



Roj: **SAP M 874/2017 - ECLI: ES:APM:2017:874**

Id Cendoj: **28079370282017100016**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **20/01/2017**

Nº de Recurso: **355/2016**

Nº de Resolución: **21/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimooctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.47.2-2013/0009857

**Recurso de Apelación 355/2016**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid

Autos de Pz Incidente concursal Rescisión / Impugnación actos perjudiciales para la masa activa ( Art 72 LC )  
652/2013

**APELANTE:** ADMINISTRACION CONCURSAL Belarmino

POR SÍ MISMO D. Darío

APELADO: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

PROCURADOR D. ESTEBAN JABARDO MARGARETO

APELADO: D. Belarmino

PROCURADOR D. JORGE VÁZQUEZ REY

**SENTENCIA nº 21/2017**

En Madrid, a 20 de enero de 2017.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Enrique García García, D. Pedro María Gómez Sánchez y D. Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 355/2016, los autos del procedimiento de incidente concursal nº 652/2013, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, el cual fue promovido por la administración concursal de D. Belarmino contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, DEMI STONE SL y D. Belarmino , siendo objeto del mismo el ejercicio de una acción concursal de reintegración.

Han sido partes en el recurso, la administración concursal de D. Belarmino , integrada por D. Darío y D. Jenaro , como apelante; BBVA, como apelada-impugnante, que ha actuado representada por el procurador D. Esteban Jabardo y defendido por el letrado D. Rafael Castellano; y D. Belarmino , como apelado, que se ha personado representado por el procurador D. Jorge Vázquez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 4 de noviembre de 2013 por la administración concursal de D. Belarmino contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, DEMI STONE SL y D. Belarmino , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, se suplicaba lo siguiente:

*"... se venga a dictar sentencia por la que:*

*1) Se rescinda y declare ineficaz y sin efecto alguno el aval solidario otorgado por el concursado el 9 de junio de 2008 por las obligaciones derivadas de la póliza de préstamo celebrada entre BBVA y DEMI STONE el mismo 9 de junio de 2008.*

*2) En consecuencia, se declare la inexistencia de los créditos concursales inicialmente reconocidos en la lista de acreedores a favor de BBVA derivados del otorgamiento del mencionado aval solidario ahora rescindido.*

*3) Se condene a estar y pasar por las anteriores declaraciones a los codemandados, a todos los efectos legales.*

*4) Se imponga a la parte demandada que se opusiere a las pretensiones ejercitadas y, en todo caso, al BBVA el pago de las costas procesales en pro de la masa."*

**SEGUNDO** .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil número 11 de Madrid dictó sentencia, con fecha 5 de febrero de 2015 , cuyo fallo es del siguiente tenor:

*"Que desestimando la demanda incidental formulada por la Administración Concursal de don D. Belarmino , siendo demandados el concursado, BBVA S.A y DEMI STONE, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra, con expresa imposición de costas a la actora".*

**TERCERO**.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la administración concursal de D. Belarmino se interpuso recurso de apelación, que fue admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma.

Recibidos los autos ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 8 de junio de 2016, se procedió a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La sesión para la deliberación sobre este recurso se celebró con fecha 19 de enero de 2017.

**CUARTO**.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La actuación objeto de la acción rescisoria que da motivo a este litigio lo es que, con motivo del otorgamiento de un contrato de póliza de crédito en cuenta corriente por un importe máximo de 8.000.000 euros que fue suscrito entre BBVA y DEMI STONE SL, en fecha 9 de junio de 2008, D. Belarmino firmó, además de como administrador de la mercantil mencionada en segundo lugar, en la condición de avalista solidario de la misma. El vencimiento previsto para la operación lo era el 31 de mayo de 2009. También se constituyó como garantía adicional a favor del referido banco, mediante una cláusula adicional a la póliza, la pignoración de una serie de acciones correspondientes a la sociedad anónima SOS CUÉTARA, que eran propiedad de las entidades DEMI STONE SL Y UNIÓN DE CAPITAL SAU.

DEMI STONE SL es una compañía de nacionalidad española que fue fundada en mayo de 2001, con un capital de 3.006 euros, dividido en 600 participaciones sociales que fueron suscritas por TELIDEN ALFA SL y por D. Víctor , quien fue su primer administrador único. D. Belarmino fue designado administrador único de la misma el 10 de octubre de 2003. El capital social de esta entidad fue ampliado en 999.996 euros en diciembre de 2004, el cual fue suscrito en su integridad por UNIÓN DE CAPITAL SA. Esta última compró luego, en septiembre de 2005, las 600 primeras participaciones sociales de DEMI STONE SL, pertenecientes entonces a D. Belarmino , con lo que la entidad pasó a tener carácter unipersonal. DEMI STONE fue declarada en concurso voluntario el 15 de junio de 2009. La actividad empresarial de esta entidad se centró, fundamentalmente, en la tenencia de valores.

UNIÓN DE CAPITAL SA es una entidad mercantil que fue constituida en 1989 por D. Belarmino , su entonces esposa D<sup>a</sup>. Caridad y su hermana D<sup>a</sup>. Estela . No obstante, como consecuencia de la entrada en el accionariado de la misma de la entidad de nacionalidad extranjera LENCOR INVESTMENT, a raíz de una ampliación de capital orquestada en diciembre de 1992, esta última devino en el accionista único de aquélla. Si bien la declaración de unipersonalidad no se hizo figurar en el Registro Mercantil como tal hasta octubre de 2008, en los asientos registrales ya figuran menciones de acuerdos que se adoptaron en el año 2001 merced a decisiones adoptadas por el socio único, la entidad LENCOR INVESTMENT.



Hay que tener presente que D. Belarmino acabó siendo declarado en concurso con fecha 5 de noviembre de 2009, mediante auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, el cual fue publicado en el BOE del 12 de noviembre siguiente. BBVA insinuó en dicho procedimiento la titularidad de un derecho de crédito en contra de aquél por un total de 5.346.482,82 euros (de ellos, 4.317.890,83 en concepto de principal y 1.028.591,99 como intereses), como consecuencia del citado aval. Ello motivó la ulterior reacción de la administración concursal que fue designada para encargarse del concurso del Sr. Belarmino, la cual consideró el otorgamiento del aval como una actuación perjudicial para la masa del concurso de dicha persona natural. La administración concursal subrayaba en su demanda que el Sr. Belarmino no obtenía ningún beneficio directo ni indirecto con el otorgamiento del aval, pues aunque se plegó a la exigencia del banco, él sólo era el administrador único de DEMI STONE SL, pero no era socio de la misma, puesto que se trata de una sociedad unipersonal, cuyo único accionista lo es UNIÓN DE CAPITALS SAU, que, a su vez, tiene como accionista único a la entidad extranjera LENCOR INVESTMENT SA, que, por su parte, estaría participada por un fondo de inversión luxemburgués.

La falta de éxito de la demanda en la primera instancia ha provocado el recurso por parte de la administración concursal del concurso de D. Belarmino, que aduce los siguientes motivos para apelar: 1) violación de la presunción "iruis et de irue" del artículo 71.2 de la LC, porque el Sr. Belarmino efectuó un acto a título gratuito que entrañaría perjuicio para la masa; 2º) en defecto del alegato precedente, que habría quedado demostrado que la operación conllevaría un sacrificio patrimonial injustificado para la masa; 3º) la no pertenencia de la sociedad DEMI STONE SL al Sr. Belarmino; y 4º) indebida aplicación del principio del vencimiento objetivo en materia de costas.

Por su parte, el BBVA no se ha limitado a oponerse al recurso sino que también ha planteado una impugnación en contra de la sentencia de la primera instancia, ya que ésta rechazó su planteamiento conforme al cual la garantía personal la habría constituido el Sr. Belarmino en marzo de 2007, por lo tanto, fuera del plazo que permitiría estar al alcance de la rescisión concursal; que la misma no fue un acto gratuito, porque beneficiaba al Sr. Belarmino al evitar la ejecución de la póliza de 2007; y, en cualquier caso, el aval de 2008 habría sido una mera renovación de la operación del año precedente, incluida la garantía prestada por el Sr. Belarmino, lo que conllevaría una trascendencia neutra para la masa y por lo tanto no podría ser estimado como perjudicial para ésta.

**SEGUNDO.-** La parte apelada-impugnante, BBVA, ha aportado al rollo de apelación una copia del auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, con fecha 27 de septiembre de 2016, relativo al trámite de apertura de juicio oral, que afecta, entre otros, a D. Belarmino, lo cual exige que este tribunal se pronuncie sobre la trascendencia de dicho documento, a tenor de lo previsto, in fine, en el artículo 271 de la LEC.

Lo primero que tenemos que señalar es que tal documento no cumple las exigencias del artículo 271.2 de la LEC para ser admitido como elemento de prueba en este proceso, pues pese a tratarse de una resolución judicial a la misma no puede asignársele el requisito de que pueda resultar condicionante o decisiva para resolver el presente litigio. Se trata de una resolución que es todavía de trámite y a la que no puede asignársele ningún efecto vinculante fuera del propio proceso penal, en el que cumple una función instrumental de otros pasos posteriores.

En segundo lugar, tampoco constituye dicha resolución un soporte válido para la apreciación de prejudicialidad, lo que la parte aportante simplemente insinúa, pero ni tan siquiera llega a plantear de modo directo. Un eventual problema de prejudicialidad, puesto que no hablamos de un proceso sobrevenido sino muy anterior al inicio del incidente concursal que aquí nos ocupa, debería haberse alegado en el trámite de la primera instancia para su enjuiciamiento por la vía prevista en el artículo 41 de la LEC y con sometimiento al sistema de recursos previsto en dicha norma legal.

**TERCERO.-** La prestación del aval por parte del Sr. Belarmino no constituye un acto ordinario de la actividad de este concursado. El artículo 71.5.1º de la Ley Concursal (LC) exige dos premisas para dar amparo a un acto como excluido de la rescisión concursal: que la actuación realizada lo sea de carácter ordinario en la actividad profesional o empresarial del sujeto luego concursado y que haya sido realizado en condiciones normales en el curso de ella. Lo que el legislador persigue con esta regla es preservar la seguridad del tráfico mercantil, de modo que lo que pueda estimarse como fruto de la actividad ordinaria del deudor que luego haya resultado concursado no pueda quedar afectado por los efectos de la rescisión concursal. Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2013, tales actos ordinarios son «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa». En ella se añade que «Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.// La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confieron



*en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse". En similar sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014 , que remarca que la finalidad perseguida es no caer en la desmesura de poner en riesgo toda la actividad profesional o empresarial que ha venido desarrollando el deudor .*

No podemos considerar que la prestación de la garantía por parte del Sr. Belarmino tuviera que ver con el paralelo desempeño por parte de aquél, como tal persona natural, de ninguna actividad profesional o empresarial de índole particular, lo que debería haber quedado debidamente concretado. No basta con que se le impute la realización de actividades de dirección empresarial o de intervención en las actividades de sociedades mercantiles para que de ello pueda derivarse que el otorgamiento de avales a favor de éstas forme parte de las prestaciones profesionales o empresariales que de modo habitual pueda aquél ofertar o comprometer con cierta asiduidad con los demás intervinientes en el tráfico mercantil.

Tampoco la prestación a favor de la sociedad administrada de garantías personales por parte del administrador de una entidad mercantil forma parte, precisamente, de las actividades propias del desempeño de su cargo. Entre los deberes que legalmente incumben al administrador de una sociedad capitalista no se encuentra ese, ni tampoco se trata de algo consustancial al despliegue de las labores de gestión y representación de la entidad que son las que orgánicamente ha de realizar.

Además, es claro que no podríamos entender que el otorgamiento de garantías por parte del Sr. Belarmino debiera responder a una actuación en condiciones normales, sino que más bien todo parece indicar que si éstas se constituyeron fue por la existencia de una situación extraordinaria que llevó a la entidad financiera a no conformarse con el soporte de responsabilidad que pudiera brindarle el patrimonio de la propia entidad contratante, DEMI STONE SL, ni con las garantías adicionales que ésta ofreciese, sino que se exigió que además se afectase como garantía directamente el patrimonio personal del propio administrador. El que en un contexto de dificultad el Sr. Belarmino accediese a la exigencia del banco y comprometiese su patrimonio personal a favor de una persona jurídica no puede considerarse como una actuación ordinaria de su actividad empresarial que pudiera resultar inmune ante la rescisión concursal.

**CUARTO.-** Creemos oportuno llamar la atención sobre la consideración como contextual de la garantía objeto de litigio, porque ello tiene influencia en la posibilidad de aplicar la presunción del artículo 71.2 LC .

No se ha puesto de manifiesto en este expediente que la prestación de la garantía por parte del Sr. Belarmino no debiera considerarse contextual, es decir, que la misma no debiera apreciarse como causalmente vinculada con la concesión de la operación crediticia por parte del banco.

Conforme a reiterada jurisprudencia ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012 , 30 de abril de 2014 , 21 de julio de 2014 y 2 de junio de 2015 ) sólo si el otorgamiento de la garantía hubiese sido simultáneo a la concesión del crédito bancario estaríamos ante el caso de la denominada garantía contextual por deuda ajena, que es el tipo de situación que resultaría incompatible con la apreciación de gratuidad. En los supuestos en que la garantía se hubiese prestado simultánea o contextualmente al nacimiento del crédito la misma debería presumirse onerosa, en tanto que el sacrificio del acreedor - consistente en la concesión del crédito- representa el correspondiente tanto de la obligación del prestatario como del vínculo de garante por parte del tercero. El acreedor prestamista recibe como correspondiente conjunto de su crédito, por un lado, la promesa de pago del deudor y, por otro, la garantía del tercero.

Cuando la garantía es contextual no debería ser considerada, según la consolidada doctrina jurisprudencial, como un acto incluido en la presunción del artículo 71.2 LC , porque no se trataría de una mera actuación a título gratuito. Debería tratarse de la situación contraria (ausencia de contextualidad) para que pudiera operar la presunción, que no admite prueba en contra, de que habría mediado perjuicio patrimonial (por causa del otorgamiento gratuito del aval).

Es por ello que este tribunal tendrá que agotar el análisis de la rescindibilidad de la operación desde otras perspectivas, pues no bastaría con la invocación de la presunción "iruis et de irue" del artículo 71.2 de la LC , tal como se sostiene en el primer motivo del recurso de apelación, para que pudiera justificarse la rescisión, por vía concursal, del aval objeto de este incidente.

**QUINTO.-** Escapar de la presunción del artículo 71.2 de la LC (al no negarse la contextualidad del aval otorgado por el Sr. Belarmino ) no significaría que la operación no resultase rescindible, sino que pasaría a ser analizada bajo el régimen general, de manera que, aunque no se considerara, en función de su contexto, estrictamente gratuita, si se advirtiese que la misma fuera perjudicial para la masa activa ( artículo 71.1 de la LC ) la acción





rescisoria debería prosperar. Aun atribuyéndole al acto impugnado por la administración concursal la condición de oneroso podría, no obstante, ser considerado perjudicial para la masa del concurso.

Los actos realizados por el concursado pueden ser objeto de rescisión concursal, incluso aunque lo fueran de carácter oneroso, si se aprecia que entrañaron la producción de un sacrificio patrimonial injustificado ( sentencias de la Sala 1ª del TS de 16 de septiembre de 2010 , 27 de octubre de 2010 , 14 de diciembre de 2010 , 12 de abril de 2012 , 8 de noviembre de 2012 y 30 de abril de 2014 ) para la masa activa de aquél que finalmente acaba siendo declarado en concurso ( artículo 71, en sus números 1 y 4, de la LC ). De manera que aun atribuyendo al impugnado por la administración concursal la condición de acto oneroso podría, no obstante, ser considerado perjudicial para la masa del concurso de la persona física de D. Belarmino . Así lo enfocó también la propia administración concursal al efectuar tal planteamiento de modo subsidiario, sobre el que necesariamente hemos de efectuar las correspondientes consideraciones.

Así, es conocido que existen posicionamientos doctrinales y también precedentes jurisprudenciales que han considerado que la fianza ha de considerarse onerosa cuando el fiador fuese socio de la sociedad deudora afianzada y el aval tuviera por objeto permitir la concesión del crédito necesario para la explotación social en la medida en que, aunque lo sea indirectamente, el fiador obtendría una ventaja patrimonial porque, de alguna manera, se estaría también conservando o aumentando el valor de su propio patrimonio. Sin embargo, a la vista del material probatorio obrante en autos podemos afirmar que el Sr. Belarmino no era socio de DEMI STONE SL, por lo que hemos de descartar la obtención de una ventaja patrimonial por esa vía. La entidad bancaria plantea, no obstante, que habría que considerar demostrado que el Sr. Belarmino sí era socio de aquella a través de una cadena de entidades (UNIÓN DE CAPITALES SAU y LENCOR INVESTMENT), con lo que trata de apoyar su tesis de que de ese modo sí habría obtenido una ventaja patrimonial de modo indirecto. Sin embargo, este planteamiento no ha rebasado el estadio de una mera hipótesis, que no ha quedado suficientemente respaldada por el material probatorio aportado a los autos.

Hemos de reconocer que no podemos descartar que actuaciones como las del Sr. Belarmino puedan haber respondido, dentro de la lógica del tráfico mercantil y del ánimo de lucro inherente a la operativa con entidades capitalistas, a algún trasfondo económico de implicaciones personales para él. Si éste comprometió su patrimonio del modo en el que lo hizo podría pensarse que, dado el ámbito comercial en el que se movía, algo podría aspirar a obtener por ello. Ahora bien, hemos de advertir que en este aspecto la falta de concreción que resulta del material probatorio incorporado a los autos nos impide alcanzar conclusiones diáfanas al respecto y lo que no cabe es quedarse en meras cábales fruto de la intuición. Parece claro que el Sr. Belarmino albergaría algún tipo de interés en el éxito de la operación, lo que le llevó a admitir la prestación de garantías personales por su parte, pero dado que no consta en autos que el mismo sea socio de las entidades implicadas, sino sólo administrador de DEMI STONE SL y de UNIÓN DE CAPITALES y mero representante de LENCOR INVESTMENT, es difícil que podamos concretar cuál sería ese interés propio del Sr. Belarmino , distinto al inherente a su condición de gestor social, que le movió a obrar como lo hizo. No ha sido demostrado en este proceso que DEMI STONE SL, UNIÓN DE CAPITALES SA y LENCOR INVESTMENT sean precisamente sociedades patrimoniales del Sr. Belarmino , siendo lo cierto que tampoco consta que hayan sido tratadas como tales en sede del concurso de dicha persona física. Por otro lado, también hemos de decir que, incluso si se hubiese dado tal vinculación como socio, hubiéramos debido poder constatar la existencia de un concreto impacto positivo merced a la citada operación para el patrimonio del Sr. Belarmino , ya que no debe olvidarse que éste tiene su propio círculo de acreedores que ostentan un lógico interés en la preservación del patrimonio de su deudor para que pueda responder ante ellos sin derivaciones que pudieran beneficiar a tercero.

Podríamos admitir, como hipótesis de trabajo, que no resultaba descartable, que al Sr. Belarmino pudieran haberle movido intereses económicos propios para actuar del modo en el que lo hizo, pero tampoco podríamos rechazar, sin más, la existencia de otras posibilidades, como que, en función de un mal cálculo de riesgos y en una situación económica general particularmente delicada, simplemente se hubiese plegado, en tanto que gestor social que empeña su prestigio o su vocación personal como dirigente empresarial en el éxito de un proyecto, a las ambiciosas exigencias de un banco a la hora de reclamar exhaustivas garantías para acceder a vincularse en operaciones financieras con la entidad dirigida por aquél.

La sujeción al régimen general implicaría que la carga de la prueba del perjuicio patrimonial incumbe al que ejercita la acción rescisoria ( artículo 71.4 de la LC ). Ahora bien, cuando un sujeto presta una garantía a favor de tercero y, como en el caso de autos, la eventual contrapartida para el garante, si es que se concediese que pudiera existir, siquiera de modo mediato, no revelase, por las circunstancias concurrentes, que guardara una adecuada proporción con el sacrificio patrimonial asumido, la existencia de perjuicio resultará difícil de negar. Eso es lo que ocurriría en este caso, pues no apreciamos, a la vista de la prueba aportada, la existencia de un cierto equilibrio entre la carga asumida (que suponía responsabilizarse personalmente de una deuda ajena de elevadísima cuantía) y el eventual interés económico propio y personal que, de modo por otro lado inconcreto,



podiera albergar el Sr. Belarmino . Éste contrajo un relevante compromiso para su propio patrimonio en el seno de una operación de la que no se derivaba, en principio, alguna prestación con contenido suficientemente significativo, de modo que hubiera deparado algún beneficio relevante para el garante como para que pudiera operar a modo de equivalente por el sacrificio que asumía.

La jurisprudencia ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de septiembre , 27 de octubre y 14 de diciembre de 2010 y de 12 de abril y de 8 de noviembre de 2012 , entre otras) ha añadido el calificativo de "injustificado" al sacrificio patrimonial que ha de advertirse en materia de rescisión, de manera que se huya del automatismo en este ámbito. Es necesaria una consideración particular de las circunstancias concretas del caso para comprender si la operación objeto de la acción rescisoria entraña un sacrificio patrimonial justificable o si conlleva una afectación no tolerable de la "par condicio creditorum". Asimismo, ha precisado, en lo que respecta al punto de referencia que debe adoptarse para analizar el perjuicio patrimonial para la masa activa ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012 ), que hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, pero proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva, lo que entraña valorar si con los datos de aquél tiempo se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta ya hubiese existido en aquella fecha.

Enmarcados en ese contexto comprobamos que en junio de 2008 se realizó una conducta de unilateral asunción de un cuantiosísimo endeudamiento (pues eso es lo que implica el aval o la fianza solidaria) en beneficio de tercero del que debía responder la masa activa del Sr. Belarmino en las mismas condiciones que la propia entidad deudora que era la beneficiaria del crédito obtenido de la entidad financiera. Es más, la secuencia de hechos es bastante significativa, pues revela que la asunción de responsabilidad no fue meramente potencial sino que acarreó una efectiva y muy cuantiosa afectación a su patrimonio, pues en noviembre de 2009 se produjo la declaración en concurso del Sr. Belarmino porque éste se encontraba en situación de insolvencia ante una pluralidad de acreedores y el BBVA insinuó en ese marco procesal un derecho de crédito de muy relevante cuantía.

La parte actora ha atendido la carga procesal que le incumbía en el ámbito probatorio al demostrar que el Sr. Belarmino afianzó una obligación ajena, sin recibir compensación directa por ello, y de acreditar además , hasta donde le ha sido posible, que no mediaba un interés económico particular y adecuadamente concretado que pudiera equilibrar el hecho de la prestación de la fianza, ya que el mismo no es socio de la afianzada; a ello debe unirse que no se ha acreditado de contrario en este proceso el alegato de que aquél fuese socio, de modo directo ni indirecto, de DEMI STONE SL, de UNIÓN DE CAPITALS ni de LENCOR INVESTMENT, lo que pudiera, tal vez, haber revelado un interés patrimonial propio en la revalorización de esta última entidad y de sus participadas (que, por otro lado, insistimos, debería haber sido adecuadamente señalado en su verdadero alcance para que pudiera excluirse el derecho de los acreedores de la persona física del Sr. Belarmino a cuestionar su endeudamiento a favor de un tercero). Hemos de recordar que los móviles internos no son jurídicamente relevantes, pues no integran la causa contractual, sino que hay que detectar si existen ventajas o atribuciones patrimoniales directas o indirectas para las partes implicadas. Por lo tanto, las particulares motivaciones que pudiera tener el Sr. Belarmino en obtener éxito en su gestión como administrador de unas entidades o como representante de otra o sus expectativas de perdurar en sus cargos sociales en éstas o en otras mercantiles o incluso la mera aspiración de poder, eventualmente, incrementar sus emolumentos profesionales si la operación resultaba finalmente exitosa, lo que por otro lado tampoco ha sido adecuadamente concretado en este litigio, no constituyen, analizando el problema desde el punto de vista de la reintegración concursal, apoyo suficiente para proporcionar justificación a la prestación de una garantía personal por su parte ante los financiadores de la sociedad DEMI SOTONE SL, lo que entrañaba cargar a su propio patrimonio con una responsabilidad adicional de cuantiosísima relevancia, teniendo en cuenta la afectación que entrañó para la masa activa que debería responder ante sus propios acreedores.

Este tribunal no puede considerar que haya pruebas suficientes que demuestren que el Sr. Belarmino vendría a ser una especie de socio indirecto de DEMI STONE SL, siquiera por medio de la titularidad de acciones en otras entidades que sí serían socias de ésta (en la medida en que tanto UNIÓN DE CAPITALS SA como LENCOR INVESTMENT no deberían sino ser considerados, a juicio del banco, como entidades interpuestas de carácter patrimonial). Como es obvio, esa apreciación no puede hacerse, con el adecuado rigor, a la vista de noticias de prensa o de datos extraídos de fuentes inadecuadas para sustentar una conclusión jurídica al respecto. Tampoco resulta suficiente para este fin la aportación de documentos y peritaciones que no pasan de ser meras opiniones (informes LAZARD y ERNST&YOUNG), sustentadas en el procesamiento con un criterio subjetivo de determinada información, buena parte de ella proporcionada al efecto por la propia entidad que encarga el trabajo, que además no podemos tener la certeza de que lleguen a conclusiones acertadas, porque hay un alto grado de valoración interpretativa de la misma, que no equivale a mera constatación objetiva de su contenido. No podemos derivar de los datos que se nos señalan ninguna suerte de inequívoco reconocimiento por parte del Sr. Belarmino de que el mismo fuese accionista o partícipe ni de DEMI STONE SL ni de la



entidad UNIÓN DE CAPITALS SAU al tiempo de efectuarse la operación objeto de la rescisión. La posibilidad de ejercer actuaciones de control por parte del Sr. Belarmino a través de sus cargos en otras sociedades resulta compatible con su condición de administrador o de mero representante en diversas entidades con las que ejercía derechos de voto, lo que no puede ser interesadamente confundido con la cualidad de socio titular de las acciones implicadas, que no nos consta que además ostentase Carecemos de datos concluyentes sobre los que poder construir una presunción amparada en el artículo 386 de la LEC , pues solo disponemos de un material falto de idoneidad para ello, que a lo que nos conduciría sería a sumirnos en el terreno de las meras conjeturas.

A la administración concursal le basta con demostrar que el Sr. Belarmino no es socio de DEMI STONE SL (lo que está constatado en autos) para poner de manifiesto que no podía ser precisamente esa la razón para proporcionar justificación al sacrificio patrimonial inherente a la prestación del aval ( artículo 217.2 de la LEC y 71.4 de la LC ). Por el contrario, incumbiría al banco la carga de probar, ya que es dicha entidad crediticia la que está sosteniendo tal teoría ( artículo 217.3 de la LC ),si, pese a ello, pudiera haber un interés indirecto a través de la condición, que no ha podido ser constatada, de socio de otras entidades concretas (LENCOR INVESTMENT y UNIÓN DE CAPITALS SAU) que, a su vez, fueran socias de DEMI STONE SL.

No podemos plegarnos a alegatos meramente intuitivos para tratar de construir un interés económico propio del Sr. Belarmino , al que se situaría, a través de estructuras societarias interpuestas, como la cabecera personal de un grupo societario (que no lo sería, además, en sentido técnico jurídico - artículo 42 del C. de Comercio, al que, a su vez, se remite el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores ), lo que pudiera justificar la prestación de la garantía por su parte. Para que pudiéramos alcanzar tal conclusión deberíamos dar un salto en el vacío que desbordaría la solidez del razonamiento presuntivo ( artículo 386 de la LEC ) que se nos pide que utilicemos y para el que carecemos de un punto de apoyo suficientemente riguroso para efectuar tal labor.

La utilización de la técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica no supondría una solución, pues la finalidad de la misma es que la responsabilidad pueda alcanzar a aquélla persona física que debidamente identificada hubiera intentado parapetarse en una pantalla social para defraudar a tercero, pero en modo alguno constituye un mecanismo para identificar el inconcreto sustrato personal de una persona jurídica, el cual debe ser demostrado mediante los medios de prueba admitidos por la ley. La finalidad de dicha técnica es descorrer el velo jurídico para que el que se sabe que está detrás de un ente societario no se valga, de modo fraudulento, de los mecanismos de limitación de responsabilidad que prevé el ordenamiento jurídico, pero no es el instrumento adecuado para colocar en dicha situación al que, por falta de prueba que lo demuestre, no consta que forme parte del sustrato personal de la entidad.

En estas circunstancias debemos considerar que estamos, cuando menos, como consecuencia de la operación negocial objeto de la acción rescisoria que aquí nos ocupa, ante un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa que debería responder, sin mermas en beneficio de tercero que pudieran derivar de aquélla, ante los propios acreedores del Sr. Belarmino , lo que respalda el éxito de la demanda emprendida por la administración concursal.

**SEXTO.-** El BBVA alega que, en realidad, la garantía la habría constituido el Sr. Belarmino en marzo de 2007, por lo tanto, fuera del plazo que permitiría estar al alcance de la rescisión concursal. Añade a ello que la misma no fue un acto gratuito, porque beneficiaba al Sr. Belarmino al evitar la ejecución de la póliza de 2007. Y sostiene que, en cualquier caso, el aval de 2008 habría sido una mera renovación de la operación precedente, incluida la garantía prestada por el Sr. Belarmino , lo que conllevaría una trascendencia neutra para la masa y por lo tanto no perjudicial para ésta

Lo primero que debemos puntualizar es que la operación objeto de la acción rescisoria lo es el aval prestado por D. Belarmino con fecha 9 de junio de 2008, por lo tanto, dentro del plazo de dos años previsto en el artículo 71 de la LC , pues su declaración en concurso data del 5 de noviembre de 2009. No es cierto que este acto jurídico escape al alcance cronológico de la acción rescisoria. Lo que no puede el banco es exigir que la referencia temporal parta de otra prestación de aval anterior, que es un evento diferente del aquí impugnado. La vinculación entre ambos podrá ser valorada a la hora de enjuiciar si el segundo es o no perjudicial para la masa del concurso, pero lo que no puede hacerse es identificar uno con otro, como si fueran uno solo, pues se trata de dos actos jurídicos perfectamente diferenciables.

En segundo lugar, hemos de poner en entredicho que el Sr. Belarmino consiguiese, merced a la prestación del aval, evitarse el tener que padecer una ejecución por parte del banco como consecuencia del vencimiento de la póliza del 2007. Una consideración de ese orden supone obviar que ese riesgo era muy remoto, porque el valor de las garantías reales comprometidas en los anexos a la póliza (pignoración de valores que pertenecían a las entidades DEMI STONE SL y UNIÓN DE CAPITALS SA) era todavía entonces, en la primera mitad de 2008,



de entidad suficiente como para que pudiera cubrirse la deuda con el banco (las acciones SOS CUETARA SA cotizaban a 31 de mayo de 2008, fecha de vencimiento de la primera póliza, a 14,15 euros por título, lo que multiplicado por el número de las afectadas a la garantía - 371.971 por parte de UNIÓN DE CAPITALSA SA y 461.300 por parte de DEMI STONE- suponía cobertura sobrada para el importe de lo adeudado al banco a esa fecha, que ascendía a 7.849.542,43 euros). No hay que perder de vista que el desplome en la cotización de las acciones de SOS CUETARA SA no se produjo sino a lo largo del año 2009 (así consta en el documento 4 que fue acompañado a su contestación a la demanda por el propio BBVA). No resultaría razonable pensar que en caso de ejecución el banco no habría hecho entonces, todavía en 2008, lo más lógico y habitual en el tráfico mercantil, lo que hubiera pasado por la ejecución de las garantías reales que eran suficientes para satisfacer sus derechos.

Por último, rechazamos que la prestación del aval en junio de 2008 conllevara una trascendencia neutra para la masa activa, como sostiene el banco impugnante al aducir que constituía una mera renovación de un negocio precedente. Basta comparar las condiciones de la operación concertada el 9 de junio de 2008 con la precedente, de 23 de mayo de 2007, para que se pueda constatar que las de la segunda póliza son considerablemente más gravosas que la de la primera. En concreto, en junio de 2008 se concertó una elevación del tipo de interés aplicable, tanto en lo que respecta a la referencia del tipo fijo de inicio (que se incrementó en casi un punto, pues pasó del 4,5 al 5,364 %) como en el variable que se aplicaría luego (pasó de aplicarse un diferencial de +0,65 sobre el EURIBOR al otro de +0,90). Luego el Sr. Belarmino asumió en junio de 2008 un aval sobre una operación considerablemente más gravosa que la del año precedente, por lo que la neutralidad aducida por el banco en relación con esta segunda garantía no fue tal. Como puede comprobarse, además, con la insinuación de crédito que el BBVA efectuó en el concurso del Sr. Belarmino, el importe de los intereses supone una muy considerable cuantía en el derecho que el banco se atribuye contra el concursado.

Es importante remarcar que lo que está en juego en este procedimiento no es una polémica entre el BBVA y el Sr. Belarmino, sino la necesidad de proteger al colectivo de los acreedores de este último, de modo que puedan satisfacer sus créditos con cargo a un soporte patrimonial de su deudor que no ha de resultar gravado, de manera poco justificada, con la obligación de afrontar el pago de deudas ajenas, como aquella a la que se refería el aval.

**SÉPTIMO.-** La estimación de la demanda rescisoria planteada por la administración concursal entraña los siguientes efectos: 1º) que declaremos la ineficacia del aval otorgado por D. Belarmino el 9 de junio de 2008 con respecto a las obligaciones derivadas de la póliza de crédito en cuenta corriente suscrita en esa misma fecha entre DEMI STONE SL y el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA (BBVA); y 2º) que el BBVA ya no pueda seguir figurando en el concurso del Sr. Belarmino con la condición de acreedor de éste como consecuencia del referido aval.

**OCTAVO.-** En lo que respecta al tratamiento de las costas de la primera instancia, consideramos que existen dudas significativas que justifican que no proceda efectuar expresa imposición de aquellas.

Para la aplicación de una decisión excepcional al principio del vencimiento objetivo que consagra el nº 1 del artículo 394 de la LEC (al que se remite el artículo 196.2 de la Ley Concursal) resulta imprescindible que podamos apreciar motivos que justifiquen, de modo suficiente y ajustado a la previsión legal, el que nos apartemos de la regla general en una materia trascendente como lo son las costas procesales, las cuales suponen una consecuencia económica del proceso relevante para las partes implicadas en él. Hasta el punto de que el éxito obtenido en el litigio puede verse menoscabado si no hay posibilidad de repetir en el contrario el esfuerzo económico que supone el seguimiento del proceso (fundamentalmente los honorarios de los profesionales que de modo preceptivo deben intervenir en la defensa y representación en juicio, peritajes, coste de publicaciones oficiales, etc). Si alguien ha sido obligado sin razón a acudir a la vía judicial es justo que deba posibilitársele que repercuta el coste que entraña en el causante de ello.

Si se pretende aplicar la excepción habrá que constatar, apreciándolo y razonándolo de modo expreso, pues así lo exige el nº 1 del artículo 394 de la LEC, la concurrencia en el supuesto enjuiciado de serias dudas de hecho o de derecho. Por lo que no bastaría con la mera alusión a la constatación de complejidad en el asunto, ni el empleo de fórmulas genéricas similares, para eludir la regla del vencimiento que conlleva la necesaria condena en costas para la parte vencida en el pleito.

No cabe, por otro lado, defender una discrecionalidad del juzgador para resolver sobre las costas que pueda ser equiparada a una facultad concedida a aquél para decidir lo que estime oportuno sin motivarlo conforme a ley, pues ello entrañaría el riesgo de que se incurriese en arbitrariedad. Lo que permite considerar que la estricta aplicación del principio del vencimiento será la decisión procedente en materia de las costas derivadas del proceso, a tenor de lo previsto en el nº 1 del artículo 394 de la LEC, si el juzgador se enfrenta a la ausencia de soporte para fundar de modo sólido la excepción a la regla general.





Por serias dudas, que es la fórmula empleada por el legislador, debe entenderse aquéllas que resulten trascendentes y relevantes; que lo sean de hecho significaría que el sustrato fáctico sometido a litigio no hubiera quedado suficientemente aclarado o que podría ser interpretado en sentido dispar; y que lo sean de derecho, supondría que las normas aplicables al supuesto de hecho no fuesen claras o resultasen susceptibles de diversas interpretaciones, que no existiesen pronunciamientos consolidados sobre la materia o que hubiesen mediado divergentes decisiones en casos similares por parte de distintos tribunales.

Pues bien, consideramos que, en efecto, el presente litigio hacía referencia a una situación que presenta, desde el punto de vista fáctico, algunos aspectos que resultan un tanto difusos, como lo han sido: 1º) la imposibilidad de constatar en este marco procesal el sustrato de la entidad extranjera LENCOR INVESTMENT, cuyas vinculaciones están en Luxemburgo, que ostenta una titularidad fiduciaria del 100% de las acciones de UNIÓN DE CAPITAL SA y ésta, a su vez, es la socia única de DEMI STONE SL; y 2º) que el objeto social de esta última y la actividad empresarial que ha venido desempeñando podría hacerla apta para funcionar como una entidad de índole patrimonial y por lo tanto para la mera tenencia de acciones en favor de un tercero. Tales circunstancias proyectan sobre este caso algunas sombras que pueden suscitar dudas relevantes en un observador imparcial con respecto al trasfondo de la operación objeto de este litigio, el cual pudiera haber tenido alguna influencia en la valoración del significado la misma. Es por ello que entendemos que estaría justificada la apreciación de la exención al principio del vencimiento objetivo en lo que respecta a las costas generadas por el proceso.

**NOVENO.-** A tenor de lo previsto en el nº 2 del artículo 398 de la LEC para las decisiones del tribunal en las que se acoja, ya sea de modo total o tan siquiera parcial, un recurso, tampoco procede efectuar expresa imposición de las costas derivadas de la apelación.

Consideramos que debemos dispensar un tratamiento similar a las costas derivadas de la impugnación planteada por el banco, pese a que ésta resulte rechazada, ya que el número 1 del artículo 398 se remite a los criterios del precedente artículo 394 de la LEC y ya hemos explicado en el fundamento precedente que en este litigio concurrían dudas fundadas para poder apreciar una excepción a la aplicación de la regla del vencimiento objetivo. Aunque en la impugnación del banco se plantearon alegatos que este tribunal ha rechazado, consideramos que resultaría artificioso compartimentar el tratamiento de las costas cuando el contexto de la apreciación de la excepción al principio del vencimiento objetivo planea sobre lo esencial del objeto de este proceso.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

## FALLO

1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la administración concursal del concurso de D. Belarmino contra la sentencia dictada el 5 de febrero de 2015 por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid en el proceso nº 652/2013.

2º.- Revocamos la referida resolución judicial y en su lugar estimamos la demanda de rescisión concursal presentada por la administración concursal del concurso de D. Belarmino contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA (BBVA), DEMI STONE SL y D. Belarmino .

3º.- Declaramos la ineficacia del aval otorgado por D. Belarmino el 9 de junio de 2008 con respecto a las obligaciones derivadas de la póliza de crédito en cuenta corriente suscrita en esa misma fecha entre DEMI STONE SL y el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA (BBVA).

4º.- Declaramos la inexistencia de los créditos concursales que como consecuencia de esa operación le hubieran podido ser reconocidos al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA (BBVA) en el seno del concurso de D. Belarmino .

5º.- Desestimamos la impugnación planteada por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA (BBVA).

6º.- No efectuamos expresa imposición de las costas correspondientes a ambas instancias.

Devuélvase a la parte actora el depósito que hubiera tenido que constituir para poder recurrir.

Contra la presente sentencia las partes tienen la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.



Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ