

Roj: **STS 2901/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2901**Id Cendoj: **28079110012009100326**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/05/2009**Nº de Recurso: **2215/2004**Nº de Resolución: **327/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 8721/2004,**
STS 2901/2009

SENTENCIA

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

. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barcelona, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Dª Consuelo Rodríguez Chacón en nombre y representación de D. Cristobal ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª Encarnación Alonso León, en nombre y representación de CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** El Procurador D. Angel Joaniquet Ibarz, en nombre y representación de CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA, interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Cristobal y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que declare: *que el demandado, D. Cristobal , adeuda, por los conceptos indicados en la presente demanda, a mi principal, LA CAJA DE AHORROS LAYETANA, la cantidad de veintiséis millones quinientas once mil seiscientas setenta y seis pesetas (26.511.676 ptas) o ciento cincuenta y nueve mil trescientos treinta y ocho euros con treinta y ocho céntimos (159.338,38 Euros), más los intereses pactados en la suscrita póliza de crédito y condene a dicho demandado al pago inmediato a mi principal de la reclamada cantidad, más los intereses pactados, hasta su total pago, así como las costas procesales del presente procedimiento.*

2.- El Procurador D. Angel Montero Brusell, en nombre y representación de D. Cristobal contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *por la que se absuelva Sr. Cristobal de las pretensiones contra él formuladas por la CAIXA LAIETANA, con expresa imposición de las costas del procedimiento.*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 6 de marzo de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Que estimando la demanda formulada por la representación de Caixa D'Estalvis Laietana contra D. Cristobal , debo condenar y condeno a dicho demandado a pagar a la actora la cantidad de ciento cincuenta y nueve mil trescientos treinta y ocho euros con treinta y ocho céntimos (159.338,38) de principal, más los intereses pactados. Todo ello con imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas.*



SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Cristobal , la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Cristobal contra la sentencia dictada el 6 de marzo de 2003, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Barcelona en las presentes actuaciones, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, se imponen las costas del recurso a la parte apelante.*

TERCERO .- 1.- El Procurador D. Angel Montero Brusell, en nombre y representación de D. Cristobal , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: SEGUNDO** .- Infracción del artículo 1281 del Código civil y jurisprudencia que lo desarrolla, sobre que la prórroga concedida al deudor por acreedor sin el consentimiento del deudor, extingue la fianza. **TERCERO** .- Infracción del artículo 1203 del Código civil y jurisprudencia que lo desarrolla sobre la novación.

2 .- Por Auto de fecha 05 de febrero de 2008 , se acordó admitir el recurso de casación en cuanto a los motivos segundo y tercero y no admitir los motivos primero, cuarto y quinto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora Dª Encarnación Alonso León, en nombre y representación de CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA, presentó escrito de impugnación al mismo.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de abril de 2009 en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La reclamación que promueve en la instancia la entidad CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA proviene de un contrato de préstamo que con la denominación "Póliza de préstamos y créditos" y "crédito en cuenta corriente" celebró con la entidad prestataria BODEGAS Y DESTILERIAS PEDRO ROVIRA, S.A. siendo fiadores solidarios don Nicanor y D. Cristobal . La demanda se ha dirigido contra este último.

Dicho contrato se celebró el 20 de diciembre de 1991 con intervención de Agente de Cambio y Bolsa. La demanda se interpuso el 7 de marzo de 2002. En el entretanto se produjeron una serie de negocios jurídicos entrelazados entre sí y con aquel contrato. El 30 de julio de 1992 se admitió a trámite la suspensión de pagos de la sociedad deudora, de otras sociedades del llamado "Grupo Rovira" y de la persona física don Nicanor por lo que la CAIXA actora, el siguiente 10 de agosto dio por vencida la póliza indicada. Se produce el desistimiento y renuncia del expediente de suspensión de pagos del principal fiador D. Nicanor y se suscribe en escritura pública de 30 de diciembre de 1993 un "reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca inmobiliaria en superposición de garantía de deudas" y escrituras posteriores que recogen la deuda originada por el contrato de autos en el conjunto debido. En fecha 6 de abril de 1994, la CAIXA actora se adhiere al convenio de suspensión de pagos de BODEGAS Y DESTILERIAS PEDRO ROVIRA, S.A. en cuyo convenio aprobado por auto 18 de octubre de 1994 del Juzgado de Primera Instancia de Hospitalet de Llobregat , se hace constar:

"(10) la firma de este convenio no modifica, ni altera ni nova las garantías personales a otorgadas por don Nicanor como fiador de algunos de los acreedores de la SUSPENSA. Don Cristobal , que se hallaba también en suspensión de pagos, solicitó y obtuvo el sobreseimiento de su expediente personal, acepta, en cuanto menester fuere este convenio. En el acuerdo de don Nicanor y sus acreedores, aquél otorgó a los mismos, garantía real por todas las deudas, tanto las propias como las originadas por los afianzamientos o avales otorgados a favor de las entidades financieras. Tal acuerdo no queda modificado ni novado por lo aquí establecido y pactado".

SEGUNDO .- La jurisprudencia ha sido reiterada respecto a que la fianza no se ve alterada ni permite la aplicación del artículo 1851 del Código civil por la presencia de un convenio en un procedimiento de suspensión de pagos, hoy llamado concurso. Así, la sentencia de 27 de febrero de 2004 recoge la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la inclusión de la deuda principal en la lista de acreedores no supone novación del crédito y consiguiente extinción de la obligación del fiador como deudor solidario y no impide al acreedor la reclamación a los fiadores, ni desvirtúa la obligación resultante de la fianza: todo ello, con mención expresa de sentencias anteriores, que recogen la misma doctrina, como las de 24 de enero de 1989, 16 de noviembre de 1991, 10 de abril de 1995, 8 de enero de 1997, 17 de septiembre de 1997, 22 de julio de 2002 .

La sentencia de 14 de junio de 2004 , citando otras muchas anteriores, reitera que el convenio de la suspensión de pagos *"no le afecta al fiador, que debe cumplir, en todo caso, frente al acreedor al que le afecte el aval, si éste no cobra total o parcialmente la deuda"*.



A su vez, la sentencia de 17 de septiembre de 2002 reitera, también con abundante cita de sentencias anteriores, que *"el aval o fianza solidaria es una institución establecida para garantizar el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de éste entrar en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito entre las que sean objeto del convenio desvirtúan la obligación resultante del aval"*.

La sentencia de 22 de julio de 2002, también con cita de numerosas sentencias, reitera que la suspensión de pagos no afecta a los fiadores solidarios y el convenio *"no impide que el acreedor pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno"*.

Por otra parte, la de 20 de diciembre de 2002 advierte que según doctrina jurisprudencial, para la aplicación del artículo 1851 del Código civil se requiere *convenio* explícito con señalamiento de nuevo plazo y fecha determinada para el pago. Tal sentencia no hace más que reiterar lo que ya declaró la de 30 de diciembre de 1998 en el sentido de que la nueva modalidad en el pago, que entraña una prórroga, indica la aplicación del artículo 1851 del Código civil, es decir, la extinción de la fianza. También, las de 8 de octubre de 1986 y 29 de octubre de 1991 destacan que la dilación de la deuda por *convenio* explícito, con señalamiento de nuevo plazo con fecha determinada, junto con la inexistencia de consentimiento por parte del fiador a la concesión de la prórroga, extingue la fianza. Tales sentencias no se refieren al convenio de la suspensión de pagos, sino al acuerdo o convenio entre acreedor y deudor principal, sin consentimiento del fiador. Por último, la sentencia de 30 de diciembre de 1997 destaca que la mera tolerancia del acreedor en percibir el pago no constituye prórroga.

TERCERO .- Partiendo de la doctrina jurisprudencia mencionada, es clara la desestimación del segundo (primero de los admitidos) de los motivos del recurso de casación que ha formulado el fiador demandado don Cristobal . Se ha basado en la infracción del artículo 1851 del Código civil manteniendo que se ha producido prórroga concedida a la sociedad deudora principal sin consentimiento del fiador, el recurrente, y se ha extinguido, por ello, la fianza y se han citado las sentencias de esta sala de 1 de marzo de 1983, 8 de octubre de 1986 y 30 diciembre de 1998 que aplican este artículo, pero en ningún caso la refieren al convenio en suspensión de pagos.

La doctrina de la Sala, que aquí se reitera, es que el *convenio aprobado judicialmente no afecta al fiador; en el mismo se puede fijar y se hará normalmente, un nuevo plazo (la "espera") y ello no provocará la aplicación del artículo 1851 del Código civil con la consiguiente extinción de la fianza*. Es distinto el caso en que un acuerdo (o convenio) entre acreedor y deudor principal prorrogue el plazo de la obligación y, por ende, la obligación del fiador, que sí extinguirá la fianza. Pero el convenio en la suspensión de pagos, hoy concurso, no extingue las garantías, la fianza entre ellas, aunque respecto a ésta quede prorrogado el plazo para cumplir la obligación. En la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, su artículo 135.2 dispone: *La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido*, lo que no deja clara la aplicación del artículo 1851 del Código civil debiendo mantenerse la doctrina de esta Sala que aquí se reitera en el sentido expresado.

CUARTO .- El motivo tercero del recurso de casación también debe ser desestimado porque no se ha producido la infracción de los artículos 1203 y 1207 del Código civil que se alegan como infringidos. El primero simplemente se refiere al concepto de novación que propiamente no es la modificativa (ésta es "impropia", dice la sentencia de 10 de junio de 2003) sino que su verdadero sentido es la extintiva (así, sentencia de 28 de diciembre de 2000) que es el que le da el artículo 1207 del Código civil .

La novación, efectivamente, novación propia, es la extintiva cuya extinción de la obligación se produce por la constitución de una nueva que sustituye a la extinguida y extingue también, las obligaciones accesorias, como la fianza, como dispone dicho artículo 1207 .

Lo cual no ha ocurrido en el presente caso. Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del recurso, recogiendo doctrina jurisprudencial, la novación como extinción de la obligación por la sustitución por otra nueva, debe *declarar expresamente los contratantes, como condición indispensable para que la novación que produzca a menos que la obligación antigua y la nueva sean en todo punto incompatibles entre sí, conforme tiene establecido la jurisprudencia de este Tribunal (sentencias, entre otras, de 9 de abril de 1957, 27 de mayo, 13 de octubre de 1959, 11 de febrero de 1959, 22 de enero, 26 de junio de 1970 y 6 de enero de 1976) que la novación nunca se presume y debe constar expresamente, exigiendo su concepto la creación de una relación obligatoria nueva, tan dispar y distante de la que altera que sea con ella incompatible, pues la novación entraña la sustitución o cambio de un convenio obligacional por otro*.

Los contratantes, CAIXA y la Sociedad Anónima deudora no han declarado la novación ni se han dado nuevas obligaciones incompatibles, como exige el artículo 1204 del Código civil, sino que ha sufrido una serie de



avatares jurídicos que en ningún caso han producido la extinción de la primitiva obligación, garantizada por la fianza, ni el nacimiento de una nueva, ya que simplemente se ha mantenido englobada dentro de una serie de acuerdos que no han conducido al pago, ni a la extinción de la misma.

QUINTO .- Al desestimarse los dos motivos del recurso de casación que han sido admitidos, debe rechazarse éste y confirmar la sentencia recurrida, como dice el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y deben imponerse las costas a la parte recurrente, conforme exige el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la misma ley .

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por el representante procesal de D. Cristobal , contra la sentencia dictada por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 30 de junio de 2004 que se CONFIRMA.

Segundo .- En cuanto a las costas, deben imponerse a la parte recurrente.

Tercero. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos 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.- **Xavier O'Callaghan Muñoz** .- **Jesús Corbal Fernández** .- **José Ramón Ferrándiz Gabriel**.- **Antonio Salas Carceller** .-**José Almagro Nosete**.- **Rubricados**.-, PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.