

2. MERCANTIL

La naturaleza autónoma del aval en las cantidades entregadas a cuenta en la compraventa inmobiliaria

The autonomous nature of guarantees where sums are paid on account in real estate purchases

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 mayo de 2014, razona que sentada la trascendencia del aval, a la luz de la Ley 57/1968, se ha de 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, resolviendo que cuando el artículo 1, regla primera de la Ley 57/1968 regula 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 artículo 1853 del Código Civil, efectuándose dicho razonamiento porque en el procedimiento solo se ha dirigido la acción contra la entidad de crédito y no se pidió, por tanto, la rescisión ni la resolución frente al promotor o vendedor.

ABSTRACT: *The Ruling of Division One of the Supreme Court of 7 May 2014 reasons that, the importance of guarantees having been established, in the light of Act 57/1968, it remains to be determined whether a guarantee is autonomous in nature, i.e., depending only on the terms and conditions contained in the guarantee itself, or whether, to the contrary, a guarantee depends on the circumstances of the delivery obligation that the guarantee secures. The court finds that, where section 1, rule one of Act 57/1968 speaks of failures «due to any cause», it establishes a clear objective criterion concerning the requirement of the guarantee. Therefore, the guarantor cannot claim the grounds of objection that the guarantee recipient is entitled to claim, based on section 1853 of the Civil Code. The court so reasons because action in the proceeding is taken only against the financial institution; the plaintiff asks for neither rescission nor cancellation vis-à-vis the developer or vendor.*

PALABRAS CLAVE: Aval. Compraventa inmobiliaria.

KEY WORD: *Guarantees. Real estate purchases.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO CONSISTENTE EN QUE EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 57/1968 REGULA LA POSICIÓN DEL AVALISTA COMO FIGURA AUTÓNOMA.—III. LA INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA DEROGACIÓN DE LA LEY 57/1968 POR LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA TERCERA DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA DISPOSICIÓN FINAL 3.4 DE LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO.—IV. CONCLUSIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Según el FD 1.^º de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2014, el demandante compró sobre plano una vivienda sita en la URBANIZACIÓN000» a Urbanismo y Nuevas Obras S.L., en fecha 22 de septiembre de 2006.

La estipulación quinta del contrato fijaba la fecha de entrega en el segundo semestre de 2008, «*salvo que medie justa causa*». Las cantidades entregadas se garantizaron mediante aval, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 57/1968 (*RCL* 1968, 1335), con Caja Madrid.

Se emitió el certificado final de obra el 29 de diciembre de 2008. La recepción del mismo por parte del Colegio de Arquitectos es de 19 de enero de 2009.

La licencia de primera ocupación se solicitó el 9 de enero de 2009 y se concedió el 9 de marzo de 2009.

La fecha convenida para la entrega de la vivienda era el 31 de diciembre de 2008.

El 2 de enero de 2009 se requirió de pago por el comprador a la entidad bancaria, con cargo al aval.

El 10 de febrero de 2009 se requirió de resolución por el comprador a la vendedora por burofax.

El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 27 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: «*FALLO.—Que desestimando la demanda formulada por la procuradora Sra. Jiménez Heras en nombre y representación de don Dionisio contra Cajamadrid, la debo absolver y absuelvo de todos los pedimentos contenidos en la misma*».

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda sobre la base de la existencia de un incumplimiento contractual.

La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS.—Que desestimando el recurso de apelación, confirmamos la sentencia condenando al apelante a las costas de la alzada.

De acuerdo con el Fundamento de Derecho Único de la sentencia de apelación, el razonamiento fue el siguiente: «*La sentencia considera que no se ha producido un incumplimiento tal y como viene exigiendo la jurisprudencia del TS y por tanto desestima la demanda; el artículo 3 de la Ley 57/1968 de 27 de julio (RCL 1968, 1335), establece en su artículo 3 que expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda aunque una u otra hubiesen tenido lugar,*

el cessionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas, lo que supone una facultad que, como la propia ley recoge en la exposición de motivos, garanticen la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios de la construcción de una vivienda como una devolución en el supuesto en que esta no se lleve a efecto; como ya hemos recogido al principio hay que tener presente que la acción se ejerce contra Caja Madrid y para ello es necesario que se demuestre como recoge la sentencia de instancia que la posibilidad de ejercitar con éxito la acción para resolución y devolución de las cantidades exige que efectivamente o bien no se hayan iniciado las obras o bien que no se haya efectuado la entrega de vivienda, y su incumplimiento se debe entender de una forma razonable, como la constatación de una actitud acreditada de incumplimiento y todo ello bajo los parámetros de la buena fe contractual y solo podrá considerarse por ello el incumplimiento cuando se constata un retardo malicioso, culpable y de entidad suficiente para que se frustre la finalidad del contrato y los hechos no permiten dar por acreditada la conducta obstativa al cumplimiento de entrega de la vivienda, pues como recoge la sentencia se ejecuta el aval al día siguiente del señalado en el contrato, y además no puede considerarse incumplida la obligación de entrega cuando las obras finalizan el 29 de diciembre de 2008, y se concedió la licencia el día 9 de marzo de 2009. En consecuencia procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia con la condena a la parte apelante de las costas de la alzada».

Se interpuso recurso de casación basado en único motivo: Si el artículo 3 de la Ley 57/1968 de 27 de julio (*RCL* 1968, 1335) es una norma de rescisión automática distinta de la del artículo 1124 del Código Civil (*LEG* 1889, 27) que permite la rescisión por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda, siendo suficiente el cumplimiento de las condiciones que exige la Ley 57/1968 o por el contrario hay que examinar la causa de resolución vía artículo 1124 Código Civil.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO CONSISTENTE EN QUE EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 57/1968 REGULA LA POSICIÓN DEL AVALISTA COMO FIGURA AUTÓNOMA

La STS de 7 de mayo de 2014 establece, como doctrina jurisprudencial, que «cuando se demanda exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968 (*RCL* 1968, 1335), la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil (*LEG* 1889, 27), debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega por cualquier causa».

Tal doctrina pretende fundamentarse, principalmente, en la dicción del artículo 1, regla primera de la Ley 57/1968, que establece lo siguiente: «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», lo que da lugar a las siguientes consideraciones:

i) por una parte, se afirma que 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 artículo 1853 del Código Civil.

ii) Se añade que el artículo 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, resultando indiferente para el legislador que el retraso haya sido más o menos breve.

iii) Este pronunciamiento sobre la obligación de pago del avalista, se hace en base a que en el procedimiento solo se ha dirigido la acción contra la entidad de crédito y no se pidió la rescisión ni la resolución frente al promotor o vendedor.

La STS de 7 de mayo de 2014 ha sido duramente criticada por CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ¹ en función de la siguiente argumentación: «La sentencia sería correcta si el aval se hubiere emitido con término final cierto al 31 de diciembre de 2008, o si la fecha de entrega de la obra fuere igualmente una fecha cierta de esta naturaleza. Porque si en tales casos el comprador esperase, el avalista de cantidades adelantadas podría alegar que su fianza se ha extinguido por el artículo 1851 del Código Civil. Y Atún ni eso, si interpretamos este precepto en los términos que propone la ponderada STS 3 de marzo de 2014 (¡que la sentencia comentada ni siquiera cita!). En este caso podríamos decir que la prórroga estaba anticipada en el contrato y por ende en el aval, dada la referencia a la justa causa. En estas condiciones, no puede aceptarse que el comprador pueda “cobrar” el aval si el vendedor no incurrió en un incumplimiento esencial. Lo que hace esta infiusta sentencia es desplazar sobre el vendedor, en lugar de hacerlo sobre el comprador, como corresponde el riesgo de la «crisis del ladrillo», riesgo que ya se transmitió al comprador desde que se perfeccionó el contrato. Una vez más nos encontramos con un manipulación judicial del concepto de incumplimiento esencial para redistribuir injustamente los riesgos del sistema económico en su conjunto. Con este empeño decidido que tiene la Sala Primera del TS de sacar a los compradores de viviendas del pozo de sus malas inversiones (pozo en el que debería dejarles), se están produciendo resultados que clamorosamente consisten en puros abusos de derecho».

Una primera aproximación a la crítica transcrita supone la coincidencia por nuestra parte con los referidos autores en el acierto —al menos, para ellos (con sus matizaciones) y también para nosotros— de la calificación que realiza la STS de 7 de mayo de 2014 de que la garantía regulada en la Ley 57/1968 supone según el artículo 1 de la misma una figura autónoma, con el alcance expresado por el TS, es decir, nos encontramos ante un contrato autónomo de garantía donde no solo quiebra la accesoriiedad de la fianza típica, sino que se construye sobre la independencia absoluta entre la propia garantía y la relación jurídica garantizada. En palabras de la STS de 17 de julio de 2014 (en el análisis que realiza de las garantías a primer requerimiento), nos encontraríamos *simile modo* ante un contrato de garantía de «carácter autónomo, independiente, distinto y no accesorio, como se deduce de la doctrina jurisprudencial señalada», ya que estimamos de forma coincidente con esta STS de 7 de mayo de 2014 que cuando el artículo 1 de la Ley 57/1968 hace referencia a la finalidad de la garantía cuando la construcción no se inicie o no llegue a buen fin *por cualquier causa* en el plazo convenido, dicha expresión «*por cualquier causa*» supone el carácter autónomo, independiente, distinto y no accesorio de la garantía.

Dada esta configuración contractual y para una mejor comprensión de su significado, recordamos que la configuración jurisprudencial de las garantías

autónomas supone según la STS de 27 septiembre de 2005, al recoger la doctrina jurisprudencial sobre el aval a primer requerimiento, lo siguiente: «*La jurisprudencia de esta Sala ha tratado en diversas ocasiones dicha figura jurídica y así la sentencia de 27 de octubre de 1992 señalaba que “entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1255 del Código Civil (así sentencia de 14 de noviembre de 1989), en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando este se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriad, nota a lo que se alude en la sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1983 al incidir “las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional” entre las “nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia...”, así como en la sentencia de 14 de noviembre de 1989 en la que se afirma que “toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación compleja a la que venimos haciendo mérito”, de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que derivan de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquel, produciéndose así una inversión n la carga de la prueba ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal”. La sentencia de 5 de julio de 2002, con cita de las anteriores de 27 de octubre de 1992, 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000, define la figura como “garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 del Código Civil, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma.*

El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan solo si el garante prueba que si ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía”. Por último, la sentencia de 28 de mayo de 2004 declara en relación a dicha figura jurídica que “su propia especialidad, surgida de la voluntad contractual de las partes conforme al artículo 1255, no lo desnaturaliza y desgaja por completo del contrato de fianza presentándose como una modalidad que resulta perfectamente compatible con el tipo contractual fideusorio (sentencias de 2 de octubre de 1990 y 15 de abril de 1991), ya que junto a su función garantizadora se refuerza e intensifica la seguridad del pronto e inmediato cobro de la deuda por el beneficiario-acredor”...».

Ahora bien, no podemos coincidir en el resto de la crítica que efectúan dichos autores a la STS de 7 de mayo de 2014. En nuestra opinión, las últimas decisiones jurisprudenciales del TS acerca de la interpretación de la Ley 57/1968 han contribuido a realizar una «depuración auténtica» de la jurisprudencia sobre dicha Ley, siendo por otro lado necesario la proposición de una «depuración doctrinal» de la referida jurisprudencia, con el alcance que para dichos términos nos propuso el maestro DÍEZ-PICAZO² en su inigualable prólogo a sus Estudios sobre la Jurisprudencia Civil.

En función de lo anterior, resulta imprescindible para entender el sentido y alcance de la STS 7 de mayo de 2014, atender a los argumentos decisivos que sobre la misma Ley 57/1968 se nos ofrecen en la STS de 20 de enero de 2015, cuando razona lo siguiente (FJ 6.^º 3):

«Esta Sala, reunida en pleno, considera que no procede reiterar la interpretación del artículo 3 de la Ley 57/68 contenida en su sentencia de 9 de junio de 1986.

Las razones son las siguientes:

1.^º) La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha avanzado en la línea de interpretar la Ley 57/68 como pionera, varios años antes de que en 1978 la Constitución proclamara como principios rectores de la política social y económica el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47) y la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51), en la protección de los compradores de viviendas para uso residencial, incluso de temporada.

2.^º) Esta línea jurisprudencial se ha traducido en atenerse al rigor con el que la propia Ley 57/68 configura las obligaciones del vendedor y de su asegurador o avalista, superando una concepción predominantemente administrativa de su contenido para dotarla de plenos efectos civiles.

Así, en primer lugar, sobre el carácter accesorio o, por el contrario, esencial de la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/68) es doctrina jurisprudencial reiterada que se trata de una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio (SSTS de 25 de octubre de 2011, rec. 588/2008, 10 de diciembre de 2012, rec. 1044/2010, 11 de abril de 2013, rec. 1637/2010, y 7 de mayo de 2014, rec. 828/2012).

En segundo lugar, se ha rechazado que el seguro de caución de las cantidades anticipadas por los cooperativistas de viviendas comprenda únicamente un denominado «Tramo I», de compra de los terrenos para la edificación, declarándose por el contrario que asegurar el buen fin de la cooperativa es garantizar la terminación y entrega de las viviendas y, por tanto, la devolución a los cooperativistas, en otro caso, de las cantidades anticipadas (STS de 13 de septiembre de 2013, rec. 281/2013).

En tercer lugar, acerca del importe cubierto por el seguro, se ha declarado que comprende todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, es decir, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en otro caso se infringirían el artículo 2 de la Ley 57/68 y el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro (STS de 3 de julio de 2013, rec. 254/2011).

En cuarto lugar, se ha interpretado el artículo 1 de la Ley 57/68 en el sentido de que permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también, dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (SSTS de 3 de julio de 2013, rec. 254/2011, y 7 de mayo de 2014, rec. 828/2012).

En quinto lugar, se ha declarado la responsabilidad solidaria de los administradores de una sociedad promotora, frente a los compradores, por el daño consistente en no haber podido estos recuperar las cantidades anticipadas por no haberse constituido la garantía correspondiente (STS de 23 de mayo de 2014, rec. 1423/2012).

En sexto lugar, aun rechazándose que el comprador pueda oponer en general la falta de inicio de la construcción al banco descontante de las letras de cambio aceptadas por el comprador para los pagos parciales a cuenta del precio de la vivienda, se ha declarado que el comprador sí puede reclamar al banco avalista o asegurador la suma total representada por dichas letras, incluso en el caso de que hubiera acordado con el mismo conformarse con un importe inferior y reclamar el resto al promotor, pues tal acuerdo sería nulo de pleno derecho por contravenir el carácter irrenunciable de los derechos que la Ley 57/68 otorga a los compradores (STS de 25 de noviembre de 2014, rec. 1176/2013).

3.º) Pues bien, avanzando en la misma línea procede declarar ahora que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al artículo 3 de la Ley 57/68, la resolución del contrato a instancia del comprador; siempre que, como resulta de la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de mayo de 2014 (rec. 328/2012), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega.

Lo anterior significa que el artículo 3 de la Ley 57/68 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. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del artículo 1124 del Código Civil, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante.

Son razones para equiparar la “rescisión” contemplada en el artículo 3 de la Ley 57/68 a la resolución contractual por incumplimiento del vendedor las siguientes:

- a) *El carácter irrenunciable, conforme al artículo 7 de dicha ley, del derecho que su artículo 3 reconoce al comprador, consistente en optar entre la “rescisión” del contrato, con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, o la concesión de una prórroga al vendedor.*
- b) *El rigor con que el propio artículo 3 configura ese derecho y las correlativas obligaciones del vendedor, pues si el comprador opta por la prórroga, esta deberá hacerse constar en una cláusula adicional del contrato “especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda”.*
- c) *El específico equilibrio contractual que el artículo 3 de la Ley 57/68 introduce en los contratos sujetos a su régimen, compensando el derecho del vendedor a resolver el contrato por un solo impago del comprador (art. 1504 del Código Civil y estipulación octava del contrato litigioso) con el derecho del vendedor a resolver el contrato por el retraso en la terminación y entrega de la vivienda.*
- d) *El desequilibrio contractual que en perjuicio del comprador supondría una interpretación diferente, pues en casos como el presente incluso se aplicaría en su contra, tal y como se pretende en el recurso, una cláusula penal pese*

- a haber quedado probado y no haberse discutido que el vendedor incumplió efectivamente el plazo de entrega estipulado.*
- e) *El riesgo, nunca descartable y en los últimos años nada improbable, de insolvencia del promotor vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso del tiempo, reduciendo entonces las expectativas del comprador como acreedor en un eventual concurso del promotor.*
 - f) *Los diversos obstáculos, molestias e inconvenientes que el transcurso del tiempo a partir de la fecha de entrega puede provocar al comprador que pretenda dirigirse contra el avalista o el asegurador, como sucedió en el presente caso cuando La Caixa opuso a los compradores que el aval había expirado el 30 de septiembre de 2009, por más que tal oposición careciera de fundamento alguno frente a lo que dispone el artículo 4 de la Ley 57/68 prolongando imperativamente las garantías a favor del comprador hasta la expedición de la cédula de habitabilidad y la efectiva entrega de la vivienda».*

Es decir, para el TS la facultad resolutoria («rescindir») que ostenta el comprador en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Ley 57/1968 no está caracterizada por los mismos requisitos previstos en el artículo 1124 del Código Civil, o sea, en resumidas cuentas: no es necesario el incumplimiento grave y esencial, por lo que el leve retraso puede ser justificativo de la resolución del contrato de compraventa y la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por el avalista, siempre y cuando el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega.

Una crítica a esta STS de 20 de enero de 2015, ha sido efectuada por LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA³, quien ha afirmado que «extender la obligación de las aseguradoras y entidades de créditos que permanecen totalmente ajenas a los contratos privados de compraventa, y al devenir de la construcción de la vivienda, más allá de garantizar que las viviendas se finalicen dentro de un plazo prudencial, —que sirva para el cumplimiento al contrato sin frustrar ninguna expectativa del comprador—, será ir más allá de lo previsto en la Ley.»

Por tanto y mediante una lectura de la STS de 20 de enero de 2015 y aun acudiendo simplemente a lo previsto en la propia Ley 57/1968, en el caso resuelto por la STS de 7 de mayo de 2014 no podemos compartir la idea de la existencia de ningún tipo de prórroga contractual por parte del comprador en este caso, ya que como claramente dispone la Ley 57/1968, la prórroga habría de añadirse en una cláusula adicional al contrato (art. 3) especificándose el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda y ante la misma, no debería accederse tampoco a la extinción de la garantía por aplicación del artículo 1851 del Código Civil, de acuerdo con la interpretación que del mismo nos ofrece la STS de 3 de marzo de 2014, al razonar que: «*Es cierto que “la característica del aval a primer requerimiento, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, es la de dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata que pierde su carácter accesorio de la obligación principal (a diferencia de la fianza), en el que obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial”* (sentencia 671/2010, de 26 de octubre [RJ 2010, 7603], con cita de las anteriores sentencias 735/2005, de 27 de septiembre [RJ 2005, 6860] y 979/2007, de 1 de octubre [RJ 2007, 8087]), “*de modo que el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma”* (sentencia 783/2009, de 4 de diciembre [RJ 2010, 271]). Pero lo

anterior no es óbice para que, como se explica en la doctrina, siempre que no se trate de causas de extinción que provengan de la relación de valuta, el garante a primer requerimiento pueda oponerse al pago por las causas de los artículos 1851 y 1852 del Código Civil. Para que no fuera oponible la causa prevista en el artículo 1851 del Código Civil, sería necesario que en el aval a primer requerimiento se hubiera hecho una renuncia expresa a ella, de lo que no queda constancia en este caso.

No obstante lo anterior, es preciso determinar si el señalamiento de un nuevo término para la conclusión de las obras, en este caso concreto, constituye el presupuesto previsto en el artículo 1851 del Código Civil, que conlleva ineludiblemente la extinción de la fianza (en este caso, el aval a primer requerimiento).

En principio, una interpretación literal del precepto llevaría a entender que la ampliación del plazo para dar cumplimiento a la obligación de entrega de la obra, inicialmente prevista el 14 de abril de 2008, mediante la fijación de un nuevo término (1 de diciembre de 2008), constituye una prórroga que se concede por el acreedor al deudor, que, si no ha sido consentida por el fiador, liberaría a este de la fianza. Pero esta interpretación, como se sostiene por una parte de la doctrina, debe atemperarse en atención a la ratio del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, “el artículo 1851 del Código Civil solo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que esta sea procedente en beneficio del fiador”.

A la vista de lo expuesto hasta ahora, podemos concluir que en nuestro caso no se cumple el presupuesto que justifica la regla contenida en el artículo 1851 del Código Civil (LEG 1889, 27). La concesión de un nuevo término para la entrega de las obras, cuando la fianza cubre la obligación de pago de la penalidad pactada por cada día de retraso, no perjudica la eventual vía subrogatoria del fiador solvens, que en última instancia estaría supeditada al cumplimiento definitivo, sino que, como trata de argumentar la Audiencia, en este caso la prórroga beneficia al fiador pues, aunque no le vincule la novación, esta aminora el riesgo de tener que pagar la fianza al dejar de aplicarse la pena pactada al periodo comprendido entre el 14 de abril de 2008 y el 1 de diciembre de 2008. Sería un contrasentido que la ampliación del plazo para la entrega de la obra que beneficia no solo al deudor sino también al fiador, en cuanto que reduce el riesgo del aparición de la obligación garantizada y no merma la eficacia de una eventual acción subrogatoria en caso de pago de la fianza, una vez constatada la duración del retraso, pueda legitimar al fiador para liberarse de la fianza».

III. LA INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA DEROGACIÓN DE LA LEY 57/1968 POR LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA TERCERA DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA DISPOSICIÓN FINAL 3.4 DE LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO

Pese a la doctrina de la STS de 7 de mayo de 2014, la disposición final 3.2 Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las enti-

dades aseguradoras y reaseguradoras modifica la Disposición Adicional Primera a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación raíz de la enmienda número 73 que hiciera el grupo Parlamentario Popular en el Congreso al Proyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de entidades de seguro.

Además, la Ley 57/1968 queda derogada con efectos de 1 de enero de 2016, por la disposición derogatoria 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, en la redacción dada por la disposición final 3.4 de la Ley 20/2015, de 14 de julio.

Pues bien, la nueva Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, prevé en lo que ahora nos ocupa lo siguiente:

«Uno. Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas.

1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:

a) Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda».

Es decir, la garantía con la nueva Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999 lo es «*para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda*» mientras que con la Ley 57/1968 lo era «*para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido*».

Por lo tanto, se elimina en el nuevo texto legislativo la expresión «*por cualquier causa*» que fue la que llevó a la STS 7 de mayo de 2014 a fallar sobre el carácter autónomo de la garantía y por la que el avalista no podría oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al artículo 1853 del Código Civil, de ahí que auguremos una corta vigencia a la doctrina de la STS de 7 de mayo de 2014 en cuanto al referido carácter autónomo de la garantía en este sector de la contratación.

No deja de ser llamativo (más allá de las críticas que pudieran realizarse a la nueva regulación) que la Exposición de Motivos de la Ley 20/2015, de 14 de julio (VIII) justifique las modificaciones de la Ley de Ordenación de la Edificación para dotar «...de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor...», y sin embargo efectúe tal corrección normativa («*por cualquier causa*») que sirvió de base a la doctrina de la STS de 7 de mayo de 2014, expresándose literalmente del siguiente tenor:

«Se introduce en la Ley de Ordenación de la Edificación, como alternativa a la suscripción obligatoria de un seguro, la obtención de una garantía financiera que permita cubrir el mismo riesgo. Además, se dota de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor, eliminándose, entre otros aspectos, el régimen actual basado en un sistema dual de pólizas (pólizas colectivas y certificados individuales de seguros de caución). También se introducen modificaciones referidas a la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de la Ley de Ordenación de la Edificación».

Ante lo anterior, se nos antoja volver a recordar la conocida frase de KIRCHMANN: «*Dos palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir bibliotecas enteras en basura*».

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, nos parece correcto el Fallo analizado en cuanto a que el carácter autónomo de la garantía desvirtúa el alegato de la existencia o no de incumplimiento esencial por parte del avalista autónomo, que es lo realmente resuelto por esta STS de 7 de mayo de 2014, más allá de la configuración del carácter del incumplimiento en el ámbito de la Ley 57/1968 y su independencia de los requisitos tradicionales del mismo anudados a la aplicación del artículo 1124 del Código Civil que efectúa la STS de 20 de enero de 2015 y con las cautelas que hayan de realizarse a la aplicación de la doctrina de esta STS de 20 de enero de 2015, aunque en relación con esta sí que opinamos que no establece un automatismo resolutorio, sino que si requiere la existencia de un retraso aunque no sea especialmente intenso o relevante, siempre y cuando —evidentemente— no exista una actitud del comprador contraria a la buena fe o en abuso de derecho (art. 7 del Código Civil), lo que supondrá un detallado análisis de las circunstancias del caso. Por ello, resultará de enorme interés el desarrollo de esta doctrina de la STS de 20 de enero de 2015, como también pone de relieve DÍAZ MARTÍNEZ.⁴

V. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO, CORDERO, M., *Tratado de los Derechos de Garantía*, 3.^a ed. Thomson-Reuters, 2015.
- DÍAZ MARTÍNEZ. Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda en construcción, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2015 parte Comentario.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Reimp. Tecnos, 1979.
- LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera, de 20 de enero de 2015, núm. 5 del año 51 (mayo 2015) *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 septiembre de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015

NOTAS

¹ CARRASCO CORDERO, M., *Tratado de los Derechos de Garantía*, 3.^a ed. Thomson-Reuters, 2015, pp. 479 y 480.

² DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN. *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Reimp. Tecnos, 1979, pp. 11 y 12.

³ LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera, de 20 de enero de 2015, núm. 5 del año 51 (mayo de 2015) *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*.

⁴ DÍAZ MARTÍNEZ. Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda en construcción. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2015 parte Comentario.