

El Seguro de Caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento contractual



Ignacio Pérez Calvo
Abogado. Doctor en Derecho

Sumario

I. Introducción

II. Operativa y funcionamiento negocial

1. Formalización del seguro. El denominado sistema de doble póliza.
2. Abstracción de la garantía a través del reconocimiento de carácter de título ejecutivo al certificado individual.

III. Dificultades que plantea la objetivación del concepto de incumplimiento en la compraventa de viviendas

1. La no entrega de la vivienda como presupuesto de incumplimiento para la ejecución de la garantía.
2. El concepto civil de incumplimiento contractual.
3. Determinación jurisprudencial del documento que acredita la no entrega de la vivienda.

IV. Cambio de escenario y nueva realidad socio-económica

V. La Ley 57/1968 y revisión de la idoneidad de atribuir carácter ejecutivo al certificado individual

1. Fundamento e interés jurídico protegido por la Ley 57/1968. Justificación de la imposición legal del concierto obligatorio del seguro.
2. Idoneidad de atribuir carácter ejecutivo al certificado individual del seguro.

VI. Conclusiones

I.- Introducción

Dentro de las distintas tipologías o modalidades del seguro de caución, se encuentra la del denominado¹ afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas, o seguro de caución de la Ley 57/1968², seguro que, en síntesis y en lo que aquí interesa, tiene por objeto garantizar la devolución de las cantidades entregadas por los compradores a cuenta del precio de las viviendas, en el caso de que los promotores de las mismas incumplan la obligación asumida en el contrato privado de compraventa del inicio de la construcción o de la terminación de la misma u obtención de la licencia de primera ocupación, en el plazo convenido en el propio contrato de compraventa.

Como todo seguro de caución, previsto normativamente en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro³, tiene por objeto asegurar un cumplimiento, y, en este caso, lo que se asegura es el cumplimiento por parte del tomador del seguro –la promotora inmobiliaria– de las obligaciones contractuales o legales contraídas con los asegurados –los compradores de las viviendas– asumiendo el compromiso de indemnizar, en caso de incumplimiento, los perjuicios que ese incumplimiento haya originado, perjuicios que, en esta tipología de seguro, se concretan en las cantidades anticipadas por los compra-

dores de las viviendas más los intereses de esas cantidades.

Sin embargo, la auténtica especialidad de esta modalidad de caución, que lo diferencia de cualquier otra tipología de este seguro, es que éste de afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas, a pesar de estar formalizado entre operadores de carácter privado⁴, se trata de un seguro de concierto por imperativo legal; disposición legal que no solo impone su necesario concierto y formalización cuando por un promotor se proceda a iniciar un proceso constructivo de viviendas destinadas a domicilio o residencia de carácter familiar, sino que además establece el objeto de aseguramiento, el riesgo asegurado, así como el contenido mínimo del seguro.

Así lo viene a imponer la Ley 57/68, de 27 de julio (RCL 1968/1335) disposición legal que en su primer artículo dispone que “*Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes: Primera. Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento 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*”, extendiendo el artículo segundo de la citada Ley, el objeto de aseguramiento también a la obtención de la licencia de primera ocupación en ese mismo plazo⁵.

¹ Así se refiere a él la Orden de 29 de noviembre de 1968 (RCL 1968/2108) uno de los pocos cuerpos legislativos que se refieren a este tipo de seguro, legislación complementaria a la Ley 57/68. Orden que se denomina *Seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para su construcción*.

² Impropiamente se denomina en ocasiones como el seguro de caución de la construcción, lo que no es correcto en tanto en cuanto, en el ámbito referente a la construcción puede concurrir, no solo este tipo de seguro sino también los seguros previstos en la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, RLC 1999/2799 que regula la Ordenación de la Edificación (LOE), en concreto en su art. 19 respecto a las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción –aseguramiento obligatorio en los términos previstos en la Disposición adicional segunda de dicha Ley– o, más indirectamente, la Ley 4/2012, RCL 2012/946 sobre Alojamientos Turísticos que también establece un aseguramiento obligatorio aunque lo fuese de forma más específico en su antecedente legislativo - la Ley 42/1998 de 15 de diciembre, RCL 1998/2916 que regula los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y que establecía el aseguramiento de las cantidades entregadas a cuenta de la construcción en este tipo de contratación.

³ Precepto según el cual, por el seguro de caución “*el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro*”.

⁴ Resulta una especialidad en tanto en cuanto se formaliza entre operadores privados, ya que cuando se trata de contratación con el Sector Público, es normal que sea la Ley la que disponga su necesaria formalización para contratar con la Administración, y así, a título de ejemplo, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, destina el Título IV a la garantías exigibles en la contratación con el sector público, y más concretamente, el Capítulo I se refiere a las garantías a prestar en los contratos celebrados con la Administración Pública, especificando el art. 96.1 c) expresamente el seguro de caución como garantía admitida, regulando el régimen y contenido del seguro el art. 97.

⁵ Ámbito de aplicación de la Ley 57/1968 extendido a la construcción de viviendas en ‘régimen de comunidad’ o a través de cooperativas, por Decreto 3114/1968 dictado al

La referida imposición legal no solo proviene de la vigente, aunque ciertamente vetusta, Ley 57/1968, sino que además ha venido a ser refrendada por la Ley 38/1999 de 5 de noviembre que regula la Ordenación de la Edificación (LOE), la cual, en su disposición adicional primera, establece que “la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968 de 27 de julio (RCL 1968/1335), sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, disposición que, por lo tanto, mantiene la expresa vigencia de la regulación anterior estableciéndose al respecto, tan solo, unas pequeñas modificaciones⁶.

En suma, con este seguro por expresa disposición legal se establece la obligatoriedad de suscribir el seguro, siendo también la propia Ley la que determina el contenido del mismo, a saber: las partes contratantes y lo que se garantiza con el mismo, esto es, la devolución de las cantidades entregadas por el comprador para la adquisición de la vivienda, en el supuesto de que por parte del promotor se incumpla el contrato respecto a las obligaciones asumidas por éste del inicio de la construcción o de la terminación de la misma y la obtención de la licencia de primera ocupación, en el plazo convenido en el contrato privado de compraventa.

Por ello y a la luz de esta regulación normativa, se puede constatar cómo es la Ley y no la voluntad de las partes, la que establece y concreta el objeto y los términos del aseguramiento. Es decir, el concierto y contenido de este seguro no proviene de un consenso de voluntades entre los contratantes que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, deciden establecer la relación jurídica y al mismo tiempo establecen el contenido exacto de ese negocio, esto es, la forma concreta de regularse entre ellos. Antes al contrario, este seguro se concierta por imperativo legal, porque así lo dispone el Orden Jurídico ya que estima que existe un interés jurídico específico digno de una especial protección –en este caso la protección de los compradores ante posibles abusos de

los promotores– que hace necesaria su intervención.

La razón de ser de esta intervención del Orden Jurídico la expone la propia ley 57/1968 en su Preámbulo a modo de Exposición de Motivos, donde explica que su dictado obedecía a la *justificada alarma que en la opinión pública* había producido la *reiterada comisión de abusos* que constituía una *grave alteración de la convivencia social*, explicando por ello que la finalidad que perseguía la ley era la de establecer *normas preventivas que garantizaran la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto*⁷.

Es decir, el fundamento último de la Ley, su auténtica razón de ser, obedecía al intento de evitar los abusos que se estaban produciendo por los promotores de viviendas que estaban percibiendo cantidades anticipadas de los compradores de las mismas, tanto antes de iniciarse como durante su construcción, sin ningún mecanismo de garantía, y por tanto acaeciendo casos en los que, algunos de ellos, de forma fraudulenta estaban haciendo suyas esas cantidades anticipadas por los compradores sin destinarlas a su fin propio, es decir, sin destinarlas a la construcción. Esta situación justificaba la inmediata intervención del Orden Público para establecer mecanismos de garantía que no solo protegiesen al comprador, sino que además borrarán esa *justificada alarma social* que dichos abusos estaban ocasionando⁸.

Esta característica o singularidad condicionará toda la estructura de este negocio jurídico, ya

⁷ La citada Exposición de Motivos literalmente dice así: “*Es frecuente en los contratos de cesión de viviendas que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella. La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto*”.

⁸ Por ello se establece en el artículo 1 apartado 2º de la Ley, el control mediante el ingreso de esas cantidades en cuenta bancaria especial de la que no se puede disponer si no es con finalidad relacionada con la propia construcción de las viviendas y con el consiguiente deber de control por parte de la entidad bancaria.

amparo de la disposición adicional de la Ley precisamente en orden a adaptar la aplicación de la misma a las comunidades y cooperativas de viviendas.

⁶ Siendo las primordiales, la confirmación de la extensión de la aplicación de esta normativa a la promoción de toda clase de viviendas –incluidas las realizadas en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa– la extensión de la garantía a las cantidades entregadas en efectivo metálico, la supresión del interés previsto al tipo fijo del 6% sustituyéndolo por el legal del dinero, y por último las multas por la no concertación del seguro a lo que haremos mención más adelante.

que aunque sea formalizado para regular relaciones jurídicas privadas, al ser producto de la intervención del Orden Jurídico y por ello representar un interés regulado normativamente, su control y aplicación por los Tribunales, en orden a concretar su contenido y efectos, no solo atenderá a lo querido o pretendido por las partes con el negocio, sino que atenderá principalmente a su regulación normativa, como representación objetiva del interés común representado en la misma.

Ejemplo claro de lo anterior lo constituye la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de septiembre de 2013, Sentencia en la que, enjuiciando esta tipología de seguro de la Ley 57/1968 y su posible aplicación a supuestos de cooperativas de viviendas, se relega el propio contenido del contrato, en concreto el propio texto de los certificados individuales, frente a su regulación normativa dando preferencia a los cuerpos legislativos que lo regulan en detrimento de la voluntad de las partes presuntamente⁹ plasmada en el contrato y, en suma, primando el interés preferente referido a un valor o factor social como la convivencia social, con su relevancia jurídica plasmada tanto en el texto de la Ley como en su espíritu y finalidad recogido en su Exposición de Motivos, frente a una concepción individualista del negocio como medio de autorregulación de las partes de sus intereses privados.

Por todo ello, es decir, porque es característica de este seguro que se trata de un seguro obligatorio regulado normativamente, es por lo que cualquier análisis que se haga del mismo deberá estar condicionado y enfocado bajo este prisma.

II. Operativa y funcionamiento comercial

1. Formalización del seguro. El denominado sistema de doble póliza

Con independencia de su regulación normativa, esta modalidad aseguradora de la Ley 57/68, al igual que ocurre con los seguros de caución en su modalidad “general”, se configura con tres partes contratantes. Por un lado, la aseguradora, que contrata el seguro con el promotor y responde ante los compradores una vez

haya expedido a su favor el correspondiente certificado individual relativo a cada una de las viviendas. Por otro lado el promotor, que además de ser el tomador de la póliza es el obligado principal cuyo cumplimiento está garantizado por el seguro. Y por último, los beneficiarios del mismo, esto es los asegurados o compradores de las viviendas que con dicho seguro tienen garantizado el cumplimiento del promotor o en caso contrario la acción contra la aseguradora para verse resarcidos de los daños por su incumplimiento, con la devolución de las cantidades por ellos entregadas para la adquisición de las viviendas.

Por ello, este tipo de seguro también se configura al amparo del artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro, en el que tomador y asegurado son distintas personas con obligaciones y deberes diferenciados, aunque esta modalidad de la Ley 57/68, presenta la especialidad de que se formaliza mediante el denominado sistema de doble póliza, es decir, una póliza global suscrita entre asegurador y tomador o promotor, relativa a toda la promoción de viviendas, y la impropia llamada póliza individual –o propiamente denominados certificados individuales¹⁰– que se expiden para cada uno de los compradores de las viviendas¹¹.

De ahí que esta modalidad de la Ley 57/68 se configure como un seguro de grupo, seguro por el que la póliza colectiva, que es la formalizada entre la promotora y la aseguradora, es flotante o global, toda vez que tiene por objeto toda la promoción inmobiliaria, mientras que la llamada póliza individual, es decir el certifica-

¹⁰ Así se refiere a ella, y así la denomina expresamente –póliza individual– la Orden de 29 de noviembre de 1968 en su artículo 2 apartado b), a pesar de que esta nomenclatura haya sido objeto de censura, por ejemplo por **MALDONADO MOLINA**, quien considera un equívoco denominarla póliza individual, **MALDONADO MOLINA**, *Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, nº 37, Primer Trimestre Año 2011, p. 10.

¹¹ Así lo establece el art. 2 de la referida Orden cuando dispone que se formalizará un contrato colectivo entre asegurador y contratante para garantía de los adquirentes de viviendas con pagos anticipados y una póliza individual de seguro entre asegurador y asegurado como título de garantía a favor de este último, aclarando a esos efectos que “se entiende que contratante es el promotor, vendedor o cedente de las viviendas, deudor garantizado que contrata el seguro colectivo y que ha de pagar las primas; asegurado es el cesionario o adquirente de una vivienda con pagos anticipados, de cuyo reintegro queda garantizado; y seguro colectivo es el que se refiere al conjunto constituido por los asegurados adquirentes de una determinada finca o de una unidad orgánica de viviendas”.

⁹ Decimos que solo presuntamente representan la voluntad de las dos partes contratantes ya que los asegurados solo se adhieren a un contenido contractual predispuesto por la aseguradora, siendo llamativo cómo declara esa misma Resolución que el texto de los certificados individuales puede obedecer a una “estrategia de la aseguradora en previsión de un futuro siniestro, pero resulta ineficaz contractualmente”.

do individual que se entrega a cada uno de los compradores respecto de su vivienda concreta e individualizada, es lo que concreta el objeto del seguro –individualizando el riesgo, identificando al asegurado y cuantificando la suma asegurada– determinación que se produce tras la declaración de abono del cedente o tomador.

Es decir la póliza denominada colectiva, suscrita por el asegurador con el tomador –promotor de las viviendas– establece el marco global de afianzamiento de todas las posibles cantidades que puedan ser anticipadas por los compradores que vayan adquiriendo las viviendas de la promoción, y serán luego los certificados individuales expedidos a nombre y a favor de cada uno de los compradores concretos y determinados, los que identificarán exactamente a su titular, y además concretarán la obligación exacta que se asegura –la entrega y obtención de licencia primera ocupación en el plazo convenido– la cantidad máxima asegurada –que se corresponderá con las cantidades por ellos anticipadas o a anticipar para la adquisición de la vivienda según su contrato privado de compraventa– así como la fecha de inicio de la cobertura, individualización del riesgo asegurado que se referirá a la vivienda concreta e individualizada y especificada en cada certificado individual.

Ahora bien, este sistema de formalización del seguro a través del denominado sistema de doble póliza, ha venido comportando una serie de problemas tanto en lo que respecta a su formalización inicial, como en lo que respecta a su funcionamiento posterior.

En lo que se refiere al momento inicial de su suscripción, se presentan, desde un primer momento, una serie de dificultades de índole práctica derivadas principalmente de la imposibilidad de formalización del seguro con unidad de acto, es decir, la imposibilidad de que a la firma de la compraventa se haga entrega de la garantía. Esto, como así ya ha sido puesto de relieve¹², obedece a que los manuales de las compañías requieren que, para contratar el seguro, la promoción ya cuente con al menos el 50% de las ventas.

La consecuencia que se deriva de esta imposibilidad de unidad de acto en la formalización de la póliza y de los certificados indivi-

duales, y con ello de que la cobertura de cada asegurado se supedita a una previa actuación del tomador (quien debe comunicarle al asegurador la existencia de nuevos adquirentes de las viviendas para que se vayan expidiendo los correspondientes certificados individuales) ha sido que algunos promotores hayan aparentado disponer de las garantías o seguros exigidos por la Ley, cuando en realidad solo contaban con la póliza colectiva pero sin haber emitido luego esos certificados individuales¹³. Si además a ello se le une la inexistente sanción para los promotores –a pesar de la prevención legal¹⁴– en caso de incumplimiento de su obligación de suscribir el contrato de seguro, es fácil entender cómo la tónica habitual por parte de los promotores ha sido la de incumplir con su obligación legal no suscribiendo este tipo de seguro, llegándose a cifrar que según estimaciones hechas por las propias compañías de seguros, “en las viviendas libres solo el 30% de las promociones cumplen con lo establecido en la Ley 57/1968, elevándose esta proporción al 70% en las VPO, si bien existe quienes mantienen que el incumplimiento es muy superior, alcanzando al 97%”¹⁵.

En segundo lugar y ya superado ese momento inicial de la formalización del contrato, el problema de mayor calado que puede llegar a acarrear este denominado sistema de doble póliza es el que ha empezado a apuntarse y se ha llegado a plantear a raíz del dictado de alguna resolución judicial¹⁶ por la que se ha venido a declarar que solo con la formalización de la póliza global y por tanto sin necesidad de la expedición de los certificados individuales para

¹³ MALDONADO MOLINA, ob. cit., pág.12.

¹⁴ Tras la derogación de las sanciones penales previstas en la Ley 57/1968 quedan solo las sanciones administrativas de la Ley, las cuales han venido a ser calificadas de palmariamente escasas e insuficientes, imputándose a esta tibieza normativa la falta de su concierto. ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY y GÓMEZ DE LA SERNA, *El seguro en la construcción: un breve estudio sobre los seguros obligatorios*, Edit. Aranzadi, Actualidad Jurídica Aranzadi, num. 760/2008.

¹⁵ MALDONADO MOLINA, ob. cit., págs.11-12, donde se refiere tanto al porcentaje relativo a las VPO señalado por Carrasco Perera, como a esa prospección del 97% hecha por la Asociación Europea de Consumidores y Usuarios de Urbanismo.

¹⁶ Explica LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA en su estudio crítico sobre este asunto concreto, que en este sentido se ha dictado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, el Auto de 1 de Junio de 2010, seguido por alguna resolución de los Juzgados de 1ª instancia de esa misma localidad, resolución que ha tenido por único precedente conocido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 30 de diciembre de 1999. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, *El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución de las pólizas colectivas*, Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, abril de 2011.

¹² En general, un estudio completo de este sistema de doble póliza se encuentra en Maldonado Molina, haciendo referencia expresa respecto a esta forma de operar de las compañías aseguradoras remitiéndose a lo ya dicho por Carrasco Perera, MALDONADO MOLINA, ob. cit., pág.12.

cada uno de los compradores de las viviendas, se puede llegar a entender que hay que conceder cobertura a todos los adquirentes que hayan anticipado cantidades para la adquisición de alguna vivienda en esa promoción. Es decir, los problemas que se pueden llegar a originar radican en la posibilidad de entender que los compradores de las viviendas están bajo cobertura, solo por el hecho de existir o de haberse emitido una póliza global y, por tanto, sin necesidad de que se haya expedido a su favor el correspondiente certificado individual relativo a su vivienda.

Esta más que dudable posibilidad ha saltado al debate jurídico dada la reciente resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª, Auto de 1 de junio de 2010), resolución que condena a la aseguradora a indemnizar a los compradores de las viviendas aunque no se hayan emitido a su favor los correspondientes certificados individuales, condena que se justifica en base a que no puede la aseguradora enarbolar la bandera de su propio incumplimiento en la emisión de las pólizas individuales para eludir su vinculación jurídica derivada de la póliza colectiva de afianzamiento.

Esta cuando menos forzada interpretación judicial, como muy bien señala **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA** en el detallado estudio que hace a este respecto concreto, no parece que deba prosperar ya que en ningún caso puede ese contrato colectivo servir de título de garantía respecto de los concretos compradores de las viviendas, quienes no quedarán garantizados hasta que no tengan en su poder el correspondiente certificado individual, y ello por una razón clara y evidente: porque es el certificado individual el único documento que individualiza el riesgo asegurado y por tanto mientras no se haya individualizado el interés asegurado, esto es, mientras no se haya dado el presupuesto para individualizar ese riesgo, no puede nacer cobertura.

Por ello, como señala este autor, mientras no se emita el correspondiente certificado individual y, con ello, mientras no se individualice el riesgo, la compañía aseguradora no conoce ni la entidad del riesgo ni su importe económico, a lo que podríamos añadir incluso el desconocimiento de la identidad del asegurado, amén de la imposibilidad de cuantificar la prima que corresponde satisfacer por la cobertura del riesgo asegurado, extremos todos ellos que explican la imposibilidad de que sin la emisión de certificado individual pueda entenderse que existe garantía alguna para cada comprador en base





a la existencia de un contrato colectivo¹⁷ y ello menos aún en base a los argumentos esgrimidos por aquella resolución judicial¹⁸, plenamente desvirtuados doctrinalmente que por estos mismos motivos hacen prever que tendrán un escaso recorrido¹⁹.

En todo caso, y con independencia de los problemas que respecto a su operativa haya podido generar este sistema de formalización a través de la denominada doble póliza, lo trascendente a los efectos de este estudio es que la operativa de este seguro se articula no solo a través de la póliza colectiva, sino también con la emisión simultánea y/o sucesiva, según la adscripción de nuevos compradores, de los certificados individuales, certificados que confieren una acción directa a su titular frente a la aseguradora y que, como veremos a continuación, establecen cómo regirse entre ellos en los casos en que en virtud de ese título se ejecute la garantía²⁰.

¹⁷ Sustenta más que fundadamente el autor esta imposibilidad, acogiendo para ello en la posición del Tribunal Supremo, en la doctrina científica más especializada así como en la posición del Servicio de Reclamaciones de la Dirección general de Seguros y Fondos de Pensiones, citando en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 e abril de 1995, (RJ1995/2816), jurisprudencia menor de Audiencias Provinciales así como la Resolución de aquella Dirección General de 26 de septiembre de 1983, la Contestación de este Servicio fechada en abril de de 2009 o incluso su propio Informe Anual de idéntico año. **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, ob. cit. págs. 36-39.

¹⁸ Como vimos se sustenta aquella resolución judicial en que la Compañía aseguradora no puede intentar eludir sus responsabilidades en base a su propio incumplimiento, cuando, como muy bien expone este mismo autor, el incumplimiento en todo caso sería del promotor que es quien tiene la obligación de hacer la declaración de abono del tomador, esto es, comunicar a la aseguradora la existencia de los nuevos compradores, de los que ésta no tiene porque saber ni siquiera su existencia, motivo por el que en ningún caso se le podrá imputar o culpar por la no emisión del certificado individual, **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, ob. cit. Pág. 39, más aún si tenemos en cuenta que con cada emisión se genera una nueva prima a cargo del tomador que hace más plausible el olvido en esa comunicación.

¹⁹ Parece claro que, como señala **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, esta postura no tenga visos de mantenerse y en suma no sirva de pauta para ser continuada y crear ninguna doctrina jurisprudencial en orden a estimar la existencia de esa garantía y menos aún que la misma sea ejecutable por vía ejecutiva, siendo algo más discutible, como así apunta **MALDONADO MOLINA**, ob. cit. pág. 23, si en proceso declarativo se podría estimar responsabilidad de la aseguradora en base a un deber *in vigilando* incumplido.

²⁰ Aunque lo sea con las limitaciones propias de ser un documento creado unilateralmente por la aseguradora y por ello con la consecuencia de su ineficacia en lo que respecta a la limitación de los derechos de los asegurados en caso de no respetar lo dispuesto en el art. 3 de la LCS, todo ello como así ha tenido ocasión de resaltar la Sentencia del

2. Abstracción de la garantía a través del reconocimiento de carácter de título ejecutivo al certificado individual

Dejando ahora al margen la especialidad ya vista en esta modalidad de seguro en cuanto a su formalización mediante una póliza colectiva entre el asegurador y tomador, y centrándonos en su concreta operativa, se puede constatar que su forma de operar era y es muy parecida a la de cualquier otro seguro de caución, y ello porque también existen esas tres relaciones jurídicas, las cuales se sustentan en tres títulos independientes: el contrato principal garantizado, la póliza de seguro y el aval a primer requerimiento o, en este caso, el certificado individual de seguro.

Sin embargo esta tipología de seguro de la Ley 57/1968 difiere respecto al resto de seguros de caución en lo que se refiere a la abstracción de la garantía, es decir, en la forma de obtener ese automatismo en el funcionamiento de la garantía, automatismo entendido en el sentido de que, ejecutada la garantía, frente a ella nada se puede oponer relativo a la obligación principal garantizada, ya que, aunque ambas lo consiguen, lo hacen por caminos o medios completamente distintos.

Así, si bien esa abstracción en la caución 'general' se obtiene mediante los avales a primer requerimiento frente a los cuales nada relativo a la obligación principal garantizada se puede oponer²¹, en esta modalidad de aseguramiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas, esa abstracción o automatismo se obtiene a través del reconocimiento de carácter ejecutivo al certificado individual de seguro facilitado a cada uno de los compradores individuales de las viviendas, condición de título ejecutivo que se le atribuye la propia Ley 57/68, la cual en su artículo 3 dispone "*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 del libro*

Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 la cual, como hemos visto, ha venido a declarar incluso la absoluta irrelevancia del contenido de los certificados, en lo que respecta a limitaciones a los derechos de los asegurados compradores de las viviendas, en aquel caso concreto relativo a cooperativistas.

²¹ Esta falta de accesoria de la garantía articulada mediante avales a primer requerimiento respecto de la obligación principal garantizada, no solo está admitida sino también está expresamente consagrada jurisprudencialmente y así es un pronunciamiento admitido pacíficamente aquel según el cual "*la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza*" Sentencia del Tribunal Supremo, St. n.º 735/2005 de 27 de septiembre, RJ 2005/6860.

II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley".

Pues bien, el hecho de que el certificado individual de seguro tenga carácter o condición de título ejecutivo, con nuestro sistema procesal vigente tras la reforma operada por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, supone ese mismo automatismo en el funcionamiento de la garantía, en la medida en que la ejecución judicial de dicho certificado individual se asemeja al requerimiento de pago frente al que nada relativo a la obligación principal garantizada se puede oponer, ya que a la ejecución judicial de ese título no le está permitido, procesalmente, oponer ninguna cuestión que no sea exclusivamente aquellas relativas, básicamente, a la corrección formal del título y de la propia reclamación, estando, en todo caso, expresamente vedado oponer excepciones relativas a la obligación principal garantizada.

Y ello es así, porque nuestra actual LEC, cuando regula el proceso de ejecución -donde se prevé la posibilidad de ejecutar no solo los títulos ejecutivos no judiciales que expresamente allí se enumeran, sino también los que *por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución, (ex art 517.2.9²²)*- ha tenido especial cuidado en establecer unas concretas, determinadas y muy limitadas causas de oposición, tasadas en la propia ley, (concretamente en los artículos 557 y 559 de la LEC²³), limitación que como muy bien explica la Exposición de Motivos²⁴ de esta nueva LEC,

²² Donde insertaríamos a los certificados individuales de seguro en tanto en cuanto tienen reconocido la condición de título ejecutivo por la referida Ley 57/1968 aun cuando dicha remisión que hizo la Ley (promulgada en el año 1968) lo fuese a la Ley de Enjuiciamiento Civil entonces vigente (1881) y no a la actualmente en vigor, como así se ha declarado expresamente por la jurisprudencia menor a la que se hará mención más adelante.

²³ Preceptos que establecen los únicos motivos allí tasados que son susceptibles de oponer al despacho de ejecución basada en un título no judicial, a saber; como motivos de oposición de fondo, básicamente pago, compensación de crédito, pluspetición, prescripción y caducidad, quita, espera o pacto o promesa de no pedir, transacción, o por último que el título contenga cláusulas abusivas, y como motivos de oposición procesales, en síntesis, carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda y falta de capacidad o de representación del ejecutante.

²⁴ Ya advierte dicha Exposición que "*Ningún régimen legal de ejecución forzosa puede evitar ni compensar la morosidad crediticia, obviamente previa al proceso, ni pretender que todos los acreedores verán siempre satisfechos todos sus créditos. La presente Ley no pretende contener una nueva fórmula en esa línea de utopía. Pero si contiene un conjunto de normas que, por un lado, protegen mucho más enérgicamente que hasta ahora al acreedor cuyo derecho presente suficiente constancia jurídica*".

obedece a que, al tratarse de ‘genuinos’ títulos ejecutivos, nos encontramos ante *“instrumentos que, por poseer ciertas características, permiten al Derecho considerarlos fundamento razonable de la certeza de una deuda, a los efectos del despacho de una verdadera ejecución forzosa”* por lo que al tasar, es decir, al limitar los medios de oposición, se pretende evitar que la ejecución se convierta en *“una controversia semejante a la de un juicio declarativo plenario, con lo que podría frustrarse la tutela jurisdiccional ejecutiva”*.

Por ello, el hecho de que el certificado individual sea título ejecutivo y permita acceder directamente a un proceso de ejecución en el que las causas de oposición están previamente determinadas, tasadas y concretadas en la ley, sin que sea posible oponer ninguna otra de las allí previstas supone, de facto –sin que por otro lado nada obste a que la vía del proceso declarativo quede siempre abierta– esa abstracción de la garantía, en tanto en cuanto, ante esa ejecución surge de forma prácticamente automática el deber de pago de la aseguradora, ya que para ello simplemente se exige que se cumpla con el requisito de la corrección formal del título –en este caso del certificado individual– y la corrección de la propia reclamación, ya que en síntesis eso es lo que limita en cuanto al despacho de la ejecución lo dispuesto en los artículos 557 y 559 de la LEC.

En suma, y en lo que aquí importa, al despacho de ejecución de un certificado individual de seguro de cantidades anticipadas para la compra de una vivienda, no se puede oponer ningún otro motivo, ni de fondo ni de forma, que no sea de los previstos en aquellos preceptos adjetivos, lo que supone que no se pueda oponer nada, ningún aspecto, referente o relativo a la obligación principal garantizada, produciéndose, en virtud de esa limitación procesal, la abstracción de la garantía respecto de la obligación principal garantizada. De esta forma, este tipo de seguro opera de una forma similar a los seguros de caución articulados mediante aval a primer requerimiento, produciéndose en ambos casos, bien sea en un caso con el mero requerimiento del asegurado, bien sea en el otro con la demanda de ejecución, ese deber ‘cuasi automático’ de pago, ante el cual nada relativo a la obligación principal garantizada se puede oponer como excepción al pago.

Ahora bien, esta absoluta rigidez de nuestro sistema procesal vigente²⁵ y como consecuencia

de ello la imposibilidad de oponer al despacho de ejecución de un certificado individual cualquier causa de oposición que no sea una de las previstas en el art. 557 y 559 de la LEC, dándose incluso la imposibilidad de oponer el mismo cumplimiento de la obligación principal garantizada –por ejemplo dejando fuera del debate procesal si la obtención del certificado final de la obra supone su terminación y por tanto el cumplimiento de la obligación– originó que se llegase a poner en duda la condición de título ejecutivo del certificado individual.

La razón o fundamento de ello era bastante sencilla, una cosa es limitar las causas de oposición, y por ejemplo que no se pueda oponer a la ejecución del certificado individual que el retraso en la entrega de la vivienda estaba justificado por existir causas de fuerza mayor, estando vedado valorar éstas en dicho proceso ejecutivo, y otra muy distinta es privar al seguro de caución, como negocio de garantía que es, de su propia esencia, llegando a permitir la ejecución de un certificado o aval que lo que asegura es el cumplimiento de una obligación cuando esa obligación se ha cumplido²⁶, lo que supondría desnaturalizar este negocio jurídico por completo.

Esta inadmisión para el Orden Jurídico, desnaturalización de un negocio jurídico, originó que en los seguros de caución formalizados mediante un aval a primer requerimiento, esta abstracción o automatismo en el funcionamiento de la garantía –ciertamente buscada e incluso establecida convencionalmente por las partes– tuviese que matizarse jurisprudencialmente en el sentido de que una garantía no puede desvincularse por completo de la obligación garantizada que constituye su objeto, por mucho que se quiera superar la rigidez de la fianza ‘romana’ tradicional, y ello por la sencilla razón de que cualquier negocio de garantía impone que no puede haber obligación de pago por el garante sin un previo incumplimiento por parte del obligado principal. De ahí que haya tenido que establecerse jurisprudencialmente el que, en virtud del requerimiento de pago efectuado

de oponerse a la ejecución hipotecaria si no es exclusivamente por unas de las causas tasadas en la ley, régimen procesal que se declara *“puede menoscabar la efectividad que pretende garantizar la Directiva”* lo que ha originado la promulgación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo (RCL 2013/718) por la que se modifica la LEC incluyendo en el art. 557 un 7º apartado por el que se establece una nueva causa de oposición a la ejecución consistente en que “el título contenga cláusulas abusivas”.

²⁵ Recientemente puesta en duda su validez por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual en la Sentencia dictada el 14 de marzo de 2013 en el asunto C-415/11 ha reprochado a nuestro sistema procesal vigente la imposibilidad

²⁶ Por ejemplo ejecutando el certificado individual junto con el burofax remitido y emitido unilateralmente por el comprador de la vivienda, operando la garantía por la mera alegación de parte de que se ha incumplido el plazo de entrega.

por el beneficiario del seguro formalizado mediante este tipo de aval, lo que se producía es una presunción de incumplimiento del obligado principal, quedando siempre y en todo momento a salvo la posibilidad del garante de oponer a la ejecución de la garantía, el cumplimiento de la obligación principal garantizada²⁷.

Siendo ello así para aquel tipo de seguro de caución, parece evidente que, por estas mismas razones, es igual de razonable entender que en esta modalidad del seguro tampoco se podrá privar por completo al garante de la posibilidad de oponer al despacho de ejecución de un certificado individual el cumplimiento de la obligación principal garantizada, ya que, como señalara esa misma jurisprudencia, privar de la posibilidad de oponer el cumplimiento de la obligación principal garantizada, también podría suponer desnaturalizar este negocio de garantía, contraviniendo, por un lado, el único fundamento sustantivo que lo regula directamente, esto es, el art. 68 LCS el cual dispone que con el seguro de caución lo que se asegura es el cumplimiento contractual, y por otro, por muy atípica que sea la figura²⁸, vulnerando las normas esenciales de la

²⁷ Es copiosa la doctrina jurisprudencial que así lo declara, estableciendo que siempre y en todo caso le estará permitido al garante "probar que el deudor ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél", como así se declara expresamente por la Sentencia del Tribunal Supremo, St. n.º 735/2005 de 27 de septiembre, RJ 2005/6860, siendo un pronunciamiento reiterado prácticamente en idénticos términos por la Sentencia del Tribunal Supremo, St. n.º 1039/2003 de 12 de noviembre, RJ 2003/8408, "*si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consiguiente liberación del avalista*", la Sentencia del Tribunal Supremo, St. n.º 531/2003 de 31 de mayo, RJ 2003/5217, "*si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consiguiente liberación del avalista*", la Sentencia del Tribunal Supremo, St. n.º 979/2007 de 1 de octubre, RJ 2007/8087 y la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo, St. n.º 783/2009 de 4 de diciembre, RJ 2010/271 que expone esta doctrina de la siguiente forma: "*La doctrina jurisprudencial para evitar una ejecución de la garantía abusiva o fraudulenta ha admitido la posibilidad de paralizar la reclamación del beneficiario mediante la alegación por el garante de la "exceptio doli" (S. 1 de octubre de 2007). El avalista puede oponer las excepciones derivadas de la propia garantía, pues la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye el objeto de la garantía, así como las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, dado que de no ser así se produciría una situación de enriquecimiento injusto*".

²⁸ Como ha venido declarándose jurisprudencialmente, el carácter atípico de esta figura no excluye totalmente que le sean aplicables las normas o preceptos de la fianza, y si bien es cierto que como ya declaró la Sentencia del Tribu-



fianza, las cuales –en concreto los arts. 1822 y 1827 CC– no permitirían la obligación de pago del garante sin un previo incumplimiento del obligado principal.

Como consecuencia de ello y con este mismo fundamento, llegó a abrirse una brecha jurisprudencial en el sentido de superar este escollo privando al certificado individual del carácter o condición de título ejecutivo a los efectos del despacho de ejecución.

La puesta en duda de la condición título ejecutivo al certificado individual con nuestro sistema procesal vigente era bastante lógica; dicha normativa procesal podía no permitir oponer a la ejecución judicial del certificado el cumplimiento de la obligación principal garantizada, esto es, la entrega de la vivienda en el plazo pactado, cuestión que se superaba si dicho certificado no se considera título ejecutivo y por tanto su efectividad solo puede obtenerse a través de un proceso declarativo en el que no existe ninguna limitación a las causas de oposición, proceso pleuario en el que nada obsta a que en el mismo se



oponga, frente a la ejecución de la garantía, el cumplimiento de la obligación principal garantizada, esto es, la efectiva entrega de la vivienda dentro del plazo convenido por las partes.

Es exponente de esa posición jurisprudencial el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, Auto nº 80/2010 (JUR 2010/219783), resolución que concluye con la falta de carácter o condición de título ejecutivo del certificado individual. La ausencia de carácter ejecutivo se explica al señalar cómo la cuestión relativa al fondo del asunto sobre si hubo o no incumplimiento contractual por la no entrega de la vivienda o por el contrario si lo acaecido fue un simple retraso, es una cuestión que no es incardinable en los supuestos previstos en el art. 557 de la LEC como causas de oposición y por tanto no oponible en dicha ejecución. Consecuencia de ello es que existe ese riesgo del ejercicio de una garantía a pesar del cumplimiento de la obligación principal garantizada, al no poder discutirse en esa sede si existió o no tal incumplimiento, riesgo solo evitable si dicho certificado individual no tiene acceso a un proceso ejecutivo.

Sin embargo esta tendencia jurisprudencial quedó superada a favor del reconocimiento de fuerza ejecutiva de ese documento al ser mayoritaria la jurisprudencia que, a pesar de aquellas consideraciones, así lo declaraba en sentido contrario²⁹, quedando definitivamente consagrado este reconocimiento de carácter ejecutivo en virtud del Acuerdo adoptado para la unificación de criterios de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de octubre de 2010 (JUR 2012/305117) Acuerdo por el que simplemente se reconoce carácter ejecutivo, a los efectos del art 517.9 de la LEC, al documento previsto en la Ley 57/1968³⁰.

Por todo ello se puede concluir con la idea de que el documento previsto en la Ley 57/1968 sí tiene atribuido por dicha normativa la condición el carácter de título ejecutivo a los efectos previstos en la vigente LEC y por ello sigue plenamente vigente el art. 3 de la citada Ley, normativa que dispone que lo que tiene carácter de título ejecutivo es el certificado individual del seguro, unido al documento que acredite la no entrega de la vivienda, lo que inevitablemente nos conduce al siguiente problema que consiste en determinar qué documento sirve o es válido para acreditar la no entrega de la vivienda.

nal Supremo de 7 de abril de 1992, RJ 1992/3031, el seguro de caución “se rige específicamente por los preceptos de la misma [en referencia a la Ley de Contrato de Seguro] y por las condiciones generales y particulares de la póliza, y no por la normativa del contrato de fianza del Código Civil” sin embargo nada obsta a que le sean aplicables los principios de la fianza en tanto en cuanto no sean contrarios a su naturaleza, como así declara la Sentencia del Tribunal Supremo, St. 735/2005 de 27 de septiembre, RJ 2005/6860, según la cual “no puede desconocerse la aplicación a esta figura jurídica de las normas propias de la fianza en cuanto se acomoden a su especial naturaleza” y partiendo de ello es evidente que el art. 1822 y 1827 del Cc. no permitirían la obligación de pago del garante sin un previo incumplimiento por parte del obligado principal.

²⁹ Llama la atención cómo el Auto de la misma Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, Auto nº 256/2010 de 12 de noviembre, AC 2011/674, reconociendo incluso que la vigente LEC debió olvidar modificar la referencia del art. 3 a la LEC vigente en detrimento de la referencia que hace a la LEC de 1881, sin embargo reconoce carácter ejecutivo a dicho documento, en aplicación del Acuerdo adoptado para la unificación de criterios de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de octubre de 2010, y al mismo tiempo excluye como posible causa de oposición en la ejecución, el cumplimiento o no de la obligación garantizada.

³⁰ Literalmente dice dicho Acuerdo que “El documento consistente en el contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de la obra o entrega de la vivienda, recogido en el artículo 3 párrafo segundo, de la Ley 57/1968, de 27 de julio, tiene valor de título ejecutivo conforme al artículo 517.9 de la LEC”.

III. Dificultades que plantea la objetivación del concepto de incumplimiento en la compraventa de viviendas

1. La no entrega de la vivienda como presupuesto de incumplimiento para la ejecución de la garantía

Como estamos viendo, esta modalidad aseguradora de afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas garantiza el cumplimiento de una obligación contractual, en este caso concreto, el inicio de la construcción, la entrega de la vivienda u obtención de la Licencia de Primera Ocupación, en el plazo convenido en el contrato de compraventa, de tal forma que será el incumplimiento de una de esas obligaciones lo que originará que entre en juego la garantía. Por este motivo, la Ley exige que, para considerarse que se está ante un auténtico título ejecutivo y poder ejecutar la garantía por ese cauce procesal, sea necesario acompañar al certificado individual el documento que acredite la 'no entrega' de la vivienda.

De esta forma, el requisito de la acreditación de la "no entrega" de la vivienda en el plazo convenido funcionará como presupuesto de incumplimiento contractual del tomador a la hora de que opere la garantía y ello porque al exigir la Ley ese complemento al certificado individual para entender que se está ante un título ejecutivo, la ejecución requerirá, si no una prueba completa de aquél incumplimiento, al menos sí un documento del que se pueda derivar una presunción de incumplimiento que justifique esa ejecución y que al menos impida la ejecución abusiva o fraudulenta de la garantía, evitando así que pueda darse el caso de permitir esa ejecución sin un incumplimiento previo de la obligación principal garantizada que justifique la misma³¹.

En suma, el documento que acredite la no entrega de la vivienda es parte indispensable para que pueda entenderse que se está ante un auténtico título ejecutivo, sin que pueda suprimirse la necesidad de este requisito, ya que representa la garantía de que no se ejecute el aval de forma abusiva, al constituir, al menos, una presunción de incumplimiento contractual que justifica la ejecución de la garantía por un proceso tan directo y expedito como la ejecución judicial.

³¹ Como ya hemos tenido la ocasión de ver, la jurisprudencia, incluso cuando se trata de avales a primer requerimiento, se preocupa de que el garante pueda oponer el cumplimiento de la obligación principal, como medio para evitar esa indeseable posibilidad de ejecución fraudulenta de una garantía en la que la obligación principal garantizada se haya cumplido. Cfr. nota 27

Ahora bien entonces surge el problema de concretar qué documento es suficiente o válido para acreditar esa no entrega de la vivienda en el plazo convenido, y así, de esta forma demostrar, al menos presuntivamente, el incumplimiento del promotor en cuanto a la obligación por él asumida contractualmente de la entrega de la vivienda el plazo convenido.

Y decimos el problema porque concretar u objetivar qué documento puede ser el que sirva para acreditar ese incumplimiento en la entrega en plazo, presenta la dificultad de concretar un concepto tan ambiguo y subjetivo como el del incumplimiento, más aún cuando se trata de obligaciones sometidas a término, y en mayor medida todavía cuando la obligación controvertida es la entrega en condiciones que se puedan estimar las adecuadas de habitabilidad de una vivienda.

2. El concepto civil de incumplimiento contractual

En términos generales se puede comenzar por señalar que el cumplimiento contractual no es un concepto jurídico objetivo y determinado, de fácil concreción como categoría conceptual abstracta y general, sino que, antes al contrario, responde a criterios completamente subjetivos y por tanto sometidos a la más absoluta casuística como lo es su conceptualización bajo el prisma de la adecuación entre lo debido y lo realizado, es decir aquel comportamiento del deudor que se ajusta al proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria y con el que se produce la liberación del mismo y la satisfacción del acreedor. Esta genérica definición engloba la triple vertiente extintiva, satisfactiva y liberatoria del cumplimiento, únicas pistas que nos da nuestro Código civil, que si bien no define el cumplimiento, lo equipara constantemente al concepto de pago, limitándose a establecer sus requisitos o presupuestos, insistiendo en este sentido, en la necesaria identidad, integridad e indivisibilidad para entender por acaecido el cumplimiento. Con estos presupuestos, se puede partir de la premisa de entender por producido el cumplimiento con la realización de la prestación concurriendo ese triple requisito, cumplimiento que siendo voluntario, normal y específico, se convierte en cumplimiento *stricto sensu*³².

³² Un estudio completo y pormenorizado del cumplimiento e incumplimiento contractual en *Cumplimiento e incumplimiento del contrato* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2012, obra colectiva dirigida por X. O'CALLAGHAN, y en concreto en lo que aquí se cita en su primer capítulo *cumplimiento sensu stricto en contrato unilateral y en contrato bilateral*, AYLLÓN SANTIAGO, H. págs. 23-129.

A *sensu* contrario se podrá aproximar el concepto de incumplimiento contractual a la idea de falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, esto es, supuestos en los que el deudor no se ajusta a las estipulaciones contractuales pactadas, concepto éste neutro del incumplimiento y que, en todo caso y a la luz del nuevo derecho de la contratación, siempre acaba girando o pivotando en torno a una única idea, esto es, la insatisfacción del acreedor de la obligación³³, concepto éste de carácter claramente personal y subjetivo.

Este carácter contingente y variable del concepto de incumplimiento contractual se acentúa aún más cuando se trata de obligaciones a plazo, como las que aquí nos ocupan, en las que las partes prevén un determinado plazo para la realización de la prestación consistente en la entrega de la vivienda, plazo fijado, en lo que al contrato de seguro se refiere, en el correspondiente certificado individual. En este caso la cuestión del incumplimiento contractual se complica aún más al introducir un nuevo elemento, como lo es el tiempo en el cumplimiento de la obligación, y las múltiples posibilidades o variantes que ofrece al respecto; a saber: cumplimiento extemporáneo o tardío, parcial, defectuoso, moroso etc. y la consideración que sobre las mismas pueda tener el acreedor respecto a lo que considera es su satisfacción.

Y por ello, enfocado este problema respecto al seguro aquí analizado, cabe preguntarse, por ejemplo, si un retardo en el cumplimiento de la obligación de entrega en el plazo convenido, es un verdadero incumplimiento que hace imposible la realización de la prestación y que excluye el interés del acreedor en que la misma sea realizada, o si por el contrario, se trata de un mero retraso consistente en un cumplimiento contractual que, aunque tardío o moroso, como tal en ningún caso puede calificarse de

incumplimiento, o al menos en ningún caso puede atribuírsele efectos resolutorios inherentes a un verdadero incumplimiento contractual grave y esencial.

Pues bien, esta pregunta no es susceptible de ofrecer una respuesta en términos generales o abstractos, como así ha venido a declararlo expresamente el propio Tribunal Supremo, señalando que *“no puede emitirse un juicio definitivo aplicando en abstracto las reglas generales, sino que deben examinarse las concretas circunstancias del caso concreto”*³⁴ ya que si bien en principio *“el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento”*³⁵ lo cierto es que la respuesta jurisprudencial que se nos ofrece, no solo relativa al retraso en la entrega sino también respecto a la no obtención de la Licencia de Primera Ocupación, es que, para poder determinar si ha existido o no dicho incumplimiento o al menos para poder determinar si debe producir o no efectos resolutorios, deberán examinarse las circunstancias de cada caso concreto, es decir, utilizando esas mismas palabras, deberán *“examinarse las concretas circunstancias del caso”*.

La doctrina³⁶ y la jurisprudencia³⁷ son unánimes al entender que la única forma de determinar si ha existido un auténtico incumplimiento con-

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 537/2012 de 10 de septiembre, (RJ 2013/2266).

³⁵ La misma Sentencia del Tribunal Supremo 537/2012 de 10 de septiembre, (RJ 2013/2266) declara a este respecto, señalando que es jurisprudencia de aquella Sala, que *“el mero retraso (en el pago o en la entrega de la cosa) no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento”*, denominándose incluso de *“incumplimiento aparente que no responde a la realidad de las cosas”* los pequeños retrasos invocados como causa de resolución contractual con el deseo de resolver el contrato y aprovechar la oportunidad de concertar un nuevo negocio para obtener mayores beneficios.

³⁶ Sirve de ejemplo el análisis de **FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUE-RAL, M. A.**, de que *“la gravedad del retraso será cuestión a apreciar en cada caso concreto”* función que corresponderá a los jueces y tribunales, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, ob. cit. págs. 405-406.

³⁷ Se puede hablar con total rotundidad de doctrina jurisprudencial ya que es la propia Sentencia antes reseñada (TS 10/09/2012) la que declara que *“La Sala, reunida en Pleno, observa que, de acuerdo con los principios que se han desarrollado hasta aquí, la anterior solución no tiene carácter absoluto y, en consecuencia, con ánimo de sentar una doctrina general, considera oportuno fijar los siguientes criterios”*; criterios que responden en lo que aquí importa a lo antes expuesto, reiterado por todas las posteriores como así detalla la Sentencia del Tribunal Supremo 673/2013 de 31 de octubre, Sala de lo civil, Sección 1ª, RJ 2013/7259, donde reseña el elenco de resoluciones posteriores a aquella doctrina, que la aplican.

³³ El concepto de incumplimiento contractual es un concepto especialmente analizado por la doctrina siendo objeto de constante revisión, no solo porque el moderno derecho de la contratación se ha ocupado especialmente de él -los PECL, los UNIDROIT, los Principios LANDO e incluso la Propuesta de Modificación del Código Civil, PMCC, en materia de obligaciones y contratos, etc.- sino por la trascendencia de sus múltiples efectos, indemnizatorios o resolutorios, supuestos de una ingente aplicación práctica forense. En este sentido se puede constatar la actualidad de este tema referido también al denominado moderno derecho de la contratación, en *De la descodificación de los remedios de que dispone el consumidor cuando se le entrega una vivienda con defecto, a la unificación del concepto de incumplimiento de contrato*, **SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.** Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, segundo trimestre, año 2011, nº 38, págs. 21-38.

tractual o por el contrario solo un cumplimiento no ritual, esto es aunque tardío³⁸ cumplimiento propiamente dicho, es acudiendo a la casuística del caso concreto comprobando o analizando las circunstancias específicas propias de cada caso y, de esta forma, poder determinar si el plazo fue pactado expresamente como elemento esencial del negocio, si ese mero retraso frustra o afecta sustancialmente al interés -reiteramos plenamente subjetivo y personal- del acreedor, si es grave y esencial, si frustra la finalidad del negocio, y, en suma, si con el mismo se quebranta el programa jurídico-económico querido y plasmado en el contrato, circunstancias todas ellas que sólo se podrán determinar acudiendo al análisis de las circunstancias concretas de cada caso enjuiciado, no siendo posible establecer un criterio previo predeterminado, como ya hemos visto que declaraba aquel Alto Tribunal, al señalar respecto a esta cuestión que *“no puede emitirse un juicio definitivo aplicando en abstracto las reglas generales, sino que deben examinarse las concretas circunstancias del caso”*.

En conclusión, puede afirmarse que no es posible objetivar a priori el concepto de incumplimiento contractual respecto a la obligación de entrega de la vivienda u obtención de la Licencia de Primera Ocupación en el plazo convenido en el contrato privado de compraventa, si no es acudiendo a analizar las circunstancias de cada caso concreto y si, en atención a las mismas, puede tener o producir el efecto resolutorio de la compraventa.

3. Determinación jurisprudencial del documento que acredita la no entrega de la vivienda a efectos de ejecución judicial

Como hemos visto, la Ley 57/1968 exige para la ejecución del certificado individual, que junto a aquel se acompañe el documento que acredite la no entrega de la vivienda, no entrega de la vivienda -empleando la misma terminología que la Ley- que opera como presupuesto del incumplimiento del tomador que justifica la ejecución de la garantía.

Por ello, una vez superadas afirmativamente las dudas del carácter ejecutivo del certificado unido al documento acreditativo de la no entrega, resulta necesario hacer esa determinación, esa objetiva-

ción de qué documento puede acreditar la no entrega de la vivienda, debiéndose concretar, aunque presente mayor o menor dificultad, qué documento ha de considerarse que acredita la no entrega de la vivienda, determinación que se produce judicialmente cada vez que en el proceso de ejecución judicial se analiza (uno de los pocos remedios o posibilidades concedidas al ejecutado) si el título lleva aparejada ejecución, ya que en caso afirmativo, es decir si se considera que se está ante un completo título ejecutivo, se despachará ejecución contra la aseguradora y ésta deberá indemnizar al asegurado pagando la cantidad prevista en el certificado individual, operando de esta forma el automatismo propio de este tipo de garantías, esto es, que frente a ellas no se podrá oponer nada relativo a la obligación principal garantizada.

Aunque existe una abundante doctrina jurisprudencial menor de las Audiencias Provinciales, no es fácil encontrar una solución única y definitiva a la cuestión, existiendo múltiples soluciones incluso algunas de ellas en sentido contradictorio³⁹. A pesar de ello, buscando una pauta o criterio general podemos constatar que en principio rige el criterio de flexibilidad a la hora de concretar qué tipo de documento debe ser el que acredite esa ‘no entrega’, no siendo necesario que revista formalidad especial⁴⁰, ya que no tiene porqué ser ni a través de un docu-

³⁹ Los Autos por ejemplo de Murcia (Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, Auto nº 9/2011 de 15 de febrero, JUR 2011/160247) frente a Madrid (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, Auto nº 138/2008 de 29 de mayo de 2008) en sentido completamente opuesto, respecto a la validez del burofax enviado por el comprador como documento que acredite esa no entrega, declarando el primero de aquéllos que resultan ‘insuficientes’ los burofaxes remitidos por la parte compradora, mientras que el Auto de Madrid que declara probada esa no entrega con el burofax enviado por la compradora, señalando que “el burofax remitido que acredita en principio la no entrega de la vivienda”.

⁴⁰ Señala el Auto 293/2012 de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de noviembre (JUR 2013/8753) que “en cuanto a este documento fehaciente que acredite la no entrega de la vivienda en el plazo estipulado, y que es un documento complementario del título ejecutivo, la doctrina de los Tribunales de Justicia suele ser amplia y flexible, no entendiéndose que dicho documento tenga que consistir únicamente en un documento notarial o emitido por un funcionario público legalmente habilitado al efecto, siendo suficiente cualquier documento o instrumento que sea apto para acreditar o dar fe de una realidad en el procedimiento, con verosimilitud suficiente, pronunciándose en este sentido diversas secciones de esta Audiencia Provincial de Madrid, como la Sección 8ª en auto de 12 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 26092), la Sección 9ª en auto de 29 de marzo de 2012, la Sección 10ª en auto de 17 de noviembre de 2011 (JUR 2011, 436290), la Sección 13ª en auto de 28 de octubre de 2011 (JUR 2011, 434680), o la Sección 20ª en auto de 8 de noviembre de 2011 (JUR 2011, 433858), postura general admitida por esta misma Sección en su reciente auto de 25 de abril de 2012 (JUR 2012, 320807), en coincidencia también con otras resoluciones, como la de 13 de diciembre de 2010 (JUR

³⁸ Se habla de cumplimiento no ritual, en contraposición a incumplimiento absoluto y se llega a calificar o encuadrar un mero retraso como circunstancias en sí misma irrelevantes o menospreciables, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, ob. cit. págs. 405-406, con la cita que contiene a distintos autores y en concreto la cita de JORDANO BAREA.

mento notarial, ni judicial, ni administrativo, sirviendo cualquiera que pudiera acreditar esa no entrega de la vivienda⁴¹.

En cualquier caso con una mayor o menor flexibilidad en los requisitos formales del documento y salvando la existencia de jurisprudencia contradictoria, con lo cual no podemos hablar de una posición unánime pero sí claramente mayoritaria, una visión global de la jurisprudencia menor nos permite concluir con la idea de que la falta de obtención de la licencia de primera ocupación sí constituye supuesto de acreditación de 'no entrega' de la vivienda en el plazo convenido y por tanto resulta apto para el despacho de ejecución, criterio equidistante de posturas jurisprudenciales encontradas y que sirve de pauta a tal efecto, ya que en aquel proceso o pieza ejecutiva lo que no se va a dilucidar en ningún caso es lo que se dilucidaría en un declarativo, esto es, las características e intensidad del incumplimiento.

Por todo lo expuesto y como resumen, se puede concluir con la idea de que el certificado individual es título ejecutivo siempre y cuando se acompañe al mismo el documento que acre-

2011, 88725) de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ó 9 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 81818) de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas”.

⁴¹ Explica el Auto de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, Auto 133/2011 de 27 de junio (JUR 2011/320500) que esta falta de formalidad se sustenta tanto en el texto como en el espíritu de la norma al señalar que “El documento fehaciente no tiene por qué ser un documento judicial, notarial o administrativo sino que lo puede ser un conjunto documental mediante el que quede constancia de que el plazo de cumplimiento ha expirado sin que las obras hayan bien comenzado bien que no se haya entregado la vivienda. La prueba de “la no entrega” ha de ser interpretada de forma flexible no solo por lo dispuesto en la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968, sino porque el artículo 3 de la Ley 57/68 no concreta cuál sea ese documento que debe aportarse a fin de complementar el título ejecutivo que es el aval concedido en garantía del reintegro de las cantidades entregadas, y el espíritu o razón de ser de la norma ha de estar presente al concretar qué documentos o por qué la documental aportada no es considerada suficiente o fehaciente en todo caso, lo que el juez a quo omitió. Y la razón de ser de la norma no es otra que dar respuesta a la “alarma” generada en la sociedad, -así se indica en la Exposición de Motivos- por los abusos y fraudes en el ámbito de la construcción tratando así de lograr garantizar la aplicación “real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto”, es en definitiva, una medida de garantía de que si no se le entrega la vivienda podrá recuperar lo entregado; siendo lo relevante acreditar de forma fehaciente la ‘no entrega’, al no exigir la norma que haya de ser un documento sino que puede ser una documentación, y puede ser de diversa naturaleza, ni estar dirigida o creada a estos solos efectos.”

dite la ‘no entrega’ de la vivienda, documento que no debe revestir ninguna formalidad especial con tal de que acredite con verosimilitud esa no entrega. En este sentido también se puede concluir con la idea de que es un documento válido y suficiente, a esos efectos la acreditación de la no entrega de la vivienda, la no obtención de la licencia de primera ocupación en el plazo previsto.

La falta de obtención de dicha Licencia acreditaría, en base a esta doctrina jurisprudencial, esa “no entrega” de la vivienda, en tanto en cuanto se considera que la no expedición de la misma imposibilita una entrega de la vivienda en condiciones de habitabilidad lo que excluye aunque haya existido un ofrecimiento o puesta a disposición una entrega de la misma⁴².

En conclusión la falta de obtención de la Licencia de Primera Ocupación en el plazo pactado por las partes para la entrega de la vivienda, puede servir de criterio a la hora de objetivar qué documento es o puede ser válido para acreditar esa no entrega de la vivienda, obligación de obtención de la Licencia de Primera Ocupación, asegurada por el certificado individual, lo que en caso de incumplimiento concede al asegurado acción ejecutiva directa contra la aseguradora, para la cual se produce una presunción de incumplimiento de su tomador, promotor de las viviendas, que hace que surja para aquella un deber cuasi automático de pago, siendo que se ve ejecutada frente a un despacho de ejecución frente al que en virtud de la naturaleza del proceso ejecutivo nada puede oponer.

Con todo ello, aunque existan estas dificultades propias de cualquier remisión al concepto de incumplimiento contractual, lo cierto es que la operativa de este seguro funciona y lo hace, como ya vimos, de una forma muy similar al automatismo con que lo hace la garantía de cualquier seguro de caución, siendo que en este caso con el presupuesto de cumplir los requisitos formales del título -estar en posesión del certificado individual y acreditar la no entrega

⁴² Sin perjuicio de los problemas que no parece que sea necesario explicar, se pueden generar en sede judicial al dar por válido que un documento concreto (burofax, falta de obtención de LPO, etc) sirva para el despacho de ejecución y por tanto sea presupuesto de un incumplimiento contractual que justifique esa ejecución -sin necesidad de entrar en las circunstancias concretas del caso y sin que sea siquiera viable discutirlo en un proceso de ejecución- cuando al mismo tiempo ese mismo documento puede, según esas mismas circunstancias concretas del caso, no ser considerado un presupuesto de ningún incumplimiento al probar tan solo una circunstancia (tardío, defectuoso, moroso,...) que acompaña a un cumplimiento contractual.

de la vivienda por ejemplo por la no expedición de la LPO- y de la reclamación, la aseguradora indemnizará ante tal reclamación, al producirse los presupuestos para que opere la garantía y ello incluso por vía ejecutiva.

IV. Cambio de escenario y nueva realidad socio-económica

En ese estado de cosas, es decir, con una escasa, antigua e incompleta regulación normativa y prácticamente sin doctrina jurisprudencial como consecuencia de una casi inexistente siniestralidad, irrumpe la todavía persistente crisis económica. La crisis económica que nos ha venido azotando durante varios años y que ha atacado con especial virulencia al sector de la construcción, ha supuesto en este ámbito económico un cambio radical de escenario apreciable desde todas sus perspectivas. Como es obvio los seguros relacionados con la construcción no iban a ser ajenos y, en lo que al seguro de caución de la Ley 57/68 se refiere, es decir, el que tiene por objeto el aseguramiento de las cantidades anticipadas para la adquisición o compra de viviendas, la incidencia que ha tenido ha sido de tal magnitud que ha supuesto que un seguro que venía presentando unos índices de siniestralidad especialmente bajos, prácticamente inexistentes, haya pasado a disparar la siniestralidad hasta índices casi insostenibles.

La razón de este tan sustancial cambio parece bastante sencilla; si en épocas de bonanza económica la siniestralidad era baja en cualquier modalidad del seguro de caución en la que lo que se asegura el cumplimiento de un tercero, más baja lo era aún en esta modalidad de cantidades anticipadas para la compra de viviendas, en la que se asegura, a los efectos aquí relevantes, la entrega de la vivienda en el plazo convenido. Y ello porque los asegurados adquirentes de las viviendas, aunque concudiesen los presupuestos para entender por acaecido el siniestro, es decir, aunque no se les entregase la vivienda ni se obtuviese la licencia de primera ocupación en el plazo convenido en el contrato de compraventa, ni resolvían la compraventa ni ejecutaban la garantía que les confería el seguro -con lo que no había siniestro- simplemente esperaban a que se produjese la entrega, aunque ésta fuese tardía y no cumplierse el plazo previsto en el contrato, porque ese tiempo hacía que las viviendas se fuesen revalorizando. De hecho esa revalorización era tal que si no era posible mantener la espera, el bien, ya revalorizado, se podría volver a enajenar, por lo que la resolución con devolución de las cantidades no era ningún problema para la promotora, la cual devolvía al

comprador el dinero entregado y volvía a poner a la venta la vivienda por un precio superior, motivo por el que era muy difícil que llegase a acaecer un siniestro⁴³.

Sin embargo, ha sido ahora por primera vez cuando el valor de los activos inmobiliarios con el paso del tiempo no solo no se revaloriza sino que disminuye, hasta el punto de que se dan los casos de compraventas en que el dinero que resta por pagar contra el otorgamiento de escritura pública es mayor, a pesar de las cantidades ya entregadas hasta ese momento, que el precio total de una vivienda idéntica en esa misma promoción, y con ello surge la falta de interés de los compradores en mantener los contratos. En estos casos, los retrasos en la entrega de la vivienda constituyen una "excusa" perfecta para intentar no continuar con la compraventa, es decir, para no tener que formalizar la escritura pública de compraventa a la que se habían comprometido mediante contrato privado, ofreciendo el seguro de caución la posibilidad de ejecutar el certificado individual y con ello obtener la devolución de las cantidades anticipadas hasta ese momento, lo que es una solución rápida e idónea para recuperar el dinero adelantado sin tener que entrar a dilucidar judicialmente si es procedente o no la resolución del contrato, es decir si se debe mantener el compromiso de la compra ya adquirido en contrato privado.

Y de ahí, que surjan compradores de las viviendas que a pesar de haber suscrito una compraventa en contrato privado luego no quieren seguir manteniendo su compromiso intentando evitar tener que otorgar la correspondiente escritura pública. Estos compradores, que simplemente no quieren asumir los compromisos que ellos mismos han adquirido, ante leves retrasos en la entrega de las mismas, ejecutan dichos avales y obtienen la devolución de las cantidades por ellos anticipadas, acción que ostentan solo porque existen dichas garantías, ya que esos mismos retrasos en ningún caso servirían de fundamento para una resolución contractual⁴⁴.

⁴³ Se ha llegado a dar el caso de una promotora que incluía en un contrato de compraventa una cláusula de resolución convencional en caso de que al comprador no se le concediese la hipoteca -con una penalización especialmente baja- para así poder recuperar con rapidez el bien y volver a ofertarlo sin duda por un precio superior al convenido en el contrato inicial.

⁴⁴ La disfunción que supone el que una misma situación de hecho -leve retraso en la entrega de la vivienda- pueda presentar dos soluciones completamente distintas e incluso contradictorias entre sí, y que ese leve retraso pueda ser supuesto de hecho para ejecutar el aval pero sin embargo

Por ello, el comprador asegurado que esté en disposición de dicho documento tendrá la posibilidad de ejecutar el certificado individual en un proceso ejecutivo, proceso en el que con tan solo probar que no se había expedido en la fecha prevista la LPO podrá ejecutar la garantía y con ello obtener la devolución de las cantidades anticipadas para la adquisición de la misma, mientras que el comprador que no esté en disposición de dicho documento –lo que en ningún caso será imputable a él⁴⁵– no podrá obtener directamente la devolución del dinero anticipado para la adquisición de la vivienda, ya que, como así ha sentado doctrina el Tribunal Supremo, la no expedición de dicha licencia per se, no es causa de resolución contractual, resolución contractual refrendada judicialmente en un proceso plenario que constituye el único medio, si no se está en disposición del certificado individual, de obtener la devolución de esas cantidades.

Y, así, ese hipotético comprador que, en base a un mínimo retraso de pocos días en la entrega de su vivienda o en la obtención de la LPO, pretende desvincularse del contrato; comprador que como es evidente no persigue un *interés jurídicamente atendible*, sino que al revés puede estar representando un comportamiento claramente abusivo, doloso y contrario a la buena fe contractual, se ve favorecido por un régimen legal que, solo por el hecho de estar en disposición de un documento, le permite de facto⁴⁶ cometer un fraude legal; esto es, obtener la devolución de las cantidades por él anticipadas –es decir conseguir el mismo efecto que produciría una declaración judicial de resolución con-

tractual– cuando en ningún caso podría obtener, solo por esa circunstancia, ese mismo efecto de la devolución a través de una declaración de resolución judicial.

Este nuevo escenario que nos ha abierto esta crisis económica devastadora para el sector de la construcción, y con ello la posibilidad de que haya un comprador en esas condiciones que se acoja al ‘atajo’ de obtener la devolución de las cantidades que hubiese adelantado para la compra de la vivienda que hubiese adquirido en contrato privado, es más palmario todavía a la luz de la nueva doctrina jurisprudencial⁴⁷ antes vista, según la cual la no obtención de la LPO en plazo convenido para la entrega, no produce por sí sola la resolución del contrato y sin embargo ese mismo hecho, es decir, la no obtención de esa misma licencia, es documento acreditativo de la ‘no entrega’ y por tanto suficiente para la ejecución del certificado individual con devolución de las cantidades entregadas.

En conclusión esta nueva situación económica unida a la situación en que se encuentra este instrumento negocial aseguraticio, con una, hasta estas fechas más que pacífica vigencia y operatividad, y a la vez con escasa, precaria y nada vigente normativa legal y jurisprudencial, explica que haya entrado a operar en estado casi embrionario, en un escenario de especial conflictividad, y que, como consecuencia de ello, haya quienes lo utilicen fraudulentamente al disponer de un marco legal que le permite por la vía de la ejecución del certificado individual obtener un resultado –la devolución de las cantidades por él anticipadas para la compra de la vivienda– que a través de un proceso declarativo –único cauce con el que, de no existir ese certificado, podría intentar obtener esa devolución– nunca podría obtener en base tan solo a un, por ejemplo, leve retraso en la entrega o en la expedición de la Licencia de Primera Ocupación.

Esta situación, como los problemas prácticos que, como es fácil de entender, la misma conlleva, hace necesario al menos una breve reflexión respecto a la necesidad de la intervención del orden público ante una actuación realizada entre

no lo sea para una resolución contractual, ha sido destacada en artículos que, aunque puedan merecer un juicio crítico respecto a sus conclusiones, como de hecho ya lo han sido, en todo caso resultan sintomáticos de esa percepción que se tiene de que por parte del Orden Jurídico se puede estar ofreciendo una distinta respuesta, un ‘distinto rasero’, a una misma controversia. Véase, en este orden de cosas, el artículo publicado bajo el título *El incumplimiento del plazo de entrega de viviendas y la resolución del contrato*, en la Revista del Consejo General de la Abogacía Española (número 73, Abril de 2012) y el publicado en esa misma Revista (número 76, noviembre de 2012) como consecuencia de aquél, titulado *El seguro de caución en su modalidad de afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas*.

⁴⁵ Se discute si es culpa del promotor tomador o si también existe una culpa in vigilando de la aseguradora que tras haber suscrito una póliza global no comprueba la debida expedición de los correspondientes certificados individuales, **MALDONADO MOLINA** ob. cit. pág. 23, pero lo que en todo caso es indiscutible, es que el comprador nunca será el responsable de que no se le entregue el certificado que por Ley se le debe entregar.

⁴⁶ Decimos de facto porque ciertamente no consigue la declaración de resolución del contrato, pero sí obtiene la devolución del dinero anticipado, y si ciertamente no alcanza un régimen jurídico igual sí se coloca en situación parecida

más aún cuando la práctica forense nos enseña que las promotoras después de ‘sufrir’ las acciones de reembolso de las aseguradoras, no están ejercitando su acción posterior contra los compradores.

⁴⁷ Hemos visto cómo el Tribunal Supremo se ha ocupado de reunirse en Pleno a fin de sentar una doctrina general doctrina que precisamente viene a declarar que en principio la falta de cumplimiento de obtención de la licencia de primera ocupación, no tiene carácter esencial por lo que por sí sola no tiene efectos resolutorios del contrato.

operadores privados como lo es la compraventa de viviendas, intervención que se produce con la Ley 57/1968 y que justifica ante esta disfunción en su aplicación, al menos su revisión.

V. La Ley 57/1968 y revisión de la idoneidad de atribuir carácter ejecutivo al certificado individual

Como ya hemos tenido ocasión de ver anteriormente el distinto marco jurídico concedido por nuestro Ordenamiento produce esta disfunción de trato por parte del Orden Jurídico, el cual, ante dos situaciones de hecho idénticas, proporciona soluciones dispares, en base tan sólo a cuestiones de índole procesal, esto es, por estar o no en disposición del certificado individual emitido a favor del comprador de la vivienda como acceso a un proceso 'privilegiado' como el ejecutivo.

Esta distinta respuesta concedida por el Orden Jurídico, podría aceptarse sin más en base a la especial protección atribuida por la Ley ritaria a títulos concretos revestidos de una especial formalidad, títulos que se consideran por la Ley como susceptibles, a priori, de ser reflejo de la certeza de una deuda y por tanto dignos de impulsarlos para procurar favorecer al acreedor que presenta la constancia jurídica de serlo por estar en disposición del mismo.

Pero, sin embargo, la situación se convierte en insostenible e injustificable, no solo por establecer esa disfunción de trato, sino porque cuando se analiza se comprueba que puede ser el marco para encubrir un auténtico fraude, no solo procesal, sino auténtico fraude de ley, instaurando un régimen jurídico idóneo para el comprador incumplidor, que simplemente no quiere mantener un contrato, es decir, que no quiere mantener sus compromisos y las obligaciones que había asumido, y que no quiere mantenerlo solo por razones especulativas como por ejemplo por la posibilidad de realizar un nuevo negocio en situaciones más ventajosas; comprador al que con este régimen se le está facilitando la posibilidad de desvincularse del contrato y ello solo por un artificio legal, o mejor dicho, procesal.

Todo ello es obvio que justifica un replanteamiento general de este seguro, en suma una revisión integral todo el régimen jurídico de este negocio jurídico y de forma especial de su primordial Ley reguladora, la Ley 57/1968, revisión que deberá hacerse a la luz de su fundamento, el interés jurídico protegido en la misma que justificó su promulgación y su posterior vigencia, a pesar del gran lapso de tiempo transcurrido.

1. Fundamento e interés jurídico protegido por la Ley 57/1968. Justificación de la imposición legal del concierto obligatorio del seguro

Como vimos al inicio de este artículo, la razón de ser del dictado de la Ley 57/1968 era la de evitar la reiterada comisión de abusos cometidos por algunos promotores inmobiliarios que, ante la ausencia de regulación legal, estaban haciendo suyas, sin destinarlas a su fin, las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas con la consiguiente alarma social que esos abusos estaban ocasionando.

Ciertamente aquella realidad social si la comparamos con la situación actual no es la misma ya que, bien sea por el dictado de la Ley bien sea por el cambio o avance social y económico del país, lo cierto es que esa alarma social es ahora prácticamente inexistente⁴⁸, lo que también explica la derogación de las sanciones penales que disponía con especial ahínco aquella ley y que ahora no solo se han derogado sino que, se han sustituido por unas inoperantes sanciones administrativas que tampoco se vigilan con especial esmero por la Administración, prueba evidente de este nuevo estado de cosas.

Pero este cambio en la realidad social no significa que el interés protegido por la citada Ley deje de ser un interés digno de protección, sino que, antes al contrario, sigue representando un valor superior que justifica una protección por parte del Orden Jurídico.

Es evidente que la necesidad de acceder a una vivienda y por tanto la contratación por un sector importante de la sociedad para satisfacer esa necesidad, justificaría por sí sola la protección del comprador que anticipa dinero para la construcción de su vivienda y ello, aunque sea solo por lo que cuantitativamente representa, al afectar o poder afectar a un gran estrato de la sociedad, intervención justificada en mayor medida aún si se tiene en cuenta que va referida finalmente a un bien, como lo es una vivienda, objeto de una especial protección incluso con reflejo constitucional⁴⁹. Pero es que, además, el principio de orden superior como el de la 'convivencia social' referido en el propio Preámbulo de la Ley, justificaría con creces por sí solo esa intervención, convivencia social que

⁴⁸ Lo que no significa que no se hayan originado problemas con repercusión social relacionados con proyectos constructivos, como ya ocurriera con el escándalo de la CPV o más recientemente los proyectos frustrados en régimen de cooperativas, de especial actualidad en estas fechas.

⁴⁹ El art. 50 de la Constitución que dispone que los Poderes Públicos promoverán el bienestar de los ciudadanos en atención entre otros factores a la vivienda.

constituye un factor social con relevancia jurídica, digno de una protección especial por mandato expreso constitucional, y ello porque, como así ha tenido ocasión de pronunciar el Tribunal Supremo refiriéndose a esta Exposición de Motivos, *la proclamación de España como “un Estado Social y democrático de Derecho”, en el artículo 1 de nuestra Constitución no es una declaración puramente simbólica o retórica, sino la introducción a los valores que acto seguido se enuncian como “superiores de su ordenamiento jurídico” y, por consiguiente, de ineludible consideración en la interpretación de las normas*⁵⁰, motivo aún más de su consideración en el propio dictado o justificación de las mismas, extremos todos ellos que refrenda esta intervención por parte del Orden Jurídico.

En conclusión, incluso hoy, sin esa aparente alarma social y sin una práctica generalizada de abusos por los promotores de viviendas, sigue pareciendo justificada la finalidad de la Ley, o mejor dicho, el fundamento que motivó el dictado de la misma, estando por ello justificado que se imponga el necesario concierto del seguro, esto es, la obligatoriedad del mismo.

Cuestión distinta y por tanto que también debe ser objeto de reconsideración es la de si sigue resultando justificado que esa intervención del Orden Jurídico sea, como así lo hace la Ley, de forma especialmente cualificada.

Decimos de forma especialmente cualificada porque la intervención normal del Orden Jurídico ante las relaciones jurídico privadas es, en la práctica totalidad de los casos, ordenadora de un negocio jurídico creado por los particulares, los cuales “en las relaciones entre ellos, son dueños de perseguir en virtud de su autonomía los fines prácticos que mejor responden a sus intereses”⁵¹. En ese habitual caso, el Orden Jurídico, ejerciendo su función ordenadora del sistema negocial, valorará y ponderará, por su trascendencia social, la situación jurídica creada con el negocio, en base a la función ordenadora concedida al Orden Jurídico a través del art. 1255 CC. donde “se reserva la valoración social de las finalidades privadas para protegerlas o rechazarlas y, en consecuencia, provocar los adecuados efectos previstos legalmente”⁵², lo que en la práctica se viene

a traducir en que o bien reconozca al negocio y le conceda efectos jurídicos porque lo considere socialmente trascendente y digno de tutela, o bien que lo repruebe y por tanto no le reconozca efectos o incluso los combata⁵³.

Sin embargo en el caso de la Ley 57/1968 ya hemos visto que la función no es solamente ordenadora de un negocio previamente creado por los particulares sino que, en este caso, la Ley va más allá e interviene no solo en el acto previo de la constitución del negocio, sino también en el formativo de su contenido. Así mientras lo normal es que la Ley se limite a reconocer a priori y en términos generales el principio de autonomía privada⁵⁴ y que por tanto sean después los particulares los que en virtud de esa facultad decidan si quieren establecer o no una relación jurídica concreta y determinada, esta Ley, sin embargo, también interviene en el acto constitutivo del mismo al establecer, con carácter imperativo, la obligatoriedad de concertar el seguro así como el contenido mínimo el mismo.

Es decir, en este caso, la Ley 57/1968 impone el necesario concierto del seguro, con lo que está obligando al promotor a que contrate con la aseguradora, a que se constituya o se formalice esa relación negocial aseguradora entre promotor-tomador del seguro y la aseguradora, relación jurídica cuyo concierto viene impuesto por la Ley y de la que, de hecho se puede presuponer que si no existiese dicha imposición no se constituiría esa relación⁵⁵. Además, la Ley también interviene en el acto formativo del mismo al establecer, con idéntico carácter imperativo, el contenido del negocio, determinación del contenido del negocio que si normalmente⁵⁶ está reservado a los particulares como un

⁵³ Lo explica más pormenorizadamente **ALBALADEJO**, *Derecho Civil*, T. I. Introducción y Parte General, Edit. Bosch, 15ª edic., Barcelona 2002, pág. 571, al ocuparse de la posible reacción del Orden Jurídico ante un negocio jurídico.

⁵⁴ A través del art. 1255 CC. Sin perjuicio de los límites intrínsecos al propio negocio señalados por **O'CALLAGHAN**, *Condiciones Generales de la Contratación: conceptos generales y requisitos*, en *Contratos de Adhesión y Derecho de los Consumidores*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, págs. 11-22 donde los clasifica.

⁵⁵ Extremo éste más que previsible por cuanto el único beneficiario del seguro es el comprador de la vivienda, quien además no es el obligado directo del pago de la prima, y a quien no se le presupone una posición dominante en la relación jurídica como para poder imponer su concierto. Resulta más evidente aún si se constata, como ya vimos, el escaso índice de concierto con la obligación legal por lo que menor lo sería aún sin esa obligación.

⁵⁶ Existen supuestos, como por ejemplo la Ley de Arrendamientos Urbanos, en que la Ley dispone imperativamente una parte del contenido del negocio, aplicable incluso en contra de la voluntad de las partes.

⁵⁰ Así lo explica literalmente el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su Sentencia núm. 540/2013 de 13 septiembre. RJ 2013\5931.

⁵¹ **BETTI**, *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad. Español por Martín Pérez, A. Edit. Comares, S.L., Granada 2000, pág. 56.

⁵² **REVERTE NAVARRO**, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, Vol. 1ªA, dirigidos por **M. ALBALADEJO** y **S. DÍAZ ALBART**. Edit. Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid 1993, comentario al art. 1255.

aspecto más de la autonomía privada, aquí, en este tipo de seguro, se regula por la ley.

Pues bien, vista esta intervención del Orden Jurídico a través de la Ley 57/1968 al imponer el concierto y también el propio contenido del contrato de seguro, podemos concluir con la afirmación de que sí está plenamente justificado que sea cualificada esta intervención, y lo está por los mismos motivos por los que estaba justificada su propia intervención; a saber: porque estamos ante una actividad con una especial trascendencia social referida a un bien especialmente protegido y con una evidente repercusión que afecta a un principio superior como la convivencia social.

Además, y a sensu contrario, el hecho de que la Ley regule tanto el necesario concierto del seguro como su propio contenido, no crea ningún problema. El hecho de que deba, por imperativo legal, existir el seguro, así como el hecho de que el objeto y contenido de éste sea el previsto en la Ley –asegurar el buen fin del proyecto edificativo y en caso contrario la devolución de las cantidades anticipada– no solo no crea problema sino que representa un bien social, esto es, una adecuada respuesta del Orden Jurídico a una actividad privada que justifica una especial protección. Asimismo esta intervención en nada debe afectar de forma negativa ni a la función económica-social del negocio, ni al sector o ámbito empresarial en que se desarrolla, antes al contrario, el hecho de que exista un aseguramiento obligatorio y el mayor celo de las aseguradoras a la hora de asumir riesgos tras la crisis padecida, servirá para estabilizar y sobre todo profesionalizar un sector, en la medida en que las promotoras tendrán que justificar ante el garante las perspectivas de éxito del proceso de edificación, lo que supondrá necesariamente la reestructuración de un sector, que parece claro que en el momento actual representa un ajuste necesario.

2. Idoneidad de atribuir carácter ejecutivo al certificado individual del seguro

Con lo hasta aquí expuesto, parece claro que está justificado que se imponga por Ley la obligatoriedad de concertar el seguro por quien tenga la intención de promover la construcción de viviendas, así como que sea la Ley la que establezca el contenido mínimo de ese aseguramiento. Ahora bien, como hemos tenido ocasión de apuntar anteriormente, el problema se plantea cuando por esa regulación normativa se establece un régimen jurídico que no solo ampara sino que incluso facilita o propicia una clara actuación fraudulenta por un comprador que pretende incumplir sus obligaciones. Y ese régimen jurídico se concreta o circunscribe en la posibilidad de

acceso, por parte del comprador asegurado a un proceso ejecutivo, proceso en el que por su propia naturaleza no se podrá entrar a discutir nada referente a la obligación principal garantizada, en suma, nada referente a si existió o no incumplimiento, permitiendo, tan solo por estar en disposición de un documento, la ejecución de una garantía, ejecución que puede darse de forma abusiva ya que se puede ejecutar en base a la presunción de un incumplimiento que como tal no existe y en ningún caso sería declarado en un proceso judicial declarativo plenario.

Por ello, es claro que lo que se deberá someter a debate, lo que se deberá poner en tela de juicio, no es la garantía en sí misma ni su existencia y menos aún su conveniencia –tanto incluso como para ser impuesta– sino ese régimen jurídico que se concreta en la atribución de carácter ejecutivo al certificado individual como así lo hace la Ley 57/1968.

Como hemos visto la concesión de carácter ejecutivo al certificado individual sirve o tiene como único efecto el de abstraer la garantía, es decir, el que la garantía opere de manera automática de tal forma que ante el requerimiento –en este caso el despacho de ejecución– se deba pagar sin posibilidad de entrar a analizar por cuestión de fondo la procedencia o no de la reclamación.

Sin embargo, una vez analizado todo el fundamento y justificación para la intervención, a través de esta Ley, del Orden Jurídico, podemos afirmar que esa abstracción de la garantía, ese automatismo en su funcionamiento, no es una característica que deba ser objeto de ninguna protección especial.

En términos generales es fácil entender cómo el automatismo en el funcionamiento de una garantía es una característica muy justificable para que, si las partes dentro del ejercicio de su autonomía de la voluntad quieren introducirla en el negocio porque así lo aconseja su actividad empresarial, puedan incluirla en los términos en que quieran pactarlo. Pero ese automatismo no es un interés digno de una especial protección que justifique su imposición por parte del Orden Jurídico, no sirviendo para justificarlo ninguno de los fundamentos que, por el contrario, sí justificaban la imposición de la obligación de suscribir la garantía y sus términos concretos. La garantía puede subsistir perfectamente y puede responder a su función, sin necesidad alguna de que se le conceda efectos ejecutivos al certificado individual, efectos ejecutivos que ni protegen ese régimen de garantía –el cual podría ser exactamente el mismo sin esos efectos– ni lo instrumentaliza de ninguna forma.

En suma, la garantía que concede el seguro de la Ley 57/1968 a los compradores de las viviendas puede, sin el más mínimo obstáculo, cumplir su función sin necesidad de que revista carácter ejecutivo, y todo el fundamento último que justifica la existencia de la Ley puede verse plenamente colmado sin que para ello sea necesario que esa garantía revista tal carácter.

Nada, absolutamente nada, justifica que a dicho certificado individual se le deba atribuir efectos ejecutivos, efectos ejecutivos que solo sirven para establecer un automatismo en el funcionamiento de la garantía, automatismo que, cuando como en este caso es por imposición legal y no por consenso de las partes, no tiene ninguna razón de ser y que además establece un régimen jurídico insostenible, en tanto en cuanto facilita o propicia ejercicio abusivo del derecho y fraude de ley. Abunda en este criterio el hecho de que, además, estos indeseables efectos son de imposible corrección, ya que parece clara la imposibilidad de objetivar en un documento la no entrega de la vivienda, cuando es imposible determinar si ha habido incumplimiento como elemento generador y presupuesto de la garantía sin entrar a valorar las circunstancias concretas del caso.

Por todo ello parece evidente que la única solución posible que conjugue todos estos aspectos, pasa por seguir manteniendo exactamente este mismo régimen de garantía que establece la Ley 57/1968, con la única modificación de que el certificado individual, ni por sí solo ni acompañado de ningún otro documento, tenga carácter ejecutivo.

Privar de carácter ejecutivo a dicho certificado individual y por tanto excluir la posibilidad de que los compradores accedan a un proceso de ejecución prácticamente directa en el que está vedado entrar en el fondo del asunto, excluirá la posibilidad de que se pueda emplear este cauce de forma fraudulenta. De esta forma, privando al certificado individual de carácter ejecutivo, se está vinculando la garantía a la procedencia de la resolución contractual⁵⁷, de tal forma que sólo en el caso de que se declarase judicialmente la procedencia de la resolución, operaría la garantía, lo cual solo puede acaecer en un proceso plenario tramitado con todas las garantías para todas las partes.

Esta vinculación de la ejecución de la garantía a la procedencia de la resolución en nada afecta a la debida protección que confiere a su beneficiario, el cual tendrá derecho a ejecutar la

garantía si en realidad se dan los supuestos de hecho para que opere, es decir, si realmente se ha producido un auténtico incumplimiento. Vinculada la garantía a la procedencia de la resolución del contrato, ésta seguirá existiendo, seguirá otorgando exactamente la misma protección –buen fin de la construcción o en caso contrario la devolución de las cantidades anticipadas– y con ello se estará respondiendo a la misma demanda social por parte del Orden Jurídico –evitar abusos por promotores en procesos de edificación– evitándose la alarma social que podría producir en caso contrario manteniéndose una ordenada convivencia social, y con ello, en suma, respondiendo y cubriendo todas las finalidades que se perseguían con la promulgación de la Ley.

De esta forma también se evitará un ejercicio abusivo de la garantía y el asegurador siempre podrá oponer frente a su ejecución, el cumplimiento de la obligación principal garantizada, facultad de oposición reconocida jurisprudencialmente incluso en los casos que esta abstracción ha sido buscada convencionalmente⁵⁸.

La modificación del régimen legal en estos términos, es decir, privando al certificado individual de carácter ejecutivo, lo único que haría variar es que no estuviesen bajo cobertura del seguro pequeños retrasos o demoras tanto en la entrega de la vivienda como en la obtención de la Licencia de Primera Ocupación, leves retrasos que nunca serían causa de resolución judicial pero que sin embargo hasta ahora sí pueden haber sido presupuesto de ejecución de dicha garantía. La corrección de este indeseable efecto, además de evitar los abusos a que nos hemos venido refiriendo, es lo que parece más acorde a la luz de la propia Ley y del espíritu y finalidad de la misma.

La Ley 57/1968 no quiere garantizar que la entrega de la vivienda se produzca exactamente el día previsto y no unos pocos días después. El exacto cumplimiento por parte del promotor de la entrega de la vivienda el día concreto y exacto previsto en el contrato (y no uno, dos o pocos días después) no es algo que al Orden Jurídico le resulte de trascendencia como para establecer una directa concreta y especial intervención en relaciones jurídicas privadas. La fina-

como se viene declarando jurisprudencialmente la ejecución de la garantía no tiene nada que ver con la resolución judicial hasta el extremo de declararse expresamente la *"innecesariedad de resolver judicialmente el contrato de compraventa para la ejecutividad del aval/seguro a que se refiere el art. 3.2 de la Ley 57/68"*, como así declara el Auto núm. 100/2011 de 10 mayo, de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona JUR 2011/259114 y toda la jurisprudencia menor citada en idéntico sentido en la misma.

⁵⁷ Lo cual es justo lo contrario de lo que ocurre ahora y que ocurre por el propio sistema procesal civil vigente, ya que

⁵⁸ Cfr. Nota 27 y 31.

lidad perseguida por el Orden Jurídico es garantizar el buen fin de la promoción y esa solo se garantiza ante el 'no inicio de las obras' o ante su no finalización.

Por ello la fecha de entrega es importante solo en tanto en cuanto sirve para concretar un momento exacto en que puede entenderse que no ha acontecido ese buen fin de la construcción pero no es importante en sí misma sino solo como medio para concretar acaecido el riesgo. Por ello es evidente que el cumplimiento exacto de tal o cual día en la entrega de la vivienda no es ni un hecho ni un dato relevante para el Orden Jurídico, para el cual solo es importante la finalización del proceso edificativo o la devolución del dinero en caso contrario.

Es evidente que en nada afecta ni en nada perjudica vincular la posibilidad de la ejecución de la garantía a la procedencia de la resolución contractual de la compraventa asegurada por la misma, sino que además es lo procedente para mantener adecuadamente el régimen de la garantía y su correcta operatividad.

Además, esta corrección tiene un perfecto encaje y justificación legal y así, como pusiera de relieve la jurisprudencia menor antes citada que negaba carácter ejecutivo al certificado individual, el fundamento para privar al certificado de su condición de título ejecutivo se encuentra en la propia Ley 57/1968 y en el hecho de que ésta hacía referencia mediante su art. 3, a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en la que, al contrario de lo que ocurre con la actual, sí se podía entrar a discutir cuestiones relativas al fondo, por lo que se estimaba que al derogarse aquella Ley de Enjuiciamiento Civil por la vigente debe considerarse también derogada implícitamente esa atribución de carácter ejecutivo que contenía la misma⁵⁹.

En conclusión, privar de efectos ejecutivos al certificado individual suprime los problemas y abusos en que puede llegar a incurrirse con el funcionamiento de esta figura y le permite mantenerse con los beneficios y ventajas que confiere, en un plano de perfecta operatividad.

⁵⁹ El ya citado Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, Auto nº 80/2010 (JUR 2010/219783), explicaba, de forma esclarecedora, que la modificación del régimen procesal de la ejecución, lleva a la conclusión de que "la referencia que el art. 3 de la Ley 57/68 hace a la LEC de 1881, hoy derogada, más concretamente a su título XV de su libro II, no es extrapolable, so pena de reducir considerablemente los medios defensivos de la parte ejecutada, a la nueva regulación que del proceso de ejecución hace la vigente LEC de 2000, y por tanto, el título objeto de ejecución no puede entenderse que lleve aparejada ejecución conforme a la normativa vigente.

VI. Conclusiones

Las ideas que a modo de resumen se extraen de estas líneas, se pueden concretar en las siguientes conclusiones:

1.- Con nuestro sistema sustantivo y procesal civil, el certificado individual expedido como consecuencia de un seguro de caución de la Ley 57/1968, tiene atribuida la condición de título ejecutivo a efectos de un posible despacho judicial de ejecución.

2.- La aptitud para ser título ejecutivo exige estar en posesión del certificado individual de seguro y complementar ese título con el documento que acredite la "no entrega" de la vivienda en el plazo convenido, documento que sirve de presupuesto de incumplimiento que justifica la ejecución de la garantía.

3.- La imposibilidad de objetivar de forma abstracta y general qué comportamiento constituye un incumplimiento contractual en la obligación de entrega de la vivienda, se intenta salvar por el Orden Jurídico dando dos respuestas distintas a una misma situación de hecho: la aptitud de un pequeño retraso en la obtención de la Licencia de Primera Ocupación para ser presupuesto de incumplimiento y con ello documento que acredita la no entrega, dando acceso a la ejecución judicial de la garantía y, por el contrario, la inaptitud de ese mismo retraso como incumplimiento que sirva de causa de resolución del contrato.

4.- La convivencia simultánea de estos dos regímenes legales, es perjudicial para la percepción social de una seguridad jurídica, y, además, instaura un régimen que puede facilitar y propiciar fraude de ley, al amparar intereses jurídicos no atendibles de compradores incumplidores que por esa vía pueden de facto desvincularse de sus contratos y obligaciones ante circunstancias irrelevantes que en ningún caso servirían de presupuesto para su resolución contractual.

5.- La solución de privar de carácter ejecutivo al certificado individual y vincular la posibilidad de ejecutar la garantía a la procedencia de la resolución del contrato de compra-venta, representa la posibilidad de seguir amparando exactamente y en los mismos términos el interés jurídico protegido por la Ley 57/1968, pero estableciendo adecuadamente un régimen de garantía en un plano de perfecta operatividad, evitando cualquier intento de utilización fraudulenta de dicho Cuerpo Legal.