



Roj: **STS 3529/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3529**

Id Cendoj: **28079110012021100626**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/09/2021**

Nº de Recurso: **5282/2018**

Nº de Resolución: **653/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 653/2021**

Fecha de sentencia: 29/09/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5282/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma, Sección 4.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5282/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 653/2021**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 29 de septiembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de



Manacor. Es parte recurrente la entidad Caixabank S.A., representada por la procuradora María Isabel Muñoz García y bajo la dirección letrada de Patricia Triviño Rodríguez. Es parte recurrida Daniel , representado por el procurados Antonio Sastre Gornals y bajo la dirección letrada de Miquel Font Carvajal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### **PRIMERO.** *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora María Isabel Muñoz García, en nombre y representación de la entidad Caixabank S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Manacor, contra Daniel , para que se dictase sentencia por la que:

"estimando la totalidad de las acciones ejercitadas con los siguientes pronunciamientos:

"1.- Declare el vencimiento anticipado de la total obligación de pago de la póliza de préstamo de fecha 30 de junio de 2009 (intervenida por el Notario de Son Servera, D. Francisco García de la Rosa), en el que el demandado intervino como fiador solidaria de la prestataria.

"2.- Condene a D. Daniel al pago de la totalidad de las cantidades debidas a mi mandante por principal así como por intereses devengados hasta la fecha de interposición de la demanda, que ascienden a la cantidad de veintiséis mil trescientos cuarenta y un euros con treinta y ocho céntimos (26.341,38 €); así como de los intereses moratorios que se devenguen desde la interpelación judicial, al tipo de demora pactado y hasta el completo pago de las cantidades adeudadas a mi mandante.

"3.- Condene al deudor al pago de las costas procesales".

2. El procurador Antonio Sastre Gornals, en representación de Daniel , contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas a la parte actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Manacor dictó sentencia con fecha 27 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la Procurador de los Tribunales Dña. María Isabel Muñoz García, en representación de la entidad Caixabank S.A. contra D. Daniel y debo absolver y absuelvo al citado demandado de las pretensiones efectuadas en su contra. Se hace expresa condena en costas a la entidad actora".

### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Caixabank S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca mediante sentencia de 10 de septiembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: 1) Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Isabel Muñoz García, en nombre y representación de Caixabank S.A., contra la sentencia de fecha 27-12-2017, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Manacor, en los autos Procedimiento Ordinario, de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos.

"2) Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante".

### **TERCERO.** *Interposición y tramitación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*

1. La procuradora Isabel Muñoz García, en representación de la entidad Caixabank S.A., interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 217 LEC.

"2º) Infracción del art. 218.1 LEC.

"3º) Infracción del art. 216 LEC.



"4º) Infracción, por vulneración del art. 24 CE, del art. 281.3 LEC".

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción del art. 135.2 LC y jurisprudencia contenida en las sentencias 327/2009, de 7 de mayo, 118/2004, de 27 de febrero, 502/2004, de 14 de junio y 770/2002, de 22 de julio.

"2º) Infracción del art. 135.2 LC en relación con el art. 1851 CC, por inaplicación de la jurisprudencia contenida en las sentencias núms. 309/2009, de 21 de mayo; 82/1977, de 23 de mayo; 1225/1997, de 30 de diciembre; 152/1975, de 7 de abril y 665/1967, de 15 de noviembre".

2. Por diligencia de ordenación de 12 de noviembre de 2018, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4.ª) tuvo por interpuestos el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Caixabank S.A., representada por la procuradora María Isabel Muñoz García; y como parte recurrida Daniel , representado por el procurados Antonio Sastre Gornals.

4. Esta sala dictó auto de fecha 10 de marzo de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Caixabank, S.A., contra la sentencia n.º 280/2018, de 10 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 205/2018, dimanante del procedimiento ordinario n.º 320/2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Manacor".

5. Dado traslado, la representación procesal de Daniel , presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de septiembre de 2021, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 29 de marzo de 2016 se declaró el **concurso** de acreedores voluntario de las entidades Quintero Terrasa S.L. y Quintero Buildings S.L.

Unos años antes, el 30 de junio de 2009, Caixabank había concedido a Quintero Terrasa S.L. un préstamo **mercantil** por 60.000 euros, con la fianza solidaria del administrador de la prestataria, Daniel . En esta póliza se contenía la siguiente cláusula:

"La part prestataria de forma solidària si és més d'una persona, respon de totes les obligacions derivades d'aquest contracte. Així mateix, els fiadors, si n'hi hagués, fiancen solidàriament la part prestatària, i garanteixen solidariament entre si i amb aquesta les obligacions que ha assumit.

"L'adhesió o el vot favorable de "la Caixa" a un conveni concursal (del deudor principal o, si s'escau, de qualsevol dels seus integrants, d'algun fiador, o de les persones que hagin constituït drets reals de garantia), sigui quin sigui el contingut d'aquest conveni, fins i tot si implica quitaments i/o esperes fins al màxim legal, no impedirà de cap manera la plena i inalterada subsistència dels drets d'aquella davant els obligats o garantits no concursats, que consenten expressament a aquesta adhesió o al vot favorable i no podran invocar ni l'aprovació ni els efectes del conveni en perjudici de "la Caixa".

La última cuota de devolución del préstamo data del 1 de abril de 2016. El 1 de marzo de 2017, el banco comunicó a la prestataria el vencimiento de la póliza y su liquidación en fecha 28 de febrero de 2017. El saldo deudor a fecha 3 de marzo de 2017 era de 26.341,38 euros.

El 1 de septiembre de 2017, el juzgado de lo **mercantil** que conoce del **concurso** de acreedores aprobó un convenio de acreedores.

2. Con anterioridad, el 16 de mayo de 2017, Caixabank interpuso una demanda de juicio ordinario en la que, además de que se declarara el vencimiento anticipado de la póliza de préstamo de 30 de junio de



2009, solicitaba condena del fiador, Daniel , al pago del saldo deudor al tiempo de interponerse la demanda (26.341,38 euros), así como a los intereses moratorios desde la interpelación judicial, al tipo pactado.

Después de la contestación a la demanda, en la que Daniel se opuso a la reclamación, cuando se celebró la audiencia previa se puso en conocimiento del juzgado que el 1 de septiembre de 2017 se había aprobado un convenio en el **concurso** de acreedores.

3. El juzgado de primera instancia, después de apreciar su competencia, desestimó la demanda porque CaixaBank no había acreditado que no hubiera aceptado el convenio aprobado, y la carga de la prueba le incumbía a ella.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por CaixaBank. La Audiencia desestima el recurso. Centra la cuestión controvertida en torno a "si el hecho de haber votado a favor del convenio o en contra del mismo debía ser probado por el actor, como se afirma en la sentencia combatida, o por el demandado como alega el actor recurrente", y concluye que le correspondía a CaixaBank:

"Creemos, contrariamente al apelante, que es él quien debe acreditar que puede accionar contra el fiador solidario, una vez que resultó aprobado el convenio, y ello como hecho constituido de su pretensión artículo 217 lec, pues en virtud de dicha aprobación, la acción que antes podía dirigir con éxito contra el fiador solidario, está condicionada tal y como indica el artículo 135 lec y el fallo de la sentencia aportada del Juzgado **Mercantil**, a que no hubiese votado a favor. El fiador no interviene en el **concurso** y es ajeno a los acuerdos que puedan alcanzar el concursado y los acreedores por lo que la facilidad probatoria la tiene el Banco.

"Es el Banco como acreedor quien está presente en el procedimiento concursal y quien mejor que nadie sabe si voto o no a favor del convenio, y de haber votado en contra a buen seguro habría aportado, junto con el acta levantada por el señor Letrado de la Administración de Justicia y la sentencia dictada, el anexo con la lista de acreedores que asistieron a la junta y de los se adhirieron convenio, pues ello le interesa sobremanera al dejar intactas sus acciones contra el fiador, pues el voto positivo como vimos le perjudica.

"El éxito de la acción de CaixaBank frente al fiador solidario de esta condicionado, una vez que dicha entidad aportó a los autos la sentencia aprobatoria del convenio alcanzado con el deudor, a que no hubiese votado a favor de su aprobación y como quiera que tal hecho no ha quedado probado y a ella le correspondía su acreditación, la solución pasa por confirmar la decisión judicial".

5. Frente a la sentencia de apelación CaixaBank ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cuatro motivos, y recurso de casación, articulado en dos motivos.

#### **SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal**

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. En concreto de las normas sobre atribución de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC.

En el desarrollo del motivo se explica que en la audiencia previa se aportó el convenio que había sido aprobado con posterioridad a la presentación de la demanda, y la sentencia recurrida "ha considerado no acreditado que CaixaBank no votó a favor del convenio del deudor y ha atribuido a esta parte las consecuencias de la falta de la prueba de este hecho negativo, a pesar de que, según las reglas legales, no le incumbía el *onus probandi*".

El demandante, ahora recurrente, entiende que, conforme al art. 217.2 LEC, "sobre el actor recae la carga de probar los hechos que "normalmente" o de "ordinario", esto es, si no se da una situación anómala o excepcional a probar por el adversario, determinan la constitución o el nacimiento del derecho reclamado". A su juicio, "considerar como hecho constitutivo de la pretensión del acreedor contra el fiador que el primero no votó a favor del convenio del deudor, se excede a todas luces de la previsión legal y de la interpretación que de la misma ha venido realizando la jurisprudencia".

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo primero.* Cuando el demandante interpuso la demanda en la que reclamaba al demandado fiador solidario la devolución del préstamo que había afianzado, no se había aprobado el convenio en el **concurso** de acreedores del deudor principal. Bajo esas circunstancias, conforme al art. 217.2 LEC, para que prosperara su acción, el demandante corría con la carga de acreditar la existencia y exigibilidad de la obligación afianzada por el demandado, que suponía el incumplimiento de la obligación de pago por parte del demandado y la procedencia del vencimiento anticipado, así como el propio afianzamiento.

La aprobación del convenio en el **concurso** del deudor principal es un hecho posterior, que se puso en conocimiento del juzgado durante la audiencia previa. Conforme al art. 217.3 LEC, si el demandado pretendía que este hecho nuevo incidiera en la acción ejercitada con la demanda, como consecuencia de la participación



del acreedor en la aceptación de la propuesta de convenio, debía acreditar no sólo la existencia del convenio y su aprobación judicial, sino también que el acreedor lo había aceptado.

Estas dos reglas de distribución de la carga de la prueba (que al demandante incumbe la prueba de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, conforme a las normas jurídicas aplicables, el efecto jurídico pretendido con la demanda [ art. 217.2 LEC], y que al demandado le corresponde la prueba de los hechos que, conforme a las normas jurídicas aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos aducidos en la demanda [ art. 217.3 LEC]), se complementan con lo previsto en el apartado 7 de ese mismo art. 217 LEC. Esto es, el tribunal tiene que tener en cuenta, además, "la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio".

De este modo, en principio, conforme al art. 217.3 LEC, debía ser el fiador demandado quien acreditara que el acreedor demandante había aceptado el convenio aprobado en el **concurso** de acreedores del deudor, si pretendía que resultara de aplicación el art. 135.2 LC. No obstante, esta atribución de la carga de la prueba podía quedar condicionada por la facilidad probatoria. Facilidad probatoria que debe valorarse en atención a todas las circunstancias del concreto caso, y no en abstracto.

En nuestro caso, por la forma en que se lleva a cabo la aceptación del convenio por parte de los acreedores, ya sea en la junta o mediante adhesiones por escrito, queda constancia de qué acreedores votaron a favor de la propuesta o se adhirieron, así como del importe de sus créditos para poder calcular el cumplimiento de las mayorías legales. Por esta razón, en un supuesto como el presente, para acreditar que Caixabank había aceptado el convenio bastaba aportar la certificación de la votación, que estaba unida como anexo al convenio. Se da la circunstancia de que el fiador demandado, en cuanto que era administrador de la sociedad deudora, a quien representaba en el **concurso** en aquel momento, tenía acceso directo al acta en la que constaban los acreedores que habían aceptado la propuesta de convenio, por lo que gozaba de facilidad para probar este hecho. Esta facilidad probatoria corrobora la carga que se le atribuía para aportar al juicio la acreditación de este hecho (la aceptación por Caixabank del convenio) del que pretendía extraer una objeción a la reclamación contenida en la demanda.

En consecuencia, como la sentencia basa la desestimación de la demanda en que correspondía a la demandante acreditar que no había aceptado el convenio, y al no acreditarlo, estima probado que sí lo aceptó, debemos apreciar la infracción de las reglas de la carga de la prueba y estimar el recurso extraordinario por infracción procesal. Con la consecuencia de dejar sin efecto la sentencia recurrida y dictar otra nueva teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación (Disposición final décimo-sexta, apartado 7).

La estimación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal hace innecesario el análisis de los restantes motivos.

### **TERCERO.** *Sobre la procedencia de la reclamación*

1. La entidad demandante (Caixabank) ha acreditado documentalmente la concesión del préstamo de 60.000 euros a favor de Quintero Terrasa S.L., el 30 de junio de 2009, así como la fianza solidaria prestada por el administrador de la prestataria, Daniel . También ha quedado acreditado que la última cuota de devolución del préstamo databa del 1 de abril de 2016, y que el banco comunicó a la prestataria el vencimiento de la póliza y su liquidación en fecha 28 de febrero de 2017. El saldo deudor a fecha 3 de marzo de 2017 era de 26.341,38 euros.

El 1 de septiembre de 2017, con posterioridad a la demanda, en el **concurso** de acreedores de la prestataria se aprobó un convenio que contenía quitas y esperas. Como ya hemos argumentado en el anterior fundamento jurídico, correspondía al fiador demandado acreditar que el acreedor había aceptado el convenio, si pretendía que resultara de aplicación la regla prevista en el art. 135.2 LC. Al no hacerlo, debemos tener por no acreditado este hecho, siendo por ello de aplicación el art. 135.1 LC.

Bajo la rúbrica "Límites subjetivos", el art. 135 Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, regulaba los efectos de la aprobación de un convenio respecto de los derechos que un acreedor concursal pudiera tener "frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas". La norma distinguía dos escenarios: el primero, que el acreedor no hubiera votado a favor del convenio; y el segundo que hubiera votado a favor del convenio.

2. En el primer caso, si el acreedor no hubiera votado a favor, esto es, no hubiera aceptado la propuesta de convenio, el art. 135.1 LC prescribía que el convenio finalmente aprobado no afectaba a los derechos que tuviera ese acreedor "frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas":

"1. Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a



sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos".

Esta norma ha pasado al art. 399 del texto refundido del 2000, que sustancialmente no ha cambiado, sin perjuicio de haber aclarado que para acogerse a esta regla de conservación de los derechos frente a terceros es necesario que el acreedor ni haya sido autor de la propuesta de convenio, ni se haya adherido ni votado a favor:

"1. El convenio no producirá efectos respecto de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios con el concursado ni frente a los fiadores o avalistas, salvo que esos acreedores hubiesen sido autores de la propuesta, se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o hubieran votado a favor de la misma. Los obligados solidarios, los fiadores y los avalistas no podrán invocar la aprobación del convenio ni el contenido de este en perjuicio de aquellos".

En la sentencia 549/2021, de 20 de julio, al explicar por qué esta regla se extiende también a las garantías reales prestadas por terceros, abordamos la justificación de la norma:

"La ratio de la norma contenida en el art. 135.1 LC es garantizar al acreedor que no vota a favor de la propuesta de convenio que su aprobación no afectará a los derechos que tuviera frente a terceros, ya sean los obligados solidarios con el concursado, ya sean quienes hubieran aportado una garantía. Aunque la norma haga únicamente referencia expresa a las garantías personales (fiadores o avalistas), tiene sentido que corran la misma suerte las garantías reales prestadas por terceros, como en este caso una hipoteca otorgada por un hipotecante no deudor.

"La norma lo que pretende es preservar los derechos del acreedor concursal frente a los terceros afectados por el cumplimiento de un crédito concursal, en caso de que se apruebe un convenio si ese acreedor no ha votado a favor (ahora el texto refundido aclara que también se exige que no haya sido autor de la propuesta ni se haya adherido a ella). La razón estriba en que el sacrificio que comporta, para el acreedor que no acepta la propuesta de convenio, verse arrastrado por lo acordado por otros acreedores con el deudor está justificado dentro del **concurso** y por la finalidad de facilitar, con esta reestructuración de la deuda, la continuidad de la actividad económica del deudor concursado.

"Pero no está justificado que este sacrificio que entraña verse arrastrado por los efectos del convenio no aceptado, en concreto por las quitas y esperas no consentidas, se extienda también a las garantías que en previsión del incumplimiento del deudor hubiera recabado el acreedor de terceros. Los terceros que hubieran prestado garantías no tienen por qué beneficiarse de las razones concursales que justifican el reseñado arrastre de efectos, pues están fuera del **concurso**".

De acuerdo con esta jurisprudencia, en un caso como el presente en que no consta acreditado que Caixabank hubiera aceptado el convenio, los derechos que tenía frente al fiador demandado no se veían afectados por el contenido del convenio. En consecuencia, vencida de forma anticipada la obligación como consecuencia del incumplimiento de la prestataria, la demandante tiene derecho a reclamar la obligación garantizada al fiador.

**3.** Pero, incluso si se hubiera acreditado que el acreedor demandante había aceptado el convenio, las consecuencias en este caso serían las mismas, como veremos a continuación.

El art. 135 LC, esta vez en su apartado 2, regulaba los efectos de la aprobación del convenio frente a los terceros obligados solidarios con el concursado y los fiadores, en el caso en que el acreedor hubiera votado a favor del convenio. El precepto prescribía los siguiente:

"2. 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".

La norma no prevé como efecto consiguiente a haber aceptado el convenio la pérdida de los derechos frente a los obligados solidarios y los fiadores o avalistas, como parece desprenderse de la argumentación de la sentencia recurrida, sino que la responsabilidad de estos se rija por las normas que regulan las obligaciones que hubieran contraído o por los convenios que sobre el particular hubieran establecido. De ahí que si el acreedor vota a favor, para determinar en cada caso cómo afecta el convenio aprobado a sus derechos frente a terceros obligados solidarios o fiadores habrá que atender al régimen legal y convencional aplicable a sus respectivas obligaciones.

No debe confundirse la referencia legal a "los convenios, que sobre el particular hubieran establecido" con el convenio aprobado en el **concurso**. Esto es, no es tan relevante lo que se pudiera haber previsto en el convenio, como lo que esos concretos acreedores hubieran convenido o pactado con cada uno de los obligados solidarios o los fiadores.



La procedencia de esta interpretación se advierte más clara con la lectura del precepto equivalente en el texto refundido de 2000, que es el art. 399.2 TRLC, cuya dicción literal es la siguiente:

"2. La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen sido autores de la propuesta, se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o hubieran votado a favor de la misma se regirá por los pactos que sobre el particular hubieran establecido y, en su defecto, por las normas legales aplicables a la obligación que hubieren contraído".

Esta formulación es mucho más clara, pues muestra que en estos casos en que el acreedor hubiera aceptado la propuesta de convenio (también cuando hubiera sido autor de la propuesta o se hubiera adherido a ella), para conocer el alcance de los efectos del convenio aprobado respecto de los derechos que ese acreedor tuviera frente a otros obligados solidarios, fiadores o avalistas, habrá que estar primero a lo pactado y, en defecto de pacto, al régimen legal general.

En nuestro caso esta interpretación es muy relevante para resolver el recurso, pues consta acreditado que en la propia póliza que contiene el afianzamiento, figura la siguiente cláusula contractual:

"L'adhesió o el vot favorable de "la Caixa" a un conveni concursal (del deudor principal o, si s'escau, de qualsevol dels seus integrants, d'algun fiador, o de les persones que hagin constituït drets reals de garantia), sigui quin sigui el contingut d'aquest conveni, fins i tot si implica quitaments i/o esperes fins al màxim legal, no impedirà de cap manera la plena i inalterada subsistència dels drets d'aquella davant els obligats o garants no concursats, que consenten expressament a aquesta adhesió o al vot favorable i no podran invocar ni l'aprovació ni els efectes del conveni en perjudici de "la Caixa".

Como las partes habían pactado que la aceptación por la Caixa de un convenio en el **concurso** del deudor principal, con quitas y esperas, no impediría la plena subsistencia de los derechos de este acreedor frente a los fiadores no concursados, que expresamente consentían esa posible aceptación, aunque la Caixa hubiera aceptado el convenio seguía manteniendo los derechos frente a sus fiadores en los mismos términos en que se convino el afianzamiento. Dicho de otro modo, los efectos del convenio sobre el afianzamiento prestado por el demandado se regían por lo que habían pactado en la póliza que recoge el afianzamiento, que expresamente preveía que el contenido del convenio no afectaría a los derechos del acreedor frente al fiador.

4. En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación, dejar sin efecto la sentencia de primera instancia y, por lo razonado hasta ahora, estimar la demanda y condenar al demandado al pago de las cantidades reclamadas y los intereses convenidos, en los términos en que se solicitó en la demanda. Lo anterior presupone tener por correctamente vencido de forma anticipada el préstamo, el 30 de junio de 2009. La cantidad objeto de condena, se corresponde con la liquidación realizada entonces, 26.341,38 euros. A esta suma hay que añadir los intereses de demora vengados desde la interpelación judicial, que son los pactados del 20,50%.

#### **CUARTO. Costas**

1. Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede hacer expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. En la medida en que la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal ha hecho innecesario el análisis del recurso casación, tampoco hacemos expresa condena respecto de las costas de este último recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. Estimado el recurso de apelación, tampoco hacemos expresa condena de las costas de apelación ( art. 398.2 LEC).

4. Estimadas las pretensiones de la parte demandante, procede imponer a la parte demandada las costas de primera instancia.

#### **FALLO**

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

1.º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Caixabank, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4.ª) de 10 septiembre de 2018 (205/2018), que dejamos sin efecto.



2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Manacor de 27 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva modificamos en el siguiente sentido.

3.º Estimar la demanda interpuesta por Caixabank, S.A. contra Daniel , a quien condenamos a pagar a Caixabank, S.A. 26.341,38 euros, más los intereses moratorios devengados desde la interposición judicial, al tipo pactado y hasta el completo pago.

4.º No hacer expresa condena de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal, casación y apelación.

5.º Imponer al demandado las costas generadas en primera instancia.

6.º Acordar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Líbrese 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ