



Roj: AAP M 16001/2007
Id Cendoj: 28079370112007200264
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 11
Nº de Recurso: 542/2007
Nº de Resolución: 1029/2007
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: JOSE ZARZUELO DESCALZO
Tipo de Resolución: Auto

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 11

MADRID

AUTO: 01029/2007

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN UNDECIMA CIVIL

AUTO Nº 1029/7

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN 542 /2007

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^ª. LOURDES RUIZ GORDEJUELA LOPEZ

D. JESUS GAVILAN LOPEZ

D. JOSE ZARZUELO DESCALZO

En MADRID, a veintisiete de diciembre de dos mil siete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 11 de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de EJECUCIÓN DE TITULOS NO JUDICIALES 635/2007, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 26 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 542/2007, en los que aparece como parte apelante D^ª. Dolores , D. Daniel , D. Carlos Antonio , D^ª Gabriela , representados por la Procuradora D^ª. OLGA GUTIERREZ ALVAREZ, y como apelado el BANCO POPULAR HIPOTECARIO S.A., sobre ejecución título no judicial, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ZARZUELO DESCALZO.

HECHOS

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº26 de Madrid, en fecha 11 de abril de 2007, se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:"1.- SE DENIEGA EL DESPACHO DE EJECUCIÓN SOLICITADO por el Procurador D/D^ª OLGA GUTIERREZ ALVAREZ, en nombre y representación de Dolores , Daniel , Carlos Antonio y Gabriela , frente a BANCO POPULAR HIPOTECARIO S.A. en reclamación de 107.591,18 Euros de principal más 15.986,87 Euros de intereses legales más 14.000 Euros presupuestados para intereses y costas. Una vez firme esta resolución archívense los autos, procediéndose en su caso al desglose de los documentos aportados, previo testimonio en autos de los mismos."

SEGUNDO.- Notificado el mencionado auto, contra el mismo se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día 5 de diciembre de 2007, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales en ambas instancias, salvo el plazo para dictar sentencia en esta instancia por acumulación de asuntos.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida y han de ser sustituidos por los de la presente resolución.

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de apelación por la representación de Doña Dolores , Doña Daniel , Doña Carlos Antonio y Doña Gabriela frente al Auto dictado en primera instancia con fecha de 11 de abril de 2.007 que deniega el despacho de ejecución solicitado por las mismas frente al BANCO POPULAR HIPOTECARIO, S.A. en reclamación de 107.591,18 # de principal, más 15.986,87 # de intereses legales y 14.000 # presupuestados para intereses y costas, por entender que el aval en el que se basa la demanda ejecutiva está caducado, careciendo de fuerza ejecutiva, y la nulidad de la limitación del plazo estipulado sólo puede solicitarse y obtenerse en un proceso declarativo.

Se alzan las recurrentes frente al reseñado pronunciamiento con base en lo dispuesto en el artículo 552.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y argumentando, en esencia, que la acción ejecutiva instada se basa en un aval regulado específicamente y de forma imperativa en la Ley 57/1968, de 27 de julio, siendo el objeto de la garantía la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores de viviendas en caso de que la construcción no llegue a iniciarse o cuando llegado el término del contrato no se haya expedido la licencia de primera ocupación, y los derechos establecidos en tal texto legal irrenunciables por lo que cualquier cláusula introducida en contra de lo dispuesto en la Ley debe considerarse nula y sin efecto, máxime si se realiza unilateralmente, lo que sucede con relación al aval a ejecutar que ha sido constituido en fecha distinta y posterior al contrato de compraventa y presenta peculiaridades significativamente contrarias a la Ley en sus puntos 2º, 3º y 4º privando al garantizado de la garantía real y efectiva dispuesta legalmente, propugnando la consideración de tales cláusulas como abusivas en aplicación de lo dispuesto en la referida Ley y en el artículo 10 bis de la LGDCU y siendo de oficio su apreciación por los Tribunales.

SEGUNDO.- Según se dispone en el art. 3, párrafo 2º de la Ley 57/68, de 27 julio, el contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el Título XV LEC, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviere derecho; y en el caso que ahora se enjuicia, las ejecutantes presentan con la demanda ejecutiva el aval expedido por el BANCO POPULAR HIPOTECARIO, S.A., los documentos que justifican la no entrega de los inmuebles en el plazo convenido y la imposibilidad de hacerlo en su fecha, puesto que se ha rebasado ampliamente -en más de un año en el momento en el que se insta la acción- el plazo máximo prorrogado de entrega de 31 de octubre de 2.005, requiriendo la devolución de las cantidades entregadas a cuenta e intereses a la Constructora-vendedora al comunicar la decisión de resolver el contrato ante la inexistencia de licencias administrativas, falta de adecuación de lo vendido, ilegalidad de lo edificado y demora en la entrega -documento 10-, a partir de la fecha convenida y el requerimiento de pago a la avalista ejecutada -documento 9-, documentos que, conforme al precepto antes citado, son suficientes para integrar el título ejecutivo.

TERCERO.- Como se pone de manifiesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 5 de diciembre de 2.002, consignada en la demanda ejecutiva, cuando el Legislador promulga, por las razones que recoge su Exposición de motivos, la Ley 57/1968 (complementada por los Decretos 3114 y 3115, de 12 de diciembre, y la Orden Ministerial de 29 de noviembre del mismo año), acude a la figura del aval bancario, como alternativa del seguro, para garantizar al comprador la devolución de las cantidades entregadas a cuenta en el contrato de adquisición de vivienda (la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su Disposición Adicional primera, mantiene el carácter específico de la Ley de 1968 respecto de la adquisición de toda clase de viviendas).

La norma legal, teniendo en cuenta que esas cantidades a cuenta se han de depositar en una cuenta especial abierta a tal fin en entidad bancaria o en una caja de ahorros, restringe la posibilidad de prestar el aval a esas entidades. El artículo 1.1º, además, señala el carácter solidario del aval y la finalidad de su constitución: "... Para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, por cualquier causa, en el plazo convenido".

Como quiera que los derechos del beneficiario son irrenunciables, no pueden las partes modificar en sentido restrictivo el ámbito de ese afianzamiento, sin perjuicio de que su autonomía contractual les permita extenderlo a otros hipotéticos supuestos, y, en todo caso, en la interpretación de los términos de aval se habrá de obrar siempre "pro beneficiario", dado el carácter tuitivo de la norma.

Al tratarse de un aval bancario constituido con la finalidad señalada en la Ley, le es de aplicación el artículo 1.1º de la norma en cuanto al concreto supuesto en que puede ejecutarse el aval, en su caso la

posibilidad de que constituya título ejecutivo acompañado de documento fehaciente de la no entrega de la vivienda, y en cuanto a la posibilidad que tienen los beneficiarios, si la vivienda no se terminada en el plazo fijado en el contrato en condiciones de proceder a su entrega, de optar por la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas más el incremento legalmente establecido.

Son pues presupuestos de la eficacia el aval:

1º.- Que las obras no hayan llegado a buen fin en el plazo convenido.

2º.- Que los compradores comuniquen esta circunstancia al vendedor acogiéndose a la posibilidad de devolución indicada en la Ley.

3º.-Que quien entregó las cantidades a cuenta no haya concedido prórroga al promotor para terminar las obras.

En este caso ha de entenderse por "llegar a buen fin" (expresión que recoge el aval) es equivalente al cumplimiento del contrato, en este caso la obligación principal de MARBELLA VISTA GOLF, S.L. de poner a disposición de las compradoras el inmueble en la fecha establecida como prorrogada de 31 de octubre de 2.005. Obligación de hacer que se fijaba en el contrato firmado por avalado y beneficiario con un límite temporal que aparece ampliamente rebasado cuando se comunica la intención de resolver el contrato y se requiere la devolución de las cantidades entregadas, por lo que se cumple el primero de los citados presupuestos y también aparece acreditado en autos que las compradoras se dirigieron a la vendedora haciéndole saber su voluntad de resolver el contrato.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 9 de abril de 2.003 señala que "El artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio lo que trata es de garantizar al comprador de vivienda futura la devolución de las cantidades que anticipó, tanto si la construcción no se hubiera iniciado, como cuando no llega a buen fin por cualquier causa, que es el supuesto de autos. La garantía cabe prestarla por medio de contrato de seguro o por medio de aval, que se establece como solidario, a cargo de entidad bancaria y para que resulte operativa es preciso que se den los supuestos fácticos que se dejan reseñados, en cuyo caso el comprador está facultado, por la opción que la ley le concede, para rescindir el contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por ciento de interés anual (Sentencia de 15-11- 1999). La resolución del contrato, lo que impone integrar el "factum", tuvo lugar en forma extrajudicial por vía notarial el 21 de noviembre de 1991, conforme refiere el acta de 13 de abril de 1994 y a la vez y seguidamente se produjo la judicial por sentencia anterior a la presentación de la demanda, y aunque resultase firme posteriormente esto no es impeditivo para la ejecución de aval cuando concurren los supuestos fácticos que establece el artículo uno de la Ley 57/1968 y que la sentencia recurrida concreta a incumplimiento único del vendedor como hecho que resultó probado. La norma no exige precisamente que la resolución tenga que ser necesariamente judicial ni tampoco supedita la operatividad del aval a la misma, pues el artículo tres contiene la expresión de que el comprador podrá optar por la rescisión contractual, con lo que esta no se presenta imperativa, es decir que deberá de proceder en todo caso. Lo que ha de tenerse en cuenta es la concurrencia de incumplimiento acreditado, pues esta situación actúa como presupuesto que facilita la devolución de las cantidades anticipadas. En el caso presente tal situación incumplidora ha quedado precisada a la no terminación de la vivienda vendida en construcción por haberse paralizado las obras sin causa justificada y por tanto se está ante supuesto de construcción que no alcanzó buen fin, es decir el previsto y pactado en el contrato de adquisición".

Cumplidos por tanto los presupuestos para la ejecutividad del aval, constituido en fecha distinta y posterior a la del contrato de compraventa, no puede atenderse a requisitos formales no contemplados en la Ley y establecidos entre avalada y avalista sin intervención de las beneficiarias, pues supone de hecho una renuncia por parte de éstas a los derechos que, sin duda como consumidoras de un bien de primera necesidad, les reconoce la Ley 57/68, cuando lo cierto es que el artículo 7º de la misma ley establece que "los derechos que la presente ley otorga los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables", especialmente en lo referido al establecimiento de un plazo de validez del aval -hasta el 31 de agosto de 2.006- cuando la Ley es clara en que el efecto de la expedición de la cédula de habitabilidad es la cancelación del aval y por tanto en clara contravención de lo dispuesto en esa Ley de carácter tuitivo e irrenunciable, no pudiendo verse perjudicadas las consumidoras por un pacto entre avalista y promotora estableciendo un plazo de validez del aval restringido y superando los límites del plazo de entrega convenido en el contrato, vinculándolo a unos requerimientos no contemplados en la norma y excediendo las fechas pactadas, todo lo cual lleva a considerar que se vulnera la normativa contenida en la Ley 26/1.984, de 19 de julio, LGDCU, y lleva a reputar ex officio tales estipulaciones como nulas y que han de tenerse por no puestas, visto lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código



Civil, considerando el aval cuya ejecución se pretende plenamente válido, puesto que la limitación temporal de validez resulta ineficaz como óbice para la realización de un aval constituido conforme a lo dispuesto en la Ley, dentro de la finalidad de garantía de devolución de las cantidades adelantadas a cuenta caso de rescisión del contrato, y sin perjuicio de las relaciones entre avalista y avalado ajenas a la sustanciación de este pleito.

Por tanto la devolución de las cantidades a cuenta ha de ser asumida por la ejecutada, por efecto del aval bancario constituido, ya que es avalista solidaria respecto del deudor principal, sin perjuicio de las consecuencias derivadas de la naturaleza solidaria del propio aval.

Por todo ello, considerando inexistente la caducidad del aval, ha de ser estimado el recurso de apelación formulado.

CUARTO.- Al estimarse el recurso de apelación formulado y de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo por otra parte en cuenta la única intervención de las apelantes, no ha lugar a imposición de las costas causadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados, concordantes y de general y especial aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Olga Gutiérrez Álvarez, en nombre y representación de Doña Dolores , Doña Daniel , Doña Carlos Antonio y Doña Gabriela , contra el Auto dictado con fecha de 11 de abril de 2.007 por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de Primera Instancia núm. 26 de Madrid en los autos de Ejecución de título no judicial núm. 635/2.007 y REVOCAR el mismo para que se dicte otro en su lugar despachando la ejecución interesada frente al BANCO POPULAR HIPOTECARIO, S.A. por importe de 107.591,18 # de principal, más 15.986,87 # de intereses legales y 14.000 # presupuestados para intereses y costas, sin hacer imposición de las costas causadas en esta alzada.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. arriba referenciados. Doy fe.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico