



Roj: **STS 1425/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1425**

Id Cendoj: **28079119912015100016**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **23/03/2015**

Nº de Recurso: **2167/2013**

Nº de Resolución: **133/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Zaragoza, núm. 15, 17-04-2013,**
SAP Z 1876/2013,
STS 1425/2015

SENTENCIA

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación por interés casacional interpuesto por la entidad demandada "Banco Grupo Cajatrés S.A." (antes "Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón"), representada ante esta Sala por el procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, contra la sentencia dictada el 23 de julio de 2013 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el recurso de apelación nº 295/13 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 133/12 del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Zaragoza, sobre reclamación de cantidad en virtud de aval constituido con arreglo a la Ley 57/1968. Ha sido parte recurrida el demandante D. Cipriano , representado ante esta Sala por la procuradora Dª Lourdes Fernández-Luna Tamayo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de noviembre de 2012 se presentó demanda interpuesta por D. Cipriano contra la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón solicitando se dictara sentencia por la que se condenase a la demandada a pagar al demandante la cantidad de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS CON DIECISIETE CÉNTIMOS DE EURO (21.785'17 ?) más intereses, con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Zaragoza, dando lugar a las actuaciones nº 1033/12 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció como "Banco Grupo Cajatrés S.A.", en concepto de sucesora universal de la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, y contestó a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación con imposición de costas al demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 17 de abril de 2013 estimando la demanda y condenando a la entidad demandada a pagar al demandante la cantidad de 21.785'17 euros, con sus intereses legales desde la interposición de la demanda, y las costas procesales causadas.

CUARTO.- Interpuesto por la entidad demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 295/2012 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza , esta dictó sentencia el 23 de julio de 2013 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la recurrente las costas de la segunda instancia.



QUINTO.- La entidad demandada-apelante interpuso contra dicha sentencia de segunda instancia recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, citando al respecto las sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1991 y 9 de abril de 2003 .

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 2 de septiembre de 2014, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición alegando la inadmisibilidad del recurso por no citar ninguna norma como infringida, por abuso de derecho y fraude procesal y por incumplimiento de los requisitos exigibles, oponiéndose a continuación al recurso por no ser contraria la sentencia impugnada a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y tener que mantenerse su fallo en cualquier caso y solicitando la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación, con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 7 de enero del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó someter el conocimiento del recurso al Pleno de esta Sala, señalándose la votación y fallo para el 25 de febrero siguiente, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Cuestión jurídica planteada.

El presente recurso de casación por interés casacional plantea, en esencia, si en caso de extinción de un contrato de compraventa de vivienda para uso residencial por mutuo disenso el comprador puede o no exigir la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio a la entidad que hubiera constituido la garantía prevista en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/1968).

SEGUNDO.- Antecedentes relevantes para la decisión del recurso.

1.- El contrato de compraventa de una vivienda protegida.

A) Por decreto de la alcaldía de Villamayor de Gállego (provincia de Zaragoza) de 2 de marzo de 2009 se adjudicó a D. Cipriano una de las catorce viviendas protegidas de la promoción VPA P.G. 50/2006/075, gestionada por la entidad "Maber Gestión y Promoción Inmobiliaria S.L." (en adelante *Maber*).

B) El 27 de octubre del mismo año 2009 el Sr. Cipriano , como comprador, y *Maber* , como vendedora, firmaron el documento privado de compraventa de dicha vivienda, con garaje y trastero anejos, por un precio total de 108.925'84 euros más IVA.

A cuenta del precio, el Sr. Cipriano pagó la cantidad de 23.310'13 euros (21.785'17 euros más 1.524'96 euros en concepto de IVA al 7%).

En el propio documento se hacía constar que el Sr. Cipriano entregaba en ese acto, a cuenta del precio, dicha cantidad de 23.310'13 euros mediante ingreso en la «cuenta aval» abierta al efecto en la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón.

También se hacía constar que esa entrega a cuenta, autorizada por resolución administrativa de 15 de octubre de 2009, se garantizaba mediante aval de la propia Caja de Ahorros.

Al contrato de compraventa se incorporaban unas condiciones generales, en documento aparte firmado también por el comprador y la vendedora. En el apartado 4 de la condición general primera el vendedor se obligaba a entregar las llaves «en un plazo máximo de 3 meses contados desde la concesión de la Calificación Definitiva/Declaración Final o desde la fecha del contrato, si este fuera posterior, salvo que dicho plazo fuera prorrogado por el Servicio Provincial de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes» . Y en el apartado 9 de la misma condición general se facultaba al comprador para «instar en todo caso la resolución del contrato en caso de denegación de la Calificación Definitiva/Declaración Final de la vivienda» .

2.- Hechos anteriores al inicio del litigio.

A) El 3 de marzo de 2010 la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón expidió y entregó a D. Cipriano un certificado del aval otorgado en 28 de diciembre de 2007 a favor de la promotora *Maber* garantizando la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes de las viviendas, más los intereses legales, «para el supuesto de que la construcción no se inicie, no llegue a buen fin en el plazo convenido con el promotor o no se obtenga la Cédula de Habitabilidad o la Calificación Definitiva de todas o algunas de las



viviendas . También se concretaba la cantidad garantizada en 21.785'17 euros, coincidente con la entregada en octubre de 2009 por el Sr. Cipriano menos la correspondiente al IVA.

B) El 23 de mayo de 2011 D. Cipriano dirigió al organismo autonómico correspondiente un escrito renunciando a la vivienda objeto del contrato de compraventa, y por resolución de 6 de julio del mismo año del Director General de Vivienda y Rehabilitación del Gobierno de Aragón se aceptó la renuncia pero considerándola *«injustificada»* , por lo que el Sr. Cipriano no podría darse de alta como demandante de vivienda protegida en régimen de propiedad durante un plazo de tres años.

C) Por auto de 19 de octubre de 2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza se declaró en concurso voluntario a la promotora *Maber* . El administrador concursal dirigió al Sr. Cipriano una carta fechada el 1 de diciembre del mismo año comunicándole la constancia de su pago a cuenta de 21.785'17 euros más IVA y los intentos de obtener fondos para reanudar las obras de la promoción de viviendas en un plazo no superior a dos semanas y finalizarlas en cuatro semanas desde la reanudación. El Sr. Cipriano respondió por carta del día 9 del mismo mes de diciembre comunicando su crédito de 23.310'13 euros, así como su renuncia a la vivienda y la resolución del Gobierno de Aragón de 15 de julio de 2011, y solicitando que el importe de su crédito no se integrara en la masa de acreedores y se procediera *«a su devolución por ejecución del aval»* . El 18 de junio de 2012 la abogada del Sr. Cipriano se dirigió por correo electrónico al administrador concursal pidiendo información sobre la situación del crédito de su cliente, y el administrador concursal respondió el día siguiente comunicando que el crédito del Sr. Cipriano , por importe de 23.310'13 euros, se había reconocido como crédito ordinario y que en el informe se indicaba que si su importe se cobraba de la Caja de Ahorros avalista por ejecución del aval, esta se subrogaría en el crédito con la misma calificación, mientras que si no se cobraba, el crédito estaría en la misma condición que los restantes créditos ordinarios y sujeto a convenio o, en su caso, liquidación.

D) Por burofax de 6 de julio de 2012 la abogada del Sr. Cipriano se dirigió a la Caja de Ahorros de la Inmaculada exigiendo el pago de la cantidad de 21.785'17 euros en concepto de devolución de cantidades anticipadas, invocando su renuncia a la vivienda aceptada por la Dirección General de la Vivienda y Rehabilitación del Gobierno de Aragón.

E) El 25 de septiembre de 2012 se dictó resolución del Director General de Vivienda y Rehabilitación del Gobierno de Aragón otorgando la calificación definitiva de viviendas protegidas a la promoción de *Maber*. En la resolución se hacía constar que la solicitud de calificación definitiva se había presentado por *Maber* dentro de plazo, tras haberse obtenido la calificación provisional el 13 de junio de 2007. Esta circunstancia se comunicó el siguiente día 27 por la subdirectora de Vivienda al Sr. Cipriano explicándole, además, que la promotora había solicitado y obtenido, el 27 de abril del mismo año 2012, una prórroga del plazo de ejecución de las obras en atención a las circunstancias excepcionales concurrentes en la ejecución y *«al exclusivo objeto de facilitar la finalización del expediente y correcta conclusión de las obras»* .

F) El 25 de octubre de 2012 la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón respondió al burofax del Sr. Cipriano del 6 de julio anterior que, como la dirección de obra había expedido el correspondiente certificado final con fecha 10 de julio de 2012, la Caja (entonces ya "Banco Grupo Cajatrés S.A.") daba por finalizada las obras y se consideraba liberada de toda responsabilidad.

3.- Demanda y contestación a la demanda.

A) El 5 de noviembre de 2012 D. Cipriano demandó a la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón pidiendo su condena a pagarle la cantidad de 21.785'17 euros más intereses.

La demanda se fundaba, esencialmente, en que el Sr. Cipriano había comprado la vivienda con una expectativa de que le sería entregada *«en cuestión de semanas»* , pero que *«al día de hoy»* las viviendas todavía no estaban terminadas. Se recalca que en el contrato de compraventa no se había hecho constar la fecha de entrega de la vivienda, pese a ser un elemento esencial, que el documento de calificación definitiva no contenía una fecha de terminación de las obras, y que se había incumplido el plazo de treinta meses, establecido por una Orden de 12 de junio de 2006 del Departamento de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes del Gobierno de Aragón, entre la obtención de la calificación provisional y la solicitud de la calificación definitiva. También se alegaba que en el certificado del aval no se hacía mención alguna al certificado de fin de obra aducido por la Caja en su respuesta de 25 de octubre de 2012, así como que la cláusula del certificado del aval relativa a su periodo de validez era oscura y no podía interpretarse en favor de la entidad avalista.

En los fundamentos de derecho de la demanda se invocaba el art. 114 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio , por el que se aprobó el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial; el art. 4 de la antes referida Orden aragonesa de 12 de junio de 2006; diversas sentencias de distintas Audiencias Provinciales sobre la fecha de entrega de la vivienda como elemento esencial del contrato, las consecuencias



de su omisión, los derechos del comprador de la vivienda frente al incumplimiento del vendedor aunque este incumplimiento no fuese culpable, la inexigibilidad por el avalista al comprador de acciones judiciales previas contra la promotora y el carácter solidario de la responsabilidad del avalista. Por último, se invocaban la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 y el Real Decreto 515/1989, de 11 de abril, sobre Protección de los Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la Compraventa y Arrendamiento de Viviendas.

B) La demandada (entonces ya "Banco Grupo Cajatrés S.A.") contestó a la demanda pidiendo su desestimación tras alegar, en esencia, que el demandante había renunciado a la vivienda, que esta renuncia, comunicada a la promotora, había sido aceptada por esta y que, en consecuencia, el aval había quedado sin efecto porque, dado su carácter accesorio, *«una vez extinguida la obligación garantizada quedó extinguida la fianza»*, sin que el demandante pudiera exigir ahora su cumplimiento porque ya no le afectaba *«el devenir posterior en la ejecución de la obra»*. Se puntualizaba también que la condición general 1.4 del contrato de compraventa sí fijaba un plazo de entrega de la vivienda, por referencia a la calificación definitiva, y que en ningún momento, ni antes ni después de la renuncia del demandante a la vivienda comprada, se habían producido los supuestos previstos como causa de ejecución del aval.

En los fundamentos de derecho de la contestación se invocaba el art. 1847 CC, sobre la extinción de la obligación del fiador al mismo tiempo que la del deudor, y se citaban diversas sentencias de esta Sala sobre el carácter accesorio de la fianza y sobre el retraso en la entrega como circunstancia no determinante de la resolución del contrato de compraventa.

4.- Sentencia de primera instancia, recurso de apelación y sentencia de segunda instancia.

A) La sentencia de primera instancia, estimando totalmente la demanda, condenó a la entidad demandada a pagar al demandante la cantidad de 21.785'17 euros con sus intereses legales desde la interposición de la demanda.

Sus fundamentos fueron los siguientes: a) El demandante había renunciado a la vivienda en mayo de 2011 sin expresión de causa; b) la pretensión formulada en la demanda no era de resolución por incumplimiento del vendedor sino que se amparaba en la renuncia del comprador aceptada por el vendedor, quien había admitido devolver todo el dinero entregado a cuenta por aquel; c) el 24 de noviembre de 2010 se había transferido una cantidad desde la cuenta especial de la promotora en la entidad demandada a favor de otra persona *«por el concepto devolución entrega por renuncia a vivienda VPA Villamayor»*; d) al tiempo de la renuncia del demandante y de su reclamación verbal a la demandada había fondos bastantes en la cuenta especial *«para atender obligaciones derivadas de la contratación»*; y e) *«[s]i no hubieran existido fondos en la mencionada cuenta y lo pretendido inicialmente fuera la ejecución del aval, CAI podría haber opuesto la no concurrencia de los supuestos previstos, pero es que, al tiempo de reclamarle reiteradamente el pago en la propia oficina, con la conformidad del vendedor, y negarse CAI, existían tales fondos»*.

B) La entidad demandada recurrió en apelación alegando, sustancialmente, que la sentencia apelada parecía *«prescindir de la acción ejercitada»*, porque la garantía *«no se extendía al incumplimiento del deber de devolver la cantidad tras la renuncia del comprador aceptada por la promotora»*; que la demandada- apelante *«no recibió orden alguna de pago al tiempo de la renuncia, ni de hecho podía disponer sin más de la cuenta especial cuya titularidad era de la promotora»*; que el aval quedó sin efecto a partir de que la promotora hubiera aceptado la renuncia del demandante; y en fin, que no había mediado incumplimiento de la promotora.

C) La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación, confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia.

Sus fundamentos son, en esencia, los siguientes: a) De los arts. 1 y 3 de la Ley 57/1968 se desprende que *«solo el incumplimiento de las prestaciones debidas por el promotor, la entrega de la cosa en el plazo pactado, son determinantes del surgimiento de la obligación de hacer frente al aval pactado»*; b) de la declaración testifical del representante legal de la promotora Maber cabía concluir que *«la resolución contractual entre el actor y la promotora se produjo de mutuo acuerdo, lo que impide estimar que existió incumplimiento culpable alguno con trascendencia en la efectividad del aval»*; c) aunque la resolución de la obligación principal supone generalmente la de la garantía accesorio, lo determinante para la efectividad de la garantía no es la resolución misma, sino el incumplimiento del deudor, *«cualquiera que sea, culpable o no»*; d) dado que hubo resolución del contrato de compraventa de mutuo acuerdo, *«la no entrega de la vivienda por la resolución del contrato también estaba cubierta por el aval, en cuanto suponía la frustración de la finalidad del contrato, aun por causa ajena a la culpabilidad del promotor, en cuanto estaba tal incumplimiento objetivo dentro del ámbito del aval -"para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido"-»*.

5.- Recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.



La entidad demandada-apelante ha interpuesto contra la sentencia de segunda instancia recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Aunque en el recurso se aluda a sus «*motivos*», en realidad se compone de un solo motivo que, citando las sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1999 y 9 de abril de 2003, relativas a la Ley 57/1968 y a las obligaciones del avalista, alega la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial representada por dichas sentencias de esta Sala al equiparar indebidamente la resolución contractual de mutuo acuerdo antes del plazo convenido a un incumplimiento del vendedor determinante de la obligación del avalista de devolver al comprador las cantidades anticipadas a cuenta del precio.

6.- Oposición al recurso de casación.

El demandante, en su condición de recurrido, opone en primer lugar que el recurso es inadmisibile y, subsidiariamente, que procede su desestimación.

Como causas de inadmisión propone las siguientes: a) Inexistencia de motivo en el recurso por no concretarse la norma infringida; b) abuso de derecho y fraude procesal por omitirse en el recurso un fundamento de la sentencia de primera instancia, «*que la sentencia de apelación ha asumido como propio*», consistente en que la cantidad tenía que haberse devuelto al demandante no como cantidad avalada sino por existir fondos bastantes en la cuenta especial al tiempo de la reclamación del comprador y haberse devuelto la cantidad anticipada a otro comprador que se encontraba en la misma situación que el demandante; c) incumplimiento en el escrito de interposición de los requisitos establecidos para los distintos casos, ya que no se indica la norma sustantiva ni la jurisprudencia infringidas, pues el texto transcrito como doctrina jurisprudencial aparece solamente en una de las sentencias citadas, y además se alegan cuestiones ajenas a la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada.

Como razones para desestimar el recurso se oponen, en síntesis, las siguientes: a) En el presente caso «*el incumplimiento viene dado por la resolución*» o, dicho de otro modo, «*esa resolución voluntaria de la vendedora es precisamente la causa del incumplimiento*», ya que este no tiene que ser culpable; b) el comportamiento incumplidor no es revisable en casación; c) «*[e]l aval garantiza cualquier supuesto de incumplimiento, incluso el voluntario, independientemente de la existencia o no de justificación*»; e) «*[e]n ningún caso puede la entidad financiera plantearle al Sr. Cipriano causas de no ejecución sólo oponibles a la mercantil avalada*», como se desprende de la sentencia del pleno de esta Sala de 7 de marzo de 2014; f) en cualquier caso habría que mantener el fallo de la sentencia recurrida con base en los fundamentos de la sentencia de primera instancia, asumida expresamente por la sentencia de apelación al haberla confirmado en su integridad.

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso.

No procede estimar ninguna de las causas de inadmisión alegadas por el demandante-recurrido porque, contra lo que alega en su escrito de oposición, el recurso plantea con toda nitidez una cuestión estrictamente jurídica por la vía del interés casacional (art. 477.1-3º LEC) en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

La cuestión estrictamente jurídica es si el avalista de la Ley 57/1968 garantiza también la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso y si este equivale o no a un incumplimiento del vendedor, y la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial se justifica suficientemente mediante la cita de dos sentencias de esta Sala relativas a los arts. 1 y 3 de la Ley 57/1968 y coincidentes en supeditar la obligación del avalista frente al comprador al incumplimiento del vendedor de sus obligaciones de terminación de la obra y entrega de la vivienda. Por tanto, la omisión de la cita de una norma concreta en el recurso, en la que insiste el recurrido como causa de inadmisión, queda suplida por el texto de las sentencias que se transcribe en el escrito de interposición del recurso y, además, resulta en gran parte explicable por la inexistencia de cita de norma alguna en la sentencia de primera instancia y por la misma omisión en la sentencia recurrida en lo que se refiere a la equiparación del mutuo acuerdo entre comprador y vendedor con el «*incumplimiento objetivo*» del promotor.

En cualquier caso, por último, el interés casacional del recurso se justifica por la inexistencia de doctrina jurisprudencial específica acerca de si la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso faculta o no al comprador para exigir del avalista la devolución de las cantidades anticipadas.

Por tanto, con los anteriores razonamientos queda justificado el rechazo de todas las causas de inadmisión alegadas, en gran parte reiterativas, no sin puntualizar que lo que ahora presenta el recurrido como abuso de derecho de la recurrente, constitutivo de causa de inadmisión del recurso, no fue en su día un fundamento esencial de la demanda, especialmente centrada en la omisión contractual de la fecha de entrega de la vivienda y en el retraso del vendedor en las obras de edificación.

**TERCERO.-Decisión de la Sala: el avalista no responde frente al comprador en caso de extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso anterior a la fecha en la que deba entregarse la vivienda.**

Expuestos en los fundamentos precedentes tanto los hechos relevantes como el planteamiento del recurso de la avalista demandada y la oposición del demandante-recorrido, el recurso de la avalista demandada debe ser estimado por las siguientes razones:

1ª) La finalidad de la Ley 57/1968 es, como declara su preámbulo, «establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto».

2ª) En coherencia con esa finalidad, el art. 1 de dicha ley impone a los promotores, como condición primera, la de garantizar la devolución de las cantidades entregadas «para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido».

3ª) La misma idea se reitera en el art. 2 de la propia ley, referido al contenido imperativo de los contratos regidos por la misma, al exigir que se haga constar expresamente la obligación del cedente de devolver al cesionario las cantidades percibidas a cuenta «en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la Cédula de Habitabilidad».

4ª) La vinculación de la garantía a la efectiva construcción y entrega de la vivienda dentro del plazo contractual vuelve a ponerse de manifiesto en el art. 3 de la ley. En primer lugar dispone que «[e]xpirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda». Y en segundo lugar establece el carácter ejecutivo del aval «unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda».

5ª) Idéntica vinculación se aprecia en el art. 4, referido a la extinción de las garantías otorgadas por las entidades aseguradoras o avalistas, pues tal extinción se produce una vez «[e]xpedida la cédula de habitabilidad por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al comprador».

6ª) La reciente sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de enero de 2015 (rec. 196/2013), rectificando el criterio de la sentencia de 9 de junio de 1986, ha interpretado el art. 3 de la Ley 57/1968 en el sentido de que «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».

7ª) De todas las razones anteriores se sigue que la garantía de las cantidades anticipadas no puede subsistir si el contrato de compraventa se extingue, como en el presente caso, por mutuo disenso de comprador y vendedor antes de la fecha establecida para la entrega de la vivienda, porque según el art. 1847 CC «[l]a obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor», y conforme al art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro, relativo al seguro de caución, el riesgo asegurado es «el incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales».

8ª) No es correcta la equiparación que hace la sentencia recurrida entre la extinción del contrato por mutuo acuerdo o mutuo disenso y lo que la propia sentencia impugnada denomina «incumplimiento objetivo» que frustra la finalidad del contrato «por causa ajena a la culpabilidad del promotor», siquiera sea por la elemental razón de que si en el presente caso hubo algún «incumplimiento objetivo», este no fue otro que el del comprador demandante al renunciar a la vivienda de forma «injustificada», según la Administración pública competente, antes del plazo establecido para la finalización de las obras.

9ª) En cualquier caso, además, la diferencia entre la resolución del contrato por incumplimiento y la extinción del contrato por mutuo disenso, modo de extinción de las obligaciones no contemplado expresamente en el art. 1156 CC pero unánimemente admitido por la doctrina y la jurisprudencia conforme al principio de autonomía de la voluntad presente en el art. 1255 CC, ha sido reconocida por la jurisprudencia en sentencias, por ejemplo, de 25 de marzo de 2013 (recurso nº 1854/2010) y 26 de diciembre de 2002 (recurso nº 2880/1999), hasta el punto de poder apreciarse incongruencia en una sentencia que acuerde la extinción o resolución del contrato por mutuo disenso si lo solicitado fue su resolución por incumplimiento (STS de 27 de diciembre de 2002 en recurso nº 1861/1997).



10ª) En consecuencia, como se alega en el recurso, existe oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial, porque las sentencias de 15 de noviembre de 1999 (recurso nº 3320/1995) y 9 de abril de 2003 (recurso nº 2631/97) citadas en el mismo asocian el incumplimiento del vendedor a la expiración del plazo para comenzar la construcción o, si esta hubiera comenzado ya al celebrarse el contrato de compraventa, a su finalización y subsiguiente entrega de las viviendas, puntualizando la segunda de dichas sentencias que la operatividad del aval queda supeditada a que se produzca ese incumplimiento del vendedor. Es más, la sentencia del Pleno de esta Sala de 7 de mayo de 2014 (recurso nº 828/2012), citada por el demandante-recurrido en su escrito de oposición al recurso, también exige para la ejecución del aval, como la propia parte reconoce al invocarla, el incumplimiento del vendedor, ciertamente que «por cualquier causa», pero asimismo siempre que constituya incumplimiento propio del vendedor y no renuncia anticipada del comprador aceptada por el vendedor.

11ª) Cuestión distinta sería que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso hubiera sido posterior al vencimiento del plazo contractual para la entrega de la vivienda, pues en tal caso el incumplimiento del vendedor ya se habría producido y, de no cumplir él con la devolución de las cantidades anticipadas, tendría que hacerlo su garante.

12ª) Finalmente, no son aceptables las razones aducidas por el demandante-recurrido para que se mantenga el fallo de la sentencia impugnada: las relativas a que la entidad demandada sí atendió la reclamación de otro comprador en las mismas circunstancias y a la existencia de fondos bastantes en la cuenta especial cuando aquel le exigió el pago, porque la entidad que acepta la apertura de la cuenta especial, al margen de lo que se hiciera en ese otro caso, asume, conforme a la condición segunda del art. 1 de la Ley 57/1968, la responsabilidad de que las cantidades ingresadas en la misma se dediquen a «las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas», lo que implica que no puede disponer de ellas libremente para atender cualesquiera reclamaciones de los compradores; y las relativas al plazo de terminación de las viviendas, razones muy presentes en la demanda y prácticamente ausentes en el recurso, porque la propia documentación aportada con la demanda acreditaba que la promoción de viviendas protegidas, supervisada por la Administración autonómica, se ajustó a los plazos establecidos y que el demandante-recurrido renunció a la vivienda comprada antes de la fecha establecida para la entrega de las llaves en la condición general 1.4 del contrato de compraventa.

13ª) De todo lo antedicho no resulta que el demandante-recurrido haya perdido su derecho a recuperar la cantidad anticipada sino, únicamente, que no puede exigir su pago a la entidad avalista y sí en cambio, como de hecho se le ha reconocido por la administración concursal de la promotora, intentar satisfacer su crédito en el concurso.

CUARTO.- Conforme a lo previsto en el art. 487.3 LEC procede casar en todo la sentencia recurrida para en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada, hoy recurrente en casación, revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, desestimar totalmente la demanda.

También procede fijar la siguiente doctrina jurisprudencial: «La extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/1968 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si esta ya se hubiese iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda».

QUINTO.- La estimación del recurso de casación determina, conforme al art. 398.2 LEC, que las costas causadas por el mismo no se impongan especialmente a ninguna de las partes.

La misma solución procede para las costas de la segunda instancia, ya que el recurso de apelación de la entidad demandada tenía que haber sido estimado.

En cuanto a las costas de la primera instancia, si bien en principio deberían imponerse al demandante, dada la total desestimación de su demanda, sin embargo tanto el hecho de que la entidad demandada hubiera atendido la reclamación anterior de otro comprador en las mismas circunstancias que el demandante cuanto la falta de jurisprudencia específica sobre la posición del avalista en caso de extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso justifican, conforme al inciso segundo del apdo. 1 del art. 394 LEC, que tampoco se impongan especialmente a ninguna de las partes.

SEXTO.- Conforme al apartado 9 de la d. adicional 15ª LOPJ, procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

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

**FALLAMOS**

1º.- **ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL** interpuesto por la entidad demandada "Banco Grupo Cajatrés S.A." (antes "Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón") contra la sentencia dictada el 23 de julio de 2013 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el recurso de apelación nº 295/2013 .

2º.- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto, y en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por dicha parte demandada contra la sentencia dictada el 17 de abril de 2013 por el magistrado-juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Zaragoza en las actuaciones de juicio ordinario nº 1033/2012, revocarla para, en su lugar, desestimar totalmente la demanda interpuesta contra aquella misma parte por D. Cipriano .

3º.- Fijar la siguiente doctrina jurisprudencial: «La extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/1968 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si esta ya se hubiera iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda».

4º.- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de las instancias.

5ª.- Y devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

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 Ramon Ferrandiz Gabriel. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Saraza Jimena. Sebastian Sastre Papiol. Eduardo Baena Ruiz.Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.