



Roj: **STS 256/2021 - ECLI:ES:TS:2021:256**

Id Cendoj: **28079110012021100036**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2021**

Nº de Recurso: **784/2018**

Nº de Resolución: **44/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AB 846/2017,**  
**STS 256/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 44/2021**

Fecha de sentencia: 02/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 784/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 784/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 44/2021**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Pedro José Vela Torres

D. **Juan María Díaz Fraile**

En Madrid, a 2 de febrero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 367/2017, de 15 de diciembre, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1417/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Albacete, sobre reclamación de cantidad.

Es parte recurrente D. Iván y D. Jaime, representados por la procuradora D.ª Concepción Vicente Martínez y bajo la dirección letrada de D. Mariano López Ruíz.

Es parte recurrida Banco Santander, S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Manuel Muñoz García-Liñán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Concepción Vicente Martínez, en nombre y representación de D. Iván y D. Jaime, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que estimando la demanda se condene a la demandada a pagar a cada uno de mis representados la cantidad de novecientos sesenta y un mil seiscientos diecinueve euros con treinta y seis céntimos de euro (961.619,36 €), más los intereses legales desde la interpelación judicial y todo ello con expresa condena de costas del procedimiento a la parte demandada, con cuanto más proceda en justicia que solicito".

2.- La demanda fue presentada el 8 de octubre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Albacete, fue registrada con el n.º 1417/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Llanos Ramírez Ludeña, en representación de Banco Santander, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Albacete dictó sentencia 15/2017, de 24 de enero, con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Concepción Vicente Martínez en nombre y representación de Iván y Jaime, contra Banco Santander S.A. y en consecuencia absuelvo a esta última de todas las peticiones hechas en su contra.

" Todo ello con expresa imposición de costas a los demandantes".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Iván y D. Jaime. La representación de Banco Santander, S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete, que lo tramitó con el número de rollo 458/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 367/2017, de 15 de diciembre, cuyo fallo dispone:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Iván y Jaime contra la sentencia dictada por el Ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Albacete en fecha 24 de enero de 2017, en los autos de Procedimiento Ordinario nº 1417/15, debemos confirmar y confirmamos la misma. Imponiendo a la parte recurrente las costas de esta alzada".

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Concepción Vicente Martínez, en representación de D. Iván y D. Jaime, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- El presente recurso se articula en un único motivo conforme autoriza el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que se ha producido vulneración al derecho a obtener la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española ya que los argumentos de la motivación que se realizan en la sentencia recurrida no se ajusta a las reglas de la lógica ni de la razón, tal y como pasamos a exponer".

Los motivos del recurso de casación fueron:



"Motivo Primero.- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente infracción de los artículos 1.822 del Código Civil en relación con el artículo 1.256 del mismo cuerpo legal.

"Motivo Segundo.- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente infracción de los artículos 1.089, 1.091 y 1.124 del Código Civil.

"Motivo Tercero.- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente infracción de los artículos 1.281 párrafo 1º y 1.282 del Código Civil.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 9 de septiembre de 2020, que inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal y admitió el recurso de casación acordando dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Santander, S.A. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de enero de 2020, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia.

1.- D. Iván y D. Jaime eran propietarios por mitad proindiviso y con carácter privativo de una finca urbana en el Área de Planeamiento Remitido APR-3 (denominada "Reconversión Sur") del Plan General de Ordenación Urbana de Albacete, sita en la CARRETERA000 nº NUM000 .

2.- El 29 de abril de 2003 el Pleno del Ayuntamiento de Albacete acordó adjudicar la ejecución del Programa de Actuación Urbanizadora dicha área a la "Agrupación de Interés Urbanístico del APR-3", como agente urbanizador.

3.- El 13 de mayo de 2004, los Sres. Jaime Iván celebraron con Vallehermoso División Promoción, S.A.U. (en adelante Vallehermoso), un contrato de permuta de finca por obra futura, formalizado en escritura pública, en virtud del cual los demandantes transmitieron a Vallehermoso la propiedad de la citada finca, libre de cargas, a cambio de que por parte de Vallehermoso se procediera a construir en ese terreno una o varias promociones de viviendas en bloque, y a transmitir y entregar a los demandantes 8 viviendas de 3 dormitorios de superficie aproximada de 115 metros cuadrados, más 8 plazas de garaje y 8 trasteros, construcción que se debería llevar a cabo en el plazo máximo de 30 meses desde la fecha de la concesión de la licencia municipal de obras que, a su vez, debía solicitarse en el plazo máximo de 4 meses desde que se produjese la recepción de las obras de urbanización por parte del Ayuntamiento de Albacete. Además, Vallehermoso pagó a los demandantes, como parte de la contraprestación pactada, la cantidad de 725.427,22 euros por la diferencia del valor del suelo cedido y de los inmuebles que Vallehermoso se obligaba a entregar.

Así resulta de la estipulación segunda del contrato de permuta, en la que, además, se establecían otros pactos sobre el derecho de elección de las viviendas concretas que se deberían entregar a los cedentes del solar, condiciones de dicha entrega, causas justificativas de dilación de la finalización de las obras, causas de suspensión del cómputo del plazo de entrega, proyecto básico y memoria de calidades, en los siguientes términos literales:

"SEGUNDA. OBRA FUTURA A ENTREGAR A LOS CEDENTES:

"Como contraprestación de la transmisión efectuada, la sociedad VALLEHERMOSO DIVISIÓN PROMOCIÓN, S.A.U. se obliga a construir sobre las parcelas que se adjudiquen en el citado APR-3, una o varias promociones de viviendas en bloque, y a transmitir y entregar a la propiedad ocho viviendas de tres dormitorios con una superficie construida de 115 metros cuadrados aproximadamente cada una más ocho plazas de garaje y ocho trasteros.

"A efectos de elección de las viviendas concretas que se fueran a realizar sobre la manzana citada, una vez efectuado el proyecto básico de construcción de las mismas, Vallehermoso División Promoción, S.A. U.,

comunicará a la propiedad la existencia del mismo a fin de que elijan las viviendas concretas que regulan en presente contrato. Estableciéndose que los vendedores serán los primeros en la elección de las viviendas con un criterio alternativo de plantas y repartidas en dos portales.

"La entrega de lo relacionado anteriormente se llevará a efecto una vez terminada la construcción, en el plazo máximo de TREINTA MESES a contar desde la fecha de la concesión de la Licencia Municipal de Obras que deberá solicitarse en el plazo máximo de cuatro meses desde que se recepcionen las obras de urbanización por parte del Ayuntamiento de Albacete, mediante escritura pública y libre de toda carga y gravamen, salvo las de carácter urbanístico o arquitectónico, sin que en ningún caso supongan gastos para los vendedores o las necesarias para el uso y disfrute de la edificación, como pueden ser las vistas o las derivadas de servicios de teléfono, agua, gas, electricidad o similares.

"Obtenido el certificado final de obra dentro del plazo de los treinta meses indicados, el de entrega se ampliará hasta la obtención de la cédula de habitabilidad, licencias y permisos necesarios. La licencia de primera ocupación, cédula de habitabilidad o autorización administrativa que pudiera sustituirles, deberá solicitarse en el plazo de un mes desde que se disponga de la certificación final de las obras, con los visados correspondientes.

"Para que se considere cumplida la obligación de entrega será suficiente, previa obtención de la Licencia de Primera Ocupación, que la sociedad comunique la fecha de entregar con un plazo de tiempo no inferior a ocho días.

"Se considerarán causas justificadas de dilación en la finalización de las obras entre otras: "Las causas de fuerza mayor, caso fortuito u otras causas ajenas a la voluntad de la promotora, cuando sea temporalmente imposible la iniciación, prosecución o conclusión de las actuaciones jurídicas o materiales previstas en la promoción. Así, se entienden expresamente comprendidas entre las causas antes mencionadas las resoluciones administrativas o judiciales que ordenen la paralización de obras o paralización o suspensión de actuaciones administrativas; las catástrofes naturales, las huelgas laborales que afecten al sector de la construcción en la provincia de Albacete, las catástrofes tales como inundaciones e incendios, movimientos sísmicos u otras circunstancias análogas.

"Del mismo modo, será causa de suspensión del cómputo del plazo antes señalado cualquier dilación respecto a los plazos legalmente establecidos de la que sea responsable la Administración actuante o cualquier otro organismo Administrativo, en la incoación, trámite o resolución de los procedimientos administrativos o registrales que les corresponda instruir para el mejor desarrollo de la promoción.

"La construcción se realizará conforme al proyecto básico y memoria de calidades que la sociedad VALLEHERMOSO División Promoción, S. A. U. unilateralmente decida y podrá comprender una finca o varias agrupadas.

"La calidad de los materiales empleados en la edificación y los servicios de la promoción deberán ser semejantes a las que figuran en el Anexo I que se une al presente contrato como parte integrante del mismo.

"La obra se entregará pendiente únicamente de la contratación de los oportunos servicios y suministros para lo cual se hará entrega a los compradores de los oportunos boletines de instalación y demás documentación necesaria para la obtención de su alta en las entidades procedentes.

"La propiedad en este acto otorga a Vallehermoso División Promoción, S.A. U., las más amplias facultades para que puedan redactar proyectos, pedir licencias, otorgar las escrituras públicas de división horizontal y obra nueva que sean necesarias así como cualquier otro documento necesario para llevar a buen fin la construcción de las FINCAS a entregar.

"VALORES.

"1.- DEL SUELO: DOS MILLONES SETECIENTOS CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON CUARENTA Y SIETE CENTIMOS (2.704.554,47 €).

"2.-DE LA OBRA FUTURA A ENTREGAR:

VALOR por VIVIENDA (incluida Plaza de Garaje y trastero): CIENTO SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS OCHO EUROS CON SEIS CENTIMOS (168.508,06 €).

VALOR OCHO VIVIENDAS (sin IVA): UN MILLON TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SESENTA Y CUATRO EUROS CON CUARENTA Y OCHO CENTIMOS (1.348.064,48 €)

"3.-FORMA DE PAGO DE LO ENTREGADO:



- "- Mediante la entrega de la obra futura por valor de UN MILLON TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SESENTA Y CUATRO EUROS CON CUARENTA Y OCHO CENTIMOS (1.348.064,48 €).
- "- Así mismo y puesto que el valor del suelo entregado es mayor al valor de las fincas a entregar, VALLEHERMOSO DIVISION PROMOTION, S.A. U. hace entrega a los vendedores, en este acto, de dos cheques por valor cada uno de SEISCIENTOS TREINTA Y UN MIL SESENTA Y DOS EUROS CON SETENTA Y UN CENTIMOS (631.062,71). Se unen a la presente testimonio por fotocopia de los referidos cheques.
- "Y más la cantidad de NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO EUROS CON CINCUENTA Y DOS CENTIMOS (94.360 52) de entrega confesada.
- "AVAL: Para garantizar el cumplimiento de la entrega de la OBRA FUTURA, VALLEHERMOSO DIVISION PROMOCION, S.A. U. hace entrega en este acto a D. Iván y D. Jaime de dos avales bancarios en garantía del cumplimiento de lo pactado. Cada uno de los avales importa la cantidad de NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL DIECINUEVE EUROS CON TREINTA Y SEIS CENTIMOS (961. 619,36 €). - Se unen a la presente testimonio por fotocopia de los referidos avales.
- "Si llegado el plazo máximo de presentación de solicitud de licencia municipal de obras, en el plazo de cuatro meses a contar desde el momento de recepción de las obras de urbanización por parte del Ayuntamiento de Albacete o si llegado el plazo máximo de entrega de la obra futura no se hubiera procedido a la entrega de las mismas, la propiedad podrá optar por ejecutar el aval entregado, por medio de requerimiento fehaciente que al efecto sea formulado a la entidad avalista, o solicitar por cualquier medio el cumplimiento de entrega de la citada obra futura".
- 4.-** Para garantizar el cumplimiento de lo anterior, Vallehermoso entregó a los vendedores, en el momento de otorgar la escritura, dos avales bancarios, suscritos por Banco Santander S.A. en calidad de avalista solidario. Cada uno de estos avales garantizaba, por la cantidad de 961.619,36 euros, el cumplimiento de las siguientes obligaciones:
- "1º. Presentación de solicitud de licencia municipal de obras ante el Ayuntamiento de Albacete, en el plazo de cuatro meses a contar desde el momento de recepción de las obras de urbanización de la APR3 por parte de este mismo Ayuntamiento.
- "2º. Entrega de 4 viviendas, 4 trasteros y 4 plazas de garaje que se tiene proyectado construir en la APR3 en el plazo de 30 meses, contados desde la fecha de concesión de la licencia municipal de obras".
- Como condición para la ejecución del aval se estableció lo siguiente:
- "A los efectos de ejecutar el presente aval, deberá acreditarse fehacientemente frente a la entidad bancaria fiadora: Que en el plazo de siete días siguientes a la fecha de vencimiento de las obligaciones que se han señalado anteriormente, D. ... [acreedores] ha requerido mediante Acta Notarial a Vallehermoso División Promoción, S.A.U. el cumplimiento de las mismas, sin que dentro del plazo fijado ésta hubiera atendido sus compromisos".
- 5.-** El 27 de noviembre de 2014, Vallehermoso vendió a un tercero (Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria - Sareb -) los terrenos que en su día fueron objeto del contrato de permuta.
- 6.-** Consta en las actuaciones un informe de la Gerencia de Urbanismo de 18 de febrero de 2010 del que resulta que: (i) el 29 de abril de 2003, el Pleno Municipal adjudicó el citado Programa de Actuación Urbanística a la mencionada Agrupación de Interés Urbanístico APR-3, y aprobó de forma provisional la alternativa técnica de PAU condicionado a la subsanación de determinados defectos y a la presentación de determinada documentación complementaria; (ii) el Convenio Urbanístico para formalizar la adjudicación de la ejecución del PAU se suscribió entre el Ayuntamiento de Albacete y el Agente Urbanizador el 10 de agosto de 2006; (iii) dicha aprobación se elevó a definitiva mediante Decreto de la Alcaldía de 17 de marzo de 2008; (iv) la Comisión Regional de Urbanismo informó favorablemente el contenido del PERI que integra la alternativa técnica del PAU del APR-3, si bien condicionado a la emisión del correspondiente dictamen por parte del Consejo Consultivo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; se desprende de dicho informe que previamente a la remisión del expediente al Consejo Consultivo se debería "justificar que el número de plazas de aparcamiento público es al menos una por cada 200 m2 de techo potencialmente edificable para uso residencial"; dicha documentación había sido requerida al Agente Urbanizador, pero a la fecha del informe todavía no se había presentado; (v) el 12 de abril de 2006, se presentó un Proyecto de Urbanización; (vi) el 13 de noviembre de 2007 la Agrupación de Interés Urbanístico APR-3 presentó el Proyecto de Reparcelación Forzosa del citado ámbito de actuación, que fue sometido a información pública; (vii) el 18 de febrero de 2010 el Proyecto de Reparcelación se encontraba todavía pendiente de aprobación a la espera de la remisión de la documentación requerida.



7.- El día 12 de marzo de 2.015, el Departamento de Gestión Urbanística notificó a D. Iván que el Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Albacete había resuelto la adjudicación del Programa de Actuación Urbanizadora del Área de Planeamiento Remitido APR-3 "Reconvención Sur" a la Agrupación de Interés Urbanístico APR-3, por incumplimiento de sus obligaciones como Agente Urbanizador.

8.- Ante esta circunstancia, el 30 de marzo de 2015, los Sres. Jaime Iván reclamaron mediante acta notarial el cumplimiento de los avales suscritos por Banco Santander S.A., al entender que Vallehermoso había incumplido su obligación de entrega de los inmuebles y de solicitar la licencia de obras.

9.- Los Sres. Jaime Iván presentaron una demanda contra Banco de Santander, S.A. en la que solicitaban la condena de la demandada al pago, a cada uno de los demandantes, de la cantidad de 961.619,36 €, más los intereses legales, en ejecución del aval, por considerar que se había producido el incumplimiento de las obligaciones afianzadas, al devenir imposible el cumplimiento como consecuencia de la venta de los terrenos.

10.- La parte demandada se opuso a esa pretensión sobre la base de las siguientes razones: (i) no pueden ejecutarse los avales ya que garantizan unas obligaciones concretas cuyo incumplimiento no se ha producido, dado que Vallehermoso todavía no ha recibido del Ayuntamiento las obras de urbanización; (ii) el hecho de que Vallehermoso no haya comenzado la construcción de las obras ni haya pedido la licencia se debe a causas totalmente ajenas a su voluntad, ya que se resolvió la adjudicación del programa al Agente Urbanizador, Agrupación de Interés Urbanístico APR-3 - del que además formaban parte los demandantes - , por incumplimiento de las obligaciones de éste, al no haber presentado la documentación que le fue requerida; (iii) el hecho de que Vallehermoso haya vendido los terrenos no le impide cumplir con el contrato de permuta; al contrario, tiene intención de hacerlo en cuanto reciba las obras de urbanización.

11.- El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda.

12.- Interpuesto recurso de apelación contra esa sentencia, la Audiencia lo desestimó con los siguientes argumentos: (i) los avales suscritos por Banco Santander garantizaban el cumplimiento de las siguientes obligaciones asumidas por Vallehermoso: "1º. Presentación de solicitud de licencia municipal de obras ante el Ayuntamiento de Albacete, en el plazo de cuatro meses a contar desde el momento de recepción de las obras de urbanización de la APR3 por parte de este mismo Ayuntamiento. 2º. Entrega de 4 viviendas, 4 trasteros y 4 plazas de garaje que se tiene proyectado construir en la APR3 en el plazo de 30 meses, contados desde la fecha de concesión de la licencia municipal de obras"; (ii) por tanto, hasta que no llegue el *dies a quo* previsto para cada una de estas obligaciones, éstas se encuentran suspendidas, y hasta ese momento no cabe la ejecución del aval; (iii) los plazos previstos por las partes para el cumplimiento de aquellas obligaciones ni siquiera han empezado a computarse, pues ni se han recibido las obras de urbanización por parte del Ayuntamiento, ni, en consecuencia, se ha obtenido la licencia municipal de obras, extremos que no se han discutido por las partes; (iv) conforme al art. 1.827 CC la fianza no se presume, debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella; (v) de la mera lectura de los avales entregados a cada uno de los demandantes se desprende que no existía una obligación expresa que garantice la venta de los terrenos por parte de Vallehermoso; ni siquiera existe ni una sola cláusula en el contrato de permuta que impida que Vallehermoso venda los terrenos, "siendo por ello dable que cuando se pueda construir, Vallehermoso adquiera viviendas para en cumplimiento de lo pactado las transmita a los hermanos Jaime Iván".

13.- Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, que no se ha admitido, y otro de casación, articulado en tres motivos, que han sido admitidos.

14.- No consta que haya sido demandada la mercantil Vallehermoso con objeto de instar bien el cumplimiento del contrato, bien su resolución. Tampoco consta formulado requerimiento extrajudicial con tal objeto.

**SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Formulación de los motivos y admisibilidad.*

1.- *Planteamiento de los motivos.* El motivo primero del recurso denuncia la infracción del art. 1.822 en relación con el art. 1256 CC y la jurisprudencia contenida en la sentencia 438/2016, de 29 de junio. El motivo segundo alega la vulneración de los arts. 1.089, 1.091 y 1.124 CC. El motivo tercero aduce infracción de los arts. 1.281, párrafo primero, y 1.282 CC con cita de las sentencias de esta sala de 5 de septiembre de 2007, 28 de octubre de 2008, 20 de enero y 8 de mayo de 2009, 27 de diciembre de 2010 y 30 de diciembre de 2011.

2.- En el desarrollo de los tres motivos se emplea una misma argumentación basada, en síntesis, en la afirmación de que una vez que Vallehermoso vendió el solar transmitido a la Sareb, sin pactarse novación alguna en cuanto a las obligaciones asumidas frente a los demandantes y sin exigir al nuevo adquirente la asunción de aquellas obligaciones, la demandada se colocó en una situación en la que le resulta imposible cumplir con sus obligaciones, ya que perdió todo derecho sobre el solar y sobre la unidad de actuación urbanística, siendo a partir de ese momento totalmente ajena a la citada realidad administrativa y jurídica.



**3.- Admisibilidad del recurso.** En su escrito de oposición, Vallehermoso alegó las siguientes causas de inadmisibilidad, comunes para los tres motivos del recurso: (i) incumplimiento de los requisitos de encabezamiento y desarrollo de los motivos, por acumular la cita de preceptos heterogéneos en cada uno de los tres motivos; (ii) falta de respecto a la valoración de la prueba practicada y al ámbito de la discusión jurídica fijado en las instancias, pues en éstas se concluyó que no había llegado el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo fijado en el contrato para el cumplimiento de las obligaciones afianzadas y que la venta del solar a un tercero no constituye un supuesto de incumplimiento de esas obligaciones; y (iii) las normas que se citan como infringidas no son aplicables al fondo del asunto en atención a la *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia.

**4.-** Procede desestimar estos óbices procesales por las razones que exponemos a continuación.

**5.-** Esta Sala ha declarado en innumerables sentencias (por todas, sentencia 760/2011, de 4 noviembre) que la exigencia de claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa que resulta del art. 477.1 LEC es determinante de que el escrito de interposición del recurso de casación no consista en un mero escrito de acarreo de alegaciones, siendo precisa una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente, lo que es determinante del rechazo de los motivos en los que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, o jurídicas sustantivas y procesales, cuando sean heterogéneas entre sí.

**6.-** El recurso no mezcla en ninguno de sus motivos preceptos procesales y sustantivos, ni cuestiones de hecho y de derecho. Tampoco acumula en un mismo motivo la infracción de preceptos heterogéneos o inconexos que impidan conocer cuál es la cuestión controvertida y la forma en que, a juicio del recurrente, la sentencia de la Audiencia haya infringido la jurisprudencia de esta sala (cuestión distinta es el acierto o desacierto de tales alegaciones, lo que afecta a la prosperabilidad del recurso, pero no a su admisión).

**7.-** Por lo demás, en el recurso no se pretende la revisión de la base fáctica del proceso, ni se altera el ámbito de discusión de las instancias. El debate sobre si había llegado o no el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo fijado para el cumplimiento de las obligaciones afianzadas, o si la venta a un tercero del solar objeto de la cesión constituye o no un incumplimiento de las obligaciones del contrato de permuta afianzadas, son cuestiones jurídicas que comportan una valoración sustantiva y no una valoración probatoria de los hechos que constituyen el *factum* del proceso. La controversia sobre si la referida venta genera o no una imposibilidad de cumplimiento del contrato se introdujo en el procedimiento en la audiencia previa, por lo que ni puede ser tachada de cuestión nueva que se pretenda introducir sorpresivamente o *per saltum* en esta sede casacional, ni es ajena a la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada. Cuestión distinta es el acierto o no de tal alegación, pero esto afecta a la estimación del motivo y no a su admisibilidad.

**8.- Resolución conjunta.** Dada la conexión jurídica y lógica de los tres motivos del recurso, basados en el argumento común del incumplimiento de las obligaciones afianzadas, procederemos a su resolución conjunta.

**TERCERO.- Decisión de la Sala.** *Inexistencia de incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de permuta de suelo por obra futura. Inexigibilidad de las prestaciones por no haber concluido el plazo para su cumplimiento. Interpretación estricta del contrato de fianza. Desestimación.*

El recurso debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

**1.- Delimitación del objeto de proceso.** Los demandantes reclaman a Banco Santander el pago a cada uno de ellos de la cantidad de 961.619,36 euros, más los intereses legales, en ejecución de los dos avales suscritos por la entidad. Según quedó fijado en la instancia los hechos en que se apoya la *causa petendi* son tres: (i) la existencia de un contrato de permuta de finca por cosa futura (resultado de la edificación) entre los demandantes y Vallehermoso, en el que se determinan las obligaciones asumidas por ésta en los concretos términos reflejados en el fundamento jurídico primero de la presente; (ii) la suscripción por Banco Santander de dos avales, cada uno por el importe ahora reclamado, para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones de Vallehermoso, en los términos reseñados; y (iii) el incumplimiento por parte de Vallehermoso de las obligaciones garantizadas por los esos avales.

La existencia y los términos concretos del contrato de permuta y de los avales citados no suscita controversia alguna. El núcleo del debate, tal y como ha llegado a casación, se circunscribe a dilucidar si se han incumplido por Vallehermoso las obligaciones asumidas en el contrato de permuta y garantizadas por los citados avales. Afirmar el incumplimiento los demandantes porque al haber vendido Vallehermoso los terrenos en que se había de realizar la construcción se ha colocado voluntariamente en una posición de imposibilidad de cumplir con las obligaciones de entrega de los inmuebles comprometidos. Niega el incumplimiento la demandada porque las concretas obligaciones garantizadas por los avales estaban sujetas a un término inicial suspensivo consistente en la previa entrega por parte del agente urbanizador al Ayuntamiento de los terrenos, una vez hubieran sido urbanizados, evento que no se ha cumplido por causas totalmente ajenas a Vallehermoso.



**2.- Naturaleza y caracteres de la fianza.** El art. 1822 CC dispone que "por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este". Añade en su segundo párrafo que "si el fiador se obligará solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la Sección Cuarta, capítulo 3º del título 1º de este libro".

Con independencia de que la fianza puede tener un origen convencional, legal o judicial, en todo caso se trata, en el sentido empleado en el citado artículo, de una institución de garantía de naturaleza personal. Como pusimos de manifiesto en la sentencia 56/2020, de 27 de enero, esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador). Esta distinción se percibe claramente en el caso de la litis, en el que las obligaciones de hacer (en lo que ahora interesa, solicitar una licencia urbanística y ejecutar la construcción) y de dar (entrega de determinados inmuebles) se garantizan mediante la obligación del pago de una determinada cantidad de dinero, a modo de prestación sustitutiva y equivalente ( art. 1096, 1101, 1131 y ss CC).

**3.-** De esta configuración surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: la accesoriedad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), de forma que si bien dichos vínculos obligacionales nacen y subsisten sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, sí determina su participación o integración en una relación contractual o comercial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoriedad de ésta respecto de aquella.

Dentro de ese esquema, la subsidiariedad es un elemento típico de la fianza, en el sentido de que el fiador, en principio, solo debe cumplir su obligación en caso de que el deudor incumpla la suya.

**4.-** Por otra parte, la fianza, como en el caso de la litis, puede pactarse con el carácter de solidaria, no sólo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal ( art. 1822 CC). Pero incluso en el supuesto de la denominada "fianza solidaria" no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta ( sentencia del Tribunal Supremo 2 de octubre de 1990 y 600/2020, de 12 de noviembre).

**5.-** En consecuencia, para poder enjuiciar la prosperabilidad de la pretensión consistente en la ejecución de los avales debemos fijar el contenido y alcance tanto de la obligación del deudor principal como de la obligación del fiador, pues por el contrato de fianza "se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo éste", aclarando seguidamente el Código que "el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones [...]" (arts. 1822 y 1826). Como afirmamos en la sentencia 243/2006, de 2 de marzo, los contratos de fianza, como accesorios y subsidiarios que son, requieren para que puedan producir efectos jurídicos, no solo la preexistencia de la obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza ( sentencia de 25 de febrero de 1958), sino también la circunstancia de que el fiador no se haya obligado a más que el deudor principal, en la cantidad o en lo oneroso de los deberes por él asumidos ( sentencias de 31 de enero de 1977).

**6.- El contrato de permuta de suelo por obra futura como contrato atípico. Delimitación contractual de sus prestaciones in casu.**

Las obligaciones de Vallehermoso, objeto de la garantía, nacen de un contrato de permuta de suelo por obra o edificación futura. Esta modalidad contractual suele albergar una multiplicidad de relaciones jurídicas que, según los casos, pueden incluir contratos de compraventa, permuta y arrendamiento de obras; pero sin que ello implique que se trate de varios contratos, sino de varias figuras contractuales que, coordinadamente, dan lugar a un único contrato mixto o complejo. La sentencia de esta Sala 914/2011, de 2 de diciembre, destacó tanto la unidad causal del contrato como su atipicidad, que remite su regulación a la reglamentación contractual como *lex privata*:

"Este es un contrato complejo, llamado también mixto, en que su especificidad se halla en la síntesis, que no suma, de diversos elementos, fundidos en la unidad de causa, lo que le da identidad diferenciada (así, sentencia de 19 de mayo de 1982). Contrato que se rige, como norma básica, por lo pactado, *lex contractus* que proclama el art. 1091 CC ( sentencia de 18 de noviembre de 1980 relativa a un "contrato complejo de cesión de solar por



obra y entrega de cantidad en concepto de precio"), a cuyo contrato se aplica la normativa de los pactos que aúna, en lo que se ha dado en llamar teoría de la combinación (sentencia de 23 de octubre de 1981) que, en el fondo, no es otra cosa que volver "al viejo principio de la analogía" (como dice la sentencia de 19 de mayo de 1982). [...] Es un contrato con unidad de causa, como función objetiva (artículo 1274 del Código civil y sentencias de 8 de febrero de 1993, 8 de febrero de 1996, 28 de julio de 1998). Y a este contrato complejo, no hay duda en la aplicación del artículo 1124 del Código civil, resolución por incumplimiento de la obligación sinalagmática de una de las partes".

7.- Dentro de ese entramado contractual en ocasiones se incorporan prestaciones propias del arrendamiento de obra. Pero la obligación de la construcción de la edificación a la que pertenezcan las viviendas, locales, garajes, etc que deban ser entregados al cedente del terreno no implica necesariamente que haya de ser ejecutada directamente por el cesionario. La determinación concreta de este extremo remite a la interpretación del contrato como regla jurídica aplicable (*lex contractus*).

En línea de principios, hay que partir de la peculiaridad de este contrato mixto o complejo, distinto del contrato típico de permuta, que se caracteriza por el hecho de que, a diferencia del contrato de permuta de bienes presentes, en que ambas cosas existen y están determinadas desde su celebración, y pueden ser adquiridas por los permutantes, en éste la parte cedente del terreno solo ostenta un derecho personal o de crédito frente al adquirente del solar, que le faculta para exigir a éste último que cumpla el compromiso asumido de edificar, de modo que no será hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión para el cedente del suelo, como justa contraprestación (sentencias núm. 456/2007, de 25 de abril; y 94/2011, de 14 de febrero). En todo caso, como dijimos en la sentencia 438/2016, de 29 de junio, "lo relevante no es quién materialmente ejecutara las obras (que la demandada podría haber subcontratado perfectamente con un tercero), sino quiénes asumieron contractualmente la obligación de entrega". Así resulta también, *a contrario sensu*, del art. 1161 CC cuando establece que:

"En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación".

Así lo han interpretado también el juzgado de primera instancia y la Audiencia, interpretación que no es ilógica ni arbitraria, sino conforme con la norma legal en materia de obligaciones de hacer y con la jurisprudencia de esta sala en los términos reseñados.

#### 8.- *El contrato de la litis. Obligaciones sometidas a término suspensivo*

El contrato de permuta celebrado el 13 de mayo de 2014 entre los demandantes y Vallehermoso establecía que a cambio de la cesión a ésta de un terreno sin urbanizar los cedentes obtenían una contraprestación consistente en el pago de un total de 725.427,22 euros (una parte había sido pagada con anterioridad a la firma del contrato y el resto fue abonado en ese momento), y en la obligación a cargo de Vallehermoso de entregarle en el futuro 8 viviendas, con sus respectivos garajes y trasteros, pertenecientes a la promoción que igualmente se obligaba a construir en dichos terrenos.

Estas obligaciones se sometían, como determinaciones accesorias del contrato, a unos términos iniciales o suspensivos que aplazaban el momento del cumplimiento de dicha prestación de la siguiente forma: (i) la entrega de las viviendas, garajes y trasteros se debía realizar en el plazo de 30 meses a contar desde la fecha de la concesión de la licencia municipal de obras; (ii) esa licencia debía solicitarse en el plazo máximo de 4 meses desde que se recepcionasen las obras de urbanización del terreno cedido por el Ayuntamiento, mediante escritura pública y libre de toda carga y gravamen (salvo las de carácter urbanístico o arquitectónico); (iii) obtenido el certificado final de obra el plazo de 30 meses se ampliaría hasta la obtención de la cédula de habitabilidad y licencias necesarias; (iv) la licencia de primera ocupación, cédula de habitabilidad o autorización administrativa que pudiera sustituirles, debería solicitarse en el plazo de un mes desde la fecha del certificado final de obras; (v) la obligación de entrega se entendería cumplida mediante la comunicación por Vallehermoso de la fecha de entrega en un plazo no inferior a 8 días una vez obtenida la licencia de primera ocupación.

Por tanto, la entrega de los inmuebles comprometidos a los demandantes debía realizarse en el plazo de 30 meses desde la obtención de la licencia de obras, licencia que debía solicitarse en el plazo de 4 meses desde que el agente urbanizador entregase al Ayuntamiento, mediante escritura pública y libre de cargas, el terreno ya urbanizado. Esta entrega, y consiguiente recepción, constituye el evento que determina el *dies a quo* para el cómputo del plazo para solicitar la licencia de obras y, por consiguiente, para poder iniciar el cómputo del ulterior plazo para ejecutar la construcción y la subsiguiente entrega de los inmuebles.



9.- Por otra parte, en el mismo contrato se preveía una serie de causas justificadas de dilación o suspensión de esos plazos. En concreto, se consideraban:

(i) "causas justificadas de dilación en la finalización de las obras" las siguientes: "las causas de fuerza mayor, caso fortuito u otras causas ajenas a la voluntad de la promotora, cuando sea temporalmente imposible la iniciación, prosecución o conclusión de las actuaciones jurídicas o materiales previstas en la promoción". Y como causas justificadas de dilación correspondientes a este grupo se incluían expresamente, entre otras, "las resoluciones administrativas o judiciales que ordenen la paralización de obras o paralización o suspensión de actuaciones administrativas"; y

(ii) "causa de suspensión del cómputo del plazo antes señalado cualquier dilación respecto a los plazos legalmente establecidos de la que sea responsable la Administración actuante o cualquier otro organismo administrativo, en la incoación, trámite o resolución de los procedimientos administrativos o registrales que les corresponda instruir para el mejor desarrollo de la promoción".

10.- En el caso de la litis, según resulta de los antecedentes reseñados, consta que:

(i) el 29 de abril de 2003, el Pleno Municipal adjudicó el Programa de Actuación Urbanística a la Agrupación de Interés Urbanístico APR-3;

(ii) el Convenio Urbanístico para formalizar la adjudicación de la ejecución del PAU se suscribió entre el Ayuntamiento de Albacete y el Agente Urbanizador el 10 de agosto de 2006;

(iii) la Comisión Regional de Urbanismo informó favorablemente el contenido del PERI que integra la alternativa técnica del PAU del APR-3, si bien condicionado a la emisión del correspondiente dictamen por parte del Consejo Consultivo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha;

(iv) con carácter previo a la remisión del expediente al Consejo Consultivo se debería "justificar que el número de plazas de aparcamiento público es al menos una por cada 200 m<sup>2</sup> de techo potencialmente edificable para uso residencial"; dicha documentación había sido requerida al Agente Urbanizador, pero no consta que se presentase;

(v) el 12 de abril de 2006, se presentó un Proyecto de Urbanización;

(vi) el 13 de noviembre de 2007 la Agrupación de Interés Urbanístico APR-3 presentó el Proyecto de Reparcelación Forzosa del citado ámbito de actuación, que fue sometido a información pública;

(vii) el 18 de febrero de 2010 el Proyecto de Reparcelación se encontraba todavía pendiente de aprobación a la espera de la remisión de la documentación requerida;

(viii) el 12 de marzo de 2015, el Departamento de Gestión Urbanística comunicó que el Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Albacete había resuelto la adjudicación del Programa de Actuación Urbanizadora del Área de Planeamiento Remitido APR-3 "Reconversión Sur" a la Agrupación de Interés Urbanístico APR-3, por incumplimiento de sus obligaciones como Agente Urbanizador.

11.- Como consecuencia de todo lo anterior, en el momento de iniciarse el presente pleito todavía no se había producido la entrega de los terrenos urbanizados al Ayuntamiento. El efecto de este hecho en el ámbito de las relaciones contractuales entre Vallehermoso y los demandantes es que no se ha producido el evento que determinaba el *dies a quo* del plazo para el cumplimiento de las obligaciones consistentes en solicitar la licencia municipal de obras y, como secuela de ello, tampoco para comenzar y concluir la construcción. Esto supone que las prestaciones en que consiste el objeto de estas obligaciones se encuentran en suspenso y son inexigibles.

Frente a las obligaciones a las que no se ha señalado plazo, que son exigibles inmediatamente ( art. 1113 CC), de forma que la perfección del contrato y la exigibilidad de la obligación coinciden en el tiempo, las obligaciones a término o sujetas a un plazo, tienen su eficacia suspendida durante el lapso de tiempo que media entre la celebración del contrato y la llegada del término. Durante la pendencia la obligación existe, pero su ejercicio y exigibilidad están aplazadas. El titular del crédito puede enajenarlo y ejercitar acciones dirigidas a su conservación. Pero no puede exigir al deudor la realización de la prestación ni ejercitar acciones de ejecución. A ello se refiere el art. 1125 CC cuando afirma que "las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue". Simétricamente, desde el punto de vista del deudor, el *dies solutionis* actúa como momento del vencimiento de su obligación o momento del cumplimiento de su deber jurídico. Por ello en caso de que el acreedor le reclame antes ese cumplimiento podrá oponer la excepción *plus petitio temporis* (excepción de falta de vencimiento).

12.- Esto es en rigor lo sucedido en el presente caso. Como acertadamente señaló el juzgado de primera instancia, y después confirmó la Audiencia:



"Por tanto, hasta que no llegara el *dies a quo* previsto para cada una de estas obligaciones, éstas se encontraban suspendidas, y ello de conformidad con el artículo 1. 125 del Código Civil, que en su inciso primero dice que las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue añadiendo a continuación que entendiéndose por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo".

"Lógicamente, si todavía no ha llegado el *dies a quo* que determina la eficacia de las obligaciones, con menos motivo habrán transcurrido los plazos previstos para poder reclamar el aval que garantiza dichas obligaciones - cuatro y treinta meses, respectivamente -.

"Una vez que transcurrieran dichos plazos, los ahora demandantes podrían optar por dirigirse frente a Vallehermoso o frente a Banco Santander S.A. tal y como se hizo constar en la escritura. Pero antes de que transcurran los plazos, los avales no se encuentran operativos en el sentido de que no existe la posibilidad de reclamar su cumplimiento".

En el presente caso, en la reglamentación contractual de la relación jurídica establecida, no sólo se previeron los términos y plazos indicados para el cumplimiento de la prestación final de la entrega de los inmuebles comprometidos, sino que se añadió una específica cláusula exoneratoria de responsabilidad respecto de la finalización de las obras y de suspensión de los plazos fijados, que incluía entre las causas justificativas de la dilación "las causas de fuerza mayor, caso fortuito u otras causas ajenas a la voluntad de la promotora, cuando sea temporalmente imposible la iniciación, prosecución o conclusión de las actuaciones jurídicas o materiales previstas en la promoción", y "cualquier dilación respecto a los plazos legalmente establecidos de la que sea responsable la Administración actuante o cualquier otro organismo administrativo, en la incoación, trámite o resolución de los procedimientos administrativos ... que les corresponda instruir para el mejor desarrollo de la promoción".

Esta cláusula ampara la situación provocada en el caso, en el que el incumplimiento de las obligaciones propias de la entidad que actuaba como "agente urbanizador" y la consiguiente revocación acordada por el Ayuntamiento de la previa adjudicación del proyecto de urbanización de los terrenos a aquél, con la inevitable postergación de las obras urbanizadoras y la entrega de los terrenos urbanizados al Ayuntamiento, son completamente ajenos a la promotora demandada. Vallehermoso no es responsable de dicha situación, sino perjudicada por la misma, pues al no haber sido urbanizados los terrenos adquiridos, a pesar del largo periodo de tiempo transcurrido desde su adquisición, se ha visto imposibilitada de construir las viviendas que debía entregar a los cedentes del terreno, y de cualquier otra cuya comercialización le hubiera permitido resarcirse de la inversión realizada (y por la que desembolsó a la fecha del contrato la cantidad de 725.427,22 euros). Además, tampoco estamos en el caso de que, a pesar de los problemas administrativos y urbanísticos a que se enfrenta la urbanización y edificación de los terrenos cedidos, pueda afirmarse que la obligación resulte legalmente imposible por causa de aquellas dificultades, lo que ser el caso provocaría el efecto liberador previsto en el art. 1184 CC.

**13.-** No cambia la conclusión anterior el hecho de que la recepción de los terrenos urbanizados por parte del Ayuntamiento, como término inicial del plazo para solicitar la licencia de obras y, a partir de la concesión de ésta, para concluir la construcción de la promoción, ante el prolongado retraso que sufre, pudiera interpretarse como incierto no solo en el cuándo, sino también en el sí (*incertus quando, incertus an*), por las diversas vicisitudes urbanísticas o administrativas que pueda sufrir. Frente a los casos en que el *dies solutionis* necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo, el párrafo tercero del art. 1125 CC, para los casos en que resulta incierta no solo la fecha sino el mismo hecho de su acaecimiento, dispone que "si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente". Es decir, el trato legal que corresponde en estos casos al "término" es el propio de su verdadera naturaleza de "condición". Del precepto citado se desprende que, frente a la certeza propia de las obligaciones a término, la incertidumbre es la nota característica de las obligaciones condicionales. La conclusión alcanzada para el caso de las obligaciones sujetas a término resulta extrapolable *a fortiori* a las sujetas a condición suspensiva, pues éstas suspenden no sólo el ejercicio o la ejecución de la prestación, sino que afectan al propio vínculo obligacional.

**14.** La conclusión alcanzada, contraria a la tesis impugnativa, no puede ser desvirtuada por el hecho de que en noviembre de 2014 Vallehermoso vendiese la finca cedida en permuta a la Sareb, en ejecución del programa de reestructuración y liquidación de su deuda bancaria. En el contrato de permuta ni se incluyó una prohibición de enajenar u obligación de no disponer, que, por lo tanto, no podría estar garantizada con ninguna forma de garantía real - art. 26 LH - o personal, ni la venta es completamente incompatible con el cumplimiento de las prestaciones debidas (construcción y entrega de las viviendas, garajes y trasteros).



Es cierto, como hemos dicho *supra* que, durante la pendencia del término, el acreedor (en este caso los demandantes) pueden ejercitar acciones conservativas de su derecho (así lo prevé el art. 1121 CC para las obligaciones condicionales, y de este mismo precepto resulta también su aplicabilidad *a fortiori* a las obligaciones a término). Pero el acreedor no está legitimado en dicho lapso de tiempo para realizar actos de ejecución (que en este sentido se opone a la noción de actos de conservación). La exigibilidad y ejecutividad de la prestación están en suspenso durante la pendencia del término o de la condición.

**15.-** La posibilidad de realizar actos de conservación del derecho en suspenso se traduce en una potestad jurídica del acreedor que es paralela al deber del deudor de no realizar actos incompatibles con el cumplimiento futuro de su obligación, como exigencia derivada del principio de la buena fe, pues los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino también a "todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" ( art. 1258 CC), y como regla general para las obligaciones de dar ( art. 1094 CC).

Y aunque desde esta perspectiva podría contemplarse la posibilidad de reconocer al acreedor una acción de responsabilidad por incumplimiento, en el marco de una acción dirigida contra el obligado principal (cuestión que ahora planteamos a efectos dialécticos y sin prejuzgar lo procedente), y que en sede judicial pueda afirmarse, a la vista de las circunstancias del caso, la existencia de una real voluntad incumplidora ( sentencia 438/2016, de 29 de junio), es lo cierto que ese planteamiento, en lo que ahora interesa, no tiene cabida en el marco de la acción deducida en este procedimiento, dirigida directamente contra el fiador, en atención a los concretos términos en que se formuló el compromiso fideusorio en los avales suscritos por Banco de Santander.

Estos avales se limitaron a garantizar el cumplimiento de las dos siguientes obligaciones de Vallehermoso:

"1º. Presentación de solicitud de licencia municipal de obras ante el Ayuntamiento de Albacete, en el plazo de cuatro meses a contar desde el momento de recepción de las obras de urbanización de la APR3 por parte de este mismo Ayuntamiento.

"2º. Entrega de 4 viviendas, 4 trasteros y 4 plazas de garaje que se tiene proyectado construir en la APR3 en el plazo de 30 meses, contados desde la fecha de concesión de la licencia municipal de obras".

**16.-** No cabe realizar una interpretación extensiva de los términos en que se concretó, a través de su definición contractual, la garantía. Como declaró la sentencia de esta Sala Primera 864/2005, de 27 de octubre:

"La sentencia de esta Sala de 3 de julio de 1999 alude a la necesidad de interpretar restrictivamente la fianza "excluyendo toda posibilidad de extensión de la garantía a obligaciones distintas de las comprendidas en la misma ( SS. de 18-11-1963, 1-6-1964, 22-12-1972 y 5-2-1992)"; y la de 21 de mayo de 2004 señala que "la fianza debe ser expresa y no debe extenderse a más de lo contenido en ella, como dice el artículo 1827 del Código Civil", de lo que se desprende que la interpretación debe ser restrictiva en beneficio del deudor".

En la misma línea de excluir toda interpretación extensiva del contrato de fianza, evitando el desbordamiento de sus términos literales, se pronunció la sentencia de la sala 710/2006, de 27 de junio:

"Como esta Sala ha señalado, entre otras, en sentencias de 21 de mayo de 2004 y 27 de octubre de 2005, en relación a la fianza como forma de garantía del cumplimiento de las obligaciones, la misma debe ser expresa y no debe extenderse a más de lo contenido en ella, tal como establece expresamente el artículo 1827 del Código Civil, dado el carácter de la figura en cuanto "se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste" ( artículo 1822 del mismo código). En consecuencia, no cabe una interpretación extensiva de los términos de la misma y mucho menos la que desconoce los términos literales en que la garantía se ha constituido".

El mismo criterio de interpretación rigurosa y nunca extensiva de la fianza se reitera en la sentencia 278/2012, de 10 de mayo, al recordar que el art. 1827 CC dispone, en su párrafo primero, que "la fianza no se presume, debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella", lo que necesariamente ha de relacionarse con lo dispuesto por el art. 1822 CC, en cuanto establece que "por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero"; preceptos que "por su propia naturaleza resultan de aplicación a la generalidad de los supuestos en que alguien se compromete a cumplir por otro, situación convencional que merece una interpretación rigurosa y nunca extensiva". Razón por la cual la sentencia 278/2012 casó la impugnada "al extender la obligación de los garantes más allá de lo expresamente pactado".

**17.-** A la exigencia de que los términos de la fianza se interpreten de forma rigurosa y restrictiva, y que tales términos hayan de ser expresos, la jurisprudencia de esta sala ha añadido el requisito de la claridad de tales términos, para evitar toda situación equívoca. En este sentido, afirmó la sentencia de 16 de diciembre de 1985 que "aplicando lo prevenido en el artículo 1.827 del Código Civil [...] la declaración constitutiva de la fianza ha



de ser clara y no puede basarse en expresiones equívocas ( sentencias de 13 de junio de 1957, 1 de junio de 1967 y 31 de enero de 1977)".

Finalmente, estos criterios se han aplicado incluso a los supuestos de los denominados avales "a primer requerimiento". La sentencia de 2 de octubre de 1990 lo declaró de forma inequívoca que:

"la pretendida interpretación que el recurrente hace en el desarrollo del motivo, no sólo violenta los preceptos legales que acabamos de citar, sino que incluso desnaturaliza el contrato de fianza, convirtiéndolo en un simple reconocimiento de deuda, al pretender que el avalista venga obligado a pagar siempre y en todo caso, cualquiera que fuesen las obligaciones afianzadas; supuesto que no puede ser el de autos, por mucha amplitud o sentido interesado que quiera dársele a las expresiones "Aval a primera demanda" o "Primer requerimiento", pues los términos demanda y requerimiento hay que ponerlos necesariamente en relación con la frase anterior "obligaciones derivadas del contrato", y solo cuando estas obligaciones válidamente existan, vendrá obligado el fiador, según entiende la mayoría de la doctrina".

**18.-** Siendo ello así en los citados supuestos de aval a "primer requerimiento", con mayor motivo debe aplicarse este criterio en un supuesto como el de la litis en el que, por expresa determinación contractual, se estableció como condición para la ejecución del aval la de acreditar fehacientemente a la entidad bancaria fiadora "que en el plazo de siete días siguientes a la fecha de vencimiento de las obligaciones que se han señalado anteriormente, D. [acreedor afianzado] ha requerido mediante Acta Notarial a Vallehermoso División Promoción, S.A.U. el cumplimiento de las mismas, sin que dentro del plazo fijado ésta hubiera atendido sus compromisos". Condición que no consta acreditada en el presente caso. El requerimiento extrajudicial que hemos reseñado en los antecedentes de hecho se dirigió directamente a Banco de Santander.

**19.-** La consecuencia de todo ello es que no se aprecia ninguna de las infracciones denunciadas en los motivos del recurso, todas ellas basadas en la premisa del incumplimiento de las obligaciones afianzadas, premisa que no puede estimarse concurrente en la litis.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que, una vez producida la entrega del suelo urbanizado al Ayuntamiento, y comenzado a correr el plazo para la solicitud de la licencia municipal de obras y para la ejecución de la construcción, y llegado el término de su vencimiento, si Vallehermoso no entrega, previa su adquisición, las viviendas, garajes y trasteros comprometidos, pueda procederse entonces a la ejecución de los avales.

#### **CUARTO.-** *Costas y depósitos*

**1.-** De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a los recurrentes.

**2.-** Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Iván y D. Jaime contra la sentencia n.º 367/2017, de 15 de diciembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete, en el recurso de apelación núm. 458/2017.

**2.º-** Condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.