

**EL SEGURO DE CAUCIÓN PARA GARANTIZAR EL  
PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA  
CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS EN LA  
DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY  
38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA  
EDIFICACIÓN**

*Eugenia Fernández Baldomero*

Letrado, Asesoría Jurídica, Servicios Centrales, Banco Mare Nostrum, S.A.,  
España; Doctorando de la Universidad de Granada, Andalucía, Reino de  
España

---

**Abstract**

The surety insurance issued to guarantee the receipt of advance payments for the construction and sale of properties has certain peculiarities, since the insurer shall indemnify the purchasers of homes under construction those amounts that had been deposited into the special account, opened in any financial entity by the promoter, regardless of his having issued or not the individual surety insurance certificate in favor of the insured buyer. The kind of surety governed by the rule is thus configured as a quasi-autonomous guarantee in order to ensure the protection of purchasers of properties under construction, the most effective way.

---

**Keywords:** Insurance, surety, guarantee

---

## Resumen

El Seguro de Caución para garantizar el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas guarda ciertas peculiaridades, toda vez que la entidad aseguradora deberá indemnizar a aquellos adquirentes de viviendas en construcción, por aquellas cantidades que hubieran sido ingresadas en la cuenta especial abierta en cualquier entidad financiera, por el promotor, al margen de haber emitido o no, la póliza individual del seguro de caución a favor del asegurado. La clase de seguro de caución regulado por la norma se configura como una garantía cuasi autónoma con la finalidad de garantizar la protección del adquirente de vivienda en construcción, de la forma más eficaz.

---

**Palabras clave:** Seguro, caución, garantía

## Introducción.

La función caucional que es inherente al propio seguro de caución, permite ofrecer la garantía idónea para la finalidad pretendida por la tuitiva Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en breve derogada<sup>69</sup>. El contrato de seguro de caución, tiene un campo de actuación muy extenso atendiendo a su finalidad; entendiéndose por tal, la de servir a todas las relaciones jurídicas que buscan un reforzamiento de su contenido obligacional. De hecho, TIRADO SUÁREZ<sup>70</sup> manifiesta que “...no existe un *numerus clausus* en el elenco de esta figura... y tampoco existe una obra que recoja, de forma exhaustiva, todas las prácticas del seguro de caución...”.

La clasificación más habitual que de ellos realiza la doctrina y que es la recogida en el propio artículo 68 de la Ley del Seguro, es atendiendo a la obligación garantizada con el mismo y en concreto, a su origen,

---

<sup>69</sup> Dicha norma estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2015, siendo a partir de entonces la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, la norma por la que se regulará la materia objeto de estudio.

<sup>70</sup> TIRADO SUÁREZ, F. J., “*Seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguros*”, en Contratos Bancarios, p. 824. Igualmente CAMACHO DE LOS RÍOS, afirma en la obra “*El seguro de caución. Estudio Crítico*”, p. 25 que “...no existe un número determinado de prácticas del seguro de caución. Baste para ello pensar en la variedad de obligaciones que nacen de las relaciones contractuales, siendo posible aplicar a todas ellas este seguro...”.

distinguiendo así entre contratos de seguro de caución de origen legal, o de origen contractual. En el caso que nos ocupa, es el legislador el que obliga a su constitución al promotor de viviendas en construcción que pretenda recibir cantidades anticipadas de los adquirentes. El legislador de la Ley 57/1968, no entró a regular qué requisitos debía reunir la garantía prestada mediante seguro de caución, puesto que la Orden de 29 de noviembre del mismo año, sobre el Seguro de Afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, ya establecía los mismos, toda vez que la actividad aseguradora estaba sujeta al control de la Administración Pública y a una regulación administrativa<sup>71</sup>, que les obligaba a disponer de documentación autorizada, mediante la aprobación previa de los modelos de contrato de seguro colectivo y de la póliza individual de seguro. La regulación expresa que sobre el seguro de caución introduce el legislador del 2015, como veremos, conserva algunas de las condiciones que la Orden de 29 de noviembre de 1968 establecía (aunque suprime e introduce otras) y que, seguidamente, pasaremos a considerar de forma separada.

Los requisitos de las pólizas individuales.

Los dos primeros requisitos que se recogen en las letras a) y b) del punto 1, del apartado Dos, de la disposición adicional primera de la LOE<sup>72</sup>, bajo el título genérico de “Requisitos de las garantías”, hacen referencia a la obligación de suscribirse la “póliza de seguro individual” para que dicho contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Además exige, que dichas pólizas individuales se suscriban, “...por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipadas las cantidades o los efectos comerciales”. Ambos requisitos son, a nuestro juicio, fundamentales, al hilo de lo que hemos comentado anteriormente, en tanto en cuanto, hasta que la entidad aseguradora no identifique el riesgo de una forma concreta<sup>73</sup>, ni al asegurado-beneficiario,

---

<sup>71</sup> Fue la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado, la que en su artículo 23.4, sustituyó el requisito de la aprobación administrativa *a priori* de las pólizas de seguro de caución, por un control *a posteriori* ante el Órgano de Control, que era el competente para suspender o prohibir la utilización de las pólizas (art. 23.5).

<sup>72</sup> Ley de Ordenación de la Edificación.

<sup>73</sup> No es indiferente el inmueble concreto que se vaya a adquirir, puesto que en ocasiones el promotor puede incumplir con la entrega de una vivienda en plazo pero no con otro

(en cuyo momento emitirá la “póliza individual” o “documento de aval”, según se prefiera), sujeto al que deberá indemnizar en caso de incumplimiento, no entenderá que tiene un riesgo en circulación, además del hecho de que no se entenderá como eficaz a los efectos pretendidos por expresa indicación del legislador. MALDONADO MOLINA<sup>74</sup> al respecto, pone de manifiesto que “...el hecho de que el inicio de la cobertura para cada asegurado se supedita a la previa actuación del tomador, unido al mencionado sistema de doble póliza, ha propiciado que algunos promotores hayan aparentado disponer de todas las garantías exigidas legalmente con tan sólo mostrar la póliza colectiva o contrato de seguro colectivo, pero sin luego realizar los trámites necesarios para que las entidades aseguradoras emitan los correspondientes certificados o pólizas individuales, como “títulos de la garantía” a favor de los compradores que anticipan cantidades, utilizando la expresión que emplea la Orden de 29 de noviembre 1968. Y ello a pesar de que lo habitual es que en los propios contratos de seguro colectivo se advierta de manera destacada que éstos carecen de validez ante los compradores de viviendas mientras que no sean emitidas las correspondientes pólizas individuales”.

El apartado b), sigue aun refiriéndose a dicha “póliza individual”: “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.”

Indudablemente dichos apartados van referidos a la póliza individual puesto que aunque una condición idéntica deberá reflejarse en la póliza flotante, como pacto entre promotor-tomador y aseguradora; sin embargo, la póliza flotante deberá contener la cuantía total de todos los contratos de

---

inmueble de la misma promoción: bien porque las fechas de entrega de cada contrato de compraventa sean diferentes, bien porque simplemente, la construcción de unas viviendas concretas, se retrase con respecto a otras de la misma promoción.

<sup>74</sup> MALDONADO MOLINA, F. J., “Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas”, *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 37, 1º trimestre de 2011, pp. 9 a 24.

compraventa que se firmen de dicha concreta promoción, incrementada, evidentemente con las cantidades que indica la Ley, y este apartado b) se refiere al concreto contrato de compraventa, que firmará el adquirente concreto y en el que se identifique el concreto inmueble, que pretende adquirir.

Por último, al referirse al devengo de los intereses fijando como “*dies ad quem*”, “...la fecha prevista de la entrega de la vivienda...”, lo hace como el plazo mayor que ha de ser previsto para el devengo de los mismos, olvidando que también ha de incluirse la posibilidad de que el “*dies ad quem*” sea el plazo de no inicio de las obras, en el supuesto de que el adquirente, decida resolver el contrato de compraventa por incumplimiento del promotor en el plazo estipulado, en el contrato de compraventa.

Obligaciones del tomador-promotor.

Con respecto a lo recogido en el apartado c): *Será tomador del seguro el promotor, a quien le corresponderá el pago de la prima* por todo el período de seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente. Comentaremos, en apartado diferenciado, la regulación que sobre los plazos de vigencia y caducidad, establece el legislador, en cuyo momento analizaremos qué alcance tiene la afirmación que el legislador realiza en esta letra c), sobre que la prima ha de ser abonada hasta “...la elevación a escritura pública del contrato de compraventa...”.

Con respecto al obligado al pago de la prima, vuelve el legislador a insistir que la falta de pago de la misma por el promotor, no es excepción oponible al asegurado, como tampoco lo son, el resto de excepciones que dicha entidad aseguradora pueda oponerle al tomador-promotor (letra e)<sup>75</sup>. Esta excepcionalidad que se establece en relación a la no oposición por parte de la entidad aseguradora al asegurado de la falta de pago de la prima, por el promotor<sup>76</sup>, es lógica desde la óptica de las especiales características de la

---

<sup>75</sup> Al igual que en el apartado 4º de la Orden de 29 de noviembre de 1968 que recogía dentro del condicionado mínimo y para todas las entidades financieras, lo siguiente:...e) El pago de la prima correspondiente,...se realizará por el contratante...Las pólizas individuales serán liberadas sin pago alguno por parte de los asegurados;...g) Frente al asegurado tenedor de póliza individual el asegurador no podrá alegar falta de pago de la prima del seguro.

<sup>76</sup> La regla general establecida en el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, es al contrario, la posibilidad de oponer la excepción del pago de la prima y, en este sentido,

obligación asumida por el asegurador. Efectivamente, encontrándonos frente a un seguro por cuenta ajena, en ningún caso, el éxito de la reclamación del sujeto activo de la relación, el asegurado, frente al sujeto pasivo, la entidad aseguradora, puede depender del comportamiento de un tercero (por más que éste sea el propio tomador del seguro). Pero también ello es lógico desde la óptica de la finalidad perseguida por la propia norma objeto de estudio y ello, puesto que si el asegurado pudiera verse afectado por la falta de pago de la prima, resultaría que tanto el cumplimiento de la obligación principal como de la ejecución de la garantía, se dejaría la validez de la garantía en manos del obligado por la Ley y al arbitrio de su conducta. Además, ello cuestionaría la viabilidad de esta garantía, en tanto en cuanto, revelaría la ineficacia del seguro de caución a los fines pretendidos, a saber, servir o cumplir con su función caucional y, en definitiva, colocaría al adquirente en una posición de desventaja mayor frente al promotor incumplidor<sup>77</sup>. Esta peculiaridad, ha sido el argumento utilizado por muchos autores para insistir en la idea de que el seguro de caución es un verdadero contrato de fianza, puesto que no puede oponerse la falta de pago de la prima para que el garante se libere de su obligación. Sin embargo, acertadamente, en consideración a lo regulado en la Ley de Contrato de Seguro, CAMACHO DE LOS RÍOS<sup>78</sup>, afirma que el propio artículo 15 del referido cuerpo legal,

---

regula expresamente en su primer párrafo, *in fine*: "...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".

<sup>77</sup> Dos obras interesantes pueden ser objeto de análisis, por un lado, la de BENAVENTE SEGORB, R., "*El seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura, establecido y regulado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, tras la entrada en vigor de la LOE*", en *Cuestiones Actuales de Derecho de Seguros*, ANGULO RODRÍGUEZ/CAMACHO DE LOS RÍOS, (Coord.), Ediciones Atelier, Barcelona, 2002 y la de GARCÍA VICENTE, J. R., "*Seguros de caución o avales por cantidades a cuenta y concurso del promotor*", en *Crisis Inmobiliaria y Derecho Concursal*, GARCÍA CRUCES (Dir.), Navarra 2009.

<sup>78</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, J., "El seguro de caución como contrato de seguro", en *El seguro de caución. Estudio crítico*, op. cit., 1994, p. 107. Sobre el pacto del mantenimiento del seguro pese a la falta de pago de la prima, puede verse, TIRADO SUÁREZ, J., "Seguro de caución...", op. cit., p. 435; EMBID IRUJO, J. M., "*El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica*", La Ley, T. II, 1986, p. 1068 y en contra de tal

“...deja clara la posibilidad de que se pacte el mantenimiento de la cobertura incluso en el caso de impago de la prima”, por lo que, evidentemente, es una posibilidad permitida a la autonomía de la voluntad. Esta inoponibilidad, de falta de pago de la prima o de cualquier excepción que pueda corresponderle a la aseguradora frente al tomador, ha de entenderse en su justa medida y diferenciando claramente dos situaciones:

- Aquella, en que es posible que la prima no haya sido abonada por el promotor, ni reclamada por la entidad aseguradora a este, porque la entidad desconoce la existencia del asegurado: bien por falta de comunicación del asegurado, como porque las cantidades anticipadas no se ingresaron en la cuenta especial (en cuyo caso daría igual la comunicación o no, en este sentido, del promotor a la aseguradora).

- Aquella otra en que, vigente la póliza flotante y habiéndose emitido ya el certificado individual por la entidad aseguradora, el promotor no abone la prima, por cualquier causa, o bien, que habiéndose ingresado las cantidades anticipadas en la cuenta especial, la aseguradora deba cubrir dicho riesgo, aunque no haya podido proceder al cobro de la prima correspondiente (que, en todo caso, siempre corresponde al promotor).

En el primer supuesto, nunca podría la entidad aseguradora ser considerada responsable u obligada a atender el pago de la indemnización al adquirente, mientras que en la segunda sí. Y ello, puesto que una cuestión distinta es que el riesgo no pueda considerarse nacido, a que la entidad aseguradora, no pueda oponer la falta de pago de la prima por el promotor cuando ha emitido el certificado individual, o bien tenía obligación de conocer (por la facultad de controlar los movimientos de la cuenta especial) que existía un riesgo que debía cubrir y por el que no exigió el pago de la prima correspondiente, al promotor<sup>79</sup>.

En cuanto al primer párrafo del apartado e) que estamos analizando, relativo a la imposibilidad del asegurador de oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro, es algo claro para la jurisprudencia (pese a que las entidades aseguradoras, han

---

pacto, MARTÍ SÁNCHEZ, “*La protección del asegurador en la Ley del Contrato del Seguro*”, en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguros, 2001, pp. 469 y ss.

<sup>79</sup> Entra en estas cuestiones LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., en “*El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas*”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, abril 2011.

insistido en oponer una que más adelante analizaremos, cual es, el no ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial), que la póliza de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la vivienda, es eficaz con independencia de que el tomador hubiera actuado: “...de modo irregular o anómalo con relación a la entidad aseguradora...no cumpliendo con las obligaciones que aquélla tuviere con respecto a éstas emanantes del referido seguro<sup>80</sup>”. Algunas sentencias más recientes, continúan dicha línea y así encontramos: La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1997<sup>81</sup>, que establecía: “...lo que impide, que quiera agravarse la obligación que incumbía a los asegurados con cargas adicionales sobre deberes propios del tomador del seguro...” y la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015<sup>82</sup>, que fijaba como criterio del Pleno de la Sala: “...por lo que no puede establecer la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor...de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro”.

### **Otras condiciones traspuestas del contenido de la Orden.**

Derivada de las peculiaridades propias del seguro de caución, como seguro por cuenta ajena y recogiendo lo ya establecido en la Orden de referencia, se establece por el legislador a quién ha de corresponderle la condición del asegurado. También traspone, la facultad de la entidad aseguradora, para realizar comprobaciones de los datos del promotor, durante la vigencia del seguro. Lo relevante en este caso, es la supresión de la posibilidad de examinar los movimientos de la cuenta especial mientras que, en la regulación de la Orden, se establecía con cierto énfasis al mencionar dicha facultad *ex profeso*, ya que de igual manera se introducía en el apartado 4º, f). 1, como condición, para que el juego de la garantía del asegurador se produjera, el hecho de: “Que las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda lo hayan sido mediante ingreso en el cuenta especial a que se refiere el apartado 2º del artículo 1 de la Ley de 27 de julio de 1968”. Dicha supresión, relativiza, a nuestro juicio, la importancia del control de la cuenta especial, no ya solo en lo relativo al destino de las cantidades y separación de otros fondos del promotor, que evidentemente se establece

---

<sup>80</sup> STS de 22 de octubre de 1985, [RJ\1985\4961].

<sup>81</sup> STS de 22 de septiembre de 1997, número 798/2015, [RJ\1997\6410].

<sup>82</sup> STS de 13 de enero de 2015, número 779/2014, [RJ\2015\352].

como medida a favor del adquirente, sino por la importancia de que al ingresar allí y no en otra cuenta, la entidad aseguradora pueda controlar el efectivo ingreso y emitir el correspondiente “certificado individual” aunque el promotor no le realice la oportuna comunicación. Al respecto el Tribunal Supremo<sup>83</sup>, reiteradamente, ha establecido que la falta de ingreso de las cantidades en la cuenta especial en ningún caso puede perjudicar al adquirente, puesto que es, en todo caso, una obligación impuesta al promotor-vendedor, dictando criterio jurisprudencial en los términos siguientes: “...*que el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor, como dijimos, siendo irrenunciable el derecho del comprador a que las cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas, por lo que no puede establecer la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor de acuerdo con la Ley 57/1968, dada la irrenunciabilidad mencionada, de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro*”.

Nos vemos obligados a detenernos en este punto para realizar una breve aclaración sobre dicho criterio. La sentencia extractada, enjuiciaba un supuesto en que la entidad aseguradora, había emitido los certificados individuales a favor de los adquirentes actores de la demanda. Las entidades aseguradoras, suelen confundir la exigencia del ingreso en la cuenta especial de las cantidades anticipadas:

- 1.- Si se ha emitido certificado individual de seguro de caución a favor del adquirente de una vivienda de una concreta promoción, es indiferente, dónde se hayan ingresado las cantidades (por mucho que la Ley exige que se realicen en la cuenta especial).
- 2.- Si no se ha emitido certificado individual a favor de los adquirentes y tan solo nos encontramos con una póliza flotante del contrato de seguro, para que las cantidades que anticipó el adquirente estén cubiertas con tan solo dicha póliza flotante, ha de exigirse que las cantidades anticipadas hayan sido ingresadas (al margen de por quién, promotor o adquirente) en la cuenta especial. En caso contrario, la entidad aseguradora que no emitió certificado individual, sí podrá oponer la falta de ingreso de las cantidades en la cuenta especial, para

---

<sup>83</sup> STS de 13 de enero de 2015, número 779/2014, [RJ\2015\352].

negarse al pago de la indemnización. Puesto que si bien, la falta de ingreso por el promotor, no puede perjudicar al adquirente, tampoco podría perjudicar a la entidad aseguradora garante.

### **Duración de la Garantías, prórroga y prescripción.**

Con respecto a la *duración* de la garantía, entendiendo por tal el plazo durante el cual ha de producirse el incumplimiento de la obligación garantizada mediante el seguro de caución, la letra c) del apartado 4 de la comentada *Orden de 29 de noviembre de 1968*, establecía como condición mínima al respecto: “La duración del contrato de seguro colectivo será la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas,...”.

Evidentemente, establecía dicha duración mínima puesto que no sería posible una duración menor a la del plazo fijado para el cumplimiento de la obligación del promotor previsto en el contrato de compraventa firmado con el adquirente. Teniendo en cuenta, que el plazo de garantía ha de cubrir los incumplimientos que se produzcan dentro de dicho plazo, no es aceptable un seguro de caución que venza antes de que pueda haberse producido el riesgo cubierto, a saber, el incumplimiento del tomador. La mencionada Orden establecía que esa era la duración mínima del contrato colectivo de seguro y también que la póliza individual debería reproducir las estipulaciones del contrato de seguro colectivo, por lo que, inevitablemente, la póliza individual debería recoger dicha duración mínima, al igual que lo debía recoger la propia póliza flotante<sup>84</sup>. Dicho apartado continuaba: “c):...entrando en vigor desde la fecha de apertura de la cuenta especial y concluyendo en el momento en que lo pactado llegue a buen fin según sus propios términos y de acuerdo con el texto de la Ley 57/1968”. A nuestro juicio, es de dicho párrafo de donde se deriva la confusión sobre la duración de la vigencia del contrato de seguro y su entrada en vigor, el plazo para reclamar por parte del asegurado y la posible cancelación del mismo. La exigencia de su *entrada en vigor* desde la fecha de apertura de la cuenta especial, derivó en la práctica aseguradora, en que para la formalización de los contratos de seguros, las entidades aseguradoras, exigieran la apertura de la cuenta especial<sup>85</sup>, puesto

---

<sup>84</sup> Apartado 5 de la Orden.

<sup>85</sup> También hemos visto que en los “...manuales operativos de las compañías aseguradoras se especifica que el seguro solo será contratado cuando, entre otros requisitos, la promoción ya cuente con al menos un 50 por 100 de ventas”, CARRASCO PERERA, A., “*Régimen*

que la duración inicial del contrato debía ser a partir de dicha apertura y por consiguiente, se solicitaba la acreditación de la misma; ello, imposibilita al promotor el cumplimiento de la obligación de tener contratada la garantía, previamente a la apertura de la cuenta especial. Sin embargo, ya explicamos que dicha referencia a que el seguro de caución se entendiera vigente desde la apertura de la cuenta especial, respondía, no a la necesidad de que la cuenta especial estuviera ya abierta en el momento de la contratación, sino a que la entidad aseguradora debería retrotraer los efectos del seguro de caución desde el momento de la apertura de la cuenta especial y cubrir aquellas cantidades que se hubiesen ingresado en la misma, aunque fuera en una fecha anterior a la formalización de la póliza flotante del contrato de seguro de caución. La expresión, “...y *concluyendo...*”, referida al contrato de seguro, “...cuando lo pactado llegue a buen fin...y de acuerdo con el texto de la Ley”, evidentemente, a nuestro juicio, no podría referirse sino a que cuando se entregara la vivienda (entendiendo que dicha entrega se realizaba según lo pactado en la Ley, esto es, con entrega del documento administrativo que la acreditaba para ser ocupada como tal), independientemente del momento en que ello sucediera, antes o después de la fecha pactada, el contrato de seguro, concluiría; pues así estaba pactado en la propia Ley, en el artículo cuarto, cuando hablaba de la posibilidad de cancelación de las garantías. Dicha posibilidad de cancelación es distinta del plazo de caducidad o prescripción. Respecto al plazo de prescripción<sup>86</sup> de la garantía, se ha interpretado<sup>87</sup>, que al tratarse de una acción personal que no tiene señalado un plazo especial, el plazo de prescripción de la acción del asegurado frente a la aseguradora, sería de quince años, de acuerdo con lo

---

*Jurídico de la Edificación, Ley de Ordenación y Código Técnico de la Edificación*”, edición Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 555.

<sup>86</sup> Entendiendo por tal, como hemos reiterado, el plazo del beneficiario de la garantía para ejecutar la misma o como fecha cierta a partir de la cual cesa toda responsabilidad para el garante por razón de la garantía prestada, salvo que el mismo sea interrumpido.

<sup>87</sup> Entre otros ESTRUCH ESTRUCH, J., “*Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*”, Cívitas-Thomson Reuters, 2009, p. 194 y MARÍN LÓPEZ, J. J., “*Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998*”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1998, p. 754.

establecido con carácter general, por el artículo 1964<sup>88</sup> del Código Civil. Y así lo ha dictado el Tribunal Supremo en algunas sentencias, entre ellas, una del año 2003<sup>89</sup> que sostiene: “...que la Audiencia parte de un seguro de caución como seguro por cuenta ajena y llega a la errónea conclusión en la interpretación del artículo 23 de la Ley del Contrato de Seguro...”; para concluir que no le es de aplicación dicho plazo, el de prescripción de 2 años fijado en dicho artículo, al asegurado del seguro de caución en cuestión.

Sin embargo, nuestra postura, se sitúa con los que defienden que el plazo de prescripción de la garantía prestada mediante contrato de seguro, es el plazo de prescripción de 2 años, puesto que sería de aplicación la normativa propia del seguro<sup>90</sup>, puesto que lo consideramos como el plazo aplicable, que en ningún caso debería ser desplazado por el plazo general de las acciones personales regulado en el mencionado artículo del Código Civil, toda vez que estamos ante un auténtico contrato de seguro, al que le es de aplicación la normativa propia, salvo las excepciones que la propia Ley 57/1968 estableciera. En esta misma línea argumental, podemos destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz del año 2003<sup>91</sup>, que establecía con gran claridad: “...En primer lugar y dado que se ha suscitado controversia en cuanto a la naturaleza de la acción ejercitada con incidencia en los plazos de prescripción hemos de dejar sentado que tratándose de una acción derivada de un contrato de seguro que se formalizó conforme a lo establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipada en la construcción y venta de viviendas, este contrato de seguro es una modalidad del seguro de caución regulado en la Sección Sexta del Título II de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, que se refiere a los Seguros contra Daños y por ello a la acción ejercitada le es de aplicación el artículo 23 de la expresada Ley 50/1980, que señala que las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de un seguro de daños”. Y, en cualquier caso, a nuestro juicio, a dicha conclusión ha de llegarse, no solo por la inevitable comparación con el plazo de

---

<sup>88</sup> Artículo 1964 del Código Civil: “...y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince”.

<sup>89</sup> STS de 17 de enero de 2003, [RJ\2003\1289].

<sup>90</sup> Establece el artículo 23 de la LCS: “Las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años, si se trata de seguro de daños...”.

<sup>91</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de junio de 2003, [RJ\2003\211470].

caducidad de dos años, que establece el legislador del 2015, para la garantía prestada mediante aval solidario<sup>92</sup>, sino por la remisión genérica que, el mismo, realiza a la Ley de Contrato de Seguro, al regular la garantía prestada mediante seguro de caución: En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro<sup>93</sup>.

Una última cuestión al respecto, que nos parece fundamental, es si el plazo de prescripción al que venimos refiriéndonos, puede ser interrumpido o no por reclamación extrajudicial<sup>94</sup>. La aplicación del plazo de prescripción de dos años contemplado en el artículo 23 de la Ley de Contratos de Seguro, en lugar del plazo de quince años recogido en el artículo 1964 del Código Civil, podría plantear la duda sobre si las causas de interrupción de la prescripción a aplicar serían las reguladas en el artículo 1973<sup>95</sup> del Código Civil o bien las previstas en el artículo 944 del Código de Comercio<sup>96</sup>. La cuestión no es baladí, puesto que las recogidas en el referido artículo del Código de Comercio, aparte de ser más restrictivas, no contemplan como posible causa de interrupción del plazo, la reclamación extrajudicial. El Tribunal Supremo ha entendido, sin embargo, que la reclamación extrajudicial, ha de ser valorada como capaz de provocar la interrupción de la prescripción en el ámbito mercantil y así, en varias sentencias<sup>97</sup>, realizando una labor, que en sus propias palabras es “integradora del ordenamiento”, concluye, con carácter general: “...porque aunque el artículo 944 del Código de Comercio no contemple expresamente la reclamación

---

<sup>92</sup> Letra c) del punto 2. del Apartado Dos de la disposición adicional primera de la LOE.

<sup>93</sup> Y, consecuentemente a lo expuesto, será de aplicación el plazo de prescripción fijado en el artículo 23 de la LCS. Véase CAÑIZARES LASO, A., “*La caducidad de los derechos y acciones*”, 2001.

<sup>94</sup> Extractada la argumentación, al respecto, de la obra citada del autor ESTRUCH ESTRUCH.

<sup>95</sup> Artº.- 1973 CC: “La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.”

<sup>96</sup> Artº 944 CCo, párrafo primero: “La prescripción se interrumpirá por la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor; por el reconocimiento de las obligaciones, o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor.”

<sup>97</sup> STS de 31 de marzo de 2001 [RJ\2001\4780] y STS de 28 de octubre de 2002, [RJ\2002\9136].

extrajudicial entre las causas de interrupción del plazo de prescripción de las acciones relativas a los contratos mercantiles, la jurisprudencia, en su función integradora del ordenamiento, ha considerado que, en este punto, el régimen de interrupción de las obligaciones contenido en el Código Civil y el de Comercio es el mismo y ha atribuido tal eficacia a dicho tipo de reclamación en el ámbito de este último<sup>98</sup>”. La aplicación con preferencia del artículo 1973 del Código Civil a la prescripción de las acciones procedentes de los contratos mercantiles, es justificada por el Tribunal Supremo<sup>99</sup>: “...tanto porque el límite que separa a las obligaciones civiles y a las mercantiles es difuso y complicado, como porque la remisión que el artículo 943 que el Código de Comercio efectúa a las disposiciones de derecho común da pie a eliminar la diversidad de trato en materia de interrupción de la prescripción –generadora de manifiesta inseguridad jurídica- merced a la fuerza expansiva e integradora del Código Civil”. Por ello, muy acertadamente, ESTRUCH ESTRUCH<sup>100</sup>, manifiesta que el Tribunal Supremo ha venido desarrollando “... una labor más correctora que integradora del ordenamiento jurídico...”, al atribuir “...virtualidad interruptiva de la prescripción en el ámbito mercantil a la reclamación extrajudicial”; así como que, debido a que la obligación que asume la compañía aseguradora de devolver las cantidades por el asegurado-comprador, es solidaria con la obligación del promotor-vendedor, “...la interrupción de la prescripción frente al promotor-vendedor producirá, por aplicación directa del artículo 1974 del Código Civil, la interrupción de la prescripción también frente a la compañía aseguradora”.

Centrándonos en el plazo de *duración de la garantía*, puede observarse que el legislador del 2015 establece, casi con idéntica redacción, lo en su día regulado por el articulado de la Orden de 1968; sin embargo, puntualiza que dicho plazo de duración “...no podrá ser inferior...”, dando opción por un lado, a pactarse uno superior y, evitando por otro, la contratación de contratos de seguros con un plazo inferior al mínimo establecido por la

---

<sup>98</sup> STS de 20 de octubre de 2004, [RJ\2004\6772].

<sup>99</sup> STS de 14 de abril de 2003 [RJ\2003\3707]. En la misma línea STS de 8 de marzo de 2006, [RJ\2006\1074].

<sup>100</sup> ESTRUCH ESTRUCH, J., “*Las garantías de las cantidades anticipadas...*”, op. cit., pp. 201 y 203.

norma<sup>101</sup>. Dichos requisitos, vienen regulados, junto con la posibilidad de prórroga en la letra f), de la siguiente forma: “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”. El legislador actual, a nuestro juicio, incluye de forma afortunada la advertencia para el adquirente, de que la prórroga del contrato de compraventa no necesariamente conlleva la prórroga de la garantía si el promotor no prorroga el contrato de seguro y, consecuentemente, es consentida por la entidad aseguradora, previo pago de la prima correspondiente. Estableciendo además la obligación del promotor, de informar de la prórroga de la garantía al asegurado. Ciertamente que podría haber sido más explícito, pero queda suficientemente claro, que es facultad del promotor prorrogar o no la garantía, lo que ha de ser tenido en cuenta, a su vez, por el adquirente, en el momento de conceder la prórroga del contrato de compraventa.

Someramente procede analizar, retrocediendo hasta la letra c) en la que se hacía responsable, al promotor, del pago de la prima “...hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente”, y ello, por cuanto lo aquí establecido carece de lógica en varios supuestos: en aquellos, en los que se conceda prórroga y la entidad garante decida no prestar su consentimiento en el sentido de que a su vez la garantía se prorrogue, ampliándose o modificándose el plazo de entrega de la vivienda, de tal forma que la garantía cubra el incumplimiento de la nueva fecha de entrega pactada, se procederá a cancelar la misma, no siendo por tanto exigible prima alguna a partir de entonces, por lo que la obligación del pago de la prima hasta la elevación a público del contrato de compraventa, carece, como decimos, de sentido alguno. Igualmente, en aquellos supuestos en que se opte por la resolución del contrato de compraventa, evidentemente, no se firmará escritura pública en ningún caso; por lo que la referencia que comentamos,

---

<sup>101</sup> En este sentido podemos encontrar sentencias en las que expresamente se declaran nulas, a nuestro juicio correctamente, aquellas cláusulas que fijan una validez temporal de las garantías inferior al plazo fijado para la entrega de la vivienda en el contrato de compraventa. Entre ellas, una de la Audiencia Provincial de Murcia de 2010.

vuelve a carecer de sentido. En definitiva, bastaba con haber indicado que el promotor, deberá ser responsable del pago de la prima durante toda la vigencia del contrato de seguro, entendiéndose por tal, aquel del que dispone el adquirente para exigir el pago al garante o hasta que el mismo se cancele por haberse expedido documento administrativo que faculte para la ocupación de la vivienda –por el órgano administrativo correspondiente– y se acredite la entrega de la vivienda (con la correspondiente escritura pública), momento en que se ha de entender cancelada la garantía en virtud del apartado Cinco de la disposición adicional primera de la LOE.

### **Derecho de reembolso y subrogación.**

Es importante hablar del *derecho de reembolso*, que el propio artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro regula en su único párrafo *in fine*<sup>102</sup>, y que es aplicable en virtud de la remisión que la letra l) del apartado de la disposición adicional primera de la LOE, objeto de análisis, realiza para “...lo no específicamente dispuesto...”, a la Ley de Contrato de Seguro. Dicho derecho, aunque su justificación técnica es la misma, es diferente<sup>103</sup> del derecho de subrogación del asegurador contemplado en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro y a la recogida en la letra j) de la disposición adicional primera de la LOE, que veremos a continuación. Esta acción propia, el derecho de reembolso, concedida al asegurador se caracteriza por lo siguiente:

- Para su ejercicio no es necesario que exista responsabilidad del tomador. Su fundamento se justifica en el pago de la indemnización

---

<sup>102</sup> Artículo 68, *in fine*, LCS “...Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

<sup>103</sup> Y en ello coincide la doctrina, TIRADO SUÁREZ, J., “Seguro de Caución...”, op. cit., pp. 1049 y ss.; EMBID IRUJO, J. M., “El seguro de caución: régimen...”, op. cit., p. 1073; OLIVENCIA RUIZ, M., “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (artículos 68 a 79)”, en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Estudios Empresariales y Financieros, Dir. Evelio Verdura y Tulles, Madrid, 1982, p. 881 y GÓMEZ CALERO, J., “Los derechos de reintegro del asegurador en la LCS”, en Comentarios a la LCS, Madrid, 1985, p. 749. Así lo reconoce también la Jurisprudencia y, entre otras, la STS de 7 de abril de 1992, establecía que: “...lo que se concede al asegurador es una acción de <<reembolso>> frente al tomador, no una subrogación en los derechos del asegurado contra éste último”.

que ha realizado el asegurador y ello al margen de que él tenga su origen en una conducta responsable del tomador o bien en un incumplimiento fortuito no imputable a este. Es una de las claras diferencias con la acción subrogatoria. OLIVENCIA RUIZ<sup>104</sup> aclara que “...lo que el asegurador ejercita es...un derecho propio, nacido del contrato de seguro y fundado en el pago de la indemnización”.

- El tomador no puede oponer excepciones al asegurador. Efectivamente y derivado de lo anterior, no podrá el tomador oponer excepciones de la obligación garantizada, lo que sí tiene cabida en la acción subrogatoria; salvo claro está, y aquí la doctrina se divide, que oponga la excepción derivada del propio contrato de seguro, a saber, la falta de incumplimiento de la obligación principal y que constituye el riesgo asegurado<sup>105</sup>.

Mencionaremos, que algunos autores, entre ellos CAMACHO DE LOS RÍOS<sup>106</sup>, reconocen que pese a que “...no puede afirmarse que la acción de reembolso contemplada por el artículo 68 sea una mera transposición de la que, en relación con la fianza, consagra el artículo 1838 del Código Civil, gran parte de la doctrina reconoce, sin embargo, que guarda cierta semejanza con la misma<sup>107</sup>”, lo que no impide que se admita “...que el seguro de caución –como contrato- tiene naturaleza asegurativa”. EMBID IRUJO<sup>108</sup> afirma que la acción de reembolso “...constituye una peculiaridad del seguro de caución, no fácil de entender en la dogmática general del contrato de seguro; además, las pólizas, por regla general, excluyen toda posibilidad por parte del tomador del seguro frente a la reclamación del asegurador, lo que no resulta, a nuestro juicio, demasiado lógico. Por ello, se puede comprender que algunos autores funden en esta circunstancia su oposición a reconocer carácter asegurador a nuestra figura, puesto que, de tal modo, no llega a producirse una auténtica transferencia del riesgo, elemento central del

---

<sup>104</sup> OLIVENCIA RUIZ, M., “*Seguros de caución...*”, op. cit., pp. 881 y ss.

<sup>105</sup> En este sentido, CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “*El Seguro...*”, op. cit., pp. 107 y ss.

<sup>106</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “*El seguro de caución...*”, op. cit., pp. 110 y 111.

<sup>107</sup> Entre otros, GÓMEZ CALERO, EMBID IRUJO o TIRADO SUÁREZ.

<sup>108</sup> EMBID IRUJO, J. M., “*Problemas actuales del seguro de caución*”, *Revista Española de Seguros*, vol. 1, núm. 121, 2005, pp. 56 y 57 y también el mismo autor en “*El Seguro de caución como garantía*”, en *Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Editorial Civitas, S.A., 1990, p. 711.

contrato de seguro, según es notorio”. Esta acción de regreso es fundamental desde la óptica que es la que consigue que el tomador –que es el que provoca el incumplimiento-, esté interesado en que el mismo no se produzca; evitando la provocación voluntaria del incumplimiento, expresamente prohibida en la Ley de Contrato de Seguro<sup>109</sup>.

La letra j), recoge la *acción subrogatoria*, consagrada en el artículo 43 de la LCS<sup>110</sup> que, como indicamos, es distinta del derecho de reembolso: “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”. EMBID IRUJO<sup>111</sup> diferencia afirmando que mientras que la acción

---

<sup>109</sup> El artículo 19 LCS menciona únicamente al asegurado. En tanto en cuanto, él es el que recibe la indemnización, se prohíbe que él mismo provoque el siniestro. Dicho artículo está pensado para los seguros en que tomador y asegurado coincide. Por ello, en los seguros de caución, en los que el asegurado es el que es indemnizado y el tomador es el que el incumple, dicha acción de reembolso cobra relevancia pues persigue evitar dicha provocación voluntaria por el tomador y, por consiguiente, su enriquecimiento injusto.

<sup>110</sup> Artículo 43. Derechos y las acciones frente a las personas responsables del siniestro. “El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse. El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato. En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”.

<sup>111</sup> EMBID IRUJO, J. M., “*Problemas actuales del seguro de caución...*”, op. cit., p. 57. Otros autores también: TATO PLAZA, A., “*La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “*Artículo 43*” en *Comentarios a la Ley del contrato de seguro*, BOQUERA J./OLAVARRÍA,

de reembolso es “...un remedio absoluto, siempre operativo (recuérdese la dicción legal: “todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”), la segunda es un remedio eventual, sólo procedente cuando existan (lo que no será raro, desde luego) acciones o remedios de recuperación patrimonial no ejercidos por el tomador del seguro/asegurado”, y concluye que las diferencias sobre la naturaleza y fundamento de ambas acciones se basan en que “...en la del seguro de caución, el asegurador ejerce, a nuestro juicio, un derecho propio, en tanto que en la subrogatoria asume la posición de jurídica del asegurado...”.

Por último, resta hablar de la novedad que introduce el legislador en la última modificación realizada sobre la norma objeto de estudio, relativa a la prohibición del tomador-promotor de enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada. Ello, si bien puede entenderse razonable, carece de eficacia si no se concreta o desarrolla de forma que otorgue algún derecho inscribible en el Registro de la Propiedad correspondiente, puesto que, pese a ello, la posible enajenación a un tercero de buena fe, dejaría vacío dicho derecho reconocido a la entidad aseguradora, que no haya sido resarcida por el promotor en las cantidades que se ha visto obligada a indemnizar al asegurado por incumplimiento de aquel.

### **La ejecución de la Garantía.**

Al margen de las discusiones doctrinales acerca de si el seguro de caución tiene naturaleza *asegurativa* o *fideiusoria*, es importante concretar qué ha de entenderse por incumplimiento y por siniestro, al amparo de la normativa que lo regula. Es ineludible pues, para centrarnos en el momento en que procede la ejecución de la garantía y los requisitos impuestos por la normativa para llevarla a cabo, insistir sobre ello. La posibilidad de que el deudor incumpla con su obligación, es la que induce al acreedor a exigir la constitución de una caución. Dicha caución es sustituida por un seguro de caución que le garantice la indemnización en caso de incumplimiento; es lo que se denomina “función caucional” del seguro de caución. Esta función,

---

J./BATALLER, J. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, páginas 537 y siguientes. También BARRES BENLLOCH, Mª P., “*Régimen jurídico del seguro de caución*”, Editorial Aranzadi, 1996.

nos permite identificar el riesgo<sup>112</sup> en estos seguros y afirmar que el riesgo previsto en el seguro de caución es el del incumplimiento por el deudor-tomador del seguro, del incumplimiento de su obligación frente al acreedor-asegurado, o si se prefiere el incumplimiento por el tomador de sus obligaciones derivadas de la relación jurídica principal. Dicho incumplimiento no está delimitado por la propia Ley de Contrato de Seguro, lo que ha sido criticado por la doctrina en no pocas ocasiones, puesto que del mismo pueden existir distintas valoraciones (incumplimiento imputable o no al deudor, considerado como esencial, o como mero retraso, incumplimiento por cumplimiento defectuoso, etc.) y su delimitación se deja a la libertad de las partes, recobrando en estos casos, importancia el deber precontractual del riesgo. En el seguro de caución en garantía de cantidades anticipadas para las viviendas en construcción, la noción de incumplimiento ha de entenderse en un sentido amplio y por consiguiente, el riesgo lo constituye, cualquier tipo de incumplimiento de los recogidos en la Ley: la no iniciación de las obras en el plazo fijado, y, la no entrega de la vivienda en el plazo estipulado en el contrato de compraventa.

La noción de incumplimiento ha sido valorada de forma diversa en numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales así como del Alto Tribunal con distinto resultado en ambos sentidos. Afortunadamente, el Tribunal Supremo ha realizado una labor integradora del ordenamiento jurídico al respecto, sentando como doctrina jurisprudencial, un concepto amplio del incumplimiento: reconociendo, por un lado, el plazo como un término “esencial” para el cumplimiento de las obligaciones y considerando por ello como incumplimiento, el mero retraso en el inicio de las obras o en la entrega de la vivienda; eliminando prácticamente, la consideración, como tales, de casos fortuitos que justifiquen el retraso y sentenciando que no es válida, la simple entrega física de la vivienda, sino que debe expedirse la cédula de habitabilidad o el documento equivalente que faculte para la ocupación de la vivienda, por el órgano competente. También existe en estos seguros, libertad para la determinación del momento en que ha de entenderse producido el siniestro. La propia determinación del mismo es fundamental por cuanto supone la materialización del riesgo pero, sobre todo, provoca la

---

<sup>112</sup> Véase la obra de BENAVENTE SEGORB, R. J., “*Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura*”, Revista general de derecho, 1998, núm. 651, pp. 14625-14666.

prestación del asegurador. No establece la Ley del 68, referencia alguna a dicho momento, por lo que las pólizas de seguros, incorporaron el contenido de la Orden de 29 de noviembre de 1968, pudiendo entenderse por tal, la simple reclamación hecha al asegurador, a la que se adjuntará la reclamación que comentaremos a continuación. La modificación operada por la Ley 20/2015 de 14 de julio, en la disposición adicional primera de la LOE, incorpora parcialmente, los requisitos que la Orden de 29 de noviembre de 1968 fijaba para que, una vez producido el incumplimiento, entrara en juego la garantía del asegurador. Dicha Orden, en su apartado 4 f) además de exigir como requisito que las cantidades anticipadas se ingresaran en la cuenta especial, establecía en su apartado 2: “Que se haya requerido notarialmente o de otra manera indubitada al contratante y éste no haya devuelto las cantidades entregadas a cuenta...”:

1.- Con respecto al primero de ellos, que las cantidades anticipadas se ingresaran en la cuenta especial, no nos reiteramos más sobre la importancia de dicho ingreso en relación con las garantías prestadas. Sin embargo, ante la realidad de que dichos ingresos no se suelen realizar en la cuenta especial, el legislador del 2015 ha introducido la siguiente exigencia para el adquirente que busque ser indemnizado por la entidad garante: la necesidad de que se deba acreditar por el asegurado que fueron realmente aportadas las cantidades, aunque, continúa, se hubiesen incluido, como debería haber sucedido, la total suma asegurada en el contrato de seguro. Y no podía ser de otra forma, puesto que si: por un lado, se exige, como hemos visto, que se entregue garantía por la totalidad de las cantidades “...que han de ser anticipadas a cuenta del precio<sup>113</sup>”, esto es, por todas las pactadas, se hayan anticipado o no en el momento de la entrega de la póliza individualizada, y, por otro, se constata la realidad de dicha falta de ingreso de las cantidades en la cuenta especial, los adquirentes, inevitablemente, deberán acreditar su efectiva entrega previamente a exigir su devolución.

2.- Con respecto al segundo de los requisitos, la modificación de la disposición adicional 1ª de la LOE, realizada en el 2015, ha establecido una exigencia que vemos importante recoger textualmente: “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*

---

<sup>113</sup> Apartado Tres *in fine* de la disposición adicional primera de la LOE en la redacción dada por el legislador de 2015.

*para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá 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.

Mantiene pues, casi en los mismos términos que la Orden, la obligación de requerir previamente, y de manera fehaciente al promotor, para la devolución de las cantidades. Incluye además, la opción de reclamar a la entidad aseguradora siempre que no haya sido posible la reclamación previa, lo que igualmente, habrá de acreditarse. Esta necesidad del requerimiento previo o no al promotor ha mantenido separada a la doctrina y así mientras algunos como REGLERO CAMPOS<sup>114</sup>, consideraba que “...el siniestro, en supuestos de seguro de caución vendría configurado por la negativa injustificada por parte del vendedor que incumple la obligación de entrega de la vivienda en el tiempo pactado, a devolver “a instancia de un requerimiento resolutorio” del comprador, las cantidades anticipadas por éste...”; otros como DIÉGUEZ OLIVA<sup>115</sup> opinaban al contrario, defendiendo la argumentación del magistrado GULLÓN BALLESTEROS en la sentencia de 15 de julio de 2005<sup>116</sup> que afirmaba, en un caso en que la entidad aseguradora defendía que el comprador no había cumplido con el requisito legal de haber requerido al promotor previamente, que “...la Ley 57/1968 no lo dispone así en su normativa. La Orden de 1968 en este punto ha de entenderse que no es imperativa, por cuanto limita el derecho del comprador contra la aseguradora sin base alguna en aquella Ley que dice desarrollar”.

La Ley, en la nueva redacción dada, resuelve dicha disquisición, así que llegados a este punto, debemos poner de manifiesto que:

---

<sup>114</sup> REGLERO CAMPOS, F. “Comentario a la STS de 27 de mayo de 2004”, CCJC, núm. 67, enero-abril 2005, 1801, pp. 325-337. Esta postura tenía gran apoyo jurisprudencial.

<sup>115</sup> Véase DIÉGUEZ OLIVA, R., “*Algunas cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria*”, Revista de Derecho Patrimonial, núm. 22/2009-1, Editorial Aranzadi, S.A., [BIB\2009\79], p. 14.

<sup>116</sup> [RJ\2005\9624].

1º.- El siniestro se entiende producido por la propia reclamación realizada por el asegurado.

2º.- Que a dicha reclamación deberá acompañar: tanto la acreditación del requerimiento fehaciente hecho al tomador-promotor o la acreditación, también fehaciente, de que no ha sido posible, como también, la acreditación de que las cantidades han sido efectivamente anticipadas.

3º.- Que el tomador tiene un plazo de treinta días para la devolución y que el asegurador, tiene un plazo igual para el abono al asegurado, desde la reclamación.

Bajo el mismo título de “ejecución de la garantía”, mantiene el legislador, la opción del adquirente de la vivienda, una vez producido el incumplimiento, de optar: bien por la resolución (mal utilizado, a nuestro juicio, el término de rescisión) con devolución de las cantidades, bien, por conceder una prórroga. A nuestro juicio, aunque reconocemos que el propio título confunde, lo recogido en el mismo no implica que la opción de resolver o conceder prórroga se haya de realizar frente a la entidad garante. La ejecución propiamente de la garantía, en el caso de la prestada mediante seguro de caución, está recogida en el apartado h) e i) que hemos reproducido más arriba, puesto que en ellos, se indica claramente, cuándo podrá procederse a la ejecución de la garantía.

## **Conclusión**

Creemos acertado que el legislador exija, que junto con la reclamación que haya de realizarse a la entidad aseguradora, se haya de adjuntar el requerimiento previo al tomador o bien la prueba fehaciente de haberlo intentado sin éxito, puesto que dicho requerimiento previo, prueba que el adquirente ha optado por la resolución y no por conceder prórroga alguna al promotor. En relación con la forma de ejecución de la garantía, podemos entrar a analizar qué tipo de garantía es la prestada mediante seguro de caución y, en concreto, cómo ha de calificarse la garantía prestada al amparo de la Ley objeto de nuestro trabajo:

1º.- Por la redacción definitiva que el legislador estableció para el contrato de seguro de caución en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro, alguna doctrina entiende que la intención de aquel no era otra que,

según TIRADO SUÁREZ<sup>117</sup> “...dejar a un lado el contrato subyacente entre asegurado y tomador, situando todo el énfasis legal en el contrato de seguro que vincula al tomador del seguro o contratante, con el asegurador”.

2º.- Además, el seguro de caución, como afirma TIRADO SUÁREZ<sup>118</sup>, “...no es accesorio de la obligación asegurada pues la nulidad de ésta, no comportaría el extorno de la prima”. Nosotros compartimos la afirmación de que el seguro de caución no es accesorio de la obligación principal desde una óptica *rígida* de la “accesoriedad”. Sin embargo, dicha desvinculación no es total y así puede defenderse el carácter accesorio del seguro de caución que analizamos, por cuanto:

- Por un lado, el legislador mantiene dicha conexión al permitir la cancelación de la garantía, cuando el cumplimiento le sea acreditado al asegurador (recuérdese el artículo cuarto de la Ley 57/1968, trasladado al apartado Cinco de la disposición adicional primera de la LOE con el mismo título de “Cancelación de la garantía”).

- Por otro, porque para la ejecución de la garantía, como defendemos, el legislador exige la resolución previa del contrato de compraventa con el promotor.

3º.- Por último y atendiendo al seguro de caución prestado en garantía de la devolución de la cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas, la producción del siniestro se concreta en la simple reclamación a la entidad aseguradora, siendo ello lo que determina una configuración especial de este seguro que establece un deber *cuasi*-automático del pago por parte del asegurador ante el simple requerimiento del asegurado. Y ello, puesto que se hace depender la existencia del incumplimiento, que determina el siniestro, de la libre apreciación del asegurado.

El propio Tribunal Supremo y la doctrina<sup>119</sup>, han entendido en relación a la garantía prestada mediante el seguro de caución al amparo de la

---

<sup>117</sup> TIRADO SUÁREZ, J., “Seguros de caución...”, op. cit., p. 1033. Se suprimió, en la redacción final, el vocablo “*garantizado*” en la expresión: “...a título de resarcimiento o penalidad, dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato *garantizado*.”

<sup>118</sup> TIRADO SUÁREZ, J., “Seguros de caución...”, op. cit., p. 1040.

<sup>119</sup> Aparte del que citamos a continuación, también CARRASCO PERERA, A., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en CARRASCO PERERA, Á, CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Pamplona, 2007, p. 531, nota 1; GARCÍA MEDINA, J., “*Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no*

Ley 57/1968, que, citamos a ESTRUCH ESTRUCH<sup>120</sup> “...la obligación de devolución asumida por la compañía aseguradora es una obligación solidaria...”, y esgrimen para ello, varios argumentos:

- En primer lugar, puesto que el legislador exigía de modo expreso que el aval prestado fuera de carácter solidario, no sería lógico que el comprador se encontrara en peor condición a la hora de ejecutar su garantía si el vendedor hubiera concertado la misma mediante seguro de caución en vez de mediante aval bancario que, necesariamente se establecía como solidario.

- En segundo lugar, el artículo 3 de la Ley 57, permitía al asegurado reclamar directamente a la compañía aseguradora a través el juicio ejecutivo, para cuya interposición no se exigía la reclamación previa del asegurado frente al promotor vendedor<sup>121</sup>.

- En tercer lugar, por aplicación del articulado de la Ley de Contratos de Seguro, puesto que, como ha manifestado ESTRUCH ESTRUCH<sup>122</sup>, “...conviene recordar además que en todo tipo de contratos de seguros, y en los de daños con más motivo, y el de caución lo es, el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre 1980, autoriza el ejercicio de la acción directa contra la Compañía aseguradora, artículo aplicable al seguro de caución regido por la Ley 27 de julio 1968, por declaración de Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1995 [RJ\1995\172]”.

Pero esta consideración de garantía solidaria se ha mantenido en base a lo regulado en la Ley 57/1968, y antes de la modificación realizada por el legislador del 2015. A nuestro juicio, la reciente modificación producida en

---

*construidas. Sistema de protección en Andalucía*”, Sentencias del TSJyAP y otros Tribunales, núm. 10/2006, [BIB\2006\873], p. 10; MARÍN LÓPEZ, JJ., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, p. 756 y BARRES BENLLOCH, Mª P., “El seguro de caución en la construcción de viviendas. Comentario a la STS de 26 de febrero de 1995”, *Revista Española de Seguros*, núm. 84, 1995, pp. 68 y ss.

<sup>120</sup> ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades...”, op. cit., 2009, pp. 190 y 191.

<sup>121</sup> Efectivamente y pese a que dicho artículo sí ponía como requisito que se acreditara el incumplimiento de la obligación principal, (lo que resaltaba el carácter de accesorio de la garantía, frente a la obligación principal), no exigía, para acudir al procedimiento ejecutivo, la reclamación previa al promotor-deudor-tomador por parte del asegurado-adquirente (lo que revelaba el carácter solidario del que, el legislador, pretendió dotar a la garantía).

<sup>122</sup> Dicho autor en op. cit. supra, p. 193.

el 2015, ha configurado la garantía prestada mediante seguro de caución como una suerte de garantía autónoma, puesto que:

- Identifica el siniestro con la reclamación del asegurado a la entidad aseguradora o dicho de otra forma, activa la obligación del asegurador sin necesidad de que el asegurado acredite el incumplimiento de la obligación principal por el deudor.

- Exige una reclamación previa por parte del asegurado al tomador-deudor para la devolución de las cantidades y solamente ante dicha devolución, se activa la garantía, por lo que, ante dicho requisito, no puede ser considerada la garantía prestada como una garantía solidaria, sino como una garantía autónoma condicionada a: 1º.- Que el asegurado afirme por escrito que no ha obtenido la devolución de las cantidades por el deudor-tomador, que será –dicha reclamación- la desencadenante de la puesta en juego de la garantía<sup>123</sup> y 2º.- Que acredite, por un lado, la reclamación previa al tomador-deudor y, por otro, las cantidades efectivamente anticipadas.

El hecho, además, de que el legislador haya establecido la facultad del adquirente para resolver el contrato en base a unos datos objetivos<sup>124</sup> y que la jurisprudencia haya mantenido, acertadamente, que no es necesaria una resolución judicial que corrobore o dicte el incumplimiento del promotor y por ende, la posibilidad de dar por resuelto el contrato de compraventa sin dicho requisito, refuerza, a nuestro juicio, la certeza de que nos encontramos ante una garantía autónoma<sup>125</sup>. Una garantía autónoma condicionada, que guarda cierta conexión con la obligación principal por dichos condicionantes,

---

<sup>123</sup> El hecho de que se condicione la ejecución de una garantía a la presentación de una reclamación en el sentido apuntado, o a la presentación de algunos documentos por parte del beneficiario-asegurado, no elimina el carácter independiente de una garantía, si bien al contrario, facilita el ejercicio de una posterior acción del ordenante-tomador frente al asegurado –por mala fe- además de eliminar o reducir la posibilidad de reclamaciones abusivas.

<sup>124</sup> El plazo fijado por las partes, entendiéndolo como un término esencial del propio contrato de compraventa y al hecho objetivo de la expedición de un documento administrativo que faculte para ocupar la vivienda al adquirente.

<sup>125</sup> Se ha entendido por parte de la doctrina, que si la reclamación de la garantía se condicionara a una sentencia o laudo arbitral en el que se declarara el incumplimiento de la obligación garantizada, no estaríamos ante una auténtica garantía autónoma, sino en presencia de una auténtica fianza.

permitiendo al asegurador: no atender una petición del asegurado con carácter previo a la fecha en que debe producirse el incumplimiento –dato que conocerá perfectamente; ni atender la petición del asegurado, cuando el promotor le acredite que se ha entregado la vivienda y expedido cédula de habitabilidad o que ha requerido al comprador, previamente a la resolución del contrato de compraventa por éste, para la entrega de la vivienda; sin que por ello, deje de ser considerada como una garantía autónoma. Por último, el encuadre definitivo que el legislador establece para la normativa que regula la percepción de las cantidades anticipadas para la compra de viviendas para su construcción es la Ley de Ordenación de la Edificación, a nuestro juicio acertado. En dicha Ley, conviven otras modalidades de seguros de caución como son los regulados, en su artículo 19, para garantizar los daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción, lo cuáles y por mandato expreso del legislador han de otorgarse a primer requerimiento, o como bien se indica en el artículo 19.3. c): “El asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado a primer requerimiento”. Por ello, cobra mayor fuerza, nuestra defensa de que el seguro de caución fijado en la disposición adicional primera de la mentada LOE, tenga dicha consideración, de garantía autónoma y que el asegurador asume el compromiso de indemnizar al adquirente a primer requerimiento, sin que ello, como hemos reiterado, suponga aceptar, por la entidad aseguradora, reclamaciones abusivas, en absoluto. CARRASCO PERERA<sup>126</sup> ya manifestó que “...el legislador de la LOE también debería haber incluido dicha exigencia en las modificaciones que a través de la disposición adicional primera de la norma introdujo en la Ley 57/1968”. En definitiva, la configuración de esta garantía como autónoma satisface la finalidad buscada por el legislador, cual es, la protección del adquirente de forma eficaz, entendiéndose por tal, el rápido

---

<sup>126</sup> CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades...”, op. cit., p. 537. Igualmente ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades...”, op. cit., pp. 172-173 afirma que si bien es cierto que la Ley no exige que el seguro de caución se preste a primer requerimiento, debido a la finalidad de protección del comprador que ha anticipado cantidades “...deberán entenderse válidos todos los pactos que se pudieran establecer en el contrato de compraventa en beneficio del comprador, siempre que superen la protección mínima legal requerida. Por lo tanto, será perfectamente válido el pacto en virtud del cual el promotor-tomador del seguro se obligara frente a los compradores a concertar un seguro de caución a primer requerimiento”.

acceso a la caución constituida mediante seguro de caución, y que se traduce en el establecimiento, por el legislador, de los mecanismos necesarios para la rápida devolución de las cantidades anticipadas, por el adquirente de una vivienda, para su construcción para el supuesto de que no se inicien las obras o no se construya la vivienda en los plazos pactados contractualmente.

### References:

- BARRES BENLLOCH, M<sup>a</sup> P., “*Régimen jurídico del seguro de caución*”, Editorial Aranzadi, 1996,
- “El seguro de caución en la construcción de viviendas. Comentario a la STS de 26 de febrero de 1995”, *Revista Española de Seguros*, núm. 84, 1995.
- BENAVENTE SEGORB, R., “*El seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura, establecido y regulado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, tras la entrada en vigor de la LOE*”, en *Cuestiones Actuales de Derecho de Seguros*, ANGULO RODRÍGUEZ/CAMACHO DE LOS RÍOS, (Coord.), *Ediciones Atelier*, Barcelona, 2002,
- “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura”, *Revista General del Derecho*, 1998, núm. 651.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El seguro de caución. Estudio crítico”, Editorial MAPFRE SA., 1994.
- CAÑIZARES LASO, A., “La caducidad de los derechos y acciones”, 2001.
- CARRASCO PERERA, A., “Régimen Jurídico de la Edificación, Ley de Ordenación y Código Técnico de la Edificación”, Edición Aranzadi, Pamplona, 2007.
- CARRASCO PERERA, A., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en CARRASCO PERERA, Á, CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Pamplona, 2007.
- DIÉGUEZ OLIVA, R., “Algunas cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22/2009-1, Editorial Aranzadi, S.A., [BIB\2009\79].
- EMBED IRUJO, J. M., “El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica”, *La Ley*, T. II, 1986,

– “*El Seguro de caución como garantía*”, en Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero, *Editorial Civitas, S.A.*, 1990,

– “*Problemas actuales del seguro de caución*”, *Revista Española de Seguros*, vol. 1, núm. 121, 2005.

ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las Garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción”, *Cívitas-Thomson Reuters*, 2009.

GARCÍA MEDINA, J., “*Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía*”, Sentencias del TSJyAP y otros Tribunales, núm. 10/2006, [BIB\2006\873]

GARCÍA VICENTE, J. R., “Seguros de caución o avales por cantidades a cuenta y concurso del promotor”, en *Crisis Inmobiliaria y Derecho Concursal*, GARCÍA CRUCES (Dir.), Navarra 2009.

GÓMEZ CALERO, J., “Los derechos de reintegro del asegurador en la LCS”, en *Comentarios a la LCS*, Madrid, 1985.

HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “*Artículo 43*”, en *Comentarios a la Ley del contrato de seguro*, BOQUERA J./OLAVARRÍA, J./BATALLER, J. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., “El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, abril de 2011.

MALDONADO MOLINA, F. J., “Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas”, *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 37, 1º trimestre de 2011.

MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1998.

MARTÍ SÁNCHEZ, “La protección del asegurador en la Ley del Contrato del Seguro”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguros*, 2001, pp. 469 y siguientes.

OLIVENCIA RUIZ, M., “*Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (artículos 68 a 79)*”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Estudios Empresariales y Financieros, Dir. Evelio Verdura y Tulles, Madrid, 1982.

REGLERO CAMPOS, F. “Comentario a la STS de 27 de mayo de 2004”, CCJC, núm. 67, enero-abril 2005.

TATO PLAZA, A., “*La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

TIRADO SUÁREZ, F. J. “Seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguros”, en *Contratos Bancarios*, Dir. GARCÍA VILLAVARDE, Madrid, 1992.