



Roj: **STS 4683/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4683**

Id Cendoj: **28079110012017100659**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **515/2015**

Nº de Resolución: **667/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 515/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Civil**

##### **Sentencia núm. 667/2017**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 14 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 278/2014 por la Sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1779/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Algeciras, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Silvia Moreno Martín en nombre y representación del Ilmo. Ayuntamiento de Los Barrios, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador Manuel Francisco Pérez Agüera en calidad de recurrente y la procuradora doña Adela Cano Lantero en nombre y representación de Caixabank S.A. en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El procurador don Ignacio Molina García, en nombre y representación de Barclays Bank S.A., interpuso demanda de juicio ordinario, contra el Ilustrísimo Ayuntamiento de La Villa de Los Barrios, asistido del letrado don Manuel García-Villarrubia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«Estimando la demanda, condene al Ilustrísimo Ayuntamiento de la Villa de Los Barrios a pagar a mi mandante 11.385.203,00 euros más los intereses de demora convenidos devengados hasta la fecha de su completo y efectivo pago».



**SEGUNDO** .- La procuradora doña Silvia Moreno Martín, en nombre y representación del Ilmo. Ayuntamiento de Los Barrios, asistido del letrado don Manuel Francisco Pérez Agüera, presentó declinatoria por falta de competencia objetiva, al considerar que la competencia corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, a lo que se opuso la entidad actora siendo resuelta en sentido negativo por auto de fecha 17 de junio de 2013, recurrido en reposición y desestimado por auto de 30 de septiembre de 2013.

Posteriormente contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Desestimando las pretensiones deducidas en la demanda, se absuelva al Ayuntamiento de Los Barrios de la petición de condena al pago de la cantidad derivada de la liquidación de los créditos concertados por la sociedad municipal con la demandante al no existir responsabilidad del Ayuntamiento de Los Barrios sin que se haya justificado la conveniencia y necesidad de levantar el velo jurídico, todo ello con expresa condena en costas a la demandante».

**TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Algeciras, dictó sentencia con fecha 10 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando íntegramente la demanda formulada por la entidad BARCLAYS BANK S.A, representada por el Procurador Don Ignacio Molina García, debo condenar y condeno al Ilmo. Ayuntamiento de la Villa de Los Barrios a abonar a la actora la cantidad de once millones trescientos ochenta y cinco mil doscientos tres euros (11.385.203), más los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandada».

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal el Ilmo. Ayuntamiento de Los Barrios, la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando como desestimamos, íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Los Barrios, contra la sentencia de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, imponiendo al apelante las costas procesales de esta alzada».

Por auto de fecha 26 de noviembre de 2014 se rectificó la sentencia cuya parte dispositiva quedó como sigue:

«Acordamos rectificar la sentencia dictada en los presentes autos de fecha 11 de noviembre de 2014, en el sentido de eliminar del Fallo la expresión "si acredita interés casacional"».

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, la representación procesal del Ilmo. Ayuntamiento de Los Barrios, argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC , por infracción del artículo 465.3 LEC . Segundo.- Artículo 469.1 LEC por infracción del artículo 465.4 LEC . Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.3.º, infringidos los artículo 14.2.3.º LEC en relación con el artículo 207.2 LEC . Cuarto.-Al amparo del artículo 469.1.3.º LEC por infracción del artículo 40.1 LEC . Quinto.- Al amparo del artículo 469.1.3.º LEC , por infracción de los artículos 270.1 y 272 LEC en relación con el artículo 460.2.1.º LEC . Sexto.- Al amparo del artículo 469.1.3.º LEC por infracción de los artículos 225 y 238 LOPJ . Séptimo.- Artículo 469.1.3.º LEC por infracción del artículo 496 LEC . El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos. Primero.- Vulneración de los artículos 48 , 48 bis , 49 , 50 , 52 , 53 y 54 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales . Segundo.- Infracción de los artículos 9 y 10 LOPJ en relación con las facultades otorgadas al juez de lo civil por el artículo 42.1 LEC . Tercero.- Por infracción de la doctrina del levantamiento del velo.

**SEXTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 14 de diciembre de 2016 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Adela Cano Lantero, en nombre y representación de Caixabank S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de junio del 2017. Por providencia de fecha 14 de junio de 2017, se acordó la suspensión, señalándose para votación y fallo el día 28 de junio de 2017 a las 10,30 horas, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- *Resumen de antecedentes.*



1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo al considerar la demandante que la beneficiaria de los préstamos concedidos, la entidad Gestión Agropecuaria y Medioambiental de los Alcornocales S.L, (en adelante, Gama) era una sociedad instrumental del Ayuntamiento para eludir su responsabilidad patrimonial frente a terceros.

2. En síntesis, la demandante y aquí recurrida, Barclays Bank S.A, realizó tres operaciones de préstamos mercantiles con la citada empresa Gama. Los dos primeros préstamos los concedió el Banco Zaragozano (más adelante, Barclays Bank), con fechas de 19 de abril de 2000 y 22 de mayo de 2003, por importes de 10.818.217,88 euros y 3.000.000 de euros, respectivamente. El 29 de octubre de 2004 se concedió otro préstamo por importe de 300.000 €. Dichos contratos, por la parte prestataria, fueron suscritos por el entonces alcalde de Los Barrios, D. Luis Miguel , en su calidad de presidente de la junta y del consejo de administración de la citada empresa, de capital íntegramente público.

Llegadas las fechas de los respectivos vencimientos, las obligaciones no fueron cumplidas por la prestataria. En particular, en relación al tercer préstamo, con vencimiento de 29 de octubre de 2005, no se reembolsaron las cantidades debidas, habiéndose dictado un auto de despacho de ejecución por importe de 354.464,95 euros. El segundo préstamo, cuyo último tramo venció el 22 de mayo de 2006, comportó una liquidación negativa por importe de 1.904.947,10 euros, a la que hay que sumar otra liquidación negativa de 7.580.177,55 euros del primer préstamo concedido. Todo ello, sin que tampoco se llevasen a cabo por el Ayuntamiento las medidas previstas de respaldo patrimonial a la citada sociedad; entre otras, el envío de la certificación de su ahorro neto positivo a la entidad bancaria, y la constitución de un depósito en garantía con las cantidades percibidas del Fondo de Participación de los Tributos del Estado.

El 19 de mayo de 2011, se suscribió por el entonces alcalde, D. Ambrosio , que actuó como representante de Gama en calidad de presidente de su consejo de administración, una escritura de novación modificativa no extintiva y de ampliación del préstamo, por lo que se ampliaba la cuantía del primer préstamo en atención a la deuda generada, a 2.251.759,57 €, y se contemplaba, entre otros extremos, el compromiso del Ayuntamiento de aportar una garantía solidaria para el buen fin del préstamo otorgado que tenía que adoptarse por acuerdo del pleno municipal, que finalmente no llegó a producirse.

Por auto de 23 de mayo de 2012, la entidad Gama fue declarada en concurso de acreedores.

3. Interpuesta la demanda por la entidad bancaria, el Ayuntamiento compareció dentro de los diez días del emplazamiento al objeto de formular declinatoria de jurisdicción en favor del juez de lo mercantil. Con posterioridad, el 2 de septiembre de 2013, el Ayuntamiento demandado presentó la solicitud de intervención provocada de la entidad Gama.

Por auto, de 17 de junio de 2013, se desestimó la declinatoria de jurisdicción y por auto, de 30 de septiembre de 2013, se desestimó la solicitud de intervención provocada, con expresa mención de que las partes tenían derecho a interponer un recurso de reposición.

Por diligencia de ordenación de 25 de octubre de 2013 se declaró en rebeldía al Ayuntamiento de Los Barrios, al no haber presentado su contestación en el plazo que quedaba pendiente. Contra esa diligencia de ordenación se interpuso recurso de reposición por el Ayuntamiento demandado, resuelto por decreto de 20 de noviembre de 2013, que estimó el recurso, dejando sin efecto la declaración de rebeldía y reanudando el plazo para contestar la demanda. La demandante presentó un escrito alegando error material en el cómputo del plazo a la vez que solicitó una aclaración. Por diligencia de ordenación de 27 de noviembre de 2013 se denegó dicha aclaración. La demandante presentó recurso de reposición contra el decreto de 20 de noviembre de 2013 por el que se tenía por presentada la contestación a la demanda, y alegó que la contestación a la demanda se había presentado fuera de plazo. Por decreto de 19 de febrero de 2014 se desestimó el recurso de reposición. Por providencia de fecha 22 de abril de 2014 se concedió un plazo para alegar si se había podido incurrir en nulidad de actuaciones conforme a lo interesado por la demandante, quien presentó incidente de nulidad al entender que las resoluciones de la secretaría eran erróneas y que en consecuencia la contestación a la demanda se había presentado fuera de plazo. Por auto de 20 de mayo de 2014 se declararon nulas las actuaciones procesales, teniendo por personado al Ayuntamiento pero no por contestada la demanda, ni por aportados los documentos adjuntos.

4. La sentencia de primera instancia, estimó la demanda y condenó al Ayuntamiento al abono de la cantidad de 11.385.203 € a la entidad bancaria.

Consideró acreditado, entre otros extremos, que Gama estaba íntegramente participada por el Ayuntamiento, que era socio único, y que en el primer crédito ya se puso de manifiesto la confusión patrimonial entre ambas entidades cuando el dinero se ingresó directamente en la cuenta del Ayuntamiento, haciéndose constar incluso fórmulas de aseguramiento por parte de éste. Datos que permitirían, bajo el concepto de levantamiento del



velo jurídico, exigir la responsabilidad por las deudas directamente al Ayuntamiento, verdadero beneficiario de las operaciones de Gama.

5. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la sentencia de la Audiencia lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia.

Consideró que desde la notificación del auto que mantuvo la decisión de desestimar la declinatoria de jurisdicción, quedó definitivamente resuelta la cuestión relativa a la jurisdicción competente, por lo que a partir de ese momento volvía a correr el plazo que restaba para la contestación de la demanda. No obstante, señaló literalmente que «sobre ese plazo interruptivo se superpuso otro distinto, y más amplio, pues al margen de esta cuestión relativa a la jurisdicción competente, se presentó el 2 de septiembre de 2013 escrito por la demandada en solicitud de llamada al proceso de la mercantil Gama S.L.». De forma que se volvió a producir el efecto suspensivo del plazo para contestar a la demanda. Plazo que se reanudó con la notificación al demandado de la desestimación de su petición, aunque se incluyera en el auto resolutorio de la intervención provocada una mención expresa acerca del derecho de las partes a interponer un recurso de reposición. Por lo que el Ayuntamiento no presentó su contestación en el plazo que restaba pendiente de transcurso:

«[...]Por tanto, en el día en que se notificó el Auto de 30 de Septiembre de 2014 resolviendo la cuestión de la llamada del tercero, y que según la actora fue el 2 de Octubre de 2013, (fecha no negada de contrario), volvió a reanudarse el plazo para contestar, del que todavía quedaban diez días. Así pues, el 16 de Octubre de 2013, a las 15 horas, finalizó el plazo definitivamente. Por lo que, mediante Diligencia de Ordenación de 25 de Octubre de 2013, se declara en rebeldía al Ayuntamiento al no haber presentado su contestación en el plazo que quedaba pendiente. Y, aunque después se rectifica por la Sra. Secretaria-mediante Decreto de 20 de Noviembre de 2013, definitivamente la Juez *a quo* resuelve en Auto de 20 de Mayo de 2014 que dicho Decreto último adolece de nulidad y no se puede tener por válidamente presentada la contestación a la demanda de fecha 25 de Noviembre de 2013, fecha bastante posterior a aquélla en que se había cerrado ya el plazo».

Con relación a los documentos presentados en base al artículo 270.1 LEC , la Audiencia consideró que el hecho de la declaración de rebeldía del demandado obstaba a que pudiera oponer hechos impositivos, extintivos o excluyentes frente a la pretensión de la demandante.

Por último, tras la valoración de la prueba practicada, concluyó que en el presente caso se daban los presupuestos que la jurisprudencia ha ido concretando para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. En este sentido, en los estatutos de Gama quedaba establecido que sería la Corporación Municipal el órgano soberano de la sociedad. Asimismo, el Consejo de administración de dicha sociedad estaba presidido por el Alcalde-Presidente, y se fijaba el domicilio social en la misma dirección del Ayuntamiento. Por lo que existió una evidente instrumentalización por parte del Ayuntamiento de esta sociedad mercantil en cuanto que la creó para ocuparse de intereses que, en principio, entrarían dentro de las funciones propias encomendadas a la misma Administración Local. Se creó con la vocación de que quedase separada de la personalidad propia del Ayuntamiento y de sus responsabilidades pero, sin embargo, se empleó en gestionar competencias propias de la administración local, y, sin patrimonio alguno, se la comprometió a concertar un importantísimo préstamo que, en realidad, sirvió para hacer frente a deudas del propio Ayuntamiento.

6. Contra la sentencia de apelación, el demandado interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.- 1.** El Ayuntamiento interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en siete motivos.

En el primer motivo, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC , denuncia la infracción del artículo 465.3 LEC . Argumenta que la sentencia no se ha pronunciado sobre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación referidas a las infracciones cometidas al dictarse la sentencia de primera instancia, además de incurrir en la alteración de la « *causa petendi*».

Según el recurso, la infracción denunciada se produciría porque el juez de primera instancia prescinde de los negocios jurídicos privados que la demandante invocaba en la defensa de la competencia del orden civil para, durante el transcurso del procedimiento y tras la prueba practicada, llegar a la conclusión de que no existía relación contractual válida entre Ayuntamiento y entidad bancaria por la falta de adopción de los acuerdos obligatorios en la fase previa administrativa que debió tramitarse, y decidir analizar aquellos actos llevados a cabo por los representantes municipales para, con base en esa actuación ilegítima, tener por acreditados unos «indicios o indicadores» en los que sustentar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, modificando la *causa petendi*, y obviando que, sin la declaración de validez y existencia de un negocio jurídico privado en el que se sustentó la demanda ante la jurisdicción civil, el juzgado de instancia no era



competente para levantar el velo solo tomando como base las ilegítimas actuaciones de alcalde y concejales en la administración de la que fuera sociedad municipal. Esto, según el recurrente, podría originar un conflicto competencial al coincidir el planteamiento con lo que debe resolverse por el Juzgado de lo Mercantil en cuanto a la posible responsabilidad del Ayuntamiento como administrador de hecho de la sociedad o, incluso, por la jurisdicción contencioso-administrativa, si se toma en consideración que ante la falta de negocio jurídico privado en la que sustentar la competencia del juez del orden civil, solo podría analizarse una eventual irregular actuación administrativa por los tribunales de orden contencioso-administrativo.

## 2. El motivo debe ser desestimado.

La sentencia recurrida no incurre en la incongruencia denunciada, pues lo que la demandante solicita con claridad, en los hechos y fundamentos de la demanda, es la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento con base en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y con relación a los referidos impagos del préstamo objeto de la presente *litis*.

Por otra parte, como expresamente señala la sentencia recurrida, el recurrente no planteó formalmente, en ningún momento, que el presente asunto tuviera que ser resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa. A lo sumo, la declinatoria presentada se dirigió a la posible competencia del juez de lo mercantil para conocer del asunto.

## 3. En el motivo segundo, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, denuncia el no haberse resuelto las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, vulnerando lo preceptuado en el art. 465.4 LEC y el art. 24 CE.

Se alega que en el recurso de apelación se planteó que la interpretación del art. 14.3 LEC realizada por el juez de primera instancia provocó la pérdida de un trámite procesal; la infracción de lo preceptuado en el art. 40 LEC en cuanto a que se omitió un trámite reglado que obligaba al traslado al Ministerio Público; y la infracción del art. 270.1 LEC, que provocó que no se tuvieran por aportados documentos no afectados por la declaración de nulidad acordada en primera Instancia. Y aunque la sentencia de apelación se pronuncia sobre estas cuestiones, su análisis se efectúa únicamente desde la óptica del derecho material, como cuestiones de fondo, omitiendo cualquier pronunciamiento sobre los pedimentos formulados que se residenciaban en la esfera de la infracción de normas y garantías procesales producidas en la instancia en cuanto que le impidió la verificación de trámites esenciales para la defensa de sus intereses.

Argumenta que respecto de la primera infracción, lo que se pretendía era un pronunciamiento sobre las consecuencias derivadas de la errónea consignación de los recursos procedentes en una resolución como es la que deniega la solicitud de la intervención provocada cuya consecuencia no sería otra que retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno que permitiera remediar el error judicial que provocó equivocación en la parte por respeto a lo acordado por el órgano Judicial, de tal forma que se hiciera posible la verificación del trámite de contestación a la demanda afectado por la nulidad de actuaciones declarada un día antes de la celebración de la audiencia previa.

Respecto a la segunda infracción, se pretendía un pronunciamiento que corrigiera el proceder del juzgado de instancia cuando decidió no poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el planteamiento de la cuestión prejudicial invocada conforme a lo preceptuado en el artículo 40.1 LEC.

Respecto a la tercera infracción lo que se pretendía era un examen de la nulidad de actuaciones decretada por medio de un auto que se dictó meses más tarde del último trámite realizado y un día antes de la audiencia previa, en la que el juez decidió no admitir la documental propuesta mediante escrito de 19 de noviembre de 2013 previamente admitida por diligencia de ordenación contrariamente a lo preceptuado en el art. 272 LEC y sin que la misma resultara afectada por la nulidad, pues se declaró expresamente desde el dictado del decreto de fecha 20 de noviembre de 2013 y el escrito aportando los documentos tiene entrada en el Juzgado en fecha 19 de noviembre de 2013.

## 4. El motivo debe ser desestimado.

El recurrente no agotó todos los medios posibles que pudo y debió utilizar para subsanar en la instancia o instancias oportunas las infracciones por defectos procesales que ahora denuncia, al no pedir previamente la oportuna solicitud de complemento de sentencia al respecto ( art. 469.2 y art. 214 y 215 LEC ).

## 5. En el motivo tercero, al amparo del ordinal 3.º del artículo 469.1 LEC, se denuncia la infracción del artículo 14.2.3.º en relación con el artículo 207.2 LEC.

Argumenta que la cuestión de la inclusión errónea en un pie de recurso en el auto de fecha 30 de septiembre de 2013, por el que se desestimaba la solicitud de intervención provocada, se ha resuelto únicamente desde el prisma del cómputo de plazos. Y el incluir un pie de recurso equivocado en una resolución, es un error evidente que produce unos efectos que afectan a la firmeza de la propia resolución. La resolución judicial que resuelve



una solicitud de intervención provocada, desestimándola, debe tener carácter definitivo, apartado tercero del art. 14 LEC , y el auto de 30 de septiembre de 2013, que resuelve, rechazándola, la solicitud de intervención procesal que formula la Administración en su condición de parte demandada, incluye un pie de recurso de forma errónea, de forma que se prescindió del procedimiento legalmente establecido. El Ayuntamiento no recurrió en reposición, al entender que dicho recurso no era procedente, pero dado que era el órgano judicial el que había dado el trámite se optó por dejar transcurrir el plazo una diligencia de ordenación que declarase su firmeza y acordara la reanudación del plazo que restase para contestar la demanda al entender que la decisión judicial de otorgar plazo para recurso de reposición impedía que se reanudara de forma automática el cómputo del plazo para contestar a la demanda. Ha sido el error del Juzgado consignando un pie de recurso erróneo en el propio Auto de fecha 30 de septiembre de 2013 el que ha provocado que la parte que tenía que evacuar el trámite de contestación a la demanda no lo haya verificado.

**6. El motivo debe ser desestimado.**

En cualquier caso, el pie del recurso del auto, de 30 de septiembre de 2013, resulta irrelevante en el presente caso. Conforme a lo dispuesto en el art. 451.3 LEC , la interposición del recurso de reposición carece de efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida. Por lo que el citado auto desplegó todos sus efectos desde la notificación, reanudando el plazo para contestar a la demanda; sin que la indicación de los recursos posibles contra dicho auto, ni la posible presentación de los mismos, pueda tener incidencia en el cómputo del plazo reanudado. Del mismo modo que el pie del recurso no impedía contestar, sin que hubiese indefensión alguna.

**7.** En el motivo cuarto, al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1 LEC , el recurrente denuncia la infracción del art. 40.1 LEC . Considera que la Audiencia se limitó a resolver la cuestión prejudicial directamente en la sentencia sin posicionarse sobre la razón por la que se había obviado el trámite preceptivo de la audiencia del Ministerio Fiscal.

**8. El motivo debe ser desestimado.**

En el presente caso, donde ya se había iniciado una causa penal en la que se estaba dirimiendo la posible responsabilidad del alcalde y los concejales que constituyeron el pleno municipal, el citado trámite de audiencia al Ministerio Fiscal no resulta preceptivo si el tribunal concluye que dicho procedimiento penal carece de incidencia o influencia decisiva para la resolución de la causa civil. Supuesto del presente caso, en donde la sentencia recurrida, de forma correcta, expresamente descarta que la sentencia del procedimiento penal pudiera incidir o modificar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento en la presente reclamación a través de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

**9.** En el motivo quinto, al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1 LEC , se denuncia la infracción de los arts. 270.1 y 272 LEC , en relación con el art. 460.2.1 LEC .

Argumenta que el Ayuntamiento presentó, en fecha 19 de noviembre de 2013, escrito aportando documentos de conformidad con lo prevenido en el art. 270.1 LEC de suma importancia para su defensa, al tratarse de documentos de fecha posterior a la demanda o a la contestación siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales (comunicación interior procedente de la Alcaldía-Presidencia de fecha 11 de octubre de 2013) a la que se acompañaba un informe de intervención emitido a fecha 15 de noviembre de 2013 y una comunicación de la secretaría general, de fecha 11 de octubre de 2013. Al no dictarse providencia por el juzgado en los términos contenidos en el art. 272 LEC se ha de entender a todos los efectos que los documentos fueron admitidos. En la audiencia previa se acordó no admitir ninguna de las pruebas propuestas por el Ayuntamiento al amparo de la nulidad declarada, ni la documental propuesta en dicho escrito a pesar de no resultar afectada por la nulidad, que se declaró expresamente desde el dictado del decreto de fecha 20 de noviembre de 2013. La documental presentada acreditaría, entre otras cosas, que en ningún momento se ha tramitado expediente alguno por el que el Ayuntamiento de Los Barrios acordara prestar aval para garantizar las operaciones de crédito concertadas por la empresa municipal Gama con Barclays Bank.

**10. El motivo debe ser desestimado.**

Ninguno de los documentos que presenta el Ayuntamiento, en su escrito de 19 de noviembre de 2013, pueden ser admitidos conforme a lo dispuesto en el art. 270.1 LEC , pues se trata de documentos que resultan extemporáneos, generados por la propia parte y, en su caso, irrelevantes para la resolución del presente caso. Además su inadmisión no produce indefensión alguna a la parte recurrente.

**11.** En el motivo sexto, al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1 LEC , denuncia la infracción de los artículos 225 LEC y 238 LOPJ .



Argumenta que con independencia del menor o mayor acierto de la resolución dictada por la secretaria judicial en cuanto al razonamiento explicitado en el decreto para dejar sin efecto la declaración de rebeldía, no nos encontramos ante un supuesto de nulidad de actuaciones puesto que, como regla general, el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el derecho al acierto de la resolución de los órganos jurisdiccionales ni la correcta aplicación de los preceptos legales. Tampoco comprende el derecho a la tutela judicial efectiva el poder exigir del órgano jurisdiccional un pronunciamiento para conseguir limitar la contradicción de la otra parte en el proceso. Y más inverosímil todavía parece que, obviando el principio de tutela judicial efectiva, se esgrima una efectiva indefensión desde la órbita del principio de igualdad. En el presente caso, y teniendo en cuenta el origen de la controversia (consignación errónea de pie de recurso en un auto) que ha provocado el debate suscitado, alentado por la actora aprovechando una desafortunada redacción de resoluciones dictadas por la secretaria y, por otro lado, el fin pretendido, que no es otro que el privar de contradicción a su adversario para conseguir privarle de la posibilidad de que el órgano judicial resuelva sobre el fondo tras conocer los motivos expuestos por la parte demandada en el escrito de contestación a la demanda, deba imperar el grado máximo de razonabilidad y proporcionalidad, propiciando la garantía plena y efectividad máxima del principio de tutela judicial efectiva, sobre todo teniendo en cuenta que ninguna indefensión se ocasiona a la demandante. Las decisiones adoptadas en las resoluciones dictadas por la secretaria judicial podrían haber constituido una irregularidad procesal, pero no generaba indefensión alguna para la parte demandante.

#### 12. El motivo debe ser desestimado.

La nulidad de actuaciones acordada por el juzgado de primera instancia (auto de 20 de mayo de 2014) no vino determinada por el mayor o menor acierto de la secretaria judicial al dictar el decreto de 20 de noviembre de 2013, que permitió reanudar el plazo para contestar a la demanda, sino porque dicha decisión infringía lo dispuesto acerca de la improrrogabilidad de los plazos para formular la contestación a la demanda y la consiguiente preclusión ( art. 134.1 y 136, con relación al art. 404.1 LEC ).

Por lo demás, la supuesta infracción del art. 225 LEC no fue objeto de alegación en el recurso de apelación que interpuso el demandado.

#### 13. Por último, al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1 LEC , denuncia la infracción del art. 469 LEC .

Argumenta que el Ayuntamiento demandado compareció dentro de los diez días del emplazamiento al objeto de formular declinatoria de jurisdicción y posteriormente solicitud de Intervención, lo que hacía evidente que la demandada no se encontraba en situación de rebeldía y precisamente el Juez de Instancia optó por tener por personado al Ayuntamiento pero no por contestada la demanda ni por aportados los documentos adjuntos. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial va más allá de lo declarado en la nulidad de actuaciones y en algunos pasajes de sus fundamentos de derecho hace constar la existencia de rebeldía por parte de la demandada, en la que se apoya para resolver determinadas cuestiones, sobre todo en relación con la inadmisión de la prueba propuesta por la demandada en sede de apelación, al tiempo que se han dejado de resolver otras cuestiones de naturaleza jurídica.

#### 14. El motivo debe ser desestimado.

El planteamiento del motivo resulta artificioso. La referencia de la sentencia recurrida a la situación de rebeldía del Ayuntamiento resulta irrelevante en el presente caso, pues la *ratio decidendi* es la preclusión del plazo establecido para la contestación de la demanda.

### Recurso de casación.

**TERCERO.-** *Contratos de préstamos bancarios. Incumplimiento del prestatario. Doctrina del levantamiento del velo*

1. El Ayuntamiento, al amparo del ordinal 2.º del art. 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

2. Por razón de su incidencia en la resolución del recurso se procede, en primer lugar, al examen del motivo tercero.

En dicho motivo, el recurrente denuncia la infracción por aplicación indebida de la doctrina del levantamiento del velo.

Argumenta que una vez que el juez de instancia llega a la conclusión de que los instrumentos de garantía no se llegaron a formalizar correctamente por la falta de ajuste al procedimiento legalmente establecido, siendo esa la razón de que no exista negocio jurídico privado que obligue al Ayuntamiento para con la demandante, el objeto de la *litis* a resolver excede de la órbita competencial del orden civil y, además, impide que el levantamiento del velo se base en el abuso de derecho y fraude de ley pues es el Ayuntamiento está igualmente



perjudicado por la actuación ilícita de los dirigentes de la sociedad. El Ayuntamiento de Los Barrios es el principal perjudicado por esa actuación fraudulenta observada por los que fueran dirigentes municipales en abuso de la personificación de la sociedad mercantil que utilizaron para llegar a la concertación de préstamos con la entidad demandante que participó en el diseño de las operaciones de crédito. Se debe aplicar restrictivamente esta doctrina y solo imputar responsabilidades a la Administración titular de la sociedad insolvente si se prueba que la instrumentalizó con una finalidad fraudulenta. Por su parte, la Administración goza de la presunción de que actúa con buena fe y para satisfacer los intereses generales ( art. 3 Ley 30/1992 y 103 CE ) y de que los actos de la Administración gozan de la presunción de validez y legalidad ( art. 57 Ley 30/1992 ), lo que supone imponer una mayor carga de la prueba del abuso o fraude, que es el presupuesto previo para que pueda aplicarse el levantamiento del velo a cargo de quien reclame la aplicación de dicha doctrina al no poder obviarse que la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo se fundamenta en la equidad y en el principio de buena fe.

El Ayuntamiento de Los Barrios no constituyó una sociedad para ocultar su identidad, su patrimonio o su propia responsabilidad abusando de la personalidad jurídica, sino que las personas que estaban al frente de la sociedad, -algunas coincidentes con el Ayuntamiento- abusaron de su poder y del carácter instrumental de la sociedad sirviéndose de la garantía que por su sola presencia -sin respetar la formación de la voluntad y los procedimientos establecidos- implica una Administración Local.

**3.** El motivo, por las razones que a continuación se exponen, debe ser estimado.

En el presente caso, no concurren los requisitos exigidos para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por abuso de la personalidad societaria.

La razón de fondo estriba en que no hay velo u ocultación fraudulenta que sea objeto de levantamiento. En este sentido, en la sentencia 572/2016, de 29 de septiembre , declaramos que no procedía la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo cuando:

«En suma, no ha resultado acreditado el aspecto subjetivo o de concertación (*consilium*) para procurar el fraude, máxime si se tiene en cuenta que el acreedor conocía la estructura del grupo familiar y su actuación en el tráfico mercantil y, no obstante, negoció y aceptó las garantías ofrecidas por las empresas filiales; por lo que difícilmente puede haber fraude cuando el acreedor conoce las constancias que concurren (*scientia*) y, pese a ello, acepta los riesgos derivados de las misma».

Esto es lo que ocurre en el presente caso, en donde resulta incuestionable, tras la prueba practicada, que la entidad bancaria conocía el carácter instrumental de la entidad Gama, empresa íntegramente participada por el Ayuntamiento, que era socio único, así como la total dependencia económica de la sociedad con relación al Ayuntamiento.

El conocimiento de la realidad en la que actuaba Gama llevó precisamente a la entidad bancaria a exigir con posterioridad, el 19 de mayo de 2011, el compromiso del Ayuntamiento de aportar una garantía solidaria para el buen fin de los préstamos otorgados, compromiso que finalmente no se llevó a cabo.

Por lo que cabe concluir que el acreedor conocía perfectamente el contexto jurídico y económico en donde realizaba las operaciones de otorgamiento de los préstamos indicados, aceptó el riesgo derivado y, en principio, no exigió la ejecución u otorgamiento de las garantías prometidas, que finalmente sí que demandó.

**4.** En el motivo primero, el recurrente denuncia la infracción de la doctrina de los actos separables, que obligaba a aplicar lo arts. 48 , 48 bis , 49 , 50 , 52 , 53 y 54 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales para la resolución del litigio, una vez que la sentencia declaraba la inexistencia de responsabilidad directa por falta de perfección del negocio jurídico privado de afianzamiento.

Argumenta que la declaración contenida en la sentencia de instancia sobre la falta de perfección del negocio jurídico privado de afianzamiento, como consecuencia de que los mismos no fueron formalmente constituidos, debiera haber llevado aparejada una operación jurídica de subsunción en el supuesto de hecho de los actos separables y no en el supuesto de hecho de abuso de derecho en la personificación. Esa operación de subsunción que realizó el juez, ratificada por la Audiencia Provincial, de unos denominados «indicios o indicadores» en los supuestos que permiten el levantamiento del velo jurídico vulnera la norma sustantiva que debió aplicarse para resolver la controversia jurídica, puesto que esos denominados indicios o indicadores no son sino todos aquellos extremos que debieron haberse constatado en la tramitación del procedimiento administrativo que debió culminar con la adopción de los acuerdos administrativos previos necesarios para la formación de la voluntad del órgano administrativo competente (Pleno Municipal), que en ningún momento llegó a formalizarse.

**5.** El motivo debe ser desestimado.





La sentencia recurrida no funda su decisión en la pretendida condición de fiador del Ayuntamiento, sino en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

6. En el motivo segundo, el recurrente denuncia la infracción de los artículos 9 y 10 LOPJ, en relación con las facultades otorgadas al juez civil por el art. 42.1 LEC.

Argumenta que la operación de subsunción que hace el juez de instancia en un supuesto de los que permite el levantamiento del velo jurídico (tras la declaración de falta de perfección del negocio jurídico privado de afianzamiento) provoca la alteración del carácter eminentemente privado de la controversia jurídica, conforme al planteamiento realizado en la demanda rectora, al no reparar en que la existencia de ese negocio jurídico privado de afianzamiento es el único elemento que justificaba la competencia del orden jurisdiccional civil y que sin su existencia la controversia jurídica quedaba reducida al examen de la legalidad de la actuación administrativa que obviamente solo puede ser revisada por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

7. El motivo debe ser desestimado.

El recurrente plantea una infracción de naturaleza procesal que queda extramuros del marco de valoración de este recurso de casación.

8. La estimación del motivo tercero, comporta la estimación del recurso de casación.

#### **CUARTO.- Costas y depósitos**

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC.

2. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.

3. Estimación del recurso de casación comporta la estimación del recurso de apelación del demandado, el Ayuntamiento de Los Barrios, por lo que no procede hacer expresa imposición de costas de este recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398. 2 LEC.

4. La estimación del recurso de apelación comporta la desestimación de la demanda interpuesta por la entidad Barclays Bank S.A. por lo que procede imponerle las costas de primera instancia.

5. Asimismo, procede la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

#### **FALLO**

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

1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Los Barrios contra la sentencia dictada, con fecha 11 de noviembre de 2014, rectificada por auto de 26 de noviembre, por la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 7.ª, (con sede en Algeciras) en el rollo de apelación núm. 278/2014.

2.º Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha representación contra la sentencia citada que casamos y anulamos, y asumiendo la instancia, estimamos el recurso de apelación interpuesto por el demandado, Ayuntamiento de Los Barrios y, en consecuencia, revocamos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Algeciras, de 10 de junio de 2014, dictada en el juicio ordinario núm. 1779/2012, en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por la entidad Barclays Bank S.A.

3.º Procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.

4.º No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación y del recurso de apelación.

5.º Procede imponer las costas de primera instancia la parte demandante.

6.º Procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para la interposición del recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.



Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo

Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena

Pedro Jose Vela Torres

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ