



Roj: **STS 973/2021 - ECLI:ES:TS:2021:973**

Id Cendoj: **28079110012021100135**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2021**

Nº de Recurso: **2757/2018**

Nº de Resolución: **116/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 729/2018,**
STS 973/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 116/2021

Fecha de sentencia: 03/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2757/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 2757/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 116/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. **Juan María Díaz Fraile**



En Madrid, a 3 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 98/2018, de 12 de marzo, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo sentencia 98/2018, de 12 de marzo, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 637/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Valdés, sobre nulidad de aval de préstamo participativo por dolo.

Es parte recurrente D. Arcadio, representado por la procuradora D.ª Marta García Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Ángel Luis Bernal del Castillo.

Es parte recurrida Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias, S.A., representada por la procuradora D.ª Mónica Fernández Granda y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Delgado González y la entidad Ibérica de Revestimientos, S.A., representada por el procurador D. José Ignacio de Noriega Arque y bajo la dirección letrada de D. Sergio Robledo Suarez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Antonio Corpas Rodríguez, en nombre y representación de Ibérica de Revestimientos, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Arcadio, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se estime la demanda condenando al demandado a pagar a mi representada la cantidad de 43.750 € los intereses de la misma de acuerdo con lo expuesto en el FD V hasta la fecha del pago condenando igualmente a que abone a mi poderdante las prestaciones futuras que se devenguen en virtud del pago efectuado por la misma a la SRP con sus intereses de la forma ya expresada, con imposición de costas por temeridad".

2.- La demanda fue presentada el 2 de octubre de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Valdés, fue registrada con el n.º 637/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Marta García Sánchez, en representación de D. Arcadio, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora y planteó demanda reconvenicional frente a Ibérica de Revestimientos, S.L., D. Cesar, D. Conrado, la sociedad Ventanas del Occidente, S.L., la Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias S.A. y Benito Sistemas de Carpintería S.A., en la que solicitaba dictara sentencia "declarando que la fianza prestada por mi representado en escritura de 6 de marzo de 2013 es nula o ha quedado extinguida y sin efecto".

Por decreto de 13 de enero de 2015 se dio traslado a las partes reconvenidas para contestar a la demanda reconvenicional; dicho trámite se efectuó con el siguiente resultado:

El procurador D. Antonio Corpas Rodríguez, en representación de Ibérica de Revestimientos, S.L. y de Ventanas del Occidente, S.L. presentó sendos escritos de contestación a la demanda reconvenicional solicitando su desestimación y la expresa condena en costas al demandado reconviniendo.

La procuradora D.ª Ana Rosa Álvarez Díaz, en representación de Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias S.A. presentó escrito de contestación a la demanda reconvenicional solicitando su desestimación.

El procurador D. Gabino González Méndez, en representación de Benito Sistemas de Carpintería S.A. y de D. Miguel de la Fuente Rodríguez, en representación de la Administración concursal, presentó escrito solicitando se estime "la excepción procesal de falta de legitimación activa, y acuerde apartar a esta parte de un proceso respecto de la que nada se pide y a la que nada afecta, manifestando en cualquier caso la plena disposición de la administración concursal para colaborar en todo cuanto sea preciso para informar al juzgador de cuantos extremos y datos contables precisase".

El procurador D. Javier González Fanjul, en representación de D. Cesar, presentó escrito de contestación a la demanda reconvenicional solicitando su desestimación y la expresa condena en costas.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Valdés dictó sentencia 152/2016, de 28 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:



"Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por Ibérica de Revestimientos S.L. (IBERSA) representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Corpas Rodríguez y defendido por el Letrado Don Sergio Robledo contra Don Arcadio representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. García Martínez y defendido por Don Fernando Díaz García debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y se estima íntegramente la demanda reconvenicional interpuesta Don Arcadio representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. García Martínez y defendido por Don Fernando Díaz García frente a Ibérica De Revestimientos S.L. (IBERSA) representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Corpas Rodríguez y defendido por el Letrado Don Sergio Robledo, frente a Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias S.A. representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Álvarez Díaz y defendida por Don Jaime Fanego Castañón y frente a Benito Sistemas de Carpintería S.A. representada por el Procurador de los Tribunales Sr. González Méndez y defendida por Don Alejandro Cutillas declarando nulo el contrato de fianza celebrado en fecha 6 de marzo de 2013, debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Ibérica de Revestimientos, S.L. y por la representación de Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias, S.A. La representación de D. Arcadio se opuso a ambos recursos formulados de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 165/2017 tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 98/2018, de 12 de marzo, cuyo fallo dispone:

"Que estimando el recurso de apelación presentado por "Ibérica de Revestimientos, S.L." (IBERSA) y el recurso presentado por la "Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias, S.A." -SRP- frente a la Sentencia de fecha 28 septiembre 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valdés en el Juicio Ordinario 637/2014, debemos acordar y acordamos revocarla para en su lugar, y con estimación de la demanda presentada por "Ibérica de Revestimientos, S.L." (IBERSA), condenar al demandado Don Arcadio al pago de la cantidad de 43.750 euros, así como las prestaciones futuras que se devenguen de acuerdo con los pagos que vaya realizando la demandante IBERSA, todo ello con el tipo de interés fijado en el acuerdo de 27 febrero 2014. No ha lugar a realizar expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia".

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

1.- La procuradora D.ª Marta García Sánchez, en representación de D. Arcadio, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los artículos 1265, 1269 y 1270 del Código Civil, y correlativa infracción de éstos, que establecen los requisitos del dolo como vicio invalidante del consentimiento, doctrina contenida, entre otras, en las Sentencias de 26 de marzo de 2009, 5 de mayo de 2009, 16 de febrero de 2010, 5 de marzo de 2010 y 28 de septiembre de 2011.

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 1266 del Código Civil y correlativa infracción de éste, reguladores del error invalidante del consentimiento y sus requisitos, doctrina jurisprudencial contenida entre otras en las Sentencias de 20 de enero de 2014, 23 de julio de 2001, 14 y 18 de febrero de 1994; y también citamos las Ss. de 13 febrero 2007 y 13 mayo 2009 sobre el requisito jurisprudencial de la excusabilidad del error".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de julio de 2020, que admitió el motivo primero del recurso de casación e inadmitió el motivo segundo y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias, S.A. y la entidad Ibérica de Revestimientos, S.A. se opusieron al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de febrero de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*



1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

i) La sociedad "Benito Sistemas de Carpintería, S.A." tenía originalmente una composición accionarial en la que Don Arcadio y su esposa eran titulares del 99,875% del capital social.

ii) Esta sociedad, ante una situación próxima a la insolvencia, presentó en el primer semestre de 2012 ante el juzgado de lo mercantil la comunicación prevista en el art. 5 bis L.C.

iii) En el mes de junio 2012, entró en el accionariado la sociedad "Ventanas del Occidente, S.L.", propiedad de los Sres. Cesar y Conrado, que pasó a ser titular del 75% del capital social, permaneciendo el 25% restante en poder de la familia de Don Arcadio.

iv) El consejo de administración de "Benito Sistemas de Carpintería, S.A." a partir de aquel momento pasó a estar integrado por las siguientes personas: D. Cesar (presidente consejero), D. Conrado, D. Arcadio, D. Mateo y D. Miguel.

v) El 28 febrero 2013, se reunió el consejo de administración de "Benito Sistemas de Carpintería, S.A.", al que acudieron todos sus miembros, acordando por unanimidad la formalización de un préstamo participativo a otorgar por la "Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias, S.A." (en adelante SRP) por importe de 1.500.000 euros de principal.

vi) El 6 marzo 2013 se otorgó escritura pública en la que se formalizó el préstamo participativo. A dicho otorgamiento acudieron también la sociedad "Ibérica de Revestimientos, S.L." (en adelante IBERSA) perteneciente al grupo de empresas controlado por los Sres. Cesar, así como Don Arcadio, quienes garantizaron de manera personal el cumplimiento de las obligaciones de pago derivadas del préstamo participativo, todo ello mediante la constitución de un aval solidario y a primer requerimiento.

En dicho préstamo se contenían, entre otras, las siguientes cláusulas:

"OCTAVA. La prestataria manifiesta y garantiza a la SRP que: a) Toda la información y especialmente, la de carácter financiero suministrada a la SRP es correcta y veraz y refleja fielmente la situación de BENITO SISTEMAS DE CARPINTERÍA no existiendo hechos u omisiones que desvirtúen dicha información; b) El Balance de la cuenta de pérdidas y ganancias cerrados a 31 de diciembre de 2012 y que se incorporan a la presente escritura como ANEXO I han sido elaborados de acuerdo a los principios y prácticas contables generalmente aceptados en España, reflejando por tanto la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, no habiéndose producido ningún cambio sustancial adverso respecto de la situación reflejada en los citados documentos hasta la presente fecha; c) la prestataria no está en situación de incumplimiento de ningún contrato en el que sea parte o de cualquier obligación que le vincule por cualquier concepto que afecte desfavorablemente a su actual patrimonio; d) no existe en la actualidad litigio, pleito o arbitraje o procedimiento de cualquier índole iniciado o de cuya iniciación tuviera noticia la empresa pudiera afectar a su patrimonio, a su capacidad para cumplir las obligaciones o actuaciones derivadas del presente contrato o que pudieran cuestionar la validez o exigibilidad del mismo. Todas las manifestaciones y garantías efectuadas por la prestataria en el presente otorgando se entienden vigentes mientras ésta adeude alguna cantidad como consecuencia de la presente escritura de préstamo participativo.

"NOVENA. Mientras este préstamo se encuentre parcial o totalmente en vigor, la Prestataria queda obligada a: a) destinar el importe del presente préstamo exclusivamente a la financiación del plan que hizo constar como objeto de su solicitud y que se resume en el ANEXO II que se incorpora a la presente escritura [...]

"DECIMOPRIMERA.- GARANTÍAS. Don Arcadio y la mercantil IBERICA DE REVESTIMIENTOS S.L. por medio de su aquí representante, avalan personalmente y de forma solidaria a primer requerimiento de la SRP en garantía del cumplimiento de las obligaciones de pago del principal e intereses recogidas en la presente escritura. Los avalistas renuncian expresamente a cualesquiera beneficios y en especial a los de orden, división y excusión quedando obligados a abonar a la SRP las cantidades pendientes de pago de principal e intereses a primer requerimiento que en tal sentido les sea formulado por ésta. El presente aval tiene carácter irrevocable y subsistirá en el supuesto de prórroga o novación, por cualquier causa, del presente préstamo [...]"

vii) A la escritura de préstamo participativo se acompañó un balance de la situación contable de "Benito Sistemas de Carpintería, S.A.", cerrado a fecha 31 diciembre 2012; en el otorgando octavo del contrato se hacía constar que la información financiera que se contenía en ese balance era correcta y veraz, que reflejaba la imagen fiel del patrimonio de la sociedad, en los términos antes transcritos.

Asimismo, en el otorgando noveno de la escritura se hacía constar que la finalidad del préstamo recibido era la de ser destinado a la financiación del plan de negocio que se incorporaba como Anexo II, en los términos antes reseñados.



viii) El día 8 abril 2013, la sociedad "Benito Sistemas de Carpintería, S.A." presentó nuevamente ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo la comunicación prevista en el art. 5 bis L.C.. En esta comunicación, bajo el epígrafe "Primero.- De la concurrencia del presupuesto de insolvencia actual" se afirma:

"en estos momentos no puede cumplir con sus obligaciones ordinarias, comienzan a llegar las primeras reclamaciones extrajudiciales de los acreedores. Por otro lado, se negoció un aplazamiento de las deudas tributarias, pero es necesario atender los vencimientos mensuales con la Tesorería General de la Seguridad Social, Agencia Tributaria, teniendo en los dos últimos meses dificultades para satisfacer las mismas".

ix) Seguidamente, el 26 de junio de 2013 se dictó auto por el que se declaraba judicialmente a dicha sociedad en situación de concurso de acreedores. En la fecha de la presentación de la demanda el concurso se encontraba en fase de liquidación y la sociedad sin actividad comercial, lo que conllevó el incumplimiento del préstamo concedido y el vencimiento anticipado de la obligación por la SRP.

x) Ante el incumplimiento por parte de "Benito Sistemas de Carpintería, S.A." de las obligaciones asumidas en el préstamo participativo obtenido de la SRP, y una vez realizado por esta última los correspondientes requerimientos a los avalistas, la sociedad IBERSA firmó el 27 febrero 2014 un acuerdo con la SRP para el pago aplazado de su obligación. En este acuerdo exponen las partes que "Benito Sistemas" se encontraba declarada en concurso de acreedores y que no había dado cumplimiento a las obligaciones derivadas del préstamo participativo, por lo que IBERSA reconocía, en su condición de avalista solidaria del préstamo, adeudar a SRP la suma de 1.500.000 euros, y seguidamente acordaban el pago fraccionado de la total deuda con arreglo a un calendario con cuotas mensuales de 12.500 euros cuyo primer vencimiento se fijó el 5 de marzo de 2014.

xi) En virtud de tales pagos IBERSA presentó demanda frente a Don Arcadio en ejercicio de la acción de repetición prevista en el art. 1145 CC, en la que solicitó la condena de aquél al pago de la cantidad de 43.750 euros, así como de las prestaciones futuras que se devenguen de acuerdo con los pagos que vaya realizando por las obligaciones derivadas del aval.

xii) El demandado contestó a la demanda solicitando su desestimación, y planteó una demanda reconventional frente a Ibérica de Revestimientos, S.L., D. Cesar , D. Conrado , la sociedad Ventanas del Occidente, S.L., la Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias S.A. y Benito Sistemas de Carpintería S.A., en la que pedía la nulidad del aval prestado por concurrir los vicios del consentimiento de error y dolo contemplados en el art. 1265 CC.

2.- El juzgado de primera instancia dictó sentencia en la que acordaba desestimar la demanda presentada por IBERSA frente a D. Arcadio , y estimar la demanda reconventional presentada por este último por apreciar la concurrencia del vicio de dolo en su consentimiento contractual y, en consecuencia, declaró nulo el contrato de fianza suscrito el 6 marzo 2013. Las razones en que fundó su decisión el juzgado, en síntesis, fueron: (i) si bien el Sr. Arcadio pudo incurrir en error sobre la situación económica en la que se hallaba la prestataria en el momento de concertar el préstamo, no sería un error excusable; (ii) sin embargo, la circunstancia de que la sociedad "Benito Sistemas de Carpintería, S.A." se encontraba en situación de insolvencia en el momento de la firma del préstamo era ciertamente conocida por los Sres. Cesar Conrado así como por la cofiadora IBERSA (en cuanto que controlada por los Sres. Cesar Conrado), pero desconocida por el Sr. Arcadio ; (iii) al no informar de esa situación al Sr. Arcadio incurrieron en una "reticencia dolosa" susceptible de viciar el consentimiento de este último en su declaración negocial. El juzgado argumentó esta última conclusión con los siguientes razonamientos:

"Por la parte demandada se afirma que por los Srs. Cesar Conrado se le ocultó la verdadera situación económica de BENITO SISTEMAS DE CARPINTERIA S.A. así como la verdadera finalidad del préstamo solicitado conminándole a avalar la totalidad del préstamo. En este punto, cobra especial relevancia que el préstamo fue solicitado y concedido sobre un balance a 31-12-2012 (anexo I) del que no resultaba indicio alguno de la situación de insolvencia de la sociedad, y conforme a un plan de negocio e inversiones (anexo II) que contenía tres líneas de actuación: a) comercialización de los productos de BENITO SISTEMAS en la red de tiendas de la sociedad IBERSA; b) potenciación del mercado exterior, concretamente en la República Dominicana; y c) desarrollo de nuevos productos y procesos con una inversión de 200.000 euros para el periodo 2013-2016. Siendo además que en el otorgamiento octavo del préstamo se hace constar expresamente que "la prestataria no está en situación de incumplimiento de ningún contrato en el que sea parte o de cualquier obligación que le vincule por cualquier concepto que afecte desfavorablemente a su actual patrimonio" y que "no existe en la actualidad litigio, pleito, arbitraje o procedimiento de cualquier índole, iniciado o de cuya iniciación tuviera noticia la empresa, que pudiera afectar a su patrimonio, a su capacidad para cumplir las obligaciones...".

"Esta situación contrasta con el hecho de que como afirmaron en el acto de la vista los testigos [...] el dinero obtenido por el préstamo fue destinado a cubrir deudas y no al plan de negocios presentado y que el día 8



de abril de 2013 esto es, tan solo un mes después de la firma del préstamo con la SRP, BENITO SISTEMAS DE CARPINTERIA presentara ante el Juzgado de lo Mercantil de Oviedo la comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal (documentos 9 y 10 de la contestación) lo que permite deducir que BENITO SISTEMAS DE CARPINTERÍA se hallaba en situación de insolvencia en la fecha de la firma del préstamo y que esta situación era conocida por los Sres. Cesar Conrado así como por la cofiadora IBERSA en cuanto sociedad igualmente controlada por los Sres. Cesar Conrado (documento número 19 de la contestación) al tiempo que desconocida por el demandado pues como indicaron los testigos [...] existía una orden tácita de no dar información a Arcadio y la comunicación del artículo 5 bis de la ley concursal fue conocida por ellos a posteriori".

Tras esa exposición argumental el juzgado concluye que hubo una "conducta omisiva que provocó una declaración negocial por parte del demandado que de otro modo no habría realizado", conclusión que refuerza con el siguiente razonamiento:

"no resulta lógico ni razonable que a sabiendas del cierto incumplimiento de la obligación por el deudor principal y poseyendo tan solo un 25% de la sociedad, Don Arcadio se hubiera obligado de forma solidaria y con renuncia a los beneficios que la ley le concede a avalar personalmente y de forma solidaria a primer requerimiento una obligación de pago de la envergadura de la reclamada en autos; y en segundo lugar, fue de la gravedad suficiente como para hacer incurrir en un vicio de consentimiento a la parte que lo ha alegado".

3.- En su recurso de apelación, IBERSA alegó, en resumen, que: (i) tanto los Sres. Cesar Conrado como la cofiadora IBERSA son personas ajenas a la relación negocial entablada por el Sr. Arcadio al avalar el préstamo concedido por la SRP a la sociedad "Benito Sistemas de Carpintería, S.A."; (ii) siguiendo la lógica de la sentencia recurrida, igual de ilógico hubiera sido que IBERSA se hubiera comprometido a avalar aquella operación; (iii) en el balance provisional aportado con las cuentas anuales del ejercicio 2012, formuladas por el consejo de administración de "Benito Sistemas", del que formaba parte el Sr. Arcadio, ya se recogía un resultado del ejercicio negativo de -1.989.738,26 euros, y en las cuentas anuales se recoge también un resultado negativo de -2.229.247,85 euros, por lo que no puede invocar el demandado que desconociera tales cifras; (iv) a los efectos de interpretar correctamente los vicios invalidantes del consentimiento negocial, hay que diferenciar el contrato de préstamo de lo que constituye su garantía por aval a primer requerimiento; (v) termina alegando la doctrina de los actos propios, y los requisitos para el éxito de la acción de repetición que se ejerció en la demanda.

Por su parte, SRP en su escrito de oposición centra sus alegaciones fundamentalmente en la inadmisibilidad del recurso por alteración de la base fáctica del proceso, y en cuanto al fondo aduce que no concurre dolo grave por dos razones: (i) dada la posición del recurrente de socio y consejero de la sociedad no puede alegar ignorancia de la deficitaria situación de la sociedad fiada; y (ii) aun existiendo discrepancia entre los datos reflejados en la contabilidad de la sociedad y los datos reales, la diferencia no es suficientemente notable para que pueda calificarse de dolo grave. Finalmente añade que en caso de anularse el contrato ello no debe perjudicar la relación bilateral entre SRP y el fiador, sino solo debería afectar a las relaciones contractuales entre los cofiadores.

4.- La Audiencia estimó los recursos de apelación presentados por IBERSA y por SRP frente a la sentencia de primera instancia, que revocó, y al estimar la demanda de la primera condenó a D. Arcadio al pago de la cantidad de 43.750 euros, "así como las prestaciones futuras que se devenguen de acuerdo con los pagos que vaya realizando la demandante IBERSA, todo ello con el tipo de interés fijado en el acuerdo de 27 febrero 2014".

Para llegar a esa decisión la Audiencia partió de las concretas circunstancias concurrentes en el caso, según resultan de la prueba practicada, que expuso así:

"En el caso presente las circunstancias que atañen a la concreta situación que pasó a ocupar el demandado Don Arcadio tras la entrada en el accionariado de la sociedad "Benito Sistemas de Carpintería, S.A." los Sres. Cesar Conrado aparecen expuestas por los testigos que deponen en el acto del juicio. Así primeramente Don Braulio (trabajador en la empresa durante 17 años hasta marzo 2014, habiendo ocupado en los últimos años el puesto de gerente de la empresa) declara que Don Arcadio vendió sus participaciones a los Sres. Cesar Conrado pasando éstos a gestionar en exclusiva la sociedad, colocando una persona de su confianza como era Miguel, empleado de IBERSA. Detalla que los Sres. Cesar Conrado entraron en la sociedad que en aquel momento estaba en crisis y carecía de liquidez, todo ello con la intención de reflotarla, pasando a gestionarla como una empresa de su propio grupo. Para ello apartaron de la gestión a Don Arcadio que dejó de tener oficina, teléfono y vehículo, existiendo incluso instrucciones de que no se le facilitaran datos de la sociedad, y en este sentido al testigo le dijeron que toda la información se le facilitaría desde el consejo de administración. En cuanto a Don Mateo (hijo del demandado) siguió trabajando en la empresa si bien con funciones limitadas pues pasó a auxiliar administrativo y solo se dedicaba a papeleos legales, pero el programa



informático estaba distribuido por departamentos y no tenía acceso a toda la información. Arcadio no se reunía con los Sres. Cesar Conrado. Por lo que se refiere al préstamo participativo proporcionado por la SRP en marzo del 2013, expone el testigo que Don Arcadio no tuvo intervención alguna ni en su negociación ni en la confección del plan de negocio que llevaba incorporado, siendo Miguel quien lo hizo por cuenta de los Sres. Cesar Conrado, añadiendo que si bien el dinero obtenido tenía como destino previsto una serie de inversiones productivas, lo cierto es se aplicó a gastos corrientes, compras y aportar liquidez para pagar deudas. Y en cuanto al balance de situación cerrado a fecha 31 diciembre 2012 que aparece acompañado al otorgamiento del préstamo participativo declara el testigo que desconocía el contenido de las cuentas puesto que no se elaboraron desde el departamento de contabilidad, siendo Miguel quien tenía acceso a toda la información contable de la empresa. Relata que anteriormente él era el consejero delegado y los Sres. Arcadio Mateo, padre e hijo, presidente y secretario del consejo de administración, siendo todos ellos perfectos conocedores de la situación contable de la empresa, pero tras la llegada de los Sres. Cesar Conrado quedaron relegados de forma inmediata. Señala que es falsa la situación que reflejan tales cuentas puesto que en aquella fecha se debían salarios y se debían pagos a proveedores, siendo ese el motivo por el cual el año anterior la sociedad ya había comunicado al Juzgado su situación de precurso.

"Por su parte el testigo Don Julio (trabajador en "Benito Sistemas de Carpintería, S.A." hasta el 2014 como responsable de calidad, y después como director financiero en los dos últimos años) corrobora esta misma versión de los hechos".

A continuación, la Audiencia razonó que para apreciar el grado de diligencia exigible a quien afirma haber sido víctima de un error en el otorgamiento del consentimiento contractual resulta procedente examinar también cuál ha sido la conducta desplegada por la otra parte contratante. Y al realizar este examen concluyó que:

"[...] resulta patente, a la vista de las declaraciones testificales arriba descritas, que el actuar de los nuevos socios mayoritarios de "Benito Sistemas de Carpintería, S.A." ha sido la de obstaculizar el acceso por parte del demandado a la situación contable de la sociedad, conducta que queda reflejada finalmente en la información en parte distorsionada que se utiliza para obtener el préstamo participativo de la SRP.

"Por otra parte, el hecho de que "Benito Sistemas de Carpintería, S.A." presentara la comunicación del art. 5 bis L.C. tan solo un mes después de la firma del préstamo participativo parece ser que también le fue ocultada a Don Arcadio, como así se desprende de los correos electrónicos cruzados entre él y Don Miguel y que obran en las actuaciones".

Seguidamente, la Audiencia se planteó si el demandado D. Arcadio, pese al conjunto de datos expuestos, estaba en condiciones de advertir que la situación patrimonial y financiera de "Benito Sistemas" se encontraba gravemente comprometida en el momento de la firma del préstamo participativo, y con ello que al avalar la operación asumía un riesgo superior al que se reflejaba en la información contable que expresamente fue acompañada en aquel momento. La conclusión a la que llegó el tribunal de apelación es que "en aplicación de los principios de autorresponsabilidad y buena fe el demandado no puede excusarse en la invocación del error como vicio invalidante de la garantía otorgada". Al desenvolver esta conclusión hace las siguientes consideraciones, que incluyen la respuesta a la alegación sobre la existencia no sólo de un error en el consentimiento contractual, sino también un vicio de dolo invalidante:

"No cabe admitir que el Sr. Arcadio hubiera llegado a construir una representación inexacta de la capacidad de solvencia de "Benito Sistemas de Carpintería, S.A." si tenemos en cuenta primeramente el dato referido a que la sociedad ya había presentado en el primer semestre de 2012 la comunicación preconcursal del art. 5 bis L.C., siendo en aquel momento socio mayoritario y presidente del consejo de administración, todo lo cual revela que un año antes de la concesión del préstamo la situación ya era muy deficitaria. Por su parte los testigos que deponen en el juicio coinciden en afirmar que a partir de aquel momento la situación siguió siendo desesperada y que al momento de la firma del préstamo la sociedad continuaba adeudando el pago de salarios y deudas con la Seguridad Social. Y por lo que respecta a la actuación maliciosa llevada a cabo por los Sres. Cesar Conrado como nuevos integrantes del consejo de administración, parece también claro que no reviste el carácter de grave que exige el art. 1270 C.Civil para otorgarle la eficacia invalidante que se pretende en el escrito de contestación a la demanda. Efectivamente la información que se contiene en el balance de situación cerrado el 31 diciembre 2012 y que se acompaña al otorgamiento del préstamo no reflejaba la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la sociedad en aquel momento, pero es igualmente cierto que esa distorsión tampoco era tan significativa. Del examen comparativo entre aquel documento y el posteriormente elaborado en el curso del procedimiento concursal por la Administración concursal de "Benito Sistemas de Carpintería, S.A." encontramos que los fondos propios expuestos al solicitar el préstamo lo eran por importe de 903.189,73 euros cuando en realidad eran tan solo de 323.587,08 euros, si bien seguían siendo positivos. Y en cuanto al resultado del ejercicio anterior se decía que era de -1.989.738,26 euros, cuando en realidad era de -2.229.247,85 euros, siendo ambas magnitudes negativas. Pero también resulta relevante destacar que



el balance de situación aportado en ningún caso llegaba a ocultar que el fondo de maniobra era claramente negativo, señal indicativa de la falta de liquidez de la sociedad al cierre del ejercicio.

"Finalmente, el hecho de que el importe obtenido por el préstamo participativo concedido por la SRP no fuera destinado a financiar un plan de inversiones, conforme a lo expresamente pactado, sino al pago de gastos corrientes y a la extinción de otras deudas tampoco constituye un elemento a destacar habida cuenta que la situación patrimonial era tan deficitaria que la sociedad tuvo que acudir a comunicar el precurso tan solo un mes después de la firma del préstamo, lo que revela su inviabilidad en el tráfico".

Como consecuencia de todo lo anterior, la Audiencia rechazó la nulidad del aval otorgado por el demandado, y entró a examinar el resto de los motivos de oposición de la demanda, esto es, la extinción de la fianza como consecuencia de la escritura de reconocimiento y aplazamiento de la deuda suscrita el 27 de febrero de 2014 entre IBERSA y SRP, en la que se establecieron unas condiciones distintas de las inicialmente pactadas, y la falta de los presupuestos necesarios para el éxito de la acción de regreso entre cofiadores solidarios.

5.- D. Arcadio ha presentado un recurso de casación articulado en dos motivos, de los cuales únicamente ha sido admitido el primero.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Formulación del motivo y admisibilidad.*

1.- El motivo se basa en la infracción de los arts. 1265, 1269 y 1270 CC, "que contienen los requisitos del dolo como vicio invalidante del consentimiento", y de la jurisprudencia que los interpreta reflejada, entre otras, en las sentencias de 26 de marzo de 2009, 5 de mayo de 2009, 16 de febrero de 2010, 5 de marzo de 2010 y 28 de septiembre de 2011.

2.- En su desarrollo el recurrente comienza haciendo un repaso de los hechos más relevantes acreditados en la instancia, sustancialmente coincidentes con los reseñados en los antecedentes de la esta resolución.

Sobre la base de estos hechos, el recurrente resume su argumentación sobre la existencia del dolo del siguiente modo;

"a partir de los hechos probados, puede afirmarse que la información facilitada por los Sres. Cesar Conrado al Sr. Arcadio a la fecha de suscripción del préstamo con la SRP consistió en que BENITO SISTEMAS, gracias a su gestión, había mejorado notablemente su situación, con un drástico cambio de tendencia en su evolución que garantizaba su continuidad de futuro, como supuestamente constataban las cuentas comparativas (balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias) y la presentación de un Plan de Negocio e inversiones para los cuatro próximos años y que relanzaría la actividad comercial de la sociedad, plan que se anexó al préstamo causalizándolo expresamente y que determinó al Sr. Arcadio a avalar personalmente el préstamo.

"Está probado que los Sres. Cesar Conrado y, en consecuencia, su sociedad IBERSA, conocían la pésima situación de BENITO SISTEMAS y su insolvencia, que consiguieron un préstamo de 1.500.000 de euros diciendo que se destinaría a financiar inversiones productivas cuando sabían que no era cierto sino que era para pagar deudas y reducir su pasivo, todo lo cual ocultaron a mi representado en una puesta en escena determinante para engañarle y conseguir su consentimiento para que avalara la devolución de todo su importe, lo que tendría que hacer, sin saberlo entonces, pues poco después, un mes, la sociedad comenzaría los trámites para ser declarada en concurso de acreedores (de hecho, el primer pago de intereses había de hacerse el 31 de marzo de 2013 y como consta acreditado y no es discutido, el dinero fue desde el primer día a pagar deudas).

"Conociendo todo ello, lo ocultaron a mi mandante, en una actitud claramente dolosa, por lo que aquél, engañado, avaló la totalidad del préstamo en un claro vicio de consentimiento.

"Hubo, pues, una maquinación, un engaño grave que determinó la voluntad del Sr. Arcadio a prestar consentimiento y avalar un préstamo de 1.500.000 euros. Nunca lo hubiera consentido de no mediar dicho engaño pues carece de todo sentido y lógica que mi mandante avale personalmente con todo su patrimonio un préstamo de millón y medio de euros a sabiendas de que la sociedad prestataria está en insolvencia y a punto de concursar. Es absurdo que avale un préstamo si sabe que va a tener que asumirlo y pagarlo personalmente casi de inmediato".

3.- Los óbices de admisibilidad opuestos por las recurridas no tienen carácter absoluto, y ya fueron analizados y descartados en la fase de admisión, sin que ahora se adviertan razones para modificar la decisión adoptada en dicha fase, como se constatará en la propia resolución de los motivos. No existe defecto sustancial en el encabezamiento, que identifica perfectamente las normas jurídicas infringidas y la jurisprudencia que se dice vulnerada, y el motivo no puede afirmarse en este momento liminar del enjuiciamiento que carezcan manifiestamente de fundamento. Tampoco se aprecia una alteración de la base fáctica, pues defender la calificación como dolosa de la actuación de las recurridas supone disentir de la valoración jurídica hecha por la Audiencia, sin alterar el soporte factual del proceso fijado en la instancia, que ha quedado incólume.



TERCERO. - *Decisión de la sala. Dolo omisivo causante como vicio del consentimiento prestado por un cofiador. Doctrina jurisprudencial. Aplicación al caso.*

1.- Objeto de la controversia. En los términos en que ha llegado el debate a este momento casacional, el objeto de la controversia queda circunscrito a dilucidar si, como afirma el recurrente y sostuvo la sentencia de primera instancia, el consentimiento contractual prestado por aquel en el momento de la firma del aval solidario de la operación del préstamo participativo concedido a "Benito Sistemas" adoleció de un vicio consistente en dolo omisivo, determinante de la nulidad de ese contrato de fianza en los términos del art. 1265 CC.

2.- Naturaleza y caracteres de la fianza. La dualidad de vínculos obligacionales. El art. 1822 CC dispone que "por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este". Añade en su segundo párrafo que "si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo 3º del título 1º de este libro".

Con independencia de su origen convencional, legal o judicial, la fianza es, en el sentido empleado en el citado precepto, una institución de garantía de naturaleza personal. Como pusimos de manifiesto en las sentencias 56/2020, de 27 de enero, y 600/2020, de 12 de noviembre, esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador).

3.- De esta configuración surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: la accesoriedad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), de forma que si bien dichos vínculos obligacionales nacen y subsisten 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.

Dentro de ese esquema la subsidiariedad mencionada es un elemento típico de la fianza, en el sentido de que el fiador, en principio, solo debe cumplir su obligación en caso de que el deudor incumpla la suya.

4.- Por otra parte, la fianza, como en el caso de la litis, puede pactarse con el carácter de solidaria, no sólo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal (art. 1822 CC). Pero incluso en el supuesto de la denominada "fianza solidaria" no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta. Así lo ha afirmado esta Sala aclarando que, aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, la fianza no queda desnaturalizada (sentencias del Tribunal Supremo 2 de octubre de 1990 y 600/2020, de 12 de noviembre).

Además, en el caso de que se haya convenido la solidaridad entre los cofiadores, al doble vínculo obligatorio anterior se añade el derivado de la relación jurídica subyacente entre los cofiadores por razón del pacto de solidaridad, que desenvuelve sus consecuencias en la relación interna entre aquellos en virtud del pago hecho por cualquiera de ellos al acreedor, en los términos previstos en la ley, en una proporción superior a la parte que le corresponda, a través de la correspondiente acción de regreso (arts. 1145, 1844 y 1845 CC).

5.- Esta diferenciación entre esos distintos vínculos obligacionales, el que liga al deudor principal con el acreedor, el que se establece entre éste y el fiador, y el que deriva de la relación jurídica subyacente entre los cofiadores, resulta particularmente relevante a los efectos del presente enjuiciamiento, pues, como veremos, el efecto invalidante del dolo, como vicio del consentimiento, se produce dentro del ámbito de las relaciones obligacionales trabadas entre el contratante del que procede el dolo (en sentido activo o pasivo) y el contratante que lo padece, sin llegar a contaminar el vínculo obligatorio, principal o accesorio, del que no forme parte ningún contratante al que quepa imputar la conducta dolosa, pues a diferencia de lo que sucede en los casos de otros vicios del consentimiento (art. 1268 CC), el dolo para provocar un efecto anulador del contrato debe proceder de "uno de los contratantes" (arts. 1269 y 1270 CC).

6.- El dolo como vicio de la voluntad. Sus requisitos. Doctrina jurisprudencial.

El dolo, como vicio de la voluntad, aparece definido en el art. 1269 CC conforme al cual "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un



contrato que, sin ellas, no hubiera hecho". Y el art. 1270 CC añade que "para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes".

De esta regulación se desprende que el concepto legal del dolo, vicio de la voluntad, consta de dos elementos: a) una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre; y b) que sea grave, es decir, que sea causa determinante del contrato en el que concurre. El concepto central que revela el art. 1269 CC es el de una "estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él" (sentencia 30/2000, de 16 de febrero).

7.- La jurisprudencia, en concordancia con la doctrina científica, viene exigiendo para apreciar este vicio del consentimiento los siguientes requisitos: i) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; ii) la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; iii) esta conducta debe ser determinante de la declaración; iv) el carácter grave de la conducta insidiosa; y v) el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (sentencias de 11 y 12 de junio de 2003, y reiterada más recientemente en las sentencias 626/2013, de 29 de octubre, 140/2017, de 1 de marzo, y 139/2020, de 2 de marzo).

Además, el dolo principal o causante (*causam dans*) no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue (sentencias de 22 y 28 de febrero de 1961), pues ni se presume (sentencia 626/2013, de 29 de octubre), ni bastan al efecto meras conjeturas (sentencias de 25 de mayo de 1945). Como declaró la sentencia 233/2009, de 26 de marzo:

"Procede insistir también en la exigencia de que la conducta dolosa sea probada inequívocamente, sin que a tales fines basten meras conjeturas o indicios - Sentencias de 13 de mayo de 1991 y 23 de junio y 29 de marzo de 1994 -. Ahora bien, también ha tenido ocasión esta Sala de precisar - Sentencia, entre otras, de 12 de junio de 2003 - que "la apreciación de la existencia de hechos determinantes de vicios del consentimiento, dada su naturaleza de cuestión fáctica, es de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, cuya conclusión probatoria ha de mantenerse invariable en casación, si la misma no resulta desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello", de tal suerte que al Tribunal de Casación sólo le cabe valorar jurídicamente los hechos que constituyen el aspecto externo del dolo, siendo necesario que los mismos consten debidamente acreditados en autos".

8.- El concepto de "maquinaciones insidiosas" ha sido interpretado por la jurisprudencia con una considerable amplitud en el sentido de comprender todas aquellas actuaciones de uno de los contratantes dirigidas a obtener el consentimiento por parte del otro que, sin ellas, no habría prestado (sentencia 658/2011, de 28 de septiembre).

En ese sentido amplio, el dolo, en cuanto vicio del consentimiento contractual, comprende no sólo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe (dolo negativo u omisivo). Esta modalidad de dolo negativo implica el comportamiento desleal de ocultar intencionadamente información relevante y decisiva y obtener de esta forma el consentimiento del contratante que padece el vicio. Como dijimos en la sentencia 139/2020, de 2 de marzo, "tal modalidad del dolo exige la reticencia, consistente en la omisión de hechos y circunstancias influyentes o determinantes para la conclusión del contrato, con infracción del deber de informar conforme a la buena fe y a los usos del tráfico. Se calla o no se advierte, cuando había la obligación de hacerlo".

9.- Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta sala. En este sentido la sentencia 129/2010, de 5 marzo, destaca cómo la jurisprudencia ha establecido que no sólo manifiestan el dolo la "insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe".

En el mismo sentido nos pronunciamos en la reciente sentencia 139/2020, de 2 de marzo:

"La jurisprudencia también ha admitido que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento, pueda consistir no sólo en la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (sentencias 233/2009, de 26 de marzo, 289/2009, de 5 de mayo, 855/2009, de 30 de diciembre, 129/2010, de 5 de marzo, 658/2011, de 28 de septiembre)"



Finalmente, como referencia delimitadora complementaria, la doctrina de esta sala ha precisado que no invalida el dolo la "confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada" (sentencias de 11 de julio de 2.007 y 26 de marzo de 2.009, entre otras).

10.- Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso. Al aplicar la anterior doctrina jurisprudencial debemos partimos de los hechos probados o no controvertidos en el proceso tal y como han sido reseñados en el primer fundamento jurídico de esta resolución. Hemos declarado en numerosas ocasiones que si la determinación en la instancia de los hechos en los que se hubiera basado la afirmación del vicio del consentimiento no puede ser variada en casación, este recurso permite, sin embargo, revisar la valoración jurídica hecha por los tribunales de instancia a partir del supuesto fáctico (sentencias de 18 de febrero de 1985, 1200/1994, de 30 de diciembre, 295/2004, de 29 de marzo, 695/2010, de 12 de noviembre, 683/2012, de 21 de noviembre, entre otras muchas). Como afirmamos en la sentencia 626/2013, de 29 de octubre:

"los hechos, necesitados de prueba para que puedan ser considerados como efectivamente acaecidos, constituyen el enunciado de las normas jurídicas que a ellos se aplican, de modo que, además de reconstruidos o fijados en el proceso, tienen que ser puestos en relación con la norma de la que constituyen supuesto, con el fin de identificar su significación jurídica y, por lo tanto, de determinar si reúnen o no las notas que los convierten en relevantes desde tal punto de vista. Se trata, por tanto, de aplicarles unos juicios de valor que aportan criterios adecuados para su subsunción, una vez probados, en el concepto jurídico previsto en la norma, cuyo control no queda fuera de la casación".

Esta tarea de hermenéutica y de valoración jurídica es la que ahora realizamos, con sujeción a los hechos acreditados en la instancia.

11.- Sostiene el recurrente la existencia de una maquinación o actuación maliciosa por parte de los Sres. Cesar Conrado que consistió en convencerle para que afianzara solidariamente un préstamo de 1.500.000 euros diciéndole que iba a destinarse a un plan de negocio con inversiones que relanzarían la actividad de la sociedad, presentándole a él y a la entidad prestamista unas cuentas de la sociedad que no reflejaban la imagen fiel de la situación económica y patrimonial, y afirmando que la sociedad no estaba en ese momento en situación de incumplimiento de ninguna de sus obligaciones. Esa representación fue una "puesta en escena" dado que el préstamo se destinó desde el primer momento a pagar deudas vencidas y no a desarrollar el plan de negocio e inversiones; además las cuentas no reflejaban la verdadera situación económica de la sociedad la cual tuvo que solicitar el pre-concurso al mes siguiente a concertar el préstamo, hecho que también fue ocultado al Sr. Arcadio .

12.- Frente a este planteamiento, la Audiencia si bien admite que existió una actuación maliciosa llevada a cabo por los Sres. Cesar Conrado como nuevos integrantes del consejo de administración, considera que "no reviste el carácter de grave que exige el art. 1270 C.civil para otorgarle eficacia invalidante". Esta valoración la fundamenta en dos razones:

(i) si bien es cierto que la información del balance de situación cerrado el 31 de diciembre de 2012, que se acompaña en la escritura del préstamo, no refleja la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la sociedad en aquel momento, entiende que "la distorsión no era tan significativa", pues comparando esa información con la verificada posteriormente en el procedimiento concursal resulta que: (a) los fondos propios no eran de 903.189,73 euros sino tan solo de 323.587,08 euros, destacando que ambas cifras son positivas; y (b) el resultado del ejercicio anterior no era de - 1.989.738,26 euros, sino - 2.229.247,85 euros, subrayando que ambas magnitudes eran negativas; y

(ii) el hecho de que el importe obtenido por el préstamo participativo no fuera destinado a financiar un plan de inversiones, conforme a lo expresamente pactado, sino al pago de gastos corrientes y a la extinción de otras deudas "tampoco constituye un elemento a destacar habida cuenta que la situación patrimonial era tan deficitaria que la sociedad tuvo que acudir a comunicar el pre-concurso tan solo un mes después de la firma del préstamo, lo que revela su inviabilidad en el tráfico".

Con base en estos elementos la Audiencia llega a la conclusión de que "en aplicación de los principios de autorresponsabilidad y buena fe el demandado no puede excusarse en la invocación del error como vicio invalidante de la garantía otorgada".

13.- Esta sala no comparte los criterios en que apoya su decisión la Audiencia, criterios que no se adecuan bien a la doctrina jurisprudencial expuesta.

En primer lugar, lo que se enjuiciaba en grado de apelación, y ha llegado a casación, es si hubo o no una actuación maliciosa calificable de dolo omisivo por parte de los Sres. Cesar Conrado , a través de la actuación de las sociedades controladas por los mismos "Benito Sistemas" e IBERSA, y no si el consentimiento del Sr. Arcadio adoleció de un error vicio. Como dijimos en la sentencia 30/2000, de 16 de febrero, la estrategia o



maquinación insidiosa que se identifica con el concepto de dolo del art. 1269 CC es la que se emplea para que se produzca una "percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él" (sentencia 30/2000, de 16 de febrero).

Por tanto, lo relevante es la maquinación insidiosa empleada para provocar el error, no que éste se haya llegado a sufrir, y por ello, no siendo imprescindible que se alcance el resultado de la falsa representación mental por parte del contratante que sufre el dolo, no puede excluirse éste con el argumento de que el error no fue excusable. En consecuencia, tampoco resulta acertado el argumento de la Audiencia de que, conforme a los principios de autorresponsabilidad y buena fe el demandado no puede excusarse en la invocación del error como vicio invalidante de la garantía otorgada, no solo porque esta idea envuelve una confusión entre dolo y error, sino también porque, como se dijo *supra*, según reiterada jurisprudencia no invalida el dolo la "confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada" (sentencias de 11 de julio de 2.007 y 26 de marzo de 2.009, entre otras).

En segundo lugar, tampoco resulta acertado descartar la gravedad del dolo cuando expresamente se reconoce una "distorsión" de la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad en el momento de formalizarse el préstamo participativo y el contrato de fianza, información en la que se presenta como cifra de fondos propios una que casi triplica la real (903.189,73 euros frente a tan solo de 323.587,08 euros), sin que esa distorsión se palíe por el hecho de que las diferencias existentes en la cifra del resultado del ejercicio anterior no alcance esa magnitud (se afirmó que el resultado negativo fue de - 1.989.738,26 euros, cuando realmente fue de - 2.229.247,85 euros).

En tercer lugar, la falta de trascendencia que el tribunal de apelación atribuye al hecho de que el importe obtenido por el préstamo participativo no fuera destinado a financiar el plan de inversiones previsto, conforme a lo expresamente pactado, sino al pago de gastos corrientes y a la extinción de otras deudas no resulta tampoco acertado. No se trata ahora, como se ha dicho, de valorar el posible error en la representación mental que se hubiera podido hacer el Sr. Arcadio en el momento de la firma del contrato de fianza, lo que no puede ser valorado a la luz de hechos posteriores a ese momento, sino de constatar que los hechos subsiguientes a la celebración del contrato y, en particular, el concreto destino dado a los fondos obtenidos con el préstamo sí puede resultar revelador de la intención de quien dispuso tal destino (art. 1282 CC). La gravedad del incumplimiento sobre el destino de los fondos es manifiesto pues en el contrato de préstamo se preveía tal hecho como causa de vencimiento anticipado (estipulación décima), lo que implicaba perder el derecho de carencia de dos años en la amortización del préstamo:

"No obstante el plazo de duración pactado, la prestamista podrá declarar vencido anticipadamente el préstamo a todos los efectos legales y, en consecuencia, exigir la devolución del principal vivo, más sus intereses, y gastos, en los siguientes casos: [...]"

"c) Cuando la prestataria no justifique la utilización del préstamo para la finalidad y atenciones para las que fue solicitado (...)"

En cuarto lugar, la gravedad del engaño deriva también del hecho de que el destino del préstamo al pago perentorio de gastos corrientes y deudas vencidas resultaba de una situación que ya se había revelado en un momento anterior a la celebración de los contratos de préstamo y fianza, como lo prueba el hecho de que en la comunicación al juzgado mercantil del art. 5 bis LC hecha el 8 de abril de 2013, un mes después de la firma de aquellos contratos, se alegase la "concurencia del presupuesto de insolvencia actual" de la sociedad, en alusión a las reclamaciones extrajudiciales de los acreedores y a las dificultades para atender los vencimientos mensuales de las deudas con la Tesorería de la Seguridad Social y de la Agencia Tributaria "en los dos últimos meses". No se trata solo de que desviar los fondos obtenidos del préstamo respecto del destino pactado contractualmente (desarrollo del plan de negocio destinado a reflotar la empresa) suponga alejar la posibilidad de recuperar su viabilidad económica, y de generar un efecto de vencimiento anticipado prematuro, sino que, además, pone de manifiesto, como reconoce la Audiencia, la "inviabilidad en el tráfico" de la sociedad ya en aquel momento de la celebración de los contratos de préstamo y fianza, lo que contrasta con la información proporcionada por los Sres. Cesar Conrado tanto a la sociedad prestamista como al Sr. Arcadio. Engaño que, como reconoce la Audiencia, no alcanzó a IBERSA, cofiador solidario junto con el Sr. Arcadio, pues esa sociedad estaba controlada también por los Sres. Cesar Conrado.

Finalmente, la gravedad de todo lo anterior se acentúa como consecuencia de otros tres factores adicionales: (i) la concurrencia de causa de vencimiento anticipado del préstamo y la citada inviabilidad de la empresa no solo afectaba al Sr. Arcadio por razón de su titularidad sobre el 25% del capital de la sociedad, sino también porque el precio pactado en la escritura de venta del paquete accionario del Sr. Arcadio a favor de la sociedad Ventanas del Occidente, S.L., participada por los Sres. Cesar Conrado (364.642,46 euros) se aplazó



y condicionó en dicha escritura, de forma que se haría efectivo "en el plazo de 30 días a contar a partir del 31 de julio del ejercicio siguiente al que la sociedad Benito Sistemas de Carpintería, S.A. tenga un resultado positivo después de impuestos (*bottom line*)"; (ii) la elevada cantidad afianzada de forma solidaria y con renuncia de los beneficios legales; y (iii) la desproporción entre esa fianza solidaria por la totalidad del préstamo, junto con la cofiadora Ibersa, y el porcentaje de participación en el capital de la sociedad prestataria y afianzada.

14.- En consecuencia, resulta más ajustado a la jurisprudencia de esta sala, aplicada a la base fáctica de la litis fijada en la instancia, apreciar la concurrencia del dolo omisivo en el consentimiento contractual prestado por el recurrente al formalizar el contrato de fianza controvertido, pues concurren todos los requisitos que exige para ello el Código civil y la jurisprudencia.

Recapitulando lo dicho, esta conclusión se apoya, en síntesis, en las siguientes consideraciones: (i) una vez producido el cambio accionarial de la sociedad, el Sr. Arcadio fue apartado inmediatamente de la gestión; (ii) se le obstaculizó el conocimiento de las cuentas y la situación económica de la sociedad; (iii) se impartieron instrucciones internas para no se facilitasen datos de la sociedad al Sr. Arcadio; (iv) el hijo del Sr. Mateo siguió trabajando en la sociedad relegado a labores administrativas auxiliares y tampoco tenía acceso a la información financiera de la sociedad; (v) el recurrente no intervino en la negociación del préstamo participativo ni en la elaboración del plan de negocio; (vi) las cuentas e información que los Sres. Cesar Conrado facilitaron para obtener el préstamo participativo estaban distorsionadas; (viii) el préstamo se utilizó para fines distintos de los previstos y pactados (se pagaron gastos corrientes en lugar de acometer las inversiones para reactivar la empresa); (ix) igualmente se ocultó al recurrente la presentación del pre-concurso, lo que se llevó a cabo sólo un mes después de suscribir el préstamo; (x) resulta también revelador de la preeminencia en el proceso negociador de las sociedades participadas por los Sres. Cesar Conrado el hecho de que la sociedad prestamista firmase exclusivamente con Ibersa el 27 de febrero de 2014 una escritura pública por la que documentaban un acuerdo de refinanciación del préstamo, modificando el calendario de amortización y fijando unos intereses remuneratorios por tal aplazamiento, sin intervención alguna del Sr. Arcadio.

La situación económica y financiera real de la sociedad "Benito Sistemas" era conocida por los Sres. Cesar Conrado y por las sociedades por ellos controladas, y desconocida por el recurrente, lo que presente la relevancia y gravedad exigible (art. 1270 CC) para determinar la apreciación del dolo en su modalidad de causante (*causam dans*), porque es conforme a la razonabilidad de las cosas que, de haber conocido la real situación económica y financiera existente al tiempo de perfeccionarse el vínculo contractual (préstamo y fianza), el recurrente no habría afianzado el préstamo. Tal y como concluyó acertadamente el juez de instancia "no resulta lógico que a sabiendas de la situación de insolvencia del deudor principal y poseyendo tan solo un 25% de capital en la sociedad se hubiera comprometido de forma solidaria y con renuncia a los beneficios que la ley le concede a avalar una obligación por una cuantía tan importante como la ahora reclamada".

15.- Finalmente, debemos examinar el requisito consistente en que la conducta dolosa debe resultar imputable a "uno de los contratantes", pues el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (sentencias 626/2013, de 29 de octubre, y 140/2017, de 1 de marzo, entre otras). El dolo de tercero es irrelevante por respeto a la seguridad del tráfico (sentencia de 8 de marzo de 1929).

Ya hemos advertido antes la distinción entre los vínculos obligacionales que ligan, por un lado, al deudor principal con el acreedor, el que se establece entre éste y el fiador, por otro, y el propio de la relación jurídica subyacente entre los cofiadores. La accesoriedad de la fianza responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), que determina una relación negocial compleja por la interdependencia causal entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, sin que aquellos vínculos obligacionales lleguen a confundirse, identificarse o reducirse en una única obligación.

Esa separación entre tales vínculos permite determinar los sujetos activos y pasivos de cada uno de ellos, y analizar separadamente la validez de sus declaraciones de voluntad desde el punto de vista de la posible concurrencia o no de alguno de los vicios del consentimiento de que pudieran adolecer. Desde este punto de vista, debe examinarse separadamente el requisito de la "ajenidad" de la conducta dolosa respecto las tres relaciones jurídicas conectadas en el préstamo afianzado: (i) la relación entre cada uno de los fiadores y la sociedad prestataria, (ii) la relación interna entre los cofiadores; y (iii) la relación entre cada uno de los fiadores y la sociedad prestamista.

16.- En el caso, la maquinación, en los términos en que se ha descrito, se instrumentó a través de la actuación de uno de los contratantes (la sociedad prestataria) y era conocida por otro de los contratantes (la sociedad cofiadora), de donde se deriva que las actuaciones dolosas no son imputables a "terceros", sino a "partes contratantes" en el ámbito de las concretas relaciones jurídicas existentes entre el Sr. Arcadio, como cofiador, y las citadas sociedades (prestataria y cofiadora).



Por el contrario, no puede afirmarse lo mismo respecto de la concurrencia de ese requisito en las relaciones nacidas del contrato de fianza entre el Sr. Arcadio, como cofiador, y el acreedor de la prestación fideiusoria (la sociedad prestamista). Esta sociedad ha sido ajena a la conducta dolosa sufrida por aquél, es por ello un tercero ajeno a su causación. En este sentido, en la relación obligacional que vincula al Sr. Arcadio con la prestamista no cabe imputar el dolo a "un contratante". No existe respecto del dolo un precepto similar al art. 1268 CC que, en cuanto a la violencia o la intimidación, mantienen la anulación de la obligación aunque aquellas "se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato". El art. 1269 CC exige expresamente que el dolo proceda de "uno de los contratantes", lo que responde a razones de seguridad jurídica del tráfico y del contratante ajeno a la inducción maliciosa (sin perjuicio, como precisa la doctrina, de los supuestos de complicidad o aprovechamiento ilícito del engaño por la otra parte, o cuando conocía o debía conocer el engaño ejercido por el tercero).

Como afirma una autorizada doctrina, para que el engaño por persona distinta del destinatario de la declaración no tenga que valorarse como el engaño de un tercero, a estos efectos, es necesario que la persona de quien procede el engaño esté en el negocio del lado del destinatario de la declaración. Cosa que no puede predicarse del deudor principal respecto del acreedor (destinatario de la declaración de voluntad del fiador), que son respectiva y antitéticamente sujeto pasivo y activo de la obligación garantizada.

17.- Consecuencias de la existencia del dolo omisivo en las relaciones entre la prestamista y la cofiadora que padeció el dolo y entre las cofiadoras.

La conclusión que se deriva de lo anterior es que el contrato de fianza, del que deriva un derecho de garantía a favor de la sociedad prestamista, no es anulable por razón del engaño doloso provocado por la sociedad cofiadora y conocido por la prestataria. Esta conclusión comporta que el pronunciamiento de la Audiencia de desestimar la pretensión de la demanda reconvenicional, en la que se pedía una declaración de nulidad del contrato de fianza, debe ser confirmado.

Por el contrario, el pronunciamiento de la Audiencia al estimar la demanda de la cofiadora Ibersa y condenar al Sr. Arcadio al pago de las cantidades reclamadas por el ejercicio de la acción de regreso de los arts. 1.145 y 1844 CC en virtud del pago hecho al acreedor (o los que se hagan en el futuro con arreglo al acuerdo de refinanciación) debe ser revocado, según se desprende de lo antes razonado, en la medida en que hemos concluido que la reticencia dolosa era predicable de la sociedad prestataria y fue conocida por la cofiadora demandante.

A los efectos de la presente resolución no resulta necesario que nos pronunciemos sobre el alcance de las acciones que corresponderían al Sr. Arcadio contra la cofiadora en caso de ser intimado judicialmente al pago por parte de la sociedad prestamista en virtud de las obligaciones derivadas del contrato de fianza.

18.- En consecuencia, estimamos en parte el recurso de casación y con ello revocamos parcialmente la sentencia de la Audiencia, en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto a la desestimación de la demanda presentada por Ibersa respecto de su pretensión de condena, condena que dejamos sin efecto, y confirmamos la sentencia de la Audiencia en cuanto revocaba la de primera instancia respecto de la pretensión de la demanda reconvenicional presentada por D. Arcadio de declarar la nulidad del contrato de fianza.

CUARTO.- Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado en parte, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, 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- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por D. Arcadio contra la sentencia n.º 98/2018, de 12 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 165/2017.

2.º- Anular y casar en parte la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno únicamente en lo relativo a la condena a D. Arcadio al pago de la cantidad de 43.750 euros, así como de las prestaciones futuras que se devenguen de acuerdo con los pagos que vaya realizando Ibersa con el tipo de interés fijado en el acuerdo de 27 de febrero de 2014.



3.º- No imponer las costas del recurso de casación.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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