

# ¿Qué cubren en realidad los seguros de caución para la construcción en las cooperativas de viviendas?

Un comentario disidente a la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno Sala primera) de 13 de septiembre de 2013



**Mariano Yzquierdo Tolsada**

Catedrático de Derecho Civil

Consultor Académico en CMS Albiñana & Suárez de Lezo

## RESUMEN

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 (Ponente, Francisco Marín Castán) trata de poner fin a una controversia interesante del mercado asegurador de los últimos años. La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas prevé que el seguro obligatorio suscrito por la cooperativa de viviendas sirva para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores para el caso de que la construcción de las viviendas no se inicie o termine en los plazos previstos. Pero la práctica aseguradora ha diseñado otros seguros, conocidos como “de Tramo I”, que únicamente garantizan que las cantidades aportadas por los cooperativistas se destinarán a sufragar los gastos del proyecto promotor en sus fases iniciales. Esta sentencia entiende, sin embargo, que si las cantidades se desvían de esta finalidad, se trata de un siniestro de los que están cubiertos por las pólizas obligatorias de la Ley 57/1968.

## 1. Hechos

### 1.1. Antecedentes

No se recogen en el texto de la sentencia comentada, pero acudiendo a las sentencias de instancia, he podido comprobar que se trata de hechos que en los últimos años se han venido reproduciendo por doquier en el ámbito de diferentes cooperativas de viviendas, y siempre o casi siempre han contado como parte demandada a ASEFA, S.A., SEGUROS Y REASEGUROS (en lo sucesivo, ASEFA). Ello permite actuar por elevación y describir como antecedentes lo que ha sido el mismo periplo judicial en todos los casos, y que la circunstancia de haber tenido desigual fortuna ha sido, sin duda, lo que ha llevado a la Sala a decidir que esta Sentencia debía tener carácter plenario.

En resumen, nos encontramos ante un asegurador que suscribió con una cooperativa –en el caso, se trataba de “Jardines de Valdebebas, Sociedad Cooperativa Madrileña”–, una póliza global de seguro de caución con arreglo a la cual, y según lo previsto en las Condiciones Generales, aquél quedaba obligado, para el caso de que el tomador del seguro dejara de cumplir las obligaciones legales o contractuales contraídas con los cooperativistas asegurados, a indemnizar a éstos a título de resarcimiento y hasta el límite de indemnización, los daños patrimoniales sufridos como consecuencia de dicho incumplimiento.

De manera también coincidente a lo sucedido en otros litigios con otras cooperativas (“Residencial los Madroños, Sociedad Cooperativa Madrileña”, “La Tenería de Moraleja”, “Puerta del Romeral”, etc.), las Condiciones Especiales establecían como condición imprescindible para la contratación de la póliza, que todas las cantidades entregadas a la Sociedad Cooperativa asegurada habrían de ingresarse en la cuenta especial abierta al efecto, y que los fondos que los cooperativistas depositaran en dicha cuenta habrían de destinarse exclusivamente a atender las necesidades de financiación relacionadas con la promoción inmobiliaria objeto del seguro.

Se da la circunstancia de que en el caso que originó este litigio –y así también en los demás–, no llegó a comenzar el proceso de construcción de las viviendas, y los cooperativistas terminaron demandando a ASEFA con el objeto de que les fueran devueltas las cantidades que, como cooperativistas, fueron entregadas por ellos.

Como resume perfectamente la Sentencia, “la controversia de fondo se centró en si dicho contrato de seguro era de los previstos con carácter obligatorio en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/68), y en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), tesis de los cooperativistas demandantes, o por el contrario se trataba de un seguro voluntario, de los conocidos en la práctica aseguradora como “de Tramo I”, que únicamente garantizaba que las cantidades aportadas por los cooperativistas se destinaran a sufragar los gastos del proyecto promotor en sus fases iniciales, tesis de la aseguradora demandada”.

### 1.2. La solución de primera instancia

Pues bien, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 96 de Madrid de 31 de octubre de 2011 acogió la tesis de los demandantes y estimó la demanda, salvo en lo referente a la indemnización fundada en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS). Se condenó a ASEFA a indemnizar a los demandantes en las cantidades anticipadas, descartando las que cada uno hubiera percibido, en su caso, en el procedimiento concursal, e incrementadas con el interés legal desde su ingreso en las cuentas de la cooperativa. El Tribunal Supremo resume convenientemente la argumentación:

Por una parte, se entendió que el tipo de riesgo descrito en las condiciones particulares de la póliza era el *buen fin* de las aportaciones o anticipos de los cooperativistas, y eso solo se consigue “si la promoción inmobiliaria llega a concluirse, con la edificación y entrega de las viviendas a los socios cooperativistas, objeto social de la entidad e incuestionable intención de quienes se adhieren a la misma como socios”. Y si eso era así, el riesgo asegurado se daba “cuando los anticipos de los cooperativistas no han alcanzado ese ‘buen fin’, lo que está indisolublemente vinculado a la indisponible garantía de devolución de las cantidades anticipadas contemplada en el art. 1 de la ley 57/68 para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido”.

La sentencia de instancia insistía en que si los contratos de adhesión suscritos por los demandantes describían las características de las correspondientes viviendas y plazas de garaje, entonces “está claro cuál era el fin último de la



adhesión a la cooperativa para el demandante, y el destino de sus aportaciones anticipadas”. Los cooperativistas tenían por ello derecho a que se constituyera a su favor una garantía de la devolución de esas aportaciones para el caso de “incumplimiento por parte de la promotora del plazo o de la obligación de entrega de las viviendas”.

Desde ese, tal vez forzado, punto de partida, la sentencia entiende que los certificados individuales vinieron a alterar las condiciones particulares de la póliza “al excluir el buen fin”, modificando así el objeto del contrato al introducir una limitación de los derechos del asegurado no consentida por éste, lo que resulta contrario al art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Sobre todo si se tiene en cuenta que la “garantía de devolución de las cantidades anticipadas es una *exigencia rigurosa* de la Ley 57/68 que obligaba a dar una interpretación favorable a su finalidad protectora”.

### 1.3. La solución de la Audiencia Provincial

La SAP de Madrid de 31 de octubre de 2012, en cambio, acogió la tesis de la aseguradora demandada y, en consecuencia, desestimó totalmente la demanda. La Audiencia parte de la base de que existía ambigüedad en las condiciones generales de la póliza, para admitir, contrariamente a lo decidido en instancia, que en las condiciones particulares no se hablaba para nada de la Ley 57/68. El “buen fin” de los anticipos hechos por los cooperativistas consiste en que los mismos se destinen exclusivamente para atender las necesidades de financiación de la promoción, sin que los certificados individuales aseguren la entrega de las viviendas.

En una palabra, el seguro no era el de la Ley 57/68 sino “otro tipo de seguro distinto”. De hecho, una de sus estipulaciones (la número 12) especificaba que el destino de las cantidades anticipadas iba relacionado con la adquisición del suelo, su titulación, los gastos notariales, la redacción del proyecto y demás fases preparatorias. Según la Sentencia, “mientras el seguro de la Ley 57/68 cubre el riesgo de que la obra no se empiece o no se termine por causa imputable al promotor o al constructor, el seguro aquí examinado, en cambio, no podía cubrir esas contingencias porque aún no se sabe cuál es el suelo ni se tiene el proyecto de obra que defina las viviendas ni se conoce, ni aun por aproximación, cuándo podrá comenzar la obra, ni se tienen licencias administrativas, ni calificación de la promoción, ni nada de nada. Solo hay una idea con un desarrollo muy embrionario”.

### 1.4. Los motivos de casación

Los motivos del recurso de casación se dedican a reafirmar, frente a la sentencia recurrida, que el seguro de caución suscrito por la cooperativa y ASEFA, sí garantizaba a los cooperativistas las cantidades anticipadas por ellos incluso aunque la construcción no llegara a iniciarse. En definitiva, lo consideran incluido en el ámbito de la Ley 57/68, como un seguro obligatorio destinado precisamente a proteger, con carácter irrenunciable, a quienes pretendían acceder a la propiedad de una vivienda en régimen de cooperativa.

A partir de ahí, los motivos tienen algo de recurrente, aunque debo reconocer que estaban muy bien articulados. Naturalmente, el primero se funda –no podía ser de otro modo– en la infracción del art. 1 de la Ley 57/68 por haber considerado la sentencia recurrida que el precepto no resultaba aplicable a las cantidades entregadas al promotor de viviendas en las fases iniciales de la promoción.

El motivo segundo se funda en infracción de la Disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, por haberla considerado la sentencia no aplicable al seguro litigioso. Esta disposición establece lo siguiente:

*“La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/68, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones:*

*a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa.*

*b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/68 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley.*

*c) La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.*

d) *Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del art. 6 de la citada Ley, se impondrán por las comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.*

El motivo tercero se funda en aplicación indebida del art. 5.1 del Real Decreto 515/1989, dictado para la protección de los consumidores en la compra de viviendas, por haber deducido del mismo la sentencia a quo conclusiones contrarias a la disposición adicional primera de la LOE, norma posterior y superior en rango. Y por esta misma razón, el motivo cuarto se funda en aplicación indebida del art. 114 del Decreto 2114/1968, y el motivo quinto en infracción del art. 1.D) del Real Decreto 2028/1995. Estos últimos dos preceptos obligan a que en materia de cooperativas de viviendas se garanticen las cantidades anticipadas a partir de la calificación provisional.

Como resultante, el motivo sexto se funda en la infracción del art. 68 LCS, porque según los recurrentes, la definición del seguro de caución contenida en la sentencia impugnada resulta contraria a su concepto legal, pues la ley configura este seguro como aquel por el cual *“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”*.

Y finalmente, el motivo séptimo se funda en infracción del art. 1281 en relación con el art. 1282, ambos del Código Civil, por no haber tenido en cuenta la sentencia recurrida cuál fue la intención evidente de los contratantes al determinar la naturaleza y contenido del seguro litigioso.

### 1.5. La Sentencia del Tribunal Supremo

La Sentencia del Tribunal Supremo entiende que si las cantidades aportadas por los cooperativistas se desvían de la finalidad de sufragar los gastos del proyecto promotor en sus fases iniciales, también se trata de un siniestro cubierto por las pólizas obligatorias de la Ley 57/1968.

Básicamente, la argumentación se contiene en el Fundamento de Derecho Décimo, que extractamos resumidamente:

1ª “No es cierto (...) que las condiciones de la póliza especiales para cooperativas digan “de forma muy clara” que el objeto del seguro “no es el de la Ley 57/68 “ (FJ 3º). Antes al contrario, la lectura de esas condiciones especiales, a las que se remiten las condiciones particulares (...), revela por sí sola que no hacen alusión alguna a la Ley 57/68, ni para incluir el seguro en su ámbito ni tampoco para excluirlo, y, además, que la aseguradora era perfecta conocedora de los contratos mediante los cuales se fueron incorporando los demandantes a la cooperativa (...)”.

2ª) “El razonamiento de la sentencia recurrida acerca de que el siniestro era “la realización por parte de los órganos rectores de la cooperativa de gastos desproporcionados para la compra de terrenos etc., y la indiligencia en la gestión y control de la cuenta por la aseguradora que la fiscaliza” es contrario a la estructura del seguro de caución resultante del art. 68 LCS, porque asegurarse frente a la “indiligencia” de la aseguradora equivale a que esta fuera aseguradora de sí misma y no de los cooperativistas frente a los incumplimientos de la cooperativa para con ellos.

3ª) Precisamente el dato de que la aseguradora, además de cobrar a cada asegurado la prima proporcional del seguro de caución, percibiera también una retribución por controlar y fiscalizar las cuentas especiales, como prestadora de un servicio aparte, demuestra por sí solo que el objeto del seguro no podía limitarse a esa labor fiscalizadora”.

4ª) “Los esfuerzos de la sentencia recurrida por encontrar en normas de rango inferior a la ley argumentos favorables a su tesis interpretativa del seguro litigioso como un seguro “de Tramo I” carecen de sentido cuando la norma especial de adecuación de la Ley 57/68 a las cooperativas (...) somete a la Ley 57/68 el anticipo de cantidades previo incluso a la adquisición del solar, es decir en esa “fase embrionaria” que tanto la aseguradora demandada como la sentencia recurrida consideran excluida de dicha ley”.

5ª) “Se trata, por tanto, no de un problema de jerarquía normativa, que no lo hay, ni tampoco de derogación de unas normas por otras posteriores de superior rango, sino de prevalencia de la ley especial sobre la general, de que la promoción de viviendas en régimen de cooperativa tiene sus propias peculiaridades y entre estas se encuentra el de la unión de esfuerzos desde un principio para adquirir los te-



renos y, por tanto, el anticipo inicial de sumas muy importantes de dinero, mucho más elevadas que las habitualmente entregadas cuando la promoción se ajusta a otro régimen distinto, que la ley también quiere garantizar. Es desde este punto de vista como debe interpretarse la disposición adicional primera de la mucho más reciente LOE de 1999 (RCL 1999, 2799) cuando extiende las garantías de la Ley 57/68 a la “promoción de toda clase de viviendas, incluso las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa”, y no como propone la aseguradora demandada argumentado que al tratarse de una ley sobre edificación la garantía de los anticipos solo sería exigible una vez comenzada la construcción. En definitiva, el riesgo asegurado por el seguro de caución en los casos de promoción en régimen de cooperativa es el fracaso del proyecto, y a esta conclusión conducen tanto la ley como las condiciones particulares del seguro litigioso no desvirtuadas por las especiales (...).”

6ª) En último extremo, cualquier duda interpretativa de las normas aplicables al caso tendría que resolverse aplicando la Constitución (RCL 1978, 2836), y es insostenible que después de la Constitución, cuyo art. 47 reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y cuyo art. 51 impone a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, la protección de cooperativistas que se encuentran en la misma situación que los demandantes pueda ser inferior a la que habrían tenido en el año 1968 (...).”

## 2. Resolución jurídica

### 2.1. Una precisión inicial

Me parece fuera de toda duda de que el Tribunal Supremo, cuando dicta una sentencia plenaria, es porque trata de poner orden ante decisiones judiciales contradictorias sobre el mismo asunto –casi siempre contradicciones entre el parecer de distintas Audiencias Provinciales, pero a veces contradicciones de la propia Sala–, algo que ya es grave de por sí. Más aún en los numerosos litigios en que, como el presente, se plantea la misma controversia y ésta además afecta a miles de personas. En el caso, se trata de quienes ven cómo las cantidades entregadas a cuenta para construir la vivienda comprada con tanto esfuerzo e ilusión desaparecían, las cooperativas también, y la aseguradora que, según creían, garantizaba la devolución de las cantidades entregadas, entendía que el riesgo cubierto no era la devolución de tales cantidades.

Desde luego, la capital importancia que tienen las actividades de promoción, construcción y venta de viviendas para la vida de la persona y la familia y el correcto desarrollo de las actividades comerciales, industriales y profesionales en su conjunto, ha determinado desde hace más de medio siglo una singular preocupación por parte del legislador español. Una preocupación que tiene un signo muy definido: se trata de evitar que quienes ponen sus ahorros en manos ajenas con vistas a ver culminados sus deseos de adquirir un inmueble en propiedad en el que instalar su residencia habitual o su lugar de trabajo o de ocio, se encuentren ante vicisitudes tan frustrantes como que las obras no comienzan, o comienzan pero no llegan a terminar, o terminan, pero colocando sobre el suelo unas edificaciones que dejan mucho que desear. Como no podía ser de otro modo, el legislador ha tratado de poner especial énfasis en los casos en que el objeto de la venta sea una vivienda destinada a residencia, ya sea permanente, ya sea de temporada.

Por esta misma razón, el mundo de los seguros se ha visto ante la necesidad de ofrecer al mercado determinados productos que acompañen a las garantías que deben ofrecer quienes se dedican a la promoción inmobiliaria. A veces, incluso ha sucedido que la propia ley establece una obligación, que se impone a los promotores, de suscribir diferentes pólizas de seguro. Sin embargo, la proliferación de instrumentos de aseguramiento no se ha visto, a su vez, acompañada de la debida precisión en el diseño de las concretas pólizas, bien sea por las carencias que en origen se pueden detectar en las normas legales que imponen los seguros obligatorios, o bien porque la propia práctica de las compañías aseguradoras –y dígase lo mismo de las mutuas– no ha traído consigo ni claridad ni precisión. Todo ello dificulta la labor del jurista práctico a la hora de calificar los concretos seguros desde el punto de vista de su naturaleza y, de resultas de la misma, el régimen jurídico aplicable a cada uno.

La cuestión es, en fin, sumamente delicada. Por ello, no parece difícil que cualquier juzgador tenga una cierta predisposición a aliarse con el interés del más débil, y lo haga más allá de consideraciones que para el ciudadano de a pie, y particularmente para el damnificado, son percibidas como puros tecnicismos. Trataré de explicarme: a mi entender, los seguros *obligatorios* de caución previstos en la Ley 57/1968 en garantía de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para el caso de que las viviendas no sean finalmente construidas no son

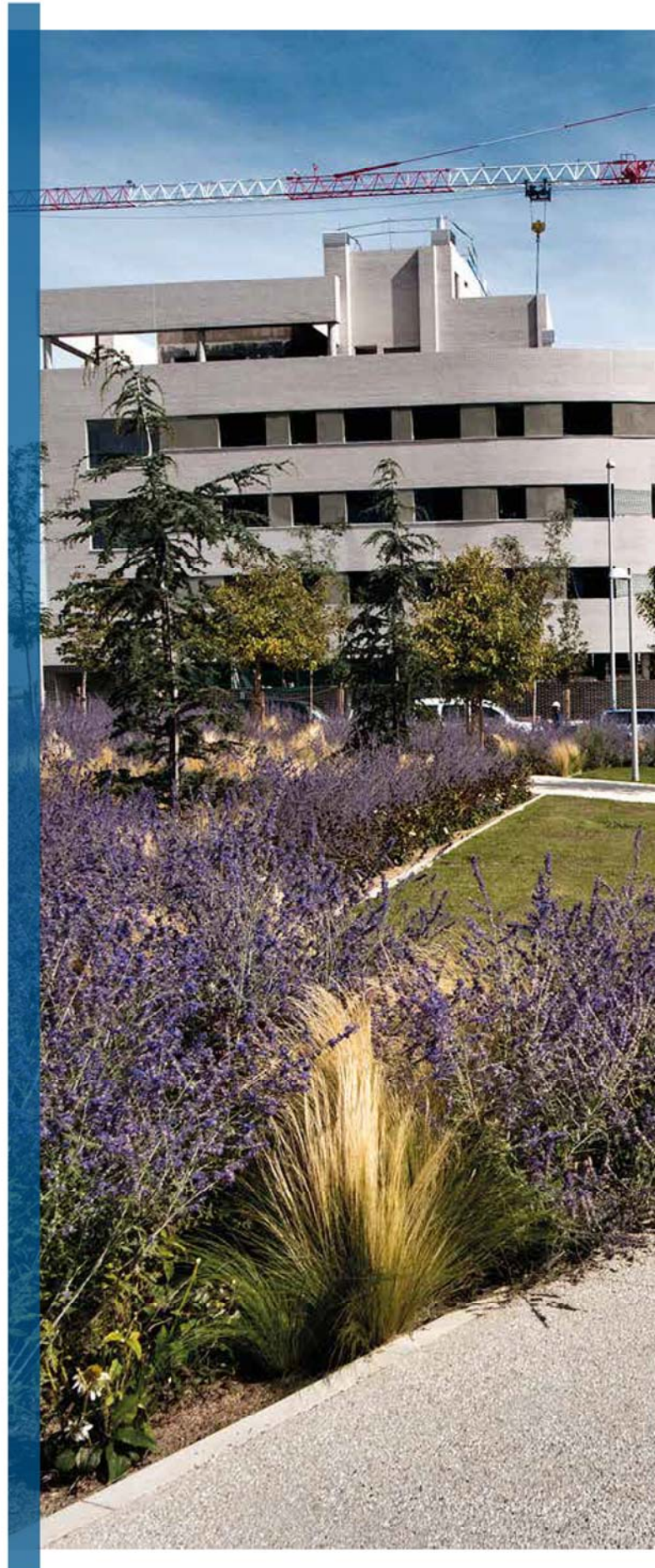


los mismos seguros *voluntarios* que garantizan la devolución de las cantidades entregadas con el fin de acometer los gastos del proyecto promotor. Pero ¿para qué sentar doctrina sobre si los riesgos de unas y otras pólizas son los mismos o no si se pueden manejar argumentos más prácticos y sencillos? ¿O acaso no es cierto que cualquier oscuridad en la delimitación del riesgo contemplada en las Condiciones Generales y Particulares, siempre ha de resolverse a favor del asegurado? ¿No es verdad que cualquier duda interpretativa debe solucionarse a la luz del principio general de defensa de los consumidores y usuarios y que nunca podrá favorecer a la compañía aseguradora que las redactó?

Sin embargo, lo peligroso es que una sentencia que, por las consideraciones anteriores puede resultar comprensible desde el punto de vista de la justicia material, pueda introducir una confusión general en el mundo asegurador y sirva para que en el futuro unos seguros diseñados –y su prima calculada, se entiende– en previsión de unos concretos siniestros, sean los que acaben sirviendo para dar cobijo a otros siniestros distintos. Si se me permite la obviedad, claro que la víctima de un robo ocurrido en su domicilio tiene derecho a una respuesta en Derecho, pero si no tuvo la precaución de suscribir un seguro de robo o un multirriesgo de hogar con cobertura de robo, esa respuesta no se la tiene por qué dar el asegurador de incendios, y a lo mejor hay que decirle que tendrá que esperar a que se encuentre al ladrón. Pero es que una respuesta así es demasiado dura cuando de lo que se habla no es de joyas, ni tampoco de coches ni de cuadros, y más dura aún si las víctimas se cuentan por millares... Lejos, en fin, de prejuicios, pretendemos dejar claro en este comentario que los seguros controvertidos, conocidos en el mercado como “de Tramo I”, no son seguros que garanticen la devolución de las cantidades anticipadas cuando termina ocurriendo que las viviendas no se entregan a los compradores. Para esto último están los seguros de caución previstos en la Ley 57/1968, no por casualidad obligatorios, naturaleza de la que no participan los del “Tramo I”.

## 2.2. El seguro de caución previsto en la Ley de Ordenación de la Edificación

Aunque solo sea a título de presentación, obligada por la cercanía existente en unas figuras y otras, conviene precisar en primer lugar que en el régimen de garantías legales obligatorias dispuesto por el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de







la Edificación (LOE, en adelante), existe, con el objeto de cubrir los daños producidos en el proceso constructivo, la alternativa del seguro de daños materiales o del seguro de caución. El primero garantiza el resarcimiento por el daño material sufrido por el edificio, y actuará con absoluta independencia de quién haya sido el causante del mismo: no es necesario aguardar a que se declare en un procedimiento judicial la responsabilidad de unos otros agentes del proceso de edificación.

Pero si se opta por un seguro de caución, lo determinante no será la constatación de un daño, sino que éste se haya producido por un incumplimiento por parte del tomador del seguro. Dice el artículo 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS):

*«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».*

Nos encontramos ante una modalidad de seguro en la que el riesgo asegurado consiste en el incumplimiento de una obligación no directamente dineraria, de tal suerte que, incumplida la misma por el deudor tomador e insatisfecho el acreedor por la misma razón, el derecho de éste se refuerza sin necesidad de constituir el depósito de una suma o caución -término éste habitualmente reservado para los casos en los que la situación aconseja hacer frente de manera cautelar al incumplimiento de la obligación preexistente-. Antes bien, la ley opta por la fórmula del aseguramiento, algo que aproxima la figura del asegurador de caución al clásico fiador que asume la obligación de pagar en lugar del deudor principal; pero que, para el caso del seguro de caución, la doctrina española y la jurisprudencia se inclinan por otorgar naturaleza asegurativa a la institución: no nos hallamos ante una fianza, sino ante un auténtico seguro, pues el asegurador no compromete el cumplimiento a su cargo de las obligaciones del tomador, sino el pago de un resarcimiento por los daños y perjuicios causados como consecuencia precisamente de ese incumplimiento.

Cosa distinta es que, asumiendo por ley el asegurador el compromiso de indemnizar a primer requerimiento (artículo 19.3 LOE), ello implique una especial forma de garantía que refuerza el derecho de crédito que corresponde



al asegurado, pues el asegurador se halla obligado al pago cuando éste se lo reclame, pura y simplemente, ya que se trata de una obligación distinta, no accesoria sino autónoma, independiente de las que nacen de la relación jurídica existente entre tomador y asegurado, y cuyo cumplimiento –indemnizar por los vicios de la construcción– es lo que se trata de garantizar. Conviene, en fin, distinguir claramente entre el incumplimiento de obligaciones (con su equivalente pecuniario) y el daño o perjuicio derivado de tal incumplimiento, pues precisamente la diferencia va a ser de utilidad cuando más adelante se aborde la naturaleza y función de los seguros de caución ideados en beneficio de quienes aportan cantidades destinadas a la construcción de viviendas o a la confección de un proyecto de edificación.

### 2.3. El denominado “seguro de afianzamiento” impuesto por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Pero además, se hace preciso caer en la cuenta de que las fronteras entre el seguro de caución y los contratos de fianza no siempre se encuentra trazada con claridad, y de hecho, no hay nada que impida mostrar una concreta póliza como instrumento de más fácil encaje en el marco de las garantías personales. Nada impide ni configurar el seguro de caución de un modo subsidiario ni hacerlo de un modo principal, directo e independiente, al estilo de las garantías a primer requerimiento.

En ese singular escenario de imprecisión se nos presentan las pólizas denominadas “de afianzamiento” establecidas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Resulta curioso que el largo tiempo transcurrido desde la promulgación de esta ley no se ha traducido precisamente en un interés doctrinal suficiente para que sus únicos siete artículos puedan ser interpretados con pautas estables y uniformes, y aplicados con la necesaria seguridad jurídica. Todo lo contrario, y de ello dan buena prueba las dudas, crecientes en número, que se plantean en los actuales tiempos de crisis económica en los que nos encontramos. La Ley 57/1968 se promulgó debido a la alarma social provocada por la indefensión en la que se hallaban numerosos compradores de viviendas futuras, además de por algún sonado fraude en la promoción de viviendas. La ausencia de normativa específica sobre la construcción de las mismas traía consigo frecuentes fraudes, provocados por promoto-

res que destinaban las cantidades recibidas a cuenta para fines que no eran precisamente los comprometidos contractualmente. No sólo no había viviendas construidas, sino que la situación de insolvencia de quien había asumido el deber de construirlas desembocaba en que fuese una quimera recuperar las cantidades entregadas, pues los compradores pasaban a ser uno más en la lista de acreedores del promotor insolvente. Pero es que la existencia actual de una larga relación de empresas promotoras en concurso de acreedores ha determinado que aquella alarma de los años sesenta del pasado siglo se encuentre de nuevo entre nosotros. De hecho, la propia LOE establece en su disposición adicional primera que «la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968».

Y este renacimiento o redescubrimiento de la Ley 57/1968 está suponiendo que vuelvan a estar sobre la mesa unas dudas acerca de los mecanismos de garantía –cuentas especiales indisponibles salvo para el pago de suelo y construcción, avales solidarios y contratos de seguro– que, si no se han planteado durante las recientes épocas de bonanza económica, vuelven ahora a aparecer y nos obligan a resolverlas a la luz de una situación del Derecho del seguro bien distinta a la que en nuestro país existía hace 42 años.

Una de tales dudas se halla en la actualidad huérfana por completo de tratamiento por parte de la doctrina especializada, y consiste en determinar el ámbito mismo de aplicación de la Ley 57/1968 cada vez que nos encontramos ante pólizas que parecerían a primera vista estar celebradas a su abrigo pero cuyo análisis atento puede conducir a una conclusión bien diferente. Y buena demostración es la Sentencia que comento.

Y es que el estricto tenor de la Ley 57/1968 permite decir, como punto de partida, que una cosa es el seguro que garantiza que si, incumplido el compromiso de construir las viviendas, y requerido sin éxito el promotor para la devolución al comprador de las cantidades entregadas a cuenta, entonces saldrá al paso el asegurador para hacerse cargo de tal devolución, y otra diferente el seguro que garantiza asistir a los compradores que entregaron cantidades para financiar los muchos y variados costes que es preciso acometer a lo largo de la fase anterior al inicio de la construcción. Se trata,



en fin, de deberes distintos, de fases distintas, y, por lo mismo, de garantías distintas. No sin razón la práctica aseguradora ha convenido unánimemente en hablar de seguros de Tramo I y seguros de Tramo II. Los primeros aparecen en la fase de proyecto promotor, y, en su caso, abrirán la puerta a la suscripción de las pólizas obligatorias previstas en la Ley 57/1968 para cubrir el período de construcción propiamente dicha. Aquí ya, y conforme a lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Hacienda de 29 noviembre 1968 (dictada en desarrollo de la Ley), si la construcción no se inicia o no llega a buen fin en el plazo convenido, entrará en juego la garantía del asegurador.

La Exposición de Motivos de la Ley 57/1968 muestra con una claridad meridiana qué concreta intención tenía el legislador:

*«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 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.*

*Las medidas de garantía que se propugnan fueron establecidas para las viviendas construidas con la protección del Estado en el Decreto de 3 de enero de 1963, las que se estima necesario extender a toda clase de viviendas y que han de conjugarse con otras de carácter gubernativo y penal que sancionen adecuadamente tanto las conductas atentatorias a los más altos intereses de la comunidad como la realización de hechos que revistan caracteres de delito; unas y otros se encuentran encuadrados en la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 (...).*

No hay que pasar por alto, por otra parte, que a diferencia de lo que ocurre en el Derecho

francés o en el italiano, el sistema español de adquisición de la propiedad determina que el simple contrato de compraventa no transmite la propiedad: una vez celebrado el mismo, el comprador todavía no tiene más que un derecho de crédito frente al vendedor, y éste ostenta una posición deudora que le compromete frente a aquél a la entrega de la posesión pacífica de la cosa vendida (artículo 1.461 del Código civil). El contrato de compraventa no transmite el dominio por sí sólo, sino que se limita a *preparar* la transmisión, y ésta tendrá lugar en el momento en el se haga tradición de lo vendido (artículo 609, p<sup>o</sup> 2<sup>o</sup>), lo que comúnmente tendrá lugar en el terreno que nos ocupa, cuando se produzca la entrega de la vivienda o cuando se otorgue escritura pública (artículo 1.462). Siendo ello de este modo, y pese a la incorrecta utilización del término en la práctica diaria y hasta en algunos preceptos de la propia Ley 57/1968 (así, artículo 1.2<sup>a</sup>), en la fase anterior a la transmisión de la propiedad no hay propiamente “adquirentes”, salvo que se entienda que en realidad los *compradores* –este es el término correcto– son adquirentes de una simple expectativa de vivienda (literalmente así en la STS de 14 febrero de 2002). Desde luego, habrá muchos mecanismos puestos al servicio del comprador que, una vez convertido en propietario, vea peligrar su adquisición (saneamiento por evicción, acciones de incumplimiento y resolución contractual, cobro de lo indebido, acciones penales y su consiguiente responsabilidad civil), pero lo cierto es que en la fase anterior a la transmisión, los mecanismos tienen que ser forzosamente diferentes.

Y ello, más señaladamente en la fase en la que la vivienda comprada todavía no existe, que es el caso paradigmático de venta de cosa futura, como reiteradamente ha dicho la jurisprudencia. Así por ejemplo, dice la STS de 30 octubre 1989: «no hay inconveniente legal ni jurisprudencial –Sentencias de esta Sala de 17 de febrero de 1967, 3 de junio de 1970, entre otras– en calificar de venta de cosa futura a la de una vivienda todavía en construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación como tal vivienda habitable y en la que el vendedor asume la obligación de entregarla al comprador una vez que la ha terminado».

Tal era, en fin, la situación. Sigue siendo habitual que los compradores satisfacen alrededor del treinta por ciento del valor de la vivienda comprada (pero, se insiste, no adquirida), quedando aplazado el pago del importe restante al momento del otorgamiento de la es-

critura pública, que será también cuando tenga lugar la entrega de llaves y muchas veces la subrogación en el préstamo hipotecario. Pero en aquel entonces, la situación hizo proliferar las estafas y las apropiaciones indebidas, y algunas fueron de gran envergadura. Aún en tiempos no lejanos ha habido casos que han concluido con condenas penales, algunas con gran trascendencia pública, como fue el conocido caso de la cooperativa PSV. De otras más recientes en las que, además, se planteaba la eventual responsabilidad civil subsidiaria de una entidad financiera en razón de las denominadas "Cuentas Especiales", sirve de ejemplo la STS (Sala 2ª) de 15 de septiembre de 2010 que confirmó la absolución de la referida entidad que ya había sido absuelta por la previa Sentencia de la Audiencia Provincial, no sin un voto particular en la casación, evidenciador de la dificultad de la materia.

El recordatorio que se hace en la Exposición de Motivos de la Ley 57/1968 a la Ley de Orden Público es muy revelador. De hecho, importantes penalistas han apreciado que el tristemente famoso caso de la entidad Nueva Esperanza de Madrid, sucedido en 1967, trajo consigo tan importante presión de la opinión pública, que fue el auténtico origen de la Ley 57/1968. Una ley con importante función social, con fuerte contenido de Derecho privado imperativo -este seguro, se insiste, es de suscripción obligatoria-, pero cuyo incumplimiento acarrecaba también serias consecuencias de orden administrativo sancionador y de orden penal.

Pero es necesario, también, recordar que semejante contenido no puede ser objeto de interpretación extensiva para hacer que esta ley se aplique a garantías y coberturas diferentes. La póliza de seguro prevista por la Ley 57/1968 mira las cosas desde el punto de vista del comprador de una vivienda ya proyectada pero de construcción futura, y que adelantó unas cantidades precisamente para contribuir a financiar la construcción de una obra que ya había superado su fase de proyecto y que, por lo mismo, hacía concebir sólidas expectativas de finalización. Ese segmento temporal es el que se toma como marco de la contratación de estos "seguros de afianzamiento". Al encuentro del comprador frustrado sale la ley -que ya lo había hecho para las Viviendas de Protección Oficial a través del Decreto de 3 enero 1963- para garantizarle que si tales cantidades no se aplican al destino previsto y el promotor no se aviene a devolvérselas, va a haber alguien que lo haga.

No estoy diciendo con ello que nos encontremos en un neto escenario de Derecho excepcional, pero la Ley 58/1967 no se encuentra muy lejos de él. Una reglamentación que comenzó previendo sanciones administrativas, delitos de estafa o/y apropiación indebida y penas de cárcel extramuros del propio Código Penal entonces vigente (ya derogados estos preceptos de contenido penal por la Disposición Derogatoria Única de la LO 10/1995 de Código Penal, que dejó sin efecto el artículo 6 de la Ley 57/1968 de 27 de julio), y que sigue conteniendo obligaciones legales de afianzamiento en forma de aval solidario o de suscripción de seguros de caución, no puede ser interpretada precisamente de manera extensiva para que todos o alguno de sus mecanismos se apliquen en circunstancias diferentes a las previstas por el legislador, y ello sin que la extensión se encuentre habilitada normativamente.

Así por ejemplo, el Decreto 3314/68, de 12 diciembre, extiende el ámbito de aplicación de la Ley a comunidades y cooperativas. Pero lo que no cabría, por ejemplo, es extender el mismo a oficinas, locales de negocios u otras dependencias edificables que no sirvan estrictamente al fin primordial de morada más o menos prolongada, pero bajo la conceptualización de hogar familiar, ni tampoco intentar que este mecanismo aseguratorio se aplique forzosamente a etapas distintas del largo periplo de acceso a una vivienda. Así, la Ley 57/1968 no opera en la fase de la redacción del proyecto promotor, ni tampoco mucho tiempo después, cuando, transmitida la propiedad al comprador y entregada la vivienda, sucediera que un tercer adquirente de buena fe le privara de la misma.

En definitiva, el seguro de la Ley 57/1968 tiene un contexto muy específico, y la garantía prevista no puede ser extendida a otros supuestos sin desnaturalizar su ámbito, como tampoco podría por ejemplo, desvirtuarse éste tratando de entender que lo que queda garantizada es la terminación de la obra, como sucede, en cambio, en Francia.

#### 2.4. Las llamadas "pólizas de Tramo I"

Diferente a la delimitación de la cobertura que prestan las pólizas denominadas "de afianzamiento" exigidas por la Ley 57/1968 son las conocidas en el mercado como "pólizas de Tramo I", un término bien revelador de que se trata también seguros de caución, pero que no se han de regir por dicha ley especial, sino por la regulación común de los seguros de caución, contenida en la LCS (artículo 68) y, naturalmen-



te, en el amplio margen de autonomía de la voluntad que la misma permite.

Entiendo que es distinta la delimitación del riesgo, pues en estas pólizas el incumplimiento contractual por parte del tomador del seguro no va referido a la no construcción en plazo de las viviendas y subsiguiente rechazo de la pretensión de devolución de las cantidades anticipadas. También aquí hay cantidades anticipadas por los asegurados, pero con anterioridad a que se cumplan las condiciones exigibles en el ámbito de las pólizas de afianzamiento previstas por la Ley 57/1968: se trata de seguros que delimitan un riesgo previo en el tiempo, como es el destino exclusivo de las cantidades referidas para atender a cualesquiera gastos generados en el proyecto promotor. Muy típicas son estas pólizas precisamente en el ámbito de las cooperativas de viviendas, y permanecen vigentes hasta que el tomador no obtenga la certificación demostrativa de la calificación provisional de las mismas como Viviendas de Protección Oficial. Se suscriben de manera voluntaria por las sociedades cooperativas, y operan en el tráfico de manera autónoma en relación con las pólizas del Tramo II. Por lo mismo, el estudio del riesgo, que se efectuará por cada promoción que realice el solicitante del seguro, deberá valorarse a la vista de las múltiples vicisitudes por las que cada promoción concreta puede atravesar mientras el proyecto se encuentra en sus fases iniciales, sin que haya mediado aún aprobación del Plan parcial, sin que exista licencia de obras y muchas veces sin que todavía se haya seleccionado empresa constructora alguna. A lo sumo, existe habitualmente una fijación global de costes que incluyen el precio del solar, los honorarios técnicos, las licencias y tasas, los costes de ejecución, los gastos financieros y de gestión..., y una determinación del importe del préstamo hipotecario que habrá que solicitar. Por lo mismo, y a diferencia de lo que sucederá, en su caso, en las pólizas de Tramo II, la tipología de los posibles incumplimientos es variadísima: llegado el caso, no se tratará de devolver una cantidad fija y determinada, resultado de añadir a las cantidades anticipadas los intereses correspondientes, sino de valorar el concreto incumplimiento debido al concreto desvío de fondos, así como el concreto perjuicio sufrido por los asegurados.

Como en cualquier seguro de caución "común", se persigue la eliminación del daño causado al asegurado por incumplimiento de una obligación de hacer que pesa sobre el tomador, pero se trata de una indemniza-

ción que, a diferencia de lo que ocurre con la póliza gobernada por la Ley 57/1968 y su Orden de desarrollo, no es fruto de una simple operación de suma, sino de todo el complejo proceso lógico de prueba y determinación de las indemnizaciones por responsabilidad civil contractual.

Y si el proyecto promotor llega a buen fin, ello será lo que marque el nacimiento del deber del promotor de interesar la suscripción de la póliza de Tramo II, dando lugar a que el asegurador estudie el riesgo propio de la ejecución del proyecto concluido. Si el resultado del estudio es favorable, se emitirá la correspondiente póliza colectiva, que recogerá la información relativa a la promoción (situación de la misma, capital máxima garantizar, tasa de prima, número de viviendas de la promoción, fecha de entrega prevista, etc.). Será entonces cuando se envíe al asegurador la copia de los contratos de compraventa para proceder a la emisión de las pólizas individuales, lo que a su vez supondrá la auténtica aparición en escena de los asegurados en estos seguros de caución obligatorios. En las pólizas individuales aparecerán los datos relativos a la vivienda asegurada, el capital que se asegura al comprador, el número de cuenta especial donde se deben realizar las entregas anticipadas, etc. Naturalmente, el importe total de la suma asegurada en las pólizas individuales no podrá superar el importe por el que se haya emitido la póliza colectiva, salvo que exista acuerdo previo con el asegurador. Y es en el preciso momento de la fecha de emisión de las pólizas individuales cuando comienza el funcionamiento del seguro previsto en la Ley 57/1968, por más que las mismas tomen efecto desde la fecha de los contratos de compraventa. Su vida se extenderá cuando se obtenga la cédula de calificación definitiva en el caso de Viviendas de Protección Oficial o la licencia de primera ocupación o documento análogo para las viviendas de renta libre, que será cuando se cancelen las garantías otorgadas por el asegurador.

Los seguros del Tramo I no sólo son de suscripción voluntaria, sino que como se ha dicho ya, admiten un amplio abanico de posibilidades a la hora de delimitar la garantía desde el punto de vista objetivo. Por ejemplo, nada impide que se diseñe una relación de obligaciones cuyo incumplimiento no quede cubierto, en cuyo caso los concretos desvíos de fondos originarán unos perjuicios que no quedarán garantizados por la póliza correspondiente y cuyo resarcimiento habrá de ser llevado a

cabo por el propio tomador. Al no regir la Ley 57/1968, la libertad de pactos se acompaña por la tradicional consideración *numerus apertus* de los seguros de caución.

### 2.5. El engarce de los dos tramos

A nuestro entender, los seguros controvertidos en este litigio presentaban importantes oscuridades, y el que el Alto Tribunal resuelva las mismas conforme a los tuitivos principios de *interpretatio contra stipulatorem* y de *interpretatio pro consumatorem* no nos puede excusar de decir que, en el fondo de la cuestión, la STS de 13 de septiembre de 2013 se equivoca. Se trataba de seguros en los que el proyecto se encontraba en sus fases iniciales, sin que hubiera mediado aprobación del Plan parcial, sin que existiera licencia de obras (muchas veces ocurre también que sin que todavía se haya seleccionado empresa constructora alguna). Se trata de circunstancias en las que hay una fijación global de costes que incluye el precio del solar, los honorarios técnicos, las licencias y tasas, los costes de ejecución, los gastos financieros y de gestión, etc. En definitiva, las sumas adelantadas por los cooperativistas tienen que destinarse al proyecto promotor, y tendrán que ser devueltas por la cooperativa si se destinan a otro fin. Si la cooperativa quiere, en fin, suscribirá esta póliza de seguro voluntaria, y si no, pues no lo hará.

La finalidad de los seguros de Tramo I es garantizar que las cantidades entregadas a cuenta se ingresarán en una cuenta especial y se emplearán en la compra de los terrenos y en la confección del proyecto promotor. Y una vez que la cooperativa, conforme a la legislación urbanística, sea titular del derecho a iniciar la edificación y se puedan prever las fechas de iniciación y terminación de las obras y de obtención de las cédulas de habitabilidad y, en todo caso una vez que obtengan la licencia de obra, será cuando la cooperativa tenga la obligación de suscribir el seguro previsto en la ley 57/1968. Repetimos: si en el caso las pólizas no habían hecho la debida separación y los cooperativistas creyeron estar suscribiendo lo que no estaban suscribiendo, no hay mucho que objetar. Más aún si los certificados individuales no les habían sido entregados (más bien es que no fueron entregados porque tampoco habían sido emitidos).

Pero lo que resulta poco deseable es que la idea se extienda incorrectamente y los jueces pasen, a partir de esta sentencia, a aplicar estas pólizas para condenar a los seguros a devolver

las cantidades adelantadas para la confección del proyecto promotor.

### 3. CONCLUSIÓN

A mi entender, si los condicionados de las pólizas controvertidas contenían los defectos de información denunciados por los demandantes, la respuesta dada por el Tribunal Supremo era la procedente. Cuando los condicionados ofrecen dudas interpretativas, la interpretación que haya de darse a los mismos no puede favorecer a quien creó la oscuridad, sino al asegurado (art. 1.288 C.civ.), máxime si éste recibe en Derecho la calificación de consumidor o usuario.

Pero es que el problema es otro; la STS de 13 de septiembre de 2013 presenta una doctrina que contiene un marcado carácter expansivo que no podemos compartir. Naturalmente que los cooperativistas defraudados tienen derecho a recuperar hasta el último céntimo que invirtieron cuando, transcurrido con creces un tiempo razonable, las viviendas no se han construido y las sociedades cooperativas no se muestran dispuestas a cumplir con su obligación de devolver las cantidades anticipadas. Y naturalmente que, cuando se trata de viviendas ya proyectadas pero todavía no construidas, deben ser los aseguradores quienes salgan al paso de las devoluciones cuando no lo hagan las cooperativas. Al encuentro del comprador frustrado sale la ley 57/1968 para garantizarle que si las cantidades anticipadas no se aplicaron a la construcción y el promotor no se aviene a devolvérselas, va a haber alguien que lo haga. Y por eso precisamente tales pólizas son de suscripción obligatoria.

Pero que se obligue a una asegurador a atender un tipo de siniestro diferente a aquel para el que fue concebido y contratado no es de recibo. Salvando las distancias –que son astronómicas, no se nos entienda mal–, la situación es equivalente a la que durante varias décadas se ha sufrido en el ámbito de los seguros de automóviles cuando un conductor utilizaba su vehículo no como medio de transporte sino como arma homicida. Por supuesto que la víctima lesionada o los perjudicados por la muerte tienen un indiscutible derecho a ser resarcidos, pero el obligado al pago es el autor del delito, pues el seguro de automóviles está para cubrir los daños derivados de los hechos de la circulación, y no los desvaríos de quien sustituye la pistola, la navaja o el veneno por el coche. Lo que no puede valer es que los seguros sean instrumentos de ingeniería social, de redistribución de las rentas o de pura justicia distributiva.