



Roj: **STS 3748/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3748**

Id Cendoj: **28079110012015100461**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/09/2015**

Nº de Recurso: **110/2013**

Nº de Resolución: **486/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Septiembre de dos mil quince.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, los recursos de casación e infracción procesal, interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 86/2011 de la Sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1349/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por la procuradora doña María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de Banco Popular Español S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la entidad mercantil El Galeón de Filipinas S.L., en calidad de recurrido.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO .- 1.-** El procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la entidad mercantil El Galeón de Filipinas S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Hipotecario S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia «que condene al demandado al pago a mi representada de:

a) Un importe de 87.801,67.-€ que se desglosa en 80.448,63.-€ de principal y 7.353,04.-€ en concepto de intereses convencionales pactados contractualmente en el aval y devengados hasta la fecha de interposición de esta demanda.

b) Los intereses de demora, calculados al tipo del interés legal del dinero, desde la fecha de interposición de esta demanda hasta la fecha en que se dicte sentencia.

c) Las costas del presente procedimiento».

**2.-** La procuradora doña María José Bueno Ramírez, en nombre y representación del Banco Popular Hipotecario S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «por la que se absuelva a mi representada de todas las pretensiones en lo que a ella respecta contenidas en la demanda promovida en su contra por EL GALEÓN DE FILIPINAS S.L., todo ello con expresa imposición de costas a la demandante».

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 9 de julio de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue:

**FALLO:** Que *DESESTIMANDO*, la demanda interpuesta en nombre de *EL GALEÓN DE FILIPINAS, S.L.*, absuelvo de ella a la demandada y *BANCO POPULAR HIPOTECARIO, S.A.*, todo ello con imposición de costas a la actora.



**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 9 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*FALLAMOS.- En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO ESTIMAR el recuso de apelación interpuesto por la representación de la demandante EL GALEÓN DE FILIPINAS S.L. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid de fecha 9 de julio de 2010 que se revoca para ESTIMANDO la demanda condenar a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. -es parte por sucesión procesal de BANCO POPULAR HIPOTECARIO S.A.- a abonar la cantidad del aval de ochenta mil cuatrocientos cuarenta y ocho euros con sesenta y tres céntimos de euros en concepto de principal (80.448,63.-€) más intereses devengados hasta la fecha de la demanda, siete mil trescientos cincuenta y tres euros con cuatro céntimos de euro (7.353,04.-€) más intereses desde la demanda hasta el completo pago de la deuda, y las costas de la instancia.*

*No ha lugar a hacer pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada, debiendo cada parte abonar las generadas a su instancia y las comunes por mitad.*

**TERCERO** .- **1.-** La representación procesal de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal lo basó en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Al amparo del motivo 4º del número 1 del art. 469 de la LEC , por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española , concretamente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que produce el haber incurrido en un error patente en la valoración de la prueba, palmario, irracional y/o arbitrario.

Segundo motivo.- Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la valoración de la prueba en documentos privados no impugnados y reconocidos de contrario, concretamente al haber incurrido la sentencia recurrida en un error patente en la valoración de dicha prueba palmario, irracional y/o arbitrario, con infracción de los arts. 216 y 217 de la LEC relativos a la carga de la prueba y a los principios que rigen la valoración de los diferentes medios de prueba, en relación con el art. 326.1 de la LEC , sobre valor probatorio de documentos privados no impugnados y reconocidos de contrario.

Tercer motivo.- Al amparo del motivo 4º del número 1 del art. 469 de la LEC , por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española , ya que como consecuencia del error denunciado en los dos motivos anteriores, la sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte por error manifiesto en la determinación de las premisas de las que se parte en la argumentación determinante del fallo.

Cuarto motivo.- Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, concretamente por infracción del mismo precepto 218.2 LEC, en el inciso que establece que la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón.

El recurso de casación se basa en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Al amparo del art. 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina jurisprudencial de este Tribunal en torno al art. 1124 del CC sobre resolución de obligaciones recíprocas, en su aspecto referente a los efectos de la resolución extrajudicial unilateral, con disconformidad de la otra parte contractual, aduciendo, en consecuencia, la existencia de interés casacional, a cuyo objeto invocamos las sentencias entre otras, de 19 noviembre 1994 ; 3 y 20 de junio de 1996 ; 15 noviembre 1999 ; 1 abril y 6 octubre 2000 ; 26 diciembre 2001 ; 12 febrero , 19 abril y 28 junio 2002 ; 12 febrero 2004 y de 20 de mayo 2005 , por su infracción e inaplicación.

Segundo motivo.- Al amparo del art. 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina jurisprudencial de este Tribunal en torno al art. 1 de la Ley 57/1968 , en cuanto prescribe la aplicación de la citada Ley exclusivamente a los consumidores, aduciendo la existencia de interés casacional por vulneración de doctrina jurisprudencial de este Tribunal, representada por las sentencias fecha 25-10-2011 y 29-7-2012 . Existiendo así mismo el citado interés por la existencia de "jurisprudencia contradictoria" de Audiencias provinciales, citando, por un lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), núm. 228/2012 de 2 de mayo , la sentencia de la AP Málaga (Sección 6ª) núm. 271/2011 de 17 mayo y por otro lado, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 143/2011 de 25 de marzo y núm. 336/2012 de 25 de junio , por su infracción e inaplicación.



Tercer motivo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina jurisprudencial de este Tribunal en torno los artículos 1822.1 , 1824.1 , 1825 , 1826 , 1827 y 1841 del CC , en cuanto al principio de accesoriadad de la fianza respecto de la obligación principal garantizada en el aspecto relativo a su exigibilidad, que se desprende de los mismos, y que es reconocido por las sentencias de esta Sala, de 23 de febrero de 2000 ( RJ 2000, 1242), 20 mayo 1989 (RJ 1989 \3873 ) y de 29 de marzo de 1.979 (RJ 1979\1235), por su infracción e inaplicación.

Cuarto motivo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina de este Alto Tribunal al interpretar el art. 1826 del Código Civil , en el sentido de que la fianza requiere, para que pueda producir efectos jurídicos, 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, aduciendo, en consecuencia, la existencia de interés casacional, a cuyo objeto invocamos las sentencias núm. 243/2006 de 2 marzo . RJ 2006 \5770, de 2 octubre 1990. RJ 1990\7464, de 31 de enero de 1977 RJ 1977\128 y de 21 de abril de 1931, por su infracción e inaplicación.

Quinto motivo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina de este Alto Tribunal al interpretar el art. 1.124 del Código Civil , sobre resolución de obligaciones recíprocas, en el sentido de que el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación, aduciendo, en consecuencia, la existencia de interés casacional, a cuyo objeto invocamos las sentencias núm. 223/2011 de 12 abril . RJ 2011\3454, núm. 602/2007 de 4 junio. RJ 2007\5554, y 15/11/1999, ROJ: 7216/1999, N° Recurso: 3320/1995, entre otras, por su infracción e inaplicación.

Sexto motivo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina jurisprudencial de este tribunal al interpretar el art. 3 de la Ley 57/1968 , en cuanto prescribe que para su aplicación la citada Ley exige la total o práctica inexistencia de la vivienda cuyo pago se ha anticipado, aduciendo la existencia de interés casacional por vulneración de doctrina jurisprudencial de este Tribunal, representada por las sentencias de fecha de 9 junio 1986 . ROJ 1986\3298, y de 8 marzo de 2001, RJ 2001\2731, por su infracción e inaplicación.

Séptimo motivo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina jurisprudencial de este tribunal al interpretar el art. 3 de la Ley 57/1968 , en cuanto prescribe que para su aplicación la citada Ley exige la previa resolución del contrato de compraventa de la vivienda cuyo pago se ha anticipado, aduciendo la existencia de interés casacional por vulneración de doctrina jurisprudencial de este Tribunal, representada por las sentencias, de fecha 15/11/1999, ROJ: 7216/1999 , N° Recurso: 3320/1995 , 9/4/2003 , ROJ: 2494/2003 , N° de Recurso: 2631/1997 , y de 27/4/2004 , ROJ: 3656/2004 , N° de Recurso: 1927/1998 , y las por ellas citadas, por su infracción e inaplicación.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 1 de octubre de 2013 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de don Galeón de Filipinas S.L., presentó escrito de oposición a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de marzo del 2015, suspendiéndose por baja del ponente, señalándose nuevamente para el día 22 de julio de 2015 en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Resulta acreditado y no contradicho que con fecha 21 de enero de 2006 EL GALEÓN DE FILIPINAS S.L. compró una vivienda, trastero y plaza de garaje a la promotora LA SERENA GOLF S.L.U. (subrogándose en la posición de ésta GRUPO EMPRESARIAL PINAR S.L.).

En la estipulación quinta del contrato se establecía:

*"La vivienda será entregada a EL COMPRADOR con anterioridad al día 28 de febrero de 2008 fecha en la que se tiene previsto que se encuentren terminados y figuren inscritos como finca independiente en el Registro de la Propiedad.*



*La indicada fecha podrá demorarse por un plazo de hasta 90 días hábiles, sin que ello faculte a EL COMPRADOR para reclamar responsabilidad o indemnización alguna al no considerarse incumplimiento del plazo previsto para la entrega; debido a razones técnicas del proyecto de construcción o ejecución de las obras de urbanización, causas naturales como días de lluvia, hielo. Causas que siendo ajenas a la empresa constructora o promotora como son las huelgas, la falta de suministro de materiales... provocan la demora en la entrega de la construcción. Así como paralizaciones impuestas por autoridades judiciales, administrativas o personas ajenas a EL PROMOTOR siempre que no fueren diligentemente previsibles".*

Conforme a lo establecido en el contrato de compraventa, el BANCO POPULAR HIPOTECARIO S.A, emitió aval con el siguiente contenido:

*"AVALA. A la mercantil La Serena Golf, S.L., con C.I.F. número B83063156, con carácter solidario y con renuncia expresa a los beneficios de orden, división y excusión, ante El Galeón de Filipinas, S.L., provistos de CIF B-63919013, por un importe máximo de OCHENTA Y DOS MIL CIENTO NOVENTA Y DOS EUROS CON SIETE CÉNTIMOS (82.192,07.- Euros), para responder de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la compra de una vivienda Escalera 2 Planta 2 Número 3, en un edificio situado en la Unidad de Ejecución UEN-C3A del PGOU de Estepona, denominado comercialmente Residencial Sotoserena, adquirida en documento privado por El Galeón de Filipinas, S.L., a la entidad antes mencionada, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley número 57/68 de 27 de julio, en relación con la número 38/1999 de 5 de noviembre.*

*De conformidad con las mencionadas Leyes, la presente garantía comprende, además, los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se hiciera efectiva la devolución sobre el importe de OCHENTA Y DOS MIL CIENTO NOVENTA Y DOS EUROS CON SIETE CÉNTIMOS, arriba indicado.*

*Para reclamar el pago de las cantidades garantizadas en el presente aval, el garantizado deberá requerir fehacientemente a BANCO POPULAR HIPOTECARIO, S.A., con acreditación de que la vivienda no le ha sido entregada en el plazo convenido, que es hasta el 28 de febrero de 2008 y que no le ha sido expedida la oportuna licencia de primera ocupación.*

*El presente aval caducará el día 28 de junio de 2008, sin que pasada dicha fecha le pueda ser exigido al BANCO POPULAR HIPOTECARIO S.A., judicial ni extrajudicialmente, pago ni responsabilidad alguna derivada del otorgamiento de esta garantía".*

La compradora remitió requerimiento resolutorio el 25 de junio de 2008, a la compradora y exigió a la avalista el pago de la cantidad garantizada.

El certificado final de obra se emitió con fecha 5 de abril de 2008 y la licencia de primera ocupación se obtuvo en octubre de 2008.

**SEGUNDO** .- El juzgado desestimó la demanda, al no considerar excesivo el retraso en la entrega de la vivienda y al no aceptar que el aval tuviese naturaleza autónoma.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación condenando a la avalista a la entrega de las cantidades garantizadas. Entendió que el aval era una garantía legal y solidaria, que libremente se sujetó a lo dispuesto en la ley 57/1968 de 27 de julio. Que el propio aval se supeditó a que la vivienda estuviese entregada con licencia de primera ocupación el 28 de febrero de 2008. Que la actora exigió el importe del aval una vez precluido el plazo de entrega y resuelto el contrato por el comprador.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

**TERCERO** .- *Motivos primero a cuarto .*

*Primero.- Al amparo del motivo 4º del número 1 del art. 469 de la LEC , por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española, concretamente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que produce el haber incurrido en un error patente en la valoración de la prueba, palmario, irracional y/o arbitrario.*

*Segundo.- Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la valoración de la prueba en documentos privados no impugnados y reconocidos de contrario, concretamente al haber incurrido la sentencia recurrida en un error patente en la valoración de dicha prueba palmario, irracional y/o arbitrario, con infracción de los arts. 216 y 217 de la LEC relativos a la carga de la prueba y a los principios que rigen la valoración de los diferentes medios de prueba, en relación con el art. 326.1 de la LEC , sobre valor probatorio de documentos privados no impugnados y reconocidos de contrario.*

*Tercero.- Al amparo del motivo 4º del número 1 del art. 469 de la LEC, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española, ya que como consecuencia del error denunciado en los dos*



motivos anteriores, la sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte por error manifiesto en la determinación de las premisas de las que se parte en la argumentación determinante del fallo.

Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, concretamente por infracción del mismo precepto 218.2 LEC, en el inciso que establece que la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón.

Se desestiman los cuatro motivos que se analizan conjuntamente por la homogeneidad de su contenido.

Se alega por la recurrente que en la sentencia de la Audiencia se declaró que se resolvió el contrato por acuerdo entre las partes y ello, según la recurrente, no es cierto dado que la resolución fue extrajudicial y unilateral por parte de la compradora.

Esta Sala debe declarar que en la sentencia recurrida no se declara que la resolución fuese pactada o asentida por la parte vendedora, sino que lo pronunciado fue que la compradora comunicó la resolución del contrato, conforme se le exigía en el aval, una vez transcurrido el plazo de entrega, como condición necesaria para obtener la devolución de las cantidades entregadas a cuenta.

Por tanto, procede desestimar los cuatro motivos al sustentarse en un pronunciamiento inexistente de la resolución recurrida.

### RECURSO DE CASACIÓN.

**CUARTO** .- Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.1 LEC, infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina jurisprudencial de este Tribunal en torno al art. 1 de la Ley 57/1968, en cuanto prescribe la aplicación de la citada Ley exclusivamente a los consumidores, aduciendo la existencia de interés casacional por vulneración de doctrina jurisprudencial de este Tribunal, representada por las sentencias fecha 25-10- 2011 y 29-7-2012. Existiendo así mismo el citado interés por la existencia de "jurisprudencia contradictoria" de Audiencias provinciales, citando, por un lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), núm. 228/2012 de 2 de mayo, la sentencia de la AP Málaga (Sección 6ª) núm. 271/2011 de 17 mayo y por otro lado, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 143/2011 de 25 de marzo y núm. 336/2012 de 25 de junio, por su infracción e inaplicación.

Se desestima el motivo.

Comenzamos por el análisis del motivo segundo relativo a la aplicación o no de la Ley 57/1968, pues ello resulta determinante para la resolución de los demás motivos del recurso.

Alega el recurrente que la ley 57/1968 no es aplicable a la compradora, en cuanto sociedad mercantil, lo que excluye la condición de consumidor final.

Esta Sala debe declarar que, ciertamente, la ley 57/1968 prevé el destino de las viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente, bien de temporada (art. 1).

Sin perjuicio de ello nada obsta a que las partes, aún no siendo consumidor la compradora, adopten un sistema tuitivo superior al normal en el ejercicio de la libertad contractual ( art. 1255 del C. Civil ).

En suma, no se trata de considerar consumidor final a la compradora, sino de que pactaron entre las partes un sistema de protección de los intereses del comprador, superior al habitual o estándar, pero dentro del marco que legalmente podían acordar en el ejercicio de la libertad contractual.

En este sentido la Sala ha declarado en sentencia de 19 de septiembre de 2013, recurso 684/2011 :

*"Sin embargo, en el presente supuesto como todos reconocen nos encontramos ante inversionistas y no con consumidores, por lo que en la sentencia de instancia y en la recurrida se interpreta que la resolución contractual tiene su fundamento en lo pactado por las partes al establecer la resolución por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones (pacto sexto del contrato). Esta interpretación es acorde con lo querido por las partes en la redacción contractual ( art. 1281 del CC ), por lo que no se aprecian razones para estimar el presente motivo de casación.*

*En cualquier caso, como declara la Sentencia de 30 de abril de 2010 (rec. 677 de 2006 ), el art. 1255 del CC permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria.*

*En igual sentido, la SSTS de 15-11-2012, rec. 765 de 2010 y 29-11-2012, rec. 948 de 2010 . "*



Debemos hacer notar que en el aval, libremente suscrito, el Banco recurrente, se sujetó a las prescripciones de la ley 57/1968.

**QUINTO** .- *Motivos primero, quinto, sexto y séptimo* .

*Primero.- Al amparo del art. 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina jurisprudencial de este Tribunal en torno al art. 1124 del CC sobre resolución de obligaciones recíprocas, en su aspecto referente a los efectos de la resolución extrajudicial unilateral, con disconformidad de la otra parte contractual, aduciendo, en consecuencia, la existencia de interés casacional, a cuyo objeto invocamos las sentencias entre otras, de 19 noviembre 1994 ; 3 y 20 de junio de 1996 ; 15 noviembre 1999 ; 1 abril y 6 octubre 2000 ; 26 diciembre 2001 ; 12 febrero , 19 abril y 28 junio 2002 ; 12 febrero 2004 y de 20 de mayo 2005 , por su infracción e inaplicación.*

*Quinto.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina de este Alto Tribunal al interpretar el art. 1.124 del Código Civil , sobre resolución de obligaciones recíprocas, en el sentido de que el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación, aduciendo, en consecuencia, la existencia de interés casacional, a cuyo objeto invocamos las sentencias núm. 223/2011 de 12 abril . RJ 2011\3454, núm. 602/2007 de 4 junio. RJ 2007\5554, y 15/11/1999, ROJ: 7216/1999, N° Recurso: 3320/1995, entre otras, por su infracción e inaplicación.*

*Sexto.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina jurisprudencial de este tribunal al interpretar el art. 3 de la Ley 57/1968 , en cuanto prescribe que para su aplicación la citada Ley exige la total o práctica inexistencia de la vivienda cuyo pago se ha anticipado, aduciendo la existencia de interés casacional por vulneración de doctrina jurisprudencial de este Tribunal, representada por las sentencias de fecha de 9 junio 1986 . RJ 1986\3298, y de 8 marzo de 2001, RJ 2001\2731, por su infracción e inaplicación.*

*Séptimo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina jurisprudencial de este tribunal al interpretar el art. 3 de la Ley 57/1968 , en cuanto prescribe que para su aplicación la citada Ley exige la previa resolución del contrato de compraventa de la vivienda cuyo pago se ha anticipado, aduciendo la existencia de interés casacional por vulneración de doctrina jurisprudencial de este Tribunal, representada por las sentencias, de fecha 15/11/1999, ROJ: 7216/1999 , N° Recurso: 3320/1995 , 9/4/2003 , ROJ: 2494/2003 , N° de Recurso: 2631/1997 , y de 27/4/2004 , ROJ: 3656/2004 , N° de Recurso: 1927/1998 , y las por ellas citadas, por su infracción e inaplicación.*

*Se desestiman los cuatro motivos, que se analizan conjuntamente por su homogeneidad .*

*Alega la recurrente que no hubo acuerdo en la resolución, la cual solo fue extrajudicial y unilateral. Que el mero retraso no justifica la resolución contractual. Que el retraso solo fue de cuatro meses y por la falta de la licencia de primera ocupación. Que no procede la resolución contractual al violarse la doctrina jurisprudencial sobre el incumplimiento en las obligaciones recíprocas.*

*Esta Sala debe declarar que la acción ejercitada se desarrolla solo contra la avalista y se funda en el contenido del aval por lo que, al no haberse demandado a la vendedora y dada la naturaleza del aval, no podemos entrar en el análisis de la resolución contractual (plazo, retraso, licencia de primera ocupación), sin perjuicio de lo declarado por esta Sala en sentencias de 10 de septiembre de 2012, rec. 1899/2008 y de 20 de enero de 2015, rec 196/2013 .*

**SEXTO** .- *Motivos tercero y cuarto* .

*Tercero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina jurisprudencial de este Tribunal en torno los artículos 1822.1 , 1824.1 , 1825 , 1826 , 1827 y 1841 del CC , en cuanto al principio de accesoriedad de la fianza respecto de la obligación principal garantizada en el aspecto relativo a su exigibilidad, que se desprende de los mismos, y que es reconocido por las sentencias de esta Sala, de 23 de febrero de 2000 ( RJ 2000, 1242), 20 mayo 1989 (RJ 1989/3873 ) y de 29 de marzo de 1.979 (RJ 1979/1235), por su infracción e inaplicación.*

*Cuarto.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina de este Alto Tribunal al interpretar el art. 1826 del Código Civil , en el sentido de que la fianza requiere, para que pueda producir efectos jurídicos, 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, aduciendo, en consecuencia, la existencia de interés casacional, a cuyo objeto*



*invocamos las sentencias núm. 243/2006 de 2 marzo . RJ 2006/5770, de 2 octubre 1990. RJ 1990/7464, de 31 de enero de 1977 RJ 1977/128 y de 21 de abril de 1931, por su infracción e inaplicación.*

*Se desestiman los motivos, que se analizan conjuntamente .*

*Plantea la parte recurrente que al no haberse resuelto el contrato y dada la accesoriedad del aval, no habría nacido la obligación garantizada y el aval sería inexigible.*

*Pretende la recurrente que el aval es accesorio, olvidando que se sujetaron voluntariamente las partes a la normativa sobre aval recogido en la Ley 57/1968.*

*Sobre el aval regulado en la ley 57/1968 ha declarado esta Sala en sentencia de 7 de mayo de 2014, rec. 828 de 2012 :*

*Sentada la trascendencia del aval, a la luz de la Ley 57/1968, debemos determinar si se trata de un aval de naturaleza autónoma supeditado solo a los términos contenidos en el mismo, o, por el contrario, está subordinado a las circunstancias de la obligación de entrega que garantiza.*

*Examinado, por esta Sala, el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968 se aprecia que, al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva al mismo y no pudiendo olvidar que el hecho de que lo imponga una Ley, le aporta una especial trascendencia hasta el punto de que ello ha contribuido a que esta misma Sala considere, como obligación esencial, su constitución, como antes dijimos.*

*Por ese reforzamiento de la garantía establece el art. 1, regla primera de la Ley 57/1968 :*

*Que el avalista responderá para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.*

*Cuando el precepto establece que "por cualquier causa" no llegue a buen fin, está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, por lo que el avalista no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al art. 1853 del C. Civil .*

*El art. 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma, por lo que una vez se acredita el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya que incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas.*

*No puede situarse el avalista bajo el amparo del art. 1853 del C. Civil , pues el art. 1 de la Ley 57/1968 condiciona la exigencia del importe del aval al "caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido", resultando indiferente para el legislador que el retraso haya sido más o menos breve.*

*Este pronunciamiento sobre la obligación de pago del avalista, se hace en base a que en el presente procedimiento solo se ha dirigido la acción contra la entidad de crédito. Tampoco se pidió, por tanto, la rescisión ni la resolución frente al promotor o vendedor.*

*Por tanto, dada la naturaleza autónoma y no accesorio del aval pactado, tan solo se habrá de estar al incumplimiento del plazo de entrega "por cualquier causa", lo que nos lleva a confirmar la sentencia recurrida, dado que el retraso en la entrega fue al menos de cuatro meses lo cual faculta para la exigencia del importe del aval al banco avalista.*

**SÉPTIMO** .- Se imponen al recurrente las costas de los recursos interpuestos ( art. 398 LEC ).

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

## **FALLAMOS**

1. DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la entidad mercantil Banco Popular Español S.A., representado por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez, contra sentencia de 9 de octubre de 2012 de la Sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Madrid .

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación al recurrente.

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



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ