

COMPRAVENTA DE VIVIENDA: AVAL PARA LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA

M.^a DEL MAR CABREJAS GUIJARRO

*Magistrada del Juzgado n.º 55
de Primera Instancia de Madrid*

Extracto:

SE aborda en el presente caso práctico la naturaleza de los avales que, ex Ley 57/1968, se otorgan para afianzar la devolución de las cantidades entregadas por los compradores a cuenta para el pago de viviendas en construcción, en el supuesto de incumplimiento de los vendedores de su obligación principal, naturaleza que afectará a la admisión de la concurrencia de una cuestión prejudicial civil, si, instada la reclamación del aval, se ha instado a su vez la acción de resolución del contrato de compraventa.

Palabras clave: aval a primer requerimiento, prejudicialidad civil.

Abstract:

THE nature of the endorsements approaches in the present practical case that, ex-Law 57/1968, are granted to guarantee the return of the quantities delivered by the buyers to account for the payment of housings in construction, in the supposition of breach of the sellers of his principal obligation, nature that will concern the admission of the concurrence of a requiring a preliminary examination civil question, if, urged the claim of the endorsement, there has been urged in turn the action of resolution of the contract of sale.

Keywords: endorsement to the first requirement, preliminary examination civil question.

ENUNCIADO

Habiéndose iniciado un procedimiento por un comprador de vivienda contra la entidad bancaria que prestó el aval para la devolución de las entidades entregadas a cuenta al amparo de lo establecido en la Ley 57/1968, se plantea por la parte demandada la concurrencia de prejudicialidad civil en relación con otro procedimiento ordinario instado por la misma parte actora contra la entidad vendedora del inmueble a fin de que se resuelva el contrato de compraventa por incumplimiento de su obligación de entrega en plazo.

CUESTIONES PLANTEADAS:

- Prejudicialidad civil:
 - Aval Ley 57/1968.
 - Aval a primer requerimiento.

SOLUCIÓN

La cuestión esencial a resolver en el presente caso es la naturaleza del aval constituido, en tanto si concluimos que se trata de un aval a primer requerimiento, carecería de efecto suspensivo el procedimiento instado por la compradora para resolver el contrato de compraventa.

Pues bien, lo primero que hemos de afirmar es que el aval reclamado en el presente caso se constituyó al amparo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; dicho aval tiene como finalidad garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 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. Así el artículo 3 de la citada ley establece que, expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por 100 de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

Habiendo instado la parte actora un procedimiento contra la entidad vendedora en el que solicita la resolución del contrato por haber incumplido la vendedora su obligación de entrega en el plazo pactado, y hallándose tal demanda en tramitación, la parte demandada, en el procedimiento que ilustra el presente caso práctico, alega la concurrencia de cuestión prejudicial, al deber ser resuelto con carácter previo a la condena a pago de las sumas avaladas la existencia de la causa que constituye la propia obligación de pago.

Visto lo expuesto, la cuestión litigiosa, en tanto la relación directa, ex artículo 43 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, es clara y evidente, se concreta en analizar la naturaleza del aval objeto de reclamación en la presente litis y ello, en tanto si nos hallásemos ante un aval a primer requerimiento, no podría su reclamación verse afectada por la relación contractual subyacente.

Como ha establecido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2002: «La jurisprudencia ha sido reiterada respecto al aval a primer requerimiento. El concepto es expresado por las Sentencias de 27 de octubre de 1992, 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000: es una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1.255 del Código Civil, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan solo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía.

Ciertamente, han sido numerosas las sentencias en que se han declarado que se trataba de un aval a primer requerimiento: así, las de 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000. En el caso presente, también se debe declarar así. Destacando estas sentencias donde la calificación del contrato corresponde al Tribunal de Instancia: así, especialmente, la de 3 de mayo de 1999. La Sentencia de 27 de octubre de 1992, citada específicamente en el recurso, como la de 14 de noviembre de 1989, abonan la presencia de un aval a primer requerimiento, cuya doctrina no ha sido quebrantada por la sentencia recurrida, en el presente caso.

Todas las sentencias citadas destacan el carácter independiente, no accesorio, del aval a primer requerimiento, como una nueva modalidad de garantía personal, por la que el fiador realiza el pago al beneficiario, como obligación distinta del contrato cuyo cumplimiento ha sido garantizado: lo reitera las Sentencias de 12 de julio de 2001 y 29 de abril de 2002».

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Undécima, de 14 de enero de 2005, estableció que: «Entiende la Sala que una vez examinado el contrato litigioso, que responde a la denominación: Póliza de Garantía, y que figura inserto su original al folio 11 de autos, deducimos que se trata de una fianza en garantía de deuda futura (art. 1.825 CC) en que se releva al fiador del beneficio de excusión, orden y división, según consta en su pacto octavo. El artículo 1.840 del Código Civil establece que, si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá este hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago. Sin embargo, el pacto primero del contrato celebrado entre el banco que afianza y los deudores afianzados responde al generalmente llamado aval a primer requerimiento, con exclusión de los efectos del artículo 1.840 citado, modalidad cuya validez está expresamente admitida por la jurisprudencia (STS de 14 de noviembre de 1989 y 27 de octubre de 1992, así como, entre otras, la SAP de Huelva de 25 de mayo de 2000, Secc. 2.^ª, núm. 179/2000, rec. 232/1999), cuyo principal efecto es objetivar la existencia de la deuda que reclama el acreedor y garantizar la inmunidad del fiador a las acciones que sobre la existencia del débito podría oponer el deudor».

Siguiendo la doctrina expuesta por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, de 9 de julio de 2009, hemos de recordar, en primer lugar, que el documento no recoge que la garantía otorgada a favor de la actora sea un «aval a primer requerimiento», sino que establece expresamente que se trata de una fianza solidaria en los términos previstos en la Ley 57/1968, de 28 de julio; así, no solo no se hace expresión alguna similar a las que suelen ser habituales en el marco de los avales a primer requerimiento tales como: «el pago de la garantía se producirá ante la primera reclamación del beneficiario en tal sentido, sin que por el garante puedan oponerse excepciones de ningún tipo», sino que se establece que el avalista abonará al beneficiario la cantidad garantizada en el plazo de diez días hábiles desde aquel en que reciba requerimiento por conducto notarial del beneficiario en el que se acompañe documento justificativo de haber resuelto el contrato de compraventa, resolución que se encuentra pendiente en el procedimiento ordinario alegado por la demanda e iniciado por la actora.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 8 de marzo de 2001 (Ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta), tras referirse a la normativa objeto de aplicación a este caso, dice que de la misma «... se infiere, que la motivación esencial y social de dicha ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda –bien generalmente esencial para la vida–, que esta en fase de planificación o construcción. Por ello, para su aplicación, únicamente se exige como condición indispensable, que se hayan entregado sumas determinadas en concreto y que la construcción de la vivienda no se inició o no se concluyó...» a lo que añade «... no se puede olvidar que en el presente caso, como en general cuando se aplica la Ley de 27 de julio de 1.968, se han de contemplar dos negocios jurídicos, el originario –compraventa de la vivienda– y el derivado –formalización de un seguro–, cuya concatenación tiene como única finalidad la defensa del comprador en el aspecto de ser reintegrado de sus anticipos del pago del precio para el caso de que la vivienda no se construya o no se pueda ocupar». De nuevo hemos de recordar que la característica del aval a primer requerimiento, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, es la de dar nacimiento a una obligación de garantía que pierde su carácter accesorio de la obligación principal (la obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial), por lo que no es menester que para la efectividad de la garantía se demuestre el incumplimiento de la obligación garantizada, sino

que basta con la reclamación del deudor para hacer efectivo el cumplimiento de esta (SSTS de 11 de julio de 1983, 14 de noviembre de 1989, 2 de octubre de 1990, 27 de octubre de 1992, 3 de mayo y 10 de noviembre de 1999, 17 de febrero, 30 de marzo, 5 de julio y 13 de diciembre de 2000, 12 de julio y 14 de noviembre de 2001, 29 de abril y 5 de julio de 2002, 31 de mayo y 12 de noviembre de 2003, 28 de mayo de 2004 y 27 de septiembre y 9 de diciembre de 2005).

Así, de lo expuesto cabe concluir que el aval a primer requerimiento, como garantía atípica admisible en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad (arts. 7.º y 1.255 del Código Civil), no puede desvincularse en cualquier circunstancia –al menos cuando no se ha incluido la cláusula «sin excepciones»– de la obligación garantizada que constituye su objeto, pues la exigencia del carácter expreso de la fianza (art. 1.827), aplicable a esta modalidad contractual, determina que la obligación del garante no pueda extenderse más allá de lo que constituye su objeto (según declara expresamente la STS de 27 de septiembre de 2005) y frente a la reclamación el avalista puede oponer aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, cuya prueba le corresponde, pues así lo exigen los principios de buena fe contractual (art. 1.258 CC) y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7.2 CC), ya que en semejantes circunstancias la ejecución de la garantía sería abusiva o fraudulenta y susceptible de ser paralizada mediante la *exceptio doli* (excepción de dolo), que constituye una limitación que afecta incluso a los negocios abstractos, categoría en la que ni siquiera parece que pueda incluirse el aval a primer requerimiento, a falta de una expresa regulación legal, dado el tenor del artículo 1.277 del Código Civil.

De todo lo expuesto hemos de concluir que, no hallándonos ante un supuesto de aval a primer requerimiento y estableciéndose en el mismo documento como requisito de pago la acreditación de la resolución del contrato, siendo la misma objeto de otro procedimiento en la actualidad instado por la propia actora, ha lugar a apreciar la cuestión prejudicial civil alegada.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 57/1968 (percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas), art. 3.
- SSTS de 8 de marzo y 12 de julio de 2001 y 29 de abril y 5 de julio de 2002.
- SSAP de Madrid, Secc. 11.ª, de 14 de enero de 2005 y de Valencia, Secc. 9.ª, de 9 de julio de 2009.