



Roj: **STS 3443/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3443**

Id Cendoj: **28079110012015100443**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2015**

Nº de Recurso: **2705/2013**

Nº de Resolución: **434/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Alicante.

El recurso fue interpuesto por la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana, representada por la procuradora Blanca Berriatua Horta.

Es parte recurrida Fausto y Rafaela , representados por la procuradora Macarena Rodríguez Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Dulce Martínez-Torres Sánchez, en nombre y representación de Fausto y Rafaela , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Alicante, contra la entidad Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana (S.G.R.), para que se dictase sentencia:

*"por la que se le condene a la demandada a satisfacer a mis representados la suma acumulada de 34.749 euros, más el interés legal del dinero capitalizado desde el día 9 de septiembre y 10 de octubre de 2005, para el principal desembolsado de 3.000 euros y 15.274,50 euros y desde el día 11 de mayo de 2006, para el principal desembolsado de 16.474 euros (Hecho Segundo). Subsidiariamente, para el caso de no ser estimada la petición anterior, dicte sentencia por la que condene a la demandada al pago a mis representados, de la cantidad de 18.274 euros, correspondiente al aval constituido por la demandada en Alicante, con fecha 21 de noviembre de 2005, en garantía de la citada cantidad e inscrito en el Registro Especial de Avaluos de la demandada con el número: 04017802 siendo beneficiarios mis patrocinados. Y en ambos casos con imposición de las costas procesales causadas en la presente instancia."*

2. El procurador Juan Navarrete Ruiz, en representación de la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

*"por la que desestimando la demanda absuelva de la misma a mi representada con expresa imposición de las costas a la parte actora."*

3. El Juez de Primera Instancia núm. 11 de Alicante dictó Sentencia con fecha 10 de diciembre de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

*"FALLO: Con estimación total de la demanda interpuesta por Fausto y de Rafaela representados por el procurador de los tribunales Sr. Martínez-Torres Sánchez y asistidos del Sr. letrado D. Carlos Meoro Avilés, frente a Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana representada por el procurador de los tribunales Sr. Navarrete Ruiz y asistida del Sr. letrado D. Manuel Perales Candela debo condenar como condeno*



a la demandada Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana a la obligación de abonar a la parte actora de este procedimiento, Fausto y de Rafaela la cantidad de 18.274'50 euros con los intereses legales que se liquidaran de conformidad con el fundamento jurídico segundo de la presente resolución judicial.

En materia de costas estese a lo establecido por el fundamento jurídico tercero."

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la Sociedad de Garantía Recíproca Comunidad Valenciana.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante Sentencia de 26 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Alicante, de fecha 10 de diciembre de 2012 , y estimando la impugnación planteada por los demandantes frente a la referida sentencia, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y con estimación íntegra de la demanda planteada por D. Fausto y Dña. Rafaela frente a Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana, procede condenar a la demandada a que abone a los demandantes la suma de 24.749 € más el interés legal del dinero capitalizado desde el día 9 de septiembre y 10 de octubre de 2005 para el principal reembolsado de 3000 € y 15.274'50 € respectivamente, y desde el día 11 de mayo de 2006 para el principal desembolsado de 16.474 € hasta su completo pago, resultando de aplicación desde esta sentencia los intereses del art. 576 de la LEC ; con imposición de las costas de la instancia a la parte demandada. Sin hacer expresa imposición de costas procesales de la alzada respecto de la impugnación y con imposición de las derivadas del recurso de apelación a la parte apelante."*

#### **Interposición y tramitación del recurso de casación**

5. El procurador Juan Navarrete Ruiz, en representación de la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª.

El motivo del recurso de casación fue:

*"1º) Infracción de los arts. 1822, párrafo segundo, del Código Civil , arts. 1826 y 1827 de dicho texto legal , arts. 1853 y 1125 del Código Civil , y arts. 135 y 136 de la Ley Concursal ."*

6. Por diligencia de ordenación de 20 de noviembre de 2013, la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana, representada por la procuradora Blanca Berriatua Horta; y como parte recurrida Fausto y Rafaela , representados por la procuradora Macarena Rodríguez Ruiz.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 21 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana" contra la Sentencia dictada con fecha de 26 de septiembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª), en el rollo de apelación nº 160/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 2392/2011 del Juzgado de Primera instancia nº 11 de Alicante."*

9. Dado traslado, la representación procesal de Fausto y Rafaela , presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de julio de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **Resumen de antecedentes**

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 5 de septiembre de 2005, Fausto y Rafaela suscribieron con Herrada del Tollo, S.L. un contrato de compraventa de una vivienda sobre plano, que esta promotora tenía proyectado construir en el complejo

residencial "Santa Ana del Monte", en la localidad de Jumilla (Murcia), en concreto, la vivienda núm. NUM000 , modelo Azucena, parcela NUM001 .

Del precio convenido para la compraventa (121.830 euros, más IVA), fueron pagados a cuenta 34.749 euros.

Herrada del Tollo, S.L. tenía concertada con Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana (en adelante, SGRCV) una póliza colectiva, al amparo de la cual tan sólo consta que llegara a otorgar un aval a favor de Fausto y Rafaela , el 15 de noviembre de 2005, por la suma de 18.274,50 euros y para garantizar la restitución de estas cantidades adelantadas.

La vivienda debía haber sido entregada el mes de mayo de 2008, y no lo fue.

Ese mismo año 2008, Herrada del Tollo, S.L. fue declarada en concurso de acreedores.

El 18 de enero de 2010, el juzgado que tramita el concurso de acreedores aprobó el convenio, al que se adhirieron Fausto y Rafaela . El convenio establecía una quita y una espera para los acreedores comerciales, y una espera para los acreedores de las viviendas pendientes de construcción.

El 25 de noviembre de 2011, los compradores ( Fausto y Rafaela ) y Herrada del Tollo, S.L., ante la imposibilidad de que esta última cumpliera sus obligaciones de construcción y entrega de la vivienda, convinieron resolver el contrato.

**2.** Fausto y Rafaela formularon una demanda contra SGRCV en la que reclamaban el pago de las cantidades que habían entregado como precio adelantado, 34.749 euros, más el interés legal del dinero capitalizado desde el día 9 de septiembre y 10 de octubre de 2005, para el principal desembolsado de 3.000 euros y 15.274 euros, respectivamente, y desde el día 11 de mayo de 2006, por el principal desembolsado de 16.474 euros. Subsidiariamente, los demandantes pedían la condena de SGRCV al pago de 18.274,50 euros, que es el importe del aval otorgado a su favor con fecha 15 de noviembre de 2005.

**3.** El juzgado de primera instancia estimó la reclamación de los demandantes respecto del único aval que constaba aportado a los autos, que coincide con la petición subsidiaria de la demanda. En consecuencia, condenó a la demandada SGRCV al pago de 18.274,50 euros, más el interés previsto en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación , que es el interés legal de dinero, desde la reclamación judicial hasta la fecha de la sentencia.

**4.** La sentencia dictada en primera instancia fue apelada por SGRCV, e impugnada por Fausto y Rafaela .

La Audiencia desestimó el recurso de apelación de SGRCV, al entender que la adhesión al convenio no afectó a la fianza asumida por la apelante, conforme a lo previsto en el art. 135 LC y el carácter irrenunciable de esta garantía prevista en la Ley 57/68. También niega que la resolución del contrato de compraventa conllevara la renuncia al aval otorgado por SGRCV.

La Audiencia estimó, sin embargo, la impugnación de Fausto y Rafaela , y consideró que el hecho de que no se otorgará a los demandantes aval de todas las cantidades entregadas a cuenta, no podía dejarles fuera de la citada garantía, sin que, además, pudiera afectar al consumidor el agotamiento de la línea de avales. De tal forma que la garantía a la que quedó obligada SGRCV por la póliza de seguro colectiva suscrita ha de cubrir no sólo la suma de 18.274,50 euros, recogida en el aval entregado, sino también la suma de 16.474,50 euros, abonada por los demandantes el 11 de mayo de 2006. Con ello, la sentencia de apelación estimó íntegramente la demanda, también lo relativo al devengo de intereses: el interés legal del dinero capitalizado desde el día 9 de septiembre y 10 de octubre de 2005, para el principal desembolsado de 3.000 euros y 15.274 euros, y desde el día 11 de mayo de 2006, para el principal desembolsado de 16.474 euros.

### **Recurso de casación**

**5. Formulación del motivo único .** El motivo denuncia la «infracción de lo dispuesto en el art. 1822, párrafo segundo, del Código Civil , arts. 1826 y 1827 del mismo texto legal , así como los arts. 1853 y 1125 del Código Civil , y arts. 135 y 136 de la Ley Concursal ».

Razona la recurrente que el carácter accesorio de la obligación de fianza conlleva que el fiador no pueda obligarse a más que el deudor principal, y que pueda oponer al acreedor todas las excepciones que el deudor le hubiera podido presentar. Además, entiende que en este caso no opera el art. 135 LC porque, con posterioridad a la aprobación del convenio, ha existido un acto plenamente voluntario del propio acreedor, que da por resuelto de forma voluntaria el contrato, mediante un pacto alcanzado con el deudor principal, Herrada del Tollo, S.L., existiendo, por tanto, una evidente novación de la obligación nacida del convenio por otra, la que tuvieron por conveniente.



En el desarrollo del motivo, se razona que «si los señores Fausto y Rafaela se adhieron en su día al convenio de acreedores, si este establecía unos tiempos de espera y una quita, y si posteriormente y de forma voluntaria han resuelto el contrato de compraventa sin conocimiento de mi representada, se ha producido, desde luego, una importante novación en el contenido del contrato inicial, al amparo del propio art. 3 de la Ley 57/1968, que prevé la desvinculación de la entidad avalista cuando se ha producido una novación de la obligación inicial».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**6. Desestimación del motivo.** La garantía otorgada por SGRPV lo fue al amparo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. El art. 1 impone, como primera condición, al promotor «(g) *arantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido*».

Partimos de la consideración de que, en este caso, la garantía otorgada por SGRPV cubría la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta por los demandantes compradores (34.749 euros), pues en este sentido se pronunció la sentencia de apelación, y este extremo no ha sido cuestionado por el recurso de casación.

La controversia suscitada por el recurso de casación gira en torno a los efectos que el convenio concursal aprobado en el concurso de acreedores de la promotora obligada a la entrega de la vivienda, al que se adhieron los compradores demandantes, ha provocado sobre la garantía otorgada para asegurar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta. Y también los efectos que sobre esta garantía ha podido producir el posterior acuerdo alcanzado entre la promotora concursada y los compradores demandantes de tener por resuelto el contrato de compraventa, ante la imposibilidad de que se pudiera llegar a cumplir con la obligación de entrega de la vivienda.

La primera cuestión, relativa a los efectos de la aprobación del convenio sobre la vigencia de esta garantía, se rige por el art. 135.2 LC. Este precepto prescribe que «(l) *a responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido*». De este modo, en un supuesto como el presente en que los compradores, acreedores frente a la promotora concursada del derecho a la entrega de la vivienda y, en su defecto, a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, se adhieron al convenio que establecía una espera para este tipo de acreedores, la responsabilidad de la entidad que aseguró la restitución de estas cantidades entregadas a cuenta se rige por la normativa aplicable a la obligación asumida.

Esta normativa es la reseñada Ley 57/1968, en cuya virtud fue concedida la garantía. El art. 3 de esta Ley atribuye al contrato de seguro o aval, unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda, carácter ejecutivo «*para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley*». Y constituye jurisprudencia de esta Sala que el art. 1 permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el promotor vendedor y su aseguradora o avalista para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas cuando se cumpla el presupuesto legal de «*que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido*» [ Sentencias núms. 476/2013, de 3 de julio ; 218/2014, de 7 de mayo y 218/2015, de 22 de abril de 2015 ]. Esta misma jurisprudencia permite también dirigirse únicamente contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento. Por otra parte, el carácter tuitivo de los derechos del comprador que entrega dinero a cuenta de la vivienda pendiente de construir y serle entregada, se manifiesta en el art. 7, que dota a estos derechos el carácter de irrenunciables ( Sentencia 779/2014, de 13 de enero de 2015 ).

Todo lo anterior nos permite concluir que, de acuerdo con la normativa que rige la asunción de la obligación de garantía de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, al amparo del art. 1 de la Ley 57/1968, la adhesión de los compradores beneficiarios de esta garantía al convenio del concurso de acreedores de la promotora no altera el derecho de dichos compradores a dirigirse contra la aseguradora para la restitución garantizada en caso de incumplimiento de la obligación de la promotora.

**7.** El acuerdo alcanzado entre la promotora concursada y los dos compradores demandantes, con posterioridad a la aprobación del convenio, por el que se resolvía el contrato de compraventa, no libera a quien aseguró la devolución de las cantidades pagadas a cuenta, sino que constituye el cumplimiento del presupuesto legal para que los compradores puedan ejercitar la acción contra la aseguradora en reclamación de dichas cantidades, pues la resolución convenida es posterior a que se hubiera cumplido el plazo de entrega de la vivienda y ante la imposibilidad de cumplimiento.



No estamos ante un desistimiento por mutuo disenso, anterior al cumplimiento del plazo convenido para la realización de la obligación de entrega de la vivienda, al que nos referimos en la Sentencia 133/2015 de 23 de marzo, para distinguirlo del incumplimiento objetivo, sino ante un incumplimiento que motiva la resolución de mutuo acuerdo. Por ello, esta resolución, constatado el incumplimiento, y sin perjuicio de la relación entre el comprador y la promotora, en cualquier caso confiere al comprador la facultad de ejecutar el aval o, en este caso, reclamar de la aseguradora el pago de la suma asegurada, consistente en la restitución de la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta, más los intereses.

Como afirmamos en la Sentencia de Pleno núm. 778/2014, de 20 de enero de 2015, el art. 3 de la Ley 57/1968 «introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador», y por ello también la acción de restitución de las cantidades entregadas a cuenta. La exigibilidad del aval o de la suma asegurada está supeditada por el art. 1 Ley 57/68 a un criterio objetivo: que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin "por cualquier causa", como consecuencia de un incumplimiento objetivo del promotor ( Sentencia de Pleno 218/2014, de 7 de mayo ).

En nuestro caso, es claro el incumplimiento del promotor, que debía haber entregado la vivienda en el mes de mayo de 2008, y no lo hizo. El acuerdo adoptado entre la promotora concursada y los compradores, el 25 de noviembre de 2011, por el que se resolvía el contrato, es la constatación del incumplimiento de la promotora y justifica que, al margen de lo pactado en relación con el convenio concursal vigente, los compradores puedan reclamar de la aseguradora las cantidades adelantadas y los intereses.

### Costas

8. Aunque ha sido desestimado el recurso de casación, el tribunal aprecia serías dudas que justifican la no imposición de las costas del recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 6ª) de 26 de septiembre de 2013 (rollo núm. 160/2013), que conoció de la apelación interpuesta contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Alicante de 10 de diciembre de 2012 (juicio ordinario 2392/2011).

2º No imponer las costas de la casación a ninguna de las partes.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.