



Roj: **STS 517/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:517**

Id Cendoj: **28079110012019100103**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2019**

Nº de Recurso: **1968/2016**

Nº de Resolución: **103/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 5175/2016,**  
**STS 517/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 103/2019**

Fecha de sentencia: 19/02/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1968/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Marin Castan**

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, sección 21.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1968/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Marin Castan**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 103/2019**

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. **Francisco Marin Castan**, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 19 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por los codemandados D. Donato y D. Erica , representados por el procurador D. Antonio García Martínez bajo la dirección letrada de D. Juan Sánchez Corzo y D. Roberto Martínez Pérez, contra la sentencia dictada el 15 de abril de 2016 por la sección 21.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 30/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1022/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid sobre reclamación de cantidad contra una sociedad limitada y sus fiadores. Han sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Hortensia y D.<sup>a</sup> Lucía , D. Inocencio y D. Arsenio , como herederos del demandante D. Leoncio , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Isabel Alfonso Rodríguez bajo la dirección letrada de D. Isabel Loustau González. No ha comparecido en esta sala la entidad codemandada AF Solman Green S.L., en rebeldía desde la primera instancia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Marin Castan**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 31 de julio de 2013 se presentó demanda interpuesta por D. Leoncio contra la entidad AF Solman Green S.L., D. Donato y D.<sup>a</sup> Erica solicitando se tuviera "por formulada, en tiempo y forma, y de conformidad con las manifestaciones contenidas en éste, demanda de JUICIO ORDINARIO contra la entidad AF SOLMAN GREEN S.L., en reclamación de la cantidad de CIENTO DOS MIL EUROS(102.000,00.-€) así como contra DON Donato Y DOÑA Erica , ambos con domicilio en Madrid, CALLE000 n.º NUM000 , escalera NUM001 , NUM002 NUM003 , en su condición de avalistas de la citada entidad hasta el límite de CUARENTA MIL EUROS (40.000,00.-€), más intereses y costas, que son en deber por los conceptos que se especifican en el cuerpo del presente escrito, y en su virtud tras los trámites legales oportunos, dicte Sentencia por la que estimando íntegramente esta demanda, se condene a los demandados al pago de la cantidad antedicha, intereses legales devengados desde la interposición de la demanda, así como la expresa condena en costas a los demandados".

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid, dando lugar a las actuaciones n.º 1022/2013 de juicio ordinario, y emplazados los demandados, D. Donato y D.<sup>a</sup> Erica comparecieron conjuntamente y se allanaron totalmente a la demanda, manifestando también que habían intentado acordar con el demandante diversas fórmulas de pago que no habían sido aceptadas por el mismo.

Por lo que se refiere a la sociedad codemandada, tras intentarse sin éxito su emplazamiento en la vivienda indicada en la demanda, la parte demandante interesó que se llevara a cabo en la persona de su administrador, el codemandado D. Donato . Acordada esta forma de emplazamiento por diligencia de ordenación de 12 de diciembre de 2013, dicho codemandado interpuso contra la misma recurso de reposición que fue desestimado por decreto de 23 de enero de 2014.

Intentado en consecuencia el emplazamiento de la sociedad codemandada en la persona de D. Donato , este manifestó no ser ya administrador de la misma, indicando que lo era D. Arsenio , hijo del demandante, por lo que la sociedad fue finalmente emplazada en la persona de D. Arsenio . Sin embargo, la sociedad no compareció y en consecuencia fue declarada en rebeldía por diligencia de ordenación de 18 de julio de 2014.

**TERCERO.-** Como quiera que después de la interposición de la demanda falleció el demandante, se personaron como sucesores procesales del mismo su esposa D.<sup>a</sup> Hortensia y sus hijos D.<sup>a</sup> Lucía , D. Inocencio y D. Arsenio , a quienes se tuvo por parte demandante mediante diligencia de ordenación de 24 de julio de 2014.

**CUARTO.-** Denegada por auto de 15 de julio de 2014 la nulidad de actuaciones interesada por los codemandados comparecidos, declarada en rebeldía, como ya se ha reseñado, la codemandada AF Solman Green S.L. y celebrada la audiencia previa, como quiera que la única prueba propuesta y admitida fuese la documental aportada a las actuaciones, la magistrada titular del referido juzgado dictó sentencia el 30 de septiembre de 2014 con el siguiente fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Dña. Hortensia , Dña. Lucía , D. Inocencio y D. Arsenio en su condición de herederos de D. Leoncio , representados por la Procuradora Dña. Isabel Alfonso Rodríguez, contra la entidad AF Solman Green S.L., debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de las pretensiones de la parte actora, con imposición de costas a ésta última.

"Que estimando la demanda interpuesta por Dña. Hortensia , Dña. Lucía , D. Inocencio y D. Arsenio en su condición de herederos de D. Leoncio , representados por la Procuradora Dña. Isabel Alfonso Rodríguez, contra D. Donato y Erica , representados por el Procurador D. Antonio García Martínez, debo condenar y condeno a los codemandados a abonar solidariamente a la parte actora la cantidad de 40.000 euros (CUARENTA MIL



EUROS), más los intereses legales desde la interposición de la demanda, con imposición de costas a los codemandados."

**QUINTO.-** Interpuesto contra dicha sentencia recurso de apelación únicamente por los codemandados D. Donato y D.<sup>a</sup> Erica , que se tramita con el n.º 30/2015 de la sección 21.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 15 de abril de 2016 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la parte apelante las costas de la segunda instancia.

**SEXTO.-** Contra la sentencia de segunda instancia los codemandados-apelantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso por infracción procesal se componía de un solo motivo, amparado en el ordinal 3.º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción del art. 21 de la misma ley , y el recurso de casación, por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, se articulaba en dos motivos: el primero por infracción del art. 1824 CC y de la jurisprudencia representada por las sentencias de 13 de abril de 1989 y 8 de julio de 2014; y el segundo por infracción del art. 1847 CC y de la jurisprudencia representada por las sentencias de 19 de junio de 2008, 25 de mayo de 1999, 28 de diciembre de 1992, 28 de febrero de 1991 y 30 de septiembre de 2010.

**SÉPTIMO.-** Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma la parte demandante y los codemandados recurrentes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 18 de julio de 2018, a continuación de lo cual la parte demandante-recorrida presentó escrito de oposición a los recursos negando la legitimación de los recurrentes para interponer el de infracción procesal por haberse allanado en su día a la demanda, interesando en cualquier caso la desestimación de su motivo único, solicitando la inadmisión del recurso de casación por falta de interés casacional y, subsidiariamente, pidiendo la desestimación de sus dos motivos.

**OCTAVO.-** Por providencia de 3 de diciembre de 2018 se nombró ponente al Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 23 de enero de 2019, en que tuvo lugar manifestando el magistrado ponente su discrepancia de la mayoría y anunciando voto particular, por lo que, conforme al art. 206.2 LOPJ , la redacción de la sentencia fue asumida por el presidente de la Sala Excmo. Sr. D. **Francisco Marín Castán**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión que plantean los presentes recursos -extraordinario por infracción procesal y de casación- se reduce a si procede o no mantener la condena al pago de una cantidad de dos codemandados como fiadores de una sociedad codemandada por el solo hecho de haberse allanado a la demanda y a pesar de haber sido esta desestimada respecto de la sociedad codemandada, declarada en su momento en rebeldía. La razón para desestimar la demanda respecto de la sociedad fue que no se había probado la existencia del préstamo que según la demanda constituía el fundamento de la reclamación de cantidad contra la sociedad y el fundamento de la obligación garantizada por los fiadores, y este pronunciamiento desestimatorio de la sentencia de primera instancia quedó firme por no haber sido apelado ni impugnado por ninguna de las partes.

**SEGUNDO.-** Son antecedentes relevantes para la decisión de los recursos los siguientes:

**1.-** La demanda del presente litigio se interpuso el 31 de julio de 2013 por D. Leoncio contra la entidad AF Solman Green S.L. en reclamación de 102.000 euros y contra D. Donato y D.<sup>a</sup> Erica "en su condición de avalistas de la citada entidad hasta el límite de cuarenta mil euros (40.000,00 €)" (peticiones de la demanda, folio 13 de las actuaciones).

**2.-** Según los hechos de la demanda, el fundamento de la reclamación era el préstamo de diversas cantidades a la citada sociedad, en garantía de cuya devolución había exigido que respondieran los administradores de la sociedad "para el caso de que la citada mercantil no pueda devolverlo por sí misma".

**3.-** Con la demanda se acompañaba, además de un justificante bancario de tres ingresos en la cuenta de la sociedad demandada de cantidades coincidentes con las indicadas en la demanda, un documento de fecha 6 de marzo de 2008 por el que los codemandados y, además, D. Arsenio , hijo del demandante, y D.<sup>a</sup> Belen , declaraban conocer el préstamo que D. Leoncio "realiza a la mercantil AF Solman Green S.L." y se responsabilizaban "personal y solidariamente de las cantidades efectivamente desembolsadas del préstamo para el caso de que la citada mercantil no pueda devolverlo por sí misma. Se distribuye la responsabilidad en un 40% entre Donato y Lucía solidariamente y en el 60% restante entre Arsenio y Belen solidariamente".

**4.-** Los codemandados D. Donato y D.<sup>a</sup> Erica comparecieron conjuntamente en las actuaciones y, manifestando que "esta parte está conforme con los hechos relatados en los correlativos de la demanda" y



que había intentado llegar a un acuerdo de pagos con el demandante, pidieron que se les tuviera "por allanados en el presente procedimiento" sin imposición de costas.

**5.-** Habiendo fallecido el demandante D. Leoncio el 13 de noviembre de 2013, fue sucedido procesalmente en la posición de parte demandante por su viuda y sus tres hijos, entre los que se encontraba el ya mencionado D. Arsenio, incluido en el documento de 6 de marzo de 2008 como corresponsable solidario del 60% de las cantidades prestadas a la sociedad.

**6.-** Tras diversos intentos infructuosos, la entidad codemandada AF Solman Green S.L. pudo ser emplazada en la persona de su administrador, el propio D. Arsenio antes referido, pero al no comparecer dicha sociedad en las actuaciones fue declarada en rebeldía.

**7.-** La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda respecto de la sociedad codemandada, absolviéndola de la misma, porque "la parte actora no acredita que prestara a la misma la cantidad que reclama en el presente proceso", pues ni el conocimiento del préstamo que se manifestaba en el documento de 6 de marzo de 2008 probaba la efectiva realización del préstamo ni los ingresos en la cuenta de la sociedad permitían considerarlo probado.

En cambio, la sentencia estimó la demanda respecto de los codemandados D. Donato y D.<sup>a</sup> Erica por haberse allanado a la demanda y conforme al art. 21 LEC, condenándoles a pagar a la parte demandante la cantidad de 40.000 euros.

**8.-** Recurrída la sentencia en apelación únicamente por los dos codemandados condenados, alegando fundamentalmente que no cabía considerarlos como fiadores si la obligación garantizada se había declarado inexistente, la sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso, confirmó la sentencia apelada.

Sus razones se contienen en el fundamento de derecho tercero, esencialmente en estos dos párrafos:

"En el presente caso nos hallamos ante una reclamación de cantidad dirigida contra la prestataria, y contra sus avalistas, y no contra todos los que habían sido avalistas, por lo que estamos ante un caso evidente de litisconsorcio voluntario, ya que la actora podría haber optado por reclamar únicamente contra su prestataria, y no contra los avalistas, como realmente ha hecho, cuando no ha presentado acción contra el segundo matrimonio, también avalista de la mercantil prestataria. En todos los casos planteados en esa sentencia de nuestro Alto Tribunal se valora la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, pero no ocurre lo mismo en el caso que ahora nos ocupa, por lo que ya hemos indicado.

"En el presente supuesto, habiendo manifestado la parte demandada su voluntad de allanarse a las pretensiones de la actora, y no apreciándose la concurrencia de ninguna circunstancia de las que legalmente excluyen la figura del allanamiento, habría de dictarse sentencia acogiendo la pretensión actora, tal y como ha hecho el juzgador de instancia".

**9.-** Contra la sentencia de segunda instancia los codemandados-apelantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal, compuesto de un solo motivo, y recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, articulado en dos motivos.

**10.-** La parte demandante-recurrída, en su escrito de oposición, ha considerado inadmisibles el recurso de casación por carecer de interés casacional, ha negado legitimación de los recurrentes para interponer el recurso por infracción procesal por haberse allanado en su día a la demanda y, en cualquier caso, ha interesado la desestimación de los motivos de ambos recursos.

**TERCERO.-** Las objeciones de la parte recurrída a la admisibilidad del recurso de casación y a la legitimación para recurrir por infracción procesal no pueden ser estimadas.

El recurso de casación justifica el interés casacional, en su modalidad de oposición de la sentencia recurrída a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, citando como infringidos el art. 1824 CC, en relación con la jurisprudencia sobre el carácter accesorio de la fianza según varias sentencias de esta sala al respecto (motivo primero), y el art. 1847 CC, sobre la extinción de la fianza simultáneamente a la de la obligación del deudor, en relación también con la jurisprudencia de esta sala representada por las sentencias que igualmente se citan e identifican correctamente (motivo segundo).

En consecuencia, el recurso de casación guarda una estrecha relación con la cuestión jurídica identificada en el fundamento de derecho primero de la presente sentencia y, a su vez, con el motivo único del recurso por infracción procesal, demostrando así la legitimación de los fiadores demandados para interponer el de infracción procesal porque lo que estos mantienen, como ya lo hicieron en apelación, es que, pese a su allanamiento, no procedía su condena si, como hizo la sentencia de primera instancia, se absolvía a la sociedad



deudora por falta de prueba del préstamo en que se fundaban las reclamaciones de cantidad formuladas en la demanda.

Procede, por tanto, entrar a conocer de los recursos.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

**CUARTO.-** El motivo único de este recurso, formulado al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1 LEC, se funda en infracción del art. 21 de la misma ley por haber sido condenados los recurrentes como fiadores en virtud de su allanamiento a la demanda pese a haberse declarado inexistente el préstamo a la sociedad codemandada garantizado por ellos.

En su desarrollo argumental se aduce, en síntesis, que el allanamiento no supone "una aceptación de la concreta redacción de la súplica de la demanda", sino "una aceptación de la pretensión actora, pero en la medida que dicha pretensión (en este caso la existencia del contrato de préstamo) sea reconocida en el pronunciamiento judicial". Se añade que la declaración de la inexistencia del contrato de préstamo "tiene una eficacia expansiva en el conjunto de la sentencia" y "debe alcanzar a todos los codemandados por razón de la indivisibilidad del pronunciamiento y de la fuerza expansiva de la sentencia, pese al allanamiento de alguno de ellos", citándose al respecto las sentencias de esta sala de 22 de octubre de 1991 y 19 de enero de 2012, más las citadas en esta última.

**QUINTO.-** Así planteado, el motivo debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) Conforme al art. 21 LEC, el allanamiento lo es a "todas las pretensiones del actor". Esto supone, aplicado a casos como el presente, que no se trata de un acto procesal puramente formal de reconocimiento de que se debe una determinada cantidad, al modo de un reconocimiento abstracto de deuda, sino de una conformidad con las pretensiones de la demanda, integradas por sus peticiones y por la causa de pedir, que en este caso era el préstamo a la sociedad codemandada garantizado o afianzado por los hoy recurrentes.

2.ª) Como demuestra la lectura de la demanda y los documentos acompañados con la misma, tanto el hecho como el título jurídico que constituían el fundamento de la demanda era un préstamo del demandante a la sociedad demandada garantizado hasta un determinado importe por los codemandados hoy recurrentes. Hasta tal punto es así, que incluso las peticiones de la demanda se formulaban contra los hoy recurrentes "en su condición de avalistas" de la sociedad codemandada. Por tanto, declarada la inexistencia del préstamo por la sentencia de primera instancia, desestimada en consecuencia la demanda respecto de la sociedad demandada como prestataria o deudora y, en fin, firme este pronunciamiento al haberse aquietado con el mismo la parte demandante, no cabía ya condenar en virtud de su allanamiento a los fiadores hoy recurrentes, pues ellos se habían allanado a la pretensión como tales fiadores de un préstamo a la sociedad codemandada, no como deudores en abstracto del actor, que demandó en su condición de prestamista y no en ninguna otra. No había, pues, ninguna abstracción de la garantía similar a la que podría darse en otras fórmulas de afianzamiento.

Es más, la propia parte demandante-recurrida, en su escrito de oposición, afirma que el allanamiento de los fiadores comprendía la existencia del préstamo y la entrega de dinero por el demandante a la sociedad, reconociendo así aquellos "la existencia de la obligación principal", es decir, precisamente lo que con fuerza de cosa juzgada se ha declarado no probado (página 3). Y aunque a lo largo del mismo escrito la parte demandante-recurrida niegue reiteradamente la indivisibilidad de pronunciamientos para la sociedad deudora y los fiadores, lo cierto es que no puede por menos que admitir que el allanamiento lo es a una pretensión (página 4, párrafo último), no simplemente a unas peticiones.

3.ª) En el presente caso, pues, se daba la indivisibilidad reconocida por la jurisprudencia de esta sala como razón para no estimar una demanda dirigida contra varios demandados ni siquiera respecto de los que se allanen a la misma.

Así, la sentencia 1135/2007, de 18 de octubre, citando las de 3 de noviembre de 1992 y 16 de marzo de 2001, declara que si no se acreditan los hechos de la demanda, la desestimación de esta "favorece a todos los codemandados, incluidos los que se hubiesen allanado a la demanda". La sentencia 11/2012, de 19 de enero, considera que, pese al allanamiento de algunos codemandados, cabe desestimar la demanda también respecto de ellos por razón de la indivisibilidad del pronunciamiento y de la fuerza expansiva de la sentencia. Y con más claridad todavía, la sentencia 8/2009, de 28 de enero, muy especialmente citada por los hoy recurrentes cuando en su día recurrieron en apelación, hace la siguiente distinción:

"En consecuencia, el allanamiento de parte de los demandados, con oposición de los demás a las pretensiones de la demanda, podrá dar lugar a dos resultados distintos, cuales son: 1.º) Que se estime, sin más, la demanda respecto de los allanados y se resuelva el proceso en cuanto a los restantes según lo alegado y probado por las partes mediante la aplicación de las normas jurídicas procedentes, en los supuestos en que quepa



deslindar las pretensiones dirigidas contra unos y otros, como ocurre en el caso en que se trata de discutir la eficacia de negocios jurídicos que afectan singularmente a los distintos demandados; y 2.º) Que no quepa escindir las distintas relaciones jurídicas afectantes a los demandados, allanados o no allanados, o se dé una situación de solidaridad entre los mismos, supuesto en que el allanamiento será ineficaz y resultará posible la desestimación de la demanda frente a todos".

4.ª) A las anteriores consideraciones cabe añadir, de un lado, que es ontológicamente imposible condenar a unos demandados como fiadores o "responsables" de un préstamo que la propia sentencia declara no probado; de otro, que las pretensiones de la demanda se integran por las peticiones y la causa de pedir, de modo que si se niega la causa de pedir no cabe estimar las peticiones; y finalmente, que desestimada la demanda contra la sociedad supuestamente prestataria por inexistencia del préstamo, con fuerza de cosa juzgada puesto que la parte demandante se aquietó con este pronunciamiento, mantener la condena de los hoy recurrentes como fiadores rompería por completo la armonía jurídica al privar a los fiadores de sus derechos frente al deudor, en especial de los que les reconocen los arts. 1838 , 1839 y 1843 CC , causándoles así la indefensión a que se refiere el ordinal 3.º del art. 469.1 LEC .

**SEXTO.-** Aunque en puridad la estimación del motivo amparado en el ordinal 3.º del art. 469.1 LEC debería dar lugar a la reposición de las actuaciones ( art. 476.2, párrafo último, LEC ), la circunstancia de que la infracción se haya producido en la propia sentencia recurrida justifica que se proceda como dispone la regla 7.ª de la disposición final 16.ª.1 LEC , pues no cabe ya anular la desestimación de la demanda respecto de la sociedad codemandada al haber quedado firme este pronunciamiento desde la sentencia de primera instancia.

Procede, por tanto, resolver lo alegado como fundamento del recurso de casación.

#### Recurso de casación

**SÉPTIMO.-** Como se ha indicado ya, el motivo primero se funda en infracción del art. 1824 CC y de la jurisprudencia sobre la validez de la obligación principal como presupuesto de la fianza, y el motivo segundo en infracción del art. 1847 CC y de la jurisprudencia sobre la extinción de la obligación del fiador cuando se extingue la del obligado principal.

Pues bien, de lo razonado para estimar el recurso por infracción procesal se desprende la razón que asiste a los recurrentes en su recurso de casación, ya que no cabe fianza sin obligación garantizada, de modo que más que una extinción de la fianza por haberse extinguido la obligación garantizada lo que hay es una inexistencia de la obligación de los fiadores por haberse declarado, con fuerza de cosa juzgada, la inexistencia de la obligación garantizada, en este caso el préstamo.

**OCTAVO.-** Conforme al art. 398.2 LEC , no procede imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos de casación y por infracción procesal ni tampoco las de la segunda instancia, ya que el recurso de apelación de los hoy recurrentes tenía que haber sido estimado.

En cambio, conforme al art. 394.1 LEC procede imponer a la parte demandante las costas de la primera instancia, dada la desestimación total de su demanda.

**NOVENO.-** Conforme a la d. adicional 15.ª.8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

#### 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 los codemandados D. Donato y D.ª Erica contra la sentencia dictada el 15 de abril de 2016 por la sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 30/2015 .

2.º- Estimar lo alegado en el recurso de casación interpuesto por dichos codemandados contra la misma sentencia.

3.º- Anular la sentencia recurrida para, en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por los mismos codemandados, desestimar la demanda también respecto de ellos.

4.º- Imponer a la parte demandante las costas de la primera instancia y no imponer a ninguna de las partes las de la segunda instancia ni las de los recursos de casación y por infracción procesal.

5.º- Y devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.



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

Así se acuerda y firma.

### VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia dictada en Recurso n.º 1968/16.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Con el respeto que me merece el parecer mayoritario, expreso -mediante el presente voto particular- mi discrepancia con la solución jurídica adoptada en el presente caso.

La sentencia de la sala estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los codemandados don Donato y doña Erica contra la sentencia dictada el 15 de abril de 2016 por la sección 21.ª de la Audiencia provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 30/2015.

Como consecuencia de ello desestima la demanda interpuesta por don Leoncio, hoy sustituido por sus herederos, contra la entidad AF Solman Green S.L. y contra los recurrentes, don Donato y doña Erica, y condena al demandante al pago de las costas causadas por estos últimos en primera instancia -la sociedad permaneció en rebeldía- pese a su expreso allanamiento a la demanda, lo que había motivado su condena en primera instancia - por aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - y la desestimación del recurso de apelación que ellos mismos interpusieron contra la sentencia dictada por el Juzgado, que resolvía según su propia voluntad expresada mediante el allanamiento.

**SEGUNDO.-** Es cierto que la sentencia de primera instancia desestimó la demanda respecto de la entidad AF Solman Green S.L. y la estimó en cuanto a los demandados allanados, don Donato y doña Erica, a los que condenó a abonar solidariamente a la parte demandante la cantidad de 40.000 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, con imposición de costas. También consta en las actuaciones que, contra la anterior sentencia, los codemandados allanados interpusieron recurso de apelación por considerar que, en caso de ser desestimada la pretensión principal contra la prestataria AF Solman Green S.L. -como aquí ha ocurrido- no resulta posible condenar a un allanado por el simple hecho del allanamiento cuando existe una relación de solidaridad entre todos los demandados. El recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª) mediante la sentencia de 15 de abril de 2016, que es la recurrida por infracción procesal y en casación, por los demandados allanados don Donato y doña Erica.

**TERCERO .-** El motivo único de infracción procesal se formula al amparo del artículo 469.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando infracción del artículo 21 de la misma Ley respecto del allanamiento del garante cuando ha sido declarada "inexistente" la obligación principal.

La parte recurrente insiste en que las sentencias dictadas tanto por el Juzgado como por la Audiencia Provincial han declarado "inexistente" el préstamo que se dice concedido por la parte demandante a la demandada absuelta AF Solman Green S.L. -en situación procesal de rebeldía- de donde deducen que, si no existe obligación principal, tampoco existe el afianzamiento en cuya virtud han sido condenados. La propia sentencia dictada por la sala insiste en que la demanda se desestimó contra la sociedad por "inexistencia" del préstamo.

No obstante, entiendo que lo que se ha declarado es que no ha sido probada la existencia de dicho negocio frente a la demandada AF Solman Green S.L. -no se aporta contrato de préstamo escrito- lo cual es distinto a afirmar su inexistencia.

El documento que se aporta con la demanda (doc. nº 3) es aquél por el que se obligaron los demandados -hoy recurrentes- que fue otorgado en Madrid el 6 de marzo de dos mil ocho, en el cual don Donato y doña Erica, por un lado, y don Arsenio y doña Belen, por otro, declaran *que conocen el préstamo que D. Leoncio realiza a la mercantil AF Solman Green S.L.* y que "se responsabilizan personal y solidariamente de las cantidades efectivamente desembolsadas del préstamo para el caso de que la citada mercantil no pueda devolverlo por sí misma. Se distribuye la responsabilidad "en un 40% entre Donato y Lucía solidariamente y en el 60% restante entre Arsenio y Belen solidariamente".

Precisamente esos porcentajes son los que la parte demandante atribuye en AF Solman Green S.L. a don Donato (40%) y a don Arsenio, hijo del demandante inicial don Leoncio (60%), sin que los hoy recurrentes hayan negado ese extremo.



Sentado lo anterior, a efectos de entender las razones de la demanda, no cabe estimar que la Audiencia haya infringido lo dispuesto por el artículo 21 LEC sobre la figura del allanamiento y sus efectos.

El allanamiento constituye una declaración de voluntad del demandado por la que éste muestra su conformidad incondicional con la pretensión del actor, reconociendo que la acción ejercitada es fundada y que, por lo tanto, debe concedérsele a aquél la tutela jurídica que solicita. A diferencia de la anterior legislación, la LEC 2000 se refiere al allanamiento, primero, en el artículo 19.1, como una de las manifestaciones del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso, y, después, establece su régimen jurídico en el artículo 21.

Como destaca la doctrina, la conformidad del demandado implica no sólo estar de acuerdo y no hacer objeciones a los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda -lo que releva al demandante de la carga y necesidad de la prueba- sino, sobre todo, solicitar que se dicte sentencia según la pretensión del actor, incluso sin expresión de la causa de tal voluntad, siendo por ello un verdadero acto de disposición. El allanamiento -en los casos en que resulta admisible, conforme a lo dispuesto por el artículo 21 LEC- determina por sí mismo la estimación de la demanda, sin que el allanado esté legalmente obligado a exponer la causa o dar explicación alguna y sin que el tribunal pueda de oficio desestimarla invocando pretendidas razones de orden público.

Es preciso reiterar que, contrariamente a lo expresado en el fundamento quinto de la sentencia de la sala, considero que la desestimación de la demanda contra la supuesta prestataria fuera por "inexistencia" del préstamo -que los demandados allanados afirmaron conocer, en el documento constitutivo de su obligación- y no comparto la afirmación de la sentencia de la Sala en el sentido de que se rompería la armonía jurídica en caso de aceptar el allanamiento "al privar a los fiadores de sus derechos frente al deudor, con indefensión para los mismos". Lo primero porque lo declarado es que el préstamo a la sociedad no ha sido probado frente a ella por el prestamista demandante, circunstancia que se explica por la falta de documentación del préstamo por la propia sociedad que nace de la especial relación con ésta de las partes; sin que en momento alguno se afirme que no haya existido tal préstamo, confesado por escrito y mediante el allanamiento; y lo segundo porque la cosa juzgada material afecta en este caso a la parte demandante y a la sociedad demandada, y no a la relación entre los codemandados. De este modo ninguna indefensión existe para los demandados allanados, que podrán dirigirse contra la sociedad prestataria exigiéndole el reintegro de lo satisfecho, probando frente a ella la existencia del préstamo.

En este caso nos encontramos ante un litisconsorcio pasivo de carácter voluntario, ya que el prestamista bien pudo demandar únicamente a los fiadores y, en este supuesto, la eficacia del allanamiento sería incontestable.

Por ello, entiendo que no existe infracción del artículo 21 LEC y la Audiencia ha aplicado dicha norma correctamente, por lo que debió ser desestimado el motivo.

En cuanto al recurso de casación, que se refiere a la infracción de los artículos 1824 y 1847 CC, considero que carece de sentido ya que la Audiencia ha resuelto teniendo en cuenta exclusivamente el allanamiento de los demandados, que le obliga a dictar sentencia estimatoria de la demanda fuera de los casos en que tal allanamiento resulte inadmisibles por hacerse en fraude de ley o suponga renuncia contra el interés general o en perjuicio de tercero ( artículo 21 LEC ).

**CUARTO.-** La desestimación de los recursos por infracción procesal y de casación comportaría la condena en costas a la parte recurrente ( artículos 394 y 398 LEC ), así como la pérdida de los depósitos constituidos.

En consecuencia, la parte dispositiva de la sentencia considero que debió ser la siguiente:

#### **FALLO**

1.º- Desestimar los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por don Donato y doña Erica contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de fecha 15 de abril de 2016, en Rollo nº 30/2015 .

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- Condenar a los recurrentes al pago de las costas causadas por ambos recursos y a la pérdida de los depósitos constituidos.

De la anterior forma expreso mi discrepancia con lo resuelto, formulando el presente voto particular.