



Roj: **STS 7753/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:7753**

Id Cendoj: **28079110012010100880**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/07/2010**

Nº de Recurso: **1421/2006**

Nº de Resolución: **432/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2984/2005,**  
**STS 7753/2010**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Julio de dos mil diez.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, los recursos extraordinarios por infracción Procesal y de casación, interpuestos contra la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2005, dictada en grado de apelación, por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el rollo de apelación número 800/2004, dimanante de juicio de mayor cuantía número 220/1998, del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao, sobre condena a la entrega de obligaciones hipotecarias y responsabilidad de administradores.

Han comparecido ante esta Sala:

En calidad de partes recurrentes :

1) Don Octavio y don Jose Manuel , representados ambos por la Procuradora de los Tribunales doña MAGDALENA MAESTRE CAVANNA, sustituida por don GONZALO SANTOS DE DIOS.

2) Don Candido , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don ANTONIO RAMÓN RUEDA LÓPEZ.

3) Don José , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don ISIDRO ORQUIN CEDENILLA.

En calidad de partes recurridas:

1) El Procurador de los Tribunales don LUIS POZAS OSSET en nombre y representación de D. Carlos Miguel ; D. Aureliano ; D. Rubén ; DÑA. María Milagros ; D. Agustín ; DÑA. Josefa ; DÑA. Silvia ; D. Fulgencio ; DÑA. Caridad ; D. Moises ; DÑA. Lourdes ; D. Carlos José ; DÑA. María Dolores ; DÑA. Elvira ; DÑA. Pura ; D. Edmundo ; D. Isidro ; D. Ramón ; HEREDEROS DE DOÑA Carlota (HEREDEROS DE D. Pedro Enrique (DÑA. Melisa , DÑA. Ascension , DÑA. Florinda , D. Fabio Y D. Justo ) Y DÑA. Alejandra ); DÑA. Justa ; DÑA. Virginia ; D. Bernardino ; D. Gervasio ; D. Nemesio ; DÑA. Felisa ; DÑA. Rocío ; D. Luis Andrés ; DÑA. Camino ; D. Bernardo ; DÑA. Macarena ; HEREDEROS DE D. Gaspar ( D Pio Y DÑA. Africa ); D. Luis Carlos ; D. Benedicto ; D. Heraclio ; DÑA. Marcelina ; D. Rafael ; DÑA. María Inmaculada ; D. Jesús Manuel ; DÑA. Fátima ; D. Cecilio ; D. Guillermo , como heredero de don Porfirio ; D. Luis Antonio ; D. Casimiro ; DÑA. Ana María como heredera de don Ildefonso ; D. Ricardo , como heredero de doña Milagrosa ; D. Arturo ; D. Felipe ; D. Maximiliano ; DÑA. Emma , DON Abilio , DOÑA Olga , DOÑA Amanda Y DON Desiderio , como herederos de don Luciano ; D. Luis Manuel ; D. Bruno ; D. Gregorio ; D. Roberto ; DÑA. Sonsoles ; D Ricardo como heredero de doña Milagrosa ; DÑA. Frida y DOÑA Sofía ; y

2) El Procurador de los Tribunales DON FRANCISCO DE LAS ALAS-PUMARIÑO Y MIRANDADON en nombre y representación de don Erasmo .



## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO: LA DEMANDA

1. En fecha veinte de abril de 1998 la Procuradora de los Tribunales doña MARIA DOLORES RODRIGO VILLAR, interpuso demanda en nombre y representación de D. Carlos Miguel ; D. Aureliano ; D. Rubén ; DÑA. María Milagros ; D. Agustín ; DÑA. Josefa ; DÑA. Silvia ; D. Fulgencio ; DÑA. Caridad ; D. Moises ; DÑA. Lourdes ; D. Carlos José ; DÑA. María Dolores ; DÑA Elvira ; DÑA. Pura ; D. Edmundo ; D. Isidro ; D. Ramón ; D. Pedro Enrique ; DÑA. Alejandra ; DÑA. Justa ; DÑA. Virginia ; D. Bernardino ; D. Gervasio ; D. Nemesio ; DÑA. Felisa ; DÑA. Rocío ; D. Luis Andrés ; D. Camino ; D. Bernardo ; DÑA. Macarena ; D. Gaspar ; D. Luis Carlos ; D. Benedicto ; D. Heraclio ; DÑA. Marcelina ; D. Rafael ; DÑA. María Inmaculada ; D. Jesús Manuel ; DÑA. Fátima ; D. Cecilio ; D. Porfirio ; D. Luis Antonio ; D. Casimiro ; DÑA. Ana María ; DÑA. Milagrosa ; D. Arturo ; D. Felipe ; D. Maximiliano ; D. Luciano ; D. Luis Manuel ; D. Bruno ; D. Gregorio ; D. Roberto ; DÑA. Sonsoles ; DÑA. Frida .

2. La demanda se dirigió contra DINERGESTIÓN S.L.; UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA S.A.; D. José ; D. Octavio ; D. Jose Manuel ; D. Erasmo ; D. Francisco ; D. Candido ; D. Sixto ; D. Cayetano ; D. Eladio ; D. Pedro Miguel ; D. Cristobal ; D. Narciso ; D. Juan Enrique ; D. Domingo ; D. Modesto ; D. Bartolomé ; D. Genaro ; D. Jose María ; D. Anibal ; DOÑA Guadalupe y D. Pascual .

3. La demanda, después de exponer los hechos que entendió oportunos y de alegar los fundamentos de derecho que estimó aplicables, suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*"SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito y documentos que le acompañan, con sus copias, se digne admitirlo y tener por formulada, en nombre de quienes comparezco, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra las sociedades y personas físicas que se indican en el encabezamiento, para, previos los trámites de ley, incluido el recibimiento a prueba que desde ahora intereso, venir a dictar sentencia por la que:*

*I. Pedimentos Que formulan mis mandantes en su propio nombre y derecho:*

*A) Se condene a DINERGESTIÓN, S.A. a que entregue a cada uno de mis mandantes los títulos que, respectivamente, se enumeran y describen en el hecho 3º, apartado 4 (con remisión al documento 6) de esta demanda, así como los títulos por los que UNION y GESTIÓN FINANCIERA S.A. no extendió resguardos y a los que se refiere el apartado 5 del mismo hecho 3º de esta demanda. Entendiendo por títulos, a efectos de este pedimento y de todos los de este suplico, los originales de los documentos en que se constituyeron los derechos de crédito a que se refiere el mismo hecho 3º de la presente demanda. La remisión que en este apartado A del suplico se hace al documento número 6 de los de esta demanda es a las personas que en dicho documento número 6 figuran y se identifican como "clientes personados en la demanda", páginas 1 a 10 del mentado documento, ambas inclusive.*

*B) Caso de que la entrega a que se refiere el pedimento anterior no se realizase, se declaren resueltos los contratos celebrados entre cada uno de mis mandantes y DINERGESTIÓN, SA, condenando a DINERGESTIÓN, S.A. a satisfacer a cada uno de mis mandantes las cantidades que, respectivamente para cada uno de ellos, se establecen en el hecho 10º de esta demanda, así como los intereses legales de esas cantidades desde la presentación de esta demanda hasta el completo pago por DINERGESTIÓN, S.A. a cada uno de mis representados.*

*C) Caso de que la entrega a que se refiere el anterior pedimento A no se realizase en su totalidad, pero sí en relación con alguno de mis representados, se declaren resueltos los contratos celebrados entre DINERGESTIÓN, SA y aquellos de mis mandantes cuyos títulos no les hubieren sido entregados en su totalidad, condenando a DINERGESTIÓN, S.A. a satisfacer a cada uno de mis representados a que este apartado se refiere (es decir, aquellos a quienes no se les hubieren entregado sus correspondientes títulos) las cantidades que, respectivamente para cada uno de ellos, se establecen en el hecho 10º de esta demanda, así como los intereses legales de esas cantidades desde la presentación de esta demanda hasta el completo pago por DINERGESTIÓN, S.A. a cada uno de mis representados.*

*D) Para el caso de que DINERGESTION, S.A. no hiciera efectivas respecto a todos y cada uno de mis mandantes las obligaciones determinadas en las condenas de los anteriores apartados A, B Y C, se condene a UN ION y GESTION FINANCIERA, S.A., y solidariamente con ella a don José , don Octavio , don Jose Manuel , don Erasmo , don Candido , don Francisco , don Sixto , don Cayetano , don Eladio , don Pedro Miguel , don Cristobal , don Narciso , don Juan Enrique , don Domingo , don Modesto y don Bartolomé , así como a los señores Genaro , Jose María , Anibal , Guadalupe y Pascual , todos esos señores entre sí, a su vez, de forma solidaria, a satisfacer a cada uno de mis mandantes las cantidades que, respectivamente para cada uno de ellos, se establecen en el hecho 10º de esta demanda. Así como los intereses legales de esas cantidades*



desde la presentación de esta demanda hasta el completo pago por UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. y por todos los demás demandados a cada uno de mis representados.

E) Para el caso de que DINERGESTION, S.A. no hiciera efectivas respecto a alguno de mis mandantes, pero sí respecto a otro u otros de ellos, las obligaciones determinadas en las condenas de los anteriores apartados A, B Y C, se condene a UNION y GESTION FINANCIERA, S.A., y solidariamente con ella a don José , don Octavio , don Jose Manuel , don Erasmo , don Candido , don Francisco , don Sixto , don Cayetano , don Eladio , don Pedro Miguel , don Cristobal , don Narciso , don Juan Enrique , don Domingo , don Modesto y don Bartolomé , así como a los señores Genaro , Jose María , Anibal , Guadalupe y Pascual , todos esos señores entre sí, a su vez, de forma solidaria, a satisfacer a cada uno de mis representados respecto de los cuales las citadas condenas no se hiciesen efectivas, las cantidades que, por correspondencia con sus respectivos títulos, se establecen en el hecho 10º, en relación con el 3º, de esta demanda. Así como los intereses legales de esas cantidades desde la presentación de esta demanda hasta el completo pago por parte de los citados demandados y cualesquiera otros daños y perjuicios se acrediten en este juicio o en ejecución de la sentencia que en él se dicte.

II. Pedimentos que formulan mis representados en ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código civil , esto es, pedimentos que corresponden a derechos de su deudora DINERGESTION, S.A contra UNION y GESTION FINANCIERA, S.A. y contra los señores José , Octavio , Jose Manuel , Erasmo , Candido , Francisco . Sixto , Cayetano , Eladio , Pedro Miguel . Cristobal , Narciso . Juan Enrique , Domingo , Modesto , Bartolomé , Genaro , Jose María , Anibal , Guadalupe y Pascual .

F) Subsidiariamente, para el caso de que no hubiere lugar a estimar alguno o algunos de los pedimentos A, B, C, O y E del presente suplico, y a su vez para la hipótesis de que se compruebe la insolvencia de DINERGESTION, S.A., esto es, su incapacidad patrimonial para hacer frente a las obligaciones y condenas establecidas en los pedimentos A, B o E de este suplico, se condene a UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. a entregar a DINERGESTION, S.A. la totalidad de los títulos de las obligaciones que se especifican en el hecho 3º de esta demanda, en relación con el documento número 6 de los acompañados a la misma. Esto es, la totalidad de los títulos que en dicho documento número 6 se relacionan, comprendiendo por ello tanto los de los clientes de DINERGESTION S.A. que son demandantes en este pleito, como los de quienes no lo son.

G) También subsidiariamente,

- para el caso de que no hubiere lugar a estimar alguno o algunos de los pedimentos A, B, C, D y E del presente suplico,

- a su vez para la hipótesis de que se compruebe la insolvencia de DINERGESTIÓN, S.A. en los términos del anterior pedimento F,

- y a su vez para el supuesto de que UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. no entregue a DINERGESTIÓN, S.A. los títulos a que se refiere el anterior pedimento F de este suplico,

a) se declaren resueltos el contrato o contratos entre UNION y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. Y DINERGESTIÓN, S.A. que tuvieron por objeto los títulos a que se refiere el pedimento F de este suplico.

b) Y se condene a UNION y GESTIÓN FINANCIERA, S.A., Y solidariamente con ella a don José , don Octavio , don Jose Manuel , don Erasmo , don Candido , don Francisco , don Sixto , don Cayetano , don Eladio , don Pedro Miguel , don Cristobal , don Narciso , don Juan Enrique , don Domingo , don Modesto , don Bartolomé , don Genaro , don Jose María , don Anibal , doña Guadalupe y don Pascual , todos estos señores entre sí, a su vez, de forma solidaria, a satisfacer a DINERGESTIÓN, S.A. la cantidad de 1.324.948.098 pesetas, así como los intereses legales de esa suma desde la presentación de esta demanda hasta el completo pago a DINERGESTIÓN, S.A. por parte de los citados demandados y cualesquiera otros daños y perjuicios de DINERGESTIÓN S.A. que se acrediten en este juicio o en ejecución de la sentencia que en él se dicte."

H ) También subsidiariamente,

- para el caso de que no hubiere lugar a estimar alguno o algunos de los pedimentos A, B, C, D y E del presente suplico,

- a su vez para la hipótesis de que se compruebe la insolvencia de DINERGESTION, S.A. en los términos del anterior pedimento F,

- y a su vez para el supuesto de que UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. no entregue a DINERGESTIÓN, S.A. la totalidad de los títulos a que se refiere el anterior pedimento F de este suplico, pero sí algunos de ellos.

a) se declaren resueltos el contrato o contratos entre UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. Y DINERGESTIÓN, S.A. que tuvieron por objeto los títulos a que se refiere el pedimento F de este suplico y que UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. no hubiere entregado a DINERGESTIÓN, S.A.



b) Y se condene a UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA, S.A., Y solidariamente con ella a don José , don Octavio , don Jose Manuel , don Erasmo , don Candido , don Francisco , don Sixto , don Cayetano , don Eladio , don Pedro Miguel , don Cristobal , don Narciso , don Juan Enrique , don Domingo , don Modesto , don Bartolomé , don Genaro , don Jose María , don Anibal , doña Guadalupe y don Pascual , todos estos señores entre sí, a su vez, de forma solidaria, a satisfacer a DINERGESTIÓN, S.A. la cantidad correspondiente a los títulos no entregados por UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. a DINERGESTIÓN, S.A., cantidad que se obtendrá mediante la agregación o suma de las cantidades correspondientes a esos títulos no entregados, según el detalle contenido en el hecho 11º de esta demanda. Así como los intereses legales de esa suma obtenida de la forma dicha, computados desde la presentación de esta demanda hasta el completo pago a DINERGESTIÓN, S.A. de la mentada cantidad por parte de los citados demandados y cualesquiera otros daños y perjuicios de DINERGESTIÓN S.A. que se acrediten en este juicio o en ejecución de la sentencia que en él se dicte.

III. Pedimentos que formulan mis mandantes en su propio nombre y derecho, para el caso de que se estimen los ejercitados por la vía de la acción sub rogatoria según el apartado 11 de este suplico (pedimentos F a H), o cualquiera de ellos.

I) Se condene a DINERGESTIÓN. S.A. a realizar en favor de mis mandantes, o en su caso de aquellos de mis mandantes que en cada circunstancia corresponda, las entregas de títulos o los pagos de cantidades que se establecen en los pedimentos A, B Y C del presente suplico, que se dan aquí por reproducidos, entregas o pagos que se realizarán con los títulos o con las cantidades que DINERGESTIÓN. SA reciba de UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA. S.A. y, en su caso, de esta última y de los señores José . Octavio , Jose Manuel , Erasmo , Candido , Francisco , Sixto , Cayetano . Eladio , Pedro Miguel . Cristobal , Narciso , Juan Enrique , Domingo , Modesto , Bartolomé , Genaro , Jose María , Anibal , Guadalupe y Pascual , como consecuencia de los pedimentos que en ejercicio de la acción subrogatoria se formulan en los apartados (o cualquiera de ellos) F a H del presente suplico.

IV. Costas.

J) Se condene a cualquiera de los demandados que se opusieren a esta demanda a satisfacer a mis mandantes las costas del presente juicio."

## **SEGUNDO: LAS EXCEPCIONES DILATORIAS**

4. Admitida la demanda y repartida al Juzgado de 1ª Instancia número 10 de Bilbao que siguió los trámites de juicio ordinario de mayor cuantía con el número 220/1998, comparecieron:

- 1) El Procurador de los Tribunales don ALFONSO BARTAU ROJAS, en nombre y representación de don José , don Octavio y don Jose Manuel .
- 2) El Procurador de los Tribunales don GONZALO ARÓSTEGUI GÓMEZ, en nombre y representación de don Sixto .
- 3) La Procuradora de los Tribunales doña CARMEN MIRAL ORONoz, en nombre y representación de don Eladio .
- 4) El Procurador de los Tribunales don RAFAEL EGUIDAZU BUERBA, en nombre y representación de don Pedro Miguel .

5. Todos ellos formularon excepciones dilatorias y suspendido el plazo para contestar a la demanda y tramitado el incidente el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao, dictó Auto el 10 de diciembre de 1999 , que recurrido fue confirmado por auto de 20 de noviembre de 2000 dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

## **TERCERO: LAS DECLARACIONES EN REBELDÍA Y LAS CONTESTACIONES A LA DEMANDA**

6. Por Providencia de 20 de septiembre de 1999, fueron declarados en situación de rebeldía procesal los demandados D. Cayetano ; D. Pascual ; D. Jose María ; D. Genaro ; D. Anibal ; los ignorados herederos o herencia yacente de D. Bartolomé ; DOÑA Guadalupe ; D. Francisco ; D. Narciso y la compañía UNION y GESTION FINANCIERA S.A.

7. Reanudado el trámite, se personaron y contestaron a la demanda en los términos que consideraron oportunos las demandadas que seguidamente se indicarán, representadas por los/las Procuradores/as de los Tribunales que asimismo se mencionan:

- 1) Don GERMAN APALATEGUI CARASA., en nombre y representación de: DINERGESTION S.L., que suplicó al Juzgado:



"Tenga por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias; tenga por contestada la demanda, y a mi representada DINERGESTION, SL., por allanada a las pretensiones contra ella deducidas por los actores, para el su día previo recibimiento del pleito a prueba que desde ahora intereso, dictar sentencia conforme a lo pedido por aquellos, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas por nosotros".

2) Don ALFONSO JOSÉ BARTAU ROJAS, Procurador de los Tribunales y de don José , don Jose Manuel y don Octavio , que solicitó al Juzgado:

"SUPLICO A ESTE JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, se sirva admitirlo y previos los trámites pertinentes, tener por presentado en tiempo y forma ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA formulada de contrario contra Don José , Don Jose Manuel y Don Octavio , y dando al procedimiento el curso procesal pertinente, dictar en su día Sentencia por la que:

A.- Con la estimación de la excepción de prescripción de la acción absuelva a mis representados de la totalidad de los pedimentos formulados en la demanda.

B.- Alternativamente, y para que el supuesto en que no proceda de conformidad con lo solicitado en el apartado A.-, anterior, proceda a desestimar en su integridad la demanda formulada de contrario contra mis representados en la totalidad de sus pedimentos.

C.- En todo caso, se impongan las costas del presente procedimiento a la parte actora por su temeridad y mala fe.

Lo anterior, por ser de Justicia que se pide en Bilbao, a 5 de enero del año 2003.

3) La Procuradora doña LUCILA CANIVELL CHIRAPOZU, en nombre y representación de don Candido , que terminó suplicando:

SUPLICO AL JUZGADO: Que habiendo por presentado este escrito y documentos acompañados con copias de todo ello, se digne admitirlos, teniendo por contestada en tiempo y forma , en nombre de DON Candido , la demanda formulada contra mi representado y otros por la Procuradora de los tribunales D<sup>a</sup> María Dolores de Rodrigo Villar, en nombre y representación de DON Carlos Miguel y 55 más; y, en su día, se dicte sentencia por la que se estimen las excepciones planteadas de falta de acción en los demandantes o de legitimación pasiva en mi representado y de prescripción; y, si así no fuere apreciado, se absuelva de la demanda a mi mandante por las razones de fondo invocadas y, en todo caso, con expresa imposición de costas a la parte actora.

4) El Procurador de los Tribunales D. GONZALO ARÓSTEGUI GÓMEZ, en nombre y representación de don Sixto , que suplicó al Juzgado:

"Que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, con los documentos adjuntos y copias de todo ello, se sirva admitirlo, teniendo por contestada la demanda contra mi representado D. Sixto y otros, y tras los oportunos trámites legales, se dicte sentencia desestimatoria de la demanda contra mi mandante, bien por estimarse cualquiera de las excepciones opuestas o bien por otras razones sustantivas, y con expresa imposición de las costas causadas a los actores."

5) El Procurador de los Tribunales don Eladio en nombre y representación de doña CARMEN MIRAL ORONoz, suplicó al Juzgado:

"Que teniendo por presentado este escrito, con los documentos que lo acompañan, y copia de todo ello, se sirva admitirlo y tenga por contestada la misma dentro del plazo que le fue conferido al efecto, y una vez se efectúen y den cumplimiento a los requisitos legales establecidos en la legislación vigente, y teniéndose en cuenta la excepción interpuesta, no se entre en el fondo de la cuestión planteada, en base a ello, se dicte en su día Sentencia, por la que se le ABSUELVA a mi mandante, D. Eladio , de lo solicitado en la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante por su manifiesta mala fe en la interposición de esta demanda contra mi mandante, y en todo caso, subsidiariamente, para el supuesto, de que no se proceda a tener en cuenta la excepción planteada, en base a los hechos y fundamentos jurídicos, que se han dejado expuestos, se desestime íntegramente la demanda y se ABSUELVA a mi mandante, D. Eladio , de lo solicitado, en la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante por su manifiesta mala fe en la interposición de esta demanda contra mi mandante, y en todo caso, subsidiariamente, para el supuesto, de que no se proceda a tener en cuenta la excepción planteada, en base a los hechos y fundamentos jurídicos, que se han dejado expuestos, se desestime íntegramente la demanda y se ABSUELVA a mi mandante, D. Eladio , de lo solicitado, en la demanda planteada por los actores, con expresa condena en costas a la parte demandante por su manifiesta mala fe en la interposición de esta demanda.

6) El Procurador de los Tribunales don RAFAEL EGUIDAZU BUERBA en nombre y representación de don Pedro Miguel , suplicó al Juzgado:



*SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito en tiempo y forma con los documentos que lo acompañan, y por contestada en tiempo y forma la demanda formulada contra mi mandante por D. Carlos Miguel y otros y previos los trámites legales pertinentes, incluido el recibimiento a prueba, que desde este momento intereso, dicte Sentencia, por la que estimando la excepción planteada, desestime la demanda, y subsidiariamente y para el caso de que fuera rechazada dicha excepción, y fuera necesario entrar en el fondo del asunto, desestime la demanda en su integridad absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos de la misma, con expresa imposición de costas a la parte actora.*

*es justicia que pido en Bilbao a veintinueve de Diciembre de mil novecientos noventa y nueve.*

7) El Procurador de los Tribunales don RAFAEL EGUIDAZU BUERBA, en nombre y representación de don Cristobal, SUPLICÓ AL JUZGADO:

*SUPLICO AL JUZGADO que habiendo por presentado y admitido este escrito con sus copias, tenga por hechas las manifestaciones que contiene y por formulada CONTESTACIÓN A LA DEMANDA promovida de adverso, para, previos los oportunos trámites, dictar Sentencia acogiendo las excepciones propuestas de prescripción, y litisconsorcio pasivo necesario, por su orden o, subsidiariamente, entrando en el fondo del asunto, desestime íntegramente dicha demanda, con expresa imposición de las costas al actor, por ser preceptivo y por su notoria temeridad.*

8) Doña LORENA ELÓSEGUI IBARNAVARRO, procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Juan Enrique, suplicó al Juzgado:

*SUPLICA Que tenga por presentado en tiempo y forma el presente escrito con sus documentos anexos, y por contestada la demanda interpuesta contra mi mandante D. Juan Enrique por los actores, y, en su día, y previos los demás trámites legales, dicte sentencia en la que de conformidad con esta contestación se estimen las excepciones procesales propuestas sin entrar a conocer del fondo del asunto, o, alternativamente, y para el caso de que aquellas no prosperen, se desestime íntegramente la demanda interpuesta por los actores, contra mi mandante, con la expresa imposición de costas a los demandantes, por así proceder en Justicia que respetuosamente solicita, en Bilbao, a 14 de Octubre de 1999.*

9) El Procurador de los Tribunales don JOSÉ ANTONIO PÉREZ GUERRA, en nombre y representación de don Domingo y don Modesto, suplicó al Juzgado:

*"Que, admitiendo este escrito, con sus documentos unidos y sus respectivas copias, tenga por contestada en tiempo y forma la demanda que se ejercita de contrario y, tras los trámites oportunos, desestime íntegramente las pretensiones que en aquella se formula contra mis representados, con expresa imposición de las costas que deriven de este juicio.*

10) La Procuradora de los Tribunales doña MARÍA BASTERRECHE ARCOCHE, en nombre y representación de don Erasmo, contestó a la demanda para terminar suplicando al Juzgado:

*"SUPLICO AL JUZGADO que habiendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, se tenga por contestada, en tiempo y forma, en nombre de don Erasmo la demanda en su contra deducida por don Carlos Miguel y otros, con oposición por mi representado a dicha demanda, se dicte Sentencia, por la que:*

*Se declare que los demandantes no están legitimados para promover su demanda contra don Erasmo y, consecuentemente, que el Sr. Erasmo no está legitimado pasivamente para soportar la acción que contra el mismo se ha ejercitado, absolviéndose, en consecuencia, a mi representado.*

*Subsidiariamente, que se declare que los demandantes han procedido con notorio abuso de derecho al presentar su demanda ante los Juzgados de Bilbao, cuando obviamente la competencia para conocer de la demanda corresponde a los Juzgados y Tribunales de Madrid, capital, donde los demandados con carácter finalista tienen su domicilio, absolviéndose en consecuencia a mi representado.*

*Subsidiariamente, se estime la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, al no haber sido demandados los emitentes de las obligaciones hipotecarias cuyo importe se reclama en la demanda, y cuyos emitentes son: Urfima S.L., doña Noelia, don Segismundo, Promotora y Constructora Vega, S.A., World Park S.A., don Jacinto, don Franco, Eurimpex de Tenerife, S. L., don Marcelino, Iberoamericana Films Internacional S.A., don Clemente, Choza del Gasco S.A., Club Teide Mar S.A., don Carlos Francisco, Arnakel S.A. Y Rima del Tenerife S.A. - Y consecuentemente, se absuelva a mi representado de la demanda deducida. Subsidiariamente, que se declare que los actores han actuado con manifiesto abuso de derecho, al haber solicitado en el procedimiento penal indemnizaciones a cargo de los querellados, por los mismos conceptos y las mismas cantidades, al menos, que ahora reclamen este procedimiento declarativo, de los demandados en el, por lo que, al ser personas distintas los posibles obligados, se verían convertidos los demandantes en acreedores*

de los querellados, por un lado, y de los demandados, por otro lado, de cantidades que duplican, al menos, el importe de sus hipotéticos créditos, produciéndose para los actores un enriquecimiento injusto."

11) La Procuradora de los Tribunales doña MARÍA DOLORES DE RODRIGO VILLAR, en nombre y representación de don Carlos Miguel y otros, suplicó al Juzgado:

*"Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se digno admitirlo y tener por formulada réplica para, previos los trámites de ley, venir a dictar sentencia que, desestimando íntegramente las excepciones propuestas por los demandados y entrando a conocer del fondo del asunto, estime nuestra demanda en los términos establecidos en el suplico de la misma, que damos aquí por íntegramente reproducido. Por ser de justicia que pido en Bilbao a 2 de febrero de 2000".*

#### **CUARTO: RÉPLICA Y DÚPLICAS.**

8. La Procuradora de los Tribunales doña LORENA ELÓSEGUI IBARNAVARRO, en nombre y representación de don Juan Enrique , formuló escrito de dúplica con el siguiente suplico:

*SUPLICA Que tenga por presentado, en tiempo y forma el presente escrito, y por evacuado en tiempo y forma el trámite de Dúplica en nombre de mi mandante D. Juan Enrique , por los actores, y, en su día, y previos los demás trámites legales, dicte sentencia en la que de conformidad con la contestación de la Demanda y Dúplica se estimen las excepciones procesales propuestas sin entrar a conocer del fondo del asunto, o, alternativamente, y para el caso de que aquellas no prosperen, se desestime íntegramente la demanda interpuesta por los actores, contra mi mandante, con la expresa imposición de costas a los demandantes, por así proceder en Justicia que respetuosamente solicita, en Bilbao, a 25 de febrero de 2000.*

9. La Procuradora de los Tribunales doña LUCILA CANIVELL CHIRAPOZU, en nombre y representación de don Candido , presentó ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao, escrito de dúplica con el siguiente suplico:

*SUPLICO AL JUZGADO: Que habiendo por presentado este escrito, se digno admitirlo, teniendo por evacuado en tiempo y forma, en nombre de DON Candido , el trámite de DÚPLICA que me ha sido conferido por diligencia de Ordenación de 14 de febrero de 2000, notificada el 16 de febrero de 2000; y en su día, tras los trámites legales oportunos, se dicte sentencia por la que estimen las excepciones planteadas de falta de acción en los demandantes o de legitimación pasiva en mi representado y de prescripción; y, si así no fuere apreciado, se absuelva de la demanda a mi mandante por las razones de fondo invocadas y, en todo caso, con expresa imposición de costas a la parte actora.*

10. La Procuradora doña MARÍA BASTERRECHE ARCOCHA, en representación de don Erasmo , preparó escrito de dúplica con el siguiente suplico:

*SUPLICO AL JUZGADO que habiendo por presentado este escrito, se tenga por evacuado el trámite de dúplica y que se dicte Sentencia en los términos contenidos en el suplico de nuestro escrito de contestación a la demanda.*

11. La Procuradora de los Tribunales doña MARÍA DEL CARMEN MIRAL ORONoz, en nombre y representación de don Eladio , presentó ante el mencionado Juzgado escrito de dúplica con el siguiente suplico:

*SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma junto con sus copias, lo admita, y tenga por formulada dúplica, para, previos los trámites de la ley, desestime íntegramente las pretensiones de la demanda planteada de contrario a cuyo efecto esta parte se ratifica en el suplica de nuestra contestación a la demanda que damos aquí por reproducidos.*

12. El Procurador don RAFAEL EGUIDAZU BUERBA, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de DON Cristobal , presentó escrito de dúplica con el siguiente suplico:

*SUPLICO AL JUZGADO que habiendo por presentado y admitido este escrito con sus copias, tenga por hechas las manifestaciones que contiene y por evacuado el trámite de DUPLICA conferido, para, previos los oportunos trámites, dictar Sentencia acogiendo las excepciones propuestas de prescripción, y litisconsorcio pasivo necesario, por su orden o, subsidiariamente, entrando en el fondo del asunto, desestime íntegramente dicha demanda, con expresa imposición de las costas al actor, por ser preceptivo y por su notoria temeridad.*

13. Don RAFAEL EGUIDAZU BUERBA, Procurador de los Tribunales y de don Pedro Miguel , presentó escrito de dúplica con el siguiente suplico:

*SUPLICO AL JUZGADO, Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, en tiempo y forma, se digno admitirlo y tener por formulada Dúplica, para previos los trámites legales pertinentes, incluido el recibimiento a prueba, que desde este momento intereso, se dicte Sentencia por la que estimando la Excepción planteada, desestime la demanda, y subsidiariamente y para el caso de que fuera rechazada dicha Excepción, y fuera*



*necesario entrar en el fondo del asunto, desestime la demanda, en su integridad absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos de la misma, con expresa imposición de costas a la parte Actora.*

14. El Procurador don JOSÉ ANTONIO PÉREZ GUERRA, en nombre y representación de don Domingo y de don Modesto , formuló escrito del tenor literal siguiente:

*SUPLICO AL JUZGADO, Que teniendo por presentado este escrito con sus copias preceptivas lo admita y tenga por formulada en tiempo y forma la DÚPLICA por parte de mis representados y, en mérito de lo expuesto, tenga por fijados concreta y definitivamente los hechos y Fundamentos de Derecho establecidos en nuestra contestación a la demanda y en el presente escrito y, en su día tras los trámites oportunos dicte Sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones de los actores frente a mis representados con expresa imposición de las costas que deriven de este juicio.*

15. El Procurador de los Tribunales don GONZALO ARÓSTEGUI GÓMEZ, en nombre y representación de don Sixto , presentó escrito ante el Juzgado, solicitando:

*SUPLICO AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, teniendo por formulada la dúplica y, previos los oportunos trámites legales, dictar sentencia conforme a lo solicitado en el escrito de contestación a la demanda.*

16. El Procurador don GERMAN APALATEGUI CARASA, en nombre de DYNERGESTIÓN , SL., solicitó al Juzgado:

*SUPLICO AL JUZGADO tenga por presentado este escrito y documentos que con él se acompañan, más las copias de todo ello, lo admita, tenga por formulada dúplica para, en su día dictar sentencia en los términos expresados en el suplico de nuestra contestación, que damos por reproducido.*

17. El Procurador don ALFONSO JOSÉ BARTAU ROJAS, en nombre y representación de don José , don Jose Manuel y don Octavio , suplicó al Juzgado:

*SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por presentado en tiempo y forma el presente escrito junto a sus copias y documentos, se sirva admitirlo, tener por formulada dúplica, y previos los demás trámites legales, se sirva a dictar en su día Sentencia conforme a lo solicitado en nuestro escrito de contestación a la demanda.*

18. El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao, dictó Auto el día uno de marzo de dos mil, con la siguiente parte dispositiva:

*Los precedentes escritos presentados por los procuradores de las partes, únase a los autos de su razón, entregándose las copias a las demás partes y teniéndose por evacuado, en tiempo y forma, el trámite de dúplica.*

*Se recibe este pleito a prueba, abriéndose el primer periodo por término de VEINTE DÍAS, dentro del cual podrán proponer en uno o varios escritos, toda la que les interese, formándose piezas separadas.*

*contra este resolución cebe recurso de reposición en el plazo de TRES DIAS que se interpondrá por escrito ante este Juzgado.*

19. Recurrido el Auto anterior, el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao, dictó auto el dieciocho de abril dos mil , cuya parte dispositiva dice literalmente:

*Acuerdo estimar el recurso de reposición interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Bartau Rojas en nombre y representación de d. José , D. Jose Manuel y D. Octavio , contra el auto de uno de marzo pasado, que se mantiene en idénticos términos añadiendo su parte dispositiva "a excepción de DINERGESTION S.L.", por lo que se devolverá a DINERGESTION S.L. su escrito de dúplica.*

*De conformidad con los arts. 380 y 381 de la LEC contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto en el término de cinco días.*

#### **QUINTO. LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA Y SU ACLARACIÓN**

20. Seguidos los trámites oportunos el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao, dictó sentencia con fecha 30 de julio de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"1.- Desestimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesaria planteada por el Procurador de los Tribunales Sr. AROSTEGUI en nombre de D. Sixto .*

*2.- Desestimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesaria planteada por el Procurador de los Tribunales D. RAFAEL EGUIDAZU BUERBA en nombre de D. Cristobal .*

*3.- Desestimar la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> . MARÍA DOLORES RODRIGO VILLAR, en nombre y representación de D. Carlos Miguel , D. Aureliano , D. Rubén , D<sup>a</sup>. María Milagros , D. Agustín , D<sup>a</sup>. Josefa , D<sup>a</sup>. Silvia , D. Fulgencio , D<sup>a</sup>. Caridad , D. Moises , D<sup>a</sup>. Lourdes , D. Carlos José , D<sup>a</sup>.*





María Dolores , D<sup>a</sup>. Elvira , D<sup>a</sup>. Pura , D. Edmundo , D. Isidro , D. Ramón , D. Pedro Enrique Y D<sup>a</sup>. Alejandra , D<sup>a</sup>. Justa , D<sup>a</sup>. Virginia , D. Bernardino , D. Gervasio , D. Nemesio , D<sup>a</sup>. Felisa , D<sup>a</sup>. Rocío , D. Luis Andrés , D<sup>a</sup>. Camino , D. Bernardo , D<sup>a</sup>. Macarena , D. Gaspar , D. Luis Carlos , D. Benedicto , D. Heraclio , D<sup>a</sup>. Marcelina , D. Rafael , D<sup>a</sup>. María Inmaculada , D. Jesús Manuel , D<sup>a</sup>. Fátima , D. Cecilio , D. Porfirio , D. Luis Antonio , D. Casimiro , D<sup>a</sup>. Ana María , D. Ricardo , D. Arturo , D. Felipe , D. Maximiliano , D. Luciano , D. Luis Manuel , D. Bruno , D. Gregorio , D. Roberto , D<sup>a</sup>. Sonsoles y D<sup>a</sup>. Frida y absolver a D. Juan Enrique , D. Eladio , D. Pedro Miguel , D. Cristobal , D. Sixto , D. Domingo y D. Modesto , condenando a los demandantes y a todos estos demandados absueltos a atender las costas causadas a su instancia.

4.- Estimar la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. MARÍA DOLORES RODRIGO VILLAR, en la representación antes indicada, y condenar a DINERGESTION S.L., UNION Y GESTION FINANCIERA S.A., D. José , D. Octavio , D. Jose Manuel , D. Erasmo , D. Candido , D. Francisco , D. Cayetano , D. Narciso , D. Bartolomé , D. Genaro , D. Jose María , D. Anibal , D<sup>a</sup>. Guadalupe y D. Pascual en la forma siguiente:

A) A DINERGESTION S.L., a que entregue a cada demandante los títulos que, respectivamente, se enumeran y describen en el hecho 3º apartado 4º (con remisión al doc. nº 6) de la demanda, así como los títulos por los que UNION y GESTION FINANCIERA S.A. no extendió resguardos y a los que se refiere el apartado 5 del mismo hecho· 3º de la demanda, entendiéndose por títulos, los originales de los documentos en que se constituyeron los derechos de crédito a que se refiere el citado hecho tercero de la demanda.

B) Para el caso de que la entrega anterior no se realizara, se declaran resueltos los contratos celebrados entre cada demandante y DINERGESTION S.A., condenando a DINERGESTION S.L. a satisfacer a cada uno las cantidades que se establecen en el hecho décimo de la demanda y en el anexo del documento presentado por el actor el cuatro de diciembre de dos mil dos, e intereses legales desde el veinte de abril de 1.998 hasta hoy, devengando el global resultante interés legal elevado en dos puntos desde esta fecha hasta la completa satisfacción de los demandantes.

C) Si la entrega del apartado A no se realizara en su totalidad, pero sí en relación con alguno de los actores, se declaran resueltos los contratos celebrados por los demás y DINERGESTION S.A., condenando a DINERGESTION S.L. a satisfacer a cada uno de ellos las cantidades a que se refiere el anterior apartado B.

D) Para el caso que DINERGESTION S.L. no hiciera efectivas respecto de todos y cada uno de los demandantes las obligaciones y condenas antes indicadas, se condena a UNION Y GESTION FINANCIERA S.A. Y solidariamente con ella a D. José , D. Octavio , D. Jose Manuel , D. Erasmo , D. Candido , D. Francisco , D. Cayetano , D. Narciso , D. Bartolomé , D. Genaro , D. Jose María , D. Anibal , D<sup>a</sup> Guadalupe y D. Pascual con obligación solidaria de todos ellos entre sí, a satisfacer las cantidades que respectivamente se han indicado en el anterior apartado B.

E) Para el caso de que DINERGESTION S.L. no hiciera efectiva respecto de alguno de los demandantes, pero sí respecto de otros, las obligaciones determinadas en las condenas de los anteriores apartados A, B, Y C, se condena a UNION y GESTION FINANCIERA S.A. Y solidariamente con ella a D. José , D. Octavio , D. Jose Manuel , D. Erasmo , D. Candido , D. Francisco , D. Cayetano , D. Narciso , D. Bartolomé , D. Genaro , D. Jose María , D. Anibal , D<sup>a</sup> Guadalupe y D. Pascual , con obligación solidaria de todos ellos entre sí, a satisfacer a cada uno de esos demandantes respecto de los que la condena no se hiciera efectiva, la cantidad de por correspondencia a sus respectivos títulos, se establecen en el apartado B.

F) Se condena a la actora y DINERGESTION S.L. a que abonen las costas causadas a su instancia y las comunes, si las hubiere, por mitad. Igualmente, y para el caso de que DINERGESTION S.L. no pudiera atender los términos de aquello a lo que se le ha condenado, se impone a UNION y GESTION FINANCIERA S.A. Y a D. José , D. Octavio , D. Jose Manuel , D. Erasmo , D. Candido , D. Francisco , D. Cayetano , D. Narciso , D. Bartolomé , D. Genaro , D. Jose María , D. Anibal , D<sup>a</sup> Guadalupe y D. Pascual el abono solidario a los demandantes de las costas causadas en el procedimiento.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Conforme a la D.T. 2ª de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y su art. 457 , contra esta sentencia puede interponerse ante este juzgado recurso de apelación en el término de cinco días desde su notificación, mediante escrito de preparación en el que se indicarán los pronunciamientos que impugna.

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, lo pronuncio, mando y firmo.

21. Interesado complemento, el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao, dictó auto el 8 de octubre de 2003 , cuya parte dispositiva dice literalmente:

Acuerdo no haber lugar a complementar la sentencia de treinta de julio de dos mil tres , ni a su aclaración.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de BIZCAIA (artículo 455 LECn ), junto a la sentencia principal.



El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado por el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

#### **SEXTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN Y SU ACLARACIÓN**

22. Contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción número 10 de Bilbao, se interpuso recurso de casación por la representación Procesal de don Erasmo , D. Jose Manuel y D. Octavio , D. José y por D. Candido .

23. Admitido el recurso y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Bizcaia, las mismas se turnaron a la Sección 4ª , que lo tramitó con el número de rollo 800/2004 y dictó sentencia con fecha siete de noviembre de dos mil cinco , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS

Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por DON Jose Manuel y DON Octavio , representados por el Procurador D. Alfonso Bartau Rojas, DON José , representado por el Procurador D. Alfonso Bartau Rojas, DON Erasmo , representado por la Procuradora Dña. María Basterreche Arcocha, y por DON Candido representado por la Procuradora Dña. Lucila Canivell Chirapozu, contra la sentencia de 30 de julio de 2.003 y el auto de 8 de octubre de 2.003, dictados por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao , en los autos de Juicio de Mayor Cuantía nº 220/98:

I.- DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS los apartados A), B), Y C) del Fallo de la sentencia.

II.- DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS los apartados D), E) Y F) del Fallo de la sentencia, y en su lugar, debemos acordar y acordamos:

D) Para el caso de que Dinergestión S.L. no hiciera efectivas respecto de todos y cada uno de los demandantes las condenas antes indicadas, bien total o parcialmente:

1) Se condena a Unión y Gestión Financiera, S.A., y solidariamente con ella a D. José , D. Octavio , D. Jose Manuel , D. Erasmo , D. Candido , D. Francisco , D. Cayetano , D. Narciso , D. Bartolomé , D. Genaro , D. Jose María , D. Anibal , Dña. Guadalupe y D. Pascual , con obligación solidaria de todos ellos entre sí, a satisfacer a los demandantes las cantidades que se han indicado en el Apartado III. A) del Fundamento de Derecho Décimosegundo de esta resolución.

2) Se condena a Unión y Gestión Financiera S.A., y solidariamente con ella a D. Erasmo , D. Candido , D. Francisco , D. Cayetano , D. Narciso , D. Bartolomé , D. Aureliano , D. Jose María , D. Anibal , Dña. Guadalupe y D. Pascual , con obligación solidaria de todos ellos entre sí, además, a satisfacer las cantidades que se han indicado en el Apartado III. B) del Fundamento de Derecho Décimosegundo de esta resolución.

3) Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde el 2 de marzo de 1.994, incrementado en dos puntos desde el 30 de julio de 2.003 en que se dictó la sentencia de primera instancia, y hasta su completo pago.

E) Todo ello sin imposición de las costas procesales causadas en la primera instancia y en esta alzada".

24. La sentencia fue aclarada por auto de dieciséis de diciembre de 2005, cuya parte dispositiva dice literalmente:

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la petición de aclaración interpuesta por DON José , representado por el Procurador d. Alfonso Bartau Rojas, contra la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2005 en este rollo de apelación.

Contra el presente Auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificada (art. 267.7 LOPJ).

Los plazos para los recursos a que se refiere el anterior apartado se interrumpen, en su caso, por la solicitud y, en todo caso, comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de este auto (art. 267.8 LOPJ)

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los lltmos. Sres. Que lo encabezan. Doy fé.

#### **SEPTIMO: LOS RECURSOS**

25. El Procurador don GONZALO SANTOS DE DIOS, en nombre y representación de don Jose Manuel y DON Octavio , interpuso

1) Recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en un único motivo, basado en los artículos 216 (y, en su caso, siguientes) de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/12000 .

2) Recurso de casación con base en siete motivos:



Primero: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 949 del Código de Comercio .

Segundo: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1156, del Código Civil .

Tercero: supone infringidos los artículos 1299 y 1301 del Código Civil (artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) en lo relativo a la prescripción de las acciones de rescisión del contrario de compraventa y a la constitución de hipoteca unilateral.

Cuarto: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.b) de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (aprobada por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 1990 ).

Quinto: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1089 del Código Civil , regulador del nacimiento de las obligaciones.

Sexto: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , reguladora del Mercado de Valores.

Séptimo: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil .

26. La Procuradora de los Tribunales doña YOLANDA ECHEVARRIA GABIÑA, sustituida por el Procurador don ISIDRO ORQUIN CEDENILLA en nombre y representación de don José , interpuso:

1) Recurso extraordinario por infracción procesal con base en los siguientes motivos:

Primero: infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la ALEC ) por vulneración del artículo 359 de la LEC y los artículos 216 y 218.1 de la LEC en relación con los artículos 456 y 465.4 del mismo cuerpo legal con respecto de los intereses de la condena.

Segundo: infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la LEC ) por vulneración del artículo 359 de la ALEC y los artículos 216 y 218.1 , párrafo segundo, de la LEC en relación con los artículos 456 y 465.4 del mismo cuerpo legal.

Tercero: infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la LEC ) por vulneración de los artículos 218 y 219 de la LEC .

Cuarto: Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la LEC ) por vulneración del artículo 359 de la ALEC y los artículos 216 y 218.1 de la LEC en relación con los artículos 456 y 465.4 de la LEC .

Quinto: infracción de las normas reguladoras de la sentencia y de la distribución de la carga probatoria (artículo 469.1.2º de la LEC ) por vulnerar el artículo 1.214 del Código Civil , los artículos 217.2 y 217.6 de la LEC y el artículo 504 .

Sexto: Infracción de las normas reguladoras de la sentencia y la distribución de la carga probatoria (artículo 469.1.2º de la LEC por vulnerar los artículos 217.2 y 217.6 de la LEC, además de los artículos 385 y 386 del mismo cuerpo legal en cuanto a las presunciones, en relación todos ellos con los artículos 1214, 1249 y 1253 del Código Civil .

Séptimo: Infracción de las normas reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la LEC ) e infracción de las normas que rigen la valoración de la prueba. En concreto, infracción de los artículos 319 y 326 de la LEC, 1218 del Código Civil en relación con el artículo 218.2 de la LEC .

Octavo: Infracción de las normas reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la LEC ), por vulneración de los artículos 316.1 de la LEC, 1232.1 del código civil y 580 de la LEC en relación con el artículo 218.2 de la LEC .

Noveno: infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la LEC ) por vulnerar las normas que se refieren a la deliberación y formación de la voluntad del Tribunal (artículos 196 de la LEC y 253 de la LOPJ).

2) Recurso de casación con base en los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 477.1 de la LEC . infracción del artículo 1.111 del código Civil relativo a la acción subrogatoria.

Segundo: al amparo del artículo 477.1 de la LEC . infracción de los artículos 79 y 81 de la Ley de sociedades Anónimas 1951 respecto de la responsabilidad de administradores, así como del artículo 1902 del Código Civil con especial incidencia en los requisitos de casualidad e imputación.



Tercero: al amparo del artículo 477.1 de la LEC infracción de los artículos 1156 y 1203 del código Civil y de los artículos 1124 y 1127 del mismo cuerpo legal en cuanto a la novación de obligaciones a plazo ya vencidas y sus consecuencias.

Cuarto: al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia la infracción del artículo 949 del Código de Comercio y del artículo 1969 del código Civil en cuanto a la prescripción de las acciones ejercitadas por los actores-recurridos.

27. La Procuradora de los Tribunales doña Lucila Canivel Chirapozu, sustituida por DON ANTONIO RAMÓN RUEDA LÓPEZ en nombre y representación de don Candido , interpuso recurso de casación, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: infracción de los artículos 1968.2º y 1969 del Código Civil y 949 del Código de Comercio, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

Segundo: Infracción de los artículos 133.2 y 133 y 135 del texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 1902 del Código Civil, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

#### **OCTAVO: ADMISIÓN DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN**

28. En fecha de trece de mayo de 2008, esta Sala dictó auto del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA :

1º) ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por las representaciones procesales de D. Jose Manuel y D. Octavio de una parte, y D. José de otra, contra la Sentencia dictada, en fecha 7 de noviembre de 2005, por la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección Cuarta )

2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Candido contra la Sentencia dictada en fecha 7 de noviembre de 2005, por la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección Cuarta ).

3º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas comparecidas Dª. María Milagros y otros, así como D. Erasmo para que formalicen, si así lo tienen por conveniente, su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría."

29. El Procurador don Luis Pozas Osset, en nombre y representación de doña María Milagros Y OTROS, evacuando el traslado conferido, presentó escrito de impugnación el día 24 de junio de 2008 de los recursos formulados de contrario.

#### **SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO**

30. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de junio de dos mil diez, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**NOTA PREVIA:** Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo cuando no se indica lo contrario.

#### **PRIMERO: SÍNTESIS DE ANTECEDENTES**

##### **1. Datos previos**

31. Constituyen datos precisos para centrar la cuestión a decidir los siguientes:

1) El 6 de octubre de 1.986, al amparo del Real Decreto 1.455/1982, de 28 de mayo , por el que se regula la participación de los Agentes Mediadores Colegiados en Sociedades profesionales, los Corredores Colegiados de Comercio don José , don Octavio y don Jose Manuel , constituyeron la Sociedad "CLAUSEN, MORA Y ORTUÑO, SOCIEDAD ANÓNIMA, SOCIEDAD INSTRUMENTAL DE CORREDORES DE COMERCIO", siendo los referidos fundadores únicos accionistas y miembros del "Primer Consejo de Administración".

2) La sociedad, inscrita el día 20 de octubre de 1986, tenía por objeto social la mediación mercantil y bursátil por cuenta de terceros.

3) En septiembre de 1.988 la sociedad contrató como Jefe de Mesa de Operaciones a don Rosendo , al que confirió poder de representación y autorizó para disponer de las cuentas corrientes de la Sociedad.



4) A raíz de la entrada en vigor de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores la compañía CLAUSEN, MORA Y ORTUÑO, SOCIEDAD ANÓNIMA, SOCIEDAD INSTRUMENTAL DE CORREDORES DE COMERCIO:

- a) Procedió a la oportuna transformación y pasó a denominarse "C.M.O. S.A. SOCIEDAD DE VALORES".
  - b) Amplió el capital hasta setecientos cincuenta millones de pesetas (750.000.000 pesetas.), manteniendo los socios sus antiguas acciones y suscribiendo otras nuevas hasta dejar fijada su participación en el capital social en un 10% cada uno de ellos.
  - c) Renovó el Consejo de Administración, cesando los antiguos consejeros, si bien el cese no llevó consigo la retirada de las firmas autorizadas en las cuentas corrientes de la Sociedad.
  - d) Designó miembros del "Segundo Consejo de Administración", entre otros y en lo que aquí interesa, a don Candido .
- 5) Don Rosendo fue mantenido por el Segundo Consejo de Administración como apoderado y Jefe de Mesa hasta el 29 de noviembre de 1.990, fecha en la que fue cesado "por irregularidades en su gestión", si bien no se revocaron sus poderes hasta el 17 de octubre de 1.991.
- 6) El 30 de marzo de 1.992 la sociedad C.M.O. S.A. SOCIEDAD DE VALORES pasó a denominarse "UNIÓN Y GESTIÓN DE INVERSIÓN S.A. SOCIEDAD DE VALORES".
- 7) La sociedad cambió nuevamente su denominación el 30 de abril de 1994 pasando a denominarse "UNIÓN GESTIÓN FINANCIERA S.A.".
- 8) En Junta General de 4 de octubre de 1.995 se nombraron nuevos miembros del "Tercer Consejo de Administración" quienes dejaron a la Sociedad totalmente inoperante.

32. Paralelamente:

- 1) El 18 abril de 1.988 se constituyó la compañía DINERGESTIÓN S.A., siendo su administrador único don Basilio .
- 2) La sociedad DINERGESTIÓN prestaba servicios de gestión de instrumentos financieros para lo que, por un lado captaba dinero de sus clientes, y por otro lo colocaba en valores emitidos por terceros y, en lo que aquí interesa, gestionaba la suscripción de obligaciones hipotecarias encargadas por sus clientes-inversores y ofertadas primero por CLAUSEN, MORA Y ORTUÑO, S.A. SOCIEDAD INSTRUMENTAL DE CORREDORES DE COMERCIO y posteriormente por C.M.O. S.A. SOCIEDAD DE VALORES.
- 3) El objeto social estatutario de DINERGESTIÓN S.A., inicialmente la gestión por cuenta ajena de patrimonio en el mercado financiero, cambió el 11 de mayo de 1.990, a partir de cuya fecha tiene como objeto la intermediación en el sector inmobiliario.

## 2. La dinámica de las inversiones

33. Los hechos tenidos en cuenta por la sentencia recurrida, reordenados en lo menester y depurados de extremos innecesarios para el adecuado planteamiento de la cuestión a efectos de la presente sentencia, son los siguientes:

- 1) Los clientes de DINERGESTIÓN entregaban a esta las correspondientes cantidades de dinero con las órdenes de compra.
- 2) DINERGESTIÓN, S.A. emitía a cada cliente el correspondiente boletín de suscripción, recogándose, como cargos, las inversiones con los detalles del título adquirido, y, como abonos, las entregas de fondos por los clientes y las amortizaciones de las inversiones a vencimiento.
- 3) DINERGESTIÓN, S.A. entregaba las cantidades de dinero de los inversionistas a CLAUSEN, MORA Y ORTUÑO, S.A. SOCIEDAD INSTRUMENTAL DE CORREDORES DE COMERCIO primero, y posteriormente C.M.O. S.A. SOCIEDAD DE VALORES, que en lugar de entregar a DINERGESTIÓN S.A., los títulos correspondientes a las obligaciones suscritas por sus clientes:
  - a) Emitía una "boleta" o resguardo "al portador" que entregaba a DINERGESTIÓN y
  - b) Teóricamente depositaba los títulos en la caja fuerte de la sociedad.
- 4) Las inversiones se realizaban a plazo de un año en la modalidad de intereses "al tirón", es decir, el precio que pagaba el suscriptor por el título no coincidía con el nominal, sino en el nominal menos la cantidad a la que ascendían los intereses y a la fecha de vencimiento de cada uno de los productos financieros suscritos por clientes, éstos optaban:
  - a) Por la liquidación, con las correspondientes órdenes de desinversión.



b) Por la renovación, en cuyo caso el suscriptor nada más recibía el importe de los intereses del plazo de la prórroga y el resguardo de depósito era sustituido por uno nuevo en el que se modificaba las fechas de vencimiento de la inversión.

### 3. La cuestión litigiosa

34. Constituyen hitos del conflicto los siguientes:

1) En octubre de 1990 se detectaron problemas en las liquidaciones de C.M.O. S.A. SOCIEDAD DE VALORES, que desembocaron el 27 de junio de 1991 en la interposición de una querrela de DINERGESTIÓN S.L. contra don José , don Octavio , don Jose Manuel , don Rosendo y otras personas, dando lugar al procedimiento abreviado número 3260/91 del Juzgado de Instrucción número 45 de Madrid, y al rollo número 20.006/99 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, acumulándose las querellas interpuestas por otros inversores.

2) El 3 de octubre del mismo año DINERGESTIÓN, S.A. denunció la actuación de C.M.O. S.A. SOCIEDAD DE VALORES ante la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, lo que motivó que durante el mes de octubre de 1991 se inspeccionasen los locales de C.M.O. S.A. SOCIEDAD DE VALORES al objeto de comprobar si las obligaciones hipotecarias detalladas estaban en los locales y si de los hechos denunciados pudieran derivarse algún tipo de responsabilidad, quedado paralizada dicha actuación al ser admitida la querrela por los Juzgados de Instrucción de Madrid.

3) El 2 de marzo de 1994, una vez prescrito el posible delito fiscal relativo a inversiones en activos opacos, algunos inversores se personan en las diligencias penales abiertas a raíz de la querrela interpuesta por DINERGESTIÓN S.A. (este hecho será objeto de impugnación por don José y será objeto de estudio, si bien podemos anticipar que algunos de los demandantes se personaron en el proceso penal más tarde y otros ni siquiera llegaron a comparecer como partes perjudicadas).

4) El procedimiento penal, en el que se depositaron resguardos por un nominal de ciento treinta y tres millones quinientas mil pesetas (133.500.000 pts.), fue sobreesido por auto de 12 de febrero de 1997.

5) El 21 diciembre 1998, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, partiendo de la inspección realizada en octubre de 1991, concluyó que *"como consecuencia de la especial realizada, no se encontraron hechos que pudieran suponer por parte de C.M.O., S.A. Sociedad de valores, violación alguna de la normativa del mercado de valores"*.

### 4. Otros datos de interés

35. Finalmente, tienen interés los siguientes datos:

1) Don José se desvinculó de la mercantil C.M.O. S.A. SOCIEDAD DE VALORES al vender sus acciones el 26 de octubre de 1.989.

2) El 9 febrero 1993 don Octavio vendió a don Erasmo 7.500 acciones de UNIÓN Y GESTIÓN DE INVERSIÓN S.A. SOCIEDAD DE VALORES, por el precio de 34.625.000 de pesetas.

3) El mismo día 9 de febrero de 1993, don Jose Manuel vendió a don Erasmo 7.500 acciones de UNIÓN Y GESTIÓN DE INVERSIÓN S.A. SOCIEDAD DE VALORES, por el precio de 69.250.000 de pesetas.

4) Don Erasmo , don Candido y don Francisco vendieron sus acciones a terceras personas, en apariencia testaferros, que pagaron con dinero obtenido a crédito del Banco Árabe Español contra la pignoración de los depósitos a plazos que, con el dinero de sus clientes, tenía UNIÓN Y GESTIÓN DE INVERSIÓN S.A. SOCIEDAD DE VALORES en dicho Banco, lo que provocó la pérdida de tales depósitos, dando lugar a la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 octubre 1994 y a la de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 27 octubre 1994 calificando tales hechos como faltas muy graves.

## SEGUNDO: EL LITIGIO

### 1. La pretensión actora

36. El 20 de abril de 1998 los inversores demandantes interpusieron la demanda que ha dado lugar al litigio sometido a nuestra decisión y, en los términos transcritos en el primero de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, muy en síntesis, interesaron:

1) En su propio nombre y derecho en el extremo I del suplico:

a) En primer lugar, en los pedimentos A), B) y C), la condena de DINERGESTIÓN S.A. a la entrega de los títulos que indicaba relacionados en los apartados 4 y 5 del hecho tercero de la demanda y para el caso de que la entrega anterior no se realizase la resolución de los contratos con indemnización de daños y perjuicios.



b) En segundo lugar, en los pedimentos D) y E), para el caso de que DINERGESTIÓN S.A. no cumpliera total o parcialmente con las obligaciones y condenas impuestas en la ejecutoria, se condenase solidariamente a UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. y a los demás codemandados a pagar las cantidades señaladas.

2) Para caso de insolvencia de DINERGESTIÓN S.A., subsidiariamente y en ejercicio de la acción subrogatoria suplicaron en el extremo II del suplico:

a) En el pedimento F) la condena de UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. a entregar a DINERGESTIÓN S.A. los títulos relacionados en el hecho tercero de la demanda.

b) En el pedimento G) la resolución de los contratos entre UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. y DINERGESTIÓN S.A. y la condena solidaria de UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. y de los codemandados a satisfacer a DINERGESTIÓN S.A. 1.324.948.098 pesetas más intereses legales y daños y perjuicios.

c) En el pedimento H) la resolución de los contratos entre UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. y DINERGESTIÓN S.A. y la condena solidaria de UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. y de los codemandados a satisfacer a DINERGESTIÓN S.A. las cantidades que indicaba más intereses legales y daños y perjuicios.

3) Finalmente, en el pedimento I) del extremo III del suplico la condena a DINERGESTIÓN S.A. a entregar las cantidades que perciba de UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. y de los codemandados como consecuencia de la acción subrogatoria.

## 2. La posición de los hoy recurrentes

37. Prescindiendo de las incidencias provocadas por las excepciones dilatorias opuestas, y limitando nuestro relato de antecedentes a los extremos que tienen interés a efectos de esta sentencia, la posición mantenida por los hoy recurrentes, muy en síntesis, es la siguiente:

1) Don José , don Jose Manuel y don Octavio , opusieron la prescripción y falta de responsabilidad de sus representados, al considerar que nada se les puede reprochar, pues los hechos litigiosos se desarrollaron después de que hubiesen cesado como administradores de CLAUSEN, MORA Y ORTUÑO, SOCIEDAD ANÓNIMA, SOCIEDAD INSTRUMENTAL DE CORREDORES DE COMERCIO.

2) Don Candido , opuso la prescripción, la falta de legitimación y la inexistencia de responsabilidad.

## 3. Las sentencias

38. La sentencia de la primera instancia, en los términos transcritos en el tercero de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, muy en síntesis y en lo que aquí interesa, en el apartado 4 de la parte dispositiva:

1) Estimó los pedimentos interesados en el suplico en su propio nombre contra DINERGESTIÓN (pronunciamientos A), B) y C).

2) Estimó los pedimentos interesados en el suplico en su propio nombre contra UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. DINERGESTIÓN (pronunciamientos D) y E).

3) Se pronunció sobre las costas de la primera instancia en el apartado F).

39. La sentencia de apelación, en los términos transcritos en el tercero de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, muy en síntesis:

1) Confirmó la condena de DINERGESTIÓN SA. a la entrega de los títulos y a la indemnización de daños y perjuicios en caso de no hacerlo.

2) Revocó la condena de UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. y los demás condenados solidariamente contenida en los apartados D) y E) del apartado 4 de la parte dispositiva de la sentencia de la primera instancia, y en su lugar, para el caso de que DINERGESTIÓN S.A. no hiciese efectivas las condenas:

a) Condenó solidariamente a UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. y a los demandados que precisaba, entre ellos don Octavio , don Jose Manuel , don José y don Candido , a pagar las cantidades indicadas en el apartado III.A) del Fundamento de Derecho decimosegundo.

b) Condenó solidariamente a UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. y a los demandados que precisaba, entre ellos don Candido , a pagar las cantidades indicadas en el apartado III.B) del Fundamento de Derecho decimosegundo.

c) Dispuso que las cantidades referidas devengasen intereses legales desde el 2 de marzo de 1994, incrementados en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia.

3) También revocó el pronunciamiento sobre costas de la primera instancia, que dejó sin efecto, y acordó no hacer imposición de las de apelación.



## 6. Los recursos

40. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se interpusieron los siguientes recursos:

- 1) Don Octavio y don Jose Manuel , recurso extraordinario por infracción procesal con base en un único motivo, y recurso de casación con base en siete motivos.
- 2) Don José recurso extraordinario por infracción procesal con base en nueve motivos, y recurso de casación con base en cuatro motivos.
- 3) Don Candido recurso de casación con base en dos motivos.

## 7. Sistemática de la sentencia

41. En el primer otrosí digo de su recurso don Octavio y don Jose Manuel interpusieron con carácter subsidiario al de casación, recurso extraordinario por infracción procesal, a fin de que se declarase la nulidad de actuaciones por haberse dictado sentencia sin haberse provenido su escrito de 10 noviembre, por el que interesaron la incorporación a autos del testimonio de títulos de las obligaciones hipotecarias y de duplicados de resguardos de depósito cuyos originales se encuentran en el procedimiento abreviado 3260/91 del juzgado de instrucción número 45 de Madrid , lo que sería evidencia de la falsedad de los aportados en el litigio.

42. La falta de valoración de tales documentos se alega por don José en su recurso extraordinario por infracción procesal.

43. Además los referidos don Octavio y don Jose Manuel en el tercer otrosí han interesado su unión a los autos en esta fase del litigio.

44. Razones sistemáticas aconsejan su tratamiento conjunto y previo al examen de los demás motivos, ya que su estimación nos abocaría a devolver los autos a la instancia a fin de reponer las actuaciones al momento en que se hubiere cometido la falta.

### TERCERO: INEXISTENCIA DE NULIDAD DE ACTUACIONES

1. Enunciado y resumen del recurso interpuesto por don Octavio y don Jose Manuel

45. El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don Octavio y don Jose Manuel , al amparo de lo dispuesto "en los artículos 216 (y, en su caso, siguientes)" de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 , se resume en los siguientes términos:

*El fallo infringe lo dispuesto en el artículo 216 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , al haberse dictado la Sentencia sin haberse proveído -con independencia de que se dé a este motivo tratamiento también de nulidad de actuaciones- nuestro escrito registrado de entrada ante la Audiencia el diez de noviembre de 2005 con Testimonios de originales de obligaciones hipotecarias depositadas en el Juzgado de Instrucción 45 de los de Madrid y demostración de existencia, también con testimonios judiciales, de duplicados de resguardos de depósito que evidencian su nulidad, debiéndose haberse esperado a dictar Sentencia a tener en cuenta tales testimonios, con cuya evidencia la Sentencia hubiera tenido que ser de otro tenor.*

### 2. Enunciado y desarrollo del noveno motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José

46. El noveno motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la LEC ) por vulnerar las normas que se refieren a la deliberación y formación de la voluntad del tribunal (artículos 196 de la LEC y 253 de la LOPJ).*

*Indefensión ocasionada a mi mandante por la Sala a quo, pues la misma debió variar el fallo de la sentencia en virtud de los documentos acompañados por la representación procesal de los codemandados señores Octavio y Jose Manuel en su escrito presentado ante la audiencia provincial de Bizkaia el pasado 10 de noviembre de 2005.*

47. En el desarrollo del motivo argumenta:

- 1) Que el 10 de noviembre de 2005 la representación procesal de los señores Octavio y Jose Manuel aportó la documentación que indica, consistente en testimonio de las obligaciones hipotecarias objeto del litigio y de duplicados de resguardos de depósito cuyos originales se encuentran en el procedimiento abreviado 3260/91 del Juzgado de Instrucción nº 45 de Madrid , pendiente ante la Audiencia Provincial de Madrid Rollo 2006/99 ;
- 2) Que tal documentación evidencia la falsedad de los aportados en el litigio; y





3) Que la sentencia recurrida fue dictada con posterioridad a la aportación de tales documentos, aunque conste como fecha de la sentencia el 7 de noviembre de 2005 ; y

4) Que pese a todo la sentencia recurrida ha rechazado analizar su incidencia para la decisión del litigio.

48. Ello comporta, según la recurrente, la vulneración de los artículos 194 y siguientes, 196, 208, 209 y 212 y demás concordantes y 214 , todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 253 y 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

### 3. Valoración de la Sala

#### 3.1. Desestimación del recurso interpuesto por don Octavio y don Jose Manuel .

49. Para rechazar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don Octavio y don Jose Manuel , es suficiente significar que, desde el momento en que la propia parte afirma que la prueba fue irregularmente rechazada, no puede haberse vulnerado la exigencia de que los tribunales civiles decidan los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, contenida en el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ya que, en su caso, la infracción, lo sería del derecho a la prueba.

50. Ahora bien, no puede alegar indefensión quien se sitúa en ella por pasividad, impericia o negligencia, ya que, como precisa la sentencia número 681/2009, de 30 de octubre , para que pueda entenderse vulnerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes se requiere:

1) Que se haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido; y

2) Que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento.

51. En el caso sometido a nuestra decisión:

1) El principio de preclusión impide que los litigantes, haciendo tabla rasa de todas las reglas que regulan la presentación de documentos y la proposición y práctica de la prueba, aporten documentos después de la vista o del juicio, fuera de los supuestos excepcionales del artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2) El artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , tanto en la redacción anterior a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre , de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, aplicable por razones intertemporales en atención a la fecha de la aportación del documento, como en su actual redacción, tras proclamar como regla la inadmisibilidad de documentos, instrumentos, medios, informes o dictámenes después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre diligencias finales en el juicio ordinario, en el apartado 2 admite por excepción que se aporten sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa en los siguientes términos: "*Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso*".

3) En el caso enjuiciado, la documentación aportada no reúne los requisitos exigidos para que quiebre la regla general de preclusión de proposición y práctica de prueba documental, por lo que su rechazo en modo alguno pudo vulnerar el derecho a la prueba de la parte.

#### 3.2. Desestimación del recurso interpuesto por don José .

52. Por las razones expuestas está abocado al fracaso el noveno motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José , a las que cabe añadir:

1) Que la acumulación de preceptos heterogéneos que se dicen infringidos redundando en la falta de claridad del motivo, ya que, a la postre, no queda claro si lo que se denuncia es el retardo en dictar sentencia desde la deliberación y votación; la falta de señalamiento para deliberación y fallo en un rollo en el que ya había celebrado vista; la falta de coincidencia entre la fecha de la sentencia y su publicación; la composición del Tribunal; o la intangibilidad de las sentencias.

2) No es a la parte a la que corresponde acordar las "diligencias finales", y menos aun transformar la aportación extemporánea de documentos en "práctica" de diligencias que no habían sido acordadas.

3) La fe pública de la Secretaria de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial, se extiende a lo por ella certificado: el tenor literal de la sentencia, y la fecha de su publicación, pero no al día en que fue pronunciada y firmada.

4) La publicidad de las sentencias, por hipótesis, es necesariamente posterior en el tiempo al momento en que estas se dictan, y no tienen que coincidir necesariamente la fecha de la decisión y firma -a partir de cuyo momento devienen intangibles-, con la de su publicación.

### CUARTO: IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA



53. Como hemos indicado don Octavio y don Jose Manuel han interesado la práctica de la prueba documental que se afirma fue indebidamente rechazada, para la incorporación el testimonio de la certificación de los títulos originales de obligaciones hipotecarias obrantes en las actuaciones penales que emitió en noviembre de 2005 la Ilma. Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

54. Tal petición no puede prosperar por las siguientes razones:

1) Es incompatible la petición de prueba con la impugnación de la sentencia recurrida por haberse negado o silenciado su valoración por la Audiencia Provincial, ya que o fue aportada en tiempo y el control sobre la regularidad de su rechazo debe articularse por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, o, alternativamente, fue aportada después de la sentencia, en cuyo caso no cabía impugnar la misma con base en su rechazo, por lo que habiendo optado en primer término por la impugnación de la sentencia, quedó cegada la vía que es incompatible con tal impugnación.

2) Precluida la fase de proposición y práctica de prueba, los documentos cuya incorporación se solicita no se hallan en ninguno de los supuestos en los que la norma admite excepcionalmente su aportación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL INTERPUESTO POR DON José

## QUINTO: PRIMERO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

55. El primero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos.

*Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) por vulneración del artículo 359 de la LEC y los artículos 216 y 218.1 de la LEC en relación con los artículos 456 y 465.4 del mismo cuerpo legal respecto de los intereses de la condena.*

*Incongruencia ultra petita con efecto de reformatio in peius, por cuanto la sentencia dictada en segunda instancia condena al pago de intereses desde una fecha muy anterior a la pedida por los actores en su escrito de demanda y concedida en la sentencia de primera instancia, sin que los demandantes hubieren procedido a apelar ni impugnar dicha sentencia de primera instancia.*

56. En el desarrollo del motivo argumenta, en síntesis:

1) Que los demandantes suplicaron la condena de intereses de las cantidades reclamadas "tomando como día inicial el de la presentación de esta demanda".

2) Que la sentencia de la primera instancia condenó al pago de intereses legales "desde el 20 de abril de 1998".

3) Que, pese a que los demandantes no impugnaron este pronunciamiento, la sentencia de apelación modificó la fecha de inicio del cómputo de intereses, fijándola en el 2 de marzo de 1994, fecha en la que tan solo algunos de los demandantes se habían personado en el procedimiento abreviado 3260/1991 del Juzgado de Instrucción número 45 de Madrid.

### 2. Valoración de la Sala

57. La respuesta al motivo así planteado debe partir de las siguientes premisas:

1) Nuestro sistema, aunque acota los poderes de las partes para la configuración del proceso, cuando se litiga por derechos disponibles atribuye a los litigantes la facultad de decidir las cuestiones que someten a la decisión de los tribunales y la concreta tutela que demandan, de tal forma que corresponde a las partes decidir si acuden a los tribunales y fijar los límites dentro de los que, por imperativos de lo dispuesto por el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá pronunciarse el tribunal.

2) En fase de apelación la congruencia de las sentencias debe partir de que el tribunal de la segunda instancia tiene plena cognición sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del litigio, pero con los límites que imponen las pretensiones impugnatorias, por lo que el conocimiento del Tribunal de apelación está delimitado, además de por los términos en los que fue definido el proceso en la primera instancia, por las pretensiones impugnatorias, lo que veta la reforma peyorativa de aquellos pronunciamientos de la sentencia que hayan devenido firmes por no haberse impugnado.

3) En consecuencia, dada la inexistencia de impugnación del pronunciamiento sobre intereses, la cuestión a examinar es si lo concedido por la Audiencia supera los topes fijados por la sentencia de la primera instancia o, dicho de otro modo, si la sentencia de apelación ha otorgado más intereses de los que fueron concedidos por la sentencia de la primera instancia pese a que la demandante no recurrió el pronunciamiento referido a los mismos.



58. Veamos ahora los términos a comparar:

1) El fallo de la sentencia de la primera instancia -en este extremo resultan absolutamente irrelevantes los argumentos-, condena a DINERGESTION S.L., y en lo que interesa al recurso al recurrente, a satisfacer a los demandantes *"las cantidades que se establecen en hecho décimo de la demanda y en el anexo del documento presentado por el actor el cuatro de diciembre de dos mil dos, e intereses legales desde el veinte de abril de 1998, hasta hoy"*.

2) La sentencia de apelación condenó solidariamente a UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. y a plurales demandados, entre ellos al recurrente, a pagar las cantidades Indicadas en el apartado III.A) del Fundamento de Derecho decimosegundo.

59. La falta de literosuficiencia del fallo y de la sentencia nos obliga a investigar en primer término las cantidades fijadas en el hecho décimo de la demanda y en el anexo identificado en el fallo de la sentencia de la primera instancia, para comprobar cuales son las cantidades objeto de condena con el siguiente resultado:

1) Las cantidades fijadas en el hecho décimo de la demanda eran el resultado de una operación aritmética en dos pasos consistente en:

a) Sumar a la cantidad ingresada en DINERGESTIÓN o "principal" los "intereses legales" calculados según la fórmula del interés simple desde las fechas de las entregas del principal hasta el 8 de abril de 1998.

b) Del resultado así obtenido detraer las cantidades "anticipadas" por DINERGESTIÓN.

2) A su vez el anexo al documento presentado por la demandante el 4 de diciembre de 2002 constituye un cálculo de cantidades entregadas por quince de los demandantes y los intereses devengados desde la efectiva entrega a DINERGESTIÓN hasta el 20 de abril de 1998.

60. Es decir, la sentencia de primera instancia condenó:

1) Al pago del principal.

2) Al pago de los intereses legales desde las *"entregas de principal"* hasta el 8 de abril de 1998 en unos casos y hasta el 20 de abril de 1998 en otros.

3) Al pago de los intereses legales desde la demanda calculados sobre el capital, y de los Intereses capitalizados y sumados al principal.

61. La sentencia de apelación condenó a satisfacer *"las cantidades que se han indicado en el Apartado III. B) del Fundamento de Derecho Décimosegundo de esta resolución"* y, además *" Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde el 2 de marzo de 1.994, incrementado en dos puntos desde el 30 de julio de 2.003 en que se dictó la sentencia de primera instancia, y hasta su completo pago"*.

62. La razón de tal pronunciamiento es que *"Este tribunal considera que el cómputo de la mora, una vez vencido el plazo de la obligación hipotecaria (que acontece durante los años 1990 y 1991), comienza desde que los aquí demandantes se personaron en la causa penal, lo cual acontece el 2 marzo 1994, no pudiendo devengar intereses de la deuda durante la inactividad de los demandantes, en cuanto a la determinación de los daños y perjuicios"*.

63. En consecuencia, mientras la sentencia de primera instancia concede intereses simples desde la fecha de entrega de las cantidades invertidas hasta la demanda e intereses compuestos desde la demanda, la de apelación concede intereses simples desde el 2 de marzo de 1994, por lo que no otorga más de lo concedido en la sentencia de la primera instancia, sino menos, por lo que no concurre reforma peyorativa y el motivo debe ser desestimado.

## **SEXTO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

64. El segundo de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2° de la LEC ) por vulneración del artículo 359 de la LEC y los artículos 216 y 218.1 , párrafo segundo, de la LEC en relación con los artículos 456 y 465.4 del mismo cuerpo legal.*

*Incongruencia extra petita por alteración del objeto de la litis en cuanto al fundamento de la responsabilidad de mi representado, pues la sentencia de apelación se basa en un fundamento distinto tanto del alegado por los actores en su demanda como del establecido en la sentencia dictada en primera instancia, sin que esta hubiera sido apelada por los demandantes.*



65. En su desarrollo del motivo argumenta, en síntesis:

1) Que la sentencia de la primera instancia, de acuerdo con lo pedido en la demanda, fundamentó la condena del recurrente en la negligencia en la contratación y control de la actuación de un empleado, siendo esta negligencia lo que permitió la desaparición o falta de solvencia de los títulos intermediados.

2) Que la sentencia de apelación por un lado califica tal comportamiento de baladí y por otro sustenta la condena en que: *"Se estima que los Corredores-apelantes pusieron en circulación la emisión de las obligaciones hipotecarias durante el ejercicio de sus cargos como administradores, luego responderán de las vicisitudes posteriores de las obligaciones hipotecarias, entre ellas, sin lugar a dudas las renovaciones o prórrogas, es decir, responden desde su introducción en el mercado financiero hasta la extinción de las mismas"*.

66. A partir de tales premisas concluye que la sentencia de apelación sustituye la culpa in vigilando por la *"responsabilidad objetiva de producto"*, por lo que hay una mutación del fundamento jurídico de la condena determinante de incongruencia.

## 2. Valoración de la Sala

67. El deber que a los Jueces y Tribunales exige el artículo 1.7 del Código Civil de conocer el Derecho y de juzgar conforme al mismo *-da mihi factum, dabo tibi ius-*, no siempre permite la aplicación de la norma material que el juzgador entiende adecuada para la decisión del caso, ya que es preciso conjugar el mismo con el de congruencia de las sentencias que impone el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que conlleva no sólo la adecuación de su parte dispositiva a las pretensiones de las partes, sino también el respeto a la causa de pedir entendida como fundamento jurídico-fáctico de las peticiones deducidas en el proceso.

68. En consecuencia, el Juez no puede dar a quien suplica lo que justamente pide pero por causa diferente a la que motivó la petición cuando para ello debe apartarse de los hechos esenciales fijados por las partes para justificar lo pretendido, ni sustentar el fallo en fundamentos diversos de los alegados, siempre que, como apuntan entre otras muchas las sentencias 211/2010, de 30 de marzo, y 834/2009, de 22 de diciembre :

1) Sean determinantes del fallo; y

2) Excediendo los límites que tolera el principio *iura novit curia*, provoquen privación o disminución del derecho de contradicción

69. Pues bien, como pone de relieve la oposición al recurso, el motivo tergiversa el recto sentido del razonamiento de la sentencia de la segunda instancia, de tal forma que basta situar en su contexto el párrafo transcrito en el motivo para constatar que, más allá de la precisión técnica de las expresiones utilizadas, la sentencia de la Audiencia impone el deber de responder a los administradores condenados no porque el *"producto puesto en circulación"* sea defectuoso, sino por su actuación al poner en marcha un mecanismo de mediación tan carente de medidas de control sobre la custodia de los títulos por los empleados señores Borja y Rosendo, la solvencia de las emisoras y su regularidad: *"...el Sr. José, conjuntamente con el Sr. Octavio y Sr. Jose Manuel, puso en funcionamiento el negocio de las obligaciones hipotecarias, con la gestión y administración de la sociedad. Participó en la decisión de no contabilizar las operaciones, de acordar una simple "boleta" para el cobro de comisiones, de expedir los resguardos de depósito, toleró el sistema de archivo y custodia de títulos que conllevó su desaparición, y el llamado control, o, ausencia del mismo, al empleado Don. Borja y posteriormente Sr. Rosendo", a lo que añade "En el caso de autos, el arto 79 del Ley de Sociedades Anónimas de 1.951 ha sido correctamente aplicado, careciendo de consistencia impugnatoria los alegatos, ya que no tiene en consideración los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, los que acreditan suficientemente el actuar malicioso o al menos de negligencia grave con omisión de las facultades de los administradores en el negociado de las operaciones sobre obligaciones hipotecarias"*.

70. Consecuentemente con lo expuesto, el motivo debe ser rechazado.

## SÉPTIMO: TERCER MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

71. El tercero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos.

*"Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la LEC) por vulneración de los artículos 218 y 219 de la LEC.*

*Condena cuya efectividad y cuantía definitiva queda condicionada a la actuación diligente de un tercero interesado y parte y que se ha allanado a la demanda.*

72. En el desarrollo del motivo argumenta, en síntesis:



1) Que la sentencia deja la cuantía de la condena en absoluta indeterminación ya que su resultado final *"dependerá no de la aplicación de bases objetivas concretas y/o de operaciones de liquidación, en los términos de los artículos 219 o 712 y ss. de la LEC, sino de la actuación procesal futura por parte de DINERGESTIÓN, SL y/o de los demandantes consistente en instar las ejecuciones de las hipotecas"*, añadiendo que *"ni la sentencia de instancia ni la de apelación se refieren a qué títulos - todos ellos al portador - corresponden a cada demandante"*.

2) Que la sentencia no especifica a quién ha de entregarse cada uno de los títulos al portador.

3) Que la ejecutividad de la sentencia se somete a que la mercantil DINERGESTION, como portador de las obligaciones hipotecarias, o los titulares de las mismas inicien un procedimiento de ejecución hipotecaria que ni siquiera ha sido intentado y, respecto de los títulos "desaparecidos" queda condicionada a que estos sean objeto de recuperación por el trámite expresamente previsto en los artículos 547 y siguientes del Código de Comercio .

4) Que se ignora cuál será el diferencial entre lo que pueda obtenerse por DINERGESTIÓN y lo aportado por los demandantes a la citada sociedad, por lo que se desconoce la cantidad que tendrá que ser abonada, entre otros, por el recurrente.

## 2. Valoración de la Sala.

73. Aunque el motivo cita como infringidos los artículos 218 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en su desarrollo no indica en qué ni por qué la sentencia recurrida vulnera el artículo 218 de la Ley procesal, por lo que para rechazar la infracción de este último, será suficiente significar que no es función de la Sala construir el recurso con base en genéricas afirmaciones de vulneración de normas cuando no están argumentadas.

74. Por lo que hace referencia a la pretendida infracción del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en primer término conviene recordar el contenido de la norma que se pretende vulnerada:

*"Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada, ode frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una Sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitar también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe. sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de Sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que esta consista en una pura operación aritmética.*

*En los casos a que se refiere el apartado anterior, la Sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o se fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución"*.

75. Pues bien del análisis de los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia, resulta lo siguiente:

1) El primero de los pronunciamientos de la sentencia recurrida es la confirmación de los apartados A), B) y C) del extremo 4 de la sentencia de la primera instancia, el primero de los cuales, a su vez, condena a DINERGESTION S.L. a la entrega de los títulos que identifica por referencia al hecho 3º apartados 4 y 5 de la demanda, lo que no es sino la ejecución "in natura" de los contratos suscritos con los demandantes, por lo que no resulta aplicable el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2) Las declaraciones de resolución de los contratos contenidas en los apartados B) y C) del extremo 4 de la sentencia de la primera instancia para el caso de que DINERGESTIÓN, S.A. no entregue alguno de los títulos, y la condena al pago de las cantidades que precisa por referencia al hecho décimo de la demanda en el que se detallan las reclamaciones por un total de 717.254.213 pesetas, no son sino operaciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil permite diferir a fase de ejecución, pero que no impide debatir en el proceso y, desde luego, no vulneran lo dispuesto en el referido artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3) El apartado 1) del segundo pronunciamiento de la sentencia recurrida, para el caso de que DINERGESTIÓN, S.A. *"no hiciera efectivas respecto de todos y cada uno de los demandantes las condenas antes indicadas, bien total o parcialmente"* condena al pago de *"las cantidades indicadas en el Apartado III.A) del Fundamento de Derecho Decimosegundo"* , por lo que en la propia sentencia recurrida están perfectamente identificadas y cuantificadas las cantidades que son objeto de condena y que en total ascienden a 307.406.997 pesetas.

4) El apartado 2) del segundo pronunciamiento de la sentencia recurrida, no se refiere al recurrente, por lo que huelga su examen, bien que no estará de más significar que resulta plenamente aplicable al mismo lo expuesto en el anterior apartado 3).

76. A lo expuesto cabe añadir:



1) Que en determinadas situaciones la tutela efectiva que exige el artículo 24 de la Constitución Española tolera pronunciamientos dirigidos a dotar de eficacia al fallo, sin diferir a nuevos litigios la decisión de situaciones perfectamente previsibles en fase de ejecución, afirmándose en la sentencia 1233/2004, de 29 de diciembre que *"la jurisprudencia de esta Sala, como señalan las sentencias de 19 de junio de 2003 ( recurso núm. 3100/97 ) y 18 de julio de 1997 ( recurso núm. 2601/93 ) con especial referencia a la de 19 de noviembre de 1994 , admite las acciones meramente declarativas cuando se justifiquen por la necesidad de poner en claro una situación o de acabar con la inseguridad jurídica en las relaciones entre los litigantes; e igualmente viene admitiendo esta Sala las condenas de futuro desde su sentencia de 19 de noviembre de 1954 , y por tanto mucho antes de que la nueva LECiv reconociera su posibilidad en el art. 220 , con base en el principio de economía procesal y la evitación de juicios reiterados sobre una obligación predeterminada ( SSTS 28-5-01 en recurso núm. 1051/96, con cita de otras cuatro anteriores , y 24-6-00 en recurso núm. 2574/95 )"* , por lo que nada impide que la ejecución de la sentencia contra el recurrente quede condicionada al incumplimiento por DINERGESTIÓN, S.A., como acontece con todas las condenas subsidiarias.

2) Que la eficacia y ejecución del fallo de la sentencia no se condiciona al resultado de procedimiento alguno de ejecución hipotecaria, ni a la recuperación de títulos "desaparecidos", ya que condena a DINERGESTIÓN, S.A. a la entrega de los títulos que indica y a la indemnización de daños y perjuicios en caso de no hacerlo, y al recurrente a pagar las cantidades que indica para el caso de que DINERGESTIÓN no hiciese efectivas las condenas.

3) Que resulta irrelevante que en fase de sentencia no puedan decidirse sobre incidencias cuyo planteamiento se halla en función del desarrollo del proceso de ejecución.

77. Consecuentemente el motivo debe ser rechazado.

## **OCTAVO: CUARTO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

78. El cuarto de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos.

*"Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia ( artículo 469.1.2º de la LEC ) por vulneración del artículo 359 de la LEC y los artículos 216 y 218.1 de la LEC en relación con los artículos 456 y 465.4 de la LEC .*

*La sentencia dictada en fase de apelación revoca la estimación de la acción directa de responsabilidad ejercitada por los actores acogiendo ahora la acción subrogatoria del artículo 1.111 del código civil en nombre de la mercantil DINERGESTIÓN, S.A..*

*Se produce una incongruencia extra petita (i) al alterar la sentencia dictada en fase de apelación improcedentemente los términos del debate, estimando una acción, la subrogatoria, que no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 1.111 del código civil y al (ii) condenar a mi representado al abono de unas cantidades a favor de los actores cuando lo solicitado por la propia parte actora para el caso de estimación de la acción subrogatoria es que la condena al abono de dichas cuantías lo sea a favor de la mercantil DINERGESTIÓN, S.A.*

79. El desarrollo del motivo parte de las siguientes premisas:

1) La actora ejercitó una acción directa de responsabilidad de administradores (ex artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 ) contra los administradores de CMO.

2) La actora, además, ejercitó la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil en sustitución de DINERGESTIÓN S.A.

3) La sentencia dictada en primera instancia estimó la responsabilidad de los administradores de CMO en virtud de la acción directa de responsabilidad y desestimó la acción subrogatoria.

4) Que la Audiencia desestimó la acción directa y estimó la acción subrogatoria, pese a que los demandantes no habían recurrido la sentencia.

80. A partir de tales premisas de hecho argumenta:

1) Que la sentencia de apelación conculca los artículos 456 y 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al estimar una acción, la subrogatoria, respecto de la cual *"ninguna discusión se había planteado en los recursos de apelación y de oposición a los mismos"*, con la consiguiente indefensión.

2) Que no concurren los requisitos exigidos por el artículo 1111 del Código Civil para la estimación de la acción subrogatoria.



3) Que la demandante suplicó la condena del recurrente "a satisfacer a DINERGESTIÓN SA" la cantidad reclamada, sin embargo la Sala acordó la entrega directa a favor de los actores.

## 2. Admisibilidad del motivo.

81. Antes de entrar en el análisis del motivo conviene dejar constancia de que en su escrito de oposición al motivo la recurrida ha sostenido que el Juzgado en el fundamento de Derecho sexto de la sentencia de la primera instancia había estimado la acción subrogatoria, y que el apelante así lo habría reconocido de manera expresa en su recurso de apelación, por lo que el motivo falsearía los hechos.

82. La primera de las afirmaciones es inexacta y tan sólo se sustenta en una interpretación interesada de fragmentos de lo razonado por la sentencia de la primera instancia, pero es que, además, si cupiese alguna duda sobre el sentido de lo argumentado, habría quedado eliminada por el auto de 8 de octubre de 2003 dictado a petición de la actora, por el que el Juzgado precisó que *"hay que resaltar que como indica claramente la demanda, eran subsidiarias al pedimento principal. Si tenían ese carácter, no es preciso pronunciamiento si se admite el que se plantea con carácter esencial. Admitida la primera petición, la subsidiaria decae, lo que no hubiera ocurrido si se desestimara la petición primera"*.

83. Ante la claridad de lo decidido, la posición del recurrente en la apelación no habría tenido virtualidad para mutar la realidad y transformar en estimación el pronunciamiento que había sido de desestimación de la acción subrogatoria, a lo que hay que añadir que la recurrida no identifica en qué sustenta el pretendido reconocimiento.

84. También conviene dejar constancia de que en el desarrollo del motivo no se ha indicado cómo ni por qué la sentencia pudo infringir el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regulador del ámbito y efectos del recurso de apelación y no de la sentencia, por lo que el motivo se ha centrado en la infracción del artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que ceñiremos nuestro estudio.

85. La cuestión a decidir, en consecuencia, es el ámbito de la apelación cuando, habiéndose ejercitado varias acciones, una con carácter principal y otras subsidiario, la sentencia de la primera instancia estima la principal y no rechaza las acciones subsidiarias, y apela nada más el demandado.

## 3. Valoración de la Sala

### 3.1. Los límites de la apelación.

#### 3.1.1. Necesidad de gravamen para recurrir.

86. En nuestro sistema constituye un presupuesto del recurso la existencia de gravamen para el recurrente, y a tal efecto el artículo 448. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: *"Contra las resoluciones de los Tribunales y Secretarios Judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la Ley"*.

87. Esta regla general se concreta:

1) En relación con el recurso de apelación en el artículo 456.1 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil: *"En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación"*; y

2) En relación con la adhesión a la apelación en el artículo 461.1 de la misma Ley procesal: *"Del escrito de interposición del recurso de apelación, el Secretario judicial dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el Tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable"*.

88. En este sentido el Auto de 9 de marzo de 2010 en el recurso número 1074/2007, vinculando tal presupuesto a la legitimación afirma: *"la existencia de legitimación para recurrir viene condicionada por la concurrencia de tres requisitos, cuales son ser parte en el proceso, la existencia de un gravamen o perjuicio y la no aceptación de la resolución perjudicial ( SSTS de 10 de noviembre de 1981, 15 de octubre de 1984, 29 de junio de 1985, 19 de septiembre de 1989, 23 de octubre de 1990, 1 de Diciembre de 1999, 2 de febrero de 2000 y recientemente la de 9 de marzo de 2007 ). De forma más concreta, la Sentencia de 10 de noviembre de 1981 puso de relieve que la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o, siendo tercero, le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir"*.



89. Más reciente el Auto de 6 abril 2010 en el recurso número 2063/2007 insiste en la necesidad de gravamen: "(...) la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate ( SSTS 10-11-81 , 1-2-90 , 29-10-90 , 20-3-92 , 28-2-95 , 1-12-99 y 2-2-2000 )".

90. La constitucionalidad de tal exigencia está expresamente reconocida en la sentencia número 157/2003, de 15 de septiembre, del Tribunal Constitucional : *"no parece que pueda discutirse que para que proceda utilizar un recurso contra una resolución judicial es preciso que la misma genere un perjuicio para el recurrente. Entendido así, la configuración del gravamen como presupuesto de un recurso (con independencia de la concreta naturaleza jurídica de tal presupuesto y, en particular, de su relación con la legitimación para recurrir) resulta constitucionalmente inobjetable. Incluso así ha tenido ocasión de afirmarlo este Tribunal, como ocurrió en la citada STC 165/1987, de 27 de octubre (F. 2), donde se aludía expresamente, reconociendo su corrección constitucional, al principio procesal, de tradicional arraigo en nuestro Ordenamiento jurídico, según el cual sólo tienen acción para recurrir las resoluciones judiciales aquellos que hayan sufrido agravio en el juicio"*.

### 3.1.2. No cabe recurso contra la fundamentación jurídica.

91. En el ámbito del procedimiento civil, como regla, el recurso se dirige contra el fallo, por lo que el gravamen hay que ponerlo en relación con el pronunciamiento o parte dispositiva de la sentencia, siendo ya clásica la sentencia de 7 de julio de 1983 : *"siendo el recurso un medio que el ordenamiento concede para impugnar una resolución judicial a la parte que se estime por ella perjudicada, claro está que constituyendo el interés jurídico el móvil de la acción procesal, carece de legitimación para interponerlo la parte a quien la decisión no le haya ocasionado perjuicio alguno, por lo que resulta inadmisibles la apelación de una sentencia por el litigante absuelto aunque lo haya sido por argumentos distintos a los aducidos por el interesado - SS. de 4 noviembre 1957 , 9 marzo 1961 , 27 junio 1967 y 18 abril 1975 , entre otras-, y concretamente que no cabe el recurso interpuesto por el favorecido con un pronunciamiento absolutorio sobre el fondo, por más que obligadamente hayan sido rechazadas las excepciones ( S. de 14 junio 1951 )*.

92. En el mismo sentido la sentencia número 602/1999, de 1 julio , afirma: *" es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala la de que no cabe estimar el recurso (o el motivo correspondiente) cuando haya de mantenerse subsistente el pronunciamiento o «fallo» de la Sentencia recurrida, aunque sea por otros fundamentos jurídicos distintos de los que ésta tuvo en cuenta ( Sentencias de 20 de diciembre de 1988 , 22 de diciembre de 1989 , 9 de septiembre de 1991 , 11 de julio de 1992 , 9 de mayo de 1994 , 24 de octubre de 1995 y 24 de julio de 1998 , entre otras muchas )"*.

93. De forma más escueta la sentencia número 262/2002, de 25 marzo afirma: *"Los recursos se dan contra el fallo de las sentencias y no contra sus fundamentos jurídicos"*, y la número 833/2003, de 18 de septiembre : *"Hay que comenzar destacando que el objeto del recurso es el fallo y no lo manifestado en la fundamentación jurídica"*.

94. Ello, claro está, sin perjuicio de que, como afirma la referida sentencia número 157/2003, del Tribunal Constitucional : *"es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva"* , bien que *"la determinación, en cada caso concreto, de si la resolución judicial impugnada causa o no efectivamente un perjuicio al recurrente, dependerá de las específicas circunstancias presentes en el caso, debiendo tenerse en cuenta que no toda afectación de carácter negativo o desfavorable para aquél merecerá necesariamente la consideración de perjuicio a los efectos que nos ocupan, pudiendo exigirse que tal afectación reúna determinada intensidad o caracteres"*.

### 3.1.3. Inexistencia de gravamen para la actora en la sentencia de primera instancia.

95. En el caso analizado, acumuladas a la principal diversas pretensiones con carácter subsidiario, la sentencia recurrida estimó la principal por lo que ningún gravamen causó a la actora que, en consecuencia, no podía recurrir.

96. Pero es que, además, tampoco los fundamentos de derecho del auto de 8 de octubre de 2003 contienen "gravamen" susceptible de recurso, ya que se limitan a precisar la inutilidad de decidir sobre un planteamiento subsidiario cuando ha sido estimada la petición principal, de tal forma que tampoco rechazó por razones de fondo la acción subrogatoria que quedó imprejuzgada - *"hay que resaltar que como indica claramente la demanda, eran subsidiarias al pedimento principal. Si tenían ese carácter, no es preciso pronunciamiento si se admite el que se plantea con carácter esencial. Admitida la primera petición, la subsidiaria decae, lo que no hubiera ocurrido si se desestimara la petición primera"* - , y de hecho la propia recurrente en su escrito de oposición a la petición contraria de complemento de la sentencia de la primera instancia, rechazó la





procedencia del pronunciamiento subsidiario precisamente porque habían sido estimados en el fallo de la sentencia todos los pedimentos de los epígrafes A, B, C, D y E.

3.1.4. La extensión de la apelación en el caso de pretensiones subsidiarias.

97. Finalmente, para responder reproduciremos en extenso en su parte bastante a los efectos perseguidos la sentencia número 269/2009, de 23 de abril :

*Recuerda nuestra sentencia de 9 de enero de 1.992 que es doctrina reiterada de esta Sala la que veda la agravación del fallo en perjuicio del apelante cuando su oponente no recurre ni se adhiere a la apelación, sustrayéndose del recurso aquellos extremos que han sido aceptados por el apelado y que, por tanto, han adquirido firmeza.*

*Sin embargo, la acumulación eventual de pretensiones recibe a tales efectos un tratamiento especial en casos, como el que ha quedado relatado, en los que la pretensión principal ha sido estimada en la primera instancia, con la consecuencia de que la subsidiaria no hubiera quedado examinada, si sólo recurre el demandado para obtener la desestimación de la primera y su recurso alcanza éxito en ese punto.*

*En efecto, en tales casos, pese a que ninguna de las partes hubiera pedido al Tribunal de apelación un pronunciamiento sobre la pretensión eventualmente acumulada -dado que lo que la actora, como apelada, reclamará es la confirmación de la sentencia de primera instancia, que le favorece, y la demandada, como apelante, la desestimación íntegra de la demanda-, se considera que aquel debe entrar en el análisis de la subsidiaria, pese a todo -y aunque sea para estimarla-, en el caso de que desestime la principal.*

*Ello es consecuencia de que la eventualidad de la acumulación se considera persiste en la segunda instancia cuando el demandado impugna la estimación de la pretensión principal. De modo que aquella regla citada al principio no se infringe en tal supuesto, porque apelar en esos términos implica someter a la decisión judicial también la pretensión subsidiaria en el caso de éxito del recurso interpuesto.*

*La relatada tensión entre garantía y eficacia se ha tratado en este punto del razonable modo que ha quedado expuesto, entendiendo que quien apela - como ha hecho la demandada - debe saber que su recurso incorpora un eventual examen de la acción acumulada.*

*La jurisprudencia así lo ha venido declarando. La sentencia de 17 de junio de 1988 recordó que "cuando en una demanda se establecen pretensiones alternativas relacionadas entre sí encaminadas a obtener la declaración de determinados derechos en una u otra de las formas así establecidas, y la sentencia de primera instancia da lugar a una de ellas y no estima la otra, la apelación que contra dicha sentencia se entabla no puede menos que avocar al Tribunal superior el conocimiento de todas las cuestiones debatidas, sin necesidad de gestión alguna de parte del demandante, no sólo por exigirlo así la necesaria relación y enlace de las cuestiones planteadas de este modo, sino también porque, otorgada la petición de dicho demandante en una de las formas que el mismo pretendía, no es posible que apele de la resolución que tan por completo le favorece, pues carecería de legitimación por falta de interés; esto supuesto, la sentencia que revoca la apelada y resuelve ajustándose a una de las pretensiones alternativas establecidas en la demanda, no incurre en incongruencia ni excede los límites de la competencia que a la Sala atribuía la apelación".*

*En el mismo sentido se pronunció la sentencia de 12 de noviembre de 1992 .*

*Es más, un silencio del Tribunal de apelación sobre la pretensión subsidiaria en el supuesto de desestimación de la principal como consecuencia de la apelación del demandado -que es, al fin, lo que por medio del recurso de casación se reclama- hubiera significado la infracción del artículo 24 de la Constitución Española , tal como lo interpreta el Tribunal Constitucional. La sentencia de dicho órgano número 4/1994, de 17 de enero , en un supuesto en el que la primera de dos pretensiones acumuladas había sido objeto de resolución expresa en las dos instancias y la segunda no lo había sido en ninguna de ellas, declaró que si "el silencio del Juez" no entrañaba incongruencia omisiva vulneradora del derecho a la tutela judicial , ya que "el carácter alternativo con que se ejercitaron las dos pretensiones, hacía que la estimación de la primera privase de virtualidad alguna a la segunda, haciendo improcedente el entrar en su resolución", la falta de pronunciamiento sobre ésta por parte del Tribunal de apelación, vinculado por "el deber constitucional de resolver la pretensión alternativa de pensión que la demandada había formulado en el proceso" constituyó un quebranto del "derecho a la tutela judicial de la aquí recurrente, ya que, por otro lado, es manifiesto que esa omisión de pronunciamiento no puede, en modo alguno interpretarse como desestimación tácita, ni que la resolución de esta segunda pretensión pueda constituir incongruencia "extra petitum", puesto que, en el caso contemplado, tal pretensión forma parte del objeto de la apelación, a la cual se trasladó la cuestión debatida en los mismos términos en que fue planteada en la primera instancia".*

3.1.5. Desestimación del motivo.



98. Aplicando la doctrina expuesta a la cuestión planteada, el motivo está abocado de forma inexorable al fracaso sin que, por otro lado, pueda entenderse producida indefensión alguna de quien pudo contradecir todos los argumentos expuestos por la demandante a favor de su tesis.

### 3.3. La separación de cuestiones procesales y materiales.

99. El recurso extraordinario por infracción procesal tiene por objeto controlar las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que no se limita a las que enumera el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo dicha denominación, sino que abarcan también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión, de modo que los aspectos atinentes a la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos, en cuanto resultante de la aplicación de esas reglas y principios jurídicos que rigen la valoración de la actividad probatoria.

100. Por el contrario, la infracción de las normas "materiales" debe articularse por el recurso de casación.

101. Lo que no cabe es denunciar simultánea y en un solo motivo la vulneración del artículo 1111 del Código Civil entremezclando infracciones sustantivas -como su naturaleza subsidiaria-, con cuestiones procesales -como la carga de la prueba de la insolvencia-, por lo que procede rechazar la impugnación que nada tiene que ver con la denunciada vulneración de los artículos 456 y 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de abordar la infracción de las normas "materiales" al decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la propia parte recurrente.

### 3.4. La incongruencia.

102. Tenemos declarado que la acumulación de preceptos heterogéneos en un solo motivo necesariamente se traduce en su rechazo, ya que incumple las exigencias de claridad y precisión propias del recurso proyectando confusión en el razonamiento sobre pertinencia y fundamentación del mismo (por todas, sentencia 744/2009, de 10 de noviembre y las en ella citadas).

103. En este supuesto, enunciada en el motivo la infracción de los artículos 456 y 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es insuficiente la referencia incidental a la incongruencia en su desarrollo, sin tan siquiera citar el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para sustentar un motivo independiente con la consiguiente indefensión de la contraparte que no ha redargüido frente al mismo.

## NOVENO: QUINTO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

104. El quinto de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos.

*"Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y de la distribución de la carga probatoria (artículo 469.1.2º de la LEC) por vulnerar el artículo 1.214 del Código Civil, los artículos 217.2 y 217.6 de la LEC y el artículo 504 de la LEC.*

*La obligación de los actores de aportar junto con su escrito de demanda testimonio de los originales que fundamentan su demanda, generando nulidad e indefensión a esta parte.*

105. En el desarrollo del motivo argumenta:

1) Que el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 imponía a las partes la carga de acompañar a la demanda o a la contestación: *"el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho"*.

2) Que los actores aportaron los *"resguardos"* sobre los que se fundamenta la demanda por medio de mera fotocopia *"pues sus originales obran en el procedimiento abreviado número 3260/91 del Juzgado de Instrucción número 45 de Madrid"*.

3) Que la Jurisprudencia rechaza la eficacia probatoria de las fotocopias no adveradas, ni cotejadas con sus originales, cuando, como es el caso, ya en el propio escrito de contestación a la demanda se han impugnado por la contraparte.

### 2. Valoración de la Sala

106. La respuesta al motivo así planteado debe partir de las siguientes premisas:

1) El artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de forma similar al 265.1.1º de la vigente, refiere la obligación de aportar documentos con la demanda o la contestación a aquellos *"en que la parte interesada funde su derecho"*.



2) Como sostiene la sentencia número 196/2010 de 13 abril, haciendo suya la doctrina contenida en la de 4 de diciembre de 2007: *"la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( SSTS de 20 de junio de 2006 y 17 de julio de 2006 ), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador ( SSTS de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre otras). En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de instancia y es ajena a la casación y ahora al recurso extraordinario por infracción procesal ( SSTS 8 de abril de 2005 , 29 de abril de 2005 , 9 de mayo de 2005 , 16 de junio de 2006 , 23 de junio de 2006 , 28 de julio de 2006 , 29 de septiembre de 2006 y 6 de noviembre de 2009 entre las más recientes)"*.

3) La falta de reconocimiento de la autenticidad de fotocopias aportadas al litigio no priva a las mismas de todo valor, especialmente cuando se conjugan con otros elementos de prueba, afirmándose en la sentencia número 120/2008, 21 de febrero : *"la falta de reconocimiento no priva de su valor probatorio ( SSTS 25 de enero de 2000 , 11 de junio de 2001 , 5 de marzo y 22 de noviembre de 2004 , etc.) cuando cabe conjugar su contenido con los demás elementos de juicio ( SSTS 23 de mayo y 12 de junio de 1986 , 27 de noviembre de 2000 , 11 de octubre de 2002 , 7 de febrero de 2005 , etc.), lo que se extiende a la fotocopiaaadvertada ( SSTS 23 de mayo de 1989 , 1 de febrero de 1989 , 1 de junio de 2000 , 6 de abril de 2001 , etc.) pues el Tribunal puede, en todo caso, valorarlas en unión de otros elementos de juicio y por ello no se impide su conjugación y valoración con otras pruebas"*:

107. Pues bien, en el presente supuesto:

1) El motivo, que mezcla preceptos heterogéneos que van desde la carga de la prueba del hoy derogado artículo 1214 del Código Civil , al artículo 504 de la hoy también derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 referida al momento de aportación de documentos *"en los que la parte interesada funde su derecho"* , encubre la impugnación de la valoración de la prueba documental consistente en unas fotocopias aportadas con la demanda con indicación del expediente judicial en el que obraban sus originales;

2) En la demanda se ha ejercitado con carácter principal una acción de cumplimiento por DINERGESTIÓN de un contrato de mediación en la compra de obligaciones hipotecarias en el mercado financiero, constituyendo los resguardos emitidos por las sociedades proveedoras CLAUSEN, MORA Y ORTUÑO, S.A. SOCIEDAD INSTRUMENTAL DE CORREDORES DE COMERCIO y C.M.O. S.A. SOCIEDAD DE VALORES documentos dirigidos a la prueba del exacto desarrollo de las relaciones contractuales, susceptibles de ser valorados en conjunción con otros medios de prueba, pero no puede confundirse la demanda dirigida a obtener los títulos hipotecarios, con la de ejecución de estos, ya que en el primero de los casos los resguardos de depósito no están configurados como títulos valor, sino como documentos puramente probatorios y, en consecuencia, no se trata propiamente de documentos *"en los que la parte interesada funde su derecho"* ; y

3) Los hechos no se han acreditado exclusivamente por medio de los documentos impugnados.

108. En consecuencia, el motivo debe ser rechazado.

## **DÉCIMO: SEXTO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

109. El sexto de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos.

*"Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y de la distribución de la carga probatoria ( artículo 469.1.2º de la LEC ) por vulnerar los artículos 217.2 y 217.6 de la LEC, además de los artículos 385 y 386 del mismo cuerpo legal en cuanto a las presunciones, en relación todos ellos con los artículos 1214, 1249 y 1253 del Código Civil .*

*La sentencia de apelación presume, contra toda lógica y sin especificar en base a qué prueba concreta, que mi representado conocía y asumía las actuaciones de una sociedad de la que hacía más de un año que se había desligado completamente e invierte improcedentemente la carga de la prueba sobre los hechos alegados de contrario. Lo anterior supone una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos por los artículos 9 y 24 de la CE , por aplicación arbitraria de las normas de valoración de la prueba y del derecho a la defensa generando indefensión efectiva a mi representado.*

110. En su desarrollo argumenta:

1) *" La infracción del artículo 217 de la LEC y la comisión de efectiva indefensión a esta parte"* , ya que está demostrado que los títulos de las obligaciones hipotecarias adquiridos por las actoras estaban depositados en la caja de CLAUSEN, MORA Y ORTUÑO, S.A. SOCIEDAD INSTRUMENTAL DE CORREDORES DE COMERCIO,



y allí continuaban cuando la recurrente se desvinculó de la sociedad, no siendo hasta finales del año 1990 cuando empezaron a producirse los perjuicios a que se refieren los actores.

2) *"La carga de la prueba, de conformidad con la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, el artículo 217.2 de la LEC, los artículos 1214,1249 y 1253 del Código Civil (teniendo en cuenta que el proceso se inició bajo la ALEC) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo corresponde a la parte actora"*, y la sentencia recurrida impone al demandado acreditar la falsedad de lo alegado por la actora con base en una inexistente "facilidad probatoria", lo que vulnera las normas que rigen la distribución de la carga probatoria y de la valoración de la prueba.

3) *"La aplicación del principio de facilidad probatoria a mi representado resulta improcedente e infringe el artículo 217.6 de la LEC."*, ya que don José cesó como miembro del Consejo de Administración de la sociedad "CLAUSEN, MORA Y ORTUÑO, S.A. SOCIEDAD INSTRUMENTAL DE CORREDORES DE COMERCIO" el 22 de septiembre de 1989, y vendió sus acciones el 26 de octubre de 1989 y que:

a) En septiembre de 1989 la sociedad fue auditada por PEAT MARWICK, sin salvedad alguna.

b) El informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 21 de diciembre de 1998, partiendo de la inspección realizada en octubre de 1991, concluye que no se encontraron hechos que pudieran suponer por parte de CMO S.A. Sociedad de Valores violación alguna de la normativa del Mercado de Valores

4) *"El incumplimiento de la carga probatoria por los actores no puede ser subsanada por el Tribunal acudiendo a las presunciones. Infracción del artículo 217.2 de la LEC."*, insistiendo en que se ha probado que los títulos originales se depositaron en la caja existente en la sede de CMO, SOCIEDAD INSTRUMENTAL, y que la sentencia recurrida no se apoya en prueba alguna para presumir que el recurrente "conocía y asumía" las actuaciones de los consejeros y empleados de la sociedad de la que se había desvinculado.

## 2. Valoración de la Sala

111. La recurrente bajo la fórmula de que impugna la carga de probar o consecuencias de la falta de prueba, en realidad impugna la valoración de la practicada, ya que, aunque es cierto que la sentencia recurrida en el último punto y aparte del fundamento octavo argumenta que *"la carga de la prueba tendente a neutralizar la tesis mantenida por la parte actora correspondía a las partes demandadas, y ello en virtud de la mayor facilidad probatoria de los hoy demandados, habida cuenta de su posición societaria en CMO S.A., siguiendo la doctrina que, respecto al reparto de la carga de la prueba en situaciones objetivas de desigualdad en cuanto a la facilidad de acceso al material probatoria, sigue el Tribunal Supremo en sentencias tales como 23.10.91, 1S.11.91 y 13.2.92, entre otras"*, es preciso situar el razonamiento en su contexto, por lo que hay que tener en cuenta que previamente razona:

b) (...) *la prueba documental referente a las obligaciones hipotecarias ha sido proporcionada únicamente por Dinergestión porque CMO S.A., hoy Unión y Gestión Financiera S.A. ni ninguno de sus Administradores-demandados, ha aportado material documental contable alguno, quizás precisamente por su ausencia y/o ocultación, que hubiera servido para cotejar la contabilidad de ambas empresas intermediarias en el mercado financiero.*

*No ha existido ocultamiento fraudulento de datos contables esenciales por parte de Dinergestión, sino todo lo contrario, dicho juicio valorativo se debe trasladar a CMO S.A. Así se señala en el dictamen pericial emitido en autos, donde el Perito precisa que no ha tenido acceso a la contabilidad de Unión y Gestión Financiera, C.M.O. Sociedad Instrumental ni C.M.O. Sociedad de Valores".*

c) *Lo que verdaderamente subyace en estas alegaciones qué apreciación o valoración hay que otorgar a la prueba documental traída por los demandantes, es decir, la eficacia probatoria que hay que conceder a los documentos elaborados por Dinergestión. Partiendo de que la propia recurrida parte de la veracidad de la documentación contable aportada por Dinergestión.*

(...) *No debe olvidarse la demás documentación elaborada por Dinergestión y acompañada a la demanda.*

(...) *Además se aportó en periodo probatorio el llamado "documento de inversiones y desinversiones", material que fue examinado por el Perito Judicial, que emitió el dictamen pericial, a petición exclusivamente de la parte demandante, sin que ninguno de los apelantes propusiera prueba pericial alguna ni la ampliación de la propuesta por la parte actora.*

112, Partiendo de lo expuesto, el motivo debe ser desestimado ya que:

1) La carga de la prueba nada más entra en juego cuando falta prueba sobre determinados extremos de hecho, afirmándose en la sentencia 433/2009, de 15 junio : *"la infracción del principio sobre distribución de la carga de la prueba se produce únicamente en los supuestos en que teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia (por el tribunal, y no por la parte) se atribuyen los efectos negativos*



de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el artículo 217 de la LEC".

2) Como tenemos declarado en la referida sentencia 198/2010, de 5 abril, "La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva del tribunal de instancia, no es revisable en el recurso extraordinario, salvo cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE y, en tal caso, debe plantearse al amparo del artículo 469.1.4.º LEC".

113. Pero es que, además:

1) No cabe confundir el momento en el que se pone en marcha por la sociedad mediadora en el mercado financiero una determinada operativa comercial que la Audiencia reputa gravemente negligente y generadora de riesgos para la clientela, con el posterior en que se constata que el descontrolado funcionamiento del deficiente mecanismo de control de la calidad de los productos mediados y de la custodia material de los títulos ha provocado el daño previsible.

2) La alusión en la sentencia a la facilidad de la prueba quizás no sea afortunada en la concreta forma en que se hace, ya que en realidad la Audiencia parte de la existencia de prueba suficiente sobre la actuación generadora de responsabilidad del recurrente -y de todos los miembros del "primer Consejo de Administración-, por lo que la carga de desvirtuar los hechos inicialmente probados de los que deriva el deber de responder no es una cuestión propiamente de "facilidad de prueba" sino de "contraprueba", de tal forma que en puridad de conceptos la sentencia debió referirse no a la carga de "neutralizar la tesis" de la actora, sino a la carga de "neutralizar la prueba" practicada favorable a la tesis de la actora.

3) La valoración de la prueba por la sentencia recurrida no es absurda ni arbitraria.

#### **DECIMOPRIMERO: SÉPTIMO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

##### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

114. El séptimo de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos.

*"Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la LEC) e infracción de las normas que rigen la valoración de la prueba. En concreto, infracción de los artículos 319 y 326 de la LEC, 1218 del Código Civil en relación con el artículo 218.2 de la LEC.*

*Infracción de la doctrina del Tribunal Supremo que limita la facultad valorativa de la prueba por parte de los tribunales de instancia, en tanto esta, bajo ningún supuesto puede ser "irracional, ilógica o absurda, o constitutiva de un error patente por parte del juzgador", contenida, entre otras, en las SSTs de 31 de marzo de 2005 (RJ 2005/2739), de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004/7219), o de 23 de junio de 2004 (RJ 2004/3636)*

115. En el desarrollo del motivo argumenta:

1) Que la sentencia recurrida sostiene que el 2 de marzo de 1994 todos los demandantes se personan en el procedimiento penal como perjudicados.

2) Que la sentencia yerra ya que don Edmundo se personó el 9 de enero de 1995; don Maximiliano y doña Frida el 9 de marzo de 1995; etc.

3) Que otros, como don Fulgencio, don Isidro, no se personaron en dicha causa penal.

4) Que las fechas de personación trascienden al transcurso del plazo de prescripción de la responsabilidad de los administradores del "Primer Consejo de Administración" y a la determinación de la fecha de devengo de los intereses solicitados por la parte adversa.

##### **2. Valoración de la Sala**

116. En el presente motivo debemos diferenciar dos extremos:

1) El error en la valoración de la prueba cuyo análisis corresponde al recurso extraordinario por infracción procesal; y

2) Las consecuencias jurídicas del error, cuyo examen es propio del recuso de casación.

117. Ceñido nuestro análisis al error en la valoración de la prueba, y revisada la prueba practicada debe estimarse que, en efecto concurre el error denunciado, por lo que, el motivo debe ser estimado.



118. Cuestión diferente, como hemos expuesto, es cuales sean las consecuencias del error que, en relación con la prescripción serán examinadas al tratar de la prescripción en el cuarto de los motivos del recurso de casación.

119. En relación con el devengo de intereses, la cuestión, que no ha sido objeto de casación, escapa al recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que no cabe estimar la incidencia del error en la fecha de devengo señalada por la Audiencia, a lo que cabe añadir que para que se produzcan los efectos de la mora y el correlativo devengo de intereses, el artículo 1100 del Código Civil no requiere en todos los casos intimación del deudor, ya que no es precisa *"cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación"*, y que tratándose de obligaciones mercantiles, a diferencia de lo que prevenía el artículo 261 del Código de Comercio de 1829, el artículo 63.1 del Código de Comercio dispone que *"Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: 1) En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento"*.

## **DECIMOSEGUNDO: OCTAVO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

120. El octavo de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos.

*"Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º de la LEC) por vulneración de los artículos 316.1 de la LEC, 1232.1 del Código Civil y 580 de la LEC en relación con el artículo 218.2 de la LEC.*

*Vulneración de los citados preceptos por error en la valoración de la prueba de confesión"*.

121. En el desarrollo del motivo la recurrente, haciendo hincapié en la pericial y en la "confesión" de los demandantes - especialmente la de don Rafael y don Arturo - y la respuesta dada por el perito en la página 42 de su informe, sostiene que el conjunto de los elementos probatorios permite comprobar que ninguno de los resguardos presentados en autos corresponde a operaciones de inversión efectuadas antes del 22 de septiembre de 1989, tratándose de resguardos antedatados, y que se ha desvirtuado el modus operandi descrito en la demanda -según el cual el resguardo del título suscrito o "adquirido" por cada cliente se entregaba por CMO, SOCIEDAD INSTRUMENTAL a DINERGESTION S.A. y esta entregaba el resguardo al propio cliente conservando DINERGESTION S.A. una fotocopia-.

### **2. Valoración de la Sala**

122. Como tenemos declarado en la sentencia 198/2010, de 5 de abril *"La denuncia de vulneración del artículo 218.2 LEC, sobre el requisito de motivación de las sentencias, no es precepto adecuado para sustentar el planteamiento de una cuestión probatoria"*, por lo que no cabe al socaire de lo dispuesto en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil transformar el recurso extraordinario por infracción procesal en una tercera instancia y abocar a este Tribunal la valoración de la prueba a salvo los supuestos en los que la misma incurre en arbitrariedad, falta de lógica o infracción de la norma de valoración tasada, lo que no concurre en el caso de autos.

123. Pero es que, además:

1) En supuestos en los que se desarrollaron múltiples operaciones no cabe identificar supuestos concretos con la mecánica u operativa habitual, que no queda desvirtuada por actuaciones puntuales que pudieran apartarse de la regla general.

2) El perito no afirma que por cada operación se emitiese un resguardo datado en la fecha de la operación, sino que ese comportamiento es el regular *"no siendo correcto ni habitual que se arrastre la fecha de operaciones anteriores y, por tanto, los resguardos anteriores"*.

3) Resulta absolutamente intrascendente que DINERGESTIÓN S.A. entregase o no a los actores los originales de los resguardos que, a su vez había recibido o debía recibir de CMO, SOCIEDAD INSTRUMENTAL, ya que lo realmente trascendente es que la sentencia recurrida declara probado *" lo que es procedente y habitual para el Perito Judicial, no cabe trasladarlo al caso enjuiciado, porque la dinámica era que, en las renovaciones o prórrogas, se producía la devolución del resguardo de depósito vencido y se sustituía por uno nuevo, en el que únicamente se alteraba la fecha del vencimiento. En los resguardos de depósito se mantenía la fecha originaria de las obligaciones hipotecarias. Añadir que fueron los propios Sr. José, Sr. Octavio y Sr. Jose Manuel quienes aceptaron como práctica normal el antedatar los resguardos de depósitos de las renovaciones o prórrogas concertadas"*.



4) Reiteramos una vez más, la valoración de la prueba corresponde a los Tribunales de la primera y de la segunda instancia y su control por vía del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil -no del 469.1.2º como sostiene la recurrente-, se limita al de su adecuación a la imparcialidad y la lógica, sin que convertir el recurso extraordinario en una tercera instancia, por lo que el motivo debe ser rechazado.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR DON José

## DECIMOTERCERO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

124. El primer motivo del recurso de casación interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos:

*Al amparo del artículo 477.1 de la LEC . Infracción del artículo 1.111 del Código Civil relativo a la acción subrogatoria.*

125. En su desarrollo, a modo de submotivos:

- 1) Se remite a lo argumentado en el cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.
- 2) Afirma que la parte actora no ha perseguido los bienes de la deudora DINERGESTIÓN antes de la interposición de la demanda, lo que infringe el principio de la subsidiariedad que caracteriza a la acción subrogatoria.
- 3) Sostiene que el artículo 547 y siguientes del Código de Comercio prevé un procedimiento para la recuperación de los títulos extraviados, por lo que podría darse un enriquecimiento injusto, ya que los actores pueden obtener una satisfacción económica en el presente proceso y al mismo tiempo ejecutar los títulos en otro proceso judicial.

126. Razones sistemáticas aconsejan reproducir los argumentos de naturaleza sustantiva vertidos en el cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y que se centran en:

- 1) Que la acción de responsabilidad de los administradores sociales no puede ejercitarse por vía subrogatoria.
- 2) Que la acción subrogatoria, dado su carácter oblicuo, no permite la condena directa del deudor a pagar al acreedor de este.

### 2. Valoración de la Sala

#### 2.1. La naturaleza subsidiaria de la acción subrogatoria y la prueba de la insolvencia.

127. El argumento no puede prosperar toda vez que:

1) Como tenemos declarado en la sentencia 1135/2007, de 18 de octubre " es doctrina consolidada - Sentencias de 26 de febrero de 2002 y 26 de junio de 2002 , que cita las de 16 de mayo de 1995 y 3 de julio de 1979 , y las anteriores de 28 de junio de 1912 , 23 de junio de 1903 , 25 de mayo de 1942 y 26 de abril de 1962 - , la que señala que el ejercicio por el acreedor de la acción subrogatoria, "no implica la necesidad de probar la total insolvencia de su deudor, ni exige que se haya formulado reclamación judicial previamente contra el mismo, pues se admite que pueda acreditarse la inexistencia de otra clase de bienes en el mismo juicio entablado para deducir la acción subrogatoria". A mayor abundamiento, la Sentencia de esta Sala de 21 de abril de 2004 , recogiendo la doctrina jurisprudencial de la Sala -Sentencias de 2 de julio de 1992 , 28 de noviembre de 1994 y 31 de octubre de 2002 - , recuerda que "no se puede cargar al acreedor con la prueba de que el deudor carece de bienes, y le basta con acreditar haber llevado a cabo la persecución de los que le eran debidamente conocidos según las circunstancias del caso, lo que supone que ha de contarse con conocimiento preciso y suficiente y no abstracto y genérico" .

2) Si bien es cierto que la atenuación de la prueba de la insolvencia no puede comportar la absoluta pasividad del demandante, no se ha impugnado el hecho declarado probado en el fundamento de Derecho decimoquinto de la sentencia de la primera instancia de cese de actividad sin depósito de cuentas y sin disolución de la misma, pese a la concurrencia de causa de disolución, por lo que debe entenderse cubierta suficientemente tal exigencia; Máxime cuando la propia deudora cuyas acciones se ejercitan se ha aquietado a tal ejercicio.

#### 2.2. El enriquecimiento injusto.

128. A diferencia del Derecho navarro que en la Ley 508 del Fuero Nuevo aprobado por la Ley 1/1973, de 1 de marzo , regula el enriquecimiento sin causa nuestro ordenamiento positivo no regula de forma sistemática tal institución, aunque en el propio Código Civil se contienen diversas manifestaciones de tal regla -como las previstas en los artículos 1145 y 1158 - , lo que no ha sido obstáculo para que haya sido reconocido como fuente de obligaciones por la Jurisprudencia las reglas clásicas -"nemo debet lucrari ex alieno damno" (nadie debe obtener lucro del daño ajeno) (D. 4,3,28), "Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet" (Nadie



debe enriquecerse en detrimento de otro) (D. 12,6,14), "E aun dixeron que ninguno non deue enriquecerse tortizeramente con daño de otro" (Séptima Partida Título XXXVIII Regla XVII)-, exigiendo para dar lugar al enriquecimiento injusto la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Que el demandado haya experimentado un enriquecimiento, ya sea aumentando su patrimonio, ya evitando su disminución.
- 2) Que tal incremento carezca de razón jurídica que lo sustente.
- 3) Que cause un correlativo empobrecimiento del demandante, ya sea provocándole un detrimento patrimonial, ya frustrando una ganancia.

129. En el presente caso el pretendido enriquecimiento de los actores no derivaría de ejecución de la sentencia sino de una serie de hipotéticas actuaciones futuras que se intuyen de incierto resultado.

130. Consecuentemente el argumento revocatorio tampoco puede prosperar.

### 2.3. La subrogación en la acción indemnizatoria.

131. Previsto en el artículo 1111 del Código Civil que los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, "*pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona*", la tesis de la parte rechazando la posibilidad de subrogación en el ejercicio de las acciones indemnizatorias que frente a los administradores societarios pudieran corresponder al deudor, carece de todo apoyo y contradice el tenor de la norma cuya claridad en este extremo, ante la falta de argumentos de la recurrente, excusa especiales comentarios

### 2.4. La condena directa en la acción subrogatoria.

132. La respuesta al submotivo debe partir de la premisa de que, como tenemos declarado en la sentencia 1001/2008 de 6 noviembre permanece vigente la doctrina jurisprudencial integrada por la sentencia de 25 de noviembre de 1996, según la cual "*mediante la acción subrogatoria el bien ingresa en el patrimonio del deudor, sin que se pueda entregar el mismo al acreedor, que ejercitó dicha acción, en el mismo procedimiento, y sin que dicho acreedor ostente ninguna preferencia por este hecho*", y en la 1127/2002 de 19 noviembre "*Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo (sentencias de 26 de abril de 1962 y 25 de noviembre de 1995) consideran, sin discrepancia alguna, que la acción subrogatoria reconocida en el art. 1111 del Código Civil, es considerada como una acción indirecta u oblicua en cuanto su finalidad no es la de conseguir el cobro de forma directa de su crédito de la persona del deudor de su deudor, sino conseguir que lo debido a éste ingrese en su patrimonio para así hacer efectiva la responsabilidad universal (art. 1911 del Código Civil) que sobre él pesa.*

133. En el presente caso es cierto que la actora demandó en el apartado F) del suplico que "*Subsidiariamente...y a su vez para la hipótesis de que se compruebe la insolvencia de DINERGESTION, S.A., esto es, su incapacidad patrimonial para hacer frente a las obligaciones y condenas establecidas en los pedimentos A, B o e de este suplico, se condene a UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. a entregar a DINERGESTION, S.A. la totalidad de los títulos de las obligaciones...*", y también que la sentencia recurrida, en el extremo A)1. del fundamento de Derecho noveno de forma expresa afirma que "*En este punto, conviene recalcar que se estima la acción subrogatoria de los actores, contra UGF S.A. antes CMO S.A., Sociedad Instrumental y luego Sociedad de Valores, y contra alguno de los demandados-administradores*", y que la sentencia no contiene el pronunciamiento correlativo, pero de ello no deriva la estimación del motivo ya que, según es de ver del fallo, no condena a UNIÓN y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. ni a los demás codemandados condenados a entregar los títulos, lógica consecuencia de que mantiene, bien que acotados a las cantidades que indica, la condena contenida en los pronunciamientos D y E de la sentencia recurrida, convirtiendo en cierto modo en superflua la argumentación referida a la acción subrogatoria.

## DECIMOCUARTO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

134. El segundo de los motivos del recurso de casación interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos.

*Al amparo del artículo 477.1 de la LEC. Infracción de los artículos 79 y 81 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 respecto de la responsabilidad de administradores, así como del artículo 1902 del Código Civil con especial incidencia en los requisitos de causalidad e imputación.*

135. En su desarrollo el recurrente sostiene sólo responderla "*(i) si los títulos se hubieran extraviado con anterioridad al 22 de septiembre de 1989; (ii) la causa del extravío fuera fruto de una "negligencia grave" de los*





administradores, que (iii) diere lugar, por su directa participación, al daño consistente en la "desaparición", por lo que bastaría la ausencia de cualquiera de dichas premisas para concluir la inexistencia de responsabilidad" y, tras afirmar que la desaparición de títulos es posterior a su cese, sostiene:

- 1) Que no concurre "culpa grave" de los administradores en general respecto de los hechos que habrían dado lugar a la desaparición de las obligaciones hipotecarias ya que semanalmente se controlaba la gestión de las operaciones y los procedimientos de contabilidad, registro, etc. de conformidad con la legislación sectorial específica, ni del recurrente en especial ya que quienes gestionaban las relaciones con el personal eran los otros dos miembros del Consejo, sin que los administradores deban responder de las actuaciones de sus empleados si no estaban obligados a supervisarlas, y sin que en el régimen de responsabilidad regulado en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 rigiese la solidaridad.
- 2) Que no existe relación de causalidad entre la actuación del recurrente y el daño.
- 3) Que no existe "daño" ya que parte de los títulos existen y los otros pueden ser objeto de recuperación.

## 2. Valoración de la Sala

### 2.1. La casación no es una tercera instancia.

136. La recurrente, trata de convertir la casación en una tercera instancia con revisión de todo lo actuado, y mezcla argumentos y materias heterogéneos que van desde la exigencia de culpa grave para que surja el deber de los administradores de responder, a la ausencia de solidaridad entre los miembros del Consejo de Administración, pasando por la inexistencia de la obligación del mediador de garantizar el buen fin de las operaciones mediadas, la inexigibilidad de responsabilidad por actos de los empleados y la existencia de los títulos dado que en otro caso sería absurda la condena a entregarlos.

137. A ello se une que la personal interpretación de los fragmentos de las sentencias de la primera instancia y de la apelación que transcribe en motivo se distancia de los hechos que sirven de fundamento a la decisión recurrida, de tal forma que hace supuesto de la cuestión.

### 2.2. Los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

138. Aunque lo expuesto es suficiente para rechazar el motivo, en primer término conviene, alterando el orden propuesto por el recurso, reproducir algunos de los razonamientos contenidos en el fundamento noveno de la sentencia recurrida:

1) "El Sr. José , conjuntamente con el Sr. Octavio y Sr. Jose Manuel , puso en funcionamiento el negocio de las obligaciones hipotecarias, con la gestión y administración de la sociedad. Participó en la decisión de no contabilizar las operaciones, de acordar una simple "boleta" para el cobro de comisiones, de expedir los resguardos de depósito, toleró el sistema de archivo y custodia de títulos que conllevó su desaparición, y el llamado control, o, ausencia del mismo, al empleado Don. Borja y posteriormente, Sr. Rosendo ".

2) "En absoluto se ha demostrado que los títulos de las obligaciones hipotecarias adquiridas por clientes de Dinergestión a través de la mediación de CMO S.A., quedaran depositados en la caja fuerte o armario de la Sociedad CMO, desde la elaboración de los resguardos de depósito".

3) "El artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1.951 ha sido correctamente aplicado, careciendo de consistencia impugnatoria los alegatos, ya que no tiene en consideración los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, los que acreditan suficientemente el actuar malicioso o al menos de negligencia grave con omisión de las facultades de los administradores en el negociado de las operaciones sobre obligaciones hipotecarias".

4) "Dicha conducta, en una relación de causa a efecto, originó el daño patrimonial, puesto que su realidad ha quedado debidamente demostrada también en los hechos probados, sin que los inversionistas -demandantes hayan recuperado su patrimonio".

5) "Constituye una irregularidad mayúscula el expedir resguardos de depósitos de títulos, que se dicen hipotecarias, cuando en realidad no lo son".

6) "Hubo despreocupación de la tarea de examinar los títulos originales que los emisores o el 'facilitador' les pasaban. Por ejemplo, 10 emisiones por importe de 211.500.000 ptas. de Club Teide Mar (ficha 28, 29, 30, 31, 33, 37, 38, 39 y 41 del documento nº 4) no estaban inscritas. Y, la emisión el 12-5-88 de Segismundo , se renovó el 12-5-89 (ficha 46), cuando el 5-6-89 se promovió procedimiento sumario hipotecario nº 31 de Madrid, nº 844/89, en ejecución de hipoteca constituida en su día en garantía de la expresada emisión, presentándose 62 títulos por el ejecutante Liga Hispanoamericana S.A. cuyo administrador era D. Marcelino . Llegado el vencimiento volvió a ofertar a Dinergestión la renovación de sus inversiones".



7) *"Es cierto que CMO, según la normativa del Mercado de Valores, no incurrió en irregularidad contable alguna sobre las obligaciones hipotecarias, así lo dice el Informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 21 de diciembre de 1.998 (...) Pero dicho juicio emitido por la CNMV lo es a los solos efectos de la normativa sobre mercado de valores, en ningún caso trasladable a la acción individual de responsabilidad de los administradores regulada en la LSA".*

139. También resultan ilustrativos de lo acontecido algunos de los hechos descritos en los razonamientos contenidos en el fundamento sexto de la sentencia de la primera instancia, no contradichos por la de apelación:

1) *"La prueba evidencia que tanto durante el empleo de los servicios Don. Borja como del luego desaparecido Sr. Rosendo , se realizaron operaciones con obligaciones hipotecarias que se hicieron con una absoluta falta de control por parte de los administradores de la sociedad No consta que ésta exigiera explicaciones al Sr. Rosendo por realizar inversiones en sociedades que estaban vinculadas a su entorno y que emitían obligaciones hipotecarias que no se inscribieron en el Registro de la Propiedad".*

2) *"Las declaraciones en el proceso penal de los propios corredores y de sus empleados evidencian que existía una absoluta falta de control, y lo que es más grave, que los miembros del Consejo de Administración se desinteresaron de manera patente en exigirlo".*

3) *"No sólo no se llevaba control sino que ni siquiera se quería, lo que refuerza el convencimiento de la actitud relajada y negligente de los demandados".*

4) *"Ese conjunto de datos permite apreciar su responsabilidad conforme al arto 81 de la LSA de 1.951, pues los administradores responden frente a los terceros por actos que lesionen directamente los intereses de aquellos".*

140. En consecuencia, aunque la casación es cauce hábil para cuestionar las valoraciones o elementos jurídicos de los hechos probados, el recurso necesariamente debía partir del respeto a su componente fáctico, y singularmente, en contra de lo pretendido en el motivo, de los siguientes:

1) No está probado que los títulos de las obligaciones hipotecarias "desapareciesen" después del cese del recurrente (del sentido de la sentencia se deduce que de hecho quizás ni siquiera llegaron a existir).

2) Hubo patente desinterés en el control de las inversiones con dinero ajeno.

3) Los inversionistas no han recuperado su patrimonio.

4) Entre la falta de control de las inversiones y el hecho de que los inversionistas no hayan recuperado el dinero invertido, hay relación de causa a efecto.

### 2.3. La gravedad negligencia en la Ley de 1951 .

141, En relación con la intensidad de la negligencia requerida para el nacimiento del deber de los administradores sociales de responder por daño bajo el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 , conviene precisar:

1) Que el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 , al regular la responsabilidad por daño a la sociedad disponía que los administradores *"responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave"* , lo que desde la perspectiva dogmática tenía un sólido apoyo en el artículo 1102 del Código Civil , en cuanto nada impediría a la sociedad la renuncia al ejercicio de las acciones de responsabilidad ante un eventual y futuro incumplimiento culposo del contrato de administrador, y desde el pragmatismo se justificó en su momento en la necesidad de evitar reclamaciones ante cualquier desacierto, de lo que se hizo eco alguna sentencia como la 161/1996, de 28 de febrero , al razonar la conveniencia de fijar un régimen de responsabilidad de los administradores *" que permita a éstos un normal desenvolvimiento de su actividad, sin verse interferida por eventuales responsabilidades en casos -culpa leve o levísima- de difícil valoración en las operaciones mercantiles"*.

2) Que ciertas inercias fueron determinantes de que el régimen de semi-impunidad por culpa contractual se ampliase en ocasiones a la responsabilidad por daños causados a "socios" y a "terceros", pero, tratándose de daño extracontractual, tal extensión de la regla especial no tenía cabida en el artículo 1102 del Código Civil , y el artículo 81 de la Ley de 1951 imponía el deber de responder por daño *" no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes"* sin requerir de forma expresa malicia, abuso de facultades ni negligencia graves.

### 2.4. El comportamiento gravemente negligente.

142. Ahora bien, incluso de entender precisa la concurrencia de culpa o negligencia grave, esto es, la tradicional culpa lata o grado más intenso de negligencia, o como la define la sentencia 670/2005, de 22 de septiembre *"una grosera falta de la diligencia exigible"*, haciendo nuestra la expresión de la sentencia de la primera



instancia, cabe afirmar que *"ni el más descuidado de los administradores sociales deja de relacionar en el formato adecuado para ello elementos esenciales para su patrimonio, como los títulos que ha adquirido por cuenta de terceros y que tiene que custodiar, ni de examinar si realmente tales adquisiciones asegurarán la rentabilidad ofrecida, por disponer de una garantía inmobiliaria suficiente (...)"*, si a ello añadimos el objeto de la actividad desplegada por CLAUSEN, MORA Y ORTUÑO, S.A. SOCIEDAD INSTRUMENTAL DE CORREDORES DE COMERCIO, inversión de dinero ajeno, la constatación de la inversión efectiva del dinero recibido y la entrega o custodia de los títulos hipotecarios objeto de la inversión, exigía especial diligencia que los hechos declarados probados demuestra groseramente omitida.

#### 2.5. La relación de causalidad.

143. En contra de lo que pretende la recurrente no cabe asimilar la "participación directa" en el evento causa del daño a la "imputabilidad" de sus consecuencias, ya que el título de imputación no tiene porque ser la intervención personal, directa y material en el hecho lesivo.

144. Lo que el artículo 81 de la Ley de 1951 exigía, de forma idéntica al artículo 135 de la Ley de 1989 después y al 241 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedad de Capital es la "lesión directa", por acto imputable a los administradores, extremo este que se ha declarado probado por la sentencia recurrida, y si bien como regla el daño a los "acreedores" -que no terceros- consistente en el incumplimiento de sus obligaciones por la sociedad por ellos administrada no puede imputarse sin más a los administradores, ya que es directamente atribuible a la sociedad y sólo de forma indirecta a los administradores, en supuestos en los que la actuación de los mismos civilmente merece los más severos reproches por su excepcional potencialidad para lesionar los intereses de los terceros, cabe entender que concurre relación de causalidad directa entre la actuación del administrador y el incumplimiento y, a la postre, entre la actuación gravemente negligente y rayana en el dolo incidental y el daño.

#### 2.6 Existencia de daño.

145. La sentencia recurrida ha condenado a DINERGESTIÓN S.L. a entregar los títulos o el importe de la cantidad recibida para su inversión en los mismos, por lo que no acertamos a entender en qué medida puede sostenerse la inexistencia de daño ni en que medida puede existir enriquecimiento y quien se enriquecería, ya que:

1) En cuanto a los demandantes la alternativa de recibir la contraprestación pactada o ser indemnizados en la forma ordenada por la sentencia, como hemos indicado al examinar el primero de los motivos de casación, en modo alguno comporta enriquecimiento.

2) Si a lo que se refiere la recurrente es a la posibilidad de que después de pagada la indemnización correspondiente DINERGESTIÓN, S.A. o cuales quiera otro de los obligados solidarios pudiera "recuperar títulos" ya pagados, nada obsta a que el condenado que pago ejercite las correspondientes acciones contra quien se haya enriquecido.

### **DECIMOQUINTO: TERCER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN.**

#### **1. Enunciado y desarrollo del recurso.**

146. El tercero de los motivos del recurso de casación interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos.

*Al amparo del artículo 477.1 de la LEC. Infracción de los artículos 1156 y 1203 del Código Civil y de los artículos 1125 y 1127 del mismo cuerpo legal en cuanto a la novación de obligaciones a plazo ya vencidas y sus consecuencias.*

147. En el desarrollo del motivo la recurrente sostiene:

1) Que la sentencia perpetúa la responsabilidad del recurrente más allá de la fecha de su cese, porque dichas obligaciones hipotecarias fueron objeto de "renovación" o "novación modificativa" a su vencimiento con posterioridad a dicho cese, por lo que esas obligaciones hipotecarias siguen siendo las mismas.

2) Que la "renovación" de "obligaciones a plazo" vencidas no supone "novación modificativa", sino una obligación nueva.

3) Que la "novación" de una obligación hipotecaria habría requerido el consentimiento del emisor, que no consta producido, sin que la "modificación de la fecha en el resguardo del título" por acuerdo entre el acreedor y la entidad intermediaria puedan subsanar dicho defecto, no pudiendo calificarse la operación de "renovación" como "novación".



4) Que aún si se hubiere de tener como un "hecho" la calificación jurídica de dichas renovaciones como novación modificativa", las consecuencias jurídicas de ésta difieren de las pretendidas por la sentencia de apelación y, en todo caso, tal novación se habría producido sin participación de mi representado.

## 2. Valoración de la Sala.

148. El motivo parte de que todas las inversiones de los clientes de DINERGESTIÓN lo fueron a plazo de un año, por lo que las obligaciones suscritas mientras el recurrente desempeñaba el cargo de administrador fueron objeto de renovación después de haber cesado, lo que traslada el posible hecho lesivo a un momento en el que ya no era miembro del Consejo de Administración y, en consecuencia, le resultan inimputables, ya que si se "renovaron" las "obligaciones" después de haber cesado la recurrente, quiere decir que los títulos existían en el momento de su cese.

149. Es decir, detrás de la denuncia de la calificación de la operativa seguida en la "renovación" de obligaciones y sus efectos jurídicos, en realidad se oculta la impugnación de la fecha en la que se produjeron los hechos lesivos determinantes de la responsabilidad del recurrente, por lo que, en el fondo, la cuestión no es decidir si la "renovación" de las obligaciones implicaba la previa extinción de las renovadas y la creación de otras nuevas o, por el contrario, si manteniéndose la obligación primitiva tan solo se modificaba prorrogándolo el plazo de vencimiento, compatible con su subsistencia, sino si los comportamientos observados durante la vigencia de la administración del recurrente imputados a título de culpa grave, están relacionados causalmente y de forma directa con el daño cuya indemnización se demanda, o, por el contrario, los acontecimientos posteriores imputables a terceros -las renovaciones-, con independencia de su calificación jurídica, interfirieron con tal intensidad en la relación causa a efecto que el daño descubierto después del cese no resulta imputable a actuaciones desplegadas antes del mismo.

150. En este punto la operativa descrita por la sentencia es que a la "fecha de vencimiento", los clientes podían optar por la liquidación o renovación, en cuyo caso:

1) Desde la perspectiva documental " *El anterior resguardo de depósito era sustituido por uno nuevo que emitía CMO Sociedad instrumental, es decir, mediante la emisión de un nuevo resguardo de la operación renovada, ya que las renovaciones podrían serlo tanto del mismo producto financiero inicialmente invertido como cualquier otro. Es fundamental señalar que, al examen de todos los resguardos de depósito aportados como Documento nº 8 de la demanda, el nuevo resguardo elaborado con motivo de la renovación, sustituyendo al antiguo, únicamente modificaba la fecha del vencimiento, manteniendo idéntica la fecha del mismo* ", de ahí que " *Es cierto que ninguno de los resguardos de depósito aportados junto con la demanda como documento nº 8 está fechado en 1.990 y 1.991, sino que lo están en 1.988 y 1.989*".

2) A nivel contable: " *al vencimiento del título suscrito, se practica el «asiento contable de abono» del importe del nominal de título, pero sin prejuzgar si se ha hecho o no efectivo. En caso de renovación el «asiento contable de abono» del importe del vencimiento queda compensado con el «asiento contable de cargo» de la renovación. Dichos asientos no prejuzgan si se ha hecho o no efectivo la devolución del importe de la devolución al cliente*".

151. En consecuencia quiebra la base de hecho sobre la que se asienta la argumentación casacional, ya que, en contra de lo afirmado por el recurso, lo que realmente se "renovaba" era el resguardo, con independencia de que el mismo respondiese realmente a la renovación una "obligación" que podía ser inexistente, o haberse extinguido por ejecución, o no ser "hipotecaria" por inexistencia de inscripción de la pretendida garantía, sin que las dudas que pudieran surgir deban resolverse a favor de quien "Participó en la decisión de no contabilizar las operaciones, de acordar una simple "boleta" para el cobro de comisiones, de expedir los resguardos de depósito, toleró el sistema de archivo y custodia de títulos que conllevó su desaparición, y el llamado control, o, ausencia del mismo, al empleado Don. Borja y posteriormente, Sr. Rosendo ", al extremo de que " *No sólo no se llevaba control sino que ni siquiera se quería, lo que refuerza el convencimiento de la actitud relajada y negligente de los demandados*".

152. Dicho de otra forma, aunque por un lado, como afirman el recurrente y la propia sentencia recurrida, los administradores " *no pueden responder de actos u omisiones no realizados durante el ejercicio de su cargo*", por otro, no es posible confundir los " *actos u omisiones realizados durante el ejercicio del cargo*", con los " *daños y perjuicios manifestados durante el ejercicio del cargo*" ; y la sentencia recurrida, en razonamiento que no se evidencia como ilógico o arbitrario, ha valorado la existencia de relación directa entre la actuación de los administradores del "Primer Consejo de Administración" durante el ejercicio de su cargo y el daño descubierto después declarando probado que " *Dicha conducta, en una relación de causa a efecto, originó el daño patrimonial, puesto que su realidad ha quedado debidamente demostrada también en los hechos probados, sin que los inversionistas -demandantes hayan recuperado su patrimonio*".



153. En definitiva, es indiferente la calificación jurídica de las "renovaciones" posteriores al cese del recurrente, ya que no son determinantes de la ruptura de la relación causal directa entre la actuación gravemente negligente y el daño, lo que ha de llevar a la desestimación del motivo.

## DECIMOSEXTO: CUARTO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

154. El cuarto motivo del recurso de casación interpuesto por don José se enuncia en los siguientes términos.

*Al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia la infracción del artículo 949 del Código de Comercio y del artículo 1969 del Código Civil en cuanto a la prescripción de las acciones ejercitadas por los actores-recurridos.*

155. En el desarrollo del motivo argumenta:

1) Que a tenor del artículo 949 del Código de Comercio la acción contra los administradores de las sociedades "terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración".

2) Que el recurrente dejó de ser miembro del Consejo de Administración el 22 de septiembre de 1989, por lo que, de conformidad con los artículos 949 del Código de Comercio y 1969 del Código Civil, el plazo para ejercitar acciones contra el mismo debe empezar a computarse a partir de la mencionada fecha.

3) Que sin perjuicio de quienes no ejercitaron acción alguna en el procedimiento penal y de quienes se personaron más tarde, ninguno de los actores ejercitó acción alguna hasta su personación en el procedimiento abreviado número 3260/91 del Juzgado de Instrucción número 45 de Madrid, el 2 de marzo de 1994 .

156. Partiendo de tales premisas, concluye que entre el 22 de septiembre de 1989 y el 2 de marzo de 1994 transcurrieron más de cuatro años, por lo que la acción contra el recurrente había prescrito.

### 2. Valoración de la Sala

157. Los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "*Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal*", y 111 de la propia Ley "*...mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme...*", no limitan sus efectos a quienes son parte en el proceso penal.

158. Ello es lógica consecuencia de que los efectos prejudiciales de la pendencia del proceso penal orbitan alrededor de la identidad de los hechos que han de servir de base al ejercicio de la acción civil y, como sostiene la sentencia número 777/2008, de 7 de septiembre de 2008 : "*para que la interrupción del tiempo de prescripción se produzca por virtud del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no es necesario que concurren los requisitos que presupone el artículo 1973 del Código Civil, en contra de lo que parece suponer la recurrente, en particular, la identidad de las acciones -sobre la de los elementos subjetivos, véanse las sentencias de 30 de septiembre de 1993 y 7 de febrero de 2006 -, sino que basta con que el llamado elemento fáctico de la causa de pedir de la acción ejercitada en el proceso civil esté incluido en el hecho o conjunto de hechos objeto del penal y considerados provisionalmente delito o falta - sentencia de 9 de marzo de 2006 -.*

159. Consecuencia de lo anterior es:

1) Que en relación con quienes están personados en la causa penal, como afirma la sentencia 340/2010 : "*Una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 Código Civil, en relación con los artículos 111 y 114 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 24.1 Constitución Española. Este día debe situarse en el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, notificados correctamente, hayan adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por el proceso penal y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil*".

2) Que en relación con los interesados que no fueron parte en el proceso penal, como precisa la sentencia núm. 190/2003, de 27 febrero, no entra en juego la data del archivo de las actuaciones cuando no se les ha hecho saber, sino aquella en que lo supo el perjudicado "*ya que la ausencia de esta comunicación procesal es susceptible de afectar con relevancia al derecho constitucional del perjudicado a acceder a proceso civil para hacer valer sus pretensiones a fin de obtener reparación del daño padecido sentencias de 25-3-1996 y 17-7-2001 y del Tribunal Constitucional de 30-6-1993 y 26-5-1999 )*" -

160. La aplicación de las reglas expuestas al caso enjuiciado en este motivo es determinante de su desestimación ya que resulta absolutamente irrelevante si DINERGESTIÓN, S.A. actuó exclusivamente en defensa de intereses propios o también se querelló en defensa de los intereses de los demandantes: producido



el cese el 22 de septiembre de 1989, la querrela se interpuso el 27 de junio de 1991 -cuando aún no habían transcurrido ni siquiera dos años-, e interrumpida la prescripción por el proceso penal, la notificación del auto de por el que se acordó el archivo de la causa penal tuvo lugar el 12 de febrero de 1997 y la demanda se interpuso en junio de 1998 -por lo que tampoco transcurrió el plazo de prescripción previsto en el artículo 949 del Código de Comercio -.

161. Lo expuesto, determinante del rechazo del motivo, debe sin embargo, valorar a efectos del pronunciamiento sobre las costas.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR DON Jose Manuel Y DON Octavio .

## DECIMOSÉPTIMO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

162. El primer motivo del recurso de casación interpuesto por don Jose Manuel y don Octavio , se resume en los siguientes términos:

*"El fallo infringe lo dispuesto en el artículo 949 del Código de Comercio , al no apreciarse prescripción de la acción por haberse interrumpido por la querrela de Dinergestión (en favor de los actores, según la Sentencia), aún cuando ésta sí considera como dies a quo para el cómputo de intereses el de la personación de los actores como querellantes en 2 de marzo de 1994 , y ello debería suponer la apreciación de la prescripción desde el cese como Administradores por imperativo legal el 22 de septiembre de 1989, y además por existir actores en la vía civil que no fueron previamente querellantes".*

163. En el desarrollo del motivo el recurso los recurrentes sostienen, en síntesis:

1) Que la sentencia se aparta del precedente del caso Gorostidi en el que la sentencia de 18 de mayo de 1999 de la Audiencia Provincial de San Sebastián, que ha devenido firma, estimó la excepción de prescripción.

2) Que al tratar de los intereses la sentencia recurrida reconoce la inactividad de los demandantes hasta el 2 de marzo de 1994, y en esa fecha habían transcurrido cuatro años y cinco meses desde el cese de los recurrentes el 12 de septiembre de 1989-.

3) Que la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1996 rechaza que las actuaciones penales en determinados supuestos, como el litigioso, interrumpa el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción rescisoria.

4) Que si la sentencia rechaza, al igual que la de primera instancia, la acción subrogatoria los demandantes no pueden beneficiarse de la querrela interpuesta por DINERGESTIÓN, S.A. que, además, *"jamás ha ejercitado la acción de responsabilidad de administradores contra mis representados, que es, precisamente, la ejercitada por los actores en 1998"*.

### 2. Valoración de la Sala.

#### 2.1. El valor del precedente.

164. En nuestro sistema, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.7 del Código Civil - *"Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido"*- los Jueces y Tribunales están sujetos a la Ley y no a los precedentes, sin perjuicio de que dentro de los límites subjetivos fijados en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las sentencias produzcan el llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material -"non bis in idem"- que no permite que una contienda judicial ya dilucidada por sentencia firme sobre el fondo de la cuestión, pueda volver de nuevo a plantearse, y el efecto positivo si los objetos de ambos pleitos difieren, de tal forma que lo resuelto en el primero vincula prejudicialmente al órgano judicial del segundo pleito en los puntos que fueron decididos.

165. Es cierto que la eficacia de las sentencias firmes no queda constreñida por la cosa juzgada, pudiendo proyectarse el "precedente" más allá de la triple identidad clásica, y así cuando concurren las mismas partes, razones de seguridad jurídica y tutela efectiva impiden que los hechos sean una cosa para un Tribunal y simultáneamente sea la contraria para otro tribunal, y cuando siendo diferentes las partes se someten al mismo Tribunal los mismos hechos, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley impone idénticas soluciones siempre que la parte perjudicada haya tenido oportunidad de ser oída y defenderse en el primero.

166. En este caso:

1) No existe identidad entre quienes fueron demandantes en el juicio seguido ante la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y el decidido por la sentencia que se recurre.



2) El Tribunal que dictó la sentencia que se invoca como precedente no es el mismo que ha dictado la que se recurre.

3) Las demandantes no tuvieron oportunidad de ser oídas y de defenderse en aquel litigio.

167. En consecuencia, aunque los hechos determinantes del daño a quienes demandaron en el primer litigio y a quienes demandan en este sean sustancialmente uniformes, cuando no los mimos, el precedente carece de efectos y no se proyecta sobre la sentencia recurrida.

2.2. *Inaplicabilidad de la sentencia de 4 de noviembre de 1996* .

168. La tesis mantenida en la sentencia que cita la recurrente es inaplicable al caso de autos, ya que se refiere a un supuesto de caducidad que según la tesis clásica no es susceptible de interrupción.

2.3. *Efecto interruptivo de la causa penal*.

169. Por lo demás, como apuntan los recurrentes, no deja de existir cierta contradicción entre la inactividad de los demandantes hasta 1994, afirmada por la sentencia a efectos de intereses, y la existencia de reclamación en 1991 (por vía de DINERGESTIÓN, S.L.) también afirmada por la sentencia a efectos de interrumpir la prescripción, pero, reiterando los argumentos expuestos en el anterior fundamento de Derecho, de ella no cabe derivar otras consecuencia que la necesidad de tenerla en cuenta a efectos del pronunciamiento sobre costas.

## **DECIMOCTAVO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN**

### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

170. El segundo motivo del recurso de casación interpuesto por don Jose Manuel y don Octavio se resume en los siguientes términos:

*El fallo infringe lo dispuesto en dicho artículo 1156 (en conexión con el 1173), del Código Civil, al tergiversarse en la Sentencia los efectos de la extinción de las obligaciones y contratos, e imputarse a los hoy recurrentes los efectos de una "novación" que, de haberla, se habría producido cuando ya no eran Administradores por haber cesado por imperativo legal el 22 de septiembre de 1989, y no haberse aplicado el pago o cumplimiento como causa de extinción de la obligación en virtud de los reembolsos de CMO a Dinergestión, abonados efectivamente por ésta en las cuentas de sus Clientes, y además por tratarse de operaciones "al tirón", en las que los intereses se habían pagado al comienzo de la inversión.*

171. En su desarrollo los recurrentes, en síntesis, sostienen que C.M.O. SOCIEDAD DE VALORES S.A. pagó en 1990 las obligaciones emitidas en 1989, lo que se acredita por los documentos contables que "reflejan los abonos que en 1990 se hacen por Dinergestión en las cuentas de sus Clientes por haber pagado CMO las obligaciones intermediadas en 1989", sin que hubiera compensación interna con otras partidas de exceso de provisión por Dinergestión, ni con "otras" no identificadas inversiones u operaciones.

### **2. Valoración de la Sala.**

172. El motivo identifica los asientos contables de "abonos" con el efectivo pago y extinción del crédito ostentado por los inversionistas lo que, como hemos expuesto en el anterior fundamento decimoquinto provocaría la ruptura de cualquier relación de causalidad entre la actuación de los recurrentes y el daño que derivaría de actuaciones posteriores a su cese, lo que supone partir de unos hechos diferentes a los que han servido de base a la sentencia recurrida y abocan inexorablemente el motivo a su desestimación.

## **DECIMONOVENO: TERCER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN**

### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

173. El tercer motivo del recurso de casación interpuesto por don Jose Manuel y don Octavio se resume en los siguientes términos:

*El fallo infringe lo dispuesto en el artículo 1228 del Código Civil al no quererse extraer en la Sentencia las consecuencias negativas que a Dinergestión (y por ende a los actores, que los aportan) le son imputables derivadas de sus propios asientos, registros y papeles privados.*

174. En su desarrollo sostienen los recurrentes que los asientos, registros y papeles propios aportados por DINERGESTIÓN de lo que se valen los demandantes, acreditan tanto los abonos o pagos hechos en 1990 respecto a las obligaciones intermediadas en 1989 como la inexistencia de "encargos" u órdenes de compra a CMO en 1990 y 1991, y la inexistencia de movimientos de fondos a CMO durante esos años de 1990 y 1991, por lo que tanto el Juzgador de la Audiencia han inaplicado el artículo 1228 del Código Civil

### **2. Valoración de la Sala**



175. La recurrida se ha opuesto a la admisibilidad del motivo con base en que los recurrentes no sólo pretenden convertir el presente recurso en una tercera instancia, sino que, además, plantean una cuestión nueva.

176. Tenemos declarado en reiteradas ocasiones que no pueden plantearse en casación cuestiones que no hayan sido sometidas a la consideración del tribunal de apelación, lo que no es sino una limitación que deriva, por un lado de la naturaleza del recurso de casación, que constituye un medio de impugnación de la sentencia de apelación e impide la revisión de una cuestión sin que el tribunal de apelación haya tenido previamente la posibilidad de pronunciarse sobre ella, por otro de los principios de garantía y contradicción, pues habrían de resolverse sin las posibilidades de alegación y prueba sobre los hechos permitidas en el proceso de instancia, y finalmente del principio de congruencia, que impide a la sentencia de apelación modificar los pronunciamientos consentidos por las partes (entre otras muchas, sentencia 719/2009, de 16 de noviembre), pero, sin perjuicio de que en determinados supuestos pueda contribuir a su claridad, no cabe convertir la apelación en un recurso formalista sometido a la formulación de motivos concretos identificados como tales, ya que como afirma la sentencia 485/2009 de 25 de junio *"los llamados "motivos" en el recurso de apelación no son más que argumentos o razonamientos"*, siendo suficiente que de los términos del recurso se deduzcan con claridad las razones de la impugnación.

177. Pues bien, en la apelación la recurrente impugnó de forma clara la valoración de la prueba documental por la sentencia de la primera instancia y afirmó en el título de la alegación segunda apartado 4º *"Todas las inversiones realizadas en 1988 y 1989 fueron cobradas en su totalidad por los inversores en el momento de sus respectivos vencimientos en 1989 y 1990"*, y en el apartado 5º que *"Dinergestión recibió de CMO durante 1990 devolución de fondos por importe de 411.849.8;632 pts correspondientes a las obligaciones hipotecarias vencidas en ese año"*, y en el 6º que *"Dinergestión no remitió a CMO los fondos recibidos de sus clientes en 1990 y 1991"*, afirmándose en la conclusión al folio 18 que *"La sentencia, por error (...) condena a mis mandantes injustamente a pagar unas cantidades que no deben a Dinergestión ni a los actores, pues CMO ya las devolvió a Dinergestión en 1990"*, y de hecho constituye uno de los argumentos centrales del recurso de apelación, por lo que en modo alguno puede afirmarse que se trata de una cuestión nueva o de un hecho consentido.

178. Cuestión radicalmente diferente es que, pese a que en el motivo se afirma que lo que se cuestiona es la subsunción de hechos en la norma determinante del efecto jurídico, en realidad el motivo pretende una nueva valoración de la prueba documental con base en la infracción de lo dispuesto en el artículo 1228 del Código Civil - *"Los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad, pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen"*-, por lo que de nuevo hacen supuesto de la cuestión, lo que es determinante de la desestimación del motivo.

## **VIGÉSIMO: CUARTO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN.**

### **1. Enunciado y desarrollo del recurso.**

179. El cuarto motivo del recurso de casación interpuesto por don Jose Manuel y don Octavio, se resume en los siguientes términos:

*El fallo infringe lo dispuesto en dicho artículo 9.b). de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (aprobada por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 1990), al no haberse decretado la nulidad de los actos realizados por Dinergestión relativos a inversiones financieras con posterioridad a su cambio de objeto social el 11 de mayo de 1990 en que pasó a tener como objeto social sólo la intermediación inmobiliaria, o al menos al haber imputado a los hoy recurrentes las secuelas derivadas de dichos actos contrarios al objeto social de Dinergestión, todo ello en conexión con lo dispuesto en los artículos 6.3 y 1300 ambos del Código Civil y en los relativos a la responsabilidad de los administradores (en nuestro caso, el de Dinergestión lo era único) de esa sociedad y respecto a los actos no comprendidos en el nuevo objeto social.*

180. En el desarrollo del motivo las recurrentes parten de dos hechos:

- 1) El 11 de mayo de 1990 DINERGESTIÓN S.L. fijó como objeto social único la intermediación inmobiliaria.
- 2) Pese a ello operó por más de un año -no un solo día como afirma la sentencia recurrida-, decenas de obligaciones hipotecarias por una elevada cuantía.

181. A partir de tales datos, la mezcla de preceptos y materias heterogéneas proyecta oscuridad sobre el motivo de casación y dificulta su comprensión, no obstante, trataremos de sistematizar la argumentación a fin de intentar dar cumplida respuesta al mismo.

182. Con la limitación expuesta, el discurso del motivo parece apuntar a la nulidad de los actos ejecutados por DINERGESTIÓN S.A. habitualmente fuera del objeto social, como consecuencia de la falta de capacidad





de su Administrador, lo que sería apreciable de oficio por los Tribunales e impediría imputar a los recurrentes "las secuelas negativas de los mismos".

## 2. Valoración de la Sala: La capacidad de las personas jurídicas y el objeto social.

183. Ante la necesidad de proteger la confianza en la apariencia y con ello la seguridad del tráfico, especialmente cuando la personalidad se utiliza como vehículo para organizar una empresa que actúa en el mercado, nuestro sistema parte de la plena capacidad jurídica y de obrar de las sociedades mercantiles que, en consecuencia, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en las que puedan incurrir sus gestores, pueden desplegar lícitamente tanto actividades "estatutarias" (dentro del objeto social), como "neutras" (que no suponen el desarrollo inmediato del objeto fijado en los estatutos) y "extraestatutarias", incluso cuando son claramente extravagantes y ajenas al objeto social.

184. Esta capacidad en modo alguno queda mermada por las previsiones contenidas en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 -hoy 234 de la Ley de Sociedades de Capital-, que atribuye a los administradores societarios el poder inderogable de vincular a la sociedad con terceros, con independencia de que su actuación se desarrolle dentro de la actividad fijada como objeto estatutario inscrito en el Registro Mercantil o fuera de ella, sin perjuicio de que la transgresión del objeto estatutario pueda ser oponible frente a quienes no hayan obrado de buena fe y sin culpa grave.

185. Lo expuesto no es obstáculo a la reserva de objeto social por la cual el Legislador exige que nada más las sociedades que reúnen determinados requisitos puedan tener como objeto estatutario el desarrollo de determinadas actividades, pudiendo hallarse entre ellas que tengan un "objeto social exclusivo", y a la reserva de actividad por la que ciertas actividades nada más pueden desplegarse regularmente por compañías que cumplan ciertas características y a que en ocasiones combine ambos criterios para dar lugar a sociedades con objeto social único y a actividades legalmente reservadas.

186. Ahora bien, el desarrollo de actividades acotadas por quien no está debidamente habilitado, sin perjuicio de las posibles sanciones que pueda llevar acarreadas, no determina necesariamente su nulidad -aunque en determinados supuestos así lo prevea, como en el artículo 4.2 del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre -, por lo que, a tenor de lo expuesto, debe rechazarse la pretendida nulidad radical apreciable de oficio de los contratos celebrados por DINERGESTIÓN, S.A.

187. En su consecuencia, el motivo debe ser rechazado.

## VIGESIMOPRIMERO: QUINTO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN.

### 1. Enunciado y desarrollo del recurso.

188. El quinto motivo del recurso de casación interpuesto por don Jose Manuel y don Octavio , se resume en los siguientes términos:

*El fallo infringe lo dispuesto en el artículo 1089 del Código Civil , que regula dicho nacimiento, en la medida en que el mismo es el que establece las causas únicas de generación de las obligaciones en nuestro derecho positivo.*

189. El motivo argumenta en síntesis:

1) Que los datos de hecho no son los que maneja la sentencia recurrida, por lo que a la luz de lo dispuesto tanto en el artículo 1089 del Código Civil, como en el 10 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil "no había en los actores causa de pedir frente a los Sres. Octavio y Jose Manuel , y que tanto los demandantes como esos demandados carecían de la citada condición de parte procesal legítima".

2) Que la sentencia de apelación " no hace, para subsumir en la norma el efecto de condena pecuniaria de mis mandantes, sino acudir a subterfugios o decisiones sólo basadas en un voluntarismo ayuno de toda justificación legal, subterfugios e inventos de entes de pura voluntad que esta parte ha desmontado uno a uno caso, ad nauseam, por activa, pasiva y circunstancias".

3) Que "Desde luego, la "subsunción" hecha por la Sentencia de 7/14 de noviembre de 2005 ha infringido lo dispuesto en el artículo 1089 del Código Civil y en el 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 , por lo que se hace acreedora al reproche casacional".

### 2. Valoración de la Sala.

190. Opuesta por la recurrida como causa de inadmisión del motivo que no fue incluido en el escrito de preparación del recurso, recordaremos que esta Sala ha venido insistiendo en que de la lectura conjunta de los artículos 477.1, 479.3 y 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deriva la necesidad de que la pretensión impugnatoria quede perfectamente delimitada en el escrito de preparación del recurso, exigencia de carácter



instrumental que sirve para verificar desde ese mismo momento la procedencia del recurso en atención a su objeto, su función y su finalidad, y que veta de raíz la posibilidad de que en el escrito de interposición del recurso se susciten cuestiones jurídicas diferentes a aquellas a las que se refieren las infracciones normativas denunciadas en el escrito preparatorio.

191. En este caso en el escrito de preparación del recurso de casación la recurrente no cita como vulnerado el artículo 1289 del Código Civil y nada más puede entenderse aludido sin ser identificado en el de preparación del recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que el motivo no puede prosperar.

192. Pero es que, además:

1) En su desarrollo el motivo mezcla preceptos heterogéneos y confunde la legitimación para ser parte procesal legítima con la existencia y titularidad del derecho afirmado como causa de pedir frente a quién es demandado; y

2) El motivo se construye a partir de hechos diferentes a los que sirven de sustento a la sentencia recurrida haciendo supuesto de la cuestión, al ignorar que la sentencia recurrida relata un comportamiento de los recurrentes susceptible de dar lugar al nacimiento del deber de responder.

## **VIGESIMOSEGUNDO: SEXTO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN.**

### **1. Enunciado y desarrollo del recurso.**

193. El sexto motivo del recurso de casación interpuesto por don Jose Manuel y don Octavio , se resume en los siguientes términos:

*El fallo infringe lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , reguladora del Mercado de Valores, que establece las previsiones y sanciones en relación con las normas reguladoras de la contabilización de las operaciones realizadas por las sociedades sometidas a su control y que obviamente se tuvo en cuenta por la Comisión Nacional del Mercado de Valores al emitir su certificación en 1998 en la que manifiesta que no se aprecia ninguna violación de dichas normas en CMO.*

194. El motivo argumenta, en síntesis:

1) Que la Comisión Nacional del Mercado de Valores inspeccionó en el año 1991 a C.M.O. SOCIEDAD DE VALORES S.A. y concluyó que no había encontrado infracción alguna contable.

2) Que, los artículos 99 letras e) y m) de la Ley del Mercado de Valores tipifica como infracciones muy graves, y el 100 letra c) como graves,

### **2. Admisibilidad del motivo**

195. Aunque como hemos expuesto la pretensión impugnatoria debe quedar perfectamente identificada en el escrito de preparación del recurso, se trata de una exigencia instrumental por lo que debe rechazarse la causa de oposición a la admisibilidad del recurso sustentada en que en el escrito de preparación del recurso no fue citado el artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores , sino el artículo 100 de la misma Ley , ya que ambos preceptos responden exactamente a la infracción preparada -regulación de las previsiones y sanciones en relación con las normas de contabilización de las operaciones-.

### **3. Valoración de la Sala.**

196. La sentencia no infringe ni podía infringir las previsiones contenidas en los preceptos citados por la recurrente, por la potísima razón de que no se trata de una resolución adoptada en un expediente incoado para el ejercicio de la potestad sancionadora.

197. Quien pudo infringir dichos preceptos fue, en su caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores ante la que DINERGESTIÓN, S.A. interpuso en su momento la denuncia contra C.M.O. SOCIEDAD DE VALORES S.A., sin que el presente litigio ante los Tribunales civiles tenga por objeto el control de legalidad de la resolución dictada en el mismo.

198. Lo expuesto evidencia que en realidad el motivo impugna la valoración por la sentencia recurrida del informe emitido por la referida Comisión Nacional del Mercado de Valores, lo que rebasa los límites de la casación y determina sin más la desestimación del motivo.

## **VIGÉSIMOTERCERO: SÉPTIMO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN**

### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

199. El séptimo motivo del recurso de casación interpuesto por don Jose Manuel y don Octavio , se resume en los siguientes términos:



*El fallo infringe lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil al no apreciar que siendo las reclamadas por los actores operaciones de las denominadas "al tirón", no puede, sin infracción de tal precepto, y dado que los inversores cobraron su interés al comienzo de la operación de inversión, añadir otro interés, el legal del dinero, que, con arreglo al citado artículo, sólo puede imponerse "a falta de convenio".*

200. El motivo responde a un silogismo que parte de las siguientes premisas:

1) El artículo 1108 del Código Civil dispone que " *Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal*" .

2) Las obligaciones hipotecarias cuyo pago reclaman los actores lo eran de la modalidad conocida, como "al tirón", por lo que el inversionista, cuando entrega el monto de su inversión al intermediario, no le entrega la totalidad del valor facial o nominal de la inversión, pues retiene exactamente la cantidad pactada como interés.

3) La sentencia reconoce que las cantidades reclamadas devengan intereses, por lo que "añade" intereses no convenidos.

201. La conclusión que deriva de tal planteamiento es que la sentencia recurrida infringe las previsiones contenidas en el artículo 1108 del Código Civil .

## **2. Valoración de la Sala**

202. La recurrida como causa de inadmisión del motivo ha opuesto que el mismo no fue incluido en el escrito de preparación del recurso por lo que, para su rechazo sería suficiente dar por reproducido lo argumentado en el fundamento vigesimoprimer de esta sentencia.

203. Pero es que, además, la recurrente trata de confundir los intereses remuneratorios (los usurae del Derecho romano) y los intereses moratorios (los intereses en los contratos "ex fide bona"), pese a que la Jurisprudencia ha reconocido en reiteradas ocasiones que se trata de dos instituciones diferentes (por todas, sentencias 95/2007 de 30 de enero , 35/2009 de 26 de enero y 222/2009 de 25 de marzo ), ya que mientras los primeros constituyen contraprestación de la entrega del capital en cumplimiento del contrato, en los que debe estarse a lo pactado, los segundos cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario que no precisan pacto, y que el Ordenamiento presume, y a tal efecto el artículo 1108 del Código Civil , de forma paralela a otros sistemas próximos -así el artículo 1153 del Código Civil francés "*Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement*" (En las obligaciones que consisten en el pago de una suma cierta, los daños y perjuicios que resultan del retraso en la ejecución consisten en la condena al pago de los intereses en la tasa legal, salvo las reglas particulares al comercio y a la fianza); y el 1224 del italiano "*Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno*" (En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, son debidos desde el día de la mora los intereses legales, aunque no fueron debidos anteriormente y aunque el acreedor no pruebe haber sufrido daño alguno); y el 806 del portugués "*1. Na obrigação pecuniária a indemnização corresponde aos juros a contar do dia da constituição em mora. 2. Os juros devidos são os juros legais, salvo se antes da mora for devido um juro mais elevado ou as partes houverem estipulado um juro moratório diferente do legal*" (1. En la obligación pecuniaria la indemnización (por mora) consiste en los intereses desde la constitución en mora. 2. Los intereses debidos son los legales, salvo que antes de la mora fuese debido un interés más alto o las partes hubiesen estipulado un interés moratorio diferente del legal)-, el artículo 1108 del Código Civil dispone que " *Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal*" .

RECURSO DE CASACIÓN DE DON Candido

## **VIGESIMOCUARTO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN**

### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

204. El primer motivo del recurso de casación interpuesto por don Candido , se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de los Art. 1.968.2º Y 1.969 del Código Civil y 949 del Código de Comercio, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.*



205. En el desarrollo del motivo, parte de que la sentencia recurrida incurre en un error al fijar la fecha del cese del recurrente en el año 1995, pese a que el cese tuvo lugar el 18 de febrero de 1994 y de que la querrela interpuesta por DINERGESTIÓN, S.A. no interrumpió la prescripción en relación con el recurrente, y concluye que tanto en el caso de que el plazo de prescripción se compute desde la fecha de los hechos -diciembre de 1988 a septiembre de 1989- como desde la fecha de su cese como administrador de UNIÓN Y GESTIÓN DE INVERSIÓN S.A. SOCIEDAD DE VALORES, -febrero de 1994-, en el momento de interposición de la demanda -abril de 1998- habrían transcurrido los 4 años fijados en el artículo 949 del Código de Comercio para la prescripción de las acciones contra administradores y socios gerentes de las compañías mercantiles.

## 2. Valoración de la Sala.

206. Prescindiendo de que, como tenemos declarado en la *sentencia número 355/2009 de 27 de mayo "la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones corresponde a la Sala de instancia, en cuanto está estrechamente ligado a la apreciación de los hechos que entra dentro de sus facultades exclusivas, y sólo es susceptible de ser revisado en casación cuando incurra en un error de Derecho"*, por lo que de mediar error en la fecha del cese del recurrente como administrador de UNIÓN Y GESTIÓN DE INVERSIÓN S.A. SOCIEDAD DE VALORES debió denunciarse por vía del recurso extraordinario por infracción procesal, es lo cierto que en este caso resulta irrelevante ya que, por las razones expuestas en el fundamento decimosexto: la pendencia de la causa criminal despliega efectos interruptivos en función de los hechos sometidos a la jurisdicción penal, con independencia de quienes sean querellantes y querellados, lo que aboca el motivo al fracaso, sin perjuicio de que la discrepancia argumental entre la sentencia recurrida y esta sentencia deba tener reflejo en el pronunciamiento sobre costas.

## VIGESIMOQUINTO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

207. El segundo motivo del recurso de casación interpuesto por don Candido , se enuncia en los siguientes términos.

*Infracción de los Art. 133.2 133 y 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.902 del Código Civil, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.*

208. En su desarrollo, en síntesis:

1) Reitera el error material en la determinación del día del cese del recurrente y que los hechos lesivos son anteriores a la fecha en que tomaron posesión de sus cargos los miembros del "Segundo Consejo de Administración", sin que puedan vincularse con la sanción administrativa a los mismos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por unos hechos, totalmente ajenos a este pleito y que tuvieron lugar en 1.993.

2) Sostiene que no es cierto que el negocio sobre obligaciones hipotecarias fuese llevado a cabo por CMO SOCIEDAD DE VALORES S.A, ni que hiciese caso omiso de las reclamaciones formuladas por don Basilio como representante legal de DINERGESTIÓN, S.A., ni que percibiese cantidades millonarias por la venta de sus acciones y, en definitiva que no existe relación de causalidad entre la conducta del recurrente y el daño a los demandantes

3) Finalmente afirma que la sentencia recurrida discrimina entre los distintos miembros del Segundo Consejo de Administración, absolviendo a unos y condenando a otros.

## 2. Valoración de la Sala.

209. Los dos primeros argumentos del motivo parten de hechos diferentes a los que se han tenido por probados por la sentencia recurrida, por lo que hace supuesto de la cuestión y están abocados al fracaso.

210. En cuanto al tercero nuestra respuesta debe partir de que para que pudiera entenderse vulnerado el derecho del recurrente al trato igual sería precisa en primer término la identificación de la situación sustancialmente idéntica que haya recibido trato diferente, siendo insuficiente a tales efectos que el Consejo de Administración estuviese integrado por varios administradores, ya que si bien es cierto que cuando la administración está encomendada a órganos integrados por pluralidad de integrantes, como regla el artículo 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 237 de la Ley de Sociedades de Capital-, atribuye el daño a todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo para la sociedad, como excepción, el 133.3 dispone que no responderán quienes "*prueben que no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel*", por lo que para afirmar la igualdad es preciso demostrar que



los terceros, además de ser miembros del mismo órgano, observaron un comportamiento que merece desde la perspectiva jurídica ser calificado como idéntico.

211. La misma identidad es exigible cuando de trata de exigir responsabilidad de varios miembros de un mismo consejo de administración al amparo del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 241 de la Ley de Sociedades de Capital-, ya que aunque en aquellos supuestos en los que son varios los administradores que participan en el acto u omisión lesiva, todos ellos deban responder solidariamente como consecuencia de que la responsabilidad derivada del acto ilícito con plurales intervinientes tiene carácter solidario (por todas, sentencia 187/2008, de 28 de febrero), la igualdad exigiría que la sentencia recurrida hubiese imputado a los mismos una actuación jurídicamente relevante idéntica a la desplegada por el recurrente.

212. Pero es que, incluso en el caso de que las situaciones de los demandados absueltos y de recurrente fuesen iguales, como tenemos declarado en la sentencia 944/2002 de 16 octubre *"el principio de igualdad encuentra un límite en el principio de legalidad, cesando su virtualidad cuando esa igualdad conduzca al mantenimiento o constitución de situaciones ilegales o disconformes a Derecho, como recogió la sentencia del Tribunal Constitucional 1/1990, de 15 de enero, porque como señalaron las precedentes 40/1989, de 16 de febrero y 144/1999, de 22 de julio, se trata de una igualdad en la ley - sentencia 58/1989, de 16 de marzo - y no fuera de la Ley - sentencia 39/1989, de 16 de febrero - , y en la 90/2003 de 8 de febrero "el principio de igualdad encuentra su límite en el principio de legalidad porque la igualdad conduciría al mantenimiento o constitución de situaciones ilegales o disconformes a Derecho - sentencias del mismo Tribunal 1/1990, de 15 de enero, 40/1989, de 16 de febrero y 144/1999, de 22 de julio -"*.

213. Rechazada la pretensión revocatoria del recurrente, la igualdad, de existir, exigiría la condena de los codemandados absueltos y, como tenemos declarado en la sentencia 126/2010 de 23 de marzo, *"una codemandada carece de legitimación para pedir en casación la condena de otra codemandada o, lo que es lo mismo, impugnar su absolución (SSTS 12-11-92, 31-12-94, 8-4-95, 30-1-96, 23-12-99, 13-11-00, 3-3-01, 25-2-02 y 21-2-07 entre otras muchas)"*, por lo que, al no haberse recurrido por los demandantes el pronunciamiento absolutorio, no cabe entrar en el análisis del eventual desacierto en este extremo de la sentencia recurrida.

#### **VIGÉSIMOSEXTO: COSTAS**

214. Las costas del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don Octavio y don Jose Manuel, deben imponerse a los recurrentes de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

215. No procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto don José de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse estimado un motivo.

216. No procede imponen las costas de los recursos de casación interpuestos por don Octavio y don Jose Manuel, por don José y por don Candido, al desestimarse los mismos con base en la equivalencia de resultados.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

Primero.- Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don Octavio y don Jose Manuel, representados ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don GONZALO SANTOS DE DIOS, contra la sentencia dictada el día 7 de noviembre de 2005, por la Sección seis de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el rollo de apelación número 800/2004, dimanante de juicio de mayor cuantía número 220/1998, del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao.

Segundo.- Imponemos a los expresados recurrentes don Octavio y don Jose Manuel las costas del recurso extraordinario por infracción procesal por ellos interpuesto.

Tercero.- Desestimamos los motivos primero a sexto y octavo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don ISIDRO ORQUIN CEDENILLA, contra la expresada sentencia dictada el día 7 de noviembre de 2005, por la Sección seis de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el rollo de apelación número 800/2004, y estimamos el motivo sexto del recurso extraordinario por infracción procesal.

Cuarto.- No ha lugar a la imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don José y estimado en parte.



Quinto.- Desestimamos el recurso de casación interpuesto por don Octavio y don Jose Manuel representados ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don GONZALO SANTOS DE DIOS, contra la repetida sentencia dictada el día 7 de noviembre de 2005, por la Sección seis de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el rollo de apelación número 800/2004 , dimanante de juicio de mayor cuantía número 220/1998, del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao.

Sexto.- No ha lugar a la imposición de las costas del recurso de casación interpuesto por don Octavio y don Jose Manuel .

Séptimo.- Desestimamos el recurso de casación interpuesto por don José representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don ISIDRO ORQUIN CEDENILLA, contra la sentencia dictada el día 7 de noviembre de 2005, por la Sección seis de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el rollo de apelación número 800/2004 .

Octavo.- No ha lugar a la imposición de las costas del recurso de casación interpuesto por don José .

Noveno.- Desestimamos el recurso de casación interpuesto por don Candido representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don ANTONIO RAMÓN RUEDA LÓPEZ, contra la sentencia dictada el día 7 de noviembre de 2005, por la Sección seis de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el rollo de apelación número 800/2004 , dimanante de juicio de mayor cuantía número 220/1998, del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao.

Décimo.- No ha lugar a la imposición de las costas del recurso de casación interpuesto por don Candido .

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.- Francisco Marin Castan. - Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos. - Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.