

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTREGAS A CUENTA EN LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA. EL SEGURO DE CAUCIÓN.

ÍNDICE

1. Resumen.
2. Introducción.
3. Antecedentes de hecho.
4. Objetivos.
 - 4.1. La normativa de protección al consumidor.
 - 4.1.1. La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.
 - 4.1.2. La Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión, y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.
 - 4.1.3. La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. La Disposición Adicional Primera. Principales novedades legislativas.
 - 4.1.4. Garantías exigibles con anterioridad a la adquisición de la vivienda.
 - 4.2. El seguro de caución. Consideraciones generales.
 - 4.2.1. Concepto.
 - 4.2.2. Partes intervinientes.
 - 4.2.3. Características principales del seguro de caución.
 - 4.2.4. Diferencias entre el seguro de caución y el seguro de crédito.
 - 4.2.5. El pago de la prima.
 - 4.2.6. La prescripción en el seguro de caución.
 - 4.3. Ámbito de protección de los consumidores y usuarios, en cuanto al análisis de posibles cláusulas abusivas insertas en la póliza del seguro de caución.
 - 4.4. La acción declarativa de reintegro. Aspectos de la legitimación procesal.
5. Conclusiones.
6. Jurisprudencia citada.
7. Bibliografía.

8. Anexo I: Demanda de procedimiento declarativo ordinario en ejercicio de la acción de recobro.
9. Anexo II: Demanda ejecutiva de título judicial.

1. Resumen.

En el presente Trabajo de Fin de Máster el objetivo principal es el estudio de la protección de las entregas a cuenta para la adquisición de viviendas, contemplada legalmente en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación debido a la reciente reforma que se ha llevado a cabo mediante la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras. Para ello, se ha realizado un análisis de la evolución doctrinal y jurisprudencial que se ha ido produciendo desde la primera regulación legal de la materia en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre Percibo de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas, derogada por la mencionada Ley de Ordenación de la Edificación; hasta la actualidad.

Daremos especial relevancia a la figura del seguro de caución, contemplada legalmente en el artículo 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Así, una vez establecidas las consideraciones generales de este contrato, se expondrán los principales problemas y peculiaridades que su contratación presenta en su aplicación práctica para las partes que en él intervienen y las diferentes soluciones que se plantean para ellos; así como las diversas interpretaciones que de ello hace la jurisprudencia.

Una vez expuestos los antecedentes de hecho, los objetivos, y las principales cuestiones que se plantean, se finalizará el trabajo con un apartado de conclusiones, se citará la bibliografía y jurisprudencia consultadas, y se anexará un escrito de demanda, a partir de un caso ficticio, con el objeto de simular la actuación que un abogado defensor de la compañía aseguradora debería llevar a cabo al enfrentarse a una anterior sentencia desfavorable en la que es obligada a indemnizar al asegurado. Esto es, planteando una acción de recobro, derecho contemplado igualmente en el citado precepto legal del artículo 68 LCS.

Abstract

In this Master's thesis the main goal is to study the protection of the advanced payments for the purchase of houses, which is currently regulated by the Spanish Law: "Ley de Ordenación de la Edificación", after the legal reform stated in the Law "Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades

Aseguradoras y Reaseguradoras”. An analysis has been carried out on the doctrine and jurisprudence which has taken place from the first Law “Ley 57/1968 de 27 de Julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de vivienda”, to the current time.

We will explain carefully the caution insurance contract, legally established in the article number 68 of the Insurance Contracts Law (“Ley de Contratos de Seguro”). Then, once a general perspective of this kind of insurance is explained, we will present the current problems that this kind of assurance presents normally, the parts interacting within the contract, and the solutions given by courts with jurisprudence.

Once factual background and the objectives are exposed, we will continue with a conclusions section, followed by the jurisprudence given included in the work, and we will attach a practical judiciary demand from an invented issue, working as if we were professional lawyers of the insurance’s company, trying to get a refund from the construction company. This action is equally established in the mentioned article number 68 of the Spanish Law of Assurance Contracts.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LOE: Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

LCS: Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

CC: Código Civil.

TS: Tribunal Supremo.

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

LOSSEAR: Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

CE: Constitución Española.

Art.: Artículo.

Núm.: Número.

Rec.: Recurso.

Sec.: Sección.

AAP: Auto de la Audiencia Provincial.

2. Introducción.

Resulta sin duda necesaria la construcción de un sistema legal de garantías que dote de una protección efectiva a los compradores de viviendas sobre plano que adelantan una parte del precio de las mismas a la promotora. Con esta intención surgió la primera regulación legal de la materia, la Ley 57/1968 de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

La aprobación de dicha Ley, junto a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación de dicha legislación, se tradujo en la consecución de una amplia protección del consumidor adquirente frente a las promotoras.

Sin embargo, la reciente reforma llevada a cabo mediante la Ley 20/2015, ha supuesto una regulación más exhaustiva, aunque no por ello menos problemática, del régimen de garantía sobre cantidades adelantadas por los adquirentes para la construcción de viviendas por el promotor. De hecho, ha supuesto, en cierto modo, una ampliación de garantías hacia las promotoras y compañías aseguradoras, en detrimento del consumidor, por las razones que más adelante explicaré.

Aquí reside el objeto principal de la redacción y elaboración del presente Trabajo. Se tratará de abordar desde un punto de vista crítico y técnico la mencionada reforma y el alcance que ésta va a tener, tanto desde el punto de vista del consumidor, como de la promotora y la aseguradora.

Se hará especial hincapié en la figura civil-mercantil del seguro de caución, recogida en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro. Teniendo en cuenta que mediante la regulación de este contrato se trata de que se hagan efectivas las garantías y derechos del comprador, profundizaremos acerca de su alcance, desgranando las partes que en él intervienen, y los requisitos que han de darse para que la compañía haga efectiva la póliza en caso de siniestro.

Asimismo, se analizarán los derechos de los que dispone la compañía aseguradora. Para ello, se anexará un ejemplo de demanda -declarativa y ejecutiva- interpuesta por la misma en ejercicio de la acción de reembolso que el artículo 43, así como el 68, ambos de la LCS, le reconoce contra la promotora o constructora después de haber indemnizado al asegurado como consecuencia del incumplimiento contractual.

3. Antecedentes de hecho.

El supuesto de hecho del presente TFM consiste en el estudio y desarrollo de una acción de recobro por parte de una Compañía de Seguros contra su asegurada: una sociedad promotora de edificios en el marco del incumplimiento de un contrato de compraventa de un inmueble en construcción por la no entrega de la vivienda en el plazo estipulado, lo que conlleva, por parte del adquirente, la reclamación de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, entrando en juego el hecho del aseguramiento a través del denominado seguro de caución concertado por dicha promotora con la Compañía la Aseguradora mediante póliza colectiva e individual de afianzamiento por exigencia legal.

4. Objetivos.

Procederemos a desgranar la normativa de protección del consumidor desde su origen hasta la actualidad, analizando las principales novedades legislativas que han ido teniendo lugar a través del tiempo.

Asimismo, estudiamos la figura del contrato de seguro de caución y analizamos las posibles cláusulas abusivas que puedan venir insertas en las pólizas de afianzamiento colectivo e individual de este contrato, que puedan ir en perjuicio del consumidor.

Como último objetivo, y como base de nuestro escrito de demanda (Anexo I), analizamos la acción de recobro que se le reconoce legalmente (art. 68 LCS) y contractualmente (establecido en la póliza) a la Compañía Aseguradora para repetir judicialmente contra el promotor que ha incumplido con sus obligaciones con el adquirente de la vivienda, esto es, con el asegurado o beneficiario en el contrato de seguro de caución.

Anexaremos, además, una demanda ejecutiva de título judicial (Anexo II) formulada por la compañía aseguradora con el objeto de ejecutar la sentencia favorable del procedimiento declarativo ordinario que le precede.

4.1. La normativa de protección al consumidor.

4.1.1. La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Esta Ley supuso el origen de la regulación de la materia en el ordenamiento jurídico español, pues hasta entonces no existía norma alguna que protegiera las cantidades entregadas a cuenta por el consumidor en la compraventa de viviendas sobre plano.

Surgió en la década de los sesenta en un contexto en el que se producían graves situaciones¹ en las que eran numerosas las familias que anticiparon cantidades para la adquisición de viviendas en proyecto o en fase de construcción y se quedaron sin vivienda y sin posibilidad de recuperar las cantidades entregadas a cuenta, debido a, en la mayoría de los casos, la comisión de delitos de estafa por parte de las promotoras.

¹ Concretamente, surge tras un escándalo que dejó a cerca de diez mil personas sin vivienda. En concreto el caso de la empresa “Construcciones Esperanza S.L.”, que en el año 1967 afectó a 10.615 personas, en un amplio ámbito territorial, implicando a adquirentes de Madrid, Valencia, Barcelona, Murcia, Castellón, Alicante y parte de Andalucía.

En este contexto, esta Ley se erigió en un ejemplo de concisión y uso de potestades en la defensa de las personas consumidoras en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Así lo fundamentaba el preámbulo de la propia Ley, indicando que *“es frecuente en los contratos de cesión de viviendas que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella. La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto”*.

En la misma línea se pronunciaría el Tribunal Supremo años más tarde, afirmando que *“la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda –bien generalmente esencial para la vida-, que está en fase de planificación o construcción”*.²

En definitiva, se aprueba una Ley con el claro objetivo de establecer una serie de garantías en favor del consumidor adquirente (parte débil) de viviendas sobre plano puesto que se habían cometido “abusos” por parte de las empresas constructoras y promotoras (parte fuerte). Esta argumentación nos resulta muy familiar en estos últimos tiempos ya que, al igual que ocurrió hace algunos años, en aquel momento se produjo otro “pinchazo de la burbuja inmobiliaria”, a lo que el legislador reaccionó aprobando esta Ley. Se trata de una Ley concisa y de gran sencillez, de sólo 7 artículos y, sobre todo, contundente, que incluía incluso una sanción de carácter penal en su artículo 6.³

²STS Sala 1ª, de 8 de marzo 2001, núm. 212/2001, rec. 113/1996 (EDJ 2001/1689). Magistrado ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

³ Establecía que *“la no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1º de la presente Ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587.3 y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo”*. Dicho artículo fue derogado por el Código Penal de 1995.

Concretamente, la no devolución de las cantidades anticipadas podía constituir un delito, o falta, de apropiación indebida, según la cuantía excediera o no de 400 euros.⁴

No se puede negar por tanto que la Ley 57/1968 surge con una intención protectora hacia la parte adquirente, sobre todo al establecer la obligatoriedad de constitución de la garantía por parte del promotor, lo que sin duda era necesario ante el riesgo de insolvencia del éste, situación ésta nada descartable como consecuencia de la crisis económica que puede agravarse precisamente por el paso del tiempo, reduciendo las expectativas del comprador como acreedor en un eventual concurso del promotor⁵. Tanto es así que existe jurisprudencia que cataloga dicha normativa como de Derecho imperativo o de “ius cogens”. Cabe aquí destacar el artículo 7 de la Ley ya que establecía la irrenunciabilidad de los derechos recogidos por la misma; y prohibía expresamente a su vez los pactos de modificación de la legalidad establecida siempre que estos pactos supusieran un menoscabo a la protección que otorga la norma; una limitación a la autonomía de la voluntad con la única finalidad de evitar abusos por parte del empresario, el sector fuerte.

Como hemos referido anteriormente al citar el preámbulo de la Ley, con carácter general ésta establecía normas preventivas que garantizaban tanto la aplicación real y efectiva de las cantidades anticipadas por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda, como su devolución en el supuesto de que ésta no se llevase a efecto.

En concreto, exigía a los promotores que cumpliesen, principalmente, con lo siguiente:

- Que garantizaran la devolución de las cantidades entregadas, más un seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado por Entidad aseguradora inscrita o por aval solidario prestado por Banco o Caja de Ahorros,

⁴ SOLER PASCUAL, L.A. (Magistrado de la Audiencia Provincial de Alicante); “*Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción*”; Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche – Volumen I – número 3. enero de 2008. Pág. 103.

⁵ CORREDOR SIERRA, B. (“*La Protección De Los Compradores De Vivienda En Situación De Prehorizontalidad Sobre Plano*”). Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, VLEX. Enero de 2016, pág. 49.

para el caso de que la construcción no se iniciara o no llegara a buen fin por cualquier causa en el plazo acordado.⁶

- Que percibieran las cantidades anticipadas a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para la construcción de las viviendas. Para la apertura de las cuentas, la Entidad Bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, debía exigir la contratación del seguro o aval solidario.

Con estas medidas, la protección a los compradores establecida por la Ley 57/1968 tuvo una respuesta realmente efectiva, haciendo disminuir los abusos en la compraventa de viviendas sobre plano y, por tal motivo, se mantuvo vigente al aprobarse la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, con pequeñas modificaciones.⁷

Sin embargo, los problemas comenzaron a partir de la conocida “burbuja inmobiliaria” sufrida por España desde el año 2007. El incesante y vertiginoso aumento del valor del suelo y de los bienes inmuebles, la intervención de numerosos agentes y mediadores en el sector inmobiliario y, en definitiva, la elevada especulación, provocaron que los promotores comenzaran a incumplir su obligación de garantizar las cantidades entregadas por los adquirentes. Asimismo, las entidades financieras eludieron su responsabilidad de depositar en cuentas especiales las cantidades entregadas a cuenta por los compradores y su deber de vigilar la prestación por los promotores de los seguros o avales bancarios que garantizaran la devolución de aquéllas.

Además, la desaparición de un gran número de promotores y empresas de la construcción debido a la crisis propició que, al amparo de las condiciones estipuladas en el artículo 1 de la Ley 57/1968, se fuera generando una jurisprudencia que condenaba a

⁶ Véase STS Sala 1ª de 19 de julio de 2004, núm. 817/2004, rec.2455/1998 (EDJ 2004/82651).

⁷ Algunas de estas modificaciones lo fueron en cuanto a la extensión a todo tipo de viviendas, incluso las ejecutadas en régimen de comunidad de propietarios o cooperativa; ampliación a los pagos realizados mediante letras y otros efectos cambiarios; y sujeción del interés moratorio al interés legal aplicable en cada momento.

los Bancos y Cajas de Ahorros a devolver el dinero adelantado por clientes a promotoras para la adquisición de viviendas que no se llegaron si quiera a construir. En tal sentido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo fijaba doctrina jurisprudencial al respecto, en los siguientes términos: *“En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad”*⁸.

Merece especial atención esta Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2015 puesto que determina que *“la responsabilidad que el artículo 1. 2º de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre el comprador y el vendedor. Supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad, pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de exigir”*. La Sala estima que, dado que la entidad financiera supo, o tenía la obligación de saber, que los adquirentes ingresaban las cantidades anticipadas del precio de las viviendas, ésta responderá frente al comprador en aquellos casos en que el promotor hubiere incumplido sus obligaciones legales.⁹ Se trata de una responsabilidad por incumplimiento culpable o negligente de una obligación legal cuyo plazo de prescripción es de quince años si el contrato de compraventa se firmó con anterioridad a

⁸ STS Sala 1ª de 21 de diciembre de 2015, núm. 733/2015, rec. 2470/2012 (EDJ 2015/237517). Magistrado Ponente: Francisco Marín Castán.

En similares términos se pronuncia la STS Sala 1ª, de 30 de abril 2015, núm. 780/2014, rec. 520/2013 (EDJ 2015/73563). En ella, el Tribunal declara que la Caja de Ahorros avalista ha de responder frente a los cooperativistas de viviendas no solo de los pagos anticipados ingresados en la cuenta especial, como se decía en el aval, sino también de los depositados en una cuenta distinta del promotor en la misma entidad.

⁹ ANTONIO REGALADO, J; NISTAL VÁZQUEZ, A; GRASA GRAELL, D. (*“La responsabilidad de las entidades financieras por las cantidades anticipadas en compraventa de viviendas sin edificar”*). Cuadernos de Derecho y Comercio, VLEX. Diciembre de 2016, pág. 342.

la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o de cinco años si el contrato se firmó después de ésta.¹⁰

En definitiva, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque, de otra forma, bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta para que el sistema protector de los compradores que establece la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia.¹¹

En este contexto de evolución social y jurisprudencial, en el que se declara la responsabilidad de las entidades de crédito por su incumplimiento del deber de especial vigilancia sobre los promotores a los que concedían los préstamos para la construcción, el poder legislativo introduce la reforma por la vía de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Compañías Aseguradoras y Reaseguradoras, cuya principal consecuencia es la derogación, desde el 1 de enero de 2016, de la Ley 57/1968 y la modificación, desde la misma fecha, de la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación. A continuación, procederemos a explicar los puntos más destacados de esta reforma.

4.1.2. La Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión, y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.

La Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión, y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (en adelante, LOSSEAR), en su apartado de Disposiciones Finales lleva a cabo una serie de variaciones normativas en materia del régimen jurídico y obligaciones de las compañías aseguradoras y reaseguradoras¹². Su

¹⁰ ISIDRO MORENO, M. (*“La responsabilidad solidaria de los bancos en las compraventas fallidas de viviendas sobre planos. Análisis de la actualidad jurisprudencial y legislativa”*). Revista de Derecho VLEX núm. 154, marzo de 2017.

¹¹ En este sentido se pronuncia, entre otras, la SAP Madrid, Sec. 20ª, de 26 de octubre 2016, núm. 449/2016, Rec. 800/2015 (EDJ 2016/208241).

¹² La LOSSEAR, en sus disposiciones adicionales, modifica la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro (LCS), para a) establecer que en los seguros de personas la variación de las circunstancias relativas al estado de salud del asegurado no se considera agravación del riesgo; b) reducir el plazo de oposición de la

contenido más importante y significativo se centra en la Disposición Final Tercera, en la cual procede a la modificación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), en los siguientes términos:

En primer lugar, modifica el artículo 19.1, mediante la inclusión de la figura de la “garantía financiera” como medio para garantizar el resarcimiento de los daños materiales causados por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de acabado o terminación, que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad o cuando afecten a elementos estructurales de la vivienda.

Con ellos la Ley viene a establecer una alternativa a las garantías dadas por los seguros de daños o de caución, que venían recogidas desde la anterior redacción del mencionado artículo 19.

Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, el legislador deja en el aire los requisitos que se han de reunir para constituir dicha garantía financiera. Si bien en los puntos 2 y 3 del artículo 19 se establecen los requisitos que han de reunir tanto el seguro de daños como el de caución a la hora de garantizar la reparación de los daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción, nada dice el precepto acerca de los requisitos de la constitución de la garantía financiera.

En nuestra opinión, deberíamos remitirnos a los requisitos que la LOE establece en su Disposición Adicional Primera, a la hora de regular la constitución del aval solidario como garantía para proteger las entregas a cuenta dadas por los adquirentes de viviendas en proyecto o en fase de construcción. Veremos más adelante dichos requisitos.

Además, la LOSSEAR añade a la LOE una Disposición Derogatoria Tercera¹³, conforme a la cual queda derogada la anteriormente expuesta Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

prórroga del contrato para el tomador del contrato de seguro y c) regular por primera vez los seguros de decesos y dependencia.

Asimismo, se modifican algunos aspectos de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, introduciéndose, por ejemplo, la figura del colaborador externo, que sustituye a los auxiliares externos y asesores.

¹³ Además de derogar la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, mediante esta Disposición Derogatoria Tercera la LOSSEAR deroga el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas; y la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, en lo que pudiera estar en vigor.

Pues bien, es precisamente en esta materia, en la regulación de la percepción de las cantidades a cuenta durante la construcción, donde se produce la modificación más importante. Así, la nueva redacción de la Disposición Adicional Primera de la LOE (en adelante D.A.1ª LOE), a partir del uno de enero de dos mil dieciséis se convirtió en la única norma reguladora de la materia que anteriormente regulaba en exclusiva la Ley 57/1968.

En definitiva, mediante la reforma llevada a cabo por la LOSSEAR en la D.A.1ª LOE¹⁴, es ahora la propia Ley de Ordenación de la Edificación la que contempla y regula las obligaciones que los promotores han de cumplir, los requisitos de las garantías y su cancelación, así como las exigencias de forma en la publicidad de la promoción de las viviendas y las infracciones y sanciones aplicables a ellas.

Veamos en el siguiente apartado las principales novedades a destacar con la nueva redacción de la citada Disposición Adicional Primera de la LOE, y las diferencias con respecto a la anterior Ley 57/1968.

4.1.3. La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. La Disposición Adicional Primera. Análisis de las principales novedades normativas.

Con carácter general esta nueva norma supone una continuación a lo dispuesto en la Ley 57/1968. No obstante, las modificaciones más destacables son: que la obligación de garantizar lo sea desde la obtención de la licencia de edificación; el hecho de que sea necesario proceder a la formulación de una reclamación previa al promotor para poder reclamar posteriormente la devolución al asegurador o avalista; y, sobre todo, el hecho de que la garantía constituida caduque a los dos años desde el incumplimiento de la obligación (siempre que el adquirente no interrumpa dicho plazo mediante requerimiento al promotor para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades).

¹⁴ Esta propuesta de reforma, que fue aprobada, se encuentra en la Enmienda Número 73 al Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, formulada en el Congreso por el Partido Popular.

No obstante, veamos pormenorizadamente cada extremo:

A) Obligaciones de los promotores.

- a) Obligación de garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas.

Dispone la D.A.1ª LOE en su apartado UNO, 1, a) que los promotores que pretenden obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción deberán “garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas, más los interés legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda”.

Por su parte, el artículo primero de la Ley 57/1968, no hacía referencia alguna al momento de la obtención de la licencia de edificación. Exponía lo siguiente: “garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6% de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad Aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por entidad inscrita en el registro de bancos y banqueros, o caja de ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido”.

Se olvida por tanto el legislador, en beneficio de las empresas de construcción y promotoras, de regular qué sucede en aquellos casos en que se realizan aportaciones por los adquirentes de las viviendas en un momento anterior al de la obtención de la licencia de edificación¹⁵. Son habituales estos casos en la práctica ya que muchas promotoras comienzan a recibir dinero antes incluso de obtener la mencionada licencia.

¹⁵ Se refiere al momento en que se da cumplimiento a la legalidad urbanística. Con la obtención de la licencia de edificación la Administración acepta expresamente la viabilidad del proyecto de obra presentado y es ahí cuando se puede ya iniciar la construcción. Así, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (BOE núm.117, de 17/05/1989), configura en su artículo 5 la documentación relativa al cumplimiento de la legalidad urbanística de la promoción como documentación a aportar obligatoriamente y que debe tenerse a disposición del público o de las autoridades pertinentes.

Esta limitación del momento en que se han de garantizar las cantidades entregadas a cuenta supone, bajo mi punto de vista, una reducción de las garantías del adquirente habido cuenta de que, si nos atenemos al tenor legal de la nueva redacción, todas las cantidades entregadas por el comprador en momento anterior a la entrega de la licencia de edificación, se encontrarían fuera de la protección legal que la Ley 57/1968 sí les concedía ya que, aunque tampoco mencionara nada al respecto el precepto legal, los Tribunales entendían que las garantías comenzaban desde el momento de la entrega de las cantidades a cuenta¹⁶.

Nos encontraremos, por lo tanto, inmersos en una gran inseguridad jurídica hasta el momento en que la promotora obtenga la licencia de edificación, algo que podría traducirse en una reducción de la oferta de estos productos en el mercado, en la consiguiente reducción de la competencia, y en una elevación de precios que finalmente iría en perjuicio de los compradores de las viviendas, parte a la que precisamente la norma trata de dar protección.¹⁷

Podríamos pensar que sólo se justifica esta nueva redacción, tal y como expresa Belén Casado Casado, en *“una cuestión de orden público, para el cumplimiento de la legalidad urbanística. Pero deben ser devueltas todas las cantidades entregadas desde el inicio de la construcción, pues esta nueva literalidad está enmarcando el momento de efectividad de la garantía en la relación entre promotora y aseguradora o avalista exclusivamente, imponiendo imperativamente la constitución de dicha garantía a partir de la obtención de la licencia de edificación. Una vez constituida la garantía, aseguradora o avalista se obligan por la totalidad de los importes asegurados. De hecho, podrá ser constituida la garantía de manera previa pero condicionada siempre a la obtención de la licencia de edificación. A partir de ese momento sería operativa, pero sin que ello signifique que las cantidades depositadas antes por el consumidor no pudieran ser devueltas y no queden garantizadas, por tanto. Tal vez a efectos del interés aplicable a los importes, éste deba computarse desde el momento en que la*

¹⁶ Véase STS Sala 1ª de 13 de septiembre 2013, núm. 540/2013, rec. 281/2013 (EDJ 2013/177713).

¹⁷ FERNÁNDEZ MANZANO, L.A. y RUIZ ECHAURI, J. (coord.): *“Comentarios a la LOSSEAR*. Hogan Lovells, Madrid, España, 2015. Pág. 109.

garantía se hace efectiva, es decir, a partir de la obtención de la licencia de edificación.”¹⁸

En conclusión, y en consonancia con la postura de Belén Casado Casado, la literalidad de la expresión “desde la obtención de la licencia de edificación”, no puede ser interpretada textualmente en el sentido de dejar sin protección alguna las cantidades entregadas por los consumidores antes de la obtención de la licencia por la promotora. Se ha de interpretar de una forma sistemática, entendiendo que dicha expresión afecta únicamente a la obligación de constitución de la garantía a efectos de la relación entre la entidad bancaria, o compañía aseguradora, con el promotor (parte vendedora); nunca a efectos de los compradores adquirentes.

- b) Obligación de percepción de las cantidades a través de depósito en cuenta especial.

El apartado UNO, 1. b) de la D.A. 1ª LOE obliga a los promotores a “percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de viviendas”.

Además, contempla el mismo precepto legal la responsabilidad de las entidades bancarias que no exijan la garantía para la apertura de dicha cuenta especial, ya que expresa que “para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior”. Es decir, que, de no llevar a cabo dicha exigencia, asumiría una responsabilidad subsidiaria¹⁹ para el caso de que finalmente no se contratase ninguna garantía y las viviendas no se entregasen a los adquirentes en el plazo convenido.

¹⁸ CASADO CASADO, B.: “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía” / INDRET, Revista para el análisis del Derecho. Pág. 6.

¹⁹ Esta responsabilidad se encontraba ya prevista en el artículo 1º de la Ley 57/1968.

La Sala Civil del Tribunal Supremo también reconoce la responsabilidad de la entidad financiera que incumple el deber de exigir la garantía al promotor.²⁰

Bajo nuestro punto de vista, y en consonancia con Carrasco Perera²¹, la constitución y apertura de este tipo de cuentas “especiales” no supone ningún tipo de garantía para los adquirentes, ya que ni pueden controlarla, ni tienen acceso alguno a ella, ni pueden ejercer ningún tipo de mantenimiento. Todo apunta a que el legislador ha querido hacer partícipe de cierto control a las entidades de crédito, que serán responsables subsidiariamente en caso de que el promotor no cumpla con su obligación. Sin embargo, no se hace mención alguna a los requisitos que la entidad financiera exigirá a la promotora para la constitución de la garantía.

Además, la entidad de crédito no está facultada para llevar un control del destino real que el promotor les dé a las cantidades ingresadas por los consumidores, por lo que podemos afirmar que el depósito en cuenta especial no impide al promotor llevar a cabo una incorrecta gestión de los recursos económicos ahí depositados.

B) Requisitos y ejecución de la garantía: el seguro de caución.

El apartado DOS de la Disposición Adicional Primera de la LOE contempla los requisitos que deben cumplir las garantías, tanto si se ha optado por contratar el seguro de caución, o el aval solidario. Haremos hincapié en el primero, y no nos detendremos en el aval solidario, por no ser objeto de estudio en este Trabajo.

Los requisitos que establece la nueva regulación que han de reunir los seguros de caución como garantía de las cantidades entregadas a cuenta, son los siguientes:

²⁰ Véase STS Sala 1ª Pleno, de 16 de enero de 2015, núm. 761/2014, rec. 1111/2012 (EDJ 2015/8553).

²¹ La garantía especial no es un patrimonio de garantía afecto al pago de los compradores, ni sobre ella obtienen aquellos un privilegio específico en caso de tercería o concurso del vendedor. CARRASCO PERERA A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.:” Derecho de la Construcción y la Vivienda”, Aranzadi, 1ª edición, 2012, pág. 608.

- Se suscribirá por el tomador (promotora) una póliza de seguro individual por cada asegurado (adquirente) en la que se identifique la vivienda objeto de adquisición y de las cantidades entregadas anticipadamente.²²

Hasta la entrada en vigor de la nueva regulación, este tipo de seguro en que el tomador y asegurado son diferentes sujetos con obligaciones y derechos claramente diferenciados, presentaba la particularidad de que se formalizaba mediante el denominado sistema de dobles pólizas. Este sistema consistía en la emisión de una póliza global suscrita entre asegurador y tomador o promotor, en relación a la totalidad de viviendas que comprendía la promoción; y las llamadas pólizas de afianzamiento individual que se generaban para cada uno de los adquirentes de las viviendas²³.

Pues bien, con la nueva redacción del precepto en la LOE, se eliminan las denominadas “pólizas colectivas” y se suprime, como consecuencia, el sistema dual de pólizas de afianzamiento (colectiva e individual) recogido en la Ley 57/1968 y la Orden de 29 de noviembre de 1968 para mejorar la protección de los adquirentes de viviendas²⁴.

Al respecto, entendemos que lo único que ha conseguido el legislador con esta reforma es que el asegurado tenga que estar continuamente actualizando la póliza individual mediante suplementos o apéndices a medida que va anticipando las cantidades en la cuenta especial de la promotora, con el peligro que ello conlleva ya que, ante un eventual incumplimiento, sólo se indemnizarán por parte del asegurador las cantidades que éste pueda acreditar haber entregado, tal y como más adelante veremos.

²² Conforme a la jurisprudencia existente, entre otras, la STS 420/2017, Sala 1ª del 04 de julio de 2017, núm. 420/2017, rec. 950/2015 (EDJ 2017/133319) aunque no exista póliza individual, si existe una póliza colectiva, ésta cubre al comprador, en concreto, dicha sentencia establece que *los compradores tienen derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de las cantidades entregadas a cuenta al promotor sobre la base de las pólizas colectivas concertadas por el promotor con las demandadas, aunque no se hubiera llegado a extender un aval individualizado. La póliza de afianzamiento suscrita es título suficiente para justificar la reclamación.*

²³ PÉREZ CALVO, I. (*El Seguro De Caución de la Ley 57/1968 y el Incumplimiento Contractual*). Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Asociacionabogados.org, pág. 54

²⁴ Este es uno de los principales propósitos de la nueva regulación, tal y como se indica en la Enmienda Número 73 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

- La suma asegurada en el contrato será la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de entrega de la vivienda.

Podría deducirse que esto supone un beneficio para el adquirente, si no fuera porque en el apartado i) establece la norma que las cantidades que el asegurado no acredite haber entregado no serán indemnizables, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión.

Como consecuencia de ello, y puesto que ahora sólo se contempla la póliza de carácter individual, corresponde al adquirente la labor de actualizarla para acreditar que las cantidades fueron efectivamente aportadas.²⁵

Ello supone, a nuestro juicio, una reducción de la protección del comprador, ya que el hecho de tener que actualizar la póliza individual con cada entrega a cuenta supondrá una preocupación “extra” para el adquirente.

- Se indica que el tomador del seguro es la empresa constructora o promotora, a quien le corresponderá el pago de la prima por todo el periodo de seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa. Asimismo, se establece que el asegurado en el contrato es el comprador-adquirente en el contrato de compraventa.
- La Compañía Aseguradora no puede oponer al asegurado las excepciones que le puedan corresponder alegar contra el tomador.

En concreto, tal y como más adelante expondremos al analizar el seguro de caución, no será una excepción oponible al asegurado o beneficiario el impago de la prima por parte de la promotora.²⁶

²⁵ ALMARCHA JAIME, J.: “Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras”; Centro de Estudios de Consumo; Universidad de Castilla La Mancha; Publicación: 24 de octubre de 2015. Pág. 6.

Es doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que “el garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma”.²⁷

- El apartado f) aborda la cuestión de la duración del contrato de seguro. Determina que: “La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas. En caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga”.

Parece el legislador dejar a la libre elección del promotor la prórroga del contrato de seguro de caución en aquellos casos en que el adquirente conceda prórroga al plazo previsto en el contrato de compraventa para la entrega de la vivienda. Ello supondría una clara indefensión hacia el adquirente de modo que, de no finalizarse en tiempo o en forma la construcción y entrega de la vivienda, no tendría garantizados los intereses e impuestos correspondientes al periodo de dicha prórroga no contemplada en el contrato del seguro.

Sin embargo, si nos atenemos al tenor literal del texto de la norma, la duración del contrato del seguro no puede ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de la vivienda.

Por lo tanto, si se prorroga el compromiso, se abrirían dos posibilidades: o se prorroga de forma automática el contrato de seguro (imperativamente para la aseguradora y promotora); o, en caso contrario, se estaría produciendo una vulneración del contenido propio del texto ya que, en ese caso, la duración del seguro sería inferior a la duración del compromiso.

²⁶ Así lo establece expresamente la LOE en la D.A. 1ª apdo. Dos, 1. e): “La falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible”.

²⁷ En este sentido se pronuncian, entre otras muchas, las STS de 30 de marzo de 2000 (Cendoj: 28079110012000101447), 5 de julio de 2000 (Cendoj: 28079110012000102104), 29 de abril de 2002 (Cendoj: 28079110012002102054); o la más reciente STS Sala 1ª de 7 de mayo 2014, núm. 218/2014, rec. 828/2012 (EDJ 2014/96067). En ella el Tribunal expone: “Ello significa, en nuestro caso, que, ante la reclamación del asegurado, el asegurador está obligado a pagar, sin entrar a valorar si se ha producido o no el hecho calificado como incumplimiento de la obligación de base”.

- La aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados.

Esta norma entendemos que faculta a la entidad aseguradora para poder supervisar los movimientos de la cuenta especial de la promotora en la entidad de crédito. Como consecuencia de ello, podría afirmarse que, si en una promoción hubieran sido depositadas las cantidades anticipadas en dicha cuenta especial, la aseguradora deberá responder de la totalidad de dichas cantidades en caso de ejecución del seguro, aun cuando el asegurado no hubiese actualizado su póliza individual.²⁸

Ésta podría ser la línea de defensa del asegurado en caso de que la entidad aseguradora no lo indemnizase alegando el apartado i) de esta misma norma, en virtud del cual “no serán objeto de indemnización las cantidades anticipadas que el asegurado no acredite haber entregado al promotor”.

- Se determina en el apartado j) que “el asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a éstos”.

Resulta un tanto polémica esta redacción ya que podemos advertir que contradice en cierto modo el artículo 68 LCS, ya que éste último no prevé la subrogación de la entidad aseguradora en los derechos del asegurado frente a la promotora, sino que contempla un derecho de reembolso frente a éste, que, como veremos, no es igual.

Habrà de resolverse esta contradicción atendiendo al principio de especialidad normativa, en base al cual prevalece la norma especial frente a la general. Así, prevalecería la subrogación en los derechos del asegurado al venir establecida en la ley especial (LOE), frente al derecho de reembolso de la Ley General (LCS). Quedaría, pues, derogada parcialmente la redacción del art. 68 LCS en este sentido.

²⁸ FERNÁNDEZ BALDOMERO, E. (“Problemática de las Medidas de Aseguramiento en la Norma Reguladora del Percibo de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas”). Cuadernos de Derecho y Comercio, VLEX. Diciembre 2016, pág. 123.

Se produce aquí una reducción de los derechos del asegurador ya que el derecho de reembolso le permitía reclamar a la promotora “todo pago hecho por el asegurador”, incluyendo, por ejemplo, los honorarios de profesionales abogados por asesoramiento extraprocésal al asegurador. Sin embargo, este tipo de gastos no podrían reclamarse al promotor con la subrogación (en ese supuesto, solo podrá reclamarse al promotor la indemnización abonada), ya que el asegurador estaría en la posición del asegurado.²⁹

En la práctica, el alcance de esta modificación será muy limitado debido a que nuestros Tribunales (especialmente en procedimientos concursales de los promotores) ya venían considerando la subrogación del asegurador en la posición del asegurado, sin que por ello naciera *ex novo* un derecho distinto del asegurador en el momento del pago de la indemnización en los términos del artículo 68 LCS.³⁰

- En el caso de que la entidad aseguradora hubiese satisfecho la indemnización al asegurado como consecuencia del siniestro, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada.

Esta regulación también abre una serie de interrogantes debido a que podría tratarse de una prohibición legal de disponer, por lo que podríamos preguntarnos: ¿se requeriría la constancia de este hecho en el Registro de la Propiedad? ¿Qué ocurriría con los terceros compradores de buena fe que adquirieran el inmueble?

Entendemos que esta prohibición no debería establecerse (o, al menos, no debería redactarse así) ya que bastaría a la aseguradora la obtención de un embargo preventivo para asegurar su vía de recobro. Y una vez obtenida ésta no debería tener problemas el promotor para seguir normalmente con su actividad.

²⁹ALMARCHA JAIME, J. (“*Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras*”; Centro de Estudios de Consumo”); Universidad de Castilla La Mancha; Publicación: 24 de octubre de 2015. Pág. 10.

³⁰FERNÁNDEZ MANZANO, L.A. y RUIZ ECHAURI, J. (coord.): *Comentarios a la LOSSEAR*. Hogan Lovells, Madrid, España, 2015. Pág. 110.

- Por último, determina la norma que en todo lo no dispuesto específicamente en la Disposición Adicional, será de aplicación la LCS.

Esta regulación afecta, sobre todo, al plazo de prescripción del seguro de caución. Aunque abordaremos esta cuestión más adelante, implicaría que el plazo de prescripción de las acciones que tengan los asegurados contra la entidad aseguradora sería el de dos años previsto en el artículo 23 LCS, y no el previsto para las obligaciones personales en el CC de 5 años³¹, aunque existe abundante jurisprudencia tanto de fecha anterior a la reforma, como posterior a ella, que sostienen que el plazo aplicable es el relativo a las obligaciones personales.³²

- En cuanto a la ejecución de la garantía, determina el apartado h) lo siguiente: “En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido el asegurado, siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades aportadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses y éste en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá reclamar al asegurador el abono de la indemnización correspondiente. Igualmente, el asegurado podrá reclamar directamente al asegurador cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor. El asegurador deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación”.

Esta norma, más que constituir un requisito, constituye lo que en el apartado cuatro de la Disposición Adicional Primera se contempla como “**ejecución de la garantía**”. Dicho apartado cuatro indica: “si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales, o conceder al promotor prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del

³¹ Establece el artículo 1964.2 CC que “las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de las obligaciones”.

³² Véase SAP Madrid, sec. 9ª, S. 19/09/2014, núm. 371/2014, Rec. 763/2013 (EDJ 2014/219121). La AP sostiene que la acción no ha prescrito ya que en estos supuestos se trata de un derecho concedido a los compradores de vivienda por lo que rige el plazo establecido de quince años, no siendo aplicable el plazo de dos años fijado para el seguro de caución.

En similares términos se expresa la SAP Málaga de 23 de marzo 2017, núm. 161/2017, rec. 391/2015 (EDJ 2017/139067), con la diferencia de que, al ser más reciente, establece el reformado plazo de prescripción para las obligaciones personales de 5 años.

contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda”.

Como vemos, ambos apartados vienen a regular lo mismo, pero con la diferencia de que la letra h) del punto 1 apartado 2 de la D.A habla de que “la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido” como supuesto que inicia la ejecución de la garantía; y el punto 4 habla de “si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada”, es decir, éste último abarca una casuística más amplia y, en mi opinión más acertada y completa.

Lo lógico, a nuestro entender, sería interpretar ambos preceptos conjuntamente para delimitar con mayor exactitud el supuesto de hecho que da lugar a la ejecución de la garantía y en lo que realmente ésta consiste.

La razón a la que podría deberse esta separación de ambos contenidos es que el legislador pretenda dar un matiz al seguro de caución con respecto al aval solidario, ya que resulta complicado encontrar alguna otra razón para explicarlo.

Pues bien, ante tal incumplimiento producido por el promotor, vemos que el comprador-adquirente podrá elegir entre la rescisión del contrato y ejecución de la garantía, o la concesión de una prórroga al promotor.

Como vemos, el contrato de seguro de caución viene a cubrir la no devolución de las cantidades por parte del promotor, una vez que el adquirente ha procedido a la resolución del contrato ante la falta de entrega de la vivienda, la no iniciación de las obras o la no consecución del fin en el plazo³³ previsto para ello. Si el comprador opta por dar prórroga al promotor, ha de incluirse en una cláusula adicional en la póliza del seguro de caución la nueva fecha programada de entrega de la vivienda.

Merece aquí especial mención, por último, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de julio 2013, núm. 511/13, rec. 1791/10 (EDJ 2013/151692). El Tribunal estima en este caso que, aunque la regla general dicte que no pueda afirmarse el incumplimiento hasta que no haya transcurrido el tiempo fijado en el contrato, en las ofertas de viviendas sobre plano en las que se fija fecha determinada

³³ Cabe aquí señalar los artículos 1.125 y 1.127 CC, los cuales indican que las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, serán exigibles cuando el día llegue, y siempre que en las obligaciones se designe un plazo, se presume establecido en beneficio del acreedor y del deudor.

para la entrega puede igualmente apreciarse como constitutivo de un grave incumplimiento contractual que conlleve a su resolución la paralización duradera de las obras de construcción de la vivienda en cuestión ya que ello origina que los adquirentes puedan declarar de imposible cumplimiento el contrato y reclamar su resolución.³⁴

C) Cancelación de la garantía.

El apartado Seis de la D.A. 1ª LOE, que está basado en el artículo 4 de la anterior Ley 57/1968, determina que “expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculte para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda”.

Como podemos apreciar, siempre que la promotora acredite el intento de entrega de la vivienda al comprador, la garantía se cancelará con la expedición del documento administrativo que faculte para la ocupación efectiva del inmueble, es decir, con la correspondiente cédula de habitabilidad y licencia de primera ocupación. Así lo vienen interpretando igualmente los Tribunales. En concreto, el Tribunal Supremo estima en numerosas sentencias que el incumplimiento por parte del promotor del plazo para la terminación y entrega de la vivienda justifica la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser notificado fehacientemente del requerimiento del vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya acabada y en disposición óptima para la entrega aun después de la fecha convenida para ella.³⁵

Sin embargo, esta regulación también se muestra un tanto confusa ya que, en primer lugar, nada dice acerca del modo en que el promotor ha de “acreditar” el intento de

³⁴ MAGRO SERVET, V. (“El vencimiento de las obligaciones determinante del incumplimiento. Respuesta de los Tribunales”). Revista de jurisprudencia El Derecho n.º 2, julio de 2016.

³⁵ Ver STS Sala 1ª, de 20 de enero 2015, núm. 778/2014, rec. 196/2013 (EDJ 2015/11445), basada en la anterior STS Sala 1ª, de 5 de mayo 2014, rec. 328/2012 (EDJ 2014/80795).

entrega de la vivienda, esto es, el ofrecimiento; y, en segundo lugar, por el último inciso del apartado en el que establece que “cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda”. Y resulta este inciso un tanto confuso debido a que, según su literalidad, si se dan todas las condiciones indicadas, la garantía se cancelará en todo caso, a pesar de que el adquirente no rehúse recibir la vivienda; y si no se dan las condiciones³⁶, la garantía no se cancelará, aunque el adquirente efectivamente rechace el recibimiento de la vivienda.³⁷

Parece que lo que el legislador pretende con la redacción de este apartado es que la garantía se cancele si, una vez obtenida la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento equivalente, el promotor requiera en tiempo y forma al adquirente para la escrituración de la vivienda y éste renuncie a la misma. En ese caso el promotor no puede, obviamente, acreditar la entrega de la vivienda, pero la garantía debe entenderse igualmente cancelada³⁸. Así se protege al promotor ante un eventual retracto en la decisión del comprador por motivos ajenos al cumplimiento o incumplimiento del contrato principal.

D) Publicidad de la promoción de viviendas.

El apartado Seis establece la publicidad de la promoción de viviendas. Viene a recoger prácticamente lo que indicaba el artículo 5 de la Ley 57/1968, esto es, que en el texto de la publicidad que se realice de la promoción se ha de expresar que la promotora ajustará su actuación a las exigencias establecidas por la LOE, haciendo mención expresa de la entidad garante y la entidad financiera en la que se encuentre la cuenta especial de depósito de las cantidades anticipadas por los compradores.

La principal exigencia reside en que la información dada tanto en la publicidad como en el contrato de compraventa deberá ser idéntica y congruente. Asimismo, en virtud del artículo 7 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los

³⁶ Véase AAP Madrid de 8 de noviembre de 2016 (EDJ 2016/234757): Entiende la AP que si no se ha expedido la cédula de habitabilidad ni se ha entregado la vivienda no puede entenderse cancelada la garantía de las cantidades anticipadas en la compraventa en construcción o sobre plano.

³⁷ FERNÁNDEZ MANZANO, L.A. y RUIZ ECHAURI, J. (coord.): *Comentarios a la LOSSEAR*. Hogan Lovells, Madrid, España, 2015. Pág. 112.

³⁸ FERNÁNDEZ MANZANO, L.A. y RUIZ ECHAURI, J. (“Un análisis de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras”). *Revista Española de Seguros*. Núm. 165-166. Enero 2016. Pág. 161.

consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, el documento en que se establezca la garantía deberá estar constantemente a disposición del público y de las autoridades competentes en materia de consumo sin que nada pueda oponer el promotor.

Se trata, en definitiva, de una exigencia de transparencia con la intención de proteger los derechos del consumidor adquirente de vivienda, que es lo que realmente persigue el legislador mediante el Real Decreto citado.

Vemos esta cuestión más detenidamente en el apartado 4.1.4 del presente trabajo, relativa a la normativa de protección del consumidor en la fase precontractual.

E) Infracciones y sanciones.

Al igual que hacía la Ley 57/1968 en su artículo 6,³⁹ la Disposición Adicional Primera de la LOE prevé un sistema de infracciones y sanciones para el caso de que el promotor incumpla las obligaciones que la propia Ley dispone.

Así, el apartado Siete determina que dichos incumplimientos conllevarán infracción materia de consumo⁴⁰, sin perjuicio de las competencias que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones tiene atribuidas, y de las infracciones y sanciones que puedan corresponder al promotor en materia de ordenación de la edificación.⁴¹ Como vemos, se despenalizan este tipo de infracciones.

En concreto, establece la norma que el incumplimiento de la obligación de constituir alguna de las garantías que le exige el artículo primero (seguro de caución o aval solidario) supondrán una sanción del veinticinco por ciento de las cantidades cuya devolución sea objeto del aseguramiento.

³⁹ Establecía este artículo que “*el incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en esta Ley será sancionado por una multa con cada infracción, que será impuesta conforme a las normas en la Ley 49/1959, de 30 de julio, de Orden Público, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales de Justicia. La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1º de la presente Ley, será constitutivo de delito o falta sancionados en los artículos 587, N.º 3 y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo*”.

⁴⁰

⁴¹ Por lo tanto, con este nuevo sistema, una acción u omisión que suponga infracción legal, podría dar lugar a una triple sanción, esto es: en materia de consumo, por parte de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y en materia de ordenación de la edificación por parte de la legislación específica.

F) Adaptación del régimen de cantidades anticipadas a cuenta. Disposición Transitoria Tercera.

Por último, el apartado Tres de la Disposición Final Tercera establece una nueva Disposición Transitoria con la finalidad de que las entidades aseguradoras adaptasen las pólizas vigentes a uno de enero de 2016 al nuevo régimen dispuesto por la LOSSEAR antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entregasen desde esa fecha.

Una vez examinada la regulación de la materia en la LOE, podemos ver las principales novedades legislativas que se han producido con respecto a la Ley 57/1968:

- La obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales se produce desde la obtención de la licencia de edificación.
- Se fijan los requisitos que deben cumplir las garantías, tanto si se ha optado por contratar el seguro de caución, o el aval solidario.
- No se establece el carácter ejecutivo del aval o el contrato de seguro, que sí recogía el artículo 3 de la Ley 57/68.

El artículo 3 de la derogada Ley 57/1968, indicaba literalmente que: “El contrato de seguro o aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley”.

Sin embargo, la nueva regulación nada dice sobre el carácter de ejecutivo de la póliza o el aval, por lo que entiendo que, ante un eventual incumplimiento tanto de la promotora como la aseguradora, el usuario ha de acudir a sede judicial en ejercicio de una acción declarativa, lo que conlleva un proceso más complejo y lento, habida cuenta de que se trata, por lo general, de procedimientos ordinarios.

- La cancelación de la garantía se produce, además de con la expedición de la cédula de habitabilidad, con la licencia de primera ocupación o el documento equivalente y la constatación de la entrega de la vivienda al adquirente, cuando cumplidos sus condiciones, el adquirente rechazara recibir la vivienda.
- Se determina que el incumplimiento de la obligación de constituir la garantía da lugar a una sanción de hasta el veinticinco por ciento de las cantidades que deban ser aseguradas y, además, se impondrá al promotor las sanciones que puedan corresponderle conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación.
- Se establece que las compañías aseguradoras deben adaptar al nuevo régimen las pólizas vigentes a 01/01/16, y para las cantidades entregadas a partir de esa fecha.
- Por último, nos encontramos con que la nueva normativa no recoge el carácter de irrenunciables de los derechos en ella contenidos.

La Ley 57/1968 sí que hacía referencia a dicha irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores en su artículo 7, el cual dedicaba a aclarar que los derechos del comprador son irrenunciables, lo que significa que, aunque en el contrato de seguro o de aval se diga que el comprador renuncia a ese derecho (imaginemos un límite superior a las cantidades objeto de la garantía que el asegurado, realmente, no acaba leyendo), esta cláusula sería nula.

Con la exclusión de la norma de este carácter de irrenunciables de los derechos del consumidor, la reforma para dejar a la libre potestad del promotor y la aseguradora la inclusión de dichas cláusulas limitadoras o excluyentes de derechos. Aunque, como veremos más adelante, aún queda en defensa del consumidor la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios para la exclusión y nulidad de las cláusulas lesivas hacia el consumidor que no hayan sido negociadas individualmente con el mismo.

4.1.4. Garantías exigibles con anterioridad a la adquisición de la vivienda.

En este tipo de contratos de compraventa de viviendas sobre plano se enmarcan los denominados “tratos preliminares”, que son los actos que se llevan a cabo entre las partes con la finalidad de formalizar el contrato y que se desarrollan en una fase anterior a la formalización de éste.

Dentro de esta fase contractual destaca el hecho de que la oferta publicitaria tiene carácter vinculante para el vendedor-promotor, quien estará obligado a observar una especial diligencia y vigilancia en que lo ofertado se corresponda realmente con lo ofrecido.

Es aquí donde entra en juego la protección hacia el consumidor ofrecida y garantizada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), cuyo artículo 8 expone: “la oferta, promoción y publicidad de productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibidos”.

Asimismo, en el artículo 3.2. del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas también se establece: “Los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado”.

Ello supone que la campaña publicitaria de captación que lleve a cabo la empresa anunciante habrá de ser verdadera y, además, todo lo ofertado tendrá carácter vinculante para el promotor-vendedor, aun cuando dichas ofertas no vengán expresamente

establecidas y detalladas en el contrato principal, dado que la publicidad tiene un papel relevante en la toma de decisiones del comprador⁴².

En aquellos casos en que la oferta publicitaria no fuera veraz, ésta se califica como “publicidad engañosa”. Esta figura se encuentra prevista en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad (en adelante, LGP), concretamente en sus artículos 4 y 5. En estos casos, el comprador tendrá a su disposición la facultad de ejercitar las acciones de cesación y rectificación (artículo 25 LGP), sin perjuicio de las acciones civiles que pueda interponer con motivo del incumplimiento contractual⁴³.

Así, la indemnización por parte de la promotora es uno de los posibles finales a este tipo de controversias, cuando el objetivo del demandante es la cancelación y resolución del contrato. Esta situación se da en el caso de disconformidad absoluta por parte del consumidor, cuando ni tan siquiera desea recibir la vivienda adquirida. La indemnización puede llegar a abarcar la devolución del dinero pagado por el comprador, junto con los intereses aplicables y las posibles sumas en concepto de daños y perjuicios, así como la posible condena en costas si el litigio llegase a resolverse en los Tribunales⁴⁴.

Este modelo se basa en el respeto al equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, protegiendo en especial al consumidor-adquirente a quien se le reconoce, por ejemplo, y tal como hemos visto, la posibilidad de resolver el contrato principal cuando el promotor no cumpla los plazos de entrega, aun sin ser ésta una causa esencial para el término de los contratos en la regla general. Tal y como indica García Blasco, estas garantías son necesarias para poder erradicar los litigios que surgen asociados a este tipo de contratación⁴⁵.

⁴² PÉRRER GURREA, R. (“Análisis Jurisprudencial de la Compraventa de Viviendas en Construcción”). Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, VLEX. Mayo 2016, pág. 1636.

⁴³ En este sentido se pronuncian, entre otras, la STS Sala 1ª, de mayo 2003, núm. 514/2003, rec. 3167/1997 (EDJ 2003/17204) o la reciente STS Sala 1ª, de 20 de noviembre 2017, núm. 616/2017, rec. 1849/2015 (EDJ 2017/236997). En esta última el Tribunal determina que cuando se aprecian varios incumplimientos de los compromisos contraídos por la promotora a través de la oferta publicitaria debe ser calificado como sustancial al afectar a circunstancias esenciales y definidoras del objeto del contrato.

⁴⁴ ASTORELLI, C. (“Publicidad engañosa en la venta de viviendas”). Revista Consumo y Legal. Núm. 62, septiembre 2013.

⁴⁵ GARCÍA BLASCO, E. (“La compra de vivienda sobre plano y sus garantías”). Manubens y Asociados, Abogados, junio 2002.

4.2. El seguro de caución. Consideraciones generales.

4.2.1. Concepto.

El seguro de caución es aquél mediante el cual el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado por los daños o perjuicios que sufra en caso de que el tomador del seguro incumpla las obligaciones, legales o contractuales, que mantenga con éste.

Se trata, en definitiva, de un seguro que garantiza al acreedor de una obligación determinada la reparación de los daños que puedan derivarse del incumplimiento de ésta.

Encontramos su definición legal en el artículo 68 de la Ley de Contratos de Seguro 50/1980, el cual establece que “por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato”.

4.2.2. Partes intervinientes.

El seguro de caución se cataloga como un seguro por cuenta ajena. Ello significa que el sujeto tomador (deudor), y el sujeto asegurado (acreedor), no coinciden. El artículo 7 de la LCS contempla este tipo de contratos de seguro, y capacita al acreedor para reclamar directamente a la compañía aseguradora el pago de la indemnización, dado que existe una especial relación entre compañía aseguradora, tomador y asegurado que determina que las obligaciones derivadas del contrato corresponden al tomador y la indemnización corresponde al asegurado. Intervienen por tanto en este seguro tres partes claramente diferenciadas⁴⁶:

- El asegurador. Es la compañía aseguradora que suscribe la póliza con el tomador del seguro, convirtiéndose así en principal garante de la responsabilidad civil, legal o contractual, en que pueda incurrir éste en caso de incumplir con sus obligaciones pactadas con el asegurado.

⁴⁶ HOYOS ELIZALDE, C. (“*El Seguro de Caución*”). Fundación Mapfre. Madrid. 2012. Pág. 36

- El tomador del seguro. Es la otra parte contratante de la póliza, quien tiene que hacer frente al pago de la prima del seguro. Así, es quien asume todas las obligaciones frente al asegurador y, además, será el principal responsable del posible siniestro que dé lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar por parte del asegurador al asegurado.
- El asegurado. Es el beneficiario del contrato de seguro, es decir, el titular del derecho a la percepción de la indemnización por parte del asegurador.

4.2.3. Características principales del seguro de caución.

- Se trata de un seguro que se asemeja a las figuras bancarias del aval o la fianza. Así, mediante este contrato, y de forma más sencilla, se blinda el cumplimiento de las obligaciones que el tomador tenga contraídas con el asegurado, haciéndose cargo la aseguradora de las indemnizaciones que puedan surgir por el incumplimiento de las mismas.
- Se trata de un seguro frecuentemente utilizado en la firma de contratos entre sociedades constructoras o promotoras y las Administraciones Públicas.
- La principal ventaja de la contratación del seguro de caución radica en que no supone grandes pérdidas de disposición sobre el activo circulante de la empresa contratante de la póliza, tal y como supondría la constitución de fianza o aval bancarios. Así, mediante este seguro, una vez satisfecha la prima, la empresa queda totalmente cubierta a efectos legales.
- De tener el asegurado que ser indemnizado por el asegurador, el tomador tiene la obligación de devolver a éste las cantidades que hubiesen sido pagadas. Esta acción de reembolso se deduce claramente de la redacción del artículo 68 LCS, donde dice que “todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”. Vemos detalladamente esta acción en el objetivo IV.
- El daño se valora de antemano mediante consenso y valoración de los riesgos entre la compañía aseguradora y el tomador. Es decir, se trata de pólizas estimadas o tasadas, de ahí que nos acerquemos más a la figura de la fianza que a la del seguro.

4.2.4. Diferencias entre el seguro de caución y el seguro de crédito.

Aunque nos encontremos ante dos figuras que se asemejan a los productos bancarios del aval o la fianza, dada su finalidad de asegurar una obligación legal o contractual entre las partes para proteger las posiciones de ambos, podemos extraer de ellas las siguientes particularidades:

La principal diferencia entre estos dos contratos de seguro radica en el riesgo que cada uno cubre. Así, el seguro de crédito tiene por objeto cubrir la pérdida definitiva que sufre el acreedor como consecuencia de la situación de insolvencia del deudor. La típica situación la encontramos en el comerciante que se cubre frente al riesgo de impago del precio de las mercancías por el comprador a través de un seguro de crédito, por el cual *“el asegurador se obliga a indemnizar las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores”* (art. 69 LCS). Por su parte, en el seguro de caución la ejecución de la póliza –esto es, la indemnización- surge como consecuencia del mero incumplimiento del tomador, sea cual sea la causa que lo provocó.

Asimismo, podemos encontrar diferencias entre ambos productos tanto en lo que hace a los sujetos intervinientes, como a la forma de contratación.

Con respecto a los sujetos intervinientes, mientras que en el seguro de crédito tomador y asegurado son siempre la misma persona, en el seguro de caución, tal y como hemos explicado anteriormente, tomador y asegurado son sujetos distintos. El tomador será el sujeto contratante del seguro y, por su parte, el asegurado será el tercero beneficiario de la eventual indemnización que repare el daño, es decir, será el titular del interés cubierto por el seguro.

Con respecto a la forma de contratación que tiene cada seguro, mientras que en el de crédito son habituales las pólizas “globales o flotantes”, puesto que lo que el acreedor pretende es cubrir todo el volumen de negocios; por su parte el de caución cubre, además del riesgo global, operaciones concretas e individuales, por lo que se emplean las denominadas “pólizas colectivas e individuales de afianzamiento”.

El ejemplo típico de esta situación se da en la construcción de edificios de viviendas sobre plano. En ellas, el promotor contrata un seguro de caución mediante póliza colectiva de afianzamiento, pero a su vez esta póliza se divide en tantas pólizas individuales de afianzamiento como viviendas hayan sido vendidas a los particulares, y ello con el objeto de que éstos puedan ser incluidos como asegurados en el contrato y así ver sus intereses y daciones a cuenta garantizados en caso de incumplimiento.

4.2.5. El pago de la prima.

La prima es la contraprestación económica que paga el tomador al asegurador, a cambio de la garantía de protección que éste le ofrece. En términos coloquiales se podría decir que es “el precio” del seguro.

En la gran mayoría de las pólizas de los distintos contratos de seguro existentes, el pago de la prima es condición necesaria para que el contrato pueda surtir sus efectos en caso de siniestro. Ello se deriva principalmente del tenor literal del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, que establece que *“salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación”*.

Sin embargo, en el seguro de caución esto no está tan claro ya que son las propias pólizas las que en numerosas ocasiones establecen mediante cláusula inserta que el impago de la prima no cancela la cobertura. En estas cláusulas el asegurador parece renunciar a la opción de quedar liberado de indemnizar al asegurado en caso de que el tomador no haga frente a la prima. Se suelen incluir cláusulas del tenor *“el impago del tomador de la prima facultará a la compañía a exigir su pago en vía ejecutiva”*, no haciendo referencia alguna a la cancelación de la cobertura.

Esto sucede debido a que es más que probable que la compañía aseguradora no pueda oponer contra el asegurado las excepciones que puede oponer frente al tomador del seguro, esto es, las del artículo 1853 CC, debido a que, en el seguro de caución, las consecuencias que se puedan derivar entre la compañía aseguradora y el tomador son ajenas a la garantía prestada por el asegurador ante el beneficiario o asegurado.

Deduzco la anterior afirmación de la redacción de la Disposición Adicional Primera de la LOE. Ésta establece que “el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. La falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible”.

4.2.6. La prescripción en el seguro de caución.

Podríamos pensar que el plazo de prescripción en el seguro de caución es el de cinco años establecido por el art. 1964 LEC para las obligaciones personales, dada su semejanza con la figura de la fianza. Y en efecto así se establecía con anterioridad a la reforma de 2016, en que el plazo era incluso mayor, de quince años. Sin embargo, dicha reforma modifica drásticamente este plazo y, dado el hecho de que la garantía sea emitida por una compañía de seguros, reduce dicho plazo de prescripción de quince años que recogía el artículo 1964 CC, que es el que se aplicaba a las fianzas bancarias, a los dos años “desde que la acción pudo ser ejercitada” que determina el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro, como se recoge en las pólizas de las aseguradoras de caución españolas.

Esta reforma se deduce de la redacción de la modificada Disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, en cuanto al apartado 1) de los requisitos de la garantía del seguro de caución, el cual establece que “en todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro”.

Bajo nuestro punto de vista, esta reforma resulta evidentemente desfavorable para el asegurado, puesto que ve notablemente reducido el plazo para reclamar a la compañía de seguros. Por el contrario, la reforma favorece al asegurador, como garante de la obligación, y al tomador del seguro, en cuanto se vería de igual manera liberado de la obligación de reparar al daño en este menor plazo.

No obstante, existen en nuestro ordenamiento jurídico algunas excepciones al mencionado plazo de prescripción de dos años, aquellas que puedan establecer otras

leyes de rango superior, que fijan para otras obligaciones plazos superiores de prescripción.⁴⁷

Por su parte, no podemos olvidar que, en el marco del Derecho de la Unión Europea, el seguro de caución se encuentra dentro de los llamados seguros de “grandes riesgos”, y que dentro de ellos lo que cobra mayor importancia es la autonomía de pacto entre las partes, y solo subsidiariamente y para lo no pactado, la legislación vigente.

4.3. Ámbito de protección de los consumidores y usuarios, en cuanto al análisis de posibles cláusulas abusivas insertas en la póliza del seguro de caución.

La LOSSEAR, además de modificar la LOE en los términos anteriormente expuestos, lleva a cabo una serie de modificaciones de entidad en la Ley de Contratos de Seguro, que nos permiten distinguir cuatro tipos de cláusulas o condiciones en los contratos de seguro:

1. Las cláusulas y condiciones que se refieren a las garantías y coberturas otorgadas en el contrato.

Se trata de cláusulas delimitadoras de los riesgos cubiertos por el contrato. Éstos han de estar redactados de una forma clara y comprensible (arts. 3 y 8.3 LCS).

2. Las cláusulas y condiciones que describen las “exclusiones y limitaciones” de cobertura, así como las que establecen “las condiciones y plazos de la oposición a la prórroga de cada parte o su oponibilidad”, siempre que no supongan limitaciones materiales de los derechos de los asegurados.

⁴⁷ Por ejemplo, las obligaciones fiscales, por ser la que más afecta al seguro de caución, que es de cuatro años, de tal manera que cuando una aseguradora española garantiza una obligación fiscal, el plazo de prescripción será de cuatro años en lugar de dos, ya que el asegurador se rige ante el beneficiario. Ejemplo de ello serían las garantías aduaneras.

Estas cláusulas se califican como delimitadoras cualificadas, e igualmente han de quedar reflejadas en la póliza correspondiente destacadas tipográficamente (arts. 8.2 y 22.4 LCS).

3. Aquellas cláusulas y condiciones que establecen exclusiones o limitaciones que restringen los derechos de los asegurados.

Estas condiciones se califican como “cláusulas limitativas” de dichos derechos y, para que puedan ser válidamente oponibles por la aseguradora frente al asegurado, deben estar destacadas tipográficamente, y ser expresamente consentidas por escrito, mediante el requisito de la “doble firma”⁴⁸ (art. 3 LCS).

4. Las cláusulas y condiciones lesivas de los derechos del asegurado.

Estas condiciones se identifican con las denominadas cláusulas abusivas recogidas en la legislación de defensa del consumidor, y son aquellas introducidas en el contrato de seguro de caución que impongan renunciaciones o limiten derechos del consumidor y contravengan, en consecuencia, lo dispuesto en normas imperativas.

Se trata de cláusulas que son radicalmente nulas y, por lo tanto, en virtud del artículo 6 CC, deben tenerse por no puestas en el contrato, sin producir efecto alguno⁴⁹ (art. 3 LCS).

Así lo establece específicamente la normativa de defensa del consumidor, esto es, el “Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias” en su artículo 82, el cual expone que “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas

⁴⁸ Véase la STS, Sala Primera, de 9 de febrero de 2017, núm. 76/2017, rec.2709/2014 (EDJ 2017/6902). Ponente: Excmo. Sr Francisco Javier Orduña Moreno. La Sala Primera ratifica la doctrina jurisprudencial sentada sobre los requisitos de validez de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados conforme al artículo 3 LCS. Esta sentencia basa su fundamentación en base al principio “in dubio pro asegurado”.

⁴⁹ Cabe destacar en esta última categoría la reciente STS, Sala Primera, de 22 de abril de 2016, núm. 272/2016, rec. 706/2014 (EDJ 2016/44818) de la que es ponente el Sr. Pedro Vela Torres, debido a que contiene una definición de las cláusulas lesivas en los contratos de seguro que se distinguen de las limitativas porque “no hay garantía formal que salve su validez, sino que su propia caracterización como tales se traduce en la nulidad radical”. En dicha Sentencia el TS exige el aseguramiento o afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta y entiende directamente cubierto el riesgo cuando se ha convenido una garantía colectiva para cubrir las eventuales obligaciones de devolución de la promotora de las cantidades percibidas de forma adelantada de los compradores.

aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Pues bien, como hemos expresado, estas condiciones han de reputarse nulas y, como consecuencia, tenerse por no puestas sin producir efecto alguno, en virtud del artículo 6.3 del Código Civil, el cual establece que los actos que supongan la contravención de lo dispuesto en normas de carácter imperativo acarreen como consecuencia la nulidad de pleno derecho del acto o actos en cuestión.

Veamos algunos ejemplos de cláusulas abusivas insertas en la póliza del seguro de caución:

- a) La imposición de un límite máximo a los intereses que han de incluirse a la cantidad objeto de devolución al asegurado en caso de ejecución de la garantía.

Todas aquellas estipulaciones que supongan un límite a los intereses que se han de incluir en la indemnización serían nulas debido a que, como hemos referido anteriormente, supondrían la contravención de normas de carácter imperativo y consiguiente renuncia por parte del consumidor de un derecho que le viene expresamente reconocido legalmente. En este caso, lo regulado en la Ley de Ordenación de la Edificación en la Disposición Adicional Primera, apartado Dos, 1. b), en la que expresa que “la suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor”.

Como vemos, la norma establece que el interés que se habrá de aplicar será el devengado desde la entrega de las cantidades anticipadas, hasta la fecha convenida de entrega de la vivienda, por lo que toda limitación al límite máximo de interés establecido en la póliza que resulta inferior al que efectivamente haya de abonarse en caso de ejecución de la garantía, sería nula.

- b) La exigencia al comprador de depositar las cantidades anticipadas en la cuenta especial que la promotora tiene habilitada para ello, con

apercibimiento de que, de no hacerlo, dichas cantidades depositadas en cuenta distinta quedarían fuera de la garantía.

Esta cláusula sería nula puesto que, como hemos referido en apartados anteriores, la aseguradora no puede oponer frente al asegurado las excepciones que le corresponden contra el tomador (ni tan siquiera la falta de pago de la prima). En este caso, además, son las propias entidades de crédito las que tienen la responsabilidad de que las cantidades anticipadas por los adquirentes se depositen en las cuentas especiales del promotor, tal y como vino a establecer la Sentencia del Tribunal Supremo mencionada anteriormente de 21 de diciembre de 2015.

- c) El establecimiento de cláusulas en la póliza que fijan una fecha de vencimiento de la garantía inferior a la fijada legalmente.

El apartado Cinco de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, que regula la cancelación de la garantía, establece que “expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculen para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista”.

Por lo tanto, toda limitación a la fecha de vencimiento de la garantía anterior a dicha fecha establecida en el precepto legal citado, esto es, anterior a la expedición de la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento equivalente por el órgano administrativo que faculte para la ocupación efectiva de la vivienda, sería nula y, por tanto, habría de tenerse por no puesta.

4.4. La acción declarativa de reintegro. Aspectos de la legitimación procesal.

Como ya hemos referido en anteriores apartados, corresponde a la compañía aseguradora la facultad de repetir contra el promotor que ha incumplido sus obligaciones contractuales con los compradores, una vez satisfechas las indemnizaciones correspondientes a los asegurados al ejecutar la póliza del seguro de caución.

Así lo establecen las propias pólizas en su condicionado, las cuales, en su generalidad, indican lo siguiente: *“todo pago hecho por la compañía a los asegurados deberá serle reembolsado en el domicilio de ésta por el tomador, sus herederos o derechohabientes, incrementado con los gastos habidos más un interés anual igual al legal incrementado en dos puntos, en un plazo no superior a los siete días siguientes a la fecha a que fuera requerido en tal sentido por la compañía y aún cuando dicho pago hubiera sido satisfecho sin mediar demanda judicial por parte del asegurado. El tomador no podrá alegar, para negarse al pago a que se obliga según lo anterior, las objeciones formuladas al asegurado por la compañía. Sin embargo, una vez que haya reembolsado a la compañía las correspondientes cantidades, quedará en libertad para reclamar al asegurado, por su propia cuenta, la restitución de las cantidades que considere indebidamente pagadas”*.

Además, este derecho de reembolso le viene reconocido a la compañía aseguradora en virtud del artículo 68 LCS, así como en virtud de la Disposición Adicional Primera de la LOE, punto Dos, apartado j). Ambos preceptos contemplan el derecho que tiene el asegurador de que le sean reembolsados por la promotora las cantidades abonadas a los asegurados como consecuencia de su incumplimiento de los contratos de compraventa, situación ésta generadora de que la compañía aseguradora se haga cargo del siniestro y ejecute la póliza.

El artículo 68 de la LCS establece que “todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”; y el mencionado apartado j) de la D.A. 1ª LOE indica, por su parte, que “el asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a éstos”.

Como resaltamos anteriormente en el estudio de los requisitos del seguro de caución, existe cierta controversia entre ambos artículos habida cuenta de que, si bien los dos contemplan el derecho de la aseguradora a que le sean reembolsadas las cantidades satisfechas a los asegurados, lo indican de forma diferente. Así, el artículo 68 LCS habla de una acción de reembolso, mientras que la LOE recoge una subrogación del asegurador en los derechos del asegurado. Resulta sorprendente que en la nueva regulación de la Disposición Adicional de la LOE esta cuestión no se haya aclarado, puesto que no son iguales las cantidades que recibiría la aseguradora si ejercita una

acción de reembolso, en cuyo caso ha de percibir “todos los pagos a los que haya tenido que hacer frente” incluyendo, por ejemplo, honorarios de abogados por asesoramiento jurídico extraprocesal; que si se subroga en la posición del asegurado, en cuyo caso habría de recibir exclusivamente la indemnización abonada al asegurado.

De hecho, la redacción final del nuevo precepto entra en contradicción con la justificación de la Enmienda N.º 73 del Grupo Parlamentario Popular⁵⁰, en la que se dice que “se dejan abiertas todas las posibilidades que brinda nuestra legislación para que el asegurador que hubiera satisfecho una indemnización pudiera recobrar la misma, tal como se prevé en el artículo 68 LCS, no solo subrogándose en los derechos que correspondan al comprador de la vivienda, sino también ejercitando una acción de reembolso contra el promotor de la vivienda en base al artículo 1911 del Código Civil”.

De un modo u otro, lo que es indudable es que la compañía aseguradora, una vez indemniza a los asegurados, tiene acción directa contra la promotora por dichas cantidades en primer lugar, extrajudicialmente, y si ello no prospera, tiene la legitimación activa para actuar como demandante en un procedimiento civil judicial ordinario, dado que es ella, en su calidad de aseguradora, la titular del derecho a ser reembolsada de la cantidad abonada a los asegurados, derecho que además de venirle reconocido en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, así como en el precepto legal citado de la LOE, le viene expresamente reconocido en la póliza de seguro objeto del procedimiento.

Con respecto a la legitimación pasiva, ésta correspondería a la sociedad promotora, por haber llegado la fecha contractual de finalización de las obras y entrega de las viviendas a los asegurados sin que ésta circunstancia se haya producido.

Conviene remarcar que la existencia de esta acción origina que la compañía aseguradora tenga que asumir lo que se denomina como “riesgo de tesorería”, esto es, ante la solicitud de pago por parte del asegurado, debe pagar sin poder oponer ninguna excepción relativa a la obligación principal garantizada por lo que la aseguradora, en

⁵⁰ SILLERO CROVETTO, B. (“La protección del comprador de vivienda. Ley 57/68 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”). Revista de Derecho Civil. Universidad de Málaga. Vol. III, N.º 3 (julio-septiembre 2016). Pág. 81.

definitiva, lo que hace es adelantar el pago de la indemnización ante el mero requerimiento⁵¹.

Una vez el tomador reintegre a la aseguradora en el pago, será el propio tomador del seguro quien tendrá en sus manos la opción de ejercitar acción directa contra el beneficiario o asegurado -que es con quien formalizó el contrato principal de compraventa garantizado por el seguro- y ya entre ellos se dilucidará si realmente existió o no incumplimiento en ese contrato⁵². Aquí viene a cerrarse esta relación jurídica trilateral.

La acción de reintegro que corresponde a la aseguradora ha sido amparada en innumerables ocasiones por los Tribunales españoles, reconociendo expresamente que las aseguradoras y entidades financieras tienen derecho a ser reembolsadas por las mercantiles avaladas⁵³.

5. Conclusiones.

- Con la entrada en vigor de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión, y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, en vigor desde el uno de enero de 2016, se generan una serie de cambios en la normativa reguladora de la protección de las entregas a cuenta en la adquisición de viviendas. Esta Ley deroga la anterior normativa reguladora, esto es, la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre Percibo de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas, y modifica la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, cuerpo normativo que a partir de la mencionada fecha de uno de enero de 2016 pasaría a convertirse en reguladora de la materia.

⁵¹ Véase SAP Sevilla, Sec. 8^a, de 7 de marzo 2017, núm. 63/2017, rec. 10903/2016 (EDJ 2017/250265). En ella la Audiencia determina que, permitidas las cláusulas insertas en el contrato llamadas “a primer requerimiento”, el deber de pago es automático ante la recepción del requerimiento, que no necesita ningún justificante más.

⁵² PÉREZ CALVO, I (*El Seguro de Caución y su automatismo en el funcionamiento de la garantía*). Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. asociacionabogados.org; pág. 38 y ss.

⁵³ Véase SAP Castellón de 11/4/2013, N.º 151/2013, rec.696/2012 (EDJ 2013/135807); SAP Guipúzcoa de 14/2/2014, N.º 18/2014, rec. 2203/2013 (EDJ 2014/147371); SAP Madrid de 22/1/2015, N.º 38/2016, rec. 290/2015 (EDJ 2015/276723); SAP de Madrid de 22/2/2013, N.º 112/2013, rec. 47/2012 (EDJ 2013/40205); SAP Málaga de 5/9/2013, N.º 435/2013, rec. 684/2011 (EDJ 2013/241106); SAP Madrid de 30/6/2015, N.º 262/2015, rec. 504/2014 (EDJ 2015/145139).

Sobre la mencionada reforma, y una vez estudiadas en detalle las modificaciones introducidas con ella, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.- La norma reformadora no termina de aclarar ciertas cuestiones controvertidas ni sirve para mejorar la posición del consumidor con respecto a la protección que le ofrecía la anterior normativa.

2.- El hecho de que la garantía haya de constituirse solo a partir de la obtención de la licencia de edificación, no puede ser interpretado en el sentido de dejar sin protección legal alguna las cantidades entregadas por los adquirentes en momentos anteriores a la obtención por la promotora de dicha licencia. Hemos de entenderlo por tanto como un mandato de constitución de la garantía que afecta a la relación entre entidad de crédito o compañía aseguradora y promotor, y nunca a efectos de compradores adquirentes.

3.- Los derechos reconocidos a los adquirentes no se mencionan en la norma reformadora como derechos irrenunciables. Entendemos desacertada esta supresión ya que puede desestabilizar en cierto modo la finalidad pretendida por la norma, que no es otra que la de proteger los derechos del consumidor frente a posibles abusos por parte de las empresas constructoras y aseguradoras. No obstante, interpretamos que este carácter de irrenunciables de los derechos contenidos en la norma sigue existiendo pese al recorte del texto.

4.- No se faculta al comprador adquirente para reclamar las cantidades entregadas a cuenta a través del procedimiento de ejecución, posibilidad que sí le venía expresamente reconocida en el artículo 3 de la Ley 57/1968, que agilizaba el trámite dada la rapidez de este tipo de procedimientos frente al declarativo. Esta mención se suprime en el texto nuevo, pero sorprendentemente no se sustituye por otra de igual o parecido contenido. Ello se traduce en que será necesario acudir a un proceso declarativo para poder entrar en el fondo del asunto y así poder conceder el derecho al consumidor, lo que conllevará que pueda ser cuestionada con mayor detalle y en mayor medida la devolución de las cantidades por parte del garante.

5.- El plazo para reclamar la devolución de las cantidades anticipadas cuando se constate el incumplimiento de la promotora ha quedado rebajado a dos años, ya que la nueva norma nos remite al plazo establecido al artículo 23 LCS, y anteriormente el plazo que se aplicaba era el de quince años establecido en el artículo 1964 del Código

Civil para las obligaciones personales. De nuevo se recortan los derechos del consumidor, que tendrá que estar mucho más atento a la hora de requerir a la compañía para la restitución de las cantidades entregadas con el objeto de interrumpir la prescripción y que su derecho le pueda ser concedido.

6.- El sistema dual de pólizas no estaba suponiendo un especial problema puesto que la jurisprudencia amparaba al consumidor concediendo valor a la póliza de carácter global cuya cuantía no requería una constante actualización. Con la nueva redacción de la norma se exige al comprador adquirente una actitud activa de actualización de la póliza a medida que entrega cantidades a cuenta, y ello dado que se establece que no serán objeto de devolución las cantidades que el asegurado no acredite haber entregado a la promotora. Entendemos que esta modificación establece una exigencia al adquirente de comportarse diligentemente en todas las etapas del proceso de compraventa, desde el otorgamiento de la licencia de edificación, hasta la concesión de la cédula de habitabilidad. Por ello sería conveniente que estuviera en todo momento bien asesorado jurídicamente con el objeto de poder ejecutar la garantía si se incumpliera el contrato por parte del promotor.

Además, con este cambio, será más difícil encontrar pronunciamientos como el mencionado de la STS de 21 de diciembre de 2015, en que se condena a la entidad bancaria por no exigir a la promotora el depósito de las cantidades anticipadas en cuentas especiales, dado que será el consumidor el que habrá de observar con diligencia estas cuestiones ya que lo que no pruebe haber entregado, no se le devolverá.

En resumen, se hacen recaer sobre el adquirente una serie de requisitos y vigilancias que podrían dificultar bastante la ejecución de la garantía.

- En cuanto a las posibles cláusulas abusivas insertas en la póliza del seguro de caución, cuestión que abordamos en el epígrafe 4.3 de este trabajo, podemos concluir que todas aquellas cláusulas o condiciones introducidas en las pólizas del contrato de seguro de caución que impongan renunciaciones o limiten derechos del consumidor y contravengan, en consecuencia, lo dispuesto en normas imperativas, han de reputarse como abusivas en base al artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, por lo tanto, en virtud del artículo 6 del Código Civil, se

han de calificar como nulas y tenerse por no puestas en el contrato sin producir efecto alguno “ex tunc”.

- Con respecto a la acción de reembolso que corresponde a la compañía aseguradora, podemos concluir, una vez estudiados los aspectos de la legitimación procesal, lo siguiente: que dicha acción es independiente e inmune a las excepciones que pueda oponer el tomador del seguro frente al asegurado, y ello sin perjuicio de que el tomador pueda ejercitar posteriormente acción directa frente al beneficiario una vez reembolsado el pago a la aseguradora, en caso de que entienda que no incurrió en incumplimiento del contrato principal de compraventa.

Asimismo, entendemos que la jurisprudencia venidera habrá de aclarar si lo que corresponde a la compañía aseguradora es una acción de reembolso como tal, en virtud del artículo 68 LCS; o si le corresponde una subrogación en los derechos del asegurado en virtud del apartado j) de la Disposición Adicional Primera de la LOE, habida cuenta de que, si nos atenemos al contenido literal de cada concepto, no son las mismas cantidades a percibir por parte de la aseguradora en uno u otro caso.

6. Jurisprudencia citada.

- STS Sala 1ª, de 8 de marzo 2001, núm. 212/2001, rec. 113/1996 (EDJ 2001/1689).
- STS Sala 1ª, de 19 de julio 2004, núm. 817/2004, rec. 2455/1998 (EDJ 2004/82651).
- STS Sala 1ª, de 21 de diciembre 2015, núm. 733/2015, rec. 2470/2012 (EDJ 2015/237517).
- STS Sala 1ª, de 30 de abril 2015, núm. 780/2014, rec. 520/2013 (EDJ 2015/73563).
- STS Sala 1ª, de 13 de septiembre 2013, núm. 540/2013, rec. 281/2013 (EDJ 2013/177713).
- STS Sala 1ª, Pleno de 16 de enero 2015, núm. 761/2014, rec. 1111/2012 (EDJ 2015/8553).

- STS Sala 1ª, de 20 de noviembre 2017, núm. 616/2017, rec. 1849/2015 (EDJ 2017/236997).
- STS Sala 1ª, de mayo 2003, núm. 514/2003, rec. 3167/1997 (EDJ 2003/17204).
- STS Sala 1ª, de 9 de febrero 2017, núm. 76/2017, rec. 2709/2014 (EDJ 2017/6902).
- STS Sala 1ª, de 22 de abril 2016, núm. 272/2016, rec. 706/2014 (EDJ 2016/44818).
- STS Sala 1ª Pleno de 7 de mayo 2014, núm. 218/2014, rec. 828/2012 (EDJ 2014/96067).
- STS Sala 1ª de 30 de marzo 2000; ROJ: 2603/2000 (Cendoj: 28079110012000101447).
- STS Sala 1ª de 5 de julio de 2000; ROJ: 5527/2000 (Cendoj: 28079110012000102104).
- STS Sala 1ª de 29 de abril de 2002; ROJ: 3026/2002 (Cendoj: 28079110012002102054).
- STS Sala 1ª de 04 de julio 2017, núm. 420/2017, rec. 950/2015 (EDJ 2017/133319).
- STS Sala 1ª, de 18 de julio 2013, núm. 511/13, rec. 1791/10 (EDJ 2013/151692).
- STS Sala 1ª, de 20 de enero 2015, núm. 778/2014, rec. 196/2013 (EDJ 2015/11445).
- STS Sala 1ª, de 5 de mayo 2014, rec. 328/2012 (EDJ 2014/80795).
- SAP Madrid, Sec. 20ª, de 26 de octubre 2016, núm. 449/2016, rec. 800/2015 (EDJ 2016/208241)
- SAP Madrid, Sec. 9ª, de 19 de septiembre 2014, núm. 371/2014, rec. 763/2013 (EDJ 2014/219121).
- SAP Málaga, Sec. 5ª, de 23 de marzo 2017, núm. 161/2017, rec. 391/2015 (EDJ 2017/139067).
- AAP Madrid de 8 de noviembre 2016, núm. 374/2016, rec. 1028/2016 (EDJ 2016/234757).
- SAP Cantabria, Sec. 1ª, de 17 de septiembre 2001, núm. 433/2001, rec. 505/1999 (EDJ 2013/135807).

- SAP Castellón, Sec. 3ª, de 11 de abril 2013, núm. 151/2013, rec.696/2012 (EDJ 2013/135807).
- SAP Guipúzcoa, Sec. 2ª de 14 de febrero 2014, núm. 18/2014, rec. 2203/2013 (EDJ 2014/147371).
- SAP Madrid, Sec. 9ª, de 22 de enero 2015, núm. 38/2016, rec. 290/2015 (EDJ 2015/276723).
- SAP Madrid, Sec. 11ª de 22 de febrero 2013, núm. 112/2013, rec. 47/2012 (EDJ 2013/40205).
- SAP Málaga, Sec. 4ª, de 5 de septiembre 2013, núm. 435/2013, rec. 684/2011 (EDJ 2013/241106).
- SAP Madrid de 30 de junio 2015, núm. 262/2015, rec. 504/2014 (EDJ 2015/145139).
- SAP Sevilla, Sec. 8ª, de 7 de marzo 2017, núm. 63/2017, rec. 10903/2016 (EDJ 2017/250265).

7. Bibliografía.

- SOLER PASCUAL, L.A. (Magistrado de la Audiencia Provincial de Alicante); *“Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción”*; Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche” – Volumen I – número 3. enero de 2008. Pág. 103.
- FERNÁNDEZ MANZANO, L.A. y RUIZ ECHAURI, J. (coord.): *“Comentarios a la LOSSEAR”*. Hogan Lovells, Madrid, España, 2015. Pág. 109.
- ALMARCHA JAIME, J.: *“Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras”*; Centro de Estudios de Consumo; Universidad de Castilla La Mancha; Publicación: 24 de octubre de 2015. Pág. 10.

- FERNÁNDEZ BALDOMERO, E. (*“Problemática de las Medidas de Aseguramiento en la Norma Reguladora del Percibo de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas”*). Cuadernos de Derecho y Comercio, VLEX. Diciembre 2016, pág. 123.

- CASADO CASADO, B. (*“Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía”*) / INDRET, Revista para el análisis del Derecho. Pág. 6.

- PÉREZ CALVO, I. (*“El Seguro De Caución de la Ley 57/1968 y el Incumplimiento Contractual”*). Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Asociacionabogados.org, pág. 54.

- CARRASCO PERERA A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (*“Derecho de la Construcción y la Vivienda”*), Aranzadi, 1ª edición, 2012, pág. 608.

- ASTORELLI, C. (*“Publicidad engañosa en la venta de viviendas”*). Revista Consumo y Legal. Núm. 62, septiembre 2013.

- CORREDOR SIERRA, B. (*“La Protección De Los Compradores De Vivienda En Situación De Prehorizontalidad Sobre Plano”*). Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, VLEX. Enero de 2016, pág. 49.

- HOYOS ELIZALDE, C. (*“El Seguro de Caución”*). Fundación Mapfre. Madrid. 2012. Pág. 36.

- SILLERO CROVETTO, B. (*“La protección del comprador de vivienda. Ley 57/68 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”*). Revista de Derecho Civil. Universidad de Málaga. Vol. III, N.º 3 (julio-septiembre 2016). Pág. 81.

- PÉREZ GURREA, R. (*“Análisis Jurisprudencial de la Compraventa de Viviendas en Construcción”*). Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Mayo 2016, pág. 1636.
- ISIDRO MORENO, M. (*“La responsabilidad solidaria de los bancos en las compraventas fallidas de viviendas sobre planos. Análisis de la actualidad jurisprudencial y legislativa”*). Revista de Derecho VLEX núm. 154, marzo de 2017.
- PÉREZ CALVO, I (*“El Seguro de Caución y su automatismo en el funcionamiento de la garantía”*). Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. asociacionabogados.org; pág. 38 y ss.
- GARCÍA BLASCO, E. (*“La compra de vivienda sobre plano y sus garantías”*). Manubens y Asociados, Abogados, junio 2002.
- MAGRO SERVET, V. (*“El vencimiento de las obligaciones determinante del incumplimiento. Respuesta de los Tribunales”*). Revista de jurisprudencia, El Derecho. N.º 2, julio de 2016.
- ANTONIO REGALADO, J; NISTAL VÁZQUEZ, A; GRASA GRAELL, D. (*“La responsabilidad de las entidades financieras por las cantidades anticipadas en compraventa de viviendas sin edificar”*). Cuadernos de Derecho y Comercio, VLEX. Diciembre de 2016, pág. 342.
- FERNÁNDEZ MANZANO, L.A. y RUIZ ECHAURI, J. (*“Un análisis de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras”*). Revista Española de Seguros. Núm. 165-166. Enero 2016. Pág. 161.

8. Anexo I: Demanda de procedimiento declarativo ordinario en ejercicio de la acción de recobro.

**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE JAÉN QUE POR TURNO
CORRESPONDA**

FRANCISCO PÉREZ MARTÍNEZ, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de SDC SEGUROS, S.A., según se acredita mediante copia de escritura de poder que se aporta con el presente escrito como DOCUMENTO N.º 1, actuando bajo la dirección letrada de Don Alberto García Pastor, con despacho abierto a efectos de notificaciones en la Calle 23 de septiembre n.º 2 de Jaén, ante el Juzgado comparezco, y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que por medio del presente escrito deduzco, de conformidad con los trámites del artículo 249 en relación con el 399 y siguientes de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, **DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO en RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, por importe de 35.648 euros, contra la Sociedad CONSTRUFESA**, con CIF H-654845215 y domicilio en Avenida de León n.º 5, 23008, Jaén, y ello en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO. - Que con fecha 3 de abril de 2016 emitió mi mandante póliza individual de caución con número 6786565849, en garantía de las cantidades anticipadas por el comprador de la vivienda sita en la Calle Capitán Doroteo, número 3, 2º, Don Francisco Hidalgo Torres. Dicho comprador se encontraba citado en la póliza del seguro en calidad de asegurado.

Al darse todos los requisitos para que la póliza mencionada surtiera sus plenos efectos, esto es, el incumplimiento por parte de la promotora de sus obligaciones contractuales con el comprador establecidas en el contrato de compraventa suscrito

entre ambos, mi mandante hubo de indemnizar al mismo ante su requerimiento de fecha 21 de marzo 2017, como beneficiario del contrato, tal y como se indicaba en la póliza y como legalmente viene obligada a actuar.

Dicho incumplimiento por parte de la promotora demandada consistió en no haber entregado en plazo el inmueble objeto del contrato de compraventa. Esta situación, unida al comunicado fehaciente mediante requerimiento a la promotora que el adquirente llevó a cabo para conseguir la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, se tradujo en la obligación por parte de mi mandante de hacerse cargo del siniestro conforme a lo estipulado en la póliza en cuestión.

SEGUNDO. - Que debido al incumplimiento citado mi mandante ha procedido, en fecha 30 de marzo 2017 (siete días después del requerimiento del asegurado) a abonar en concepto de indemnización la cantidad de 35.648 euros que hoy se reclama. Se adjunta como DOCUMENTO N.º 2 extracto de la transferencia firmado por el asegurado el mismo día 30 de marzo, una vez recibió la indemnización.

TERCERO. - Que tal y como se expresa en la estipulación quinta de la referida póliza individual, mi mandante sostiene un derecho de reembolso de las cantidades expresadas anteriormente por parte del tomador del contrato de seguro, la promotora demandada. Asimismo, este derecho le viene conferido por el artículo 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, así como en el apartado j) del punto Dos de la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

A dichas cantidades se les habrá de sumar, tal y como indica la mencionada estipulación contractual, así como los citados preceptos legales, los gastos habidos por la tramitación del pago relacionado, así como el interés anual pactado incrementado en dos puntos, y todo ello en un plazo de siete días a contar a partir del requerimiento efectuado por Don Francisco Hidalgo Torres a la promotora demandada en fecha 15 de enero 2017.

Por tanto, toda vez que mi mandante ha requerido a la entidad demandada mediante comunicado fehaciente, esto es, mediante burofax de fecha 13 de agosto 2017; tal y como se acredita en el DOCUMENTO N.º 3, consistente en copia del mismo junto con acuse de recibo, y dicho pago no ha sido en ningún momento realizado, concurren todos los elementos contractuales y legales exigidos para poder reclamarlo en sede judicial, mediante la presente demanda por la cual mi mandante viene a ejercitar el derecho de reembolso que le asiste en virtud de lo estipulado en la póliza de seguro de caución suscrita por las partes, así como en los preceptos legales citados anteriormente de la LCS y la LOE.

CUARTO. - El derecho de crédito que corresponde a mi representada con respecto a la entidad demandada es independiente al hecho de que el asegurado haya reclamado en vía judicial o no el abono de las cantidades satisfechas, en virtud de la estipulación séptima de la póliza objeto de la presente litis. Es por ello que no existe motivo legítimo alguno que justifique la falta de pago por la promotora a mi mandante por las cantidades aquí exigidas. Se cumplen por tanto todos los requisitos para que proceda la promotora al cumplimiento de sus obligaciones.

QUINTO. - Han sido numerosos los intentos llevados a cabo por esta parte para llegar a una solución amistosa con la promotora demandada. Sin embargo, todos ellos han resultado infructuosos por lo que no queda a mi mandante otra vía que la judicial para que su derecho sea satisfecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

Es competente para el conocimiento de este pleito el Juzgado de Primera Instancia por así venir establecido en virtud del artículo 45 LEC. Estando igualmente atribuida la competencia territorial a los Juzgados de Primera Instancia de Jaén por ser este el domicilio de la demandada, en virtud del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. CUANTÍA Y PROCEDIMIENTO.

En virtud del artículo 250.2 LEC la presente demanda debe tramitarse por los cauces del juicio declarativo ordinario y ello debido a que la cuantía reclamada en la misma la cual ha quedado fijada conforme al artículo 251 de la LEC, cumpliendo de este modo a la vez con lo establecido en el artículo 253 de la LEC, asciende a la cantidad de 35648, más los intereses moratorios fijados en la póliza que dispone un interés legal incrementado en dos puntos.

III. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN.

Está capacitada y legitimada activamente mi representada SDC SEGUROS, SA. para actuar como demandante, y ello dado que es ella, en su calidad de aseguradora, la titular del derecho a ser reembolsada de la cantidad abonada a los asegurados en el presente litigio, derecho que además de por los artículos 68 LCS y DOS, j) de la Disposición Adicional Primera de la LOE, le viene expresamente reconocido en la póliza de seguro objeto de este procedimiento. Del mismo modo está legitimada pasivamente la demandada Construfesa en su condición de promotora, por haber llegado la fecha contractual de finalización de las obras y entrega de las viviendas acordada en el contrato privado de compraventa suscrito entre la misma y el asegurado Don Francisco Hidalgo Torres, sin que esta circunstancia se haya producido.

En cuanto a la postulación procesal, ésta se haya ajustada a Derecho en virtud del art. 23 y 31 LEC.

IV. DERECHO SUSTANTIVO.

A) DERECHO DE REEMBOLSO DE LA ASEGURADORA.

- ART. 68 LCS. Establece que “todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.
- Disposición Adicional Primera, punto DOS, apartado j) LOE. Determina que el asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a éstos.
- La estipulación quinta de la póliza individual del seguro de caución establece: “*todo pago hecho por la compañía a los asegurados deberá serle*

reembolsado en el domicilio de ésta por el tomador, sus herederos o derechohabientes, incrementado con los gastos habidos más un interés anual igual al legal incrementado en dos puntos, en un plazo no superior a los siete días siguientes a la fecha a que fuera requerido en tal sentido por la compañía y aun cuando dicho pago hubiera sido satisfecho sin mediar demanda judicial por parte del asegurado. El tomador no podrá alegar, para negarse al pago a que se obliga según lo anterior, las objeciones formuladas al asegurado por la compañía. Sin embargo, una vez que haya reembolsado a la compañía las correspondientes cantidades, quedará en libertad para reclamar al asegurado, por su propia cuenta, la restitución de las cantidades que considere indebidamente pagadas”.

B) DEL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el **Código Civil**. Libro cuarto, de las obligaciones y contratos; en relación con el principio fundamental internacional y del Derecho Civil de nuestro ordenamiento jurídico: **PACTA SUNT SERVANDA**, el cual significa que lo acordado contractualmente por las partes haciendo uso de la autonomía de la voluntad debe cumplirse entre ellas como si fuera una ley, y en caso de incumplimiento la parte perjudicada puede demandar judicialmente, ya sea su cumplimiento, o la indemnización de daños y perjuicios ocasionados.

Artículo C.C. “Los contratos obligan no solo a lo expresamente pactado, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley",

Artículo 1091 C.C. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

C) DE LOS INTERESES.

A la cantidad satisfecha por mi mandante al asegurado habrá de añadirse el devengado interés anual igual al legal incrementado en dos puntos desde la fecha del

requerimiento de pago formulado por la actora, de acuerdo a lo establecido en la anteriormente reflejada condición quinta de la póliza.

- Artículo 1108 CC: “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.

En relación al derecho de reembolso que corresponde a mi mandante, éste ha sido reconocido en innumerables ocasiones por los Tribunales. Así, por ejemplo, la SAP Castellón 11 de abril 2015, número 151/2013, expresa *“la finalidad perseguida por este seguro no es sino la de constituir una garantía frente al incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, lo que se traduce como el propio art. 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en la obligación que al tomador del seguro corresponde de indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos.”*

En similares términos se pronuncia la SAP Guipúzcoa de 14 de febrero 2014: *“Resulta obvio que en este caso se produjo un incumplimiento del concursado cuyas consecuencias no se determinan hasta después de la declaración de concurso, naciendo en ese momento la obligación de indemnizar por parte de la aseguradora, quien, una vez efectuado el pago a los asegurados-perjudicados, reclama a la concursada la cantidad desembolsada”.*

V. COSTAS.

En virtud del artículo 394 LEC deben imponerse a la parte demandada, por ser ello preceptivo.

Por todo lo anterior,

SUPlico AL JUZGADO: Tenga por presentado este escrito con las copias y documentos que lo acompañan, lo admita y en su virtud me tenga por parte en representación de SDC SEGUROS, S.A. y del mismo modo por presentada **DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE CANTIDAD CONTRA LA PROMOTORA CONSTRUFESA POR IMPORTE DE TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO EUROS (35.648 €)** y una vez admitida se dé traslado de la misma a la parte demandada, emplazándola para que comparezca bajo apercibimiento de ley y conteste a la demanda, y que se prosiga con el procedimiento por los trámites oportunos para que en su momento se dicte sentencia por la cual, estimándose íntegramente los pedimentos de esta demanda, se le condene a abonar a mi representada la cantidad expresada, más los intereses fijados en la condición quinta de la póliza seguro objeto del presente procedimiento que dispone un interés legal incrementado en dos puntos, más las costas procesales.

OTROSÍ PRIMERO DIGO que, a los efectos del art. 265.2 LEC, dejamos señalados los siguientes archivos a los oportunos efectos de prueba:

- Banco Santander.
- Correos.
- Banco Mare Nostrum.

SUPlico AL JUZGADO, tenga por señalados los archivos mencionados a los efectos probatorios oportunos.

Por ser de justicia que respetuosamente pido en Jaén, a 17 de septiembre de 2017.

9. Anexo II: Demanda ejecutiva de título judicial.

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 3 DE JAÉN

FRANCISCO PEREZ MARTINEZ, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de SDC SEGUROS, S.A., según se acredita mediante copia de escritura de poder que se aporta con el presente escrito como DOCUMENTO N.º 1, actuando bajo la dirección letrada de Don Alberto García Pastor, con despacho a efectos de notificaciones en la Calle 23 de septiembre n.º 2 de Jaén, ante el Juzgado comparezco, y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que por medio del presente escrito deduzco, en la indicada representación, de conformidad con los trámites del artículo 549.1, en relación al artículo 517 y siguientes, todos ellos de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, **DEMANDA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA FIRME DICTADA POR ESE JUZGADO EN LOS AUTOS 1223/16 CONTRA LA SOCIEDAD CONSTRUFESA**, con CIF M-2399877 y con domicilio en Avenida de León n.º 5, 23008, Jaén, y ello en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO. – Mi representada es acreedora frente a la mercantil demandada en virtud de la Sentencia de este Juzgado de fecha 3 de octubre de 2017, recaída en los autos 1223/16, que es firme al no haber sido recurrida por ninguna de las partes.

SEGUNDO. – En la citada Sentencia notificada a la ejecutada con fecha 4 de octubre de 2017, se condenó a la mercantil demandada a abonar a mi representada la cantidad de 35.648 € en concepto de principal (treinta y cinco mil seiscientos cuarenta y ocho euros) más los intereses legales. Esta cantidad resulta del derecho de reembolso que mi representada tenía frente a la demandada como consecuencia de la indemnización a la que hubo de hacer frente al asegurado Don Francisco Hidalgo Torres, debido a la ejecución de la póliza de seguro de caución n.º 6786565849 por el incumplimiento que éste sufrió en su contrato de compraventa suscrito con la promotora.

Que, no habiendo procedido la parte demandada al cumplimiento de la referida sentencia, interesa al derecho de esta parte que se proceda a su ejecución.

La cantidad total por la que se solicita se despache ejecución asciende a 46.342'40 €, a tenor de los pronunciamientos de condena que constan en el título que se ejecuta, según el siguiente desglose:

PRINCIPAL: 35.648'00 €

INTERESES Y COSTAS DE LA PRESENTE EJECUCIÓN: 10.694 €.

Se adjunta como DOCUMENTO N.º 2 liquidación de ambos conceptos.

TERCERO. Que en cumplimiento de lo dispuesto por el [art. 549.1 3º LEC](#) esta parte designa como bienes embargables de la deudora ejecutada los siguientes:

- 1.- Dinero en la cuenta corriente: ES 45 4456 9876 997566 del Banco Santander.
- 2.- Plaza de aparcamiento nº 4 del edificio sito en Avda de Madrid 99 de Jaén.

Datos registrales: Inscrito en el Registro de la Propiedad nº 2 de Jaén . Finca registral 99.654

CUARTO.- Esta parte desconoce otros bienes pertenecientes al hoy ejecutado en los que se pueda trabar embargo, por lo que, para el caso de que resulten insuficientes, solicito que por parte del Letrado de la Administración de Justicia de ese Juzgado se recabe INFORMACIÓN PATRIMONIAL COMPLETA del ejecutado, solicitando que estas medidas se lleven a cabo de inmediato, sin oír previamente al ejecutado ni esperar a la notificación del auto de despacho de la ejecución, ya que cualquier demora en la localización e investigación de los bienes podría frustrar el buen fin de la ejecución, conforme establece el [artículo 554](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todo ello en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- COMPETENCIA .-Corresponde conocer de esta demanda al Juzgado de Primera Instancia al que se dirige la presente, por ser el Juzgado que conoció del asunto en primera instancia, conforme establece el artículo 545.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II.-LEGITIMACIÓN. - Está capacitada y legitimada activamente mi representada SDC SEGUROS, SA. para actuar como ejecutante, y ello dado que es ella acreedora del derecho de crédito frente a la demandada, que se le reconoce en virtud de la Sentencia que se acompaña. Del mismo modo está legitimada pasivamente la demandada Construfesa en su condición de deudora, por ser condenada por este Juzgado en la Sentencia anteriormente citada a abonar a mi representada las cantidades detalladas.

III.- POSTULACION Y DEFENSA.- El actor se encuentra representado por procurador habilitado para actuar en la demarcación de este Partido Judicial, representación que ha quedado acreditada con poder general para pleitos acompañado como DOCUMENTO N. ° 1 de la demanda, siendo redactada y firmada la misma por abogado ejerciente colegiado identificado en el encabezamiento de la presente, todo ello conforme disponen los artículos [23 y 31](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV- PROCEDIMIENTO.- Es el establecido en los artículos [548](#) y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El título acompañado con el escrito de demanda tiene aparejada ejecución, conforme al artículo 517.2. 1º LEC.

Se fija la cuantía del presente procedimiento en la cantidad de 35.648 € de principal, en cumplimiento de lo preceptuado por el [art. 253.1 LEC](#).

A tenor del [artículo 580 LEC](#), no será necesario el previo requerimiento de pago a la demandada cuando se trate de ejecutar resoluciones judiciales que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero.

V.-INTERESES.- Tratándose de condena de pago de cantidad líquida, esta devengará un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la Ley conforme a lo establecido en el artículo [576](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VI. – COSTAS.- Las costas de esta ejecución serán de cuenta del ejecutado conforme a lo establecido en el [artículo 539 y 583 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#).

Por todo ello,

SOLICITO AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito y por realizadas las manifestaciones que en él se contienen, se sirva admitirlo y tener por formulada **DEMANDA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA FIRME DICTADA CON FECHA 3 de octubre de 2017 EN LOS AUTOS 1223/16, frente a la mercantil CONSTRUFESA con CIF M-2399877** y previos los trámites legales se dicte auto de orden general de ejecución y despachando ejecución contra el demandado por importe de 35.648 euros de principal más otros 10.694 euros que se presupuestan para intereses y costas de la presente ejecución tal y como se ha detallado en el hecho segundo de la demanda, que se le notificará personalmente en el domicilio al inicio referenciado y en consecuencia, se dicte decreto por el letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución por la que se acuerde el embargo de bienes de la ejecutada para responder con su valor de las cantidades reclamadas.

Todo ello por ser de justicia que pido en Jaén a 4 de enero de 2018

OTROSI PRIMERO DIGO: Que interesa al derecho de esta parte, en virtud de los artículos 589 y 590 LEC, que se nos dé traslado de la INFORMACION PATRIMONIAL COMPLETA de la mercantil ejecutada CONSTRUFESA con CIF M-2399877, para que por Letrado de la Administración de Justicia a través del punto neutro habilitado al efecto se obtenga información sobre sus cuentas corrientes, depósitos, bienes muebles o inmuebles y devoluciones tributarias para el caso de que resultare insuficiente o infructuoso el anterior embargo, solicitar mejora de embargo a la vista de la referida información.

SUPLICO AL JUZGADO, acuerde conforme se solicita en el anterior Otrosí a los efectos oportunos.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO que, por medio del presente escrito, y al amparo de los artículos 732 y 727.1 LEC, venimos a SOLICITAR LA ADOPCIÓN DE MEDIDA CAUTELAR consistente en el embargo preventivo de bienes de la demandada CONSTRUFESA con base en las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERO.- Tal y como resulta del relato de hechos de la presente demanda y de la documental que con ella se aporta, el demandado adeuda la cantidad de --- a mi representada.

SEGUNDO.- Se solicita, a través del correspondiente expediente de medidas cautelares, que se practique embargo preventivo sobre las fincas registrales con número 1579 y 4200 del Registro de la Propiedad de esta ciudad, ambas de titularidad de la promotora demandada, tal y como se acredita con las notas informativas que se acompañan en los DOCUMENTOS N° 3 y 4, destacando que aparecen como documentos pendientes de despacho dos anotaciones de embargo en cada una de las fincas procedentes de la Tesorería General de la Seguridad Social ante la que, por lo visto, la demandada presenta los correspondientes impagos.

Ello hace que surja el peligro de mora procesal que se generaría de no adoptar con celeridad la medida de anotación preventiva de embargo sobre las fincas detalladas, toda vez que ello conlleva el riesgo de que de no adoptar dichas medidas, cuando se dicte la sentencia no se pueda llevar a cabo la ejecución de la misma ante la carencia de bienes de la hoy demandada.

Todo ello en virtud de los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es competente el Juzgado al que tengo el honor de dirigirme, a tenor de lo dispuesto en el art. 723 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 721 de dicho texto legal, se interesa la adopción de medidas cautelares a instancia de parte legítima.

TERCERO.- Asimismo y de conformidad con lo que dispone el art. 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se solicita como medida cautelar el embargo preventivo de bienes para asegurar la ejecución de sentencia, habiendo designado bienes concretos y acreditado la titularidad de los mismos del demandado, medida cautelar específica que recoge el nº. 1 del artículo 727 LEC.

CUARTO.- Del mismo modo se dan las circunstancias de apariencia de buen derecho y peligro por la mora procesal del artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ofreciendo esta parte la constitución de caución a través del otrosí correspondiente.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO que, habiendo solicitado a través del correspondiente otrosí la adopción de medida cautelar de anotación de embargo sobre las fincas 1579 y 4200 del Registro de la Propiedad de esta ciudad, de titularidad de la demandada, acuerde la incoación del correspondiente expediente en solicitud de medidas cautelares, cite a las partes a la comparecencia que a tal fin establece el art. 733 y el 734 LEC, y dicte resolución declarando haber lugar a la medida cautelar solicitada de anotación de embargo preventivo sobre las fincas registrales expresadas inscritas en el Registro de la Propiedad de esta ciudad a fin de garantizar el importe reclamado, más TRES MIL EUROS (3.000 €) que, provisionalmente, se presupuestan para intereses y costas, ordenando la expedición de los correspondientes mandamientos de anotación de embargo al Registro de la Propiedad y con imposición de costas a la demandada si se opusiere a la adopción de la presente medida cautelar.

OTROSÍ TERCERO DIGO que esta parte ofrece la cantidad de MIL EUROS (1.000 €), en concepto de caución, que se consignará en el momento que el Juzgado así lo determine.

SUPLICO AL JUZGADO que, a tenor de lo manifestado, así se sirva acordarlo.

Por ser de justicia que respetuosamente pido en lugar y fecha indicados “ut supra”.