenda de pisos i locals en construcció: alguns problemes pràctics

CARLOS VALVERDE GONZÁLEZ

Notari de Vila-seca

Sumari: I. INTRODUCCIÓ. II. EL CONTRACTE DE COMPRAVENDA. 2.1. Concepte, caràcters i naturalesa del contracte. 2.2. Elements del Contracte. 2.2.1. Element Subjectiu. 2.2.2. Element Objectiu. 2.2.3. Element Formal. III. GARANTIES DELS COMPRADORS. 3.1. Requisits de les garanties. 3.2. Execució de la garantia. 3.3. Cancel·lació de la garantia. 3.4. Infraccions i sancions. IV. ALGUNS PROBLEMES ACTUALS. 4.1. La «rescissió» de què parla la DA1a és una resolució autònoma o té el mateix fonament que l'article 1124 del CC? I a quins tipus d'incompliment s'aplica. 4.2. Efectivitat de les garanties a la DA1a de la LOE en alguns supòsits especials. 4.3. Si el promotor no ha emès els certificats individuals de l'aval o l'assegurança col·lectiva concertada, deixa de ser responsable l'entitat avaladora. 4.4. Responsabilitat de les entitats de crèdit dipositàries: abast de l'expressió «sota la seva responsabilitat». 4.5. Limitació temporal de les accions contra l'avalador/assegurador. 4.6. Naturalesa jurídica dels interessos de quantitats anticipades que ha d'abonar el garant: moratoris o remuneratoris. 4.7. Irrenunciabilitat dels drets. 4.8. Responsabilitat dels garants en altres casos especials. 4.9. Concurs de creditors als contractes de venda de pisos i locals sobre plànol. V. BIBLIOGRAFIA.

Resum: Aquest treball té per objecte realitzar una breu anàlisi de les operacions de compravenda sobre plànol, amb una dissertació sobre la problemàtica que hi pot haver entorn dels elements essencials d'aquest, sobretot en l'aspecte formal i en la transmissió del domini, i el plantejament de possibles solucions per a la millora de la protecció dels compradors. Així mateix, efectua una petita anàlisi de les garanties legals previstes per a aquests casos i intenta analitzar alguns dels seus problemes pràctics més habituals tenint en compte la jurisprudència menor i la que emanada del Tribunal Suprem.

Paraules clau: compravenda sobre plànol, *traditio*, garanties de comprador, aval, assegurança, incompliment essencial, resolució de contracte, article 1124. DA1a de la 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. Introducció

La compravenda de pisos i locals en construcció o sobre plànol és un tipus de contracte utilitzat pels empresaris/promotors per obtenir els recursos econòmics que permetin ajudar a pal·liar els costos d'edificació. El promotor no transmet la propietat dels pisos o locals fins que estigui acabada la construcció, la qual cosa representa que els compradors queden exposats a una sèrie de riscos, com ara, *u. gr.*:

- Que la construcció no es realitzi i no es lliuri en les condicions acordades.

- Que el promotor no destini les quantitats rebudes a la construcció de l'edifici.
- Que els creditors del promotor-venedor embarguin i, si escau, executin el solar i el que hi hagi construït per deutes, a l'empara de la responsabilitat patrimonial universal.
- Que el promotor entri en situació concursal.

Per això, hi ha una sèrie de garanties, sobretot per a la restitució de les quantitats anticipades, que analitzarem més endavant. N'hi ha prou ara amb assenyalar breument, sense ànim

exhaustiu, la **normativa aplicable** a aquest contracte:

- La Llei 57/68, així com el Decret 3114/1968, de 12 de desembre (vigents fins a l'1 de gener de 2016) sobre l'aplicació de la Llei 57/68 a les comunitats i cooperatives d'habitatges, han estat derogats per la Llei 20/2015, de 14 de juliol, sobre ordenació, supervisió i solvència de les entitats asseguradores i reasseguradores. Abans de l'1 de juliol de 2016 i per a les quantitats que es lliurin a compte a partir d'aquesta data, les



entitats asseguradores havien d'adaptar les pòlisses vigents al règim introduït per la Llei 20/2015.

- Llei 38/1999, de 5 de novembre, d'ordenació i supervisió, i, en particular, la seva DA1a després de la redacció donada per la Llei 20/2015, que és la que conté la regulació actual.
- Llei 50/1980, de 8 d'octubre, sobre contracte d'assegurança.
- Llei 12/2023, de 24 de maig, sobre dret a l'habitatge, i la legislació de les comunitats autònomes equivalent, així com les relatives a la legislació del sòl, tant d'àmbit estatal com autonòmic.
- RDL 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la defensa de consumidors i usuaris.
- Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari.

Tot i que la DA1a de la LOE segueix la línia de la Llei 57/68, pot semblar que la reforma del 2015 propicia una reculada important en la protecció del comprador en temes com la cobertura de garantia per a les

quantitats lliurades abans de l'obtenció de la llicència d'edificació, necessitat de certificat individual per a l'efectivitat de la garantia, caducitat de l'aval, eliminació del caràcter executiu de les garanties, així com l'eliminació de la irrenunciabilitat dels drets, entre d'altres problemes, i permet així el TS exercir de creador del dret a través de la seva jurisprudència. Tampoc no ajuda la supressió del Projecte de Llei 121/000089 del dret a l'habitatge, que tenia en els seus articles 32 a 38 regulació sobre «règim de quantitats a compte del preu abans i durant la construcció en operacions de compra d'habitatge», que intentava solucionar alguns dels problemes abans assenyalats, que fa que s'hagi de recórrer a solucions jurisprudencials. Llevat d'aquells extrems en què hagi variat la redacció de l'actual DA1a de la LOE després de la Llei 20/2015 respecte del règim anterior amb la Llei 57/1968, podem entendre que la doctrina jurisprudencial fixada anteriorment seria aplicable igualment a les compres posteriors a l'1 de gener de 2016.

Abans d'analitzar els problemes actuals, exposarem de manera sucinta una anàlisi d'aquest tipus de contractes.

II. El contracte de compravenda

2.1. Concepte, caràcters i naturalesa del contracte

Aquest contracte és una modalitat de compravenda de cosa futura i es pot definir com el contracte en què una de les parts es compromet a pagar un preu cert en diners o signe que el representi, i l'altra s'obliga a lliurar un habitatge o un local en projecte o en construcció, un cop acabat.

Els seus caràcters són comuns a la compravenda com ara un contracte consensual, bilateral, oneros, commutatiu i recíproc, amb un objecte contractual de cosa futura «*emptio rei speratae*» que, com assenyalava el TS en la sentència d'1 de juliol de 1992 (RJ 1992, 6498), no és una venda estricta de cosa futura o imprecisa a què fa referència l'article 1271 del CC, «sinó d'una cosa futura determinada ja que es dona l'existència d'una base jurídica material constituïda per un solar sobre el qual es projecta una construcció autoritzada (...) pendent, per tant, de la seva configuració definitiva exterior una vegada es dugui a terme l'edificació (...) l'existència material de l'objecte que s'ha de lliurar per part del venedor estava condicionada a la seva construcció i en el moment de perfeccionar-se el contracte es dona com un fet futur, cert, i no incert o possible». Per això, l'obligació del venedor no és només el lliurament de la cosa, sinó també l'acompliment de la diligència necessària per a l'execució de l'obra en construcció, en el temps i d'acord amb les condicions i les qualitats convingudes (STS de 19 juliol de 2012¹).

Els trets distintius d'aquest tipus de compravenda es podria dir que són (i) la subscripció del contracte quan no s'han iniciat les obres, i en menys casos, atès que hi ha legislació de les comunitats autònomes que no ho permeten, potser que sense que s'hagi elaborat el projecte o s'hagi obtingut la llicència; (ii) formalització en dues fases, una primera que sol ser en document privat amb efectes obligacionals,

1 ROJ: STS 5760/2012



i una segona en escriptura pública amb efectes reals de transmissió de la propietat; (iii) inclusió de clàusules d'arres, i (iv) sobretot en els relatius a habitatges, la incidència en la norma de protecció de consumidors i usuaris.

La **naturalesa jurídica** és tractada de *complexa o mixta* ja que, en aquest contracte, juntament amb les obligacions pròpies de la compravenda, concorren les del contracte d'execució (STS d'1 de juliol de 1992 i de 22 de març de 1993, ROJ 1824/1993; ROJ 1805/1993). Això és referent a la naturalesa jurídica del contracte mateix en si, ja que deixem fora de l'exposició, per raons del fons de l'article i temps, figures que naveguen de manera paral·lela amb la compravenda de pisos i/o locals sobre plànol com és la cessió de sòl per a obra futura, amb la seva incidència en l'article 13 del Reglament hipotecari (RH), la seva anul·lació per part del TS, i la seva discussió sobre transmissió del domini, l'RDGRN, de 16 de maig de 1996², i la figura del *ius ad rem*; així com el contracte d'execució d'obra (articles 1588 i seg. del CC), amb la seva discussió sobre l'adquisició derivativa del domini sobre la base del contracte i necessitant-ne l'lliurament o l'adquisició originària sobre la base de les regles de l'accessió.

2.2. Elements del Contracte

2.2.1. Element Subjectiu

El **venedor** sol ser una empresa o professional dedicat habitualment a la construcció, la promoció i la venda d'habitatges. A l'efecte de les garanties de la DA1a de la LOE, la llei assenyalava que es tracta de «*persones físiques i jurídiques que promoguin la construcció de tota classe d'habitatges, inclosos els que es realitzin en règim de comunitat de propietaris o societat cooperativa, i que pretenguin obtenir dels adquirents lliuraments de diners*

per construir-los». El **comprador** acostuma a ser un consumidor, persona física o jurídica, que actua fora de la seva activitat professional.

El promotor no transmet la propietat dels pisos o locals fins que estigui acabada la construcció, la qual cosa representa que els compradors queden exposats a una sèrie de riscos

Amb relació al comprador, cal assenyalar la diferent regulació que tenia la Llei 57/68 respecte de l'actual DA1a de la LOE perquè entrin en joc les garanties per les quantitats anticipades. La Llei 57/68 s'aplicava (article 1) als habitatges que suposessin «domicili o residència familiar, amb caràcter permanent o bé residència de temporada, accidental o circumstancial», mentre que la DA1a de la LOE assenyalava que es refereix a «tot tipus d'habitatges» sense al·lusió a la destinació que tinguin. D'acord amb l'STS de 10 de novembre de 2020³ i de 26 de juliol de 2021⁴, entre d'altres, l'expressió «tota classe d'habitatges» s'entén en el sentit que elimina qualsevol dubte que pogués reduir el nivell de protecció del comprador per raó de la forma de promoció o règim de l'habitatge (règim de comunitat de propietaris o societat cooperativa), però no es pot extrapolar a tota classe de compradors, per a així expandir la protecció dels professionals del sector immobiliari als compradors especuladors. Es podria sostenir que no s'emparen les compres amb finalitat empresarial, professional o inversora (com el lloguer). Per això, el TS va

sentenciar el 27 de juny de 2022⁵ que quedava exclosa de les garanties legals la compra d'una «unitat allotjativa» en règim d'hotel apartament la finalitat de la qual era l'explotació hotelera; l'STS de 7 de febrer de 2022⁶ també exclou la compra d'apartaments tipus *suite* turístics; o l'STS de 28 d'octubre de 2020⁷, que va excloure la compra de dos estudis universitaris amb la finalitat de llogar-los. La prova de tenir una finalitat professional o inversora correspon al garant, i la de finalitat residencial al comprador, i la doctrina entenen que, tot i que es compri un habitatge o un local per part d'un consumidor, si la finalitat és, per exemple, d'emmagatzematge o biblioteca particular, no compleix la destinació habitacional que exigia tant la Llei 57/68 com la DA1a de la LOE. Igualment, és força difícil de provar si la compradora és una societat mercantil.

2.2.2. Element Objectiu

Com hem assenyalat anteriorment, l'objecte del contracte és una cosa futura perfectament determinable, la configuració de la qual està determinada en el projecte arquitectònic. La informació i la publicitat que s'hagi donat a l'oferta (generalment descripció gràfica del projecte arquitectònic i memòria de qualitats) defineix l'objecte del contracte i pot ser al·legada pel comprador sense necessitat que aquesta hagi estat incorporada expressament al contracte. Així, l'STS de 15 de març de 2010 (RJ 2010, 2347), entre d'altres, assenyalava que «*les consideracions contingudes en els projectes bàsics i d'execució s'integren en el contingut negocial del contracte (...) tota la normativa protectora de la informació a subministrar als compradors no persegueix una altra cosa que facilitar que el comprador tingui una representació plena d'allò que adquirirà i que el venedor assumeixi l'obligació essencial i constitutiva de lliurar al comprador la cosa venuda, una vegada aquesta ha*

2 BOE núm. 142, de 12 de juny de 1996, pàgines 19335 a 19337 (3 p.).

3 RJ 2020, 5273

4 RJ 2021, 3663

5 JUR 2022,236175

6 RJ 2022, 994

7 RJ 2020, 4175

assolint existència real o física, complint així el que s'ha ofert en la memòria de qualitats i en la publicitat que s'integra en el contingut del contracte».

2.2.3. Element Formal

Com hem exposat al principi, aquest tipus de contractes té dues fases diferenciades. Una primera, que se sol materialitzar en un document privat de compravenda atorgat abans de la finalització de les obres, el contingut del qual sol ser el següent:

- Determinació de l'objecte de venda.
- Fixació del preu, amb el calendari de pagaments, amb referència de vegades a la possibilitat de subrogació en la hipoteca del promotor.
- Termini que es concedeix al venedor perquè conclougui l'execució i procedeixi al lliurament d'habitatges i/o locals amb tots els permisos i les autoritzacions.
- Garanties que es concedeixen al comprador en cas d'incompliment del venedor.

Durant aquesta fase, la relació de les parts es desenvolupa en un pla estrictament obligacional, en què s'exposa el comprador a riscos importants, atès que el bé està en el patrimoni del promotor i pot estar afecte al pagament dels seus deutes i patir embargament o execucions. Aquí és important assenyalar la posició del TS sobre la transmissió del domini explicada en supòsits de terceries de domini presentades pels compradors sobre la base de documents privats, amb pisos o locals acabats

o gairebé acabats a manca d'alguns acabats. La regla general és que fins que no hi hagi la finalització de l'obra i el lliurament dels pisos o locals, no hi ha adquisició de domini (STS de 9 de març de 1994⁸, de 9 d'octubre de 1997⁹, entre d'altres). Si bé hi ha sentències que sí que reconeixen el domini al tercerista que adquireix en document privat (*títol*) per existir certs indicis o actes possessoris (*mode*) sobre els pisos o locals, com el lliurament de les claus i/o la realització d'obres i millores en aquests (STS de 2 de febrer de 1994¹⁰ i de 10 de maig de 1994¹¹) o l'accés a algun registre públic del contracte privat i/o la resta de documentació, com va assenyalar l'STS de 17 de setembre de 1996¹², en estar visat a la Conselleria d'una Comunitat Autònoma.

L'obligació del venedor no és només el lliurament de la cosa, sinó també l'acompliment de la diligència necessària per a l'execució de l'obra en construcció, en el temps i d'acord amb les condicions i les qualitats convingudes

Arribats a aquest punt, cal preguntar-se que si la primera fase s'hagués atorgat en escriptura pública, existia tradició instrumental que fes propietaris els compradors des d'aquell

moment? No hi ha jurisprudència perquè actualment no s'han donat aquests casos. La doctrina ortodoxa, MIQUEL GONZÁLEZ, CARRASCO PEREA, BERCOVITZ¹³, entre d'altres, entén que la idea de la titularitat del promotor és inevitable fins que cobra finalment existència l'edifici en construcció, ja que deriva d'un concepte de *traditio* molt aferrat al lliurament material de la cosa, ja que el lliurament no es produeix fins que l'edifici estigui acabat i no es podria transmetre la propietat fins a aquell moment. És a dir que, tot i que intentem aplicar el concepte de *traditio* instrumental de l'article 1462.2 del CC, el promotor no té encara ni la possessió mediata ni, encara menys, la immediata fins a l'existència real dels pisos o locals.

Això no obstant, altres autors, com ROGEL VIDEL, LUCAS FERNÁNDEZ, MERINO HERNÁNDEZ¹⁴, entre d'altres, sostenen que tot i que el lliurament no pot realitzar-se fins que l'objecte futur existeixi, amb una escriptura pública prèvia no seria necessari cap nou acte de lliurament, i seria suficient per a la transmissió de la propietat l'escriptura inicial autoritzada, ja que sobre la base de l'article 1462.2 del CC es permet que l'escriptura pública tingui una eficàcia diferida de la *traditio*, com una **sort de transmissió de domini subjecte a condició suspensiva**, a imitació del sistema proposat per la jurisprudència francesa on, un cop existeix al món real l'objecte venut, la propietat es transmet automàticament sense necessitat d'actes posteriors (excepte certificacions de final d'obra o

8 RJ 1994, 2205

9 RJ 1997, 7065

10 RJ 1994, 861

11 RJ 1994, 3896

12 RJ 1996, 6723

13 Citats a MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, E. «Cesión de solar a cambio de obra futura. renacimiento de la figura», 2016, Tesi codirigida pel Dr. Íñigo A. Navarro Mendizábal i la Dra. Isabel de la Iglesia Monje, Universitat Pontificia, ICADE Madrid, p. 245; CARRASCO PERERA, A, a CCJC, núm. 43, 1997, p. 61; MIQUEL GONZALEZ, J. M. «El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», Revista de Derecho Patrimonial, núm. 1, 1998, p. 53; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, a l'obra «La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles», Madrid 1971.

14 Citats a MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, E. *op. cit.* p. 226-229 i 230; ROGEL VIDE, C., «La compraventa de cosa futura», Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1975, p. 28 i seg.; MERINO HERNANDEZ, J. L., «El contrato de permuta», Tecnos, Madrid 1978, p. 352 i seg.; 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-juny 1967, p. 306



altres anàlegs), a causa de l'existència sobrevinguda dels pisos o locals. Això vol dir que un cop acreditat el final d'obra i el lliurament, hom era propietari des del primer moment en què es va atorgar l'escriptura pública. Afegiria que, partint d'aquest plantejament, li és perfectament encaixable per analogia el que succeeix en una compravenda amb reserva de domini fins a la satisfacció del preu ajornat, en què els tribunals reconeixen una cotitularitat entre el venedor i el comprador en les posicions jurídiques, i més a mesura que es van fent els pagaments i va existint la realitat material dels pisos i locals, tot això, amb una incidència important en els embargaments i les terceries de domini.

Per explicar això, d'acord amb MARTÍNEZ-GIL VICH¹⁵, podem sostenir que la reserva de domini funciona: i) com a condició suspensiva que no afecta la perfecció del contracte, sinó només la seva consumació, i amb això l'efecte translatiu típic de la venda; ii) si no es paga el preu en el termini convingut opera com una condició resolutòria del contracte que, per l'aplicació anàloga, s'hauria de complir el que disposa l'article 175.6a de l'RH; iii) si està pendent la condició, el comprador no és un simple creditor, i té una titularitat jurídica real; i iv) coexistència de dues titularitats simultànies sobre el mateix bé, de signe diferent i contingut diferent, i per poder disposar del bé es requereix el comprador i el venedor.

Per tot això, creiem que, en lloc que el promotor i el comprador efectuin la compravenda en un document privat, hi ha la possibilitat que s'atorgui en escriptura pública, realitzant el control de legalitat de l'existència de les garanties i informació prèvia necessària en benefici del comprador i amb un efecte traditori diferit a cada pagament del preu ajornat fins a l'últim pagament, que serà resolutori si s'incompleix per part del comprador. Acabariem amb una acta notarial final acreditativa de la realitat

de la construcció, pagament del preu i altres obligacions recíproques de les parts, tret que sobrevinguessin algunes modificacions que caldria atorgar amb una escriptura modificativa i complementària de la primera.

Els problemes que ens podem trobar serien, com acostuma a passar, la fiscalitat d'aquestes operacions, ja que, tot i que es pugui posposar la meritació al moment de pagament del preu, hi ha una sort de reserva de domini que opera com a condició resolutòria que gravaria l'operació en perjudici del venedor. Creiem que una intervenció prèvia notarial contribueix a tenir més garanties i seguretat per als compradors, però hauria d'anar acompanyada d'una regulació fiscal neutra que no gravi l'operació fins a la conclusió, en el sentit que sigui. Insistim en el fet que caldria estendre la intervenció notarial a les fases prèvies contractuals, com pot ser aquesta de compravenda de pisos i locals sobre plànol, com així succeeix en els préstecs hipotecaris amb l'acta prèvia després de l'LCCI, pels efectes ja apuntats en benefici de la seguretat jurídica.

Per part d'altres operadors jurídics, les propostes que s'han plantejat, com ara CORREDOR SIERRA¹⁶, entre d'altres (sobre la base del *ius ad rem* i situacions de prehorizontalitat),

és considerar que el que és convenient per a la protecció del comprador seria prendre una anotació preventiva de demanda d'elevació a públic del document privat, constància dels pagaments com a lliuraments a compte per mitjà de notes marginals, posposició del rang hipotecari d'hipoteques posteriors a les anotacions, ja que tindrien una condició pitjor i els bancs i les entitats de crèdit no donarien el finançament necessari posterior atès que hi hauria una possible paralització del tràfic, i al final la cancel·lació automàtica de les anotacions preventives i notes marginals després de la inscripció del pis i el local. Creiem que aquesta postura s'equivoca en alguns dels seus posicionaments. D'una banda, la figura del *ius ad rem* sempre ha girat al voltant de complir finalment el títol i el mode, i això no es produeix de primeres amb una anotació preventiva de demanda d'elevació a públic d'un document privat que, a més, és un assentament provisional. L'escriptura pública en la fase prèvia fa de *traditio*, però diferida, com hem exposat, i ja reserva els efectes propis d'aquesta manera, com són l'executivitat, el valor probatori, la preferència creditícia, l'oposabilitat i la defensa del dret sobre la base d'accions com la reivindicatòria. I, per altra banda,



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

16 «La protección de los compradores de viviendas en situación de prehorizontalidad o «sobre plano»» a la Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) número 8, gener-juliol de 2016, Ed. Dykinson, p. 39-52

resulta xocant que calgui acordar una posposició de rang a favor de la posició dominant (promotor i entitats de crèdit), quan tota la normativa que regula aquests contractes gira al voltant de la protecció del comprador. Afegim que per protegir els compradors com a consumidors que són, la protecció ha de ser preventiva i això es produeix en la prestació de consentiments que es dona en l'atorgament del contracte, que creiem que s'hauria de fer en escriptura pública amb la intervenció notarial, i no posposant aquesta protecció a un moment posterior.

Una segona fase estaria formada (partint del fet que la prèvia es va formalitzar en document privat) per l'atorgament de l'escriptura pública una vegada que el promotor ha conclòs la construcció de l'edifici i ha obtingut tots els permisos necessaris perquè es pugui destinar als usos que li siguin propis (licència de primera ocupació, cèdula d'habitabilitat, entre d'altres). El que és rellevant és determinar en aquesta fase la incidència que pot arribar a tenir l'escriptura pública en la relació entaulada inicialment en un document privat.

D'una banda, hi ha una posició doctrinal que considera l'escriptura pública com un «negoci de fixació» en virtut del qual les parts delimiten i precisen les seves exigències jurídiques respectives, fixen definitivament la seva relació i eliminen les exigències de la relació jurídica prèvia. L'escriptura pública de compravenda operaria com a novació contractual en els elements que es poguessin veure modificats i de fixació o aclariment en els aspectes que poguessin ser controvertits. Aquesta tesi té com a suport el dret comparat en l'àmbit foral, com succeeix a Catalunya, en l'article 553-8 del CCC, on sembla que els titulars d'elements privatis per compravenda en document privat previ ratifiquen la constitució unilateral atorgada pel promotor en el moment d'atorgar l'escriptura de compravenda si en aquesta escriptura es ressenya el títol de constitució i incorpora els estatuts i les normes de comunitat; així com també succeeix en el dret comparat internacional, com és a Alemanya, on és

conegut aquest negoci com «*festellungsvertrag*», o a Itàlia amb el «*negozio di accertamento*», que té per objecte eliminar la incertesa o la controvèrsia de les parts, determinant per al futur les seves respectives obligacions.

En contraposició a la postura anterior, hi ha el TS, amb la sentència de data 7 de desembre de 2006 (RJ 2006, 9887), on conclou que l'escriptura pública és una mera formalització en instrument públic d'un contracte prèviament perfeccionat sobre un objecte futur. Amb l'escriptura pública, les parts consumeixen la compravenda mitjançant la transmissió de la propietat del pis o local i el pagament del preu pendent d'abonament. Qualsevol acord novatori que les parts vulguin introduir s'ha de fer de manera expressa, clara i inequívoca. Totes dues posicions doctrinals tenen una música molt semblant, que no igual, a la discussió sobre la naturalesa jurídica del precontracte que, per raons de contingut i temps de l'article, no podem desenvolupar en profunditat.

Creiem que, en lloc que el promotor i el comprador efectuïn la compravenda en un document privat, hi ha la possibilitat que s'atorgui en escriptura pública, realitzant el control de legalitat de l'existència de les garanties

En el pla formal, també cal destacar certs aspectes que s'han de complir i han de constar en totes les fases del contracte, derivats de la normativa ressenyada a l'inici de l'article i, en particular, sobre protecció de consumidors. De manera que podem assenyalar de manera succincta les següents:

- a) Deure d'informació del promotor als compradors implica:

- Posar a disposició d'aquests tota la informació, de forma clara, veraç i suficient relativa a: el promotor i els agents intervinents en l'edificació; plànol d'emplaçament i situació; descripció de l'habitatge i locals amb metres quadrats, necessàriament útils quan així s'exigeixi com a HPO, així com les instal·lacions i els serveis amb què comptaran; dades registrals, així com, si escau, una còpia de la declaració d'obra i divisió horitzontal; el preu i la forma de pagament amb possibilitat de subrogació en el préstec promotor si n'hi hagués, data prevista de lliurament i fases en què es troba la construcció.
- Informar-los sobre el contingut de l'oferta, promoció o publicitat, tot i que no formi part del contracte, que a més és exigible per part del comprador. Així, l'STS de 12 de juliol de 2011 (RJ 2011, 7372) qualifica la informació publicitària com una autèntica oferta publicitària, i és important a l'hora d'integrar el contracte (article 1258 del CC) i interpretar-lo. La bona fe contractual exigeix un comportament coherent amb la confiança generada en el tràfic i aquesta no s'observa quan els habitatges no reuneixen les característiques que s'han ofert.
- Prohibició d'incloure clàusules abusives.
- Interpretació a favor del comprador de les clàusules fosques o confuses.

En particular, el deure d'informació s'ha desenvolupat amb la DA1a de la LOE i assenyala el següent:



- * Que el promotor s'obliga a la devolució a l'adquirent de les quantitats percebudes a compte, inclosos els impostos aplicables, més els interessos legals, en cas que la construcció no s'iniciï o s'acabi en els terminis convinguts que es determinin al contracte, o no s'obtingui la cèdula d'habitabilitat, la llicència de primera ocupació o el document equivalent que facultin per a l'ocupació de l'habitatge.
- * Referència al contracte d'assegurança o aval bancari a què fa esment a l'apartat u. 1.a) d'aquesta disposició, amb indicació de la denominació de l'entitat asseguradora o de l'entitat avaladora.
- * Designació de l'entitat de crèdit i del compte a través del qual l'adquirent ha de fer entrega de les quantitats que s'hagués compromès a anticipar com a conseqüència del contracte subscrit.

En el moment de l'atorgament del contracte de compravenda, el promotor, inclòs el supòsit de comunitats de propietaris o societat cooperativa, ha de lliurar a l'adquirent el document que acrediti la garantia referida i individualitzada a les quantitats que s'han d'anticipar a compte del preu. En la publicitat de la promoció d'habitatges amb percepció de quantitats a compte amb anterioritat a la iniciació de les obres o durant el període de construcció, és obligatori fer constar que el promotor ha d'ajustar la seva actuació i contractació al compliment dels requisits establerts en aquesta Llei, i ha d'esmentar de manera expressa l'entitat asseguradora o avaladora garant, així com l'entitat de crèdit en què figura obert el compte especial en què s'han d'ingressar les quantitats anticipades.

- b) Altres mesures de protecció al consumidor que s'han de complir serien, entre d'altres: la impossibilitat de traslladar despeses derivades d'operacions prèvies (declaració d'obra nova, divisió horitzontal o cancel·lació del préstec hipotecari promotor; són molts els casos en què hem vist habitatges i locals que segueixen jurídicament en construcció havent-se acabat materialment, així com hipoteques de préstecs promotors pendents de cancel·lació registral); el dret a triar notari; la impossibilitat de traslladar al comprador tributs que siguin a càrrec del promotor, així com les despeses per constitució de les garanties exigides per llei que ha de prestar el promotor, que després veurem; imposició de subrogació en el préstec promotor; les clàusules que eximeixin el promotor de respondre per defectes de construcció o alterin el règim de garanties per responsabilitat dels agents que intervenen en la construcció previstos a la llei.

III. Garanties dels compradors

Els compradors d'habitatges o locals sobre plànol tenen garanties i accions per fer efectius els seus drets tant en la fase d'execució de l'obra, anterior a l'adquisició del domini, com en una fase posterior, una vegada adquirida la propietat. **Començant per aquestes últimes, és a dir, un cop adquirit l'habitatge o el local, els compradors gaudeixen de les garanties següents:**

- * Les existents a la LOE en els seus articles 17 i següents i la DA2a, que assenyala uns terminis dins dels quals els agents intervinents en l'edificació responen davant dels compradors i tercers, que són terminis d'1 any des de la recepció de les obres per als danys materials per defectes o vicis d'execució que

afectin elements de terminació o acabats; 3 anys per a danys materials per vicis o defectes en elements constructius o instal·lacions que suposin un incompliment dels requisits d'habitabilitat; i 10 anys per als danys materials causats a l'edifici per vicis o defectes que tinguin l'origen o afectin elements estructurals i comprometin la resistència mecànica i l'estabilitat de l'edifici. La llei exigeix concertar una assegurança de danys o caució per garantir els danys que afectin elements estructurals.

- * Les accions pròpies del contracte de compravenda, com ara evicció, vicis o gravàmens ocults, «aliud pro alio» (per lliurar una cosa diferent del que s'ha pactat) i les generals derivades de l'incompliment. Pel que fa a l'incompliment contractual, i sense perjudici del que es dirà després sobre els problemes actuals d'aquest tipus de compravendes, es pot assenyalar que donaria lloc a la resolució, tenint com a causes:

- L'endarreriment en la finalització i el lliurament de l'obra, però tenint en compte les circumstàncies de cada cas, perquè el mer endarreriment no és causa de resolució si no frustra el fi del contracte, i el compliment tardà pot ser útil i idoni per satisfer els interessos del comprador segons l'STS d'11 d'abril de 2013 (RJ 2013, 3490) i de 15 de juny de 2012 (RJ 2012, 6719), entre d'altres.
- La modificació substancial de les característiques de l'habitatge o local (com ara les vistes, les instal·lacions esportives, la piscina, etc.) perquè frustren les expectatives legítimes dels compradors

segons l'STS de 16 de novembre de 2012 (ROJ: STS 7798/2012) i de 12 de juliol de 2011 (RJ 2011, 7372), entre d'altres.

- La manca de constitució de garanties legalment exigibles, així com la manca d'obtenció de la cèdula d'habitabilitat, primera ocupació o equivalent, i documentació administrativa necessària, ja que són tractades com un incompliment essencial, com després veurem.

Durant la fase prèvia d'execució, i abans del lliurament dels habitatges o locals, els compradors gaudeixen de garanties legals; la principal d'aquestes és la que regula la DA1a de la LOE, després de la redacció donada per la Llei 20/2015, i que assenyalava:

- Garantir, des de l'obtenció de la llicència d'edificació, la devolució de les quantitats lliurades més els interessos legals, mitjançant un contracte d'assegurança de caució subscrit amb entitats asseguradores degudament autoritzades per operar a Espanya o mitjançant un aval solidari emès per entitats de crèdit degudament autoritzades, per al cas que la construcció **no s'iniciï o no arribi a bon fi en el termini**

convingut per al lliurament de l'habitatge.

- Percebre les quantitats anticipades per part dels adquirents a través d'entitats de crèdit en què s'han de dipositar en un **compte especial**, amb separació de qualsevol altra classe de fons pertanyents al promotor, inclòs el supòsit de comunitats de propietaris o societat cooperativa, i de què únicament en pot disposar per a les atencions derivades de la construcció dels habitatges. Per obrir aquests comptes o dipòsits, l'entitat de crèdit, **sota la seva responsabilitat**, ha d'exigir la garantia a què es refereix la condició anterior.

La garantia s'ha d'estendre a les quantitats aportades pels adquirents, inclosos els **impostos aplicables**, més l'**interès legal dels diners**.

3.1. Requisits de les garanties

1. Perquè un contracte d'assegurança de caució pugui servir com a garantia de les quantitats anticipades en la construcció i venda d'habitatges, ha de complir els requisits següents:

- S'ha de subscriure una pòlissa d'assegurança **individual** per cada adquirent, en què s'identifiqui l'immoble per a l'adquisició del qual es lliuren de manera anticipada les quantitats o els efectes comercials.

- La suma assegurada ha d'incloure la quantia total de les quantitats anticipades en el contracte de compravenda, d'adhesió a la promoció o fase de la cooperativa o instrument jurídic equivalent, inclosos els **impostos aplicables**, incrementada en l'**interès legal dels diners** des del lliurament efectiu de l'avançament fins a la data prevista del lliurament de l'habitatge per part del promotor.
- Serà prenedor de l'assegurança el promotor, a qui correspon el pagament de la prima per tot el període d'assegurança fins a l'elevació a escriptura pública del contracte de compravenda, d'adhesió a la promoció o fase de la cooperativa o instrument jurídic equivalent.
- Correspon la condició d'assegurat a l'adquirent o adquirents que figurin al contracte de compravenda.
- L'assegurador **no pot oposar** a l'assegurat les **excepcions** que li puguin correspondre contra el prenedor de l'assegurança. La manca de pagament de la prima per part del promotor no és, en cap cas, excepció oposable.
- La durada del contracte **no pot ser inferior a la del compromís per a la construcció i el lliurament dels habitatges**. En cas que es concedeixi una **pròrroga** per al lliurament dels habitatges, el promotor pot prorrogar el contracte d'assegurança mitjançant el pagament de la prima corresponent, i ha d'informar l'assegurat de la pròrroga esmentada.
- L'entitat asseguradora pot comprovar durant la vigència de l'assegurança els documents i les dades del promotor-prenedor que tinguin relació amb les obligacions concretes davant dels assegurats.





- h) En cas que la **construcció no s'iniciï o no arribi a bon fi en el termini convingut, l'assegurador**, sempre que hagi requerit de manera fefaent el promotor per a la devolució de les quantitats aportades a compte, inclosos els impostos aplicables i els seus interessos, i aquest, en el termini de trenta dies, no les hagi retornat, pot reclamar a l'assegurador l'abonament de la indemnització corresponent. Igualment, l'assegurador pot reclamar directament a l'assegurador quan no sigui possible la reclamació prèvia al promotor.

L'assegurador ha d'indemnitzar l'assegurador en el termini de trenta dies a comptar des que formuli la reclamació.

- i) En cap cas són indemnitzables les quantitats que no s'acreditin que van ser aportades per part de l'assegurador, tot i que s'hagin inclòs a la suma assegurada del contracte d'assegurança, perquè s'ha pactat el lliurament ajornat en el contracte de cessió.
- j) L'assegurador pot reclamar al promotor-prenedor les quantitats satisfetes als assegurats, a aquest efecte se subrogarà en els drets que corresponguin a aquests.
- k) En cas que l'entitat asseguradora hagi satisfet la indemnització a l'assegurador com a conseqüència del sinistre cobert pel contracte d'assegurança, el promotor no pot alienar l'habitatge sense haver rescabalat prèviament l'entitat asseguradora per la quantitat indemnitzada.
- l) A tot allò no establert específicament, li és aplicable la Llei 50/1980, de 8 d'octubre, de contracte d'assegurança.

2. Perquè un aval pugui servir com a garantia de les quantitats anticipades en la construcció i venda d'habitatges, ha de complir els requisits següents:

- a) S'ha d'emetre i s'ha de mantenir en vigor per part de l'entitat de crèdit per la quantia total de les quantitats anticipades al contracte de compravenda, d'adhesió a la promoció o fase de la cooperativa o instrument jurídic equivalent, inclosos els **impostos aplicables**, incrementada en l'**interès legal dels diners** des del lliurament efectiu de l'avançament fins a la data prevista del lliurament de l'habitatge per part del promotor.

No es pot reduir l'incompliment de prestar les garanties a merament accessori del contracte, i considera la seva vulneració com a greu o essencial

- b) En cas que la construcció **no s'iniciï o no arribi a bon fi en el termini convingut**, el beneficiari, sempre que hagi requerit de manera fefaent el promotor per a la devolució de les quantitats lliurades a compte, inclosos els impostos aplicables, i els seus interessos, i aquest, en el termini de trenta dies, no les hagi retornat, pot exigir a l'avalador l'abonament de les quantitats esmentades. Igualment, el beneficiari pot reclamar directament a l'avalador quan no sigui possible la reclamació prèvia al promotor.
- c) Transcorregut un **termini de dos anys**, a comptar des de l'incompliment per part del promotor de l'obligació garantida sense que hagi estat requerit per l'adquirent per a la rescissió del contracte i la devolució de les quantitats anticipades, es produeix la caducitat de l'aval.

3.2. Execució de la garantia

Si la construcció no hagués arribat a iniciar-se o l'habitatge no s'hagués lliurat, l'adquirent pot optar entre la **rescissió** del contracte amb devolució de les quantitats lliurades a compte, inclosos els impostos aplicables, incrementades en els interessos legals, o **concedir al promotor una pròrroga**, que s'ha de fer constar en una clàusula addicional del contracte atorgat, on s'especifiqui el nou període amb la data de finalització de la construcció i lliurament de l'habitatge.

3.3. Cancel·lació de la garantia

Expedida la cèdula d'habitabilitat, la llicència de primera ocupació o el document equivalent que facultin per a l'ocupació de l'habitatge per part de l'òrgan administratiu competent i acreditat per part del promotor el lliurament de l'habitatge a l'adquirent, es cancel·len les garanties atorgades per l'entitat asseguradora o avaladora. Complides les condicions anteriors, es produeix el mateix efecte si l'adquirent refusa rebre l'habitatge.

3.4. Infraccions i sancions

L'incompliment de les obligacions imposades en aquesta disposició constitueix una infracció en matèria de **consum, en aplicació del que disposa el règim sancionador general sobre protecció dels consumidors i usuaris** previst a la legislació general i a la normativa autonòmica corresponent, sense perjudici de les competències atribuïdes per la normativa vigent a la Direcció General d'Assegurances i Fons de Pensions.

L'incompliment de l'obligació de constituir una garantia a què fa referència l'apartat u.1 d'aquesta disposició dona lloc a **una sanció de fins al 25 %** de les quantitats la devolució de les quals s'hagi d'assegurar o la que correspongui segons el que disposa la normativa pròpia de les Comunitats Autònomes.

A més de l'anterior, s'imposaran al promotor, inclòs el supòsit de comunitats de propietaris o societat cooperativa, les infraccions i les sancions

que puguin correspondre d'acord amb la legislació específica en matèria d'ordenació de l'edificació.

IV. Alguns problemes actuals

Centrant-nos en els possibles problemes actuals i, sobretot, tenint com a base la regulació de la DA1a després de la reforma de la Llei 20/2015, podem assenyalar, entre d'altres, els interrogants més habituals que s'han pogut suscitar en la pràctica.

4.1. La «rescissió» de què parla la DA1a és una resolució autònoma o té el mateix fonament que l'article 1124 del CC? I a quins tipus d'incompliment s'aplica?

El TS considera que no és una resolució automàtica i s'apliquen els mateixos criteris interpretatius que per a l'article 1124 del CC, segons l'STS de 10 de setembre de 2015 (ROJ: STS 3727/2015). A més, afegeix que la «rescissió» o resolució del contracte no exclou que es pugui denegar, d'acord amb els principis generals per mala fe o abús del dret d'alguna de les parts (com passa quan el comprador tolera un endarreriment en el lliurament i després, quan és requerit pel promotor per complir el pagament i fer el lliurament, el comprador pretén la resolució).

Si la resolució participa de la mateixa naturalesa que l'article 1124 del CC, a quin tipus d'incompliments s'aplicaria? En principi, perquè l'incompliment justifiqui la resolució a l'empara de l'article 1124 del CC, cal que es refereixi a una obligació principal (això d'accessòria ho tractarem després) i que sigui essencial en la mesura que frustri la finalitat del contracte (ATS de 3 de juny de 2015¹⁷, entre d'altres). Modernament, els textos internacionals relatius a obligacions i contractes han recollit una línia, fonamentada en el dret anglès, que permet la resolució si la falta de l'altra part constitueix un incompliment essencial, entès aquest com el perjudici al dret que té una part a esperar com a conseqüència del contracte o si la part

perjudicada té raons per creure que no pot confiar en el compliment efectiu de l'altra part (article 7.3.1 dels Principis sobre els contractes comercials internacionals UNIDROIT; articles 81101.1 i 8103 dels Principis de Dret Europeu dels Contractes; o Conveni de Viena d'11 d'abril de 1980, de compravenda internacional de mercaderies en el seu article 49.1).

Centrat l'assumpte en els casos d'incompliment essencial, si hi ha endarreriment en el lliurament d'habitatges o locals, es considera un incompliment essencial? La solució ortodoxa clàssica que recolza la jurisprudència és que l'endarreriment constitueix un incompliment essencial tot i que el promotor estigui en condicions de complir, atès que la fixació del termini inequívoc en el contracte equival a assenyalar un termini essencial i que, a més, si al contracte s'ha pactat com a condició resolutòria expressa allibera de la necessitat d'acreditar altres requisits addicionals per a la resolució (com una sort de pacte de l'article 1123 del CC), STS de 4 de maig de 2016 (RJ 2016, 2217) o de 10 de maig de 2019 (ROJ: STS 1456/2019) on, en aquesta última, s'assenyala que el no lliurament en termini suposa una frustració de la finalitat del contracte on es malmeten les expectatives legítimes del comprador (principis UNIDROIT), ja que l'expectativa del comprador era rebre els pisos o locals en el temps, el lloc i la forma que s'hagués estipulat i en les condicions per ser utilitzats d'acord amb la seva naturalesa. Aquesta tesi va ser matisada pel TS en sentències com la de 20 de gener de 2015 (ROJ: STS 429/2015) i de 7 de maig de 2019 (RJ 2019, 1882) on s'assenyala que «s'introdueix als contractes de compravenda en construcció una especialitat en la jurisprudència interpretativa de l'article 1124 del CC, especialitat que consisteix en que l'endarreriment en el lliurament d'habitatges, tot i que no sigui especialment intens o rellevant, constitueix un incompliment del venedor que sí que faculta el comprador

per resoldre (“rescindir”) el contracte sempre que, com resulta de la sentència de 5 de maig de 2014, el dret a resoldre l'exerceixi el comprador abans de ser requerit pel venedor per a l'atorgament d'escriptura pública per estar l'habitatge ja acabat i en disposició de ser lliurat fins i tot després de la data estipulada per al seu lliurament. Aquesta resolució, però, puntualitza que es pot denegar d'acord amb els principis generals de mala fe o abús de dret del comprador».

És per això que hi ha autors (CARRASCO PEREA¹⁸, entre d'altres) que es desvien de la primera línia argumental i estan una mica més conformes amb aquestes últimes sentències, en assenyalar que és ridícul afirmar que la determinació d'un termini en el compliment equivaldria a convertir aquest termini en terme essencial. Si fos així, tot contracte estaria subjecte a terme essencial, quan, en realitat, en la majoria dels casos els terminis no revelen un interès essencial, impliquin o no una condició resolutòria. El caràcter essencial s'infereix de les circumstàncies materials del contingut de la prestació, «per determinar l'únic moment en què l'interès del creditor pugui resultar satisfet». Sí que és essencial el termini per a la confecció del vestit de núvia, però no ho és tant per al lliurament de pisos o locals sobre plànol quan la data de lliurament s'ha assenyalat amb 2 anys d'antelació, on els compradors voldran rebre'ls tot i que l'endarreriment, ja que així es compleix la finalitat perseguida en el contracte. Prova d'això, per exemple, ho tenim a l'article 1504 del CC, ja que no fa per si mateix que l'endarreriment sigui incompliment resolutori. Serà incompliment essencial si se n'ha impagat el preu, s'ha pactat la condició resolutòria i hi ha un requeriment resolutori.

I quin efecte té un endarreriment en el lliurament d'habitatges per manca d'obtenció de la cèdula d'habitabilitat, la llicència de primera ocupació o equivalent? Sempre que el promotor/

17 ROJ: ATS 4296/2015.

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



venedor acaba l'obra en termini, però no pot fer el lliurament per manca de la llicència de primera ocupació o equivalent, el TS sol resoldre tenint en compte la diligència del venedor i la conducta del comprador, així com els interessos en joc per complir el fi del contracte. En antigues sentències com les STS de 20 de juny de 1993¹⁹, de 4 d'octubre de 1996²⁰ i de 15 de novembre de 1999²¹, entre d'altres, ja assenyalava que el possible endarreriment és més aviat de «naturalesa administrativa», però no apte per justificar la resolució promoguda, ja que perquè es pugui considerar un endarreriment eficient és necessari que es prolongui en el temps sense cap justificació i que acreditati per si mateix una voluntat inequívocament obstativa que frustri decisivament la finalitat econòmica del contracte. Més encara, la posició moderna del TS (que sabem que es basa en un incompliment objecte i no tant una conducta obstativa o deliberadament rebel), en sentències com la de 16 de juliol de 2014²², confirma la idea anterior en entendre que si la part venedora va actuar de forma diligent en tot moment (certificat final d'obra en termini i sol·licitud de llicència de primera ocupació després), no és pot admetre la resolució, més quan la que realment va incomplir va ser la part compradora, que després de ser requerida per a l'atorgament de l'escriptura pública s'hi va negar adduint l'absència de vincle contractual.

Seguint amb els incompliments essencials que permetrien la resolució del contracte, **la manca de la prestació de les garanties per a la restitució de les quantitats o la manca d'obtenció de la llicència de primera ocupació són incompliments essencials?** En un primer

moment, aquestes obligacions poden ser tractades d'accessòries, i més si no s'han pactat expressament al contracte, cosa que impediria sol·licitar la resolució del contracte pel seu incompliment. Això no obstant, els autors moderns (CARRASCO PEREA²³, MURGA FERNÁNDEZ²⁴, entre d'altres) assenyalen el contrari quan determinen que «no és decisiu com es qualifiqui de principal o accessòria una obligació, sinó si el defecte és de tal sort que permet al comprador tractar el lliurament com de cosa diferent de la convinguda (aliud pro alio) en lloc d'una mera imperfecció corrent»; o quan expressen que «el que és veritablement rellevant als efectes resolutoris és el caràcter greu o essencial de l'incompliment en qüestió, amb independència que es tracti d'una obligació principal o accessòria, entenent com a incompliment essencial el que impliqui una manca d'obtenció de la finalitat perseguida, frustració de les expectatives o aspiracions legítimes, i ruptura de la finalitat econòmica o frustració del fi perseguit».

Està clar que el comprador ha quedat sense la possibilitat material (econòmica) d'adquirir l'objecte de la compravenda, cosa que esdevé, doncs, un incompliment essencial

Seguint aquestes idees, les STS de 23 de maig de 2014²⁵ i de 16 de gener de 2015²⁶, entre d'altres, assenyalen que no es pot reduir l'incompliment

de prestar les garanties a merament accessori del contracte, i considera la seva vulneració com a greu o essencial. Això no obstant, al·legar l'absència de les garanties quan ja s'ha posat a disposició del comprador l'habitatge, es pot considerar un acte contrari a la bona fe i no justificatiu de la resolució. Sobre la manca d'obtenció de la llicència de primera ocupació, hi ha les STS de 24 de gener de 2014²⁷ i de 6 de febrer de 2014²⁸, entre d'altres, que determinen que la manca d'obtenció de la llicència té valor resolutori, ja que cal lliurar la cosa en temps, lloc, forma i en les condicions per ser utilitzada d'acord amb la seva naturalesa. Per això, si es va pactar en el contracte com a essencial o si no es va dir res sobre la llicència, però es presumeix que no s'obté per vulneració de la normativa urbanística, aquest fet faulta per resoldre el contracte, perquè frustra la seva finalitat, ja que no podrà ser utilitzat com a habitatge. Per això, cal diferenciar quan no s'obté la llicència de primera ocupació per un mer endarreriment (ja ho hem tractat abans), que donaria dret a sol·licitar la indemnització per danys i perjudicis (ex article 1101 del CC), quan no s'obté per petites irregularitats, que hauran de ser corregides pel promotor o, si escau, el comprador haurà d'exigir-les a costa del promotor (ex article 1098 del CC i de la LEC); o quan no s'obté per vulneració de la normativa urbanística, que dona lloc a aquest efecte resolutori exposat (article 1124 del CC).

Continuem amb un altre assumpte que hem de tractar amb vista a la resolució i és el tema de l'incompliment per la **manca d'obtenció de finançament del comprador en aquest tipus**

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, 3a ed. 2021. p. 1233-1234.

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

25 RJ 2014, 2943.

26 RJ 2015, 278.

27 ROJ: STS 351/2014.

28 ROJ: STS 435/2014.

Estudis doctrinals

de contractes, i ens preguntem si s'ha de mantenir aquest contracte i exigir-ne el compliment o si hi té cabuda la resolució d'aquest. Actualment no ens trobem en una situació de crisi financera, però com que els períodes econòmics són cíclics, podem tornar a veure situacions on en temps de bonança es va signar un contracte amb el promotor i, passats uns anys, no es pugui obtenir el finançament, amb la qual cosa es poden donar situacions com les viscudes en aquests períodes de crisi. Les causes de per què els compradors no estan en condicions d'obtenir el finançament són diverses, com ara la reducció de la seva capacitat econòmica per pèrdua de l'ocupació, cessament de l'activitat professional o reducció dels seus beneficis, així com la reducció de l'interès en l'adquisició de l'immoble pel fet que el preu actual és molt menor que l'estipulat al contracte inicial amb el promotor.

Davant d'aquesta situació, les promotores no volen resoldre el contracte. Saben que aquest els obliga per mor dels articles 1091, 1255 i 1257 del CC, i que només per la voluntat del comprador pretendre resoldre'l pel fet de no obtenir finançament no seria admissible per possible vulneració de l'article 1256 del CC. Per això, cal preguntar-se, mantenim vigent el contracte sobre la base de la seguretat jurídica, els principis de «conservació

del contracte» i de «*pacta sunt servanda*», o es podria resoldre per qualificació d'impossibilitat sobrevinguda del comprador per obtenir el finançament? Prèviament, cal assenyalar que si al contracte s'hagués pactat com a condició resolutorià la manca d'obtenció de finançament o la subrogació en el pretec promotor, provar aquests extrems reunint entitat suficient sí que donaria lloc a la resolució del contracte. Però si no s'ha pactat com a tal, perquè la impossibilitat sigui alliberadora del deutor, segons els articles 1181 i 1184 del CC, ha de ser sobrevinguda, objectiva i absoluta, definitiva o permanent i no imputable al deutor.

Analitzarem breument cadascuna d'aquestes característiques per a la seva aplicació: **Sobrevinguda**, s'entén que ha de ser posterior al naixement de l'obligació (signatura del contracte entre el promotor i el comprador). Cal analitzar si ha canviat la situació econòmica del comprador, i més concretament la denegació de finançament per restricció del crèdit a causa d'una crisi econòmica des de la signatura del contracte fins al moment en què es pretén resoldre. **Objectiva**, que implica que no pot ser complerta ni pel deutor ni per ningú més, i **absoluta**, quan l'impediment no pot ser vençut per les forces humanes (a diferència de la relativa, que es pot superar amb un esforç superior a l'exigut normalment). Partint

de l'STS de 30 d'abril de 2002²⁹, es pot parlar, d'acord amb un criteri objectiu i absolut, d'impossibilitat «econòmica», és a dir, acreditar la impossibilitat d'obtenir finançament a través de qualsevol entitat bancària. **Definitiva o permanent**, atès que les temporals podrien redundar en utilitat del creditor (promotor), cal provar que, tot i que els diners segueixen l'axioma que no pereixen, no s'ha obtingut finançament en cap de les entitats financeres i en un temps raonable no s'obtindrà. Finalment, no ha de ser imputable al deutor (ex articles 1183 i 1184 del CC), atès que se'n presumeix la seva culpa, i per això caldria provar que el comprador no va ser passiu en la recerca de finançament en altres entitats de crèdit, si quan es va formalitzar el contracte de compravenda per la situació personal i econòmica del comprador sí que podria obtenir finançament, així com que tenia ocupació i no es podia preveure l'acomiadament, o la disminució d'activitat econòmica, ja que totes aquestes són imputables a circumstàncies objectives d'un període de crisi financera i no subjectives del deutor. Finalment, totes aquestes característiques han de ser conjugades amb l'existència d'un nexa causal entre la denegació del finançament i la impossibilitat de compliment.

Podem complementar l'anàlisi anterior amb alguns casos tractats pels



29 ROJ: STS 3107/2002.



tribunals. Així, les SAP de la Rioja de 30 de juliol de 2010³⁰, de 9 de desembre de 2011³¹ i de 20 de febrer de 2012³² no van admetre la impossibilitat del comprador perquè la van qualificar de originària, atès que ja a la signatura del contracte no tenia solvència econòmica que li permetés fer front al pagament del preu i fes pensar que podria arribar a tenir alguna concessió d'un préstec per part d'una entitat de crèdit. La SAP de Navarra de 6 d'octubre de 2010³³ va entendre que la impossibilitat no era objectiva ni absoluta perquè l'obligació és pecuniària i existien bancs que encara seguien donant crèdit a altres prestataris amb solvència econòmica. Les SAP de la Rioja de 30 d'abril de 2012³⁴ o l'STS de 8 d'octubre de 2012³⁵, que entenen que la impossibilitat era imputable al deutor perquè era un comprador que coneixia la mecànica dels mercats immobiliaris amb les possibles fluctuacions del mercat per la seva experiència professional, així com que es van adquirir amb fins especulatius, que estan sotmesos a una situació de risc, i no es poden acceptar els beneficis de l'especulació i voler repercutir els riscos al venedor (promotor), ja que és contrari a les exigències de la bona fe (article 1258 del CC) i vulnera l'article 1105 del CC. Això no obstant, sí que hi va haver una sentència, la SAP de Castelló de 13 de gener 2012³⁶, que sí que va admetre la impossibilitat sobrevinguda, pel fet que es va acreditar que se li denegué al comprador subrogar-se en la hipoteca del promotor, se li denegué finançament a una entitat de crèdit on ja tenia el comprador altres préstecs i se li denegué de nou l'obtenció de finançament en altres dues entitats de crèdit.

Qüestió semblant a l'incompliment per la manca d'obtenció de finançament és l'**incompliment per la manca de subrogació en el préstec promotor**. En aquests casos, cal efectuar una interpretació de les clàusules del contracte per comprovar si s'ha pactat com una obligació del venedor l'incompliment de la qual pogués ser essencial i resolutori, o la subrogació era una mera possibilitat i era una obligació de mitjans i no de resultats, l'incompliment de la qual no generaria una resolució del contracte.

Hi ha sentències que s'han resolt amb les dues possibilitats apuntades. L'STS d'1 d'octubre de 2012³⁷ va entendre que la publicitat donada pel promotor, on ofería la «possibilitat» de subrogar-se en la hipoteca del promotor, era una obligació de mitjans i no de resultats, i sent l'entitat de crèdit la que té l'última paraula, sumat al fet que el comprador no va acreditar que hagués anat a altres entitats de crèdit a sol·licitar finançament, va fer que el TS entengués que no hi havia lloc a la resolució. Això no obstant, a les STS de 16 de gener³⁸ i de 12 d'abril de 2013³⁹ sí que es va qualificar d'incompliment resolutori, ja que el tenor del contracte al·ludia a l'expressió «en tot cas, si així ho desitja el comprador», se subrogarà en el crèdit hipotecari gestionat per la promotora. S'hi afegí una altra sentència del TS de data de 26 d'abril de 2013⁴⁰, en què es plantejava la relació entre l'endarreriment en el lliurament de l'habitatge, el fet d'haver arribat a una situació de crisi financera i la denegació al comprador de subrogar-se al préstec promotor. Ambdues qüestions per separat no es poden qualificar d'incompliment essencial, però posades en relació l'una

i l'altra, està clar que el comprador ha quedat sense la possibilitat material (econòmica) d'adquirir l'objecte de la compravenda, cosa que esdevé, doncs, un incompliment essencial.

Finalment, hem d'intentar exposar breument l'alternativa que es podria aplicar davant de la manca del pagament del preu per part del comprador en no haver-hi finançament a causa d'una crisi econòmica, com és l'aplicació de la teoria sobre la **clàusula *rebus sic stantibus*** a causa de l'extraordinària dificultat de compliment. Al nostre parer, l'element més crític que cal valorar per a l'aplicació d'aquesta teoria és que es refereix a contractes la conclusió i execució dels quals es difereix en un lapse de temps, però no en els qualificats com de tracte únic. D'aquí que la SAP d'Alacant de 21 de març de 2012 (JUR 2012/215844) en negués l'aplicació i afegís que no es pot deixar a l'arbitri d'una de les parts el seu compliment (en aquest cas, modificació) ex article 1256 del CC. Això no obstant, creiem que en els contractes de tracte únic, l'execució dels quals es difereix en el temps respecte de la seva conclusió, sí que seria possible aplicarlo, ja que es compleix la ràtio de la interpretació d'aquesta teoria.

Això no obstant, per poder aplicar aquesta tesi, els requisits exigits normalment són:

- **Alteració** extraordinària de les circumstàncies en el moment del compliment respecte de les existents en el moment de formalitzar el contracte, que es podria donar en aquests contractes si quan es van formalitzar no hi havia situació de crisi financera generalitzada

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.

- i sí que n'hi ha en el moment del seu compliment.
- **Desproporció** a les prestacions, que traduït als contractes de venda de pisos i locals sobre plànol representa que l'immoble tenia un valor superior quan es va formalitzar el contracte i en el moment del compliment hi ha una reducció del seu valor de mercat molt considerable, a causa d'una situació de crisi.
 - **Imprevisibilitat**, pel fet que no ha estat provocada aquesta situació per cap de les parts.
 - Finalment, la **subsidiarietat**, ja que no té un altre mitjà per remeiar i salvar el perjudici. Caldria acreditar, entre d'altres coses, que no es va poder obtenir finançament de cap entitat i que no té altres béns realitzables o, si els té no són suficients per obtenir l'import necessari.

A tots aquests requisits, cal afegir-hi l'STS de 17 de gener de 2013 (ROJ: STS 1013/2013), que, tot i que va fer servir aquesta clàusula, reconeix la possibilitat d'aplicar-la, tenint en compte no només una crisi financera, sinó també la valoració en conjunt d'altres factors, com són:

- i) la destinació de la compra sigui per a habitatge habitual i no segona residència o especulativa;
- ii) els compradors siguin no professionals en el sector immobiliari/financer (és a dir, que s'aproximin a la seva qualificació de consumidor);
- iii) la situació econòmica del comprador en el moment de signar el contracte i en el moment d'haver de pagar el que falti;

- iv) el grau real d'impossibilitat d'obtenció de finançament a causa d'una crisi econòmica, cal valorar les condicions imposades per les entitats de crèdit per concedir el finançament; i
- v) la possibilitat de negociació de les condicions de pagament amb el venedor, per intentar mantenir el contracte revisat com a alternativa a la resolució.

4.2. Efectivitat de les garanties a la DA1a de la LOE en alguns supòsits especials

Ja hem vist que la regulació actual permet per part del comprador l'exercici simultani de l'acció contra el venedor i l'assegurador, així com dirigir-se contra l'avalador i l'assegurador, sense haver de demanar el promotor per incompliment. I la Llei diferencia clarament la relació promotor-assegurador de comprador-assegurador, ja que l'entitat asseguradora no pot oposar al comprador les excepcions que tingués contra el promotor, com ara la manca de pagament de la prima. Això no obstant, en suprimir-se el caràcter executiu de l'aval i l'assegurança, la doctrina es plantejava quina repercussió tindria de cara al comprador. Una interpretació literal de la norma obligaria a acudir a un procés declaratiu per provar el fet generador que cobreix la garantia. Això no obstant, d'acord amb autors com PÉREZ CALVO⁴¹, entre d'altres, han de ser pagades les quantitats pel simple requeriment resolutori del comprador. No hi ha resolució automàtica del contracte, com hem vist abans, però sí que hi ha obligació automàtica de devolució després del requeriment. La resolució del contracte no és necessària per executar les garanties, però hem vist que la resolució extrajudicial pel requeriment pressuposa l'incompliment del

promotor, fet generador del sinistre, que obligaria els garants a pagar.

Així mateix, cal estudiar l'efectivitat de les garanties en altres casos dubtosos com són els següents:

- **Vicis o càrregues ocultes:** Cal preguntar-se si l'expressió «manca de lliurament» que fa la DA1a de la LOE per fer efectives les garanties i poder exigir a l'asseguradora la restitució dels avançaments s'estén a altres supòsits més enllà del lliurament dels habitatges en condicions d'habitabilitat, com ara tenir qualsevol tipus de vici o càrrega oculta. Tradicionalment (STS de 18 de febrer de 1993, RJ 1993, 1243; i STS de 14 d'abril de 1993, RJ 1993, 2879, entre d'altres) es defensava que, en aquests casos, si hi havia lliurament dels habitatges en termini i amb tota la documentació no hi havia un incompliment de l'obligació de lliurament, i el comprador podria exercir només les accions per vicis o càrregues ocultes, sense possibilitat de fer efectives les garanties legals (aval o assegurança). Però com assenyala CARRASCO PEREA⁴², la jurisprudència actual amplia els supòsits passant del «no lliurament» al «lliurament amb vicis o càrregues ocultes», en què es poden exercir no només les accions per vicis, sinó les efectives de les garanties contra els avaladors/garants, com són les STS de 9 de març de 2016 (RJ 2016/959) i de 12 de setembre de 2016 (RJ 2016/4437), entre d'altres, que van tractar el cas del lliurament dels habitatges en termini i amb totes les llicències, però va haver-hi per

41 CASADO CASADO, B. «Percepción de las cantidades a cuenta en compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía», a In-Dret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, octubre de 2016, p. 15, en què se cita PÉREZ CALVO, I., «El seguro de caución y su automatismo en el funcionamiento de la garantía», a Revista de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, número 48, p. 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, p. 156-209 (2022); cita a CARRASCO PEREA, A. (2022: I, 9, IV, 15), p. 164.



part del promotor ocultació d'un litigi del qual hi havia amenaces de demolició del que s'havia edificat per il·legalitat urbanística, amb la frustració de les expectatives legítimes del comprador, cosa que equival a l'incompliment del venedor del lliurament dels habitatges i poder fer efectives les garanties legals. Igualment seria aplicable en els casos de venda dels habitatges o locals amb anotacions d'embargament o càrregues, com ara la hipotecària, no cancel·lades prèviament pel promotor, com assenyala l'article 23.2 de la Llei 8/2012 de l'habitatge a Galícia, que, sens perjudici de les accions civils pertinents, poden fer efectives les garanties per a la devolució dels avançaments si l'habitatge o el local «apareix gravat amb càrregues diferents de les pactades».

- Quantitats lliurades abans de l'obtenció de la llicència d'edificació: històricament, era freqüent a la pràctica constituir dos tipus d'assegurances, una per al «tram I», que assegurava les quantitats lliurades per sufragar les despeses a la fase prèvia per a la compra del sòl (generalment en cooperatives d'habitatges i garantien la bona diligència en el maneig dels fons pels administradors); i un altre per al «tram II», que garantia les quantitats anticipades després d'obtenir la llicència d'edificació, que exigia la Llei 57/68. L'STS de 13 de setembre de 2013 (RJ 5931, 2013) va condemnar aquesta pràctica i va eliminar les assegurances de la primera fase, i va determinar que els avançaments anteriors també estaven garantits per la Llei 57/68 en una interpretació dels contractes que, tot i que no ho arriba a dir, aquesta

protecció resulta pel fet que es va generar una confiança suficient en el comprador que els avançaments (en general) estaven garantits d'acord amb la llei del 68. Què passa després de la llei del 2015 que diu literalment «des de l'obtenció de la llicència d'edificació»? I més encara, què passa després de la supressió del Projecte de llei d'habitatge que sí que establia a la DA1a estendre les garanties a quantitats lliurades «abans» de l'obtenció de la llicència? En una interpretació ortodoxa i literal de la norma, no estarien cobertes les quantitats anteriors, però no podem compartir aquesta opinió pels arguments següents:

- (i) la reforma de DA1a de la LOE no implica una reculada en la protecció del comprador, per això, en assenyalar el moment de l'obtenció de la llicència es refereix al moment en què ha d'estar vigent la garantia, és a dir, el promotor quan tingui l'obtenció de la llicència ha de tenir l'aval o l'assegurança, però això no discrimina que garanteixi les quantitats si són lliurades abans o després d'aquest instant;
- (ii) la mateixa DA1a diu que es garanteix «la quantia total de les quantitats anticipades», per la qual cosa es garantirien totes, amb independència del moment de lliurament, tot i que la pòlissa de l'assegurança o l'aval diguin una altra cosa;
- (iii) com que no es pot imposar a l'asseguradora un risc per pagaments anteriors no controlats

per aquesta, cal, seguint la línia de l'STS 2013, que l'asseguradora hagués generat en els compradors la confiança suficient perquè creguessin que sí que estava assegurat el risc;

- (iv) hi ha pronunciaments de la jurisprudència menor, com la SAP de Múrcia de 21 de març de 2022⁴³, que assenyala que una vegada obtinguda la llicència d'edificació sorgiria per al promotor l'obligació de garantir totes les quantitats anticipades pels futurs compradors, fos anterior o posterior a l'obtenció de la llicència. Però, en tot cas, és necessària l'obtenció de la llicència d'edificació per retrotreure el règim de garantia i estendre aquesta responsabilitat als garants (de manera indirecta ho va entendre també la SAP de Madrid de 17 de febrer de 2022⁴⁴).

- Impossibilitat d'obtenir finançament per part del comprador: Pot ser freqüent, com ja hem vist, que el comprador necessiti finançament (generalment préstec hipotecari) per a l'adquisició de l'habitatge en construcció. L'incompliment, quan és imputable al comprador, genera la possibilitat d'exercici de les accions a favor del promotor (arres, danys i perjudicis i/o clàusula de penalització, etc.) i el comprador recuperaria les quantitats anticipades prèvia deducció del que correspongui al promotor. És evident que en aquesta situació no poden entrar en joc les garanties legals perquè no s'ajusten al tenor

43 JUR 2022, 177216.

44 JUR 2022, 152516.

del que disposa la DA1a de la LOE. Ara bé, cal preguntar-se si al contracte s'hagués pactat la possibilitat de subrogació en el préstec promotor i el venedor va assegurar aquesta possibilitat a l'adquirent. La doctrina entén que els pactes només vinculen les parts (1257 del CC) i no poden afectar els garants que no hagin prestat el seu consentiment, ja que graven la seva posició ex article 1851 del CC, i no poden fer efectives les garanties legals sobre els avançaments en aquests casos.

- **Pròrroga del termini de lliurament d'habitatges i locals:** També pot ser freqüent que davant d'un endarreriment en el lliurament dels habitatges es pacti una pròrroga entre el comprador i el promotor. Això fa que es prorrogui la garantia de l'assegurança o l'aval? Tant amb la llei del 68 com amb la regulació actual, s'entén que no s'han prorrogat les garanties, primer perquè la DA1a en aquest punt és dispositiva en parlar de «pot prorrogar-se» i no imperativa; i, segon perquè en el cas de l'aval seria aplicable l'article 1851 del CC abans esmentat i, en cas d'assegurança, els articles 11 i 12 de l'LCS, per la qual cosa cal el consentiment dels garants. Una altra qüestió interessant és, si s'ha optat per concedir una pròrroga, no es pot optar després per la resolució? Tot i existir sentències antigues que defensaven que, si s'havia optat per una pròrroga, s'havien consumat les

opcions que permetia la llei i no es podia exigir la resolució, actualment és possible, més quan es constata que no es complirà en el termini concedit per la pròrroga (ex article 1124 del CC).

4.3. Si el promotor no ha emès els certificats individuals de l'aval o l'assegurança col·lectiva concertada, deixa de ser responsable l'entitat avaladora?

La Llei 57/68 no exigia literalment assegurança o aval individual, i en permetia un de col·lectiu, però que en el moment de l'atorgament del contracte s'hauria d'individualitzar a cada comprador per les quantitats anticipades. El TS, en la sentència de 10 de juny de 2015⁴⁵, assenyalava que no hauria de recaure sobre el comprador que va abonar els avançaments una actuació negligent o dolosa del promotor en no exigir els certificats individuals. Amb la literalitat actual de la DA1a no es podria seguir aquesta interpretació, però la jurisprudència posterior (és veritat que basada en casos regits per la llei anterior) sembla que segueix el raonament de la Llei del 68, i fa una interpretació teleològica basada en la protecció al comprador, ja que el garant respondrà per la pròpia naturalesa de l'assegurança o de l'aval, tot i que sigui col·lectiu. Com a arguments es poden assenyalar els següents:

- (i) STS de 19 d'abril del 2022⁴⁶, de 8 de gener del 2020⁴⁷, entre d'altres. Es respon de la totalitat sense límits quantitius, amb independència que els avançaments s'hagin ingressat o no en un compte de l'avalador /entitat financera o d'una altra entitat, ni tampoc del caràcter del compte esmentat, ja que són obligacions del promotor

que no poden recaure sobre el comprador.

- (ii) D'acord amb CARRASCO PEREA⁴⁸, tot i que no s'hagi emès l'assegurança o l'aval individual, els garants no poden aprofitar-se de la seva matusseria, ja que saben que la llei exigeix una assegurança o aval individual. Si permeten el col·lectiu, haurien de respondre en els termes exposats (articles 1119 i 1306.3 CC).

Això no obstant, com s'ha dit abans, hi ha una jurisprudència que exigeix, perquè el garant respongui, que s'hagi generat una confiança en el comprador que les quantitats anticipades estaven garantides, tot i que existís només un aval o assegurança col·lectius. L'STS de 30 de maig de 2022⁴⁹ assenyalava que no es genera aquesta confiança quan en el contracte no s'ha fet referència a la Llei 57/68, ni a les garanties de devolució dels avançaments, ni al fet que es concertava per a una determinada promoció, ni s'identificava el compte especial ni s'hi van fer els ingressos. Aquesta línia sembla una reculada a la jurisprudència anterior que negava la protecció del creditor basada en la confiança de l'existència de les garanties.

4.4. Responsabilitat de les entitats de crèdit dipositàries: abast de l'expressió «sota la seva responsabilitat»

Tant la llei del 68 com l'actual DA1a de la LOE mantenen l'expressió «sota la seva responsabilitat» d'aquella entitat de crèdit que admet ingrés de quantitats en un compte diferent de l'especial del promotor i sense que s'hagin constituït les garanties, amb la qual cosa la fa responsable per incompliment del seu deure legal de vigilància

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», a Publicaciones Centro de Estudios de Consumo, 31/01/2020, disponible a https://centrodeestudiosdeconsumo.eu/images/Garantias_por_cantidades_adelantadas_en_compraventa_de_vivienda-_un_paso_atras_.pdf.

49 RJ 2022/2432.



(STS de 18 de juliol de 2017⁵⁰, de 21 de desembre de 2015⁵¹, de 13 de gener de 2015⁵², entre d'altres). Com assenyala CARRASCO PEREA⁵³, l'entitat respon «in vigilando» de l'incompliment a manera d'un assegurador *de facto* de les quantitats. Però la jurisprudència, per imputar-li aquesta responsabilitat, exigeix que els ingressos que no s'han fet al compte especial sí que s'hagin fet en un compte de l'entitat demandada (perquè si és d'una altra entitat se li escaparia la seva possibilitat de control). Així mateix, per imputar la responsabilitat requereix que l'entitat de crèdit «conegui o pogués haver conegut» que els avançaments es fessin a compte del preu pels futurs adquirents. Se li exigeix una diligència mínima sense arribar a ser una tasca de recerca exhaustiva. Per això, per imputar la responsabilitat a l'entitat no n'hi ha prou que en el concepte de les transferències apareguin els noms del comprador si l'abonament el va fer una societat intermediària i, a més, el promotor té diverses promocions en marxa (STS de 26 de juliol de 2022⁵⁴, d'1 de març de 2021⁵⁵, entre d'altres).

La doctrina també discuteix sobre el caràcter de la responsabilitat de les entitats de crèdit. Una solució ortodoxa basada en el deure «in vigilando» podria considerar-la extracontractual (ex article 1902 del CC). Però l'**STS de 16 de gener de 2015** va considerar que era contractual, derivada d'una relació jurídica entre el que té el deure de complir i el que té dret a rebre, i és una obligació que neix del contracte (article 1089 del CC). No hi ha una relació directa, però sí que hi ha un contracte entre la promotora i l'entitat de crèdit a favor del comprador. La conseqüència és que prescriuria als 5 anys (article 1964 del CC) a comptar des que pogués ser realitzat (article 1969 del CC). Afegim que l'exercici de l'acció contra el banc

dipositari, així com la sentència ferma recaiguda en aquest procediment, per declarar la seva responsabilitat no produeix efecte de cosa jutjada, i es pot exercir una altra acció per reclamar la restitució dels avançaments, i no es considera endarreriment deslleial el fet de reclamar la restitució anys després sempre que l'acció no hagi prescrit. Això no obstant, per evitar una dilació en la reclamació de les restitucions que inclogui el nombre més gran d'interessos, la SAP de Barcelona de 30 de maig de 2022⁵⁶ assenyala que s'han de computar des que s'interposa extrajudicialment la demanda, i no des del pagament, i es consideren per a alguns interessos moratoris i no remuneratoris, com veurem després.

Però la jurisprudència, per imputar-li aquesta responsabilitat, exigeix que els ingressos que no s'han fet al compte especial sí que s'hagin fet en un compte de l'entitat demandada

Amb relació a les entitats de crèdit dipositàries també pot sorgir un altre problema, que és el relatiu a la seva responsabilitat en el cas de descompte d'efectes canviaris. El plantejament seria el següent: el comprador paga les quantitats al promotor mitjançant lletres de canvi o pagarés, i el comprador assumeix el paper d'acceptant en la lletra o signant en el pagaré. El promotor transmet a les entitats de crèdit els efectes canviaris a través del «descompte» per obtenir liquiditat. Si el promotor incompleix el lliurament dels habitatges, respon l'entitat de crèdit descomptant? La primera

resposta que ens ve al cap hauria de ser que no respon, ja que d'acord amb els articles 20 i 67 de la Llei 19/85 de l'LCCh, i atès que és un tercer canviari aliè a la relació causal subjacent, no hauria de respondre. Com a excepció, caldria imputar-li la responsabilitat si es demostra l'«*exceptio doli*», que consisteix en el fet que el banc pogués saber que el promotor incompliria la prestació que va servir de causa a l'acceptació dels instruments canviaris. Igualment, es podria dir que l'entitat de crèdit és responsable si aquesta entitat era la dipositària del compte especial i la que va constituir les garanties, ja que, com hem dit abans, va poder o podia saber que aquestes quantitats s'haurien de destinar i dipositar al compte especial i complir la seva finalitat específica. En cas contrari, faria de pitjor condició al comprador que paga amb efectes canviaris que al que paga amb transferències.

4.5. Limitació temporal de les accions contra l'avalador/assegurador

Ja amb la Llei 57/68, que no assenyalava límit temporal de l'aval, la jurisprudència va resoldre la possible contradicció que hi havia si el comprador estava garantit per una assegurança on l'article 23 de l'LCS assenyalava un termini de prescripció de 2 anys, davant del garantit amb un aval que s'hauria de regir per l'article 1964.2 del CC, que fixa (abans, 15 anys) ara 5 anys de prescripció. Després de la redacció de la DA1a de la LOE, es parla del transcurs de dos anys i la caducitat de l'aval. **Quin termini tenim en compte ara?** Una solució ortodoxa seria considerar que el legislador equipara assegurança i aval per aplicar un termini de 2 anys per a l'exercici de les accions (ex article 23 de l'LCS i DA1a de la LOE), però aquesta equiparació no és absoluta, ja que per a l'aval assenyalava que és un termini de

50 RJ 2017, 3643.

51 RJ 2015, 5403.

52 RJ 2015, 352.

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

54 ROJ: STS 3220/2022.

55 RJ 2021, 809.

56 ROJ: SAP B 6229/2022.

caducitat i, per a l'assegurança, l'LCS assenyala que és de prescripció. Però hi ha una interpretació d'acord amb la jurisprudència antiga on es considera que el termini de dos anys és perquè es produeixi el supòsit de fet cobert per la garantia: si un cop produïda la manca de lliurament no es reclama al promotor la devolució de les quantitats, no hi entren en joc les garanties. Però si dins dels dos anys el comprador va requerir al promotor la rescissió del contracte, el comprador pot exercir l'acció contra l'avalador, acció que prescriu als 5 anys ex article 1964.2 del CC. Aquesta solució és la més d'acord amb la protecció del comprador i l'esperit de la norma.

4.6. Naturalesa jurídica dels interessos de quantitats anticipades que ha d'abonar el garant: moratoris o remuneratoris?

La jurisprudència consolidada (STS de 21 de juny de 2022⁵⁷, de 7 de març de 2022⁵⁸, entre d'altres), ja fins i tot amb la Llei 57/68, assenyala que es tracta d'interessos remuneratoris. La DA1a parla de l'interès legal dels diners des del lliurament efectiu de l'avançament. La doctrina ha criticat que es tracti d'interès remuneratori perquè això es dona quan la restitució d'un capital és deguda per contracte (*v. gr.* el préstec), però no en altres supòsits com l'arrendament o la fiança, ja que l'objecte no és pagar una quantitat de diners per l'ús d'un capital, sinó donar una garantia. Per això, CARRASCO PEREA⁵⁹ assenyala que perquè hi hagués interessos remuneratoris caldria que, en rebre els avançaments, ja el garant estigués obligat a tornar-los en el mateix acte. Per això, els interessos són moratoris i requereixen la intimació contra el garant, a diferència de si el comprador resol contra el promotor, que

s'apliquen els articles 1303 i 1124 del CC, on els interessos són remuneratoris i es computen des que es van pagar els avançaments.

4.7. Irrenunciabilitat dels drets

Després de la Llei 20/2015, no s'esmenta a la DA1a de la LOE la irrenunciabilitat dels drets, però entenem que aquesta expressió ha de continuar mantenint-se, d'acord amb els arguments de CASADO CASADO⁶⁰, tals com:

- (i) la finalitat mateixa de la norma, perquè no es qüestiona que estem davant d'una norma protectora i imperativa on hi ha una posició dominant (promotor) i una altra en inferioritat (comprador), parlant de condicions predisposades i d'adherent, per la qual cosa no juga el PAV de manera plena i no hi cap una renúncia dels drets;
- (ii) pels antecedents històrics, doncs ja es recollia a la Llei 57/68 i en cap moment s'ha qüestionat la supressió d'aquesta expressió, ja que es mantenen els mateixos problemes i la mateixa necessitat de protecció;
- (iii) per arguments normatius, ja que la mateixa DA1a en matèria de sancions remet al TRLCiU on s'indica expressament la irrenunciabilitat dels drets, així com als articles 6.2 i 6.3 del CC. A les comunitats autònomes com Catalunya, si s'entén que les normes són dispositives (com succeeix en matèria d'LCCI) i hi podria haver renúncia, s'hauria de respectar, en tot cas, sempre el mínim estatal i, amb això, la DA1a de la

LOE amb la interpretació que estem exposant; i

- (iv) argument jurisprudencial, com les STS de 13 de gener de 2015⁶¹, de 7 de maig de 2014⁶² i d'altres exposades on no admeten renúncia de drets.

Exposat això, cal preguntar-se si és possible una transacció en aquesta matèria. D'acord amb l'STJUE de 9 de juliol de 2020, assumpte C-452/18, el que es prohibeix és una renúncia prèvia als drets, però no una renúncia posterior quan el dret ja ha nascut (incompliment del promotor i dret del comprador a obtenir la restitució del que s'ha anticipat), i més si la renúncia forma part d'una transacció. Per això, a l'STS de 20 de juliol de 2020⁶³, en aplicació de l'article 1809 del CC, és vàlida la transacció feta per evitar que els compradors hagin d'acudir als tribunals per a la seva execució. En conseqüència, si hi ha una transacció entre comprador i promotor, el garant i l'entitat de crèdit només responen en cas d'incompliment del promotor del *quantum* transigit, en la mesura que respon el promotor per aplicació dels articles 1826, 1835, 1839 i 1852 del CC.

4.8. Responsabilitat dels garants en altres casos especials

La doctrina estudia altres supòsits freqüents de responsabilitat dels garants, com ara causes extintives del contracte que no comportin un incompliment del promotor o novacions contractuals substantives. Pel que fa a les primeres, sobre **causes extintives**, és evident que les garanties legals segueixen la sort del contracte principal i si aquest s'extingeix, també ho faran les garanties sobre la base dels articles 1847 del CC i 68 de l'LCS. Per això, la jurisprudència ha assenyalat que no

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 a: <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 CCASADO CASADO, B. «Percepción de las cantidades a cuenta en compra de viviendas...», *op. cit.* p. 10.

61 RJ 2015, 352.

62 RJ 2014, 3126.

63 RJ 2020, 2488.



està garantida la devolució dels avançaments en els casos següents: resolució de mutu acord del contracte aliè a l'incompliment del termini de lliurament de l'habitatge (STS de 12 juliol de 2021⁶⁴); baixa de cooperativista aliena l'endarreriment en la finalització dels habitatges (STS de 2 febrer de 2021⁶⁵); acord entre el promotor i el comprador per no consumir el lliurament, amb tolerància fins que aparegui un altre comprador (STS de 19 d'octubre de 2015⁶⁶); o el comprador es desvincula del contracte per qualsevol causa aliena a aquest (STS de 30 d'abril de 2015⁶⁷). Això no obstant, la cosa canvia quan hi ha un incompliment previ qualificat com a incompliment essencial, com és el de no iniciar la construcció o la manca de lliurament dels habitatges, sobretot, en cooperativa d'habitatges, tot i que en aquests contractes d'adhesió pels cooperativistes no s'hagi concretat la data de lliurament dels habitatges i el cooperativista s'ha donat de baixa i sol·licita que entrin en joc les garanties legals (STS de 29 de març de 2021⁶⁸); o la manca de constitució de les garanties en cas de les cooperatives, on no se sol·licitaria la responsabilitat amb càrrec a la cooperativa mateixa, atès que ho suportarien els altres socis, sinó que ha de respondre la gestora de la cooperativa (STS de 12 de juliol de 2016⁶⁹).

Pel que fa a les **novacions**, al marge de la seva discussió de novació extintiva o modificativa, el que se sol plantejar en aquests contractes és si els pactes entre compradors i promotora, pels quals es canvia de l'habitatge inicialment comprat a un altre de la mateixa promotora en una altra promoció, o fins i tot a un altre d'una altra promotora diferent, vinculen els garants de les quantitats inicialment lliurades, així com les entitats de crèdit dipositàries d'aquestes quantitats. Està clar que de la regulació de la fiança

es pot deduir que no s'estenen les garanties i no en serien responsables els garants sense el seu consentiment, com assenyala l'article 1827 del CC, perquè la fiança ha de ser expressa i no s'estén a més del que hi conté; perquè aquesta novació pot ser tractada com una mena de transacció i s'apliquen els articles 1835.2 i 1851 del CC, d'on s'infereix que els pactes que puguin perjudicar el fiador no l'afecten sense el seu consentiment; igualment s'argumenta que sense el consentiment dels garants els afectaria un contracte del qual no van ser-ne part (ex article 1257 del CC). Aquest darrer argument també és fonamental per sostenir la no responsabilitat de l'entitat financera dipositària de les quantitats.

4.9. Concurs de creditors als contractes de venda de pisos i locals sobre plànol

Actualment hi ha un període de bonança econòmica que, sobretot, s'està veient en la venda de pisos i locals en general, i també en la venda de pisos i locals sobre plànol, però si mirem enrere, a períodes de crisis passats, podem tornar a situacions de fallida econòmica que ens facin acudir de nou als textos del dret concursal per veure el tractament que es dona a aquests problemes. Actualment, amb el TRLC, als **articles 160 i seg.** hem de diferenciar si hi ha un incompliment del promotor abans o després de la declaració del concurs. Atès que l'article 160 del TRLC permet que, una vegada declarat el concurs, només es pugui resoldre el contracte per incompliment anterior si es tracta d'un contracte de tracte successiu, en la compravenda de pisos sobre plànol, que és qualificada de tracte únic, obliga al fet que el comprador hagi requerit extrajudicialment el promotor per incompliment abans de la declaració del concurs, entenent el contracte resolt

en haver nascut l'obligació de restitució de les quantitats al comprador, que tindran el tractament de crèdit concursal ex article 163 del TRLC (STS de 20 de setembre de 2018⁷⁰). Si l'incompliment és posterior a la declaració del concurs, l'exercici de l'acció de resolució (articles 161 i 162 del TRLC) ha de ser davant del jutge del concurs, pels tràmits de l'incident concursal, i el tractament serà el de crèdit contra la massa.

En aquesta situació de concurs del promotor, **poden els compradors reclamar als garants?** La doctrina assenyala que les garanties pels avançaments han de funcionar al marge del concurs, tant si hi va haver una reclamació extrajudicial abans del concurs com si és posterior, perquè, de fet, les garanties funcionen sense necessitat de resoldre judicialment el contracte, i l'acció del comprador contra els avaladors o les asseguradors no treu cap crèdit de la massa activa. Els avaladors que paguen se subroguen en la posició del comprador, i el seu crèdit es classifica en els termes de l'article 263.2 del TRLC. I, **succeeix el mateix si el promotor ha arribat a un acord amb els creditors (compradors) en el conveni, pactant algunes quitances i esperes?** L'STS de 4 de juliol de 2018 (RJ 2018/2794), tot i que tractava un supòsit que es regia sobre l'anterior LC i la Llei 57/68, va donar la solució en el seu antic article 135 de l'LC (actual **article 399 del TRLC**), que assenyala que la responsabilitat dels obligats solidaris, fiadors o avaladors del concursat davant dels creditors que són autors de la proposta del conveni o s'hi han adherit sense revocar-la, s'ha de regir sobre el pactat sobre el particular i, si no, sobre les normes legals aplicables a l'obligació assumida (que en aquest cas era la Llei 57/68 actual DA1a de la LOE) i es pot reclamar contra l'avalador

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.

o l'assegurador la restitució dels avançaments en cas d'incompliment (previ requeriment resolutori), però els acords de quitança i/o espera que hagin acordat al conveni són tractats com una mena de novació o transacció. Per això, d'acord amb la màxima ja assenyalada que allò acordat pel promotor i el comprador no pot perjudicar el fiador (avalador o assegurador), cal assenyalar que el conveni concursal on es pacta l'espera no extingeix la fiança (no s'aplica l'article 1851 del CC perquè, una vegada fet el requeriment resolutori per part del comprador contra el promotor, l'avalador respon), no pot perjudicar als garants la quitança, al contrari, els ha d'afavorir (si s'aplica l'article 1853 del CC), i no s'aplica l'article 1852 del CC per aplicació de l'article 263.2 del TRLC.

Finalment, en situacions de **liquidació concursal** del promotor, entre d'altres problemes, podem tractar el cas en què l'edificació no s'hagi acabat, però els compradors l'adquireixen en la liquidació per un cost menor, assumint ells la finalització de l'obra i l'obtenció d'autoritzacions i llicències administratives, i ens podem preguntar si els compradors podrien reclamar als garants les quantitats anticipades. L'STS de 22 de juliol de 2019⁷¹ va tractar un cas similar, on els avaladors al·legaven que no tenien obligació, atès que l'habitatge «es va lliurar» i podria suposar un enriquiment injust en benefici dels compradors. El TS dona la raó als compradors sobre la base que l'incompliment es dona si no s'inicien les obres o no són lliurades (actualment diu «arribi a bon port»), que pressuposen la finalització de les obres (no estem en un mer endarreriment o una finalització amb desperfectes o irregularitats); i que no hi ha un enriquiment del comprador perquè ha hagut de costejar el final de l'obra i l'obtenció de llicències, sense que hi hagi relació causal amb l'empobriment de l'avalador, perquè aquest «empobriment» sorgeix de la seva obligació legal de ser responsable per incompliment del promotor.

La doctrina estudia altres supòsits freqüents de responsabilitat dels garants, com ara causes extintives del contracte que no comportin un incompliment del promotor o novacions contractuals substantives

V. Bibliografia

- MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, E. «Cesión de solar a cambio de obra futura. renacimiento de la figura», 2016, Tesi codirigida pel Dr. Íñigo A. Navarro Mendizábal i la Dra. Isabel de la Iglesia Monje, Universitat 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», a Tratado de la compraventa, homenaje a Rodrigo Bercovitz, CARRASCO PEREA, A (dir.), 2013. Aranzadi, p. 1103-1113.
- CORREDOR SIERRA, B., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 (275/2015); 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» a Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil), volumen 7è, 2015, YZQUIERDO TOLSA, M. (Comitè editorial) DÍAZ FRAILE, J. M., (dir.), Ed. Dykinson, Servicio de estudios del Colegio de Registradores, p. 147-162;

- «La protección de los compradores de viviendas en situación de prehorizontalidad o “sobre plano”» a la Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) número 8, gener-juliol de 2016, Ed. Dykinson, p. 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», a Publicaciones Centro de Estudios de Consumo, 31/01/2020, disponible a 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 a <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», a InDret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, octubre de 2016.

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, p. 156-209 (2022).

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

71 RJ 2019, 3268.