

LAS GARANTIAS DEL COMPRADOR POR LAS CANTIDADES ANTICIPADAS PARA LA CONSTRUCCION DE LA VIVIENDA

ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LAS GARANTIAS ESTABLECIDAS POR LA LEY DE 27 DE JULIO DE 1968. 1. El ámbito de aplicación de la Ley. 2. Las condiciones para la percepción de cantidades anticipadas. 3. Los efectos del incumplimiento del contrato. 4. La cancelación de las garantías. 5. La propaganda y publicidad. 6. La irrenunciabilidad de los derechos. 7. Las sanciones. 8. La aplicación de la Ley a comunidades y cooperativas. 9. Consideraciones críticas. III. LA OBLIGACION IMPUESTA POR EL REAL DECRETO DE 21 DE ABRIL DE 1989. IV. LAS GARANTIAS ESTABLECIDAS POR LA LEY CATALANA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1991. V. LAS GARANTIAS ESTABLECIDAS LEGALMENTE CUANDO LAS VIVIENDAS SON DE PROTECCION OFICIAL.

I. INTRODUCCION

Es frecuente que el promotor que se dispone a construir un inmueble trate de buscar, durante la edificación, a los compradores, quienes, al pagar en el momento de la celebración del contrato y durante la construcción determinadas cantidades a cuenta del precio total, financian, con sus propios recursos, parte del coste de la construcción (1).

(1) CABANILLAS, *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1991)*, ADC, 1982, p. 888.

La venta de viviendas en proyecto o construcción se lleva a cabo, generalmente, a través de la firma de un documento privado, muchas veces calificado de simple promesa de venta. El título constitutivo, lo que vulgarmente se llama división horizontal, no se formaliza hasta que la construcción está concluida o, al menos, muy adelantada. La entrega de la vivienda tiene lugar a la terminación, y sólo entonces, y muchas veces después, si aún hay pagos diferidos, se otorga la escritura pública de compraventa. Como subraya DE LA CAMARA (2), este modo de operar no ofrece suficiente garantía al comprador. Este se halla expuesto a dos clases de riesgos. Es el primero que el vendedor no cumpla el contrato, es decir, no construya el piso, o no lo construya en las condiciones convenidas y destine el dinero recibido de los compradores a otros menesteres. Si en tal caso el vendedor resulta insolvente, el comprador se queda sin piso y sin dinero. El segundo dimana de la circunstancia de continuar en el dominio del vendedor tanto el solar como la obra hasta que se verifica la entrega del piso. Como además éste sigue figurando inscrito a nombre del vendedor, la situación de riesgo se prolonga hasta el cambio de inscripción ante la posibilidad de que surja un tercero protegido por la fe pública registral.

Con el objeto de conjurar el primero de los peligros denunciados, esto es, que el vendedor se gaste las cantidades recibidas a cuenta, sin invertirlas en la construcción del edificio, se promulgó la Ley de 27 de julio de 1968, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (BOE, de 29 de julio de 1968), a la que complementan otras normas de inferior rango. Con esta Ley se generaliza a todas las viviendas unas disposiciones que se habían dictado únicamente para las de protección oficial.

Como señala TAMAMES, la falta de reglamentación de la construcción de viviendas financiadas con el dinero adelantado por los compradores, hizo proliferar las estafas a los más incautos, algunas de gran envergadura, como el caso de la Nueva Esperanza de Madrid, en 1967. La presión de la opinión pública a través de la prensa ante una situación tan anómala, fue el origen de la Ley de 27 de julio de 1968 (3).

(2) DE LA CAMARA con la colaboración de GARRIDO CERDA y SOTO BISQUERT, "Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana", en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975, p. 915.

(3) LUZON CUESTA, *Fraudes inmobiliarios*, Madrid, 1992, p. 17.

La Exposición de Motivos de la citada Ley es sumamente elocuente al respecto: "Es frecuente en los contratos de cesión de viviendas que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella. La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto.

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...

No obstante, entre la diversidad de promotores existen Entidades y Organismos dedicados a la construcción de viviendas que por sus normas de constitución, por su organización y funcionamiento y fines pueden ofrecer garantías suficientes para ser exceptuados de la aplicación de estas medidas..."

Sobre las pautas marcadas por esta Exposición de Motivos, aparece redactado el articulado de la Ley.

La Ley de 27 de julio de 1968 puede considerarse como una disposición sobre protección de consumidores (4), pues es indudable que el adquirente de una vivienda es un consumidor, como se deduce del artículo 1.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (BOE, de 24 de julio de 1984) y del Real Decreto de 21 de abril de 1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (BOE, de 17 de mayo de 1989).

(4) Alberto BERCOVITZ, "La protección de los consumidores en el Derecho español", en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, en colaboración con Rodrigo BERCOVITZ, Madrid, 1987, p. 62.

La vivienda se considera objeto del denominado Derecho del consumo (5), ya que responde a una necesidad personal y familiar, y por ello es objeto de consumo.

Según CALAIS-AULOY (6), en el sector de la vivienda se encuentra una de las características más constantes del Derecho del consumo: la persona que se aloja, el consumidor de viviendas, está normalmente en una posición de debilidad en relación con la persona que le procura una vivienda. Este desequilibrio no se explica solamente por el exceso de la demanda sobre la oferta. El mismo se produce, sobre todo, por la desigualdad de los sujetos: uno es un profano; el otro, a menudo, un profesional en cuestiones inmobiliarias. Las consecuencias de la desigualdad son agravadas por la complejidad de los contratos y por la importancia de las sumas expuestas.

El comprador de una vivienda merece, sin duda, la consideración de consumidor y ha de gozar de la protección específica que el ordenamiento jurídico otorga al mismo.

II. LAS GARANTIAS ESTABLECIDAS POR LA LEY DE 27 DE JULIO DE 1968

1. *El ámbito de aplicación de la Ley*

Desde el punto de vista subjetivo, afecta la Ley a las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial. Estas personas son los promotores, utilizando la Ley indistintamente los términos cedente y promotor. Como afirma el Tribunal Supremo en numerosas sentencias a partir de la de 11 de octubre de 1974, el promotor reúne en una misma persona generalmente el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico, lo que no obsta para que en la realización o ejecución del proyecto utilice personal más o menos especializado, al que ha de contratar para llevar a cabo la ejecución material de los distintos

(5) CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, París, 1992, pp. 18 y ss. y 293 y ss.

(6) CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, cit., p. 293.

elementos que integran la producción del edificio, cual realiza también el simple contratista (7).

Dentro de la figura del promotor hay que incluir tanto al promotor-constructor como al promotor-comitente. Es indiferente que el promotor haya actuado simplemente como comitente o también como constructor. El promotor-comitente se diferencia del promotor-constructor en que, en lugar de edificar por sí mismo, celebrará un contrato de obra con tercero para la realización de la construcción.

El promotor elige al arquitecto, que ha de realizar los planos y dirigir la ejecución de la construcción, a los restantes técnicos que han de intervenir también en la misma y al contratista, a no ser que el propio promotor se ocupe de la ejecución material de la obra, es decir, sea promotor y contratista. Respecto a los citados profesionales de la construcción, el promotor desempeña la función jurídica de comitente o dueño de la obra, estando vinculado a éstos por contratos de obra y de servicios.

Al concebir y organizar la construcción del inmueble, el promotor se encarga de múltiples actividades, tales como: la determinación del tipo de construcción; la adquisición del terreno sobre el que ha de construirse aquél; la financiación de la construcción; el cumplimiento de las exigencias de carácter administrativo, fiscal y urbanístico que requiere la construcción; la contratación del arquitecto, de los técnicos y del contratista, si bien, cabe la posibilidad de que el propio promotor se ocupe de la ejecución material de la obra; y el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal (8).

Todas estas actividades las lleva a cabo el promotor con vistas a la comercialización del inmueble.

Desde el punto de vista objetivo, se aplica la Ley a todas las viviendas no protegidas, ora sean detenidas a domicilio permanente o residencia familiar con carácter permanente, ora a residencia de temporada, accidental o circunstancial.

Quedan excluidas las viviendas de protección oficial, que se someten a una regulación distinta, y también las edificaciones que no son destinadas a domicilio o residencia familiar. En todo caso, se excluyen los locales comerciales.

(7) Completa información jurisprudencial por CABANILLAS, *La responsabilidad del promotor...*, cit., pp. 878 y ss.; *La configuración jurisprudencial del promotor como garante*, ADC, 1990, pp. 226-227, nota 1. También LOBATO GOMEZ, "Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción", en *Jurisprudencia práctica*, 1994, 66, pp. 25 y ss.

(8) Una amplia exposición de todas estas actividades por CABANILLAS, *La responsabilidad del promotor...*, cit., pp. 886 y ss.

La sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984 afirma que la Ley según su título normativo se contrae a “viviendas” y no a apartamentos, oficinas, locales de negocios u otras dependencias edificables que no sirvan estrictamente al fin primordial de morada más o menos prolongada, pero bajo la concepción de hogar familiar, por cuanto fue dictada en protección de adquirentes que se encuentran en necesidad de alojamiento doméstico y cuya situación económica no les permita afrontar su pago total o mayoritario al celebrarse el contrato de compraventa, estando excluida la aplicación de tal Ley en los supuestos no previstos en su Exposición de Motivos y articulado en los que se hace expresa mención a viviendas y no a apartamentos de recreo o locales con destinos lucrativos o suntuarios, cuya correcta interpretación se deduce del texto legal, de la referencia a las viviendas de protección oficial reguladas en el Decreto de 3 de enero de 1963 que dicha Ley trata de ampliar y complementar con fines socioeconómicos, en beneficio de quienes las precisan para su ocupación inmediata y no pueden abonar el precio sino fraccionalmente y durante un tiempo espaciado, cuya interpretación viene determinada por la experiencia de la realidad social imperante, por la lógica que motivó la promulgación de la disposición, por los antecedentes legislativos que se tuvieron en cuenta, y por los demás elementos valorativos que a modo de guión orientador contiene el artículo 3 del Código civil; que el relato fáctico señala que la operación de compra por los querellantes, no se concretó a uno o dos apartamentos que fueren a constituir su vivienda, ni aun su residencia accidental en Benidorm, que pudiera necesitar con más o menos apremio, sino que se contrataron 33 de aquellos «que pensaban vender y negociar para obtener las ganancias convenientes», o sea, con ánimo puramente especulativo y lucrativo, lo que si no es contradictorio a los fines y efectos de dicha Ley, lo que resulta evidente es que aparece enteramente discordante con la letra y espíritu de la misma (9).

La Ley se refiere a los contratos de cesión de viviendas en que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas (artículo 2). No cabe entender que el legislador esté pensando en la cesión típica, la regulada en los artículos 1526 y siguientes del Código civil; muy al contrario, el término legal pretende que no sea elevada su aplicación de cualquier tipo de operación por la que se transmita y adquiera una vivienda recibiendo el transmitente cantidades a cuenta del precio. Es

(9) BAJO, *Manual de Derecho penal. Parte especial (delitos patrimoniales y económicos)*, Madrid, 1989, p. 299.

claro que el contrato más frecuente será la compraventa, pero la terminología empleada impide que un contrato diferente escape de la aplicación de la Ley o pretenda serlo por una interpretación literal.

La recepción de «cantidades a cuenta» ha de entenderse en amplio sentido: aunque se la calificara de arras o señal, sin perjuicio de que si realmente lo fueran, producirán sus efectos propios. Tales cantidades depositadas en cuenta bancaria especial constituyen un depósito de naturaleza disponible (10).

Resulta indiferente que se pretenda obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma (artículo 1).

Se autoriza, de todas formas, al Gobierno para que a propuesta del Ministerio de la Vivienda, y mediante Decreto, determine los Organismos de carácter oficial que, por ofrecer suficiente garantía, se exceptúen de la aplicación de esta Ley (Disposición final 1.^a). El Decreto de 12 de diciembre de 1968 (BOE, de 24 y 25 de diciembre de 1968) menciona los Organismos oficiales a los que no se aplica el régimen de la Ley.

Esta Ley se aplica también a comunidades y cooperativas (Decreto de 12 de diciembre de 1968, BOE, de 24 de diciembre de 1968).

2. *Las condiciones para la percepción de cantidades anticipadas*

Son las siguientes:

1. Que se garantice la devolución de las cantidades entregadas más el 6% de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros, o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Banco y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que las construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo señalado (artículo 1.1.^o).

Según la Orden de 29 de noviembre de 1968 (BOE, de 5 de diciembre de 1968), las Entidades aseguradoras serán aquellas que además de figurar inscritas en el Registro Especial de la Subdirección General de Seguros, estén facultadas por el Ministerio de Hacienda para la práctica del seguro de crédito interior en general y dispongan de documentación autorizada según se establece en la presente disposición.

(10) SAPENA, CERDA y GARRIDO DE PALMA, "Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores", en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado latino*, Madrid, 1975, p. 91.

2. Que las cantidades anticipadas se perciban por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en la que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior (artículo 1.2.º).

3. Que en los contratos de cesión de las viviendas se haga constar expresamente:

a) Que el cedente se obliga a la devolución al cesionario de las cantidades percibidas a cuenta, más el 6 % de interés anual en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la Cédula de Habitabilidad.

b) Referencia al aval o contrato de seguro especificado en la condición primera del artículo anterior, con indicación de la denominación de la Entidad avalista o aseguradora.

c) Designación de la Entidad bancaria o Caja de Ahorros y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido a anticipar como consecuencia del contrato celebrado (artículo 2).

4. Que en el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio (artículo 2).

3. Los efectos del incumplimiento del contrato

Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 % de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

El contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o la entrega de la vivienda, tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o

avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario con arreglo a la legislación vigente (artículo 3).

En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido entrará en juego la garantía del asegurador, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

1. Que las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda lo hayan sido mediante ingreso en la cuenta especial a que se refiere el apartado 2.º del artículo 1 de la Ley de 27 de julio de 1968.

2. Que se haya requerido notarialmente o de otra manera indubitada al contratante, y éste no haya devuelto las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda más sus intereses al 6 % anual.

El asegurador, en un plazo de treinta días, contados desde que se le formule la reclamación a la que se acompañe copia del mencionado requerimiento, deberá indemnizar al asegurado (artículo 4 f) de la Orden de 29 de noviembre de 1968, BOE, de 5 de diciembre de 1968).

¿Cómo armonizar los efectos que la Ley establece para el caso de incumplimiento del contrato por el cedente con las disposiciones del Código civil? Un estudio detenido del artículo 3 implica las siguientes apreciaciones:

a) El precepto habla de que “expirando el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda” sin cumplir el cedente, puede el cesionario optar por conceder prórroga al cedente o por rescindir el contrato con devolución de lo entregado a cuenta incrementado con el 6 % del interés anual; pero *¿quid iuris*, caso de que se construya la vivienda pero no se cumplan las condiciones estipuladas (superficie, calidad de los materiales...)? A nuestro juicio, la norma especial del artículo que comentamos, siempre tiene el manto protector de la general del artículo 1124 del Código civil, por lo que la respuesta parece clara en todo caso.

b) El precepto habla de “rescisión del contrato”, lo que es incorrecto en nuestro Derecho: se trata de resolución por incumplimiento, pues la rescisión tiene sus causas típicas propias: la lesión o el fraude de acreedores (artículos 1290 y siguientes del Código civil).

c) El peligro de que el promotor que, luego de vender pisos en construcción o en proyecto, los grava o hipoteca o los vuelve a vender a otro comprador, le son embargados, por señalar los supuestos de mayor gravedad, no parece encajar en la Ley de 1968: es clara la aplicación de los preceptos del Código civil que contemplan los supuestos

apuntados (arts. 1473, 1483...), pero ¿podría aplicarse en tales casos el artículo 3 de la Ley que estudiamos? La contestación parece afirmativa caso de doble venta, pues en tal supuesto la vivienda no se entregará en el caso estipulado, lo que es una de las hipótesis previstas por dicho artículo 3, como dice DE LA CAMARA (11), pero la respuesta no es sencilla caso de embargo o hipoteca y más bien dada su "ratio" destacada en el preámbulo y la letra de sus preceptos, parece que ha de acudir en tales supuestos al Código civil exclusivamente (12).

DE LA CAMARA (13) se refiere al caso en que el piso no se construye. La nulidad del contrato postularía la imposibilidad de exigir su cumplimiento tan luego como el plazo para la entrega se hubiera consumido sin haber comenzado siquiera la construcción. Parece evidente que tanto este derecho como el de reclamar la resolución del convenio con facultad de pedir indemnización de daños y perjuicios le deben ser reconocidos al comprador. Ciertamente que la Ley de 27 de julio de 1968 sólo asegura la devolución de las cantidades entregadas por el adquirente, pero su artículo 3 se cuida de dejar a salvo "los demás derechos que puedan corresponder al cesionario con arreglo a la legislación vigente"; derechos que no pueden ser otros más que los indicados. Su obligada admisibilidad presupone que el contrato subsiste y es válido aunque el piso no haya sido construido.

4. *La cancelación de las garantías*

Expedida la cédula de habitabilidad por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al comprador, se cancelarán las garantías otorgadas por la Entidad aseguradora o avalista (artículo 4).

5. *La propaganda y publicidad*

Un requisito indispensable para la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante la percepción de cantidades a cuenta con

(11) DE LA CAMARA, "La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal", *Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Madrid, 1973, p. 87.

(12) SAPENA, CERDA y GARRIDO DE PALMA, *Las garantías de los adquirentes de viviendas...*, cit., pp. 92-93.

(13) DE LA CAMARA en colaboración con GARRIDO CERDA y SOTO BISKUERT, *Modalidades en la constitución...*, cit., pp. 922-923.

anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, es que se haga constar en las mismas que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley, haciendo mención expresa de la Entidad garante, así como de las Bancarias o Cajas de Ahorro en las que habrán de ingresar las cantidades anticipadas en cuenta especial. Dichos extremos se especificarán en el texto de la publicidad que se realice (artículo 5).

A tenor de la Orden de 5 de octubre de 1968 (BOE, de 10 y 11 de octubre de 1968), los datos mencionados habrán de componerse en el texto publicitario en tipos perfectamente legibles y de tamaño igual, al menos, que el predominante en la revista, impreso o diario en que se inserten. Si se trata de edición independiente se utilizará como mínimo tipo de cuerpo ocho.

6. *La irrenunciabilidad de los derechos*

Los derechos que la Ley de 27 de julio de 1968 otorga a los cesionarios tienen carácter de irrenunciables (artículo 7).

El carácter irrenunciable de estos derechos se explica porque estamos ante una materia de interés u orden público, lo cual es evidenciado por las sanciones de índole administrativo y penal que impone el artículo 6 al promotor que incumple esta Ley. Su propia Exposición de Motivos justifica que la materia es de orden público, al poner de relieve la justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social y, de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos.

El artículo 7 conecta con el artículo 6.2 del Título Preliminar del Código civil, que no considera válida la renuncia a los derechos reconocidos en la Ley aplicable cuando contraríen el interés o el orden público o perjudiquen a tercero.

Como apuntamos en el comentario de este precepto, los legítimos intereses económicos de los consumidores o usuarios (como tales hay que considerar a los adquirentes de viviendas), a los que se refiere el artículo 51 de la Constitución, son de interés u orden público (14), y

(14) Un importante sector de la doctrina francesa inserta la protección del consumidor en el denominado orden público económico y social de protección (GHESTIN, "La contrat: formation", en *Traité de droit civil*, París, 1993, pp. 115 y ss.).

por esto el artículo 2.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (BOE, de 24 de julio de 1984) los declara irrenunciables (15).

7. Las sanciones

Según el artículo 6, el incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en esta Ley será sancionado con una multa por cada infracción, que será impuesta conforme a las normas previstas en la Ley 49/1959, de 30 de julio, de Orden Público, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales de Justicia.

La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la presente Ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587, número 3 (en la actualidad, número 2), y 535 del vigente Código penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo.

La Ley de 27 de julio de 1968 no dictamina, por tanto, la nulidad de las operaciones que no se ajusten a sus normas, sino sólo se sanciona al promotor con multa, sin perjuicio de su responsabilidad penal en el caso de que no devuelva las cantidades anticipadas e incumpla lo dispuesto en el artículo 1, sancionándose como delito o falta, según la cuantía de lo apropiado.

En la práctica sólo ha operado con efectividad la sanción penal, como evidencia el elevado número de sentencias que ha dictado la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, aplicando el artículo 6, párrafo 2.º de la Ley de 27 de julio de 1968, en relación con los artículos 535 y 587 del Código penal (16).

No existe concordia en la doctrina a la hora de calificar la figura contemplada por el párrafo 2.º del artículo 6, a pesar de la remisión expresa a los artículos 535 y 587 del Código penal.

Se trata de una figura de muy dudosos contornos. Así, lo primero que llama la atención, es el esfuerzo del legislador, pese a que el título de la Ley se refiera a "venta de viviendas", por eludir los términos compra-

(15) CABANILLAS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DIAZ ALABART, I-1, Madrid, 1992, p. 761.

(16) RODRIGUEZ RAMOS (*Manual de Derecho penal. Parte especial*, II, Madrid, 1991, p. 306) destaca la relativamente frecuente aplicación del artículo 6 de la Ley 57/1968, de 27 de julio. También GONZALEZ RUS, *Manual de Derecho penal (parte especial)*, II, *Delitos contra la propiedad*, bajo la dirección de COBO, Madrid, 1992, p. 321.

venta, vendedor y comprador, que sustituye, respectivamente, por "contratos de cesión de viviendas", "cedente" y "cesionario" o "adquirente", sin duda, para evitar el primer escollo con el que puede tropezar la calificación de apropiación indebida de la conducta descrita en el párrafo 2.º del artículo 6, que resulta, si el título de recepción es el de compraventa y su naturaleza la de precio, difícilmente conciliable, al adquirir el promotor la propiedad, con el artículo 535 del Código penal (17).

La jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo ha resuelto el problema de la siguiente manera: el dinero que recibe el promotor, al tener un destino legalmente impuesto, no pasa a formar parte de su propiedad, transmitiéndose solamente la posesión, de modo que cualquier acto de disposición con desviación del destino legalmente impuesto, de inversión en las necesidades de la construcción o, en su caso, de devolución al adquirente, constituye apropiación indebida, siendo el título de dicha posesión, bien el de "fiduciario de comisión", bien el de un "depósito irregular" o un "reforzado depósito irregular". Esta especie de depósito irregular o de patrimonio separado, conserva su autonomía respecto del propio del promotor, y permite equiparar la apropiación del mismo al quebrantamiento de depósito recogido en la apropiación indebida (18).

La doctrina mayoritaria (19) admite que el párrafo 2.º del artículo 6 de la Ley de 1968 regula un supuesto de apropiación indebida (20),

(17) LUZON CUESTA, *Fraudes inmobiliarios*, cit., p. 21.

(18) Consideran la existencia de un título fiduciario de comisión las sentencias de 11 de octubre de 1973, 25 de junio de 1975, 2 de mayo de 1977 y 29 de diciembre de 1978, en tanto mantienen la de un depósito irregular, las sentencias de 28 de marzo de 1974, 18 de abril de 1975, 16 de diciembre de 1976, 9 de febrero de 1977, 14 de junio de 1977 y 13 de abril de 1978 (Cfr., LUZON CUESTA, *Fraudes inmobiliarios*, cit., p. 22, nota 37).

(19) RODRIGUEZ RAMOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, II, cit., p. 306; GONZALEZ RUS, *Manual de Derecho penal (parte especial)*, II, *Delitos contra la propiedad*, cit., p. 321; RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 14 ed., revisada y puesta al día por SERRANO GOMEZ, Madrid, 1991, p. 413; MORILLAS, *El no reintegro de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida*, ADPCP, 1979, p. 705.

(20) Sin embargo, lo niega un autorizado sector de la doctrina: Tal y como se halla redactado el precepto, no se trata de una auténtica apropiación indebida, sino de una penalización, dentro de ciertos límites, del incumplimiento de obligaciones contractuales (VIVES, *Compendio de Derecho penal. Parte especial* (coordinador ORTS), Valencia, 1994, p. 536); el delito descrito en esta Ley especial, emparenta mejor con los delitos de insolvencia que con la apropiación indebida (BAJO, *Manual de Derecho penal. Parte especial (delitos patrimoniales y económicos)*, cit., p. 298); el delito del artículo 6, párrafo 2.º no es un delito de apropiación indebida, no es un tipo agravado del delito del artículo 535, ya que las conductas consistentes en "no devolver" del artículo 6, párrafo 2.º y en "apropiarse" del artículo 535 son totalmente distintas (MANJON-CABEZA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a*

aunque con perfiles peculiares. Según MORILLAS (21), al presentarse *ex lege* la tipicidad especial del artículo 6 de la Ley como una modalidad de apropiación indebida, sus elementos fundamentales coinciden de alguna manera con los de la apropiación. No obstante, al ser una figura especial muestra también características peculiares. Puede considerarse que el dinero no se recibe a título de propiedad, sino meramente posesorio, en cuanto la fungibilidad de aquél se neutraliza por el depósito constituido *ope legis*. Interpretación que no deja de ser arriesgada, pero que es consecuente con las precisiones legales. En definitiva, parece conveniente aceptar los criterios jurisprudenciales para de algún modo justificar la precipitada remisión legal (22).

A la vista de la asimilación legal, nuestra jurisprudencia penal entiende que es necesario que se den, conjuntamente con los requisitos del artículo 6, párrafo 2.º, los genéricos del artículo 535, en relación con el artículo 1 del Código penal. No basta, pues, el mero incumplimiento de las garantías impuestas para desatar tan grave responsabilidad penal, sino que, además, habrán de exigirse los normales requisitos de culpabilidad o ánimo de apropiación y de lucro (23).

Si existe engaño inicial en el promotor (fingir empresa o terrenos, por ejemplo), se suele castigar como estafa, aplicándose el artículo 528 del Código penal (24).

La sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1985 ha estimado derogado el artículo 6, párrafo 2.º, de la Ley de 1968, a partir de la reforma del Código penal de 1983, como consecuencia de la disposición contenida en el actual artículo 604 del Código penal, puesto que la redacción del artículo 529, con su expresa referencia a las viviendas, naturalmente que por contradicción y oposición ha de eliminar la legislación especial en el apartado concreto, con

cuenta para la construcción y adquisición de viviendas, Madrid, 1988, pp. 298-299); desde luego, nos encontramos ante una figura muy distinta a la del artículo 535, con la que se confunde por imperativo legal, de la que también se diferencia en el momento de la consumación, que, en el tipo del artículo 535 surge cuando se realiza el acto de disposición, como si fuera propietario, por parte de quien tiene la "obligación de entregarlos o devolverlos", y, en el caso de la Ley especial, cuando, resuelto el contrato, no se produce la devolución por el promotor al adquirente de las cantidades anticipadas (LUZON CUESTA, *Fraudes inmobiliarios*, cit., p. 26).

(21) MORILLAS, *El no reintegro de cantidades anticipadas*, cit., p. 705.

(22) MORILLAS, *El no reintegro de cantidades anticipadas*, cit., p. 713.

(23) Sentencias de 13 de abril de 1978, 26 de diciembre de 1981 y 23 de febrero de 1988 (Cfr. LUZON CUESTA, *Fraudes inmobiliarios*, cit., pp. 26-28).

(24) RODRIGUEZ RAMOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, II, cit., p. 307; GONZALEZ RUS, *Manual de Derecho penal (Parte especial)*, II, *Delitos contra la propiedad*, cit., p. 321.

lo que se hace también inoperante la exigibilidad de ese imperativo grado máximo que el repetido artículo 528 no contempla en tales términos. Es decir, conforme a esta sentencia, se considera derogado el precepto especial, aplicando directamente el artículo 535 del Código penal. Sin embargo, la jurisprudencia no ha continuado por el camino iniciado por la referida sentencia, pues, ya al mes siguiente de pronunciada (Sentencia de 18 de marzo de 1985), ni siquiera se plantea el problema de tal vigencia, afirmando que se aplicarán las penas del artículo 528 en su grado máximo, posición que posteriormente ha seguido manteniendo (Sentencias de 5 de febrero, 16 de mayo y 19 de octubre de 1990) y que, igualmente, sigue la doctrina (25). Concretamente, afirma RODRIGUEZ RAMOS (26) que es inconsistente la argumentación de la sentencia de 26 de febrero de 1985, pues el hecho de introducir una agravación para las estafas relativas a viviendas, no significa que se haya incorporado el artículo 6 de la Ley 57/1968 al Código penal, máxime cuando resulta evidente que ni contradice ni se opone a lo establecido en dicha nueva circunstancia agravante específica de la estafa, al referirse a un supuesto distinto y más específico, por lo que debe entenderse subsistente conforme al artículo 604.

8. La aplicación de la Ley a comunidades y cooperativas

La disposición adicional de la Ley de 27 de julio de 1968 autorizaba al Gobierno para que por Decreto adaptase los principios de las mismas que pudieren ser de aplicación a las comunidades y cooperativas de viviendas.

Como ya hemos señalado, el Decreto de 12 de diciembre de 1968 (BOE, de 24 de diciembre de 1968) aplica la Ley de 27 de julio de 1968 a comunidades y cooperativas, exigiendo todas las garantías que la misma establece cuando el promotor percibe cantidades anticipadas.

Las normas de este Decreto son aplicables a las personas físicas o jurídicas que individualmente o agrupadas, siendo titulares de un solar o con opción de compra o promesa de venta sobre el mismo, pretenden la construcción de un edificio o conjunto de edificios, obteniendo para

(25) RODRIGUEZ RAMOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, II, cit., p. 306; BAJO, *Manual de Derecho penal. Parte especial (delitos patrimoniales y económicos)*, cit., p. 299; LUZON CUESTA, *Fraudes inmobiliarios*, cit., p. 24, nota 42; DE LA MATA, *La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 17 de octubre de 1968*, ADPCP, 1987, p. 949, nota 17.

(26) RODRIGUEZ RAMOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, II, cit., p. 306.

ello o para la adquisición del solar cantidades anticipadas por los comuneros, de los aspirantes a esta cualidad o de los adquirentes en régimen de propiedad horizontal, obligándose a llevar a cabo tal construcción y adquisición, en su caso, y constituir bien una comunidad de bienes o bien a someter el edificio, una vez construido, al régimen de propiedad horizontal, regulado en la Ley de 21 de julio de 1960.

9. Consideraciones críticas

Nuestra doctrina ha puesto de relieve las imperfecciones y lagunas de la Ley de 27 de julio de 1968 y de las disposiciones que la desarrollan, así como su escasa efectividad (27).

En primer lugar, no se fijan, como debiera haberse hecho, los requisitos que deben llenar los contratos de venta, dejando aparte los referentes a la obligación de restituir las cantidades percibidas y la mención del aval o seguro constituido y de la Entidad donde se encuentra abierta la cuenta especial. No se ha exigido que el contrato describa el piso y las características del inmueble de forma suficientemente clara y expresiva, ni tampoco que se faciliten al comprador los estatutos o disposiciones especiales por los que habrá de regirse. Como, además, el seguro o el aval sólo cubre los supuestos de que las obras no se inicien o que la vivienda no se entregue en el plazo estipulado, queda en la penumbra si el comprador puede resolver el contrato en el caso de que el departamento no responda a las condiciones concertadas.

En segundo término, no se ha exigido que antes de iniciar las ventas se otorgue el título constitutivo de la propiedad horizontal, al que habrá de incorporarse el estatuto de las reglas por las que haya de regirse la comunidad (28).

(27) DE LA CAMARA, *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, cit., pp. 84 y ss.; FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, I, Barcelona, 1978, pp. 132-133; ROGEL, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, pp. 386-387; SAPENA, CERDA y GARRIDO DE PALMA, *Las garantías de los adquirentes de viviendas...*, cit., pp. 90 y ss.; MUÑOZ DE DIOS, *El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas*, RDP, 1981, pp. 1.067 y ss.; Alberto BERCOVITZ, *La protección de los consumidores en el Derecho español*, cit., p. 62.

(28) Como subrayan SAPENA, CERDA y GARRIDO DE PALMA (*Las garantías de los adquirentes de viviendas*, cit., p. 93), al no exigir la Ley que antes de iniciarse las ventas se otorgue el título de la propiedad horizontal, se ha desaprovechado así una oportunidad para asegurar la posición jurídica de los compradores, a ciegas en la mayoría de los casos, respecto a la marcha de la construcción, cumplimiento o no de lo estipulado y de la mayor parte de las condiciones y cláusulas contractuales, dada la insuficiencia y oscuridades de los contratos privados.

Finalmente, la Ley no contempla la posibilidad de que el promotor, después de haber vendido los departamentos en construcción o en proyecto, transfiera dos veces la vivienda, enajene todo el inmueble, lo hipoteque o grave sin el consentimiento de los compradores, ni nos dice lo que ocurre si lo embarga a consecuencia de obligaciones, a veces, totalmente ajenas a la construcción, porque, ¿tendrá derecho el comprador en cualquiera de estos casos a ejercitar el derecho de rescisión que le concede el artículo 3 de la Ley? La contestación afirmativa es más que dudosa, ya que de una parte el artículo 3 de aquella sólo concede la facultad rescisoria para el caso de que no se hubiesen iniciado las obras o no se entregue la vivienda en el plazo convenido, y de otra, el último párrafo del mismo artículo deja a salvo "los demás derechos que puedan corresponder al cesionario con arreglo a la legislación vigente". Pero aunque se admita la rescisión, que parece indiscutible siempre que el vendedor haya enajenado la totalidad de la finca, o la vivienda de que se trate, a otra persona y ésta se halle en posición inatacable frente al primer comprador, queda en el aire la incógnita de si bastará la resolución extrajudicial para que el comprador pueda exigir ejecutivamente del asegurador o avalista la devolución de las cantidades satisfechas más sus intereses. Parece que la respuesta debe ser afirmativa en las hipótesis de doble venta de la vivienda o de enajenación de todo el inmueble, pero la cuestión es oscurísima si la vivienda se entrega embargada o hipotecada. Finalmente, otra cuestión ardua es la necesidad de fijación de las cuotas. ¿Qué acontecerá si la disposición del artículo 5 de la Ley no se cumple o si el promotor vende los departamentos sin especificar en los contratos la cuota imputable al departamento vendido? (29).

La sanción típica y propia que la Ley establece para caso de su incumplimiento por el promotor, es la de la multa. ¿Basta con ella? Rotundamente, no. La Ley debería haber sido más rigurosa con el infractor, máxime cuando su aparición la justifica el propio preámbulo por "los continuos abusos que han alterado gravemente la convivencia social"; es claro que la sanción más enérgica, la nulidad del contrato, quizás no estaría exenta de reparos, pero entre una y otra sanciones, el Derecho es rico en medidas preventivas y represivas para frenar y para cortar el incumplimiento de las leyes. Lo que es de toda evidencia, es que la sanción de multa de esta Ley *minus quam perfecta* ha sido la causa o concausa, al menos, de que sus prescripciones no sean siem-

(29) DE LA CAMARA, *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, cit., pp. 84 y ss. También, FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, I, cit., pp. 132-133.

pre cumplidas en la práctica, como se ha puesto reiteradamente de relieve en casos que los órganos de difusión ponen con frecuencia en conocimiento de la opinión pública con las repercusiones jurídicas y sociales que pueden colegirse (30).

También es criticada la regulación penal que aparece en el párrafo 2.º del artículo 6 de la Ley de 27 de julio de 1968. No obstante, las buenas intenciones legislativas (que aparecen reflejadas en la Exposición de Motivos de esta Ley) se ven frenadas en el aspecto penal por una defectuosa y contradictoria redacción del tipo, que se manifiesta en su precipitada remisión al delito de apropiación indebida, en el encorsetamiento excesivamente rígido de la conducta descrita como infracción y en el cercano parentesco de algunas de sus modalidades con otras figuras delictivas.

Es urgente la revisión del contenido penal de la Ley, con la consiguiente creación de un tipo específico, que albergado en el Código penal bajo una nueva titulación referida a los delitos económicos, proteja a los adquirentes que entreguen cantidades a cuenta de promotores que de mala fe defrauden sus legítimas expectativas de obtención de vivienda, sin remisión a ningún otro tipo, con diáfana distinción de otras formas de ilícitos y con penas adecuadas a las distintas variedades que la conducta delictiva puede presentar (31).

En otro orden de ideas, cabe señalar las disposiciones referentes a la publicidad —establecidas en la Orden de 5 de octubre de 1968, que desarrolla lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de 17 de julio de 1968— son, tan constante como inexplicablemente, infringidas. Ojeando las páginas de cualquier diario puede observarse: a) el tamaño de la letra impresa es notoriamente inferior al que se utiliza en la publicación. Por otra parte, los datos que han de constar en dicha publicidad, cuando constan, vienen disimulados premeditadamente utilizando, valga por caso, letra pequeña en sentido vertical; b) en ocasiones falta una referencia expresa a la Ley 57/68; c) muchas veces no figura el número de cuenta especial en el que han de ingresarse las cantidades anticipadas, ni la entidad bancaria en que dicha cuenta ha sido abierta; y d) por último, y en ocasiones, no se especifica la entidad avalista o aseguradora (32).

Además, la Ley de 27 de julio de 1968 no ha resultado demasiado eficaz en la práctica. La frecuencia con que por desgracia aparecen en la prensa referencias a casos en que la Ley en cuestión debería haber

(30) SAPENA, CERDA y GARRIDO DE PALMA, *Las garantías de los adquirentes de viviendas*, cit., p. 92.

(31) MORILLAS, *El no reintegro de las cantidades anticipadas*, cit., pp. 722-723.

(32) ROGEL, *La compraventa de cosa futura*, cit., p. 387.

servido para solucionar graves abusos contra los compradores y que, sin embargo, los abusos se han cometido, pone de manifiesto que no ha tenido la apetecida eficacia, tal vez por la falta de adecuado asesoramiento de los compradores y por falta también de la necesaria labor inspectora por parte de las autoridades (33).

No es de extrañar que se propugne la reforma de la Ley de 27 de julio de 1968, con el objeto de proteger más eficazmente a los compradores de viviendas en proyecto o construcción que entregan cantidades anticipadas. Además, con ello se favorece también a los propios promotores, pues es evidente que la situación actual ha determinado que en cierta medida se haya perdido la confianza en ellos, lo que trae consigo que futuros adquirentes no quieran ofrecer la financiación que suponen las entregas a cuenta para construir su propia vivienda, encañeciéndola al tener que buscarla en financieros profesionales.

Se propugna introducir en nuestro Derecho una serie de medidas arbitradas en el Derecho francés, en cuanto implican una mayor protección de la posición del comprador (34).

La Ley francesa de 3 de enero de 1967 (modificada por la de 7 de julio de 1967), relativa a la venta de inmuebles que hayan de ser construidos, ha incorporado al Código civil francés —libro III, título VI— un capítulo que lleva por título: "De la vente d'immeubles à construire", y consta de los artículos 1601-1 a 1601-4.

Artículo 1601-1: "La venta de un inmueble a construir es aquella en virtud de la cual el vendedor se obliga a edificar un inmueble en un plazo determinado en el contrato.

Puede concluirse a término o en el estado de futura terminación".

Artículo 1601-2: "La venta a término es el contrato en virtud del cual el vendedor se obliga a entregar el inmueble cuando esté terminado, obligándose el comprador a recibirlo y pagar el precio en la fecha de la entrega. La transmisión de la propiedad, que tiene lugar de pleno derecho por la constatación, mediante acto auténtico, de la terminación del inmueble, produce sus efectos retroactivamente desde el día de la venta".

(33) Alberto BERCOVITZ, *La protección de los consumidores en el Derecho español*, cit., p. 62.

(34) DE LA CAMARA, "La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal", cit., p. 82; MANJON-CABEZA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, cit., p. 283; LUZON CUESTA, *Fraudes inmobiliarios*, cit., p. 29.

Sin embargo, ROGEL (*La compraventa de cosa futura*, cit., p. 396) tiene ciertas dudas respecto a la oportunidad de utilizar el sistema francés, aun con los debidos retoques, como patrón de una reforma legislativa española, tal como quiere DE LA CAMARA. Este sistema es complejo y farragoso (SAINT ALLARY) y en la práctica no ha dado los resultados apetecidos (CARBONNIER).

Artículo 1601-3: "La venta en estado de futura terminación es el contrato en virtud del cual el vendedor transfiere inmediatamente al adquirente sus derechos sobre el suelo así como la propiedad de las construcciones existentes. Las construcciones posteriores devienen de la propiedad del comprador a medida que vayan siendo realizadas; el adquirente está obligado a pagar el precio a medida que los trabajos se vayan realizando.

El vendedor conserva los poderes del dueño de la obra hasta la recepción de los trabajos".

Artículo 1601-4: "La cesión hecha por el adquirente de los derechos que se derivan para él de la venta de un inmueble que haya de ser construido, implica la sustitución del pleno derecho del cesionario en las obligaciones del adquirente respecto del vendedor.

Si se ha añadido un mandato a la venta, éste continúa existiendo entre el vendedor y el cesionario.

Estas disposiciones se aplican a toda mutación *inter vivos*, voluntaria o forzosa, o *mortis causa*".

Con amplitud MUÑOZ DE DIOS (35), en un importante estudio, ha puesto de relieve las deficiencias de la Ley de 27 de julio de 1968, propugnando una serie de propuestas *de lege ferenda* para proteger eficazmente a los compradores.

La Ley de 1968 —con las disposiciones complementarias— parecía que iba a poner coto a los fraudes inmobiliarios y a regular justamente la situación, pero nada más lejos de la realidad.

En primer lugar, porque aunque realmente garantizara la devolución de todo lo pagado, el interés de 6% anual queda muy por debajo del usual del mercado financiero, y mucho más todavía de la inflación, con lo que aun premiaríamos al vendedor por incumplir el contrato en perjuicio del comprador que realizó su prestación puntualmente.

Tiene toda la razón MUÑOZ DE DIOS al hacer esta crítica. Es evidente que el tipo de interés del 6 % se encuentra desfasado, ya que en la actualidad el interés legal del dinero es del 10 % y el de demora a efectos tributarios del 12 % (36).

La Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la reforma de 6 de agosto de 1984, establece que cuando la resolución de un Tribunal condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará en favor del acreedor,

(35) MUÑOZ DE DIOS, *El fraude en la compraventa de viviendas futuras*, cit., pp. 1.067 y ss.

(36) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 285; LASARTE, *Principios de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1993, p. 124.

desde que aquélla fuere dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada, un interés anual igual al de interés legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto de las partes o disposición especial (artículo 921).

El interés del 6 % que estableció la Ley de 27 de julio de 1968 tenía sentido en el momento de su promulgación, porque el interés legal era entonces del 4 % (Ley de 7 de octubre de 1939). Pero la Ley de 29 de junio de 1984, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero (BOE, de 3 de julio de 1984), derogó la Ley de 7 de octubre de 1939, estableciendo que el interés legal se determinará aplicando el tipo básico del Banco de España vigente al día en que comience el devengo de aquél, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente (artículo 1).

La Ley de 24 de julio de 1984 no deroga el criterio establecido por la Ley de 27 de julio de 1968, pues la propia Exposición de Motivos subraya que como ocurriera en la Ley de 7 de octubre de 1939, se determina además expresamente el ámbito de aplicación de este interés legal del dinero, salvo lo dispuesto en leyes especiales.

Entre estas leyes especiales se encuentra la de 27 de julio de 1968, por lo que, a pesar de su anacronismo, subsiste el interés del 6 % anual sobre las cantidades entregadas a cuenta en caso de que el promotor no inicie o termine la obra en el plazo convenido.

La Ley sobre Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984 (BOE, de 4 de agosto de 1984) declara vigente la Ley de 27 de julio de 1968, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

La Ley de 1968 no garantiza verdaderamente la devolución de todo lo pagado más el interés del 6 % anual, por adolecer de estos defectos:

No entramos en el tema de los Bancos, y les reconocemos una solvencia superior *a priori* por esa especie de mutualidad que existe entre todos ellos bajo la tutela del Banco de España, pero no podemos dejar pasar el de las Entidades Aseguradoras que se les faculta como garantes.

Cabe preguntarse, si no se abre la cuenta especial a la que se refiere la Ley de 1968, o abriéndose no se hacen los ingresos por ella, ¿subsiste la obligación de pago por las entidades fiadoras? (37).

(37) MUÑOZ CONDE (*Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1990, p. 300) señala que cuando no se abren las cuentas especiales o no se ingresan en las cuentas especiales las cantidades anticipadas o las derivadas del descuento, al incumplirse las condiciones establecidas por la Ley de 27 julio de 1968, es probable y así ocurre en la práctica que las casas aseguradoras se nieguen a pagar las cantidades ya anticipadas.

Mención aparte merecen las letras de cambio, que se aceptan en el propio momento del otorgamiento del contrato, y cuyo pago no se suele realizar a través de esa cuenta especial. Pero es que además es posible que el vendedor llegue a estado de insolvencia, no se contruya —se devuelva o no lo percibido— y, sin embargo, tengan que continuar pagándose a sus vencimientos, es decir, que puede darse el supuesto catastrófico de perder lo entregado, no obtener la vivienda, y aun tener que pagar aquellas letras que todavía tienen vencimiento futuro, ¿puede haber más? La razón legal es que en nuestro Derecho mercantil la relación cambiaria es causal, mientras el tenedor de la letra es el propio librador, pero deja de serlo y adquiere carácter abstracto desde que adquiere derecho al cobro un tercero tenedor o endosatario, con lo cual a la acción ejecutiva en base a la letra protestada no puede oponer el aceptante la excepción causal de incumplimiento del contrato, salvo que el endoso se pruebe que se ha realizado en perjuicio del librado, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El artículo 4 de la Ley de 1968 permite cancelar las garantías por la expedición de la cédula de habitabilidad por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda y entrega de la vivienda al comprador, con lo que ya parece que la Ley se da por satisfecha en su función disciplinadora. Si su finalidad es sólo que se construyan pisos con condiciones habitables aparentemente y en el momento de su terminación, es suficiente con esta regulación; pero si es de asegurar al comprador de vivienda futura la adquisición de ella, como parece dar a entender el preámbulo de la Ley, al decir en su párrafo 2.º: "... garantice la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda...", no es bastante, porque puede estar transmitido el piso a un tercero beneficiado por la fe pública registral, o existir cargas o gravámenes desconocidos por el comprador, o incluso existir defectos ocultos, que dentro del período de los diez o quince años de que responde el constructor vendedor, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Supremo, hagan el piso inhabitable.

En cuanto a la legislación penal, es suficiente, tanto en su redacción actual como en la proyectada, pero no olvidemos que el Derecho penal debe aparecer como última *ratio*, encontrarse siempre en último lugar y entrar en juego tan sólo cuando resulta indispensable.

Las medidas preventivas legales de estos fraudes tienen que estar contempladas en dos vertientes fundamentales, la de la calidad y la de la ejecución y titularidad de la vivienda futura.

En cuanto al segundo aspecto de garantía de ejecutoriedad de la titularidad de la vivienda, podrían plantearse dos posibles fórmulas:

A) Sobre la base de la Ley de 1968, con unas modificaciones complementarias trascendentales, que consistirían en las siguientes:

Exigir imperativamente para iniciar la venta de las viviendas futuras, la apertura de la cuenta especial a que se refiere dicha Ley, acreditándolo el documento correspondiente que expida la Entidad financiera depositaria, y en la que se consignarán las cantidades a cuenta y necesariamente todos los efectos de letras aceptadas por los compradores de pisos, las cuales también quedarán depositadas en la Entidad para este fin durante la construcción. Las disposiciones con cargo a esta cuenta solamente pueden ser realizadas para atenciones de edificación y mediante certificación del Técnico Director de la misma, en la que se habrá de consignar la cantidad gastada en esa fase en proporción al coste total según proyecto. Con el fin de evitar que el constructor tenga que seguir unido al Seguro de Caja durante todo el período que transcurre hasta concluir, sería aconsejable autorizarle a poder cambiar, siempre que la nueva Entidad asumiera las mismas obligaciones de la anterior.

Que el aval o fianza solidaria garantizará la devolución de lo pagado por cualquier medio —entregas de metálico o pago de letras, e incluso las consecuencias de estas últimas si aun quedara alguna pendiente de vencimiento y llegara a ser pagada por el aceptante—, con un interés que no sea en ningún momento inferior al habitual bancario, o al índice coste de vida genérico o específico de construcción, si lo hubiera. Por otra parte, esta garantía debe de asegurar no sólo la construcción, como ocurre en la redacción actual, sino también la titularidad pública a favor del comprador, por lo que no se extinguirá hasta tanto no se inscriba el piso a favor de éste en el Registro de la Propiedad, y sin que existan otras cargas o gravámenes que los previstos. Además, el fiador estaría obligado aunque no se cumpla lo indicado, acerca de la cuenta especial, y debería de establecerse una proporcionalidad entre el patrimonio de la entidad garante y el capital total asegurado por esta vía, bajo la inspección de Seguros o Bancos, según los casos.

Debe establecerse legalmente la proporcionalidad entre el patrimonio del vendedor y el montante total de ventas de objetos futuros que se pueda realizar, obligando a que se acredite si es personal, o a que se desembolse el capital social si es Compañía que limite su responsabilidad (como ocurre con las Sociedades de Seguros), y si no existe aquella proporcionalidad, los compradores podrían verse imposibilitados para hacer efectivo su derecho, bien sea por no haber patrimonio del

vendedor o porque, habiéndolo, es insuficiente para satisfacer todas las numerosas responsabilidades que se le acumulan por esta misma causa.

Penalmente, tipificar como delito de estafa el solo hecho de otorgar algún tipo de documento percibiendo cantidad en metálico o recibiendo letras aceptadas por el comprador, sin haber obtenido previamente la apertura de la cuenta especial y el aval que exigiría la Ley específica.

A MUÑOZ DE DIOS (38) no se le escapa que las modificaciones anteriores traerían consigo una enorme dificultad para cumplirlas, por la gran responsabilidad que asume la Entidad avalista o depositaria, pudiendo comportar a su vez la imposición de condiciones durísimas para el constructor, o la negativa, todo lo cual daría como resultado la imposibilidad de realizar el negocio de la construcción, salvo para las Compañías filiales de aquellas entidades financieras o aseguradoras, provocando indirectamente una monopolización del negocio de la construcción y venta de viviendas futuras. Para evitarlo, podría pensarse en añadir a la dualidad de posibles avalistas las sociedades de garantía recíproca, tan en auge actualmente, estableciendo condiciones específicas.

B) Sobre la base de la práctica establecida contractualmente por las Entidades prestamistas que contemplan como objeto de su garantía el piso futuro, podría instrumentarse la segunda solución preventiva legal del fraude, aunque con las necesarias modificaciones adaptativas del préstamos a la compraventa.

El medio de prevención legal es lógico que consistirá sólo en prohibir que se pueda realizar ningún tipo de venta de vivienda futura, sin que con carácter previo se cumpla lo siguiente: exista en el Registro alguna indicación que enerve el efecto protector a favor del tercero sólo en cuanto se refiere a estos posibles compradores de viviendas futuras; crear un título que impida las múltiples ventas de un mismo piso en documento privado, y condicionar la percepción, con plena disponibilidad por el vendedor, de las cantidades en metálico iniciales que se entregan y las letras, al cumplimiento parcial y por fases de sus obligaciones.

La solución idónea será el atemperar los pagos a las fases de construcción predeterminadas, que podrían señalarse de una forma muy simple, como por ejemplo, una primera inicial, que correspondería al

(38) MUÑOZ DE DIOS, *El fraude en la compraventa de viviendas futuras*, cit., p. 1.070.

solar; una segunda, al cubrir aguas, término muy conocido hasta entre los no técnicos en construcción; una tercera, al terminar el cubrimiento de fachadas exteriores y tabiquería interior, y una cuarta y última, a la terminación y entrega, que podría también quedar condicionado su pago a la escrituración, y que en el Registro no aparezcan más cargas que las previstas. A cada una de estas fases correspondería un tanto por ciento del precio total, que debería de ser inferior en las primeras al valor de lo realizado para reservar a la última una cifra superior, que correspondería a lo ejecutado a su fase, y a la acumulación de lo no pagado en las anteriores, por reservarse para penalizar al vendedor si no llegara a concluir la construcción.

Como subraya MUÑOZ DE DIOS (39), al otorgamiento del contrato se determinaría la cantidad inicial entregada en metálico, si es que la hay, y que no puede exceder de los límites indicados —porción proporcional correspondiente al solar, más la de alguna fase, si es que está ya ejecutada—, y el resto del precio se pagará en plazos predeterminados y correspondientes a fase de construcción, a través de letras con fecha de vencimiento, cantidad y todas sus menciones formales se aceptan en ese acto por el comprador, depositándose en alguna entidad de crédito, de la cual sólo se puedan rescatar si se acredita previamente que se ha ejecutado la fase correspondiente de construcción.

MUÑOZ DE DIOS (40) señala que tampoco sería nada aventurado el exigir la escritura pública de compraventa en el momento en que habitualmente se otorga el documento privado, porque dicho instrumento público tendrá que ser autorizado más tarde o más temprano, y normalmente se suele acudir a él precisamente cuando ya está todo el precio pagado y no existe relación problemática a regular, luego sería más lógico anticiparlo al momento inicial para que discipline todas las relaciones negociales. Naturalmente que constaría inscrita en el Registro la transmisión, con garantía de los precios aplazados por condición, bien fuese suspensiva o resolutoria.

Resumiendo, existiría una primera fase de mera intencionalidad cubierta con la nota marginal que motiva el documento notarial de propósito, en la cual se podrían obtener cantidades a cuenta de poca importancia como arras o parte del precio, y posteriormente serían necesarias la constitución de régimen de propiedad horizontal y el

(39) MUÑOZ DE DIOS, *El fraude en la compraventa de viviendas futuras*, cit., p. 1.073.

(40) MUÑOZ DE DIOS, *El fraude en la compraventa de viviendas futuras*, cit., p. 1.074.

otorgamiento de la escritura pública de venta para que la transmisión estuviera perfeccionada, permitiendo que se advirtiera por el Notario a las partes sobre el destino de las letras, necesidad de su depósito y forma y plazos de obtención y de ejecución de la obra.

Existen en nuestro Derecho algunas propuestas legislativas que introducen algunas reformas en la Ley de 27 de julio de 1968, con el objeto de proteger más eficazmente a los adquirentes de viviendas.

El Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación (abril 1985) (41) regula la materia en el artículo 6 (obligación de aseguramiento), disponiendo que los promotores deberán garantizar la devolución de las cantidades entregadas y del nominal de los efectos más el interés legal anual incrementado en cinco puntos, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita en el Registro de la Dirección General de Seguros, o por aval solidario prestado por Entidades inscritas en el Registro de bancos y banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie, o no llegue a buen fin por cualquier causa, en el plazo convenido.

En el momento de otorgamiento del contrato de cesión el promotor hará entrega al cesionario del documento que acredita la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio. Este documento unido al fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la edificación, tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurado o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho de acuerdo con esta Ley.

El incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en los apartados anteriores, será sancionado con una multa del tanto de las cantidades cuya devolución debía haber sido asegurado.

La vigilancia del cumplimiento de esta obligación y la imposición de sanción en su caso, corresponderá al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, o al órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva.

En el documento de la Dirección General para la Vivienda, el Urbanismo y la Arquitectura que establece las líneas básicas del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación (22 de febrero de 1994), se disciplina en la Disposición adicional segunda la recepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción: la percepción de

(41) El texto del Anteproyecto se encuentra en la obra colectiva *La responsabilidad en la construcción*, Zaragoza, 1987, pp. 183 y ss.

cantidades anticipadas en la edificación, se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968 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.

Las viviendas de protección oficial se registrarán por lo dispuesto en su normativa específica.

b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará necesariamente en la cuenta especial prevista en la referida Ley.

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

d) Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 6, de la citada Ley, se impondrán por los órganos administrativos competentes en materia de vivienda, en la cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 % de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada.

III. LA OBLIGACION IMPUESTA POR EL REAL DECRETO DE 21 DE ABRIL DE 1989

El Real Decreto de 21 de abril de 1989 (BOE, de 17 de mayo de 1989) surge ante la necesidad de regular de forma sistemática un aspecto de especial trascendencia para el consumidor o usuario, como es el de la información que ha de serle suministrada en la adquisición o arrendamiento de una vivienda (42).

El artículo 7 del Real Decreto establece la obligación del vendedor de tener a disposición del público o de las autoridades competentes copia del documento o documentos en que se formalizan las garantías a que se refiere la Ley de 27 de julio de 1968.

(42) Un amplio análisis de esta disposición legal por CABANILLAS, *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1994.

Lo que añade esta disposición legal, para proteger a los que entregan anticipadamente determinadas cantidades de dinero, consiste en que el vendedor debe tener a disposición del público o de las autoridades competentes copia del documento del contrato de seguro o del aval solidario prestado por la Entidad bancaria y copia del documento en que consta la cuenta especial donde se han de depositar las cantidades anticipadas por los adquirentes.

Se trata, evidentemente, de una obligación legal de información que recae sobre el vendedor, que incide en la fase previa a la celebración del contrato.

Antes de celebrar el contrato de compraventa de la vivienda en proyecto o construcción y entregar cantidades anticipadas, se podrá comprobar que existen las garantías que establece la Ley de 27 de julio de 1968, lo cual es básico para la adecuada protección del comprador.

El incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 7 del Real Decreto de 21 de abril de 1989 determina la aplicación del Real Decreto de 22 de junio de 1983 (BOE, de 15 de junio de 1983), que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria (artículo 11 del Real Decreto de 21 de abril de 1989).

Tal vez el Real Decreto de 21 de abril de 1989 consiga de esta manera que la Ley de 27 de julio de 1968 sea más eficaz, aunque ello depende, lógicamente, de la propia efectividad que tenga el citado Real Decreto, la cual depende, en buena medida, de la labor inspectora que lleven a cabo las autoridades en materia de consumo.

Algunas de las insuficiencias de la Ley de 27 de julio de 1968, anteriormente apuntadas, son remediadas afortunadamente por el Real Decreto de 21 de abril de 1989, que impone al vendedor, además de lo prescrito en el artículo 7, que tenga a disposición del público o de las autoridades competentes los estatutos y las normas de funcionamiento de la Comunidad de propietarios y una descripción completa de la vivienda y del edificio en su conjunto (artículos 4.3 y 5.2).

También establece este Real Decreto que en el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad en la información que el vendedor ha de tener a disposición del público o de las autoridades competentes la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación (artículo 5.5).

Es sumamente importante para el comprador conocer con exactitud cuando la vivienda va a estar totalmente construida, incluyendo las zonas comunes o los elementos accesorios, y, en base a ello, cuando

va a serle entregada. Hay que tener en cuenta que hasta el momento de la entrega de la vivienda no podrá ocuparla, es decir, habitar en la misma, e incluso adquirir su propiedad, ya que en nuestro Derecho es necesaria la tradición o entrega de la cosa comprada para adquirir el dominio (artículos 609 y 1095 del Código civil).

También es importante para el comprador estar informado en cada momento de la fase en que se encuentra la construcción, porque así sabrá previsiblemente si la vivienda, con las zonas comunes o los elementos accesorios, le será entregada en la fecha convenida en el contrato.

En la venta de viviendas en proyecto o construcción el comprador paga anticipadamente una parte importante del precio de compra, por lo que le interesa conocer cómo marcha la construcción de la vivienda.

Nuestro legislador ha querido que conste con toda claridad la fecha de la entrega de la vivienda; lo cual implica que no cabe ninguna indeterminación en este punto. Ha de determinarse la fecha concreta en que se entregará la vivienda totalmente terminada, con sus elementos accesorios o zonas comunes, de conformidad con las condiciones generales y especiales que figuran en el contrato y en la oferta, promoción y publicidad.

Este requisito no se cumple cuando se establece en el contrato que el plazo establecido en las condiciones particulares para la entrega del objeto vendido se entiende aproximado.

Según el artículo 2 del Real Decreto de 21 de abril de 1989, "sin perjuicio del cumplimiento de la Ley de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad, toda oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se ajustará a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, expresando siempre si la misma se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido".

Esta norma constituye una aplicación concreta a la compraventa o al arrendamiento de viviendas del criterio general del artículo 8.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (BOE, 24 de julio de 1984), cuando dispone que la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad, contenidas en la Ley de 11 de noviembre de 1988.

Es básico para el que desea adquirir una vivienda que se le informe si la misma se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido, porque puede incidir en la decisión de celebrar o no el contrato de compraventa. La adquisición en propiedad de una vivienda totalmente terminada implica que va a poder ser inmediatamente

habitada por el comprador, no existiendo el peligro que surge cuando la vivienda se encuentra en construcción, o incluso ésta no ha comenzado todavía, de que la entrega de la vivienda se demore o no se llegue a producir, a pesar de haber desembolsado el comprador determinadas cantidades a cuenta del precio.

IV. LAS GARANTIAS ESTABLECIDAS POR LA LEY CATALANA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1991

El problema de las garantías del comprador de una vivienda en proyecto o construcción cuando ha entregado anticipadamente al promotor una suma de dinero como parte del precio, es tenido en cuenta por la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña de 29 de noviembre de 1991 (BOE, de 18 de febrero de 1992), de la vivienda, en sus artículos 21 y 22.

Artículo 21. *Requisitos*: 1. Para formalizar contratos de compraventa y para recibir cantidades a cuenta de una vivienda que esté en proyecto o en construcción, en el marco de una actividad empresarial o profesional, han de concurrir los siguientes requisitos:

- a) Disponer de licencia de obras inmediatamente ejecutiva.
- b) Tener el título justificativo de la disponibilidad de los terrenos sobre los cuales se ha proyectado la vivienda.
- c) Haberse redactado el proyecto técnico completo de carácter ejecutivo de la edificación.
- d) Prever los plazos de finalización y entrega de las viviendas terminadas.

e) Prever el régimen jurídico de la edificación proyectada, que incluirá los puntos siguientes:

Primero: el régimen jurídico de protección al cual pretende acogerse la vivienda.

Segundo: las servidumbres, las cargas y los gravámenes que la afectan.

Tercero: las condiciones económico-financieras de compraventa.

Cuarto: los coeficientes de participación de la vivienda en el inmueble, en su caso.

Quinto: el proyecto de estatutos de la futura Comunidad de propietarios o, si no ha sido elaborado, la consignación de que falta.

2. El adquirente puede exigir la constancia en el contrato del cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado 1.

3. En las promesas de venta y las opciones de compra se consignarían los requisitos pendientes en relación con lo dispuesto en el apartado 2.

Artículo 22. *Anticipos*: 1. Los promotores que reciban cantidades a cuenta de los adquirentes se ajustarán a la normativa vigente sobre percepción de anticipos en la construcción y la venta de viviendas.

2. Las cantidades anticipadas por los adquirentes se depositarán en una Entidad bancaria o Caja de Ahorros y se consignarán en una cuenta especial, separadas de cualquier otra clase de fondo del promotor, de la que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

3. Los anticipos serán garantizados por los promotores en cualquiera de las formas admitidas en derecho.

V. LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS LEGALMENTE CUANDO LAS VIVIENDAS SON DE PROTECCIÓN OFICIAL

Como ya hemos señalado, no se aplica la Ley de 27 de julio de 1968 cuando las viviendas son de protección oficial, por la sencilla razón de que las medidas de garantía que establece esta Ley fueron con anterioridad establecidas para las viviendas construidas con la protección del Estado en el Decreto de 3 de enero de 1963.

Por lo que se refiere a las viviendas de protección oficial, la disposición reguladora de esta materia aparece en el artículo 114 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto de 24 de julio de 1968 (*BOE*, de 7 de septiembre de 1968). De la Disposición final primera del Real Decreto de 12 de noviembre de 1976, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial (*BOE*, de 28 de noviembre de 1976), se infiere con suma claridad la vigencia del citado precepto del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial.

El artículo 114 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial protege de manera bastante más eficaz que la Ley de 27 de julio de 1968 a los compradores que han de abonar anticipadamente al promotor una parte del precio, siendo preceptivo que el promotor cumpla las siguientes condiciones:

1. Que el número de futuros adquirentes no sea mayor que el de las viviendas calificadas provisionalmente.

2. Que las cantidades anticipadas se apliquen únicamente a la construcción de las viviendas, siendo ingresadas en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros a disposición del promotor, con distinción de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al mismo.

3. Que en los contratos que otorguen para formalizar las entregas a cuenta se haga constar de manera indubitada la cuantía de las mismas, los plazos en que han de ser satisfechas, la cuenta especial de la Entidad bancaria o Caja de ahorros donde ha de verificarse el ingreso y la garantía que haya sido constituida por el promotor entre las previstas en el apartado b) de la condición cuarta.

4. Que solicite la pertinente autorización previa de las Delegaciones Provinciales del Ministerio de la Vivienda en cualquier momento anterior a la calificación definitiva. En la solicitud de autorización deberá hacer constar el importe total de las cantidades que pretenda obtener por este concepto.

A la solicitud deberá acompañar necesariamente:

a) Certificación del Registro de la Propiedad acreditativa del dominio de los terrenos o del derecho que faculte al promotor para realizar la construcción y que se hallan libres de cargas y gravámenes, salvo aquellos constituidos en garantía de devolución de los préstamos o anticipos concedidos para la construcción de las viviendas.

b) Aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantice la devolución del importe de las cantidades recibidas, más los intereses legales correspondientes, en caso de no obtener la calificación definitiva o no terminar las obras dentro del plazo fijado en la calificación provisional o en la prórroga reglamentariamente concedida. Tratándose de cooperativas de viviendas, la certificación de garantía concedida por la Obra Sindical de Cooperación será admitida en sustitución del aval o seguro exigido al resto de los promotores.

La infracción de lo dispuesto en este precepto se considera falta muy grave en el artículo 153-C-2 (43).

En síntesis, las peculiaridades que presenta el artículo 114 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial en relación con la Ley de 27 de julio de 1968, son las siguientes: la necesidad de obtener la calificación provisional; que el número de futuros adquirentes no supere al de las viviendas calificadas provisionalmente; cuantía de las entregas a cuenta y plazo en que han de ser satisfechas; la autorización previa de las Delegaciones Provinciales del Ministerio de la Vivienda, así como la certificación del Registro de la Propiedad que deberá acompañar a ésta.

Se considera, no obstante, criticable que no figure una específica sanción penal, análoga a la que establece la Ley de 27 de julio de 1968 para las viviendas no protegidas.

(43) Sobre esta disposición legal, GARCIA-BERNARDO, *Piso futuro y viviendas acogidas*, RCDI, 1970, número 477, pp. 746 y ss.

DE LA MATA (44) señala que parece a todas luces incongruente que el legislador excluya las viviendas de protección oficial de la tutela penal que otorga a las que no lo son. No es fácil adivinar el motivo que haya podido existir para discriminar en el momento de la sanción penal conductas que, siendo idénticas, únicamente se diferencian por el tipo de vivienda sobre el que recaen; y es más, si se pensara que uno de los supuestos mereciera la sanción penal y otro no, debería ser sancionada la infracción de la normativa reguladora de las garantías a tomar en el supuesto de viviendas de protección oficial, por ser éstas, de renta limitada y beneficioso con carácter diverso, las destinada a familias de economía más humilde, y por ello —si se discrimina, hágase en este sentido—, más necesitadas de protección legal.

Este problema no puede ser solucionado mediante la aplicación de la sanción penal del artículo 6, párrafo 2.º de la Ley de 27 de julio de 1968, por suponer analogía *in malam partem* (45). Por ello, no es acertada la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1977 que extiende esta sanción penal a un supuesto de no devolución de cantidades entregadas para la compra de viviendas de protección oficial. Hay que subrayar que ninguna otra sentencia afirma tal extensión.

En la sentencia de 17 de octubre de 1986 se plantea si es o no aplicable a las viviendas de protección oficial subvencionadas el artículo 535 del Código penal, concluyendo en el sentido negativo, porque al entregarse por los compradores el dinero y letras de cambio en concepto de precio, lo recibió "para incorporarlo a su propio patrimonio y no para darle otro destino" (46).

DE LA MATA (47) formula la siguiente cuestión: ¿de qué modo desvirtúa este razonamiento toda la doctrina jurisprudencial que, reiteradamente, viene hablando de un depósito irregular o de un patrimonio afecto a un fin? ¿Es que tal planteamiento sólo se produce ante la aplicación efectiva de la Ley 57/1968, y no en los supuestos que —siendo idénticos en cuanto a modalidad contractual (venta)— se regulan por el Decreto 9/1963?

(44) DE LA MATA, *La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, cit., p. 954.

(45) MANJON-CABEZA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, cit., pp. 56-59 y 288; LUZON CUESTA, *Fraudes inmobiliarios*, cit., p. 19, nota 33.

(46) Un comentario crítico de esta sentencia por DE LA MATA, *La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, cit., pp. 945-947.

(47) DE LA MATA, *La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, cit., p. 971.

A nuestro juicio, si el tipo del artículo 6, párrafo 2.º de la Ley de 27 de julio de 1968, se considera como una modalidad agravada del delito de apropiación indebida, ello supone el que se tengan en cuenta los requisitos de tal figura y el que pueda aplicarse el artículo 535 del Código penal en supuestos de adquisición de viviendas no incluidas en la Ley de 1968 (básicamente, las de protección oficial), lo que no ocurrirá si se entiende que la compraventa no es título incluible en el artículo 535.