

“La Garantía de las entregas a cuenta: su ejecutabilidad”

Francisco Manuel Pla Gil

Abogado de la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana

Índice de contenido

Resumen.....	1
Introducción.....	1
I. Las entregas a cuenta para la compraventa de viviendas, garantías y posibles consecuencias de la falta de las mismas. Carácter ejecutivo. Ejecutabilidad del aval y el interés aplicable.....	2
II. Elementos fundamentales en la forma adquirida por las garantías. Posturas encontradas frente al plazo de caducidad en el aval.....	6
III. Incumplimiento en los plazos de entrega y las consecuencias de una prórroga. Cambio del objeto garantizado.....	7
IV. El beneficiario del aval: persona física o jurídica. Destino de la vivienda. La postura del avalista.....	9

Resumen

El presente artículo analiza Ley 57/68, de 27 de julio, que tiene por objeto las entregas a cuenta anticipadas en la venta de viviendas, desde la perspectiva de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la vivienda de la Comunidad Valenciana en su artículo 15, y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación.

En el mismo se detallan características de los avales, su ejecutabilidad y consecuencias.

Introducción

Mucho se ha especulado a través de la construcción y la venta de viviendas de forma desmesurada, tal es así que la situación socio-económica actual es una consecuencia indiscutible de ello.

Si ya de por sí la decisión de comprar una vivienda no es fácil, esta viene unida en ocasiones a complicaciones de índole económico así como la falta de entrega de la misma en el plazo estipulado por parte de la promotora. Es aquí donde cobraría relevancia la figura del avalista, entendiendo no a la persona física sino a las entidades de crédito o financieras que avalan la posición del promotor y constructor a favor de los compradores. La relevancia de los avalistas es tal que gracias a ellos el engranaje ha seguido funcionando incluso en épocas adversas como la actual, ya sea por la financiación que prestan a las promotoras para acceder éstas a préstamos así como por las garantías sobre las entregas a cuenta.

No debemos olvidar pues la posición tan importante de los avalistas y de su fuerte presencia en la Comunidad Valenciana y las empresas que han logrado dicha financiación, ya que es en esta

Comunidad donde los índices de construcción han superado la media española.

Actualmente, y como lógico reflejo de la crisis financiera en la que nos encontramos inmersos, han adquirido una especial relevancia los problemas derivados de la necesidad de ejecución de avales en los que se encuentran implicadas las entidades de crédito y/o financieras, bien como sujetos pasivos, en el caso de requerir de pago a los avalistas de operaciones de crédito que han devenido impagadas, bien como sujetos activos, siendo en este caso dichas entidades las requeridas a hacer frente a sus obligaciones como garantes del incumplimiento de una obligación principal.

En este contexto, se ha considerado interesante elaborar un artículo en el que se resuman las características fundamentales de esta figura jurídica, en ocasiones poco conocidas, exponiendo aquellas cuestiones que han sido objeto de reflexión y estudio de los casos que se nos presentan diariamente, haciendo especial hincapié, por su actual recurrencia, en la problemática derivada del incumplimiento contractual por parte de vendedores de viviendas que habían recibido cantidades entregadas a cuenta del precio por parte de los compradores, cantidades que contaban o no con un aval especial creado específicamente por la Ley 57/1968, de 27 de julio.

I. Las entregas a cuenta para la compraventa de viviendas, garantías y posibles consecuencias de la falta de las mismas. Carácter ejecutivo. Ejecutabilidad del aval y el interés aplicable.

Habiendo hecho una mención sucinta a la sobradamente conocida situación económica que está atravesando la Comunidad Valenciana y en general nuestro País, es lógico que aquellas personas con intención de comprar un bien inmueble que no sea de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia habitual, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, obtengan del promotor una fianza o aval que garantice todas las cantidades que se entreguen a cuenta para la futura adjudicación del bien, viéndose así protegidos los posibles ahorros invertidos para dicha compra.

Es la propia persona del comprador la que debería de preocuparse por que las cantidades que haya entregado a cuenta para la adquisición de la vivienda estén garantizadas por la posible falta de entrega de la misma por parte del promotor y, en este punto, mucho tiene que ver la Ley 8/2004 de la Vivienda en la Comunidad Valenciana en su artículo 15 así como lo establecido en la propia Ley 57/68 y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación, en todas ellas se intenta dar cabida a todas las necesidades que surgen alrededor de la adquisición de la vivienda.

Debemos ser conscientes que el adquirir una vivienda es una decisión ya de por sí complicada e importante como para tener una visión clara de todas las posturas que se dan en dicha situación y sus posibles riesgos.

El comprador cuando compra una vivienda, bien sobre plano o bien en construcción, sabe que pueden surgir problemas de cierto índole tales como que el objeto no llegue a su fin, ya que o bien no se finalizan las viviendas, o tienen graves desperfectos que imposibilitan el uso propio como tal o bien que no cumplen con los plazos requeridos, por lo que es mayúscula la importancia de las garantías y la posición que se pueda tomar al respecto, no podemos dejar la garantía de las entregas a cuenta al arbitrio de lo que exprese el contrato de compraventa sino que deberá existir físicamente dicha garantía o aval, es el artículo 15 de la Ley 8/2004 de la Vivienda en la Comunidad Valenciana y el artículo 1 de la ley 57/68 donde así se establece, sin entrar en la decisión de quién debería ser el que solicite dicho aval. Por lo tanto, en los casos de incumplimiento del objeto en cuestión, es el propio artículo 3 de la Ley 57/68 el que regula la posibilidad que tiene el comprador de rescindir el

contrato por no haber cumplido el promotor con el objeto del mismo, pudiendo reclamar entonces las cantidades entregadas a cuenta siempre y cuando exista garantía, por eso se tendrá que tener muy en cuenta la forma que se le de al aval y por supuesto su contenido.

El aval tendrá que hacer referencia expresa al nombre del beneficiario, cantidades avaladas, objeto del aval, es muy importante que se identifiquen en el mismo todos los agentes que participan, generalmente, en la redacción del aval se hace referencia a una fecha de caducidad que nada tiene que ver con la realidad legal ya que no se podría dar una caducidad de la garantía hasta la concesión de la licencia de primera ocupación, tal y como así se desprende del artículo 4 de la ley 57/68. Ésta última viene a expresar como debería fundamentarse dicha garantía por lo que es una condición “sine qua non” tener muy clara la redacción del aval ya que de ello dependerá la rigidez en su interpretación y por lo tanto, la eficacia que pueda tener. Si un aval debe ser rígido en cuanto a su redacción y evitar así interpretaciones que pueden llevar a ambigüedad, no menos importante es la redacción del contrato de compraventa entre el comprador de la vivienda y la promotora, debiéndose tomar en consideración un contenido mínimo: obligación del promotor de devolver las cantidades anticipadas con sus intereses en caso de no cumplir con el plazo de entrega, referencia expresa del aval o contrato de seguro identificando el avalista o aseguradora, designación de la entidad bancaria o caja de ahorros e identificación de la cuenta en la que se ingresan las cantidades anticipadas, desde el mismo otorgamiento de dicho contrato el promotor tendrá que entregar al comprador el documento acreditativo de la garantía referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio y, en este sentido se pronuncia la Sentencia numero 192/2009 de 9 de julio, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), ponente Purificación Martorell Zulueta.

En la práctica y a colación de la posibilidad de la falta de existencia de una garantía específica, nos encontramos con situaciones que a mi entender dejan un vacío legal en la propia ley 57/68, se trata de aquellos casos en los que la garantía no consta físicamente pero en cambio el propio contrato de compraventa sí la cita, haciendo referencia a la póliza por la que la entidad avalista está garantizando las entregas a cuenta de toda la promoción, una línea de avales, sin hacer mención expresa al aval personalizado que se desprenda de dicha póliza o línea. Los artículos 1 y 2 de la citada Ley especifican quien viene a tener la obligación de prestar la garantía (promotor) y por lo tanto será quien deberá ofrecer el aval personalizado a cada comprador de viviendas de su promoción. Es cierto que en ocasiones si el comprador no solicita dicho aval, la propia promotora puede dejar al arbitrio del tiempo esta situación y así ver reducida la comisión que por cada aval tendría que pagar a la entidad avalista.

Esto es muy relativo, pues en virtud de lo expuesto, resulta difícil pensar que en ocasiones los compradores puedan basar la ejecutabilidad del aval en la póliza genérica, aún así, nos encontramos ante ello y por eso lo relativo del asunto. Bajo mi punto de vista, esta situación no obliga a la entidad avalista ya que no se corresponde con la realidad. En estos casos el agente avalista ve mermada su defensa, y por lo tanto su posición, cada vez que los juzgados admiten a trámite decisiones de este calibre y que afectarán a futuras reclamaciones.

Basándome en la posibilidad que tiene el comprador de reclamar al avalista sin tener físicamente una garantía en la que conste como beneficiario, no resulta fácil hablar de una sola postura en cuanto a las consecuencias de no tener garantizadas las entregas a cuenta, ya que si en un principio el no tener un aval físico dejaba al descubierto la fragilidad legal de defensa del comprador, en estos momentos nos encontramos ante una situación desbordada y por la que, cada vez más, hay juzgados que con sus dictámenes “anima” a aquellos quienes no tienen aval a considerar la postura de basarse en una póliza general que nada tiene que ver con la persona del comprador, al menos de forma

específica o determinada.

Habida cuenta de lo expuesto, parece ser que dicha situación consiste en determinar si la persona que reclama la garantía carece de acción jurídica por no estar en posesión de un documento que acredite la extensión individualizada del aval otorgado por la entidad avalista a las cantidades entregadas a cuenta por aquella. En estos casos, para la entidad avalista no se cumplen los requisitos para hacer efectiva la garantía, pues el último párrafo del artículo 2 de la ley 57/68 exige 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” y, en estos casos, no existe tal garantía específica sino una mención a la póliza genérica o línea de avales sin determinar siquiera a la persona. Esto entraría en contradicción con el régimen jurídico aplicable en la Comunidad Valenciana, que en su artículo 15 señala “la percepción por promotores o gestores de cantidades anticipadas a cuenta del precio, en las compraventas de viviendas efectuadas antes de iniciar la construcción o durante la misma, se garantizarán mediante un seguro o aval que indemnice el incumplimiento del contrato, en los términos establecidos por la Ley 57/1968, de 27 de julio, y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación, que será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. La garantía constituida se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, y su cobro se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley” es decir, este precepto no es tan determinante como el de la propia ley 57/68. En este sentido se pronuncian: la STS de 27 de mayo de 2004 (recurso 1927/1998), la SAP de Alicante (Sección 9ª) nº 331/2010, de 25 de junio (rollo nº 277/2010) y la SAP de Teruel (Sección 1ª) nº 2/2010, de 12 de enero (rollo nº 247/2009). A pesar de la multitud de jurisprudencia en la cuestión que nos ocupa, creo que la única forma más segura de garantizar la recuperación del dinero al consumidor sería estar en posesión de una póliza o certificado individual. En contratos de seguro de caución, como el reflejado en la Ley 57/1968, las compañías aseguradoras inician su vinculación con el tomador (promotor, gestor o cooperativa) en relación a una promoción inmobiliaria concreta mediante la contratación de una póliza colectiva (contrato marco o de cobertura) que establece las condiciones exigidas para la emisión de las pólizas o certificados individuales a favor de los consumidores. En dicha póliza colectiva se evalúa, por decirlo de alguna forma, la solvencia de la promoción. Un caso similar al que expongo en este párrafo se vio en la STS 2ª de 5 de abril de 1995 donde se absolvió a la entidad aseguradora de indemnizar a los compradores porque dicha entidad solo había emitido pólizas colectivas.

Desgraciadamente, a veces estas pólizas aparecen citadas en los contratos de compraventa pero, aunque aparenten algún tipo de garantía, realmente no sirven al consumidor si no van acompañadas del preceptivo certificado o póliza individual. Se debe solicitar siempre dicho documento, puesto que en alguna ocasión, tal y como ya he hecho referencia anteriormente, por el mero hecho de ahorrarse comisiones de emisión u otros gastos análogos, el promotor o gestor no lo tramita.

Es indiscutible la dificultad de encontrar una solución exacta a la controvertida situación y más teniendo en cuenta las distintas perspectivas judiciales, aunque si la posible falta de acción viene dada por no tener garantizadas las entregas a cuenta que se van realizando sobre la vivienda objeto de compraventa, con mayor razón deberíamos entrar en este punto a tratar los requisitos que hacen posible reclamar la garantía: en primer lugar imprescindible tener la garantía física, el aval, en la cual se haga constar claramente la persona del beneficiario y las cantidades, ser conocedores del estado actualizado de las obras, su ejecución, sin que se haya otorgado licencia de primera ocupación al respecto, de ahí que se necesiten ciertos documentos que para mayor seguridad se deberán aportar a la reclamación, esto es, el informe de técnico competente sobre el estado de las obras y certificación del ayuntamiento correspondiente en el que se especifique la concesión o no de

la citada licencia.

No solo es importante el tener aval personalizado, y evitar así las posibles consecuencias jurídicas de la falta del mismo, sino que debe tenerse presente la documentación que se acompañará a aquel para el carácter ejecutivo del mismo, en este sentido, la propia Ley 57/68, en su artículo 3, hace referencia a que "...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 la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho...", dando lugar a una ambigüedad en la fe de la documentación que debiera aportarse junto con el aval para poder llevar a cabo una acción ejecutiva pero, es mediante acuerdo adoptado por los Magistrados del Orden Jurisdiccional Civil de la Audiencia Provincial de Valencia, en la jornada sobre unificación de criterios celebrada el 9 de junio de 2.011, donde se establece con exactitud que se considerará documento fehaciente acreditativo de la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda, siendo estos la certificación del Ayuntamiento, la del Arquitecto director de la obra o el acta notarial correspondiente, todos ellos documentos necesarios y que se daban por entendidos a pesar de que no había un consenso como tal y que gracias a dicho acuerdo se deja constancia de ello.

Existen pronunciamientos judiciales dispares en cuanto a qué se entiende por documentos que acrediten la "no finalización o iniciación de la obra". Aunque hay resoluciones que con un simple burofax de requerimiento al promotor han permitido la ejecución judicial de la póliza (Auto de A.P. de Madrid de 29 de mayo de 2008), generalmente se recomienda el uso de documentos emitidos por Administraciones locales, institucionales o Juntas de Compensación que demuestren que a la fecha contractual prevista de entrega o inicio no había la autorización administrativa correspondiente y que las edificaciones no estaban concluidas.

Prueba de la prudencia y especialización que requieren estas ejecuciones es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 2009 que denegó la ejecución del aval porque las viviendas estaban terminadas con certificado de obra pero sin licencia de primera ocupación. Sirva también de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de octubre de 2009 que considera nula la ejecución por carecer el ejecutante del documento que acredite la no conclusión en plazo de la vivienda; todo ello a pesar de contar dicho ejecutante con un informe de la Comunidad Autónoma probando la ausencia de cédula de habitabilidad.

Cumplidos los distintos hechos para poder ejecutar un aval, de los que ya se ha hecho referencia en el presente, surge la dificultad de qué intereses se deberían aplicar al capital que se entregó a cuenta de la vivienda de cara a una hipotética ejecutabilidad del aval. En este sentido, el artículo 1, 1º, de la Ley 57/1968, dice que los promotores y vendedores que perciban cantidades a cuenta del precio de viviendas deberán «garantizar 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 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».

Bajo estas líneas podría decirse que aquellos beneficiarios de un aval amparado por la Ley 57/68 que hubiesen visto frustrado el objeto garantizado, esto sería, la entrega de la vivienda en el plazo establecido y sin la oportuna licencia de ocupación, bajo los aspectos ya tratados, estarían en plena libertad de solicitar no sólo las cantidades que habrían entregado a cuenta del precio, garantizadas por el aval, sino que además estarían aparentemente protegidos bajo el artículo 1, 1º de la citada Ley para exigir del avalista el 6% del interés anual sobre las cantidades entregadas. Pero a este aspecto se le debe hacer una puntualización muy importante para la figura del avalista, pues el establecer un

tipo fijo anual se entendería perjudicial para aquellos que garantizan las cantidades, por lo que el artículo 1,1º sufre una modificación por el que se sustituye el tipo fijo del 6% por «los intereses legales del dinero, vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución».

II. Elementos fundamentales en la forma adquirida por las garantías. Posturas encontradas frente al plazo de caducidad en el aval.

La propia garantía es un negocio jurídico superpuesto a un negocio jurídico principal. La causalidad ex art. 1261, 3º Código civil, impone la necesaria vinculación entre garantía y la obligación garantizada, cuyo afianzamiento es la causa de aquella. Dicha vinculación puede tener un carácter más o menos fuerte, con distintos grados de vinculación, pero nunca existir una desvinculación absoluta, pues si la garantía no trae causa de una obligación principal, sería un negocio nulo, y su imposible hipotética eficacia daría lugar a un enriquecimiento injusto del beneficiario, si llegase hacerse efectiva.

Otro elemento fundamental se encuentra en los principios de autonomía de la voluntad y de la libertad de pactos ex artículos 1254 y 1255 del Código civil, lo que hace primordial el texto de la garantía para identificar la naturaleza y determinar los efectos del mismo. De este modo el texto de la garantía debe:

- Permitir su calificación jurídica inequívoca.
- Posibilitar la identificación segura del régimen legal aplicable.
- Fijar duración o vigencia de la misma. Plazo de garantía.
- Plazo para su exigibilidad. Plazo de caducidad.
- Establecer requisitos para su exigibilidad, aportando documentación que debiera cumplir el beneficiario al reclamar el aval.

Respecto al plazo de caducidad del aval, es un plazo que suele hacerse referencia en las garantías aunque, según lo expresado por la propia Ley 57/68, art. 4º, no se podría dar una caducidad de la garantía hasta la concesión de la licencia de primera ocupación. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Auto 27 de diciembre de 2007, secc. 11ª, ponente Zarzuelo Descalzo) se estima la ejecución del aval aunque la Entidad Bancaria alega que esta caducado, en ella la Audiencia fundamenta que los derechos de la Ley son irrenunciables y la efectividad del aval queda condicionada a la obtención de la Cédula de Habitabilidad (Licencia de 1ª Ocupación) y no se puede condicionar a un plazo determinado, máxime cuando es un contrato que se firma entre avalado y avalista y no participa en ningún momento el comprador, por lo que considera no le puede perjudicar.

Por otro lado, esta postura entra en contradicción con los citados principios de autonomía de la voluntad y de la libertad de pactos según los artículos 1254 y 1255 del Código civil, ya que según estos preceptos la entidad avalista que garantiza la obligación principal pacta las condiciones del aval con su cliente, la promotora, que es quien tiene la obligación de poner a disposición del comprador este instrumento de garantía.

En este sentido se pueden dar ciertas dudas sobre la ejecutabilidad del aval una vez vencido el plazo por el que la entidad avalista se compromete a avalar las cantidades entregadas a cuenta pues no deja de ser un pacto entre promotor y entidad avalista, dejando fuera de la negociación al comprador que es en definitiva a quien beneficia el aval. De ahí la importancia de que el aval no lleve a confusión en su texto y se identifique de forma segura el régimen legal aplicable.

III. Incumplimiento en los plazos de entrega y las consecuencias de una prórroga. Cambio del objeto garantizado.

Como se ha venido diciendo, la razón por la que se ejecuta la garantía es por la falta de entrega de la vivienda en el plazo estipulado por las partes en el contrato de compraventa, esta es la realidad social que nos encontramos y la postura que debemos acentuar en este apartado, así se recoge en el artículo 3 de la ley 57/68 por el que no solo la falta de entrega de la vivienda trae causa para ejecutar sino también el que haya expirado el plazo de iniciación de las obras, lo que conduciría a no finalizarlas a tiempo y no constar por lo tanto licencia de primera ocupación, además en el artículo 16 de la Ley 8/2004 de la vivienda en la Comunidad Valenciana se especifica que un requisito indispensable para considerar finalizada la vivienda es la licencia de primera ocupación, por lo que no haberla conseguido en el plazo establecido en el contrato será causa de ejecutabilidad del aval.

El citado artículo 3 de la ley 57/68 no hace otra cosa que reiterarse en lo ya expuesto, el que no se hayan iniciado las obras a tiempo o la falta de entrega en plazo, estableciendo la facultad al comprador para bien optar por la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual (entendiéndose actualmente por los intereses legales del dinero, vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución), o bien por 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. Si no optara por la prórroga, la cual debería ser de forma expresa, lo hará por la de rescindir el contrato, dirigiéndose en dicho caso al deudor principal (el promotor) exigiendo dicha devolución, o por dirigirse contra el avalista solidario, con la misma finalidad, ejecutando en este último caso el aval (art. 3.2 de la ley 57/68).

Por ello es muy importante poner en el punto de mira que el ejercicio de la acción que se detalla en el art. 3 de la ley 57/68 se basa en datos totalmente de carácter objetivo: por una parte, la entrega por parte del comprador de las cantidades entregadas a cuenta que así se hayan estipulado en el contrato de compraventa; por otra, la expiración del plazo convenido para la entrega de la vivienda sin que ésta se haya realizado por el promotor. No hay que estar al carácter grave o no del incumplimiento ni la frustración o no de las expectativas del comprador, sino a la concurrencia de las circunstancias previstas en la ley 57/68. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de enero de 2.009, en un supuesto de cantidades anticipadas en la construcción, establece lo siguiente: “En conclusión, para estimar la acción de resolución de las compraventas no debemos estar al carácter grave del incumplimiento ni a la frustración de las expectativas de los compradores ni al carácter esencial del término para la entrega de la vivienda sino a los datos objetivos referidos, de un lado, al pago por parte de los compradores de todas las cantidades anticipadas pactadas en contrato y, de otro lado, a la expiración del plazo convenido para la entrega de la vivienda sin haberlo realizado por parte de la promotora”. Ello da mayor fuerza a lo estipulado en el artículo 1.1º de la Ley 57/68 “para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido”.

La ejecutabilidad del aval debe partir también del examen de los requisitos que han de concurrir para el éxito de la acción resolutoria que contempla el artículo 1.224 del Código civil, los cuales vienen especificados en la sentencia 100/2010 de la Audiencia Provincial de Valencia Sección Undécima de fecha 8 de marzo de 2.010 y otra del mismo tribunal 544/2009 de 30 de septiembre, estos son: 1/ Obligaciones recíprocas entre las partes que sean esencia de un negocio bilateral; 2/ Obligaciones recíprocas exigibles; 3/ Aquel que reclame la resolución haya cumplido lo que le

incumbía, como requisito legitimador para plantear la resolución contractual, ya que no está legitimado para instar dicha acción el contratante que incumple sus obligaciones; y 4/ Que la parte a la que se demande de resolución haya incumplido la prestación a la que contractualmente se hubiera comprometido. Este incumplimiento para que desemboque en la resolución contractual debe reunir una serie de características: a) que dicho incumplimiento sea propio del contratante a quien se le imputa; b) que sea culpable y c) que sea verdadero, es decir, no es suficiente que el supuesto incumplidor no ejecute voluntariamente la prestación a la que se obligó, sino que, además, se precisa que se trate de una infracción relevante, esencial, grave y de tal importancia en la economía y esencia del contrato que justifique la resolución, como así se desprende de reiterada jurisprudencia (SS.T.S. 25-11-83, 19-4-89, 10-11-90, 21-2-91, 26-9-94, 23-2-95, 2-10-95, 17-11-95, 26-1-96, 10-12-96, 10-5-00, 20-7-00, 11-3-02, 11-4-03, 13-5-04, 5-4-06, 14-3-08, 12-6-08, entre otras muchas), de modo que no se precisa un incumplimiento deliberadamente rebelde o una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, sino que basta una conducta voluntaria, injustificada y obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó.

Pero, no siempre resulta perjudicada la persona beneficiaria del aval sino que el avalista puede ver mermada su posición frente a una posible defensa en aquellos casos en los que el propio comprador es consciente de los retrasos que está sufriendo la promoción en la que tiene un inmueble y, lleva a cabo junto con el promotor un nuevo acuerdo al propio contrato de compraventa principal por el que, en este nuevo pacto, deciden prorrogar la fecha de entrega inicial de la vivienda con la consecuencia que ello supone para el avalista. En primer lugar, se estaría prorrogando el plazo de vigencia de la garantía que libremente pactaron promotor y entidad avalista y, en segundo lugar, es del todo evidente que se habría dejado fuera de toda negociación al avalista y sin mediar el consentimiento de este último con el perjuicio que ello supondría. Es primordial lo que dice el art. 1851 del Código civil para estos casos “la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza”, aunque así venga estipulado por el propio precepto, se estará a la propia interpretación que del mismo hagan los juzgados, de ello precisamente dependerá la propia redacción del aval y el régimen jurídico aplicable. No obstante, bajo estas circunstancias podría entenderse que la prórroga del plazo daría lugar a una novación extintiva de la obligación garantizada ex. Art. 1.207 C.c.

Es posible que nos encontremos con la dificultad añadida por la que no solo se haya prorrogado el plazo de entrega de la vivienda sin el consentimiento del avalista, sino que además, el comprador y vendedor en vistas al incumplimiento en el plazo de entrega de la vivienda objeto de la garantía, consensúen formalmente el cambio de la vivienda inicial por otra ya finalizada o a punto de hacerlo en la misma promoción. ¿Qué ocurre en estos casos cuando el promotor tampoco cumple con la entrega o simplemente el comprador decide ejecutar su aval por que considera frustrada su acción?, no son pocas las veces en las que el beneficiario del aval ejecuta el mismo dirigiéndose al avalista con la convicción de que la segunda vivienda está garantizada por el aval; a mi entender y como ya he citado anteriormente, estaríamos tratando dos puntos que invalidarían en cierto modo la ejecución:

- a. Por una parte la prórroga en el plazo de entrega ex art. 1.851 C.c.
- b. Y por otra, lo que supondría cambiar una vivienda por otra, es decir cambiar el objeto de lo puramente garantizado por el aval, artículo 1.827 C.c.

En ambos casos, estaríamos ante una novación extintiva cuyos efectos pasan por la extinción del contrato inicial ex art. 1.847 C.c y art. 1.207 del mismo cuerpo legal, así como por supuesto, que la propia fianza no se presume sino que debe ser expresa y no puede extenderse a más allá de lo contenido en ella ex art. 1.827 C.c, por lo que si el aval garantizaba las entregas a cuenta de una

vivienda distinta a la que posteriormente se formalizó entre comprador y promotor, es evidente que la ejecutabilidad del mismo no tendría base ya que no estaría garantizando la nueva vivienda sino otra totalmente distinta. En este sentido se ha pronunciado la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia 139/2011 de fecha 10 de marzo de 2.011 por la que se protege la posición del avalista en virtud de todo lo expuesto. A pesar de todo ello, siguen habiendo matizaciones al respecto.

IV. El beneficiario del aval: persona física o jurídica. Destino de la vivienda. La postura del avalista.

Hay que matizar en cuanto a lo que respecta la persona beneficiaria del aval, bien si ésta es física o bien si por el contrario se trata de una mercantil, en ambos casos, se les garantiza mediante el aval las entregas a cuenta que hagan para la adquisición de la vivienda pero, el avalista deberá ser consciente del destino que se le da a la vivienda objeto de compra, pues en función de ello el aval deberá vincularse a la Ley 57/68 o por contrario sin efectos de la misma. Puesto que es difícil saber la finalidad que le dará el beneficiario del aval a la vivienda, es lógico que en la redacción del aval deba estar muy patente el artículo 1º de la Ley 57/68 ya que es en este precepto donde se advierte expresamente el destino de la vivienda “que no sea de protección oficial, debe ser destinada a domicilio o residencia familiar con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial”.

Normalmente las personas físicas suelen comprar para uso habitual o familiar o como segunda residencia, en todos estos casos el aval deberá estar vinculado al citado precepto de la Ley 57/68 pero podría darse el caso que incluso la propia persona física comprase varias viviendas en una misma promoción o incluso en distintas, garantizándose las entregas a cuenta de todas ellas bajo la tutela de la Ley 57/68, es aquí donde entra la discordia, pues evidencia en la compra masiva de viviendas un carácter especulativo que nada tiene que ver con el tenor literal del art. 1º de la ley 57/68.

Si esto mismo ocurre con las personas físicas, es más generalizado en aquellos avales cuyos beneficiarios son mercantiles y adquieren viviendas para introducirlas en el mercado inmobiliario con la finalidad de obtener rendimiento con la misma o simplemente de adquirirla como inversión o como cualquier otro bien especulativo para aprovecharse en el futuro de la revalorización; es evidente que en estos casos la redacción del aval no debería incluir la mencionada ley 57/68, dejando la garantía fuera de la misma.

En todos los casos se vuelve a dar la importancia suprema y máxima que debe tener la forma y redacción del aval, es la propia entidad avalista la que debería estar interesada en saber todo aquello que haga posible una correcta redacción y por lo tanto aplicación de la citada ley, es complicado ya que en los tiempos de bonanza económica se firmaban avales diariamente garantizando entregas a cuenta y no se entraba en esta disyuntiva pero, a medida que nos hemos visto inmersos en la situación socio-económica por la que pasa nuestra sociedad, es más que palpable dicha realidad. Actualmente, los avalistas tienen otra forma de plantearse las operaciones y por lo tanto de redactar los avales en función de quien los adquiere y para que, su finalidad.

Con independencia de lo expuesto, es evidente que se tendrá que ver cada posición del beneficiario y estudiar individualizadamente los distintos casos de las personas o mercantiles que acudan a solicitar avales a la promotora en garantía de las entregas a cuenta, es decir, que el avalista no podrá saber exactamente la finalidad de cada beneficiario si no tiene la ayuda del avalado, en estos casos

suele ser la promotora, un pilar importante a la hora de solicitar los avales.

En definitiva, la Ley 57/68 protege a los consumidores de viviendas, esto es, a aquellas personas que adquieren la misma exclusivamente para su uso personal o familiar sin voluntad de adquirirla para introducirla en el mercado inmobiliario con el objeto de obtener rendimiento con la misma o simplemente de adquirirla como inversión o como cualquier otro bien especulativo para aprovecharse en el futuro de su revalorización. Por eso se ha considerado, con razón, que la ley 57/68 protege a los consumidores, destinatarios finales de la vivienda, debiendo diferenciarse al comprador que adquiere una vivienda para destinarla a ser su hogar y al empresario que, de modo habitual y profesional se dedica al tráfico de viviendas. Por tanto, no se puede aplicar cuando el adquirente pretende revender las viviendas adquiridas, o cuando lo hace simplemente como inversión inmobiliaria. Y así lo viene señalando el Tribunal Supremo, que la Ley 57/68 está prevista únicamente para aquellos supuestos en los que el adquirente es el destinatario final de la vivienda adquirida y, por tanto, no se puede aplicar cuando el adquirente pretende revender las viviendas adquiridas lucrándose con la diferencia de precio o inversión. También la jurisprudencia se ha referido a la necesidad de que el adquirente sea consumidor, destinatario final de la vivienda, actuando por tanto en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional y sin ánimo especulativo.