



Roj: **STS 2904/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:2904**

Id Cendoj: **28079110012009100329**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/05/2009**

Nº de Recurso: **722/2004**

Nº de Resolución: **309/2009**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal, interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 11ª, por D. Pelayo , Dª Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , Dª Dolores y D. Cecilio , representados por el Procurador de los Tribunales D. Isidro Orquín Cedenilla y por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representado por e Procurador D. José Manuel Villasante García, contra la Sentencia dictada, el día 11 de diciembre de 2003, por la referida Audiencia, en el rollo de apelación nº 269/02, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 55 de Madrid, en el juicio ordinario de mayor cuantía nº 337/00. Ante esta Sala compare el Procurador D. Isidro Orquín Cedenilla, en nombre y representación de D. Pelayo , Dª Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , Dª Dolores y D. Cecilio , personándose en concepto de parte recurrente. Asimismo el Procurador D. José Manuel Villasante García, en nombre y representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. se personó en como parte recurrente-recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 55 de Madrid, interpusieron demanda de juicio ordinario de mayor cuantía, D. Pelayo , Dª. Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , Dª Dolores y D. Cecilio , contra el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (B.B.V.A). El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia con los siguientes pronunciamiento:

a.- Declarar extinguidas por aplicación del artículo 1851 del Código Civil , las fianzas solidarias prestadas por D. Pelayo , DOÑA Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , DOÑA Dolores , y D. Cecilio , a favor del Banco demandado, y prestadas en los siguientes títulos:

1.- Escritura pública formalizada el día 7 de Noviembre de 1989 ante el Notario de Sevilla D. Antonio Ojeda Escobar, con el número 768 de su protocolo (documento nº 10 de los acompañados a la demanda).

2.- Escritura pública formalizada el día 7 de Noviembre de 1989 ante el Notario de Sevilla D. Antonio Ojeda Escobar, con el número 769 de su protocolo. (documento nº 11 de los acompañados a la demanda).

3.- Póliza de préstamo suscrita el día 10 de Enero de 1990, y autorizada por el Corredor de Comercio D. Antonio García Pons. (documento nº 12 de los acompañados a la demanda).

4.- Escritura pública formalizada el día 22 de Marzo de 1991, ante el Notario de Sevilla D. Antonio Ojeda Escobar, con el número 752 de su protocolo (documento nº 13 de los acompañados a la demanda).

b).- Declarar igualmente extinguidas las fianzas solidarias prestadas por mis representados hoy demandantes, en las escrituras anteriormente referenciadas en el apartado a).- del presente suplico, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1852 del Código Civil .



c).- Declarar extinguidos todos y cada uno de los derechos y obligaciones derivados de la escritura de préstamo formalizada el día 7 de Noviembre de 1989, ante el Notario de Sevilla D. Antonio Ojeda Escobar, con el número 769 de su protocolo, y por tanto extinguidas igualmente las garantías personales establecidas en dicha escritura, prestadas por mis representados en la misma, a tenor de lo estipulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria por confusión de derechos extintiva.

d).- Declarar el derecho de mis representados a ser indemnizados por los daños y perjuicios que se les han ocasionado, daños y perjuicios que deberán ser valorados en ejecución de Sentencia.

e).- Condenar a la parte demandada a las costas judiciales del presente procedimiento. "

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... y, en su día, tras los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que se absuelva a mi representada de todos los pedimentos solicitados por la actora contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, con expresa condena en costas de forma solidaria a los actores".

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se presentaron los respectivos escritos de réplica y dúplica y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Madrid dictó Sentencia, con fecha 21 de diciembre de 2001 y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que, estimando parcialmente la demanda promovida por el Procurador D. Isidro Orquín Cedenilla, en nombre y representación de D. Pelayo , D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a Dolores y D. Cecilio , contra BBVA, representado por el Procurador D. José Manuel Villasante García, debo hacer los siguientes pronunciamientos:

a) declarar extinguidas las fianzas solidarias prestadas por D. Agapito , D. Pelayo y D. Jose Luis en virtud de escritura pública de préstamo hipotecario de 7 de noviembre de 1989, otorgada por Banco Hipotecario a favor de Thurasa ante el Notario D. Antonio Ojeda Escobar con nº de protocolo 768

b) declarar extinguida la fianza prestada por D. Agapito en virtud de escritura pública de préstamos hipotecario de 22 de marzo de 1991, otorgada por Banco Hipotecario a favor de Thurasa ante el Notario de Sevilla D. Antonio Ojeda Escobar

c) absolver a la demandada de las demás pretensiones ejercitadas en su contra

d) cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Pelayo D^a Eva ,D. Jose Luis , D. Agapito , D^a Dolores y D. Cecilio , representados por el Procurador D. Isidro Orquín Cedenilla. Asimismo interpuso recurso de apelación el Procurador D. José Manuel Villasante García en representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. Sustanciada la apelación, la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 12 de diciembre de 2003 , con el siguiente fallo: " ESTIMAR en parte el presente recurso interpuesto por la representación procesal del BBVA, S.A. contra la sentencia de 21 de diciembre de 2001 , y DESESTIMAR el recurso presentado por D. Pelayo , D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a Dolores , y D. Cecilio contra la misma, revocando en parte el fallo de la sentencia recurrida, y declaramos la extensión de la cosa juzgada al pronunciamiento a) de su parte dispositiva, que se deja sin efecto y se incluye en el absolutorio genérico c), confirmando los demás razonamientos de la referida sentencia, excepto el relativo a la aplicación del art. 1852 del C.C . Sin imposición de las costas causadas en ambas instancias a ninguna de la parte litigantes, respecto del primer recurso, e imponiendo a los fiadores las costas causadas a su instancia en su recurso de apelación".

TERCERO. Anunciados recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por la representación de D. Pelayo , D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a Dolores y D. Cecilio , y por la representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia los tuvo por preparados y dichas partes representados los primeros por el Procurador Sr. Orquín Cedenilla, formuló su recurso extraordinario por infracción procesal , con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del nº 4 del artículo 469 de la LEC , de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 números 1 y 2 de la Constitución con referencia a la motivación de las Sentencia, a una resolución fundada en derecho, motivada, congruente y racional, según establece el artículo 120.3 de la CE y el artículo 218 de la LEC vigente.



Segundo: Infracción de máximas de experiencia con referencia a la carga de la prueba, con infracción del artículo 632 de LEC de 31 de julio de 1880 , así como los artículos 316.2. 334, 348, 376, 382.3 y 384.3 de la vigente LEC.

El *recurso de casación* se formuló con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del apartado 1 del artículo 477 de la vigente LEC , por incurrir la sentencia impugnada en infracción de diferentes normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del presente proceso, en concreto el artículo 1479 de la LEC del año 1981.

Segundo: Al amparo del apartado 1 del art. 477 de la vigente LEC , por incurrir la sentencia impugnada en infracción de diferentes normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del presente proceso, infracción del art. 9.3 de la CE , del artículo 632 de la antigua LEC de 31 de julio de 1881 , así como los arts. 217, 316.2, 334, 348, 376, 382.3 y 384.3 de la vigente LEC.

Tercero: Al amparo del apartado 1 del art. 477 de la vigente LEC , por incurrir la sentencia impugnada en infracción de diferentes normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del presente proceso, concretamente el artículo 1851 del CC , su doctrina y jurisprudencia.

Asimismo la representación del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., formalizó *recurso de casación* , con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Infracción de las normas para resolver las cuestiones objeto del proceso, por la inaplicación del art. 1851 del CC referida a la extinción de la fianza como consecuencia de la prórroga concedida al deudor sin el consentimiento de los fiadores.

Segundo: Infracción de las normas para resolver las cuestiones objeto del proceso, por la inaplicación del artículo 1851 del CC en relación con los artículos 1281, 1283 y 1285 del mismo cuerpo legal.

Tercero: Infracción del artículo 1281 del CC referido a la debida interpretación de los contratos en cuanto a los términos de un contrato que han de ser claros y no dejar dudas sobre su intención, estando al sentido literal de sus cláusulas.

Cuarto: Infracción del artículo 1283 del CC referido a haber entendido los acuerdos sometidos a condición suspensiva como sujetos a cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

Quinto: Infracción del artículo 1285 del CC referido a la interpretación de las cláusulas del contrato las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Sexto: Infracción del artículo 1114 del CC referido en las obligaciones condicionales a la adquisición de derechos o la pérdida de los mismos sin que se cumpla el acontecimiento que constituya la condición.

CUARTO. Recibidos los autos en este Tribunal y formado el presente rollo se personó el Procurador D. Isidro Orquín Cedenilla, en nombre y representación de D. Pelayo , D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a Dolores y D. Cecilio en concepto de parte recurrente. Asimismo se personó el Procurador D. José Manuel Villasante García, en nombre y representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., como parte recurrente-recurrida.

Con fecha 6 de noviembre de 2007, la Sala acuerda: "1.- **NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de D. Pelayo , D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a Dolores y D. Cecilio , contra la Sentencia dictada, con fecha 12 de diciembre de 2003, por la Audiencia Provincial de Madrid , (Sección 11^a), en el rollo de apelación n^o 269/2002, dimanante de los autos de juicio de mayor cuantía número 337/2000 del Juzgado de Primera Instancia n^o 55 de Madrid, respecto de los DENOMINADOS MOTIVOS PRIMERO Y SEGUNDO DEL escrito de interposición.

2.- **ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL**, interpuesto por la representación procesal de D. Pelayo , D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a Dolores y D. Cecilio , contra la Sentencia dictada, con fecha 12 de diciembre de 2003, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11^a), en el rollo de apelación n^o 269/2002, dimanante de los autos de juicio de mayor cuantía número 337/2000 del Juzgado de Primera Instancia n^o 55 de Madrid.

3.- **ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de D. Pelayo , D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a Dolores y D. Cecilio , contra la citada sentencia, en cuanto al DENOMINADO MOTIVO TERCERO del escrito de interposición.

4.- **ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. contra la citada Sentencia".



El Procurador D. José Manuel Villasante García en la representación por el mismo acreditada y evacuando el traslado conferido, presentó escrito oponiéndose al recurso extraordinario por infracción procesal y al recurso de casación formulado de contrario, solicitando la desestimación de dichos recursos. Asimismo el Procurador D. Isidro Orquin Cedenilla en la representación por el mismo ostentada, presentó escrito oponiéndose al recurso de casación formulado de contrario, y solicitando su desestimación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintidós de abril de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. **ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los antecedentes.

1º El 23 noviembre 1987 se constituyó la sociedad Turismo y Hoteles Andaluces, S.A. (TURHASA); en 1988 se amplió el capital y los demandantes D. Jose Luis , D. Agapito y D. Cecilio suscribieron dicha ampliación, entre otros, siendo a partir de dicha fecha accionistas de la sociedad TURHASA. En 1989 fueron nombrados miembros del consejo de administración los socios D. Agapito , D. Pelayo y D. Amadeo .

2º La finalidad de TURHASA fue la de construir un hotel en Sevilla y para ello pidieron financiación a diferentes Bancos. Se suscribieron los siguientes préstamos, que son los discutidos en este recurso:

A. Préstamo hipotecario de 1.824.410.000 Ptas., (10.964.924,91€) con el BANCO HIPOTECARIO, concertado el 7 noviembre 1989. Figuraban como fiadores solidarios los socios y en aquel momento, administradores sociales, D. Darío , D. Agapito , D. Pelayo y D. Jose Luis , con renuncia de los beneficios de excusión y división. Fue objeto de juicio ejecutivo en el juzgado de 1ª Instancia de Sevilla, recayendo sentencia que fue revocada por la AP de Sevilla, de 8 julio 2002 , por inviabilidad de la acción ejecutiva contra los fiadores, aplicándose el art. 1851 CC a los solos efectos de juicio ejecutivo.

B. Préstamo hipotecario de 319.670.000 Ptas. (1.921.255,39€) con el mismo BANCO HIPOTECARIO, en escritura de igual fecha. Figuraban como fiadores solidarios los socios D. Agapito , D. Pelayo y D. Jose Luis , con renuncia también a los beneficios de orden, excusión y división. Se ejecutó en el juicio sumario del art. 131 LH , adjudicándose al Banco Hipotecario, quien cedió el remate. El remate se aprobó el 27 de septiembre de 1997.

C. Póliza de préstamo de 800.000.000 Ptas., (4.808.096,84€) con el Banco de Crédito Industrial de 10 enero 1990. Figuraban como fiadores solidarios D. Cecilio , D. Agapito , D^a Dolores , D. Pelayo y D^a Eva . En dicho contrato figuraba la siguiente cláusula: "La PARTE FIADORA consiente desde ahora, a todos los efectos, las moratorias o facilidades de pago que el BANCO conceda a la PARTE PRESTATARIA, así como las modificaciones de las condiciones de la operación de crédito que se formaliza en este documento que puedan convenir en el futuro la PARTE PRESTATARIA y el BANCO, siempre y cuando no supongan aumento de la cuantía del crédito o del tipo de intereses o comisiones" . Fue objeto de juicio ejecutivo, con sentencia de remate de 20 enero 1996, confirmada en apelación por la AP de Madrid, en sentencia de 25 octubre 1996 .

D. Contrato de préstamo hipotecario de 1.200.000.000 Ptas. (7.212.145,25€) otorgado por el BANCO HIPOTECARIO el 22 de marzo de 1991. Figuraba como fiador solidario el socio y también administrador, D. Agapito .

3. El 4 de septiembre de 1991 el consejo de administración de TURHASA tomó el acuerdo de presentar y solicitar la declaración de suspensión de pagos, que se admitió a trámite el 24 septiembre 1991. Para que pudiera llevarse a término la construcción del hotel objeto de la sociedad, se llegó a los siguientes acuerdos con los acreedores:

A) Acuerdo transaccional de 31 enero 1992, suscrito entre el representante legal de TURHASA en la suspensión de pagos, los antiguos miembros del consejo de administración de la sociedad y los acreedores, excepto los Bancos titulares de garantías hipotecarias, en cuya virtud los acreedores se comprometieron a no ejecutar sus garantías y a no iniciar ningún tipo de acción legal, siempre que se cumplieran determinadas condiciones. Asimismo cesaron los antiguos administradores y se nombraron otros nuevos.

B) Acuerdo de 17 febrero 1992, suscrito por el Banco Hipotecario y los nuevos administradores de la sociedad suspensa. La citada entidad bancaria en relación con los préstamos concedidos el 22 marzo 1991 permitió que la deudora pudiera disponer de 544.868.000 Ptas. (3.274.722,63€), saldo existente en la cuenta especial en que se domiciliaron los préstamos, estableciéndose un nuevo calendario de pagos. Se acordó que lo pactado



no implicaba novación ni modificación alguna de las obligaciones derivadas de los préstamos, que quedaban subsistentes.

C) Acuerdo de 9 marzo 1992. Respecto a la póliza de 10 enero 1990 (identificada con la letra C), se fijó un nuevo calendario de pagos y en el que el ahora acreedor BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, se comprometió a no reclamar a la entidad deudora como consecuencia del incumplimiento del pago de la póliza. El acuerdo se sometió a condiciones suspensivas y se acordó que fuera suscrito por los interventores de la suspensión, cosa que hicieron, y los fiadores, cosa que no ocurrió.

4. El ahora acreedor BBVA, ejercitó las correspondientes acciones contra los fiadores, mediante procedimientos ejecutivos en los años 1993 y 1994, tal como se ha especificado al describir los distintos préstamos.

5. Los fiadores de los diversos préstamos D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a María Rosario y D. Cecilio demandaron a BBVA pidiendo lo siguiente: a) que se declararan extinguidas las fianzas por aplicación del art. 1851 ; b) que se declararan extinguidas las mismas fianzas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1852 CC ; c) declarar extinguidos todos y cada uno de los derechos y obligaciones derivados de la escritura de préstamo de 7 noviembre 1989; d) indemnización por los daños y perjuicios sufridos, y e) la condena en costas.

En la contestación a la demanda, el BBVA señaló que se había abstenido en el convenio de la suspensión de pagos, por tener sus créditos carácter privilegiado; que los demandantes son accionistas de la sociedad suspensa, y que debía entenderse que concurría la excepción de cosa juzgada porque los demandantes podrían haber utilizado en el procedimiento ejecutivo todas las excepciones que ahora utilizan para oponerse al mismo, por lo que concurría la excepción de cosa juzgada, entre otros extremos.

6. La sentencia del Juzgado de 1^a Instancia nº 55 de Madrid, de 21 diciembre 2001 , estimó en parte la demanda. El resumen de los argumentos de la sentencia es el siguiente: Respecto de la excepción de cosa juzgada, dice que la jurisprudencia ha restringido las posibilidades de un ulterior juicio declarativo posterior al ejecutivo. Señala que en el primer ejecutivo, se alegó la excepción de transacción, por lo que en relación al contrato de crédito objeto de las actuaciones hay que apreciar la concurrencia de cosa juzgada material. Respecto del segundo procedimiento, los fiadores opusieron varias causas que no fueron admitidas, pero que al mediar litispendencia, no podía entrar a examinar. Dado que la cuestión debatida no se limitaba a estos dos contratos, sino que también eran objeto del pleito las obligaciones garantizadas con hipoteca concertadas con el Banco Hipotecario de España, no cabía apreciar las excepciones de cosa juzgada y litispendencia, por lo que debía estimar que concurrían las causas de extinción del art. 1851 CC . En consecuencia: a) declaró extinguidas las fianzas solidarias otorgadas en la escritura pública de préstamo hipotecario de 7 noviembre 1989; b) declaró extinguida la fianza prestada por D. Agapito en la escritura de préstamo hipotecario de 22 marzo 1991; c) absolvió de la demanda en los otros pedimentos.

7. Ambas partes apelaron. La sentencia de la sección 11 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 diciembre 2003 , estimó en parte el recurso presentado por BBVA. a) Respecto del recurso presentado por los fiadores, cuyo objeto era la extinción de la póliza de préstamo de 10 enero 1990, por aplicación del art. 1851 CC , señala que la excepción de litispendencia ha desaparecido, porque se aporta al rollo de apelación la sentencia de 8 julio 2002, de la Audiencia Provincial de Sevilla, confirmatoria de la del juzgado de 1^a Instancia en la que se mandaba seguir adelante con la ejecución del título; dicha sentencia no pudo ser tenida en cuenta en 1^a Instancia. La Sala expresa que *"procede declarar la extensión de cosa juzgada material de dicha sentencia al presente recurso"*. Por tanto, quedan afectados por la excepción de cosa juzgada los préstamos que se han identificado con las letras A, B y C. Con ello desestima el recurso de esta apelante; b) Respecto a los motivos del recurso de apelación formulado por la representación procesal de BBVA con relación al contrato de préstamo identificado en esta sentencia con la letra D, entiende que se modificó el calendario de los pagos, estableciéndose una ampliación de los plazos de amortización de acuerdo con el convenio, *"[...] que entró en vigor y fue eficaz, aunque no reuniera dicha modificación temporal condicionada, los requisitos formales, de carácter registral, suscribiéndolos la acreedora con los interventores de la suspensión de pagos, sin conocimiento de los fiadores, según resulta del Acta de la prueba testifical de 13 febrero 2001[...]. Por lo tanto, la acreedora concedió moratoria para el pago de la deuda, hasta que transcurriera el nuevo plazo que se fijó, en cada caso, lo que en rigor no excluye la eventual reclamación de la cantidad adeudada, puesto que lo acordado se encuadra en el ámbito de la nueva garantía constituida, sin perjuicio naturalmente de las consecuencias que ello pudiera tener en la relación entre acreedora y deudora siempre limitadas a lo pactado sobre la garantía, además de que, según la doctrina jurisprudencial, para la aplicación del Art. 1851 CC se requiere convenio explícito, con señalamiento de nuevo plazo y fecha determinada para el pago"*. A pesar de estimar el recurso en lo relativo a la aplicación del art. 1852 CC por la juzgadora de instancia, la Sala considera que *"debe mantenerse la conclusión extintiva de la fianza relativa al contrato de préstamo hipotecario de 1.200.000.000 Ptas. otorgado por Banco*



hipotecario a TURHASA el 33 marzo 1991, único no afectado por la cosa juzgada material". Con ello estima en parte el recurso de esta apelante.

8. Ambas partes recurren en casación. Los fiadores, D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a María Rosario y D. Cecilio y D. Pelayo interponen recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación. El auto de esta Sala de 6 noviembre 2007 admitió el extraordinario por infracción procesal y el motivo tercero del recurso de casación. El BBVA presentó recurso de casación, que fue admitido en el mismo auto.

SEGUNDO. Antes de entrar a examinar los diversos motivos de los recursos presentados, debe centrarse la cuestión discutida. Se otorgaron cuatro contratos de préstamo, tres con garantía hipotecaria y todos ellos avalados por diferentes socios de TURHASA, la mayoría de los cuales eran a su vez administradores sociales. En la suspensión de pagos se llegó a unos acuerdos de prórroga entre los acreedores y la deudora en los que no intervinieron los fiadores como tales, aunque sí los diferentes administradores/fiadores. Los acreedores hipotecarios y no hipotecarios ejercitaron las acciones que les correspondían independientemente del procedimiento de suspensión de pagos. Respecto de tres créditos, uno afectado por un procedimiento hipotecario y otros dos reclamados en un ejecutivo normal se considera por la Audiencia Provincial que existe excepción de cosa juzgada, al haber podido los fiadores oponer en el procedimiento ejecutivo las excepciones que ahora pretenden hacer valer en el procedimiento ordinario, por lo que rechazó su recurso. En cambio, el cuarto crédito considera que viene afectado por el artículo 1851 CC , por lo que admite la demanda en este único punto.

A) Recurso extraordinario por infracción procesal presentado por D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a María Rosario y D. Cecilio .

TERCERO. *El primer motivo* del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por estos recurrentes, amparado en el art. 469, 4 LEC , denuncia la vulneración en el proceso de los derechos fundamentales recogidos en el art. 24.1 y 2 CE , con referencia a la motivación de las sentencias, a una resolución fundada en derecho, motivada, congruente y racional, según establecen los arts. 120.3 CE y 218 LEC. Dicen los recurrentes que la sentencia recurrida no se refiere a todos y cada uno de los hechos que configuraron la segunda de las alegaciones del recurso de apelación, sin que se hayan analizado en la sentencia los hechos acaecidos en el juicio ejecutivo seguido por el acreedor BBVA y que acabaron con la sentencia de la AP de Madrid, de 25 octubre 1996 . Señalan que sí opusieron las excepciones que se les niega haber opuesto y para ello reproducen los autos del juicio ejecutivo en el que se niega, en su opinión, que fuera formulada la excepción relativa a la transacción. Que sí declaró la transacción en el procedimiento seguido ante los juzgados de Sevilla, pero que no pudo alegarla en el seguido en Madrid, porque no tenía los documentos, que descubrió después.

El motivo se desestima.

Dos son las razones que llevan a la desestimación del presente motivo: La primera se refiere a la jurisprudencia reiterada sobre la situación de cosa juzgada que se produce en el procedimiento ejecutivo. Esta Sala ha formulado la doctrina constante de acuerdo con la cual "el artículo 1479 LEC debe entenderse limitado a aquellas excepciones y causas de nulidad que no pudieron proponerse en el juicio ejecutivo (STS 4-11-1997, así como 26-11-2001, 24-2-2003, 5-4-2006, 8-6-2006, 10-10-2006 , entre muchas otras)". De este modo, cuando en el procedimiento ejecutivo se han alegado determinadas causas de oposición y excepciones o bien pudieron alegarse y no se ha hecho, no pueden éstas volver a repetirse en un procedimiento ordinario posterior. El Art. 1479 LEC que se cita en la sentencia de 12 febrero 2008 y que era el aplicable en aquel momento, tiene su paralelo en el Art. 827.3 LEC/2000 , que establece que "la sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondientes", regla que confirma la jurisprudencia de esta Sala. Por tanto, habiéndose podido plantear las cuestiones relativas a la transacción sin que ello se hubiera efectuado en el procedimiento ejecutivo, queda afectado por la excepción de cosa juzgada y no puede plantearse de nuevo en el procedimiento ordinario. En consecuencia, tal como se contiene en las sentencias de esta Sala, no sólo se trata de incluir dentro de la excepción de cosa juzgada aquellas alegaciones que se realizaron en el propio juicio ejecutivo, sino aquellas que pudiendo haberse efectuado, no se alegaron.

La segunda razón se funda en el análisis del contenido del propio motivo, que lo que pretende es, en realidad, analizar de nuevo los documentos a que se alude en el mismo y que se reexaminen por la Sala, alegando problemas probatorios sin utilizar la vía procesal correcta.

CUARTO. *El segundo motivo* del recurso extraordinario por infracción procesal denuncia la infracción de las máximas de experiencia con referencia a la carga de la prueba, con vulneración del art. 632 LEC/1880 , así como los arts 316.2, 334, 348, 376, 382.3 y 384.3 LEC/2000 . En realidad, los recurrentes entienden que se ha producido un error en el análisis de la prueba documental e incluso contra los propios hechos declarados probados en la instancia. Señalan que el error de la Audiencia Provincial es creer sin documento alguno que



lo avale, que el primer contrato fue objeto del ejecutivo 379/99 del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla, ya que, de acuerdo con la prueba producida, con referencia a dicho contrato (señalado en este recurso con la letra A) se ejercitó un procedimiento de ejecución sumaria de acuerdo con el artículo 131 LH, que estuvo paralizado hasta octubre de 1995, quedando en suspenso. El BBVA promovió otro procedimiento en base al artículo 131 LH al amparo del préstamo concedido de acuerdo con el número 2, que se tramitó en el Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Sevilla; con posterioridad a la primera ejecución hipotecaria, se produjo otro procedimiento seguido también en el Juzgado nº 1 de Sevilla pero sólo contra TURHASA, por lo que no habrían intervenido los recurrentes.

El motivo no se estima.

Los recurrentes pretenden que se tenga en cuenta un hipotético error cometido, a su entender por los tribunales de instancia, que no habrían identificado correctamente los procedimientos ejecutivos que se llevaron a cabo contra los ahora recurrentes como fiadores de unos créditos, a los que luego se aludirá. La razón para rechazar este motivo se funda en la falta de rigor casacional, que lleva a citar como infringidas diversas disposiciones relativas a la valoración de la prueba. En primer lugar, el Art. 632 LEC/1880 ya no podía aplicarse a este recurso extraordinario por infracción procesal al hallarse derogado incluso en el momento del pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial en 2003, ya que la nueva Ley de Enjuiciamiento civil entró en vigor en el año 2001. En segundo lugar, los demás artículos de la vigente Ley procesal que se citan como infringidos constituyen una acumulación de preceptos, algunos de los cuales no tienen ninguna relación con lo que se denuncia como infringido en el motivo; así, el Art. 316.2 LEC se refiere a la valoración del interrogatorio de las partes; el Art. 334 LEC regula el valor probatorio de las fotocopias y su cotejo; el Art. 348, a la del dictamen pericial; el Art. 376 LEC, las declaraciones de los testigos; el Art. 382.3 LEC, el de la valoración de las pruebas obtenidas mediante instrumentos de filmación, grabación y semejantes, al igual que realiza el Art. 384.3 LEC. Bien es verdad que todas estas disposiciones tienen un elemento común, cual es la imposición a los jueces y tribunales del deber de valorar las pruebas obtenidas por cualquiera de estos medios "conforme a las reglas de la sana crítica", pero por ello mismo deben aplicarse las normas que atribuyen a los tribunales de instancia la competencia para valorar las pruebas y que sólo cuando éstas hayan sido objeto de una estimación contraria a la lógica, o hayan llegado a un resultado contradictorio con las reglas de esta sana crítica a las que se refiere la ley, podrán ser revisadas por medio del recurso de casación, lo que no ha ocurrido en el presente supuesto.

B) Recurso de casación de Dª Eva, D. Jose Luis, D. Agapito, Dª María Rosario y D. Cecilio.

QUINTO. *El tercero motivo* del recurso de casación presentado por estos recurrentes, único admitido, con base en el artículo 477, 1 LECiv, se presenta por infringir la sentencia recurrida el artículo 1851 CC, su doctrina y la jurisprudencia. Se refiere a los contratos, a los que se había aplicado la excepción de cosa juzgada; con respecto a todos ellos señala que la Sala ha olvidado que los acuerdos extrajudiciales entre BBVA y la deudora TURHASA, realizados sin conocimiento ni intervención de los fiadores, les perjudicaron, pues no solo se modificaron los plazos, sino que se permitió a la deudora desbloquear la cuenta que tenía en el hoy BBVA para terminar las obras, con lo que se agravó la deuda. El Banco no aplicó determinadas cláusulas de las escrituras de préstamo, con lo que fueron entregadas cantidades indisponibles, lo que hizo la deuda más onerosa.

El motivo se desestima.

El Art. 1851 CC es una norma que, apartándose de sus precedentes, declara la extinción de la fianza y el consiguiente derecho del fiador a pedirla cuando se haya concedido una prórroga al deudor "sin el consentimiento del fiador". La interpretación del artículo se ha centrado, por consiguiente, en determinar el sentido que haya que darle a la expresión "sin el consentimiento del fiador". Este consentimiento puede ser expreso (SSTS de 20 diciembre 2002, 20 septiembre 2001), de forma que si el fiador consintió la prórroga en el momento de constituir la fianza (consentimiento genérico, mediante la renuncia a la excepción de liberación), o bien en un momento posterior, cuando la prórroga tiene lugar, no va a producirse el efecto liberatorio previsto en el Art. 1851 CC. Pero también se excluye cuando por hechos concluyentes del propio fiador (consentimiento tácito), pueda llegarse a la conclusión de que la prórroga se ha consentido.

Un problema discutido por la doctrina lo constituye el caso en que fiador y deudor componen un centro de imputación único o bien cuando el fiador crea la fianza porque está interesado en la buena marcha de la propia deuda, como ocurre en el presente recurso, en que los fiadores eran socios de la deudora y, algunos de ellos eran, además, sus administradores sociales. En estos casos se ha venido considerando vigente la fianza, como puede comprobarse de las sentencias de 23 mayo 1977, 8 mayo 1984 y sobre todo, 30 diciembre 1997, aunque con argumentos distintos, todos ellos consecuentes con el caso resuelto en cada sentencia.

En el caso actual debe rechazarse el único motivo admitido del presente recurso de casación y ello en base a los siguientes argumentos:



1º Algunos de los fiadores que lo eran con la condición de solidarios, eran además los administradores de la sociedad afianzada; en cualquier caso, todos ellos eran socios de dicha sociedad, de modo que se cumple la regla anteriormente expuesta, al haberse prestado la fianza, en realidad, no sólo en beneficio de la propia sociedad, sino en interés de los propios fiadores.

2º Aunque en las constituciones de hipoteca en garantía de los créditos A y B no se pactó la renuncia a la excepción de prórroga, en el crédito C los fiadores habían admitido la posibilidad de modificación, consintiendo de forma genérica a las moratorias y facilidades de pago en la cláusula que se ha reproducido en el Fundamento primero de esta sentencia.

3º En su cualidad de socios administradores, intervinieron en los documentos iniciales de la suspensión de pagos, hasta que fueron sustituidos por otros administradores dentro del procedimiento. Por ello no pueden ahora pretender que se les trate como fiadores, aisladamente de sus cualidades de socios y de administradores sociales, puesto que participaron en dichos procedimientos.

Además, debe recordarse que la fianza se constituye como garantía del deudor y que en el caso del incumplimiento de la obligación, el fiador debe responder en la forma en que ha acordado con el acreedor, en este caso, solidariamente y sin beneficio de excusión o de división (ven la SSTs de 27 febrero 2004 y 22 julio 2002 y el resumen de la doctrina de esta Sala contenida en su FJ 4º), argumento que refuerza la conclusión a que se ha llegado.

C) Recurso de casación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

SEXTO. El primer motivo del recurso de casación presentado por este recurrente denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1851 CC, referido a la extinción de la fianza como consecuencia de la prórroga concedida al deudor sin el consentimiento de los fiadores. Dice que no se han cumplido los requisitos exigidos para la aplicación de dicho artículo, puesto que debe ser "cierta, pura, simple sin ningún tipo de condición o pendencia y por lo tanto, exigible por ambas partes". El Banco Hipotecario de España y TURHASA suscribieron un documento sometido a una serie de condiciones suspensivas, que al no cumplirse, llevaron a que el documento no entrara en vigor y ello a pesar de la deposición de dos testigos quienes afirmaron que los acuerdos entre los acreedores y la deudora de 17 febrero y 9 marzo 1992 entraron en vigor, puesto que de lo contrario no se habría podido acabar la obra. Estos testigos fueron el administrador de TURHASA y la Interventora judicial de la suspensión de pagos. Dice el recurrente que se confundió la entrada en vigor de los acuerdos, en los que no participaron los fiadores, con el desbloqueo de las cuentas, por lo que el acuerdo, que no fue inscrito en el Registro mercantil por no haberse cumplido las condiciones suspensivas a que el recurrente viene refiriéndose nunca surgió a la vida jurídica y nunca entró en vigor y por ello entienden que se ha vulnerado el artículo 1851 CC porque se está atribuyendo la concesión de una prórroga que realmente no se ha concedido ni los pactos a que se refieren los documentos han sido nunca eficaces.

El motivo se estima.

No es necesario volver a reproducir aquí las razones por las que se ha desestimado el motivo paralelo de los otros recurrentes. De acuerdo, por tanto, con lo dicho en el fundamento quinto de esta sentencia, hay que considerar que no se extinguieron las fianzas y, por lo tanto, debe estimarse el motivo primero del recurso de casación formulado por la representación del BBVA.

SÉPTIMO. La estimación del primer motivo del recurso de casación presentado por BBVA exige a esta Sala de examinar los motivos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de su recurso de casación, por ser reiterativos con el motivo principal.

OCTAVO. Al estimarse el recurso de casación presentado por la representación procesal de la recurrente BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección, 11 de 12 diciembre 2003, confirmatoria de la pronunciada en primera instancia, procede asumir la instancia y dictar sentencia en este punto declarando no extinguidas ninguna de las fianzas prestadas por los socios recurrentes en todos los préstamos concertados con BANCO HIPOTECARIO DE ESPAÑA y BANCO DE CRÉDITO INDUSTRIAL, confirmando en todo lo demás la sentencia recurrida.

NOVENO. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de los recurrentes D^a Eva, D. Jose Luis, D. Agapito, D^a María Rosario y D. Cecilio, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11, de 12 diciembre 2003.

Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de los recurrentes D^a Eva, D. Jose Luis, D. Agapito, D^a María Rosario y D. Cecilio contra la sentencia de la AP de Madrid, sección 11, de 12 diciembre 2003.



DÉCIMO. Las costas originadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y por el recurso de casación se imponen a los recurrentes, D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a María Rosario y D. Cecilio con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC/2000 , que se remite al art. 394 LEC .

No se imponen al recurrente BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA las costas de su recurso de casación, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 394 , al que se remite el Art. 398.1 LEC .

Respecto a las costas de la 1^a Instancia, procede imponerlas a los demandantes D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a María Rosario y D. Cecilio , al haberse desestimado íntegramente la demanda. Se imponen asimismo a los apelantes las costas causadas a su instancia en el recurso de apelación.

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a María Rosario y D. Cecilio contra la sentencia de la sección 11^a de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 diciembre 2003 , dictada en el rollo de apelación nº 269/2002.

2º Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a María Rosario y D. Cecilio contra la sentencia de la sección 11^a de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 diciembre 2003 , dictada en el rollo de apelación 269/2002.

3º Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA contra la sentencia de la sección 11 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 diciembre 2003 , dictada en el rollo de apelación 269/2002.

4º Se casa en parte la sentencia recurrida y se dicta sentencia declarando en vigor todas las fianzas concertadas por los demandantes como fiadores.

5º Se imponen a los recurrentes D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a María Rosario y D. Cecilio las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y las del recurso de casación.

6º No se imponen al recurrente BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA las costas de su recurso de casación.

7º Se imponen a los demandantes D^a Eva , D. Jose Luis , D. Agapito , D^a María Rosario y D. Cecilio las costas de la primera instancia, así como las causadas a su instancia en el recurso de apelación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los auto y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **ROMAN GARCÍA VARELA.- ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS.- IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA .- Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. **Encarnación Roca Trías** , 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.