

## ¿Por qué no ha cambiado el plazo para hacer efectivo un aval o seguro de entregas a cuenta en la construcción y venta de viviendas?

**Santiago DUPUY DE LOME MANGLANO**

*Abogado de Sala & Serra Abogados*

Diario La Ley, Nº 9189, Sección Doctrina, 3 de Mayo de 2018, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada  
Jurisprudencia comentada  
Comentarios

En mayo y septiembre de 2017, la Audiencia Provincial de Sevilla dictó dos sentencias en las que concluye que la reclamación judicial para hacer efectivo el aval o seguro que protege las entregas a cuenta abonadas en las compraventas de viviendas sobre plano, está sometida a un plazo de dos años y, que, además, dicho plazo es de caducidad en el caso de los avales, de modo que no se puede interrumpir por ninguna reclamación extrajudicial, lo que limita de forma considerable los derechos de los compradores.

Dichas sentencias han sido enérgicamente difundidas por los bancos y aseguradoras en los últimos meses, con el fin de disuadir a quienes perdieron sus ahorros al tratar de comprar una vivienda en construcción, de que les exijan judicialmente la devolución de su dinero.

No obstante, debe destacarse que la mencionada doctrina de la Audiencia Provincial de Sevilla se contradice con la opinión mayoritaria de nuestros juzgados y tribunales que consideran que: (i) el plazo para interponer tal tipo de reclamaciones judiciales es de cinco o quince años, según cuando haya nacido, (ii) que dicho plazo es siempre de prescripción, de modo que se interrumpe, y reanuda por reclamación judicial o extrajudicial, y (iii) que el cambio normativo que entró en vigor sobre esta cuestión el día 1 de enero de 2016, no podrá afectar a compraventas de viviendas firmadas con anterioridad.

### **I. Doctrina de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla**

La Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla ha dictado dos recientes sentencias en las que concluye que la acción para hacer efectivo un seguro de entregas a cuenta está sometida a un plazo de prescripción de dos años, mientras que la acción para cobrar un aval de entregas a cuenta está sujeta a un plazo también de dos años, pero éste de caducidad.

#### **1. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª) núm. 201/2017, de 11 de mayo**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª) núm. 201/2017, de 11 de mayo (LA LEY 169494/2017), consideró que la acción para hacer efectivo un seguro de entregas a cuenta está sujeta al plazo de prescripción de dos años previsto en el art. 23 de la Ley del Contrato de Seguro (LA LEY 1957/1980), cuyo cómputo comienza el día en que terminaba el plazo en que el vendedor debía de entregar la vivienda.

En concreto, sostiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª) núm. 201/2017, de 11 de mayo (LA LEY 169494/2017), en su fundamento de derecho 2.º, lo siguiente:

«... partiendo de la fecha en que se produce el siniestro, que no es otra que la fecha contractualmente pactada de finalización de la obra, el 30 de abril de 2010, en que no se terminó ni entregaron las viviendas adquiridas, no consta reclamación fehaciente alguna de los actores a la Aseguradora hasta el 15 de julio de 2015, fecha del buro-fax que se envía a la Aseguradora demandada, por lo que ha transcurrido con creces el plazo de dos años de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro que garantizaba la devolución de las cantidades anticipadas, siendo aplicable al caso el art. 23 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LA LEY 1957/1980) ...».

## 2. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª), núm. 329/2017 de 12 septiembre

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª), núm. 329/2017 de 12 septiembre (LA LEY 141723/2017), concluyó que el aval de entregas a cuenta caduca a los dos años de la fecha en que el vendedor debió entregar la vivienda. Y ello de acuerdo con los siguientes motivos:

1. Porque prescribiendo a los dos años la acción para hacer efectivo el seguro previsto en la ley 57/68 (LA LEY 994/1968) (1) , tratando dicha ley de igual modo al seguro y al aval, y no estableciendo la citada norma plazo alguno de caducidad para el cobro del aval, debe considerarse que éste es de dos años.
2. Razonamiento que, entiende la sentencia, viene confirmado por la nueva regulación introducida al respecto por la nueva DA 1.ª de la LOE (LA LEY 4217/1999) (2) , que, según la Audiencia, establece que el aval caducará a los dos años del incumplimiento del promotor.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª), núm. 329/2017 de 12 septiembre (LA LEY 141723/2017), razonó lo que sigue:

*«En el presente caso, la actora mediante demanda presentada el 29 de julio de 2015 pretende hacer efectivo una garantía prestada por "CAIXAGÁLICA" (hoy "ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A.") el 28 de octubre de 2005, sometido a la Ley 57/1.968 (LA LEY 994/1968) (...)*

*(...) debió ser finalizada la obra y entregada al actor como máximo el mes de abril de 2008, fecha en que se produce el hecho que da lugar a que se pueda ejecutar la garantía, aval bancario, que efectivamente existía y que se regía por la Ley 57/1.968 (...)*

*(...) no consta reclamación fehaciente declarando resuelto el contrato y reclamando las supuestas cantidades entregadas por parte del hoy actor a la promotora/constructora hasta (...) [el] 23 de julio de 2015 y presentado al día siguientes; esto es, más de siete años después de incumplirse por la promotora el plazo de finalización y entrega de la vivienda adquirida. (...)*

*Consecuencia de lo dicho, según criterio de este Tribunal, haciendo una interpretación tanto de la Ley 57/1968 (LA LEY 994/1968) y relacionándola con su modificación por Ley 20/2015 (LA LEY 11723/2015), llegamos a la conclusión que el aval necesariamente caduco a los dos años de producirse el incumplimiento por la promotora de la terminación y entrega de la vivienda adquirida.*

*Así, nos encontramos que la Ley de 1968 no estableció plazo alguno de caducidad para el aval; sin embargo, aunque lo trataba de igual modo que el seguro de reembolso de las cantidades, este seguro estaba limitado a la prescripción de dos años desde la fecha del siniestro, prescripción establecida en la Ley del Seguro, lo que daría lugar a una desigualdad en el trato si se prestaba aval o se contrataba el seguro por la promotora, pues el aval duraría 15 años y el seguro sólo 2 años.*

*Por ello, la nueva regulación introducida por la Ley 20/2015 (...) estableció en su .2 c) (LA LEY 4217/1999) "Transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato la devolución de las cantidades anticipadas, se producirá la caducidad del aval."*

*Norma que viene a hacer una interpretación auténtica del legislador sobre la duración del aval, que legalmente no puede ser inferior a dos años, pero tampoco superior (...).»*

### II. La acción frente al banco por incumplimiento de su deber de vigilancia está sujeta al plazo de prescripción del artículo 1.964.2 del Código Civil

La Ley 57/68 (LA LEY 994/1968) establecía ciertas normas que permitía a los compradores de viviendas sobre plano recuperar su dinero en caso de que la promoción fracasase. Y a tal efecto, imponía:

1. Al vendedor, la necesidad de contratar un seguro o aval que garantizase a los compradores la recuperación de su dinero (art. 1.1 de la ley 57/68 (LA LEY 994/1968)).
2. Al banco donde se ingresaban dichos anticipos, la obligación de establecer un sistema de control que le permita cerciorarse de la existencia del seguro o aval. (art. 1.2 de la ley 57/68 (LA LEY 994/1968)).

Habiendo aclarado el Tribunal Supremo, a partir de su Sentencia núm. 733/15 de 21 diciembre (LA LEY 192084/2015), que lo previsto en el art. 1.2 de la Ley 57/68 significa que el banco que haya permitido al vendedor recibir en una cuenta abierta en su entidad cantidades a cuenta del precio de las viviendas, sin contar con la garantía prevista en la ley 57/68, deberá responder frente a los compradores como lo hubiera hecho el seguro o banco avalista, en caso de que se produzca el siniestro regulado en la ley 57/68.

La anterior doctrina de la Sección 8.ª de la AP Sevilla, únicamente se refiere a las acciones frente a bancos y seguros

Pues bien, debe destacarse que la anterior doctrina de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, únicamente se refiere a las acciones frente a bancos y seguros reguladas en el art. 1.1 de la ley 57/68 (LA LEY 994/1968), no siendo en absoluto trasladable a las acciones interpuestas al amparo del art. 1.2 de la citada ley 57/68 (LA LEY 994/1968).

**Primero.** Porque se trata de acciones diferentes, derivadas de distinta responsabilidad.

La acción regulada en el art. 1.1 de la ley 57/68 se debe interponer frente a la entidad que presta la garantía independientemente de que sea el destinatario de las entregas a cuenta, mientras que la acción regulada en el art. 1.2 de la ley 57/68 se dirige contra el banco depositario de las entregas a cuenta, precisamente por su condición de destinatario de esas entregas.

**Segundo.** Porque la nueva normativa no ha introducido modificación alguna respecto a esta cuestión.

Así, la nueva DA 1.ª de la LOE (LA LEY 4217/1999), y en concreto el inciso final de su apartado uno b), ha mantenido intacta la responsabilidad de los bancos por el incumplimiento de su deber de vigilancia reproduciendo literalmente lo que anteriormente preveía el art. 1.2 de la ley 57/68 (LA LEY 994/1968).

**Tercero.** Porque el Tribunal Supremo ya ha declarado, en noviembre de 2017, (casi dos años después de la entrada en vigor de la nueva DA 1.ª de la LOE (LA LEY 4217/1999)), que la acción para reclamar al banco depositario por incumplimiento de su deber de vigilancia sigue estando sometida al plazo de prescripción previsto en el art. 1.964.2 del Código civil (LA LEY 1/1889).

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 636/17 de 23 noviembre (LA LEY 167525/2017), con cita de la anterior Sentencia del Tribunal Supremo núm. 781/14 (LA LEY 173842/2014) de 16 de enero, declaró que la responsabilidad de los bancos derivada del art. 1.2 de la ley 57/68 (LA LEY 994/1968), «Se trata de una responsabilidad u obligación nacida de la ley en sentido estricto (arts. 1089 (LA LEY 1/1889) y 1090 CC (LA LEY 1/1889)) que, a falta de regulación específica de la prescripción en la propia Ley 57 / 1968 y como ya resolvió la sentencia de esta sala 781/2014, de 16 de enero, queda sujeta al régimen general del art. 1964 CC (LA LEY 1/1889) para las acciones personales (plazo de quince años, según su redacción al tiempo de interponerse la demanda)».

En definitiva, no cabe duda de que la acción frente al banco depositario por incumplimiento de su deber de vigilancia estaba y está, sometida al plazo de prescripción previsto en el art. 1.964 del Código civil.

### III. Las conclusiones de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla se oponen a argumentos ya consolidados en la generalidad de las Audiencias Provinciales

#### 1. Las acciones para hacer efectivo un seguro o aval de entregas a cuenta, están sometidas al plazo de prescripción previsto en el artículo 1964.2 del Código Civil

Las mencionadas sentencias de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla desconocen que es doctrina constante y unánime que la acción para hacer efectivo, tanto un seguro como un aval de los previstos en la ley 57/68 (LA LEY 994/1968), está sometida al plazo de prescripción señalado en el art. 1964.2 del Código civil. (LA LEY 1/1889) Y ello por cuanto a continuación se explica.

**Primero.** Es cuestión absolutamente pacífica que la acción para exigir el cumplimiento de una fianza o aval común prescribe conforme dispone el art. 1.964.2 del Código civil (LA LEY 1/1889).

**Segundo.** Siendo igualmente incontrovertido que la acción para cobrar un aval de los previstos en la Ley 57/68, prescribe también en el plazo fijado en el art. 1.964.2 del Código civil.

**Tercero.** E igualmente, la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales ha sido reiterada y constante en el sentido de que la acción para hacer efectivo un seguro de los previstos en la Ley 57/68 (LA LEY 994/1968) prescribe

en el plazo fijado por el art. 1.964.2 del Código civil (LA LEY 1/1889).

Conclusión que se basaba en dos argumentos:

**1.** En que la acción de la que goza un beneficiario de un seguro de los regulados en la Ley 57/68 (LA LEY 994/1968), no deriva del contrato de seguro, sino de la Ley 57/68, y de la Orden de 29 de noviembre 1968, del Ministerio de Hacienda, sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para su construcción.

Normas éstas que regulan con todo detalle el seguro de entregas a cuenta, definiendo el siniestro, la indemnización, el procedimiento para hacer valer el seguro, su duración, los derechos y obligaciones del asegurador, tomador y asegurado, etc., y que resultan imperativas y prevalecen sobre el contenido del contrato de seguro.

De modo que a dicha acción no le resulta de aplicación el art. 23 de la LCS (LA LEY 1957/1980) que proclama que «las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si el seguro es de personas», sino el art. 1964.2 del Código civil (LA LEY 1/1889).

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) núm. 303/2015 (LA LEY 185125/2015) de 22 octubre de 2015 explicó que «no nos hallamos ante una acción ordinaria derivada del contrato de seguro, sino ante una acción especial dimanante de los derechos específicos e irrenunciables otorgados al comprador de viviendas en la Ley 57/1968 (LA LEY 994/1968)».

Y en el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª) núm. 271/2014 (LA LEY 119379/2014) de 28 mayo de 2014 declaró que «Dicho precepto, no obstante, no es de aplicación cuando quien reclama la efectividad del seguro no es el tomador del mismo, sino beneficiario de la prestación de la aseguradora».

Doctrina ésta que resulta plenamente coherente con la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1021/2003 de 7 noviembre (LA LEY 10841/2004), que declaró que no todas las acciones que cabe interponer frente a una compañía de seguros, y al amparo de la Ley del Contrato de Seguro, derivan del contrato de seguro, ni están sometidas al plazo de prescripción del art. 23 LCS (LA LEY 1957/1980).

Así, la indicada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1021/2003 de 7 noviembre (LA LEY 10841/2004) explicó que «Cualesquiera que sean los alegatos del Motivo, no sirven para desmontar el juego inadmisorio de esa prescripción, porque, el específico art. 23 de la Ley de Seguro Privado 50/80, (LA LEY 1957/1980) al igual que no opera en el seno del art. 76 (LA LEY 1957/1980), tampoco cabe proyectarlo sobre ese art. 68 (LA LEY 1957/1980) para las acciones de reembolso, por lo que se confirma el dictado del F.J. 5.º de la recurrida, y, que como tales acciones personales gozan del plazo de 15 años».

**2.** El segundo argumento parte de que, tal como han manifestado nuestros tribunales (como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 476/2013 de 3 julio (LA LEY 143608/2013)) las dos garantías permitidas en la Ley 57/68 (LA LEY 994/1968) —seguro y aval— deben de ser idénticas.

Por lo que el plazo con el que debe contar el beneficiario de ellas para ejercitarlas debe ser el mismo independientemente del tipo de garantía contratado por el promotor y —recordemos— sin la intervención de los beneficiarios de la misma.

Y es que, de estar sometidas a plazos de prescripción tan diferentes —dos o quince años— las garantías serían bien distintas.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) núm. 340/2016 de 20 septiembre (LA LEY 164829/2016) expuso al respecto que carecería «de sentido asignarle un plazo diferente de prescripción (dos o quince años) en función de la singular modalidad de garantía (seguro o aval) seleccionada por el promotor al amparo del art. 1. Primera de la Ley».

E igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Se. 9.ª) núm. 371/2014 de 19 septiembre (LA LEY 133888/2014) declaró que «carecería de justificación objetiva que el primer caso prescribiera en dos años y en el segundo en quince, cuando la finalidad es la misma y todos los compradores de vivienda han de contar con idénticas

garantías, al margen de la forma jurídica utilizada para otorgarlas».

Este es el criterio unánimemente adoptado por la Audiencia Provincial de Madrid (3) , que fue seguido por las Audiencias Provinciales (4) que han abordado esta cuestión.

Existiendo otro argumento que confirma el anterior razonamiento y es que, como recordó la Sentencia del Tribunal Supremo (del Pleno) núm. 540/2013 de 13 de septiembre (LA LEY 141860/2013), la Ley 57/68 (LA LEY 994/1968), como norma especial, prevalece sobre la Ley del Contrato de Seguro (LA LEY 1957/1980), de índole más general. (Véase el punto 5.º de su fundamento de derecho 10.º. Nótese, además, que dicho procedimiento versaba sobre un seguro de caución).

**Cuarto.** Razonamientos éstos que resultan plenamente coherentes con la doctrina del Tribunal Supremo antes expuesta (en las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 636/17 de 23 noviembre (LA LEY 167525/2017), y núm. 781/14 de 16 de enero, en relación con el deber de vigilancia de los bancos), que declara, que la responsabilidad de bancos y seguros derivadas de la Ley 57/68 (LA LEY 994/1968), nace de la ley, y, a pesar de ello, está sujeta al plazo de prescripción previsto en el art. 1.964.2 del Código civil (LA LEY 1/1889).

## 2. La nueva DA 1.ª de la LOE, no establece ningún plazo de caducidad para el ejercicio de las acciones derivadas del aval de entregas a cuenta

La segunda cuestión que desconoce la comentada argumentación de las sentencias emanadas de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla es que la nueva DA 1.ª de la LOE (LA LEY 4217/1999) no establece ningún plazo de caducidad para el ejercicio de las acciones derivadas del aval de entregas a cuenta.

Y es que, el nuevo texto de la DA 1.ª de la LOE, que le fue dado por la Disposición Final 3.ª de la Ley 20/2015 (LA LEY 11723/2015), (i) ni i modifica el régimen de prescripción de las acciones de que disponen los beneficiarios de un aval o seguro de entregas a cuenta, (ii) ni, por tanto, establece un plazo de caducidad para el ejercicio de las acciones derivadas del aval de entregas a cuenta. Y ello por lo siguiente.

**Primero.** En toda la nueva DA 1.ª de la LOE no se regula, ni siquiera se hace referencia alguna a la prescripción de las acciones derivadas del aval o seguro de entregas a cuenta.

Por lo que no vemos motivo alguno para entender que el régimen de prescripción de dichas acciones haya sido modificado. Esto es, no hay razón para considerar que a dichas acciones les ha dejado de ser de aplicación el art. 1.964.2 del Código civil (LA LEY 1/1889), como hasta la fecha era pacífico entre nuestros tribunales.

**Segundo.** La única referencia a la «caducidad» que hace la nueva DA 1.ª de la LOE (LA LEY 4217/1999) la encontramos al final de su apartado Dos - 2 indica, con relación al aval de entregas a cuenta que: «c) Transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, se producirá la caducidad del aval».

No obstante, dicha caducidad no se refiere a la acción para ejecutar el aval de entregas a cuenta, sino al momento en que el aval quedará cancelado sin posibilidad de ser ejecutado si en ese plazo el comprador no ha requerido al promotor rescindiendo el contrato y exigiéndole la devolución de las cantidades.

La norma establece así un plazo de garantía análogo al establecido en el art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LA LEY 4217/1999), en materia de vicios de construcción —garantía decenal, trienal y anual— de modo que el siniestro, esto es, el perjuicio cubierto por la garantía ha de manifestarse dentro de ese plazo máximo, mediante la comunicación fehaciente al promotor de la rescisión contractual por incumplimiento.

Dicha caducidad determina el momento en que el banco quedará liberado de sus obligaciones derivadas del aval

Es decir, dicha caducidad determina el momento en que el banco quedará liberado de sus obligaciones derivadas del aval, lo que no debe confundirse con el plazo de que disponen los compradores para interponer una reclamación derivada del aval.

En efecto, al leer conjuntamente los sub-apartados «b)» (LA LEY 4217/1999) y «c)» del apartado dos-2 de la nueva DA 1.ª de la LOE (LA LEY 4217/1999), se comprueba que lo que ésta dispone es que, incumplida por el promotor su obligación de entregar de la vivienda en el plazo pactado:

- a. Si, dentro de los dos años contados desde tal incumplimiento, el comprador le exige la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, y no recibe dicho dinero en 30 días, entonces se produce el siniestro protegido por el aval, y puede ejercitar su acción judicial frente al banco. Acción que prescribe a los 5 años conforme el art. 1.964.2 del Código civil (LA LEY 1/1889).
- b. Pero, si en ese plazo de dos años, el comprador no dirige frente al promotor requerimiento alguno, habrá perdido, entonces, su derecho a hacer efectivo el aval, por haber quedado este cancelado. Pero no por caducidad de la acción frente al banco, sino por extinción de la garantía, al quedar cancelado el aval.

Pues de interpretarse que lo que caduca es la acción frente al banco, y no el aval, se estaría admitiendo que dicha caducidad es susceptible de interrumpirse en virtud de una reclamación extrajudicial a un tercero, ya que, recuérdese, que, si el comprador requiere al promotor dentro de los dos años siguientes al incumplimiento del plazo de entrega, entonces no se produce ninguna «caducidad» o cancelación del aval.

Posibilidad ésta, de interrumpir un plazo de caducidad de una acción, que resultaría absolutamente contraria a la naturaleza configuradora de esta institución jurídica, pues es una regla firmemente asentada en nuestro Derecho que el plazo de caducidad para el ejercicio de una acción judicial no admite interrupción (a salvo de la excepción prevista en el art. 4 de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012)).

Esto es, como alguna vez ha explicado nuestro Tribunal Supremo, no cabe confundir el plazo de garantía de un aval, con el plazo de caducidad de la acción para ejercitarlo.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 868/2006 de 21 septiembre (LA LEY 103048/2006) declaró lo siguiente: «se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala sobre casos similares en los que el plazo asignado a la garantía o la fecha fijada como límite se consideraba ciertamente como de caducidad, o sea de vigencia de la garantía, pero caducidad no a los efectos de la reclamación judicial o extrajudicial sino a los del surgimiento, manifestación, comprobación o nacimiento de la obligación garantizada».

De hecho, como señalábamos anteriormente, tal distinción entre periodo de garantía, y plazo de prescripción de una acción, viene precisamente recogida en los arts. 17 (LA LEY 4217/1999) y 18 de la propia Ley de Ordenación de la Edificación (LA LEY 4217/1999), de forma análoga a lo que ahora pretende la nueva DA 1.ª de dicha misma norma.

**Tercero.** La caducidad de una acción que un consumidor pueda tener frente a un banco se produce por la falta de ejercicio de acciones judiciales frente a dicho banco, y no por la falta de remisión de una reclamación extrajudicial a un tercero.

Esa falta de reclamación podrá determinar, en su caso, que no nazca la obligación garantizada y por tanto que el sujeto carezca de acción frente al banco precisamente porque queda extinguida su condición de garante por esa causa. Pero esto no implica la prescripción del derecho frente al garante, pues el comprador en tal caso no llegó a ostentarlo, dado que no hubo lugar al surgimiento de la obligación garantizada.

**Cuarto.** Es cierto que la nueva DA 1.ª de la LOE, (LA LEY 4217/1999) señala respecto al seguro de entregas a cuenta que «l) En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LA LEY 1957/1980)».

Pero de dicha norma no puede, ni mucho menos, desprenderse sin ambages que a las acciones para hacer efectivo un seguro de entregas a cuenta les resulte de aplicación el plazo de prescripción de dos años previsto en el art. 23 de la LCS (LA LEY 1957/1980).

Y ello por cuanto, como hemos explicado antes con detalle, el art. 23 de la LCS se refiere a «Las acciones que se deriven del contrato de seguro», y, en cambio, la acción de la que goza un beneficiario de un seguro de entregas a cuenta no deriva del contrato de seguro, sino de la Ley.

En este caso, esa norma legal que actualmente regula en detalle este seguro obligatorio es la DA 1.ª de la LOE definiendo el siniestro, la indemnización, el procedimiento para hacer valer el seguro, su duración, los derechos y obligaciones del asegurador, tomador y asegurado, etc., igual que antes hacían la ley 57/68 y la Orden de 29 de noviembre de 1968.

### 3. Modificación que realmente introduce la nueva DA 1.ª de la LOE

De acuerdo con el derogado art. 4 de la ley 57/68 (LA LEY 994/1968), las garantías previstas en dicha norma sólo

podían cancelarse cuando la vivienda en cuestión hubiese sido entregada, o puesta a disposición del comprador, y con la correspondiente licencia de primera ocupación. Habiendo confirmado de forma tajante el Tribunal Supremo la imposibilidad de su cancelación por cualquier otro motivo o circunstancia.

Por tanto, la única novedad que introdujo la nueva DA 1.<sup>a</sup> de la LOE (LA LEY 4217/1999), respecto a la extinción del aval, consistió en que con la nueva regulación éste quedará cancelado en dos supuestos:

1. Con la entrega o puesta a disposición de la vivienda con licencia de primera ocupación.
2. Por el transcurso de dos años desde la fecha en que la vivienda debiera de haber sido entregada, sin que en ese tiempo el comprador hubiera solicitado al vendedor la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas.

En definitiva, a pesar de lo afirmado por la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla, a nuestro juicio, la acción para hacer efectivo, tanto un seguro como un aval de los previstos en la ley 57/68 (LA LEY 994/1968), está, y siempre ha estado, sometida al plazo de prescripción señalado en el art. 1964.2 del Código civil (LA LEY 1/1889).

#### IV. La Ley 20/2015 no puede aplicarse de forma retroactiva

Por otro lado, debe destacarse que la modificación en la DA 1.<sup>a</sup> de la LOE (LA LEY 4217/1999), introducida por Ley 20/2015 (LA LEY 11723/2015) entró en vigor, sin efectos retroactivos.

Esto es, todos los pagos realizados por compradores de viviendas sobre plano antes del 1 de julio de 2016, no se ven afectados por el cambio normativo y por tanto estarán protegidos por la legislación entonces vigente, esto es, la ley 57/68 (LA LEY 994/1968) y la DA 1.<sup>a</sup> LOE en su redacción originaria.

**Primero.** Porque la norma general en nuestro ordenamiento jurídico es la irretroactividad de las leyes. Y es que, conforme al art. 2.3 del Código civil (LA LEY 1/1889), y el art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), salvo que se disponga lo contrario, las leyes no tienen efecto retroactivo.

De lo que se deduce que, como norma general, las leyes que se promulgan sólo se aplican a las situaciones nacidas después de su entrada en vigor, salvo que en sus disposiciones transitorias se establezca el carácter retroactivo de la nueva ley. Cosa que no ocurre en el presente caso.

El motivo de ello explica el Tribunal Supremo, es que: «La seguridad jurídica, principio inspirador del ordenamiento de plasmación constitucional (art. 9.3 CE (LA LEY 2500/1978)), exige el conocimiento previo de la norma que va a aplicarse a una determinada situación jurídica, de manera que las situaciones y relaciones jurídicas se rigen por la vigente al tiempo en que aquellas acontecen o se producen.

Certeza, predecibilidad y confianza en el ordenamiento vigente son exigencias por razón de la seguridad jurídica, que, de acuerdo con el viejo axioma *tempus regit actum*, conducen a establecer al principio general de que las normas son por regla general irretroactivas salvo que excepcionalmente en ellas se diga lo contrario».

Véanse al respecto las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 923/2011 de 26 noviembre (LA LEY 269491/2011), núm. 553/2011, de 18 de julio (LA LEY 119754/2011), y núm. 283/2009 de 20 abril (LA LEY 40406/2009).

**Segundo.** Porque en coherencia con ello, la ley 20/2015 (LA LEY 11723/2015) expresamente señala que la nueva DA 1.<sup>a</sup> de la LOE no tendrá efectos retroactivos.

En concreto, el legislador decretó que la nueva normativa sólo afectase a las entregas a cuenta abonadas a partir del 1 de julio de 2016.

Así, la DT 3.<sup>o</sup> de la LOE (5) establece que «las entidades aseguradoras deberán, antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 al régimen introducido por la nueva redacción de la DA 1.<sup>a</sup> de la LOE».

Esto es, la DT 3.<sup>a</sup> de la LOE fijó el régimen transitorio entre la ley 57/68 (LA LEY 994/1968) y la nueva DA 1.<sup>a</sup> de la LOE (LA LEY 4217/1999) introducida por la ley 20/2015. Y dicha DT 3.<sup>a</sup> de la LOE (LA LEY 4217/1999) expresamente señala que el cambio normativo únicamente afectará a las cantidades que se entreguen a cuenta a partir del 1 de julio de 2016.

**Tercero.** El art. 9.3 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) prohíbe la retroactividad de las leyes restrictivas de derechos individuales.

Concretamente, sostiene el art. 9.3 de la Constitución que «la Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales..».

Por lo que, según lo anterior, las leyes civiles que impongan, supriman o limiten derechos subjetivos no podrán ser retroactivas, aunque en ellas así se previera.

Así lo explicó expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 283/2009 de 20 abril de 2009 (LA LEY 40406/2009) al señalar que: «(...) la aplicación retroactiva de una norma, sea porque así lo disponga de forma expresa la norma posterior o porque tácitamente resulte de ésta, no puede suponer en ningún caso que resulten obviados o menoscabados derechos adquiridos, o situaciones beneficiosas o favorables nacidas al amparo de la normativa anterior vigente cuando se produjo el hecho, pues tal cosa iría en contra de lo señalado en el ya mencionado art. 9.3 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), que proscribde de modo absoluto la aplicación retroactiva de una norma posterior restrictiva de derechos individuales».

**Cuarto.** Porque en tal caso, todos aquellos que hubieran comprado una vivienda sobre plano con un compromiso de entrega anterior al 31 de diciembre de 2013, hubieran perdido, sorpresivamente, su derecho a reclamar con la entrada en vigor de la nueva normativa, el 1 de enero de 2016. Lo que sin duda atentaría contra la seguridad jurídica también reconocida en el art. 9.3 de la Constitución (LA LEY 2500/1978).

**Quinto.** Porque no tiene sentido alguno que, reconociendo la Constitución el derecho a disfrutar de una vivienda digna (art. 47 CE (LA LEY 2500/1978)), e imponiendo ésta a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores mediante procedimientos eficaces (art. 51 CE (LA LEY 2500/1978)), la normativa pre-constitucional (Ley 57/68 (LA LEY 994/1968)) sea más protectora del consumidor que trata de comprarse una vivienda, que la normativa post-constitucional.

Por ello, ha destacado el Tribunal Supremo, que cualquier duda sobre la interpretación de las leyes que regulen la protección de las cantidades anticipadas por consumidores en la construcción y venta de viviendas, deberá resolverse en favor de los compradores. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 540/2013 de 13 septiembre (LA LEY 141860/2013) y en concreto su fundamento de derecho 10.º, así como la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 733/2015 de 21 diciembre (LA LEY 192084/2015).

**Sexto.** Porque, tal y como explica la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 340/2010 de 24 mayo (LA LEY 86114/2010), «la prescripción, según ha reiterado la jurisprudencia, debe ser interpretada restrictivamente, al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho». Especialmente habida cuenta los principios de *in dubio pro* consumidor e *in dubio pro* asegurado, que ha destacado nuestra jurisprudencia.

---

(1) Ley 57/1968, de 27 de julio (LA LEY 994/1968), sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

---

(2) Nueva Disposición Adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LA LEY 4217/1999), introducida por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LA LEY 11723/2015), que vino a darle un texto distinto al que antes tenía.

---

(3) AAP de Madrid (Sec. 10.ª) núm. 374/2016 de 8 noviembre, SAP de Madrid (Sec. 14.ª) núm. 340/2016 de 20 septiembre (LA LEY 164829/2016), SAP de Madrid (Sec. 14.ª) núm. 303/2015 de 22 octubre (LA LEY 185125/2015), SAP de Madrid (Sec. 9.ª) núm. 371/2014 de 19 septiembre, SAP de Madrid (Sec. 12.ª) núm. 271/2014 de 28 mayo (LA LEY 119379/2014), SAP de Madrid (Sec. 9.ª) núm. 342/2014 de 22 julio (LA LEY 163643/2014).

---

(4) SAP de Valladolid (Sec. 3.ª) núm. 176/2017 (LA LEY 82684/2017) de 9 mayo, SAP Málaga (Sec. 5.ª) núm. 161/2017 de 23 marzo (LA LEY 94475/2017), SAP de Málaga (Sec. 4.ª) Sentencia núm. 177/2017 de 20 marzo (LA LEY 126792/2017), AAP Málaga (Sec. 5.ª) núm. 421/2016 de 14 diciembre, SAP de Málaga (Sec. 4.ª) Sentencia núm. 384/2016 de 1 julio (LA LEY 169670/2016), SAP de Burgos (Sec. 3.ª) Sentencia núm. 165/2016 de 15 abril (LA LEY 44437/2016), SAP de Burgos (Sec. 2.ª) Sentencia núm. 77/2015 de 16 marzo (LA LEY 37773/2015), SAP de Burgos (Sec. 2.ª) Sentencia núm. 212/2015 de 28 julio (LA LEY 115722/2015), SAP de Alicante (Sec. 5.ª) Sentencia núm. 119/2015 de 13 mayo (LA LEY 107464/2015).

---

(5) Disposición Transitoria 3.ª de la Ley de Ordenación de la Edificación (LA LEY 4217/1999), introducida por el apartado 3.º de la Disposición Final 3.ª de la Ley 20/2015 (LA LEY 11723/2015)

---