



Roj: **AAP M 9188/2009** - ECLI: **ES:APM:2009:9188A**

Id Cendoj: **28079370112009200084**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **10/07/2009**

Nº de Recurso: **823/2008**

Nº de Resolución: **133/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CESAREO FRANCISCO DURO VENTURA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 11

MADRID

AUTO: 00133/2009

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION UNDECIMA CIVIL

AUTO Nº

Rollo: RECURSO DE APELACION 823/2008

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FELIX ALMAZAN LAFUENTE

D. JESUS GAVILAN LOPEZ

D. CESAREO DURO VENTURA

En MADRID, a diez de julio de dos mil nueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 11 de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de EJECUCION DE TITULOS NO JUDICIALES 986/2007, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 1 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 823/2008, en los que aparece como parte apelante D. Alejo representado por la Procuradora D^a. OLGA GUTIERREZ ALVAREZ, y como apelado BANCO POPULAR HIPOTECARIO, S.A. representado por la Procuradora D^a. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ, sobre reclamación de cantidad, y siendo Magistrado Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./D^a CESAREO DURO VENTURA

HECHOS

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

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Madrid, en fecha 8 de abril de 2008, se dictó auto , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimo la oposición formulada por la Procuradora Bueno Ramirez en nombre y representación del Banco Popular Hipotecario, S.A frente a la ejecución despachada a instancias de D. Alejo y en su virtud acuerdo dejar sin efecto la ejecución despachada a su instancia por Auto de 23-7-07. Todo ello con expresa condena en costas a la ejecutante."

SEGUNDO.- Notificado el mencionado auto, contra el mismo se interpuso recurso de apelación por Alejo , alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que se opuso. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el día 9 de julio de 2009, en que ha tenido lugar lo acordado.



TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales en ambas instancias.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Presentada demanda ejecutiva contra el Banco Popular Hipotecario S.A. por el actor como comprador de una vivienda y en ejecución del aval constituido por la vendedora Los Lagos de Santa María Golf S.L. para garantizar el buen fin de la promoción al amparo de la ley 57/1968, y con la alegación de haberse construido la promoción de forma irregular y carecer de la licencia de primera ocupación; despachada ocupación por auto de 23 de julio de 2007, se presentó por la ejecutada demanda de oposición alegando la nulidad radical del despacho de ejecución.

Se alega por el opositor que no se habría acompañado con la demanda el documento fehaciente exigido por la ley para acreditar la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda, siendo así que la obra se habría terminado el 15 de noviembre de 2005 según el certificado final de obra; asimismo se alegó la iliquidez de la deuda en relación con la liquidación de intereses practicada por el ejecutante. Por motivos de fondo se alegó por el opositor el cumplimiento por la promotora de la obligación garantizada, al haberse terminado la vivienda el 15 de noviembre de 2005, y haberse obtenido la licencia de primera ocupación por silencio positivo a fecha 19 de abril de 2006, por lo que en verdad el ejecutante pretendería una resolución improcedente del contrato suscrito; también se alega la caducidad del aval, pues en el mismo se establecería su validez hasta el 31 de diciembre de 2005, no habiéndose reclamado hasta el 13 de marzo de 2007.

Celebrado el juicio dicta la juez de instancia auto por el cual estima que la ejecutante no habría aportado el documento fehaciente que exige la ley para integrar el título ejecutivo, por lo que deja sin efecto la ejecución despachada con condena en costas a la parte ejecutante.

El recurso interpuesto contra esta resolución alega la infracción del artículo 560 de la LEC ; asimismo se alega infringir la resolución las normas relativas a los avales sobre cantidades entregadas a cuenta para construcción de la Ley 57/1968, pues se habría acreditado la ausencia de licencia de primera ocupación a la fecha pactada en el contrato, lo que reconocería la propia parte; se reseña la jurisprudencia que se estima de aplicación; se incide en la falta de valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral; se señala la distinción entre documento fehaciente y público; se argumenta sobre el auto de esta misma sección aportado en el acto del juicio; y se reseñan las razones que se opondrían a los motivos de fondo esgrimidos por el opositor a la ejecución y que la resolución de instancia no habría abordado.

La parte ejecutada y opositora se opone al recurso interesando la íntegra confirmación de la resolución.

SEGUNDO.- Debe ser objeto por tanto del presente recurso la determinación de si concurren los requisitos legalmente exigidos para el despacho de ejecución, toda vez que la juzgadora ha entendido que faltaría para integrar el título el documento fehaciente que acredite las condiciones de incumplimiento del contrato que permiten la efectividad del aval.

Desde luego las posturas de las partes han sido divergentes en esta consideración, y aún en la misma procedencia de la acción ejecutiva, pues para la ejecutada opositora se estaría en el presente supuesto en presencia de una decisión de resolución contractual por parte del ejecutante que no procedería por esta vía, que sería improcedente desde el momento en el que la vendedora promotora habría cumplido el contrato, y que tendría su origen en la frustración de expectativas económicas para quien adquirió como inversor. Esta posición de la ejecutada no se ve no obstante refrendada por la prueba practicada, esencialmente documental pero también por la testifical de quien era Arquitecto del Servicio de Urbanismo del Ayuntamiento de Marbella en la fecha en que se habría solicitado la licencia de primera ocupación del inmueble objeto del contrato de compraventa garantizado con el aval que se pretende ejecutar; y no solo eso, sino que podemos anticipar que la postura de defensa de aquel contrato que realiza el avalista se cohonesto mal con los propios términos del contrato, con la realidad constatada de un retraso importante en la terminación de la obra, y en los avatares derivados de la falta de sometimiento de la edificación al planeamiento urbanístico.

En el auto de esta Sala que aportó la ejecutante en el acto del juicio se examinaba un supuesto en el que en la instancia se había rechazado el despacho de la ejecución por caducidad del aval prestado, extremo que también en este caso se alega por la ejecutada; este hecho, el que se resuelva sobre la inadmisión a trámite de la ejecución y no sobre la oposición deducida sobre la misma, es indiferente desde el momento en el que el objeto del enjuiciamiento es el mismo, por lo que no asiste la razón a la juzgadora al no tener en cuenta esta resolución por este motivo, al margen de su libertad de criterio absolutamente respetable.

Lo cierto es que en aquella resolución, además de abordarse el tema de la caducidad del aval, nos referíamos también al documento fehaciente en los siguientes términos:



"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."

De este modo se partía de tales documentos como suficientes a los efectos de integrar el título ejecutivo, y esta misma consideración es procedente en el caso ahora enjuiciado; no se está en presencia de una alegación de falta de inicio de la edificación, sino que lo que se manifiesta es el transcurso del plazo convenido para la entrega sin que se haya llevado a cabo la misma, y aun la falta de buen fin de la edificación por su carencia de licencia de primera ocupación.

Se ha acreditado documentalmente con el contrato suscrito entre el ejecutante y la promotora vendedora (doc. número 2 de la demanda de ejecución) que la fecha de entrega de la vivienda era antes del 30 de septiembre de 2004, que podría prorrogarse hasta el 31 de diciembre de 2004; asimismo se aporta documental justificativa de que la obra llevada a cabo no es conforme con el Plan General, al haberse construido bloques plurifamiliares en terrenos calificados como Vivienda Unifamiliar Aislada (doc número 7 y 8), a consecuencia de lo cual la Comisión Municipal Permanente habría denegado en sesión de 19 de julio de 2006 la solicitud de licencia de primera ocupación por silencio positivo.

Estos documentos son bastantes para lograr la acreditación que la ley exige para la ejecución del aval prestado.

Como decíamos en el auto antes citado, de fecha 27 de diciembre de 2007:

"...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 las devoluciones 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".

TERCERO.- Estimado el recurso en esta cuestión queda por examinar si el resto de causas de oposición a la ejecución pueden prosperar, lo que ha de tener una respuesta negativa.

Ni existe la iliquidez que se denuncia por esta vía en relación con los intereses, habiéndose practicado la liquidación de acuerdo con las prescripciones legales, ni caben por otro lado los motivos de fondo invocados, que carecen de encaje legal.

En todo caso sobre la cuestión de la caducidad del aval se ha pronunciado esta Sala en la resolución antes dicha y en términos que hemos de reproducir ahora, no ya sólo por coherencia, sino por ser el criterio que la Sala asume en atención a la imperatividad de las normas aplicadas:

"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"

Y aún resta por considerar la alegación, que se hace como se dice a modo de oposición por motivos de fondo extramuros de las posibilidades legales de oposición a la demanda ejecutiva, relativa a la intención resolutoria infundada por el ejecutante, sobre la base de que la promotora habría cumplido con su contrato y que el ejecutante no habría cumplido el requerimiento para el otorgamiento de la escritura, estando la edificación con licencia de primera ocupación por silencio positivo.

Tal alegación de defensa del cumplimiento de las obligaciones de la promotora no se sustenta en prueba alguna, sino que antes al contrario la propia parte aporta, doc número 2 de la oposición, documentos que acreditan que el certificado final de obra se obtuvo en fecha 15 de noviembre de 2005, casi por tanto un año después de lo acordado. No se está por lo demás en presencia de un retraso ante el que pueda discutirse la facultad resolutoria; de un lado porque el comprador está actuando por vía de ejecución del aval prestado precisamente para el cumplimiento en tiempo de la obligación garantizada, y de otro lado porque no puede obviarse el hecho acreditado de que la promoción se llevó a cabo incumpliendo el Plan General, rechazándose la pretensión de que se otorgase licencia de primera ocupación por silencio positivo, rechazo que tiene su origen en el incumplimiento de la normativa urbanística. En estas condiciones quitar importancia al sometimiento a la legalidad urbanística, pretender que ello es cuestión que no afecta al comprador, o indicar que los avatares administrativos han ido permitiendo la adecuada ocupación de la promoción, son argumentos que no se pueden compartir en cuanto se muestran tolerantes con situaciones desgraciadamente no extrañas a nuestra realidad urbanística y de todo punto rechazables. Obvio nos parece insistir en el hecho de que el comprador de una vivienda no ha de verse sometido a avatar administrativo alguno, y tiene derecho a que la vivienda que adquiere se construya con respeto a la legalidad y así le sea entregada, con cuantas licencias requiera la ley; fácil sería para quien hace de la actividad bancaria su profesión exigir a aquellos a quienes avala el cumplimiento de las condiciones legales, y no oponer a los compradores cumplimientos inexistentes, o menos aun la asunción de situaciones intolerables de manifiestas irregularidades.

CUARTO.- La estimación del recurso de apelación formulado, y revocación del auto de instancia determina de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y 394 del mismo texto legal , la imposición a la ejecutada opositora de las costas de la primera instancia, sin declaración sobre las costas de esta apelación.

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 Sra. Gutiérrez Álvarez en la representación que ostenta de Alejo contra el Auto dictado con fecha de 8 de abril de 2.008 por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de Primera Instancia núm. 1 de Madrid en los autos de Ejecución de título no judicial núm 986/07, revocando el mismo, y por el presente, desestimamos la oposición deducida, acordando seguir adelante la ejecución despachada por auto de fecha de 23 de julio de 2007, con imposición a la opositora de las costas de primera instancia, y sin declaración de las de esta apelación.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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