



Roj: **STS 2859/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2859**

Id Cendoj: **28079110012018100468**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2018**

Nº de Recurso: **598/2015**

Nº de Resolución: **474/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16538/2014,**  
**STS 2859/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 474/2018**

Fecha de sentencia: 20/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 598/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROV. DE MADRID. SECC. 25.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 598/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 474/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 20 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 62 de Madrid. Los recursos fueron interpuestos por Lucas y Elisa, representados por el procurador Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld y bajo la dirección letrada de Juan Francisco Rodríguez Mejías. Es parte recurrida la entidad MF Turiscontrol, S.L., representada por el procurador Arturo Romero Ballester y bajo la dirección letrada de Emmanuel Fuentes Moreno.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de Lucas y Elisa, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 62 de Madrid, contra la entidad MF Turiscontrol, S.L., para que se dictase sentencia, con los siguientes pedimentos:

«1º. Condena a MF Turiscontrol S.L. a poner a disposición de mis representados garantía suficiente para poner a cubierto a mis representados de la hipotética estimación (y ejecución) de la acción ejecutiva incoada por Banesto contra mis representados ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid (autos 1633/2011) en reclamación de, al menos, 337.633,29 ? y a tal efecto y salvo que la demandada deposite en la cuenta de este Juzgado como garantía para responder de lo que mis representados abonen a Banesto como consecuencia del juicio ejecutivo mencionado, al menos 337.633,29 ?, se acuerde el embargo preventivo de los siguientes inmuebles titularidad de MF Turiscontrol S.L. con idéntica finalidad:

»Registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Santa Pola, inscrita al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003 (documento 15).

»Registral nº NUM004 del Registro de la Propiedad de Santa Pola, inscrita al tomo NUM005, libro NUM006, folio NUM007 (documento 16).

»Registral nº NUM008 del Registro de la Propiedad de Santa Pola, inscrita al tomo NUM005, libro NUM006, folio NUM009 (documento 17).

»Registral nº NUM010 del Registro de la Propiedad de Santa Pola, inscrita al tomo NUM011, libro NUM012, folio NUM013 (documento 18).

»Registral nº NUM014 del Registro de la Propiedad de Santa Pola, inscrita al tomo NUM011, libro NUM012, folio NUM015 (documento 19).

»Registral nº NUM016 del Registro de la Propiedad de Santa Pola, inscrita al tomo NUM011, libro NUM012, folio NUM017 (documento 20).

»Registral nº NUM018 del Registro de la Propiedad de Santa Pola, inscrita al tomo NUM011, libro NUM012, folio NUM019 (documento 21).

»Registral nº NUM020 del Registro de la Propiedad de Santa Pola, inscrita al tomo NUM011, libro NUM012, folio NUM021 (documento 22).

»Registral nº NUM022 del Registro de la Propiedad de Santa Pola, inscrita al tomo NUM011, libro NUM012, folio NUM023 (documento 23).

»Registral nº NUM024 del Registro de la Propiedad de Santa Pola, inscrita al tomo NUM011, libro NUM012, folio NUM025 (documento 24).

»Registral nº NUM026 del Registro de la Propiedad de A Estrada, inscrita al tomo NUM027, libro NUM028, folio NUM025 (documento 25).

»2º. Subsidiariamente, que se condene a la demandada a relevar de su condición de fiadores a mis representados bien pagando a Banesto la deuda (por todos los conceptos) que ha dado lugar al procedimiento 1633/2011 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid o bien obteniendo el consentimiento de Banesto a la relevación de mis representados como fiadores y, subsidiariamente, en caso (prácticamente seguro) de imposibilidad de ejecución efectiva de cualquiera de las dos medidas de consecución de la relevación anteriores que se condene a la demandada a la prestación de las garantías que se han solicitado anteriormente (en el punto 1º del suplico) con carácter principal.



»3º. Asimismo, se solicita se condene en las costas causadas en este litigio a la demandada».

2. El procurador Daniel Otones Puentes, en representación de la entidad MF Turiscontrol S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia que desestime al demanda y condene a los codemandantes al pago de las costas.

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 62 de Madrid dictó sentencia con fecha 25 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de D. Lucas y D<sup>a</sup>. Elisa , absuelvo de sus pretensiones a MF Turiscontrol S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Otones Puentes, haciendo expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte actora».

#### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Lucas y Elisa .

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 25.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 4 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Elisa y D. Lucas , contra la sentencia de 25 de septiembre de 2013, del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia nº 62 de Madrid , dictada en el juicio ordinario nº 1668/2012, por lo que confirmamos dicha resolución judicial, e imponemos a la parte recurrente las costas causadas por su apelación, con pérdida del depósito constituido al efecto».

#### **TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1. El procurador Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld, en representación de Lucas y Elisa , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.<sup>a</sup>.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 24 de la Constitución .

»2º) Infracción del art. 217 de la LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción por aplicación indebida del art. 7 CC y jurisprudencia que lo interpreta.

»2º) Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el retraso desleal o contrario a la buena.

»3º) Infracción por aplicación indebida del art. 7 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de ejercitar con buena fe la acción de responsabilidad de los administradores sociales dispuesta en el art. 367 LSC (antes 262.5 TRLSA ).

»4º) Infracción del art. 7 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de ejercitar con buena fe la acción de responsabilidad de los administradores sociales del art. 262.5 (actualmente art. 367 LSC) en relación con el art. 260.1.4 TRLSA .

»5º) Infracción del art. 7 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de ejercitar con buena fe la acción de responsabilidad de los administradores sociales del art. 262.5 (actualmente art. 367 LSC) en relación con el art. 260.1.4 TRLSA .

2. Por diligencia de ordenación 13 de febrero de 2015, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.<sup>a</sup>, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Lucas y Elisa , representados por el procurador Federico Ortiz- Cañavate Levenfeld; y como parte recurrida la entidad MF Turiscontrol, S.L., representada por el procurador Arturo Romero Ballester.

4. Esta sala dictó auto de fecha 8 de noviembre de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Lucas y D.<sup>a</sup> Elisa , contra la sentencia dictada, con fecha 4 de diciembre de 2014, por la



Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), en el rollo de apelación n.º 334/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1668/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 62 de Madrid».

5. Dado traslado, la parte recurrida no presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.
6. Al no solicitarse la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de julio de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

FM Turiscontrol, S.L. era una sociedad del grupo Summa Hoteles, cuyas participaciones fueron vendidas por Lucas y Elisa a unos terceros (Vintage Mundial, S.L. y Nortalia Center, S.L.), el 3 de agosto de 2011.

Con anterioridad a la venta de sus participaciones, Turiscontrol había sido administrada: primero, por Elisa, desde su constitución en 1998 hasta febrero de 2009; y, después por Lucas, desde febrero de 2009 hasta agosto de 2011.

El 14 de marzo de 2006, Banesto había concedido un préstamo hipotecario a favor de Turiscontrol, que estaba avalado por Lucas y Elisa. Para su amortización, el 29 de noviembre de 2009, Banesto concertó una nueva escritura de préstamo hipotecario por un importe de 360.000 euros, también avalado solidariamente por Lucas y Elisa.

La sociedad dejó de pagar las cuotas de devolución del préstamo en marzo de 2011 y, a finales de ese mismo año (noviembre), Banesto instó la ejecución por un crédito de 377.633,29 euros (autos 1633/2011).

Turiscontrol desde diciembre de 2009 estaba incurso en causa de disolución, pues tenía un patrimonio neto contable de -1.011.529,47 euros.

2. En noviembre de 2012, Lucas y Elisa interpusieron la demanda que dio inicio a este procedimiento, en la que, al amparo del art. 1843 CC, pedían lo siguiente: en primer lugar, que Turiscontrol, en cuanto deudora principal, fuera condenada a otorgar una garantía que pusiera a cubierto del proceso de ejecución a los fiadores; subsidiariamente, que se condenara a Turiscontrol a relevar de su condición a los fiadores, mediante el pago de la deuda a Banesto u obteniendo el consentimiento de Banesto a la relevación de los fiadores.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al entender que no habían quedado acreditados los requisitos de la acción ejercitada, basada en el citado art. 1843 CC.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia desestima el recurso y confirma la desestimación de la demanda.

La sentencia de apelación resalta lo siguiente: la obligación afianzada derivaba de un préstamo hipotecario del 2009, que a su vez constituía una renovación de un préstamo anterior; la deuda afianzada había sido asumida por la sociedad demandada (Turiscontrol), cuando los fiadores eran sus socios y administradores; la obligación garantizada dejó de pagarse por la sociedad deudora mientras los fiadores controlaban y gestionan la sociedad, antes de transmitirla; la sociedad estaba incurso en causa de disolución a finales de 2009, con un patrimonio neto contable de -1.011.529,47 euros; cuando se transmitió la sociedad, en agosto de 2011, no se hizo constar en la documentación entregada su verdadera situación económica. Y sobre la base de estas premisas desestima la pretensión ejercitada por constituir un abuso de derecho:

«al ser aplicable al presente caso la doctrina del abuso de derecho y mala fe, según la citada sentencia, las referencias del recurso de apelación al artículo 1843 del Código Civil, que dispone "el fiador aún antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal"- carecen de trascendencia para la resolución del presente asunto, por cuanto, en primer lugar el art. 1843 CC lo que dice es que el fiador puede proceder contra el deudor aún antes de haber pagado, y, en segundo lugar, "en relación con el art. 1840 del CC, los fiadores solidarios tenían que haber alegado los motivos de oposición a la ejecución que consideraran procedentes en el juicio ejecutivo en el que resultaran condenados junto con los deudores, por lo que ninguna excepción pueden oponer ahora que hubieran podido oponer al acreedor en dicho juicio", según la referida sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 5ª, de 31-3-2009, nº 127/2009, rec. 429/2008, a cuyo criterio se ajusta la resolución judicial, objeto del actual recurso de apelación, que debe ser confirmada».

4. Frente a la sentencia de apelación, los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación, articulado en cinco motivos.



**SEGUNDO.** *Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal: error notorio y arbitrariedad en la valoración de la prueba*

**1. Formulación del motivo .** El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia que la sentencia recurrida lleva a cabo una valoración ilógica y arbitraria de la prueba, en relación con dos cuestiones.

La primera se refiere a la conclusión alcanzada por la sentencia, en relación con el préstamo hipotecario de 2009, de que no consta que Turiscontrol recibiera cantidad alguna según lo declarado por el empleado del banco Luis Manuel , porque de su testimonio no puede derivarse tal conclusión.

Y la segunda guarda relación con la conclusión alcanzada de que el 3 de agosto de 2011, los demandantes vendieron a terceros su grupo empresarial «sin hacer constar en la documentación entregada la verdadera situación económica de la sociedad demandada», cuando eso no es así, pues el propio contrato deja constancia de:

«Que antes de proceder a la elevación a público de las diferentes compraventas recogidas en el Anexo número 2 de este contrato, la Parte Compradora ha realizado una Due Diligence de las sociedades objeto de esta adquisición, para lo que ha solicitado cuanta información y documentos ha creído convenientes y necesario a la Parte Vendedora, que por supuesto esta última ha entregado en su totalidad».

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Estimación del motivo primero .** Como en otras ocasiones ( sentencia 334/2016, de 20 de mayo ), hemos de partir de la doctrina de esta sala sobre el carácter excepcional de la revisión de la valoración de la prueba realizada en la instancia:

«aunque esta Sala Primera del Tribunal Supremo ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo ; y 58/2015, de 23 de febrero ), se refiere exclusivamente a la valoración realizada para la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados».

**3.** El recurrente denuncia, en primer lugar, la existencia de error notorio en la valoración de la prueba testifical de Luis Manuel , empleado del banco. La sentencia recurrida extrae de su testimonio la siguiente conclusión:

«Por razón del contrato de préstamo hipotecario de 14 de marzo de 2006, renovado el 29 de noviembre de 2009, cuya escritura es objeto de dicha demanda ejecutiva, no consta que MF TURISCONTROL, S.L., recibiera cantidad alguna, según declaró en el acto del juicio ordinario el empleado del entonces BANESTO: D. Luis Manuel , en calidad de testigo».

El error es manifiesto porque el testimonio de Luis Manuel , que no era empleado de Banesto sino de Banco Pastor, no se refería a los préstamos hipotecarios de 14 de marzo de 2006 y su renovación de 29 de noviembre de 2009 otorgados por Banesto, en los que lógicamente no había intervenido, sino a otra refinanciación de deudas del grupo Summa Hoteles que Banco Pastor concedió en julio de 2011, en la que sí había intervenido.

La relevancia de este error notorio estará en función de la incidencia que luego pueda tener en la revisión de la valoración jurídica realizada por el tribunal de instancia por la que concluye que, de acuerdo con este hecho y con otros, los demandantes han actuado con abuso de derecho.

**4.** El segundo error notorio que se denuncia es haber concluido como hecho probado que los compradores del grupo Summa Hoteles no conocieron la situación del grupo cuando lo compraron.

En realidad, resulta imprecisa esta afirmación, pues lo que la sentencia declara probado es que en la documentación entregada no se hacía constar la verdadera situación económica de Turiscontrol:

«los demandantes vendieron el 3 de agosto de 2011 a terceros su grupo empresarial, según consta en la escritura unida a los folios 173 a 460 de autos sin hacer constancia en la documentación entregada la verdadera situación económica de la sociedad demandada».

Pero, en cualquier caso, tampoco esta afirmación se corresponde con lo que se desprende directamente de la documentación reseñada (documentos 4 y 5 de la demanda): en el documento 5, que contiene el contrato de 3 de agosto de 2011, expresamente se deja constancia de que la compradora «ha solicitado cuanta información y documentos ha creído conveniente y necesario a la vendedora, quien los ha entregado en su totalidad»; en el anexo 3 de ese contrato, consta el pasivo de las compañías del grupo Summa con las entidades de crédito, de 37 millones de euros, con la administración pública, de 7,9 millones de euros, y con otros acreedores, de 2 millones de euros.



También en este caso el error es notorio, pues lo que se declara acreditado a partir de unos documentos, queda contradicho por su simple lectura. Y en cuanto a su relevancia, como en el caso anterior, estará en función de su incidencia respecto de la valoración jurídica sobre el abuso de derecho, que se impugna en el recurso de casación.

**TERCERO.** *Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal*

**1. Formulación del motivo .** El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC y denuncia la infracción del art. 217 LEC , que contiene las reglas sobre la carga de la prueba.

El recurso entiende que «la sentencia -recurrida- aplica, por remisión y confirmando los criterios de la sentencia de primera instancia, indebidamente las reglas sobre la carga de la prueba en supuestos de abuso de derecho, y hace cargar a mis representados con la falta de prueba de "una conducta improcedente por parte de MF Turiscontrol"».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo .** Al margen de las referencias que la sentencia de primera instancia haya podido realizar a las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC , la sentencia ahora recurrida, la de apelación, no aplica estas reglas para declarar probado ningún hecho. Realiza una valoración de la prueba practicada y concluye con una serie de hechos probados relativos a la actuación de los fiadores demandantes cuando tenían el control de Turiscontrol, lo que ha sido impugnado en el motivo anterior. Y a partir de esos hechos realiza una valoración jurídica sobre la existencia de abuso de derecho.

Además, subyace al motivo una impugnación de esta apreciación del abuso de derecho, que por ser una valoración jurídica debe ser impugnada, como se ha hecho, en el recurso de casación.

**CUARTO.** *Motivo primero de casación*

**1. Formulación del motivo .** El motivo denuncia que la sentencia impugnada, al declarar que la conducta de los demandantes de ejercitar la acción de cobertura de fianza del art. 1843 CC incurre en abuso de derecho, aplica indebidamente el artículo 7 CC y contradice la reiterada y homogénea jurisprudencia que lo interpreta. Esta jurisprudencia parte del carácter excepcional, restrictivo y de última ratio de esta institución, que para que pueda ser apreciada es necesario que la sentencia fije las bases fácticas con rigor, para que sus requisitos queden manifiestos de modo patente.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Estimación del motivo .** *Jurisprudencia sobre el abuso de derecho .* El tribunal de instancia desestima la pretensión de los fiadores demandantes, que se basaba en el derecho que les confiere el art. 1843 CC para dirigirse contra el deudor principal, por que han incurrido en abuso de derecho. En este motivo de casación, se impugna esta valoración jurídica. Para examinarla ahora, hemos de partir, como en otras ocasiones, de la jurisprudencia sobre el abuso de derecho, que se halla recopilada en la sentencia 159/2014, de 3 de abril , citada en el recurso.

El abuso de derecho está regulado en el art. 7.2 CC , según el cual:

"La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

Esta norma fue introducida con la reforma del título preliminar del Código Civil en el año 1974. Tiene un origen jurisprudencial, que arranca de la sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 , y se inspira en lo que desde hacía unos años se había postulado por la doctrina científica:

«incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para tercero o para la sociedad».

Así lo entiende en la actualidad la jurisprudencia de esta sala, como refiere la citada sentencia 159/2014, de 3 de abril :

«como hemos declarado en otras ocasiones, "la doctrina del abuso de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos



negativos (los más corrientes, daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)" [ Sentencia 567/2012, de 26 de septiembre, con cita las anteriores sentencias de 1 de febrero de 2006 y 383/2005 , de 18 de mayo]».

Para juzgar sobre la correcta apreciación en cada caso del abuso de derecho, la jurisprudencia ha precisado cuáles son los requisitos que deben concurrir ( sentencias 455/2001, de 16 de mayo ; 722/2010, de 10 de noviembre ; 690/2012, de 21 de noviembre ; y 159/2014, de 3 de abril ):

«a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con "animus nocendi"), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) [...], ya que, en otro caso, rige la regla " *qui iure suo utitur neminem laedit* " (quien ejercita su derecho no daña a nadie)».

**3.** El análisis del primer requisito nos conduce al examen de la acción ejercitada en la demanda. Los demandantes eran fiadores solidarios que garantizaban la devolución del préstamo hipotecario concedido por Banesto a la sociedad Turiscontrol, deudora principal, documentado en la escritura el 29 de noviembre de 2009. Ante el impago de las cuotas de devolución del préstamo a partir de marzo de 2011, en noviembre de ese año Banesto instó la ejecución, que se dirigió no sólo contra la deudora principal, Turiscontrol, sino también contra los dos fiadores.

Es en esa situación, iniciada ya la ejecución, cuando los fiadores ejercitan la denominada acción de cobertura de la fianza, al amparo del art. 1843 CC . Este precepto legitima al fiador para, en determinados casos que enumera, aun antes de haber pagado, dirigirse contra el deudor para «obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor».

En realidad, la relevación de la fianza sólo se podría dar por el pago del deudor o porque este último llegara a un acuerdo con el acreedor beneficiario de la garantía, para que accediera a relevar al fiador. Como esto último depende del acreedor y el fiador no tiene acción frente a él, la acción de relevación se reconduce ordinariamente a la pretensión alternativa de que el deudor otorgue una garantía, real o personal, que proteja el derecho de regreso del fiador.

La primera de las situaciones que, conforme al art. 1843 CC , legitimaría a los fiadores para ejercitar esta acción de cobertura es que el deudor haya sido demandado judicialmente para el pago. En nuestro caso consta acreditado porque, al tiempo de ejercitarse la demanda, se había instado la ejecución judicial frente al deudor y los fiadores.

**4.** El segundo requisito del abuso de derecho sería que el ejercicio por parte de los fiadores de la acción de cobertura que les confiere el art. 1843 CC ocasionara un daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica. En este caso el daño vendría determinado por la garantía que la sociedad deudora tendría que ofrecer y, en última instancia, porque respondiera ella del crédito o, de hacerlo los fiadores, les reembolsara el pago en los términos previstos en el art. 1838 o 1839 CC , en función de la acción que ejercitaran.

**5.** Pero este perjuicio al interés del deudor principal no justifica la apreciación del abuso de derecho mientras no concurra el tercer requisito, la inmoralidad o antisocialidad de ese daño.

Para analizarlo en este caso, hay que partir de que el daño en realidad es la consecuencia lógica de la obligación asumida en su día por la sociedad, como prestataria de un préstamo hipotecario, otorgado en el año 2006, que fue renovado en el 2009, cuyo cumplimiento es el que ahora se reclama del deudor y de los fiadores. De alguna forma, el supuesto daño o perjuicio, que el deudor acabe pagando directamente al acreedor o garantizando el derecho de regreso de los fiadores, es el efecto legal de la obligación asumida en su día por la sociedad y de la garantía prestada por los fiadores solidarios. Lo normal es que sea el deudor principal quien asuma la obligación garantizada por los fiadores, por eso se les reconoce esta acción de cobertura y, en su caso, las de reembolso y subrogatoria. El derecho de los fiadores para ejercitar estas acciones es legítimo y, como veremos, no queda disvirtuado por la supuesta «inmoralidad» denunciada y apreciada en la instancia.

La sentencia de apelación no es muy clara a la hora de identificar las razones por las que considera abusivo el ejercicio de la acción de cobertura, en parte porque el hilo de su argumentación se ve entremezclado con extractos de sentencias de otras audiencias, que no siempre guardan relación con la materia. Partiendo de esta apreciación, resaltada por el recurrente, de que la sentencia recurrida no identifica con claridad las razones que justifican el ejercicio abusivo del derecho, de su lectura podemos extractar las siguientes: i) los fiadores habían sido, de forma sucesiva, administradores de la sociedad deudora (Turiscontrol), antes de venderla en agosto de 2011; ii) el crédito afianzado había nacido siendo alguno de los fiadores administrador de la sociedad deudora;



iii) las cuotas periódicas establecidas para la devolución del préstamo comenzaron a dejar de pagarse antes de agosto de 2011, esto es, antes de la transmisión de la sociedad; iv) En diciembre de 2009, la sociedad ya estaba en una situación de fondos propios negativos y por ello en causa de disolución, sin que se hubiera instado por los administradores; v) en la documentación de la transmisión de la sociedad, en agosto de 2011, se ocultaba la verdadera situación económica de la sociedad (Turiscontrol); vi) los fiadores demoraron voluntariamente su reclamación frente a la sociedad contrariando lo dispuesto en el art. 1843 CC, que permite su reclamación frente al deudor principal cuando la deuda se ha hecho exigible.

**6.** Comenzaremos por esta última alegación, que en este caso es irrelevante para justificar lo que se pretende, el abuso de derecho, pues la demanda en la que se ejercita esta acción de cobertura fue presentada después de que se cumpliera el requisito legal de que hubiera sido iniciada la reclamación judicial frente al deudor, esto es, después de que se hubiera instado la ejecución y antes de que se hubiera cobrado el crédito con los bienes o derecho de los fiadores. El que hubieran pasado unos pocos meses desde que se hubiera despachado ejecución no constituye ninguna demora o retraso malicioso en el ejercicio de la acción, razón por la cual la mención que la sentencia recurrida hace al respecto era improcedente.

**7.** Por otra parte, hay dos razones empleadas por la Audiencia para confirmar el abuso de derecho que se apoyan en dos hechos probados que la estimación del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal ha dejado sin efecto.

Así, en primer lugar, no habría quedado acreditado que la obligación garantizada no proviniera de un auténtico préstamo de dinero, sin perjuicio de que fuera destinado a amortizar otro anterior y, por ello, no supusiera la entrada de dinero nuevo. Esto último no constituye un acto contrario a la buena fe, ni tiñe de inmoralidad la posterior acción de cobertura, al tratarse de una mera operación de refinanciación, que en definitiva, pospone la exigibilidad del crédito inicial. Al margen de que fuera más o menos beneficioso para la sociedad, con vistas a una posterior acción de cobertura del fiador no justifica el abuso de derecho.

También hemos de tener en cuenta que al estimar aquel primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, no puede considerarse probado que esta deuda de la sociedad, garantizada por los fiadores (ahora demandantes), hubiera sido ocultada cuando transmitieron el grupo empresarial, por lo que tampoco podía apoyarse en este hecho la apreciación de abuso de derecho. Sin perjuicio de que, en su caso, esta ocultación, en cuanto se hubiera transmitido una sociedad con un pasivo oculto, hubiera podido dar lugar a otra acción a favor de los adquirentes y frente a los transmitentes.

**8.** A la vista de lo anterior, del resto de circunstancias no cabe extraer una actuación abusiva por los fiadores.

El que la deuda de la sociedad garantizada por los fiadores hubiera nacido cuando estos controlaban la sociedad y que provenga de una escritura de préstamo que renovaba otro anterior que se amortizaba, por lo tanto sin que hubiera dinero nuevo; el que la sociedad deudora, junto con otras del grupo empresarial, hubiera sido vendida unos pocos meses después de que se hubieran empezado a impagar las cuotas de devolución del préstamo, y que por entonces esa sociedad estuviera incurso en causa de disolución; no convierten en abusivo el posterior ejercicio por los fiadores de la acción de cobertura.

**9.** Por todo lo cual debemos estimar el motivo y casar la sentencia, sin necesidad de entrar a analizar el resto de los motivos de casación.

Al asumir la instancia, sobre la base de lo argumentado hasta ahora en este fundamento jurídico, declaramos acreditados los requisitos exigidos por el art. 1843 CC para el ejercicio de la acción de cobertura, pues consta que ya había sido presentada la demanda ejecutiva no sólo frente al deudor principal, sino también frente a los fiadores, y hemos rechazado que existiera abuso de derecho.

Se estima la pretensión principal de condenar a la deudora principal (MF Turiscontrol, S.L.) a otorgar garantía suficiente que cubra la eventual responsabilidad que para los fiadores puede derivar de la ejecución instada por el banco acreedor, por un importe de 337.633,29 euros. Se trata de una condena de hacer, en cuanto que la demandada condenada viene obligada a otorgar garantía suficiente.

Sería en ejecución de sentencia, una vez se hubiera cumplido el plazo legal para el cumplimiento voluntario, cuando podría pedirse el cumplimiento a costa del demandado, mediante el embargo de los bienes o derechos que pudiera cumplir la finalidad de garantía perseguida.

En cualquier caso, el presente procedimiento concluye con la concesión de esta garantía y mientras exista el riesgo de responsabilidad para los fiadores. En el curso de la ejecución de esta sentencia no podrían ejecutarse estas garantías, si no fuera porque previamente se hubiera instado la vía de regreso y en el curso del mismo hubiera sido condenada la sociedad deudora a reembolsar o restituir las cantidades pagadas por los fiadores.





A fin de cuentas, el objeto del presente procedimiento es recabar las garantías necesarias para hacer efectiva una eventual acción de reembolso o subrogatoria.

#### **QUINTO.** Costas

1. Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no hacemos expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC ).
2. Estimado el recurso de casación, tampoco hacemos expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC ).
3. La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación del recurso de apelación formulado por Lucas y Elisa , lo que determina que tampoco impongamos las costas de este recurso a ninguna de las partes ( art. 398.2 LEC ).
4. La estimación del recurso de apelación, ha supuesto que estimemos íntegramente la demanda y por ello impongamos a la demandada la costas generadas en primera instancia ( art. 394 LEC ).

#### **FALLO**

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

- 1.º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Lucas y Elisa contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 25.ª) de 4 de diciembre de 2014 (rollo núm. 334/2014 ).
- 2.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Lucas y Elisa contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 25.ª) de 4 de diciembre de 2014 (rollo núm. 334/2014 ), que dejamos sin efecto y en su lugar acordamos lo siguiente.
- 3.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Lucas y Elisa contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 62 de Madrid de 25 de septiembre de 2013 (juicio ordinario 1668/2012), que dejamos sin efecto y en su lugar acordamos lo siguiente.
- 4.º Estimar la demanda interpuesta por Lucas y Elisa contra MF Turiscontrol, S.L. y condenar a esta última a conceder garantía suficiente para cubrir la posible responsabilidad de los demandantes como fiadores solidarios del préstamo hipotecario concedido por Banesto a MF Turiscontrol, S.L. el 29 de noviembre de 2009, en el procedimiento de ejecución 1633/2011, que se tramita en el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid, por un importe de 337.633,29 euros.
- 5.º No hacer expresa condena de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal, casación y apelación. E imponer las costas generadas en primera instancia a la demandada, MF Turiscontrol, S.L.
- 6.º. Se acuerda la devolución de los depósitos constituidos para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y el 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.