



Roj: **STS 1444/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1444**

Id Cendoj: **28079110012019100241**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/05/2019**

Nº de Recurso: **3452/2015**

Nº de Resolución: **255/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2611/2015,**  
**STS 1444/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 255/2019**

Fecha de sentencia: 07/05/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3452/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Marin Castan**, presidente

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª

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

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 3452/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Marin Castan**, presidente

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 255/2019**

Excmos. Sres.

D. **Francisco Marin Castan**, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 7 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por las demandantes D.<sup>a</sup> Piedad , D.<sup>a</sup> Raquel y D.<sup>a</sup> Rosana , representadas por la procuradora D.<sup>a</sup> María Jesús García Letrado bajo la dirección letrada de D. Raúl López Iglesias, contra la sentencia dictada el 15 de octubre de 2015 por la sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 51/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1662/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Sevilla sobre restitución de cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción. Ha sido parte recurrida la entidad codemandada Banco Santander Central Hispano S.A. (actualmente Banco Santander S.A.), representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo bajo la dirección letrada de D. José Luis Arévalo Espejo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Marin Castan**, presidente.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 18 de septiembre de 2012 se presentó demanda interpuesta por D.<sup>a</sup> Piedad , D.<sup>a</sup> Raquel y D.<sup>a</sup> Rosana contra las entidades Construcciones y Reformas del 47 S.L. y Banco Santander Central Hispano S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1.- CONDENE a la codemandada CONSTRUCCIONES Y REFORMAS DEL 47, S.L., al pago de:

"a) la cantidad de treinta mil (30.000.-) € más los intereses legales desde la fecha de entrega de las cantidades, 9 de enero de 2006, a favor de D.<sup>a</sup> Piedad .

"b) la cantidad de treinta mil (30.000.-) € más los intereses legales desde la fecha de entrega de las cantidades, 9 de enero de 2006, a favor de D.<sup>a</sup> Raquel y D.<sup>a</sup> Rosana .

"2.- CONDENE solidariamente a la codemandada BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., al pago a favor de D.<sup>a</sup> Piedad de:

"a) la cantidad de treinta mil (30.000.-) € correspondientes a la cantidad avalada.

"b) los intereses pactados al 6% de interés anual desde la fecha de entrega, 9 de enero de 2006, a la codemandada CONSTRUCCIONES Y REFORMAS DEL 47, S.L., de la cantidad avalada de 30.000.-€, ascendiendo dichos intereses, a fecha de firma de la presente demanda, y sin perjuicio de posterior liquidación calculada sobre la fecha del efectivo pago del principal reclamado, a la cantidad de doce mil cuarenta y cuatro (12.044.-) €.

"3.- CONDENE solidariamente a la codemandada BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., al pago a favor de D.<sup>a</sup> Raquel y D.<sup>a</sup> Rosana de:

"a) la cantidad de treinta mil (30.000.-) € correspondientes a la cantidad avalada.

"b) los intereses pactados al 6% de interés anual desde la fecha de entrega, 9 de enero de 2006, a la codemandada CONSTRUCCIONES Y REFORMAS DEL 47, S.L., de la cantidad avalada de 30.000.-€, ascendiendo dichos intereses, a fecha de firma de la presente demanda, y sin perjuicio de posterior liquidación calculada sobre la fecha del efectivo pago del principal reclamado, a la cantidad de doce mil cuarenta y cuatro (12.044.-) €.

"4.- CONDENE a los codemandados CONSTRUCCIONES Y REFORMAS DEL 47, S.L., y BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., a los intereses de la mora procesal.

"5.- CONDENE a los codemandados CONSTRUCCIONES Y REFORMAS DEL 47, S.L., y BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., al pago de las costas causadas en este procedimiento".

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Sevilla, dando lugar a las actuaciones n.º 1662/2012 de juicio ordinario, y emplazadas las entidades demandadas, Banco Santander S.A. compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte demandante. La promotora codemandada Construcciones y Reformas del 47 S.L. no compareció y fue declarada en rebeldía por decreto de 30 de enero de 2013.

**TERCERO.-** Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez titular del mencionado juzgado dictó sentencia el 25 de junio de 2014 con el siguiente fallo:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por Piedad , Raquel y Rosana contra Banco Santander SA y Construcciones y Reformas 47 SL, establezco lo siguiente:



"a) Condeno a Construcciones y Reformas 47 SL a la entrega de 30.000 € para Piedad , y a la entrega de la cantidad de 30.000 € para Raquel y Rosana , más los intereses legales desde la fecha 9 de enero de 2006.

"b) Condeno solidariamente a Banco Santander SA a favor de Piedad , a la entrega de la cantidad de 30.000 €, más los intereses pactados al 6% desde el día 9 de enero de 2006 a la codemandada CR 47 SL.

"c) Condeno solidariamente a Banco Santander SA al pago en favor de Raquel y Rosana de la cantidad de 30.000 €, más los intereses pactados al 6% desde el día 9 de enero de 2006 a la codemandada CR 47 SL.

"d) Condeno a los codemandados al pago solidario de los intereses de mora procesal.

"e) Las costas procesales se imponen a los codemandados".

**CUARTO.-** Interpuesto por la entidad bancaria codemandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante y que se tramitó con el n.º 51/2015 de la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla , esta dictó sentencia el 15 de octubre de 2015 con el siguiente fallo:

"1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. contra la sentencia dictada el 25 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Sevilla , en el juicio ordinario 1662/12 del que este rollo dimana.

"2.- Revocar parcialmente la resolución recurrida en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por DÑA. Piedad , DÑA. Raquel y DÑA. Rosana respecto de Banco Santander S.A. absolviendo a éste de todos los pedimentos contra él contenidos en aquella, condenando a las actoras al pago de las costas al mismo causadas, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia referidos a Reformas del 47 S.L.

"3.- No hacer expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación.

"Dada la estimación total, del recurso, devuélvase al recurrente el depósito constituido para recurrir".

**QUINTO.-** Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante-apelada interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC y compuesto de un solo motivo fundado en infracción de los arts. 1124 CC y 1 y 3 de la Ley 57/1968 .

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 20 de junio de 2018, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso de casación con imposición de costas a la parte recurrente.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 28 de marzo del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 23 de abril siguiente, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente litigio versa sobre la responsabilidad del banco avalista codemandado respecto de los anticipos hechos por tres compradoras de dos viviendas en construcción sujetas al régimen de la Ley 57/1968, y la controversia se redujo a si el aval constituido conforme a dicha ley garantiza la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores en un caso de incumplimiento del vendedor consistente en no haber levantado, antes del otorgamiento de escritura pública, las cargas hipotecarias que gravaban las viviendas por un importe superior al precio que quedaba por pagar.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1.º- Con fecha 9 de enero de 2006 D.ª Piedad suscribió con la entidad Construcciones y Reformas del 47, S.L. (CR-47) un contrato privado de compraventa de vivienda en construcción que tuvo por objeto la señalada como n.º NUM000 y el garaje n.º NUM001 (finca registral n.º NUM002 ) de la URBANIZACIÓN000 ", término municipal de Alcalá de Guadaira (doc. 1 de la demanda).

Ese mismo día D.ª Raquel y D.ª Rosana (esta segunda representada por D. Ceferino ) suscribieron con CR-47 un contrato privado de compraventa sobre la vivienda n.º NUM003 y el garaje n.º NUM003 de la misma promoción, finca registral n.º NUM004 (doc. 2 de la demanda).

2.º- A cuenta del precio (que en ambos casos se fijó en 211.740 euros más 14.821,80 euros de IVA, 226.561,80 euros en total) cada parte compradora anticipó un total de 30.000 euros (1.000 euros en concepto de reserva, que se abonaron antes de la firma, y 29.000 euros en el momento de la firma de los respectivos contratos), y se obligó a pagar la parte restante (183.702,62 euros más 12.859,18 euros de IVA, 196.561,80 euros en total) al tiempo de otorgarse la escritura pública de compraventa.



**3.º-** De acuerdo con la Ley 57/1968, y con la estipulación "Segunda", apdo. e), de los referidos contratos, Banco de Santander Central Hispano S.A. garantizó en ambos casos la devolución de los respectivos anticipos mediante sendos avales (con un límite de 30.000 euros cada uno) que fueron entregados a las respectivas compradoras con fecha 27 de octubre de 2006 (docs. 3 y 4 de la demanda).

**4.º-** Respecto del plazo de entrega, en los dos contratos se incluyó una estipulación "Séptima" del siguiente tenor:

"La escritura de compraventa se otorgará, una vez terminada la construcción, a requerimiento de la parte vendedora y dentro del mes siguiente a la licencia de primera ocupación, siempre que no sea antes de Diciembre de 2007".

**5.º-** Aunque en ambos contratos las partes manifestaban que las fincas se hallaban "libres de toda carga, ni ocupantes ni arrendatarios ni pesa sobre ella ningún derecho que terceros puedan ostentar", las viviendas objeto de compraventa se encontraban sujetas a hipotecas en garantía de los préstamos concedidos a la promotora.

En concreto, la vivienda adquirida por la Sra. Piedad estaba gravada con tres hipotecas en garantía total de 224.548,96 euros (una a favor del Banco Santander S.A. en garantía de 169.392 euros, otra a favor del Banco Pastor S.A. en garantía de 29.304,67 euros y otra a favor de Intedis del Sur S.L. en garantía de 25.852,29 euros) y la vivienda de las Sras. Raquel y Rosana con otras tres hipotecas, en su caso en garantía total de 220.138,93 euros (una a favor del Banco Santander S.A. en garantía de 169.392 euros, otra a favor del Banco Pastor S.A. en garantía de 26.961,38 euros y otra a favor de Intedis del Sur S.L. en garantía de 23.785,55 euros).

En ambos contratos se incluyó una estipulación "Octava" según la cual, si la parte compradora no se subrogaba en el préstamo hipotecario de la promotora, esta quedaba obligada a soportar los gastos de su cancelación.

**6.º-** Con fecha 3 de abril de 2008 cada parte compradora fue notificada por la promotora mediante burofax (docs. 5 y 6 de la demanda) para que procedieran a otorgar la respectiva escritura pública de compraventa en el día y hora que se indicaba (18 de abril de 2008, a las 10.00 horas) toda vez que las viviendas ya contaban con licencia de primera ocupación (concedida el 1 de abril de 2008).

En respuesta, las compradoras remitieron sendos burofaxes a la promotora (docs. 7 y 8 de la demanda) en los que, además de comunicar el notario elegido, se la conminaba para que liberase las cargas que pesaban sobre las viviendas correspondientes al Banco Pastor y a Intedis del Sur, ("salvo la hipoteca correspondiente" del Banco de Santander en la que podían subrogarse) antes de la firma de dichas escrituras.

**7.º-** La promotora contestó a los anteriores burofaxes mediante tres burofaxes de fecha 29 de abril de 2008 (docs. 9, 10 y 11 de la demanda) indicando que toda la documentación necesaria para la firma de las escrituras se encontraba a disposición de las compradoras en la notaría que estas habían elegido, recordando que tenían la posibilidad de subrogarse en la hipoteca del Banco de Santander y fijando definitivamente la fecha para el otorgamiento de escritura en el 8 de mayo de 2008 a las 10.00 horas, pero sin decir nada en cuanto a la liberación de las cargas.

**8.º-** Con fecha 6 de mayo de 2008 (es decir, dos días antes de la fecha fijada para escriturar) las Sras. Raquel y Rosana comunicaron por burofax a la promotora que, por haber incumplido sus obligaciones contractuales con respecto a las cargas que gravaban las viviendas, la requerían para que procediera a la devolución de los 30.000 euros entregados a cuenta del precio más los intereses legales, con reserva de acciones judiciales en caso de impago. También remitieron copia de dicho burofax a la avalista con fecha 7 de mayo de 2008 (doc. 14 de la demanda, folios 69 a 71 de las actuaciones de primera instancia).

**9.º-** Llegados el día y hora indicados para el otorgamiento de las escrituras, no consta que todas las partes comparecieran en la notaría designada.

Solo consta que la Sra. Piedad hizo acta de manifestaciones en la misma notaría (doc. 12) dejando constancia de que subsistían las tres hipotecas que gravaban la finca objeto de su compraventa por un importe superior al precio que le quedaba por pagar.

**10.º-** Mediante burofax remitido el 20 de mayo de 2008 y recibido por la destinataria al día siguiente, las Sras. Raquel y Rosana comunicaron a la promotora su decisión de resolver el contrato y la requirieron para que devolviera los 30.000 euros abonados a cuenta más sus intereses legales (doc. 13 de la demanda). También dirigieron burofax a Banco Santander S.A. reclamándole la devolución de dichos anticipos en su condición de avalista (doc. 14 de la demanda).



**11.º-** En virtud del mandamiento librado con fecha 25 de mayo de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Carmona en autos de juicio cambiario n.º 539/2007 se acordó practicar anotación preventiva de embargo sobre cada una de las viviendas a favor del Banco Popular Español S.A.

Por auto de 13 de julio de 2010 las viviendas objeto del presente litigio fueron subastadas y adjudicadas al Banco de Santander S.A. (autos de ejecución hipotecaria n.º 162/2009 del citado juzgado).

**12.º-** Con fecha 18 de septiembre de 2012 las compradoras formularon demanda contra la promotora y contra el banco avalista interesando su condena solidaria a devolver las cantidades anticipadas (30.000 euros en cada caso) más sus intereses legales desde la fecha de su respectivo pago (que calculados al tipo del 6% anual cifraban por entonces en 12.044 euros) y al pago de las costas procesales.

En síntesis, y en lo que ahora interesa, alegaron: (i) que la promotora había incumplido sus obligaciones contractuales al no entregar las viviendas en plazo completamente libres de cargas, toda vez que a fecha de la demanda seguían respondiendo de una deuda hipotecaria de la promotora con distintas entidades cuyo importe, con respecto a las dos compraventas, era superior al precio que quedaba por pagar; y (ii) por su condición de avalista, el banco demandado debía responder de la devolución de los anticipos entregados a cuenta más sus intereses.

**13.º-** La promotora-vendedora fue declarada en rebeldía. El banco demandado se opuso a la demanda alegando, en síntesis y por lo que ahora interesa, lo siguiente: (i) inexistencia del supuesto de hecho que fundaba la existencia del aval, pues la promotora concluyó las obras en plazo y obtuvo la licencia de primera ocupación en la fecha convenida (1 de abril de 2008), sin que el aval debiera responder de cualquier supuesto incumplimiento contractual de la promotora ajeno al proceso constructivo; (ii) falta de incumplimiento imputable a la promotora en lo relativo a la existencia de cargas y su no liberación, puesto que al comunicar la fecha definitiva para el otorgamiento de la escritura (8 de mayo de 2008) la promotora dijo expresamente a las compradoras que le indicaran con suficiente antelación (antes del día 5 de mayo) la forma en que iban a pagar el precio restante con el fin de realizar las gestiones oportunas con todas las entidades intervinientes en la escritura, lo que no hicieron, siendo esta la causa de la no comparecencia de la promotora, y porque la falta de liberación de las cargas era una simple excusa de las compradores para no escriturar y forzar la resolución contractual, dado que conocían de la existencia de dichas hipotecas desde mucho antes y no tuvieron verdadera intención de escriturar; y (iii) en todo caso, improcedente liquidación de intereses, al no ser aplicable el tipo del 6% sino el tipo de interés legal.

**14.º-** La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a la promotora y al banco a devolver a las demandantes las cantidades reclamadas (30.000 euros en cada caso, más intereses legales desde la fecha de su entrega el 9 de enero de 2006, al tipo del 6%) y al pago de las costas procesales.

En lo que ahora interesa, sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la promotora-vendedora incumplió los contratos, porque en ambos se pactó que las viviendas se entregarían libres de cargas y, como fecha límite, en el mes siguiente a la obtención de la licencia de primera ocupación, constanding probado que cuando llegó la fecha definitiva para escriturar (8 de mayo de 2008) la promotora no compareció ante notario y, por tanto, no había levantado las cargas hipotecarias que pesaban sobre las fincas, cuyo importe era superior al precio que quedaba por pagar; (ii) lo anterior no entrañaba un mero retraso en la entrega, sino que supuso una alteración del precio, sin que la promotora pudiera escudarse en que levantaría las cargas en el momento de recibir el resto del precio ya que el levantamiento de las cargas no dependía de que las compradores pagaran el resto del precio, además de que las cargas hipotecarias eran por un importe superior; (iii) en tales circunstancias, la resolución extrajudicial de los contratos de compraventa a instancia de las compradores fue conforme a Derecho; (iv) de la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio de las viviendas (no se discute que en cada caso se entregaron 30.000 euros) debía responder no solo la promotora sino también Banco de Santander S.A. como avalista, por tratarse de un caso en que la construcción no llegó a buen fin porque las viviendas no se entregaron en el plazo convenido por causa imputable únicamente a la vendedora, quien no estuvo en disposición de entregarlas libres de cargas.

**15.º-** Contra dicha sentencia el banco interpuso recurso de apelación negando su responsabilidad como avalista por no darse el supuesto de hecho (según él, el incumplimiento propio del proceso constructivo y no cualquier incumplimiento de la vendedora).

La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso, revocó la sentencia apelada para desestimar la demanda respecto del banco apelante, sin imponer a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia e imponiendo a las demandantes de las costas de la primera instancia causadas al banco.

Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) conforme al art. 1 de la Ley 57/1968, es obligación del promotor garantizar mediante aval o seguro la devolución de los anticipos, más sus intereses, "para el caso de que la





construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido", lo que se reitera en el art. 2 de la propia ley y en el art. 4 de la Orden Ministerial de 29 de septiembre de 1968; (ii) lo que se deduce de este marco normativo es que "el aval regulado en la Ley 57/1968 garantiza la devolución de la parte de precio satisfecha, solo en los casos en que la construcción no se inicia o no puede producirse la entrega de la vivienda en el término pactado por no haber llegado a buen fin el proceso constructivo o carecer la vivienda de licencia de primera ocupación, no cuando la falta de entrega obedece a otro tipo de incumplimientos"; (iii) así lo ha entendido la jurisprudencia (cita y extracta la sentencia de esta sala de 7 de mayo de 2014 ) que la parte apelada pretende tergiversar, porque cuando la doctrina dice que el art. 1853 CC impide al banco avalista oponer las excepciones del avalado, debiendo abonar las cantidades entregadas a cuenta "una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega, por cualquier causa", no está utilizando la expresión "por cualquier causa" en el sentido de alcanzar a cualquier incumplimiento del promotor que justifique la resolución del comprador; (iv) en definitiva, "una cosa es que el avalista no pueda esgrimir frente al comprador los motivos de oposición que correspondan al avalado, por ejemplo el incumplimiento de la obligación del pago del precio, y otra muy distinta es que tenga que responder por falta de entrega de la vivienda cuando la misma se debe a causas ajenas a las que determinan la constitución del aval, que está previsto por la propia Ley para el supuesto en que no se inicie o no llegue a buen fin el proceso constructivo"; (v) en este caso, de la documental aportada con la demanda resulta la voluntad de la vendedora de otorgar la escritura, sin que de la misma se deduzca que no remitió por anticipado la documentación necesaria para el otorgamiento de la escritura ni que no compareció al efecto en la fecha señalada, pues extraña que si no compareció no se recogiera este dato en el acta de manifestaciones de la Sra. Piedad , y extraña también que las otras dos compradoras acudieran a la notaría el 8 de mayo de 2008 cuando solo dos días antes habían denunciado a la promotora por el incumplimiento relativo a las cargas, requiriéndole para la devolución del precio, lo cual equivale a dar por resuelto el contrato; y (vi) la propia sentencia apelada admite que existió una resolución unilateral de los contratos de compraventa a instancia de las respectivas compradoras y fundada en el incumplimiento de la promotora de su obligación de entregar las viviendas libres de cargas, incumplimiento que "no se considera garantizado por el aval".

**16.º-** Las demandantes interpusieron contra dicha sentencia recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre la cuestión de si el aval otorgado conforme a la Ley 57/1968 ampara la falta de entrega de la vivienda por cualquier causa.

#### **Recurso de casación**

**SEGUNDO.-** El recurso de casación se compone de un solo motivo y se funda en infracción de los arts. 1 y 3 de la Ley 57/1968 y 1124 CC y contravención de la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala 218/2014, de 7 de mayo , 759/2014, de 6 de enero de 2015 , 486/2015, de 9 de septiembre , y 501/2015, de 15 de septiembre .

Lo que se plantea es que el aval garantiza la devolución de los anticipos ante el incumplimiento por el promotor de su obligación de entrega por cualquier causa, alegándose al respecto, en síntesis: (i) que en otro caso se privaría de protección a los compradores en contra del carácter tuitivo de la ley; (ii) que la jurisprudencia, a partir de la sentencia de 6 de enero de 2015 , ha superado la idea del "buen fin estrictamente constructivo" para acoger, en cambio, la idea del "buen fin del contrato" en el sentido de que lo que se garantiza es que el contrato -y no la construcción- llegue a buen fin; (iii) que este criterio, opuesto al de la sentencia recurrida y favorable a entender que en un caso como este el aval también garantizaba la devolución de los anticipos, fue el seguido por otra sección (la 8.ª) de la misma Audiencia Provincial de Sevilla en otro litigio sobre viviendas de la misma promoción (sentencia de 20 de junio de 2011, recurso de apelación 3595/2011 ); (iv) que la tesis del recurso también viene respaldada por la doctrina jurisprudencial sobre el art. 3 de la Ley 57/1968 en relación con el art. 1124 CC , toda vez que si actualmente no es necesario que el retraso sea grave para justificar la resolución contractual, "con mayor motivo ha de ser suficiente que una alteración esencial unilateral del contrato como es la que afecta al precio, vía asunción de cargas hipotecarias mayores al resto del precio que se debe entregar, sea suficiente para hacer valer el aval"; y (v) que por todo lo expuesto, el interés casacional del recurso radica en si el aval de la Ley 57/1968 garantiza la devolución de los anticipos en caso de falta de entrega por cualquier causa, no solo por no finalizarse la construcción, y, consecuentemente, en si la falta de entrega de las viviendas motivada por una alteración esencial del precio de los contratos (por no liberarse las cargas que pesaban sobre aquellas) ha de considerarse una conducta contraria al buen fin del contrato y, por tanto, comprendida en la garantía.

El banco interesa la desestimación del recurso tanto por causas de inadmisión como por razones de fondo, alegando al respecto: (i) falta de claridad expositiva determinante de inadmisión, por fundarse simultáneamente en preceptos heterogéneos que no permiten identificar la infracción alegada; (ii) subsidiariamente, en cuanto al fondo, inexistencia de las infracciones normativas y jurisprudenciales



invocadas, ya que ninguna de las sentencias citadas acoge la tesis de la parte recurrente sino la contraria, "pues siempre se refieren al periodo constructivo *strictu sensu*", esto es, "al incumplimiento del promotor en relación a la obligación de construir, iniciar y terminar la construcción en el plazo pactado", sin que en ningún caso contemplen "incumplimientos posteriores a la finalización de la construcción y ajenos al hecho constructivo en sí mismo" (en apoyo de su tesis cita y extracta la sentencia de esta sala 547/2017, de 10 de octubre); y (iii) aunque la sentencia recurrida mantiene la condena de la promotora, es destacable que en su fundamento de derecho tercero declare probado que fue voluntad de la promotora escriturar y que, por el contrario, las compradoras no tuvieron voluntad de hacerlo ni acudieron a la notaría para ello, habida cuenta de que solo dos días antes decidieron resolver los contratos mediante burofax sin esperar a que la vendedora pudiera levantar las cargas en ese tiempo que quedaba hasta el día de la firma (se cita y extracta la sentencia 237/2015, de 30 de abril en cuanto a la improcedencia de acoger pretensiones oportunistas de los compradores).

**TERCERO-** No se aprecian los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida porque el planteamiento del recurso no suscita duda alguna sobre su interés casacional, ya que se citan como infringidas las normas pertinentes, el problema jurídico está suficientemente identificado desde el respeto a los hechos probados y la parte recurrida ha podido oponerse al recurso con pleno y cabal conocimiento de la cuestión jurídica planteada, consistente en si el aval garantizaba o no la devolución de los anticipos en caso de incumplimiento por el promotor de su obligación de entrega por cualquier causa (sentencia 697/2018, de 12 de diciembre, con cita de las sentencias 333/2018, de 1 de junio, 370/2018, de 19 de junio, y 386/2018, de 21 de junio).

**CUARTO.-** Entrando ya en el fondo, el recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) Es doctrina reiterada de esta sala que el recurso de casación "se da únicamente contra el fallo y los argumentos de la sentencia recurrida que constituyan su razón decisoria, no contra los *obiter dicta*" (entre las más recientes, sentencias 134/2018, de 8 de marzo, 262/2018, de 3 de mayo, y 621/2018, de 8 de noviembre). En este caso, esa razón decisoria consiste en que el aval de la Ley 57/1968 únicamente garantiza la devolución de los anticipos de los compradores cuando la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa (sea porque no se termine en plazo o porque no se obtenga en plazo la licencia de primera ocupación), no cuando la falta de entrega obedezca a un incumplimiento del promotor que la sentencia impugnada considera posterior y, por tanto, ajeno al proceso constructivo. Según la sentencia recurrida esta interpretación se ajusta a la jurisprudencia de esta sala que impide al avalista oponer las excepciones derivadas del art. 1853 CC y le obliga a responder de las cantidades anticipadas una vez incumplida la obligación de entrega "por cualquier causa", pues esta última expresión "no se refiere a las causas del incumplimiento que justifique la resolución sino a la causa del retraso".

2.ª) Centrada, pues, la cuestión jurídica en el alcance del aval, la sentencia 527/2016, de 12 de septiembre, fijó como doctrina que "las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística". Según esta sentencia, que cita la 696/2013, de 13 de noviembre, la obligación de entregar la vivienda en plazo, garantizada por el aval, "presenta un doble aspecto: físico o material, consistente en la puesta en posesión que, en el caso de inmuebles puede entenderse producida por el otorgamiento de la escritura pública; y otro jurídico, que se refiere al cumplimiento de aquellas condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador", siendo lo relevante para el comprador, partiendo de la terminación física de la obra, "que la entrega o puesta a disposición tenga lugar conforme al artículo 1462 CC, esto es cuando el inmueble esté en condiciones de ser disfrutado según su destino", lo que a su vez pasa por la obtención de la licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad, entre cuyos efectos se encuentra "permitir la cancelación de las garantías constituidas para asegurar la restitución de las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas, en los términos previstos en el artículo 4 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y Disposición Adicional 1ª de la LOE". Como en el caso entonces enjuiciado la licencia de primera ocupación obtenida fue anulada por ilegalidades urbanísticas que el promotor ocultó al comprador y que determinaron la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento, la sala consideró que las garantías otorgadas (póliza de seguro) debían surtir efecto en orden a proteger al comprador.

3.ª) En el presente caso procede aplicar esa misma doctrina porque la promotora se obligó a entregar las viviendas libres de cargas, y aunque en el contrato y en comunicaciones posteriores entre las partes se admitió la posibilidad de que las compradoras se subrogaran en la hipoteca concedida por la avalista, en ningún caso las respectivas partes compradoras aceptaron que subsistieran a la firma de las escrituras las otras dos inscritas a favor de entidades distintas, como demuestra que las compradoras dirigieran requerimiento a la promotora para que procediera a cancelarlas antes del otorgamiento de las escrituras. Pese a ello, la promotora



hizo caso omiso y abocó a las compradoras a una situación en que la entrega instrumental comportaba la asunción de una responsabilidad hipotecaria por importe superior a la parte del precio pendiente de pago.

4.ª) En definitiva, si el aval garantiza la devolución de los anticipos en caso de falta de terminación de la edificación dentro del plazo pactado, con mayor razón la habrá de garantizar cuando el vendedor supedita el otorgamiento de escritura pública al pago de un precio mayor que el estipulado o pretenda entregar la vivienda con cargas hipotecarias cuando se pactó libre de cargas. Por tanto, las razones de los compradores para resolver el contrato eran tan poderosas y evidentes que carecen de relevancia alguna las especulaciones de la sentencia recurrida acerca de su voluntad de desvincularse del contrato, pues nadie puede ser obligado a seguir contractualmente vinculado en condiciones más gravosas que las pactadas y, además, directamente relacionadas con el precio de las viviendas al que se aplicaban los anticipos cuya devolución garantizaba el banco codemandado.

**QUINTO.-** Conforme al art. 487.3 LEC procede casar la sentencia recurrida para, en su lugar, desestimando el recurso de apelación interpuesto en su día por el banco codemandado, confirmar la sentencia de primera instancia.

**SEXTO.-** Conforme al art. 398.2 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, dado que ha sido estimado, y conforme al art. 398.1 LEC en relación con su art. 394.1 LEC, procede imponer al banco apelante las costas de la segunda instancia, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado. Por tanto, la confirmación de la sentencia de primera instancia en su integridad incluye la condena en costas de la primera instancia a la parte demandada.

**SÉPTIMO.-** Conforme al apdo. 8 de la d. adicional 15.ª LOPJ, procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

## FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por las demandantes D.ª Piedad, D.ª Raquel y D.ª Rosana contra la sentencia dictada el 15 de octubre de 2015 por la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 51/2015.

2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

3.º- En su lugar, desestimando el recurso de apelación interpuesto en su día por el banco codemandado, confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas.

4.º- Imponer a la entidad demandada-apelante las costas de la segunda instancia.

5.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

6.º- Y devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.