



Roj: **STS 2128/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2128**

Id Cendoj: **28079110012021100353**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/05/2021**

Nº de Recurso: **4933/2018**

Nº de Resolución: **363/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 875/2018,**  
**STS 2128/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 363/2021**

Fecha de sentencia: 26/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4933/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Procedencia: Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 4933/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 363/2021**

Excmos. Sres.

D. **Ignacio Sancho Gargallo**

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 26 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Tarragona. Es parte recurrente las entidades Residencial Tarragona S.L., Comerz 2000 S.L. y Gestora L'Unio S.L. representadas por la procuradora Sara Díaz Pardeiro y bajo la dirección letrada de Mercedes Portabella Rodríguez. Es parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A., representada por la procuradora Blanca M. Grande Pesquero y bajo la dirección letrada de Marcel Magrane Obrado.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora María Josefa Martínez Bastida, en nombre y representación de la entidad Banco de Sabadell S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Tarragona, contra las entidades Planificacio TGN 2004 S.L., Residencial Tarragona S.L., 31 Rambla 74 S.L., Domus-Invest Cat S.L., Gestora L'Unio S.L. y Comerz 2000 S.L., para que se dictase sentencia por la que:

"se tenga por formulada demanda de juicio declarativo ordinario derivado de la oposición al procedimiento de Juicio Monitorio nº 208/16 que se sigue en este juzgado, contra Residencial Tarragona S.L. [...] por la reclamación de un millón doscientos setenta y dos mil doscientos diecinueve euros con setenta y dos céntimos (1.272.219,76 euros), 31 Rambla 74 S.L. [...] en reclamación de doscientos doce mil treinta y seis euros con sesenta y dos céntimos (212.036,62 euros), Domus-Invest Cat S.L. [...] en reclamación de setecientos veinte mil novecientos veinticuatro euros con cincuenta y dos céntimos (720.924,52 euros), Gestora L'Unio S.L. [...] en reclamación de trescientos ochenta y un mil seiscientos sesenta y cinco euros con noventa y dos céntimos (381.665,92 euros) y contra Comerz 2000 S.L. [...] en reclamación de trescientos ochenta y un mil seiscientos sesenta y cinco euros con noventa y dos céntimos (381.665,92 euros).

"Asimismo que la presente demanda de juicio ordinario no se continúe contra Planificacio TGN 2004 S.L. [...] en virtud a las manifestaciones efectuadas en el presente escrito, sin que proceda la imposición de costas en atención a las circunstancias expuestas".

2. La procuradora Elisabet Carrera Portusach, en representación de las entidades 31 Rambla 74 S.L., Domus Invest Cat S.L., Residencial Tarragona S.L., Comerz 2000 S.L. y Gestora L'Unio S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"en la que absuelva a esta parte de los pedimentos de la actora, imponiendo las costas del presente procedimiento a la demandante por su temeridad y mala fe en cuanto a la presentación de la demanda".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Tarragona dictó sentencia con fecha 13 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimo la demanda interpuesta por la procuradora Mª Josefa Martínez Bastida en nombre de la entidad bancaria Banco de Sabadell SA contra las mercantiles "Residencial Tarragona SL", "31 Rambla 74 SL", "Domus Invest CAT SL", "Gestora L'Unió SL" y "Comerz 2000 SL" como fiadoras mancomunadas de la entidad "Planificació Tgn 2004 SL", y en su virtud se condena a las demandadas a abonar a la actora las siguientes cantidades:

"- "Residencial Tarragona SL" por la cuantía total de 1.272.219,76 €

"- "31 Rambla 74 SL" por la cuantía total de 212.036,62 €

"- "Domus Invest CAT SL" por la cuantía total 720.924,52 €

"- "Gestora L'Unió SL" por la cuantía total de 381.665,92 €

"- "Comerz 2000 SL" por la cuantía total de 381.665,92 €

"Con expresa condena al pago de las costas procesales a las demandadas.

"En cuanto a la mercantil "Planificació Tgn 2004 SL" se concede la renuncia a la parte actora de continuar el procedimiento contra la mencionada mercantil demandada, absolviendo a la mercantil demandada con todos los pronunciamientos favorables, con expresa condena en costas procesales a la parte actora".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*



1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de las entidades 31 Rambla 74 S.L., Domus Invest Cat S.L., Residencial Tarragona S.L., Comerz 2000 S.L. y Gestora L'Unio S.L.
2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona mediante sentencia de 24 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Parte dispositiva: Desestimem el recurs d'apel·lació interposat per 31 Rambla 74 S.L., Domus Invest Cat S.L., Residencial Tarragona S.L., Comerz 2000 S.L. i Gestora L'Unio S.L. contra Sentència del Jutjat de 1a Instància 8 de Tarragona de data 13-6-2017, en procediment Ordinari 729/16. S'imposen les costes del mateix als recurrents. S'acorda la pèrdua del dipòsit per apel·lar".

### **TERCERO. Interposición y tramitación del recurso de casación**

1. La procuradora Elisabet Carrera Portusach, en representación de las entidades Residencial Tarragona S.L., Comerz 2000 S.L. y Gestora L'Unio S.L., interpuso recurso de casación ante la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona.

Los motivos del recurso de casación fueron:

- "1º) Infracción del art. 10 LEC.
- "2º) Infracción del art. 1852 CC.
- "3º) Infracción del art. 1824 CC".

2. Por diligencia de ordenación de 22 de octubre de 2018, la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, 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 las entidades Residencial Tarragona S.L., Comerz 2000 S.L. y Gestora L'Unio S.L. representadas por la procuradora Sara Díaz Pardeiro; y como parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A., representada por la procuradora Blanca M. Grande Pesquero.

4. Esta sala dictó auto de fecha 3 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Residencial Tarragona, S.L., Comerz 2000, S.L., y Gestora L'Unió, S.L., contra la sentencia n.º 279/2018, de 24 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, en el rollo de apelación n.º 682/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 729/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Tarragona".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco de Sabadell S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de mayo 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.

Banco Cam, S.A.U. (actualmente, Banco Sabadell S.A.) había concedido a favor de Planificacio TGN 2004 S.L. (en adelante, Planificacio) dos préstamos hipotecarios.

i) El primero, por un importe de 2.235.000 euros, se instrumentó en una escritura pública de 9 de octubre de 2007, en su cláusula undécima se constituyó también una afianzamiento mancomunado por las siguientes sociedades: Tenedora de Inversiones y Participaciones S.L. por la suma de 558.750 euros; Residencial Tarragona S.L. por 670.500 euros; Domus Invest-cat S.L. por 379.950 euros; Gestora L'Unio S.A. por 201.150 euros; Comerz 2000 S.L. por 201.150 euros; 31 Rambla 74 S.L. por 111.750 euros; y Escipiones XXI S.L. por 111.750 euros.

Este préstamo hipotecario fue novado por medio de una escritura de 30 de noviembre de 2009, que acordó prorrogar el vencimiento del plazo del préstamo desde el 9 de octubre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2012, y que la devolución se realizara en un único pago en esa fecha.



ii) El segundo préstamo hipotecario se había concertado antes, el 31 de enero de 2005, por un importe de 1.877.500 euros.

Este préstamo fue novado por escritura de 6 de febrero de 2008, que convino una ampliación del plazo de devolución hasta el 31 de enero de 2011 y su amortización en un solo pago a esa fecha. Además, la cláusula sexta, incluía un afianzamiento mancomunado por las siguientes sociedades: Tenedora de Inversiones y Participaciones S.L. por la suma de 469.375 euros; Residencial Tarragona S.L. por 563.250 euros; Domus Invest-cat S.L. por 319.175 euros; Gestora L'Unio S.A. por 168.975 euros; Comerz 2000 S.L. 168.975 euros; 31 Rambla 74 S.L. por 93.875 euros; y Escipiones XXI S.L. por 93.875 euros.

El 30 de noviembre de 2009, el préstamo hipotecario se volvió a novar, mediante escritura pública, en el sentido de prorrogar el plazo de devolución del préstamo hasta el 30 de noviembre de 2012 y que la devolución se realizara en un único pago en esa fecha.

iii) El 5 de noviembre de 2013, la prestataria, Planificacio TGN 2004 S.L. fue declarada en concurso de acreedores.

Ante el impago de los dos préstamos hipotecarios, Banco Sabadell liquidó los créditos adeudados en la cuantía de 2.304.689,91 euros respecto del préstamo de 9 de octubre de 2007, y de 1.936.042,64 euros respecto del préstamo de 31 de enero de 2005.

No obstante, en el concurso de Planificacio TGN 2004 S.L., el juzgado entendió que Banco Sabadell en relación con estos dos créditos tenía la condición de persona especialmente relacionada con el deudor, porque una filial del banco era socia de la concursada (Tenedora de Inversiones y Participaciones S.L.U.) con una participación muy significativa. Consiguientemente, el juzgado clasificó sus créditos como subordinados y, mediante auto de 31 de julio de 2015, en aplicación de lo prescrito en el art. 97.2 LC, declaró extinguidas las garantías constituidas a favor de los créditos de que era titular como acreedor concursal Banco Sabadell.

2. En su demanda, Banco Sabadell, reclama de algunas de las fiadoras el importe de los créditos que cada una de ellas afianzaba: a Residencial Tarragona S.L., 1.272.219,76 euros; a Domus Invest-cat S.L., 720.924,52 euros; a Gestora L'Unio S.A., 381.665,92 euros; a Comerz 2000 S.L., 381.665,92 euros; y a 31 Rambla 74 S.L., 212.036,62 euros.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda y condenó a las demandadas al pago de las cantidades reclamadas. Expresamente argumentó que el efecto previsto en el art. 97.2 LC del levantamiento de las garantías de los créditos subordinados de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado afecta a las garantías hipotecarias respecto de bienes del concurso, pero no a las garantías personales prestadas por terceros.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las sociedades demandadas. El recurso ha sido desestimado. La Audiencia ratifica que la previsión del art. 97.2 LC de extinción de las garantías constituidas a favor de los créditos de que era titular como acreedor concursal Banco Sabadell, afecta únicamente a las garantías reales sobre bienes del concursado, pero no a las garantías otorgadas por terceros, ya sean reales o personales.

Además, frente a lo pretendido por los apelantes, la sentencia de apelación considera que en este caso no resulta de aplicación el art. 1852 CC, según el cual "los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo". Razona que los demandantes eran conocedores, o debían serlo fácilmente, de que una de las sociedades que participaba en la deudora era propiedad del banco prestamista, razón por la cual podía ser considerada en el concurso de la prestataria persona especialmente relacionada con el deudor, a los efectos de subordinar su crédito y extinguir la garantía real por virtud del art. 97.2 LC.

Por último, la Audiencia desatiende la objeción de los apelantes de que la fianza es una obligación accesoria y subsidiaria del cumplimiento de la deudora, por lo que no podía ejercitarse la acción contra los fiadores sin haber reclamado previamente a la deudora principal (Planificacio). Entiende que la demandante, una vez vencidos ambos créditos, se dirigió contra la prestataria, mediante la comunicación de su crédito en concurso de la deudora principal, donde consta reconocido el crédito, con lo que se cumple la exigencia de subsidiariedad.

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por los demandados, sobre la base de tres motivos.

## **SEGUNDO. Motivo primero de casación**

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción del art. 10 LEC, por falta de legitimación pasiva de los demandados porque a la fecha de presentación de la demanda no existía garantía alguna, en la medida en que había sido extinguida como consecuencia de lo previsto en el art. 97.2 LC. El banco demandante había sido



considerado persona afectada por la calificación y por ello su crédito había sido clasificado en el concurso de la prestataria como subordinado, y se había acordado expresamente el levantamiento de las garantías reales y personales.

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

**2. Desestimación del motivo.** Hemos de partir de los siguientes hechos no discutidos que enmarcan la cuestión controvertida en este motivo: i) Planificacio TGN 2004 S.L., prestataria de los dos préstamos afianzados de forma mancomunada por los fiadores demandados en el presente procedimiento, había sido declarada en concurso de acreedores el 5 de noviembre de 2013; ii) El crédito de la prestamista, Banco Sabadell (sucesora de Cam), fue comunicado y reconocido en el concurso, y se clasificó como crédito subordinado al entenderse que el banco acreedor tenía la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor pues una de sus filiales (Tenedora de Inversiones y Participaciones, S.L.) participaba con un 25% en el capital social de la concursada; iii) Como consecuencia de lo anterior, el juez concursal dictó una resolución por la que declaró extinguidas las garantías constituidas a favor de los créditos de los que era titular como acreedor concursal Banco Sabadell.

La controversia gira en torno a si la extinción de estas garantías alcanza a las garantías personales otorgadas por terceros.

El art. 97.2 LC, en la versión aplicable al caso, disponía lo siguiente:

"2. Si el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor no impugnare en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquel fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes (...)".

La *ratio* de este precepto es hacer efectiva la subordinación en el concurso, al privar al acreedor concursal persona especialmente relacionada con el deudor concursado de cualquier garantía que le permitiera cobrar en el concurso con alguna preferencia, que hiciera total o parcialmente ineficaz la subordinación. En atención a esta finalidad, tiene sentido que las garantías que el juez del concurso declara extinguidas sean aquellas que afectan directamente al concurso, fundamentalmente las garantías reales constituidas sobre bienes incluidos en la masa activa. Pero no tiene sentido que afecte a otras garantías que hubiera recabado el acreedor, cuya realización no afecte negativamente al concurso, como pueden ser las garantías reales y personales constituidas por terceros.

Esta interpretación aflora en la redacción del art. 302.1 del texto refundido de la Ley Concursal de 2020, que ha venido a sustituir al art. 97.2 LC, que expresamente se refiere a que "el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas sobre bienes y derechos de la masa activa a favor de los créditos de que aquel fuera titular...".

Por eso, en un caso como el presente, en el que los socios de la prestataria habían afianzado personalmente, y de forma mancomunada, los dos préstamos recibidos por la sociedad y concedidos por el banco que ahora reclama, no se ven extinguidos como consecuencia de la subordinación del crédito del banco prestamista en el concurso de la sociedad prestataria.

### **TERCERO. Motivo segundo de casación**

**1. Formulación del motivo.** El motivo denuncia la infracción del art. 1852 CC, porque había habido una modificación de las condiciones del préstamo debido a un hecho del acreedor, que motivó quedaran libres de su obligación los fiadores.

En la medida en que la subordinación del crédito del prestamista, por ser persona especialmente relacionada con el deudor concursado, conllevó la extinción de la garantía hipotecaria, se modificaron las condiciones de los préstamos garantizados por los fiadores, razón por la cual estos últimos quedaron libres de su obligación.

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

**2. Desestimación del motivo.** La cuestión suscitada con este segundo motivo de casación es si resulta de aplicación en este caso la previsión contenida en el art. 1852 CC, según el cual:

"Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo".

Como se afirma en la doctrina, este precepto es una concreción del deber de buena fe, en cuanto que el acreedor no debe perjudicar la vía de regreso del fiador cuando este perjuicio no forma parte del sacrificio



típico al que se somete el fiador y la cobertura del riesgo del acreedor sea compatible con la conducta atenta a los intereses del fiador. Y requiere que se pueda atribuir el efecto perjudicial a un hecho propio del acreedor, mediante un juicio de imputación causal.

Es lógico que en un supuesto como el presente, quienes afianzan dos préstamos que están garantizados con hipoteca, tienen la expectativa de que en caso de que tengan que responder frente al acreedor por incumplimiento del deudor principal, podrán subrogarse en su posición con las garantías que el acreedor tuviera frente al deudor, entre las que se encontraría en este caso la hipotecaria ( art. 1839 CC). Y como recordamos en la Sentencia 600/2020, de 12 de noviembre, "la lesión del derecho del fiador a la subrogación provoca una alteración en las condiciones de actuación de la obligación garantizada, a la que es ajeno el fiador y que no puede perjudicarlo sin adular el equilibrio prestacional propio del tipo comercial analizado (aquellas condiciones mutadas fueron tenidas en cuenta al convenir la fianza, y el fiador debe poder confiar en que el acreedor conservará con diligencia las garantías ofrecidas por el deudor principal)".

En nuestro caso, una circunstancia como la prevista en el art. 97.2 LC, de pérdida de las garantías del acreedor persona especialmente relacionada con el deudor como consecuencia de la subordinación de su crédito, conlleva un cambio significativo en la situación jurídica de los fiadores, que, sin perjuicio de verse más expuestos frente a la reclamación del acreedor al desaparecer la garantía real, en caso de tener que hacer frente a la obligación garantizada pierden el derecho a subrogarse en la hipoteca, al extinguirse esta.

Es cierto que la pérdida del derecho a subrogarse en las garantías hipotecarias es posterior al afianzamiento. Es consecuencia del concurso de acreedores del deudor principal. Podría entenderse que viene provocado por la vinculación del acreedor con el deudor, que le atribuye la condición de persona especialmente relacionada con el deudor y que provocará en el concurso posterior del deudor la subordinación de los créditos y la consiguiente extinción de las hipotecas. Pero el hecho que determina la subordinación y provoca la extinción existe al tiempo de que los fiadores consientan en el afianzamiento. En ese momento podían saber que uno de los socios de la deudora, con una participación muy significativa en el capital social (25%) es una sociedad filial del banco prestamista, circunstancia que de acuerdo con la jurisprudencia conllevará que en el caso de una posterior insolvencia de la sociedad deudora, se le consideraría persona especialmente relacionada con el deudor y se extinguirían las hipotecas en aplicación del art. 97.2 LC. No hay propiamente un acto posterior del banco acreedor que, contrariando la reseñada exigencia de la buena fe, haya provocado el perjuicio para los fiadores de impedirles la subrogación en la hipoteca. Razón por la cual no apreciamos ninguna infracción del art. 1852 CC.

#### **CUARTO.** *Motivo tercero de casación*

**1. Formulación del motivo.** El motivo denuncia la infracción del art. 1824 CC. En el desarrollo del motivo se razona que "dada la condición de accesoriedad de las fianzas en su día constituidas, no procede a la fecha de interposición de la reclamación por parte de la entidad bancaria la reclamación contra los fiadores, en tanto en cuanto no se hubiera concretado el impago por parte del deudor principal, la entidad Planificacio TGN 2004 S.L., sobre la que la entidad actora renuncia expresamente a su reclamación en el correspondiente procedimiento ordinario instado, y que a la fecha se encuentra todavía en fase de cumplimiento de convenio concursal, por lo que hasta que no se diera, en su caso, el incumplimiento de dicho convenio, no puede sostenerse el incumplimiento del pago de la obligación asumida por el acreedor principal y su consecuente reclamación a los fiadores". E insiste en que en el presente caso, la demandante reclama a los fiadores y renuncia a reclamar a la deudora principal.

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

**2. Desestimación del motivo.** En el planteamiento del motivo subyace una ligera confusión entre la accesoriedad de la fianza y la subsidiariedad.

La accesoriedad de la fianza, según hemos recordado recientemente, "responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesorias respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), que si bien no provoca que dichos vínculos obligacionales nazcan y subsistan sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, sí determina su participación o integración en una relación contractual o comercial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoriedad de ésta respecto de aquella" ( sentencias 56/2020, de 27 de enero, y 600/2020, de 12 de noviembre).

La obligación que surge para el fiador de la fianza se caracteriza también por la subsidiariedad, según recordamos en la sentencia 361/2014, de 8 de julio, invocada por el recurrente:

"El carácter subsidiario de la obligación creada por la fianza, como aclara la doctrina, significa un determinado orden en la responsabilidad, ya que la obligación del fiador cumple una función de refuerzo de la obligación



principal. Este orden se traduce en la subsidiariedad de la responsabilidad del fiador respecto de la del deudor principal, como se desprende del art. 1822 CC, según el cual el fiador sólo paga en el caso de que no lo haga el deudor principal, al margen de si existe o no beneficio de excusión. La responsabilidad del fiador, en la medida que suple la responsabilidad del deudor principal, implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor fiado, determinante de la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al garante, de modo que aquel incumplimiento es presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador".

**3.** La reclamación realizada por el banco acreedor a algunos de los fiadores mancomunados por la parte de las obligaciones garantizadas por cada uno de ellos no contraría el carácter accesorio de la fianza por el hecho de que el deudor principal esté en concurso y la reclamación del crédito frente a él, en cuanto crédito concursal, se sujete a la solución concursal pertinente. El hecho de que la declaración de concurso conlleve la formación de la masa pasiva, de la que forman parte los créditos concursales ( art. 49 LC), que no pueden satisfacerse si no es conforme a las soluciones y reglas concursales, impide que un acreedor concursal pueda reclamar el pago de ese crédito fuera del concurso, pero no que, siendo créditos vencidos y exigibles, pueda dirigirse contra los fiadores para reclamarles la obligación garantizada por cada uno de ellos. Esta reclamación frente a los fiadores no contraría la regla legal de la accesoriedad de la fianza respecto de la obligación principal garantizada, que sigue existiendo.

En cuanto a la subsidiariedad, consta que los dos créditos garantizados por los fiadores demandados habían vencido y eran exigibles antes de la declaración de concurso, y que han sido reconocidos en el concurso de acreedores de la sociedad deudora principal. Desde el momento en que al constituir la fianza los fiadores renunciaron al beneficio de excusión, constatada la exigibilidad de los créditos y su reclamación a la deudora principal mediante su comunicación (y reconocimiento) en el concurso, debemos entender cumplidas las exigencias derivadas de la subsidiariedad de la fianza y por ello el acreedor podía dirigirse frente a los fiadores.

Cuestión distinta es la relativa a los efectos que una eventual aprobación del convenio pueda generar respecto de los derechos del acreedor concursal frente a los fiadores del crédito concursal, regulados en el art. 135 LC. Cuestión que no se ha suscitado en este pleito pues, aunque el motivo haga alguna referencia a la aprobación del convenio, no consta que en la instancia hubiera sido objeto de enjuiciamiento ni que haya sido resuelto por la sentencia recurrida. Entre otras cosas, para resolver sobre esta cuestión tendría que haberse acreditado la aprobación del convenio, su contenido, cuál fue el sentido del voto de Banco Sabadell y, en su caso, si las partes habían pactado algo al respecto. En esta situación, no puede ser atendida la alegación contenida en el motivo sobre la pendencia del convenio de la deudora principal y que mientras no conste su incumplimiento no puede prosperar la acción de los fiadores.

#### **QUINTO.** Costas

Desestimado el recurso de casación, se impone a los recurrentes las costas generadas por su recurso ( art. 398.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**

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

**1.º** Desestimar el recurso de casación interpuesto por Residencial Tarragona S.L., Gestora L'Unio S.A. y Comerz 2000 S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3.ª) de 24 de julio de 2018, que conoció de la apelación planteada frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Tarragona de 13 de junio de 2017.

**2.º** Imponer a los recurrentes las costas generadas con su recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.