



La Ejecución de avales de la  
Ley 57/1968.

Carlos Cómitre Couto  
Cyclo Formación



<u>Índice</u>	<u>Pág.</u>
0- Exposición de motivos...	5
1- Los derechos irrenunciables de la Ley 57/1.968.	9
2- La falta de efectos civiles/penales de la Ley.	17
3- Aval y seguro, dos casos distintos	21
4- Declaración de cláusulas abusivas en procedimiento ejecutivo.	31
5- Art. 517 LEC Aval/seguro como documento ejecutivo.	41
6- Admisión de la demanda y Despacho de ejecución.	45
7- La oposición a la ejecución y señalamiento de vista.	55
8- La falta de aval como causa de resolución.	65
9- La ejecución de garantías ante un promotor en concurso.	69
10- Novedades jurisprudenciales en la ejecución de avales.	73
11- Anexo I- Auto AP Madrid	75
12- Anexo II- Auto AP Madrid	81
13- Anexo III- Auto AP Madrid	89
14- Anexo IV- Ley 57/1968 texto completo.	93
15- Anexo V- Ley Ordenación de Edificación.	99
16- Anexo VI- Diferentes leyes autonómicas de Sociedades Cooperativas.	101

## **9.- La ejecución de la garantía ante el caso de un promotor declarado en concurso de acreedores.**

Partiendo del hecho de que si el promotor no ha entregado las garantías obligatorias debería ser de aplicación la antecitada doctrina de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sentencia de 12 de Junio de 2.006), y por tanto, los administradores de la mercantil podrían responder personalmente como responsables solidarios (o, incluso, según dicha doctrina, responder penalmente ante la no devolución de las cantidades si estas no han sido debidamente depositadas), nos encontraremos en no pocos casos de un promotor en concurso con garantías otorgadas, y quizás con procedimientos ejecutivos en ciernes.

La experiencia en un futuro próximo nos deparará cuál será la línea jurisprudencial en lo que sin duda ocurrirá en más de una ocasión. Careciendo de precedentes podemos si acaso anticipar en teoría cuáles son las posiciones teóricas en este campo, visto que la redacción actual de la Ley que analizamos es anterior (muy anterior) a nuestra Ley Concursal hoy vigente y no prevé esta circunstancia (¿o sí?).

Partamos desde el Punto de vista expuesto por el Magistrado (hoy en excedencia) que fue titular del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Málaga, D. Enrique

Sanjuán y Muñoz, en su recientísima obra “Concurso de acreedores en el sector de la construcción”, quien dedica todo un capítulo a la ejecución de avales.

En dicho análisis el brillante Juzgador parte de la premisa de considerar que la “rescisión” que operaría en virtud del artículo 3 de la Ley 57/1.968 se refiere realmente a un supuesto de “resolución” (sustituyendo los criterios del artículo 3 de la Ley 57/1968 por los del artículo 1124 del Código Civil), refiriéndose a una Sentencia de la AP de Barcelona de 20 de Julio de 2.007.

También considerará como contratos vinculados el de compra-venta y el de garantía, por lo que llega a la conclusión de que, si el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso “permitiría la ejecución del aval ante los tribunales” pero dicha ejecución no sería posible “en supuestos en que no se haya resuelto el contrato con anterioridad o en supuestos de incumplimiento anterior que se ponga de manifiesto tras la declaración del concurso”.

Según esta posición, la declaración del concurso significaría un antes y un después en el marco de una reclamación contra un aval.

Sin embargo, no podemos si no disentir del criterio anterior, en ambos sentidos.

Es cierto que la Ley 57/1968 es antigua, pero sin duda es más cierto que el concepto de “rescisión” y

el de “resolución” lo son aún más, de modo que si el legislador optó por otorgar el derecho del comprador a “rescindir” el contrato de compra-venta, supone que le otorgó el derecho a “Dejar sin efecto” el contrato.

Así, el artículo 1.290 del Código Civil nos dice que “Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley” (y desde luego la Ley 57/1968 habilita esta posibilidad), y el artículo 1.291 volverá a referirse a la Ley como presupuesto habilitante. La acción rescisoria llevará aparejada la obligación, ex – art. 1.295 de devolución de lo anticipado, para lo cual se estableció la obligación de garantía.

En el segundo aspecto, procesalmente le vemos a la postura defendida por el Magistrado, y en principio, un problema técnico: El promotor-concursado no es parte del procedimiento de ejecución, ni en los artículos 560 y 561 de la LEC figuran como causa de oposición la insolvencia de un tercero. Tampoco la insolvencia propia ha de considerarse causa justificada del retraso en la entrega de la vivienda.

Si bien es cierto que la Ley 57/1968 y la Orden Ministerial que lo desarrolla otorga facultades de retención al pagador-garante, no es más cierto que dichas facultades surgen después de realizado el pago y devuelto el dinero al comprador, por lo que el problema deberá de ser posteriormente del banco o asegurador.

Lo contrario sería privar de protección al consumidor que, si ha tenido “suerte”, cuenta con la garantía obligatoria, y proteger a la entidad financiera-garante, que sin duda debió de analizar el riesgo de la operación de garantía y, por tanto, el riesgo de insolvencia del garantizado.

Este fue el criterio adoptado por el Juzgado de Primera Instancia Número 6 de Madrid, en su Auto de 15 de diciembre de 2.009, dictado ante la interposición de una declinatoria por competencia objetiva instada por la compañía de seguros en el seno de un procedimiento ejecutivo (indicando como competente el Juzgado Mercantil, al estar el promotor en concurso), auto que desestima los planteamientos del asegurador puesto que, según indica en sus Fundamentos de Derecho “en nada afecta, como título ejecutivo, la situación económica del tomador o que se encuentre en concurso de acreedores, ya que en otro caso quedaría desvirtuada la finalidad de la ley 57/1968 de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes de una vivienda aún no construida...”

Sin duda será la jurisprudencia quien caminará por uno o por otro camino, pero viendo la disparidad de criterios que pueden aplicarse a la calificación del crédito de un comprador de viviendas en un supuesto de concurso de la entidad promotora, (ver conclusiones del Congreso de Derecho Concursal celebrado en Antequera, Málaga, el pasado mes de Abril de 2009),

llegamos a la conclusión de que, posiblemente será la ejecución del aval la única garantía de que el comprador recupere sus ahorros.

De hecho, es denunciable la falta de protección específica en nuestra Ley Concursal para los créditos del consumidor.

Declarado el concurso de acreedores, el consumidor – adquirente, y quien ha mantenido con sus ahorros el negocio cuyo concurso se declara, financiándolo del mismo modo que las entidades financieras, descubrirá que, posiblemente, sea el último en cobrar.

Esa discriminación de garantías que da preferencia al banco-financiador frente al consumidor-financiador, resulta incompatible con una protección eficaz de los Derechos y Garantías del Consumidor.

Pero eso será objeto de otra exposición, aprovechando para dejarlo avanzado como elemento de reflexión.