



Roj: **STS 3012/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3012**

Id Cendoj: **28079119912017100023**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **18/07/2017**

Nº de Recurso: **165/2015**

Nº de Resolución: **459/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 18 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Gaspar y D.^a Ariadna , representados por la procuradora D.^a Beatriz Sánchez Vera y Gómez-Trelles bajo la dirección letrada de D. Ignacio de Castro García, contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2014 por la sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 145/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1121/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 96 de Madrid, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Banco Popular Español S.A., representado por la procuradora D.^a M.^a José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Jerónimo Martínez Abellaneda.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D. Gaspar y Ariadna , interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español S.A. en la que solicitaban:

«...se dictara sentencia declarando la responsabilidad legal de dicha entidad frente a mi mandante, ex artículo 1. segunda) de la Ley 57/1968 , y condenando a la demandada a que abone a mis mandantes el resto de las cantidades entregadas y no devueltas por la promotora, y que fueron ingresadas en cuenta corriente aperturada por la misma en la entidad bancaria demandada, y que asciende a la cantidad de veinticinco mil cuatrocientos cincuenta y cuatro euros con setenta y seis céntimos (25.454,76 €), que habrán de abonarse a mis mandantes, más los intereses al tipo legal desde la entrega de las cantidades, hasta la completa devolución o consignación en el Juzgado, más las costas del procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 4 de septiembre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 96 de Madrid y fue registrada con el núm. 1121/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Banco Popular Español S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 96 de Madrid, dictó sentencia de fecha 9 de diciembre de 2013 , con el siguiente fallo:

«Desestimo la demanda formulada por la procuradora doña Beatriz Sánchez Vera y Gómez-Trelles, en nombre y representación de D. Gaspar y D.^a Ariadna , contra Banco Popular Español S.A., con imposición de las costas a los actores».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Gaspar y D.^a Ariadna .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 145/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de octubre de 2014 , cuyo fallo dispone:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.^a Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en nombre y representación de D. Gaspar y D.^a Ariadna contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 96 de Madrid, de fecha 9 de diciembre de 2013 en autos n.º 112/2012 DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS los pronunciamientos contenidos en ella, sin hacer imposición de las costas de esta alzada».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- D. Gaspar y D.^a Ariadna , interpusieron recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Errónea aplicación de los fundamentos jurídicos a los hechos que se declaran probados, infracción de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 57/1968 , en relación a irrenunciabilidad que tal artículo marca, respecto de la exigibilidad de responsabilidad de las entidades bancarias contenidas en la regla 2.^a del artículo 1 de la Ley 57/1968 , cual es la responsabilidad subsidiaria de la entidad financiera que abrió la cuenta corriente al promotor sin exigirle las garantías a favor de los compradores previstas en dicho artículo: "para la apertura de estas cuentas o depósitos, la entidad bancaria o caja de ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía que se refiere la condición anterior".

»Segundo.- Errónea aplicación de los fundamentos jurídicos a los hechos que se declaran probados, infracción de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil , que determina cual es la responsabilidad extracontractual subsidiaria de la entidad financiera que abrió la cuenta corriente especial al promotor sin exigirle las garantías a favor de los compradores previstas en los artículos 1.º, 3.º y 7.º de la Ley 57/68 , cuyo contenido es imperativo e irrenunciable para el comprador, dichos artículos disponen: "Para la apertura de estas cuentas o depósitos, la entidad bancaria o caja de ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía que se refiere la condición anterior".

»Tercero.- Errónea aplicación de los fundamentos jurídicos a los hechos que se declaran probados, infracción de lo dispuesto en el artículo 1257 del Código Civil , que determina la obligatoriedad de la estipulación contractual a favor de tercero, en relación con lo dispuesto en los artículos 7 y 1.2 de la Ley 57/1968 (carácter imperativo de la Ley 57/1968, irrenunciable de sus derechos para el comprador y responsabilidad de la entidad financiera depositaria de fondos)».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 23 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Ariadna y D. Gaspar contra la sentencia dictada, con fecha 20 de octubre de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.^a), en el rollo de apelación n.º 145/2014 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1121/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 96 de Madrid».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 6 de febrero de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de marzo de 2017, siendo suspendido por licencia médica del Magistrado Ponente y señalado nuevamente el día 18 de abril de 2017.

5.- Por providencia de fecha 18 de abril de 2017, se acordó su pase a conocimiento del Pleno de la sala del 21 de junio de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:



1.- Doña Ariadna y don Gaspar , compradores en una promoción de viviendas, formularon demanda contra el Banco Popular Español, que era el banco en el que la promotora Proyectos y desarrollos UrfesanS.L. tenía la cuenta titularizada en la que se ingresaban las cantidades a cuenta del precio de la vivienda.

Se reclamó el 40% de las cantidades entregadas a cuenta, pues el 60% restante ya les había sido abonado por la promotora.

2.- Los demandantes y la promotora habían alcanzado el acuerdo de resolver el contrato de compraventa celebrado, con devolución del 60% del precio recibido a cuenta, otorgando el finiquito.

Los demandantes reclaman del banco las cantidades no devueltas, alegando que los derechos que otorga la Ley 57/1968 a los cesionarios tienen el carácter de irrenunciables, por lo que la percepción por los compradores del 60% del precio recibido a cuenta no puede conllevar su renuncia a reclamar el importe restante.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por no existir aval individualizado entregado a los compradores, sin que la entidad bancaria tuviese obligación de entregar directamente a los compradores el aval, pues se había de emitir a petición de la promotora.

En apoyo de su tesis citaba la sentencia de esta sala de 5 de febrero de 2013 .

4.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 20 de octubre de 2014 por la que desestimaba el citado recurso.

5.- Motiva su decisión en los siguientes términos: (i) en el contrato de compraventa celebrado entre los actores y la promotora no se menciona ninguna de las obligaciones impuestas por el artículo 1 de la Ley 57/1968 ; (ii) la demandada venía obligada a exigir a la promotora los avales o seguros que impone la citada Ley, por lo que sería responsable del perjuicio que pudiesen sufrir los compradores a consecuencia de la inexistencia del aval individualizado; (iii) sin embargo el daño que reclama la parte actora, y que cuantifica en el 40% de las cantidades entregadas a la promotora a cuenta del precio, no trae causa de la ausencia del aval sino de la transacción celebrada entre los compradores y la promotora el 22 de abril de 2010, por la que de mutuo acuerdo proceden a resolver el contrato de compraventa, dejándolo sin efecto y devolviendo la promotora a los adquirentes la cantidad de 38.182,14 €. En ese pacto decidieron renunciar a cualquier otra acción que cualquiera de las partes pudiese tener con la operación inmobiliaria; (iv) la transacción es un negocio jurídico nuevo que modifica el existente, creando nuevos vínculos en sustitución de los anteriores.

6.- Se interpone recurso de casación por los demandantes, al amparo del art. 477.2.3º LEC , por interés casacional, que desarrolla en tres motivos.

El primero se fundamenta en la infracción del art. 7 de la Ley 57/1968 respecto a la exigibilidad de responsabilidad de las entidades bancarias contenidas en el art. 1.2 de Ley 57/1968 , y alegan los compradores como hechos que fundamentan su pretensión:

(i) Firman el contrato de compraventa el 8 de enero de 2007, la promotora había obtenido un crédito hipotecario del Banco Popular sobre la finca objeto de compraventa, para la financiación de la construcción de la promoción.

(ii) Los actores abonaron a cuenta la cantidad de 63.636,90 euros, a través de la cuenta abierta titularizada por la promotora inmobiliaria en la entidad bancaria.

(iii) La entidad bancaria demandada suscribió con la promotora póliza de líneas de avales en la que se concertaban las condiciones generales para la posterior emisión de los avales individuales a los compradores.

(iv) No se emitió ningún aval individual a favor del comprador.

(v) No habiéndose iniciado la promoción, no podía hacerse entrega de la vivienda, por lo que los actores y la promotora, acordaron resolver el contrato de compraventa, con fecha 22 de abril de 2010, pero no se renunció a ejercitar acción contra el banco, con base en la responsabilidad legal del art. 1.2 de la Ley 57/1968 .

Los recurrentes denuncian que la sentencia recurrida infringe el art. 7 de la Ley 57/1968 , a tenor de la doctrina de la Sala que se recoge en las sentencias de 19 de julio de 2013 y de 7 de mayo 2014 .

El segundo, se fundamenta en la infracción del art. 1902 CC por cuanto la omisión consiste en la falta de exigencia del aval al promotor al que concede un préstamo hipotecario y permite el ingreso de cantidades a cuenta, sin asegurarse del buen fin de dichas cantidades y del aseguramiento al comprador en los supuestos previstos en la Ley 57/1968.



El tercero se fundamenta en la infracción del art. 1257 CC que determina la obligatoriedad de la estipulación contractual a favor del tercero, en relación con lo dispuesto en los arts. 7 y 1.2ª Ley 57/1968, en cuanto no se hizo constar en la cuenta corriente abierta por la promotora, una estipulación a favor de los compradores, pues desde el momento en que se recibieron ingresos a cuenta debió hacerse constar el contenido legal imperativo de la Ley 57/1968, respecto de los beneficios irrenunciables que dicha norma confiere.

7.- La sala dictó auto el 23 de noviembre de 2016 en el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida formuló oposición al recurso de casación, si bien alegó un óbice de admisibilidad del recurso.

Alegó inexistencia de interés casacional, al no aportarse jurisprudencia contradictoria de audiencias provinciales sobre las cuestiones que resuelve la sentencia recurrida.

No tienen tal condición las aportadas, pues en este litigio no se trata de renuncia de los derechos exigibles frente a ninguna entidad financiera, sino de un acuerdo transaccional entre las partes compradora y vendedora, que tiene por objeto las prestaciones características del contrato de compraventa y que afecta a los derechos y obligaciones de ambas partes.

Nada tiene que ver con las renunciaciones de derechos a que se refieren las sentencias invocadas por la parte contraria como base de su recurso.

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso de casación.

1.- Los dos últimos motivos incurren en defectos determinantes de una posible desestimación por causa de inadmisión, tanto por carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º LEC), como por incumplir los requisitos de desarrollo de cada motivo al no justificar con suficiente claridad la concurrencia del interés casacional invocado, que por tanto, ha de tenerse por inexistente (art. 483.2.3.º LEC). En efecto, además de que en ambos motivos se omite la cita de sentencias contradictorias de distintas Audiencias, tanto la posible responsabilidad extracontractual del banco por omitir su deber de control que se plantea en el motivo segundo (con cita del art. 1902 CC) como la existencia de estipulación en favor de tercero a que se refiere el motivo tercero (con cita como infringido del art. 1257 CC) son cuestiones que no se suscitaron en primera instancia y que se plantearon por vez primera en apelación, contraviniendo así la preclusión de alegaciones del art. 400 LEC, lo que determina su carácter también novedoso en casación, pues «si ya era cuestión nueva en apelación más aún lo será en casación» (sentencia 62/2012, de 27 de febrero, y en el mismo sentido, sentencia 186/2013, de 20 de marzo y las que en ella se citan). Además, aunque no se desconozca que la propia sentencia recurrida alude a la responsabilidad extracontractual del banco, lo hace en un razonamiento *obiter dicta*, no como razón decisoria. Y también parece un contrasentido que la sentencia recurrida pueda infringir al mismo tiempo el 1902 CC, norma general que regula la responsabilidad civil extracontractual, y el art. 1257 CC, que regula la estipulación en favor de tercero, la cual esta sala ha dicho que ha de entenderse como un contrato en el que dos partes, que actúan en nombre propio, otorgan un derecho a un extraño que no ha formado parte en su conclusión (por ejemplo, sentencia 380/2011, de 14 de junio).

2.- Con lo expuesto se colige que el recurso de casación se ha de centrar en las cuestiones jurídicas que plantea el primer motivo.

Pese a su mejorable estructura, el interés casacional del recurso podría estar suficientemente justificado teniendo en cuenta cuál fue la razón decisoria de la sentencia recurrida, consistente en que a partir del acuerdo transaccional entre compradores y promotores la devolución de una parte de las cantidades anticipadas dejó de ser una obligación exigible frente a la entidad de crédito demandada, incluso a la luz de la responsabilidad legal del art. 1.2ª Ley 57/1968.

Dada la razón causal del fallo recurrido, y la ausencia de jurisprudencia de esta sala al respecto, el verdadero interés casacional radica en la necesidad de precisar si el carácter irrenunciable de los derechos del comprador permitía un acuerdo transaccional como el que se firmó, y si las consecuencias del mismo han de ser frente a la entidad de crédito, que ninguna responsabilidad pudiera serle exigida respecto de las cantidades transigidas.

3.- Procede, pues, admitir el recurso de casación en los términos que se ha expuesto.

TERCERO.- Decisión de la sala sobre el recurso.

1.- Se entiende infringido, según la recurrente, el artículo 7 de la Ley 57/1968, en relación con la regla 2 del artículo 1 de la misma Ley, respecto de la responsabilidad de la entidad financiera que abrió la cuenta corriente al promotor sin exigirle las garantías a favor de los compradores previstas en dicho artículo.



Se alega que sobre dicho extremo existe una opinión divergente en la comunidad jurídica, aunque sea favorable la que se decanta por la determinación de tal responsabilidad por la simple existencia de los ingresos bancarios, falta de entrega de aval y permisibilidad en la disposición de cantidades.

De ahí que postule de la sala un pronunciamiento para clarificar y fijar la jurisprudencia aplicable y la correcta interpretación de tal responsabilidad legal ex artículo 1.2 in fine de la Ley 57/1968 .

2.- Es cierto que tal petición estaba justificada cuando se interpuso el recurso de casación el 24 de noviembre de 2014, pero al día de hoy ha recaído doctrina de la sala sobre el extremo interesado, por lo que lo único que cabe es ratificarla.

La sentencia 226/2016, de 8 de abril , la recoge al afirmar que la sentencia de 21 de diciembre de 2015 (recurso 2470/2012) fijó como doctrina jurisprudencial que « en las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad ».

Esta doctrina se reitera en las sentencias de 17 de marzo de 2016 (recurso 2695/2013) y 9 de marzo de 2016 (recurso 2648/2013).

Es doctrina de la sala, pues, que la condición 2ª del artículo 1 de la Ley 57/1968 impone al banco una obligación de control sobre el promotor, cuyo incumplimiento determina la responsabilidad del banco frente al comprador.

3.- La sentencia recurrida, aun siendo de fecha anterior a las sentencias de la sala que han fijado doctrina, no contradice esta.

Reconoce que el banco, a la apertura de la cuenta especial, venía obligado, bajo su responsabilidad, a exigir la garantía, y si no lo hizo debe responder por ello.

Por tanto, la razón por la que desestima la demanda no reside, como sostuvo la sentencia de primera instancia, en que el banco no tuviese obligación de velar por la entrega de los avales por parte de la vendedora, sino en que la cantidad reclamada había dejado de ser exigible a la vendedora por los compradores merced al acuerdo alcanzado entre ambas partes el 22 de abril de 2010.

De lo anterior se colige que la infracción alegada no puede prosperar.

4.- Junto a la citada infracción también se alega que la sentencia recurrida desconoce el carácter irrenunciable de los derechos del cesionario dispuesto en el artículo 7 de la Ley 57/1968 .

Tampoco cabe acoger tal infracción.

En el acuerdo transaccional alcanzado entre las partes compradora y vendedora el 22 de abril de 2010, que se incorpora a autos precisamente por la entidad demandada en su escrito de contestación a la demanda (documento nº 2), no consta que la compradora renunciase a las garantías que la Ley 57/1968 prevé para poder recuperar las cantidades entregadas anticipadamente a cuenta del precio. Por tanto si la vendedora no hubiese cumplido la obligación a que se contrajo la transacción, de entregar con buen fin los 38.182,14 € comprometidos, la entidad demandada vendría obligada, en su condición de responsable, al pago de tal cantidad. En el acuerdo transaccional no existe, pues, renuncia a ninguno de los derechos que prevé la Ley 57/1968 para garantizar las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores a cuenta del precio.

Lo que existe es un acuerdo transaccional en el que se decide libremente por las partes la resolución del contrato de compraventa y, como efecto de él, se pacta el *quantum* a entregar por la vendedora a la compradora. Se transige acerca de la totalidad de las cantidades entregadas, otorgando pago y finiquito total, sin tener nada más que reclamarse mutuamente «por cualquier concepto o cantidad».

Es cierto que la sentencia de pleno 133/2015, de 23 de marzo , sienta como doctrina jurisprudencial que «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 ésta ya se hubiese iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda».

Pero también es cierto que la sentencia recurrida no sostiene que, a causa de la extinción por mutuo disenso del contrato de compraventa, se haya extinguido la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio.

Lo que sostiene es que, en el marco del acuerdo transaccional, tales cantidades se han fijado libremente por las partes, renunciando los compradores a reclamar una parte de ellas, precisamente la que se reclama en el presente litigio, manteniéndose la garantía respecto a la concretada en el acuerdo.



Considera la Audiencia que se trató de una verdadera transacción según el art. 1809 CC , mediante la cual ambas partes asumieron sacrificios recíprocos y, en el caso de los compradores, acordaron transigir sobre la totalidad de las cantidades entregadas, pero recibiendo de la promotora solo una parte (el 60%), sin que nada más se tuvieran que reclamar. Por tanto, la sentencia recurrida no dice que el objeto de la transacción comprendiera la renuncia de los compradores a reclamar a la entidad bancaria ex art. 1.2.ª Ley 57/1968 (lo que tampoco está en el tenor del documento transaccional, aportado con la contestación). Lo que dice es que existió un acuerdo transaccional cuyo objeto fue el total de las cantidades anticipadas, y en el que libremente se pactó el *quantum* que debía entregar la promotora vendedora. De ahí que no viese en el art. 7 Ley 57/1968 óbice alguno para la validez y eficacia de dicho acuerdo transaccional respecto de derechos ya adquiridos, disponibles y no afectados por la prohibición, ni del art. 7 Ley 57/1968 , ni del art. 1814 CC . Es este *quantum* lo que vincula a los compradores, de manera que si la vendedora no pagase, los compradores podrían exigir su responsabilidad ex art. 1.2.ª Ley 57/1968 , pero respecto de ese límite cuantitativo.

Precisamente, la sentencia de pleno 322/2015, de 23 de septiembre , puede servir también como argumento para el criterio seguido por la sentencia aquí recurrida. En aquella ocasión, se desestimaron los recursos y se confirmó la sentencia recurrida aun cuando «la Audiencia redujo el importe reclamado por intereses, como consecuencia de la transacción a la que llegaron los compradores con la promotora concursada sobre la resolución del contrato y la determinación de las cantidades adeudadas, que incluía la devolución de las entregadas a cuenta más los intereses legales» (FJ 4.º de la sentencia 322/2015, de 23 de septiembre). Aunque no se pronunció expresamente al respecto de lo que ahora interesa, la decisión de confirmar el fallo recurrido en el que se respetaron por la Audiencia las consecuencias de la transacción alcanzada entre compradores y promotora, puede entenderse en el sentido de que una cosa es que, de existir, el aval o seguro deban garantizar la devolución total de las cantidades anticipadas (no siendo oponibles al comprador los límites cuantitativos) y, otra, que el comprador no pueda disponer de su derecho sobre los anticipos (incluyendo los intereses) y transigir, admitiendo que se le devuelva solo una parte.

5.- De ahí que sea correcta la decisión de la sentencia recurrida, por fundarse en el acuerdo transaccional comentado; sin que la entidad demandada, que ha de responder, por aplicación de la regla segunda del art. 1 de la Ley 57/1968 , de la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente a cuenta del precio, según ya se ha expuesto, venga obligada a más que la promotora, que es quien contractualmente viene obligada a la devolución.

Se ha de tener presente que tal acuerdo transaccional no ha sido objeto de acción de nulidad por vicio en el consentimiento, ni de recurso de casación por la interpretación que la audiencia hace de él.

6.- En el hipotético caso de que la entidad demandada fuese avalista, según menciona en su oposición al recurso, esta Sala ha declarado que el importe cubierto por el seguro (la sentencia 218/2014, de 7 de mayo , se refiere al aval) debe comprender todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad inferior, porque en otro caso se infringirían el artículo 2 de la Ley 57/1968 y el artículo 68 LCS (sentencias 476/2013, de 3 de julio y 779/2014, de 13 de enero de 2015).

Pero ello no contraviene el art. 1826 CC en el sentido de que el fiador no puede obligarse a «más que el deudor principal», y ya se ha recogido el *quantum* a que se obligó el deudor principal a consecuencia del acuerdo transaccional.

A lo anterior cabe añadir que si no se sigue la tesis de la sentencia recurrida los acreedores habrían propiciado con su transacción el perjuicio irreparable de la entidad avalista, aquí solo responsable (art. 1. Segunda, L. 57/1968).

Según el art. 1839 CC el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, esto es, no podría subrogarse en la cantidad que se le reclama en este litigio, pues los acreedores han renunciado a ella, según ya se ha expuesto. De ahí que el art. 1852 CC prevea que el fiador queda libre de su obligación, que sería el caso, «siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo ».

En este sentido, sentencia 409/2002, de 8 de mayo (que hace un estudio jurisprudencial del art. 1852 CC en su FJ Tercero), según la cual:

«el art. 1852, en relación con el 1830, ambos del CC , tratan de evitar de que por cualquier medio, como puede ser el acuerdo entre el acreedor y el deudor, se perjudique el fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena, sin posibilidad de reembolsarse lo por ella efectivamente pagado, si bien siempre será preferente y deberá atenderse principalmente al cumplimiento de la obligación afianzada, de ahí que la imposibilidad en la subrogación a la que se refiere el art. 1852 CC no comprende la que se deriva del cumplimiento de la obligación que garantiza y a la que se halla subordinada».



7.- Siendo el promotor el obligado principal a devolver la totalidad de los anticipos, esta misma obligación es la que asumen los garantes (en caso de que haya aval o seguro) y la entidad de crédito depositaria (en defecto de aquellos).

De ahí que, tanto si constituyeron dichas garantías como si no lo hicieron (supuesto en que deberá responder legalmente la entidad depositaria) la protección jurídica del comprador y el carácter irrenunciable de sus derechos no resulten menoscabados por la facultad que aquellos tienen de disponer libremente, y transigir, respecto del derecho sobre sus anticipos. La transacción produce el efecto de la sustituir la relación jurídica anterior por una nueva, por unos nuevos vínculos jurídicos, de tal modo que la obligación primigenia del promotor de devolver la totalidad de los anticipos puede verse sustituida por una obligación pecuniaria de menor cuantía, si, como ha sido el caso, los acreedores (compradores demandantes) renuncian a cobrar todo lo anticipado, y se conformaron con una parte.

En estas circunstancias, el problema jurídico es ajeno a la posibilidad de reclamar responsabilidad legal a la entidad de crédito receptora de las cantidades (lo cual es indiscutible si se acepta que no veló porque se garantizara debidamente la devolución de los anticipos), porque dicha responsabilidad se ha de limitar a la cantidad transigida, de no ser satisfecha por la promotora.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en los art. 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Gaspar y D.^a Ariadna , representados por la procuradora D.^a Beatriz Sánchez Vera y Gómez-Trelles bajo la dirección letrada de D. Ignacio de Castro García, contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2014 por la sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 145/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1121/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 96 de Madrid, sobre reclamación de cantidad. 2.- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza, 3.- Imponer a la recurrente las costas del recurso. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.