



Roj: **SAP M 15679/2016 - ECLI: ES:APM:2016:15679**

Id Cendoj: **28079370282016100283**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **30/09/2016**

Nº de Recurso: **244/2016**

Nº de Resolución: **323/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

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

Tfno.: 914931988

37007740

251658240

N.I.G.: 28.079.47.2-2013/0009867

Recurso de Apelación 244/2016

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

Autos de Pz Incidente concursal Rescisión / Impugnación actos perjudiciales para la masa activa (Art 72 LC)
654/2013

APELANTE: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADORA Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

APELADO: ADMINISTRACION CONCURSAL DE D. Evelio

S E N T E N C I A nº 323/2016

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

En Madrid, a treinta de septiembre de dos mil dieciséis.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ÁNGEL GALGO PECO, Don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 244/16 interpuesto contra la Sentencia de fecha 10/12/14 dictada en la pieza de incidente concursal número 654/13 seguida ante el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. siendo apelada la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE D. Evelio , D. Evelio Y DEMI STONE, S.L., ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda de incidente concursal presentada con fecha 04/11/13 por la Administración Concursal de D. Evelio contra Banco Popular Español, S.A, D. Evelio y Demi Stone, S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba:

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

Se rescinda y declare ineficaz y sin efecto alguno el aval solidario otorgado por el concursado el 27 de marzo de 2009 por las obligaciones derivadas de la póliza de préstamo celebrada entre BANCO POPULAR y DEMI STONE el mismo 27 de marzo de 2009.

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

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

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

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid dictó sentencia con fecha 10/12/14 cuyo fallo es del siguiente tenor:

"Que, estimando la demanda incidental formulada por la Administración Concursal de don D. Evelio , siendo demandado el concursado, Banco Popular S.A y DEMI STONE S.L, se deben efectuar los siguientes pronunciamientos:

Se rescinde el aval solidario otorgado por el concursado el 27 de Marzo de 2009 por las obligaciones derivadas de la póliza de préstamo celebrada entre Banco Popular S.A y DEMI STONE S.L el mismo 27 de Marzo de 2009 por importe de 900.000 euros

Se declare la inexistencia de los créditos concursales inicialmente reconocidos en la lista de acreedores a favor de BANCO POPULAR derivados del otorgamiento del mencionado aval solidario otorgado por el concursado el 27 de Marzo de 2009 por las obligaciones derivadas de la póliza de préstamo celebrada entre Banco Popular S.A y DEMI STONE S.L el mismo 27 de Marzo de 2009 por importe de 900.000 euros.

Condeno a la codemandada Banco Popular S.A, al pago de las costas procesales causadas, sin que proceda su imposición al resto de codemandados."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 29 de septiembre de 2016.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Administración Concursal interpuso demanda incidental contra el concursado Don Evelio (en adelante, Sr. Evelio) y contra las entidades BANCO POPULAR S.A. y DEMI STONE S.L. en ejercicio de la acción de reintegración prevista en el Art. 71-1 de la Ley Concursal con el fin de obtener la rescisión del aval solidario otorgado por dicho concursado en relación con un préstamo de 900.000 € concedido el 27 de marzo de 2009 por parte de BANCO POPULAR S.A. en favor de DEMI STONE S.L.

La acción se fundó de modo principal en la presunción de perjuicio que el Art. 71-2 de la Ley Concursal dispensa a los actos de disposición a título gratuito, y ello por entender la administración concursal demandante que la prestación del aval solidario por parte del concursado en relación con una operación provechosa para DEMI STONE S.L. ocasionó a aquel un quebranto patrimonial no compensado por la obtención de ventaja alguna para su propio patrimonio. Subsidiariamente, para el caso de que el acto no se considerase de carácter gratuito, se invocó el apartado 4 del mismo precepto legal, reservado para los supuestos en los que el carácter perjudicial del acto a rescindir no se encuentre favorecido por presunción alguna.

La sentencia de primera instancia, apreciando la gratuidad del acto invocada en la demanda con carácter principal, estimó esta íntegramente.



Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza BANCO POPULAR S.A. a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO .- No es dudoso que el aval solidario prestado por el Sr. Evelio fue una garantía de tipo "contextual" en la medida en que se constituyó para asegurar una deuda que se contraía en el momento mismo de su constitución. Y en relación con este tipo de garantías lo que nos indica la S.T.S. de 30 de abril de 2014 es que *"...Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero..."*.

Dicha doctrina jurisprudencial nos obliga, pues, a descartar que el aval solidario objeto del presente litigio tuviera carácter gratuito y, por lo tanto, la posibilidad de que el carácter perjudicial de dicho acto se encuentre respaldado por la vigorosa presunción contemplada por el Art. 71-2 de la Ley Concursal. En consecuencia, en ausencia de la cobertura que pudiera brindar la referida presunción legal "iuris et de iure", se habrá de examinar si existe o no base para apreciar el carácter perjudicial de la referida garantía para el patrimonio del Sr. Evelio de acuerdo con el Art. 71-4 de la Ley Concursal a cuyo tenor *"Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria"*.

Ahora bien, lo que sucede en supuestos como el que nos ocupa es que el carácter en principio perjudicial del acto es algo que deriva, *"ex re ipsa"*, de la descripción del propio acto, pues no parece dudoso que la prestación de un aval solidario en garantía de una deuda ajena origina en el patrimonio del garante un quebranto empíricamente perceptible concretado en la aparición de una partida de pasivo anteriormente inexistente. De lo que se trata, en consecuencia, es de ponderar en qué medida ese sacrificio para el patrimonio del Sr. Evelio haya podido verse compensado por alguna ventaja económica capaz de justificarlo y de eludir la idea de perjuicio.

Siendo DEMI STONE S.L. la entidad a quien aprovechó el préstamo avalado por el Sr. Evelio, no es controvertido el hecho de que la totalidad de su capital social pertenece a la sociedad UNIÓN DE CAPITALS S.A.U., y tampoco es discutido que con anterioridad a la prestación del aval objeto del presente litigio el capital de UNIÓN DE CAPITALS S.A.U. había pasado a pertenecer -también en su integridad- a la mercantil de nacionalidad luxemburguesa LENCOR INVESTMENT S.A.

Así las cosas, la tesis de la apelante BANCO POPULAR S.A., tesis que la sentencia apelada no consideró demostrada, es la de que el capital de LENCOR INVESTMENT S.A. pertenece al Sr. Evelio, de manera que, a través de dicha sociedad, sería propietario único del capital de UNIÓN DE CAPITALS S.A.U. y, a través de esta última, lo sería a su vez del capital de DEMI STONE S.L., de tal suerte que el provecho que esta entidad obtuvo de la concesión del préstamo garantizado mediante aval del Sr. Evelio aprovecharía también indirectamente a este.

No consideramos que este último tipo de inferencia pueda realizarse en abstracto y sin fisuras si al propio tiempo se desconoce tanto la situación patrimonial de DEMI STONE S.L. en el momento de la concesión del préstamo como el destino dado a la suma prestada, ya que en función de estos y otros parámetros podría perfectamente resultar que ese préstamo no hubiera resultado provechoso para el concreto círculo de acreedores del Sr. Evelio. No obstante, manejaremos a continuación a efectos meramente dialécticos la idea de que DEMI STONE S.L. experimentó a consecuencia de la concesión del préstamo un incremento de valor positivo equivalente a la pérdida sufrida por el Sr. Evelio al incorporar a su pasivo una deuda solidaria anteriormente inexistente.

En su recurso, BANCO POPULAR S.A. nos propone una revisión integral e individualizada de todos y cada uno de los modelos normalizados mediante los que el Sr. Evelio efectuó comunicaciones a la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES en relación con los derechos de voto de acciones de una sociedad cotizada (SOS CUÉTARA S.A., hoy DEOLEO S.A.), acciones pertenecientes en parte a la prestataria DEMI STONE S.L. Lo que sucede es que, acometiendo ese tipo de análisis, lo que este tribunal aprecia es que lo participado por el Sr. Evelio a dicha institución fue la ostentación de control sobre derechos de voto correspondientes a determinadas acciones y no la ostentación de la propiedad, ni directa ni indirecta, de las acciones mismas a las que las comunicaciones se refieren.

Desde luego, la propiedad de una acción es una de las hipótesis posibles de control del derecho de voto inherente a la misma, pero se puede detentar el control del derecho de voto en virtud de un sinfín de relaciones jurídicas distintas del puro dominio sobre el título (vgr., representación legal o voluntaria del propietario, ejercicio de cargo de administrador en la sociedad propietaria del mismo, etc...). Por lo tanto, si bien es cierto que la propiedad de una acción confiere al propietario los derechos políticos correspondientes, la afirmación



inversa no es válida: se puede detentar el control de dichos derechos políticos sin necesidad de ser propietario de la acción.

El no distinguir convenientemente entre dichos conceptos (propiedad y control) lleva a la apelante BANCO POPULAR S.A. a deducir, contra toda lógica, que todas las comunicaciones por las que el Sr. Evelio participó a la CNMV ostentar el control sobre los derechos de voto correspondientes a las acciones de SOS CUÉTARA S.A. pertenecientes a DEMI STONE S.L. son equivalentes a otras tantas manifestaciones virtuales por las que el Sr. Evelio hubiera comunicado a dicha institución ser propietario de esas acciones. Y la diferencia no es baladí: caso de ser propietario siquiera indirecto del capital, la prestación del aval ahora controvertido hubiera generado -siempre según la tesis de la apelante- ventajas en el patrimonio del Sr. Evelio en correspondencia con el mayor valor que la prestataria habría experimentado a consecuencia de la concesión del préstamo garantizado mediante aquel; sin embargo, si lo único ostentado por el Sr. Evelio fuera el control de derechos de voto en virtud de relaciones jurídicas diferentes del dominio, la eventual revalorización de DEMI STONE S.L. consecutiva a la concesión del préstamo no reportaría provecho alguno al patrimonio de dicho concursado ni, por ende, a los acreedores integrados en la masa pasiva de su concurso.

Consideramos completamente carentes de justificación las críticas por las que dicha apelante censura a la sentencia recurrida haber incurrido en defectos de motivación debido a la circunstancia de no haber acometido dicha resolución un comentario individualizado en relación con todas y cada una de las comunicaciones cursadas por el Sr. Evelio a la CNMV pues, si tenemos en cuenta que lo que de todas ellas se deduce es que dicho señor participaba ostentar el control de derechos de voto, ese examen individualizado que BANCO POPULAR S.A. exige constituiría una tarea judicial absolutamente estéril.

Sea como fuere, y, en el afán de agotar con exhaustividad el examen de la controversia, lo que nos planteamos es cuál sería la trascendencia de que en sus comunicaciones a la CNMV el Sr. Evelio hubiera dicho lo que BANCO POPULAR S.A. afirma que dijo, a saber, que él era el propietario de las acciones de SOS CUÉTARA S.A. por serlo, a su vez, del capital de DEMI STONE S.L. con carácter indirecto. Pues bien, no parece ocioso recordar que lo que debería ser acreditado en el presente proceso (para justificar el interés patrimonial del Sr. Evelio en la prestación del aval controvertido) es que él detenta la propiedad indirecta del capital de DEMI STONE S.L. y no el hecho de que haya podido manifestar extraprocesalmente que ostenta la propiedad indirecta del capital de DEMI STONE S.L. En un imaginario litigio en el que fueran partes litigantes BANCO POPULAR S.A. y el Sr. Evelio y en el que el éxito de las pretensiones de dicha entidad bancaria dependiera de la veracidad del hecho en cuestión, el reconocimiento extraprocesal del mismo que hubiera podido llevar a cabo el Sr. Evelio constituiría sin duda un medio probatorio relevante e incluso decisivo para la resolución del proceso. Pero la razón de ello es bien sencilla: ese reconocimiento extraprocesal sería perjudicial para su autor y provechoso para la contraparte. Sin embargo, en el presente litigio no están empeñados solamente los intereses de BANCO POPULAR S.A. y del Sr. Evelio. La parte contraria de la demandada y ahora apelante BANCO POPULAR S.A. no es el Sr. Evelio (que es un codemandado) sino que lo es la Administración Concursal, quien, al ejercitar una acción de reintegración, no hace otra cosa que representar "*ex lege*" y velar por los intereses de los acreedores del Sr. Evelio integrados en la masa pasiva de su concurso. Y para esos acreedores (o, si se prefiere, para la Administración Concursal que actúa en su provecho) la virtual comunicación por la que el Sr. Evelio hubiera participado a la CNMV ser propietario indirecto del capital de DEMI STONE S.L. no solo no sería algo provechoso: sería manifiestamente perjudicial para dicha parte demandante (la Administración concursal) y, por lo tanto, debería de encontrar respaldo probatorio fuera de las propias manifestaciones que el codemandado Sr. Evelio haya podido efectuar. En otras palabras: aun admitiendo -como ahora lo hacemos a efectos puramente polémicos- que el Sr. Evelio hubiera manifestado extraprocesalmente que era propietario del capital de DEMI STONE S.L., aun quedaría en pie la obligada carga de demostrar la realidad de dicho alegato, sin que esa mera e hipotética declaración pudiera identificarse con la prueba del dato en cuestión cuando su contenido sería objetivamente opuesto a los planteamientos y pretensiones de la parte contraria. O mejor: en vista de las posiciones respectivas de las partes que aquí contienden, las declaraciones que el demandado Sr. Evelio pueda realizar no constituyen prueba de su propia veracidad si, cual sucede, esas declaraciones son perjudiciales para la parte contraria (de igual modo que el interrogatorio judicial solamente hace prueba en lo que resulte perjudicial para autor pero no en lo que le resulte provechoso y sea perjudicial para su proponente, de acuerdo con el Art. 316 L.E.C.).

Podemos conceder, a lo sumo, que el hecho -en todo caso no concurrente como hemos razonado más arriba- de que el Sr. Evelio hubiera comunicado reiteradamente a la CNMV, al margen de la existencia del presente litigio, ser propietario de las acciones de DEMI STONE S.L., podría constituir un mero indicio de esa titularidad, pero, tratándose un dato fundamental sobre el que habría de gravitar -siempre siguiendo la tesis de la apelante- el éxito o el fracaso de la acción rescisoria ejercitada, nunca podría considerarse despachado ese dato a partir de la presencia en el proceso de un elemento de valor meramente indiciario. Y tampoco podría otorgarse la menor relevancia probatoria a una pericia que toma por base de todo su andamiaje argumental a ese simple



elemento indiciario. Y ello siempre -se insiste- bajo la suposición de que lo comunicado por el Sr. Evelio a la CNMV hubiera sido la propiedad (y no el mero control) de las acciones.

TERCERO .- Inservible, pues, el elenco de comunicaciones a la CNMV para acreditar la titularidad indirecta del capital de DEMI STONE S.L. y, reconocida incluso en el informe pericial aportado por BANCO POPULAR S.A. la extrema dificultad que entraña acreditar que el Sr. Evelio es quien detenta el capital de la luxemburguesa LENCOR INVESTMENT S.A., ha pretendido la apelante introducir en esta segunda instancia un argumento con arreglo al cual ese hecho podría deducirse por vía presuntiva de otros hechos y en aplicación del Art. 386 de la L.E.C .

Pues bien, aun cuando el carácter novedoso del alegato nos dispensaría de todo comentario sobre el mismo al desbordar el ámbito del recurso de apelación definido por el Art. 456-1 de la L.E.C ., no está de más destacar que este mismo tribunal ya abordó, en su sentencia de 14 de junio de 2013 , una acción de reintegración de las mismas características ejercitada en el propio concurso del Sr. Evelio y en relación también con un aval solidario que dicho señor prestó en favor de otra entidad financiera, razón por la cual merece la pena acometer una transcripción amplia o generosa de las reflexiones que ya hiciéramos en dicha resolución y que resultan plenamente aplicables al supuesto que ahora nos ocupa. Razonábamos, en efecto, en esa sentencia lo siguiente:

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

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

...La sujeción al régimen general implicaría que la carga de la prueba del perjuicio patrimonial incumbe al que ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4 de la LC). Ahora bien, cuando un sujeto presta una garantía a favor de tercero y, como en el caso de autos, la eventual contrapartida para el garante, si es que se concediese que pudiera existir, siquiera de modo mediato, no revelase, por las circunstancias concurrentes, que guardara una adecuada proporción con el sacrificio patrimonial asumido, la existencia de perjuicio resultará difícil de negar. Eso es lo que ocurriría en este caso, pues no apreciamos, a la vista de la prueba aportada, la existencia de un cierto equilibrio entre la carga asumida (que suponía responsabilizarse de una deuda de elevadísima cuantía) y el eventual interés económico propio y personal que, de modo por otro lado inconcreto, pudiera albergar el Sr. Evelio . Éste contrajo un relevante compromiso para su propio patrimonio en el seno de una operación de la que no se derivaba, en principio, alguna prestación con contenido suficientemente significativo, de modo que hubiera deparado algún beneficio relevante para el garante como para que pudiera operar a modo de equivalente por el sacrificio que asumía.

La jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de septiembre , 27 de octubre y 14 de diciembre de 2010 y de 12 de abril y de 8 de noviembre de 2012 , entre otras) ha añadido el calificativo de "injustificado" al sacrificio patrimonial que ha de advertirse en materia de rescisión, de manera que se huya del automatismo en este ámbito. Es necesaria una consideración particular de las circunstancias concretas del caso



para comprender si la operación objeto de la acción rescisoria entraña un sacrificio patrimonial justificable o si conlleva una afectación no tolerable de la "par condicio creditorum". Asimismo, ha precisado, en lo que respecta al punto de referencia que debe adoptarse para analizar el perjuicio patrimonial para la masa activa (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012), que hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, pero proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva, lo que entraña valorar si con los datos de aquél tiempo se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta ya hubiese existido en aquella fecha...

... La parte actora ha atendido la carga procesal que le incumbía en el ámbito probatorio al demostrar que el Sr. Evelio afianzó una obligación ajena, sin recibir compensación directa por ello, acreditar además , hasta donde le ha sido posible, que no mediaba un interés económico particular y adecuadamente concretado que pudiera equilibrar el hecho de la prestación de la fianza, ya que el mismo no es socio de la afianzada UNIÓN DE CAPITALES SA, y poner de manifiesto, asimismo, las consecuencias prácticas en que ello derivó, cual fue la cuantiosa exigencia dineraria en que inmediatamente desembocó la actuación de la entidad financiera; a ello debe unirse que no se ha acreditado de contrario en este proceso el alegato de que aquél fuese socio, de modo directo ni indirecto, de LENCOR INVESTMENT (accionista del 100 % del capital de la entidad avalada), lo que pudiera, tal vez, haber revelado un interés patrimonial propio en la revalorización de esta entidad y de su participada (que, por otro lado, insistimos, debería haber sido adecuadamente señalado en su verdadero alcance para que pudiera excluirse el derecho de los acreedores de la persona física del Sr. Evelio a cuestionar su endeudamiento a favor de un tercero). Hemos de recordar que los móviles internos no son jurídicamente relevantes, pues no integran la causa contractual, sino que hay que detectar si existen ventajas o atribuciones patrimoniales directas o indirectas para las partes implicadas. Por lo tanto, las particulares motivaciones que pudiera tener el Sr. Evelio en obtener éxito en su gestión como administrador de la primera de dichas entidades o como representante de la segunda o sus expectativas de perdurar en sus cargos sociales en éstas o en otras mercantiles o incluso la mera aspiración de poder, eventualmente, incrementar sus emolumentos profesionales si la operación resultaba finalmente exitosa, lo que por otro lado tampoco ha sido adecuadamente concretado en este litigio, no constituyen, analizando el problema desde el punto de vista de la reintegración concursal, apoyo suficiente para proporcionar justificación a la prestación de una garantía personal por su parte ante los financiadores de la sociedad UNIÓN DE CAPITALES SA, lo que entrañaba cargar a su propio patrimonio con una responsabilidad adicional de cuantiosísima relevancia, teniendo en cuenta la afectación que entrañó para la masa activa que debería responder ante sus propios acreedores.

No podemos plegarnos a alegatos meramente intuitivos, como los que preconiza la parte apelante, para tratar de construir un interés económico propio del Sr. Evelio , al que situaría, a través de estructuras societarias interpuestas, como la cabecera personal de un grupo societario, lo que pudiera justificar la prestación de la garantía por su parte. Para que pudiéramos alcanzar tal conclusión deberíamos dar un salto en el vacío que desbordaría la solidez del razonamiento presuntivo (artículo 386 de la LEC) que se nos pide que utilicemos y para el que se acude por la recurrente como punto de apoyo tanto a documentos que en su mayor parte ni tan siquiera obran en autos como a referencias a simples noticias de prensa, lo que no constituye precisamente un sustento suficientemente riguroso para tal labor".

CUARTO .- Insiste la apelante en esta instancia en la aplicación en su favor de la excepción contemplada por el Art. 71-5,1º que excluye con carácter general la rescisión respecto de "los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales" .

Esta misma cuestión tuvo también respuesta en nuestra referida sentencia de 14 de junio de 2013 en la que rechazábamos la posibilidad de hacer aplicación de dicho precepto legal con base en las siguientes razones que consideramos trasladables al supuesto que ahora nos ocupa:

"No podemos considerar, sin embargo, que la prestación a favor de la sociedad administrada de garantías personales por parte del administrador de una entidad mercantil forme parte, precisamente, de las actividades propias del desempeño de su cargo. Ente los deberes que legalmente incumben al administrador de una sociedad capitalista no se encuentra ese, ni tampoco forma parte consustancial de las labores de gestión y representación de la entidad que son las que orgánicamente ha de realizar.

Tampoco podemos entender, por otro lado, que el otorgamiento de garantías por parte del Sr. Evelio respondiera a una actuación en condiciones normales, sino que mas bien todo parece indicar, a tenor de los hechos que hemos tenido ocasión de relatar con anterioridad, que si éstas se constituyeron fue por la existencia de una situación extraordinaria que llevó a la entidad financiera a no conformarse con el soporte de responsabilidad que pudiera brindarle el patrimonio de la propia entidad contratante, exigiendo que además se afectase como garantía directamente el patrimonio personal del propio administrador. El que en un contexto de dificultad el Sr. Evelio comprometiese su patrimonio personal no puede considerarse como una actuación ordinaria de su actividad empresarial que pudiera hacer inmune tal actuación ante la rescisión concursal".



QUINTO .- Finalmente, no concurren razones para que no dispensemos igual solución que dimos en el proceso de constante referencia a la problemática relativa a las costas originadas en la primera instancia. En la referida resolución dijimos, en efecto, lo siguiente:

"Pues bien, consideramos que, en efecto, el presente litigio hacía referencia a una situación que presenta, desde el punto de vista fáctico, algunos aspectos que resultan un tanto difusos, como lo han sido: 1º) la imposibilidad de constatar en este marco procesal el sustrato de la entidad extranjera LENCOR INVESTMENT, cuyas vinculaciones están en Luxemburgo, que reconoce que ostenta una titularidad fiduciaria del 100% de las acciones de UNIÓN DE CAPITAL SA; y 2º) que el objeto social de esta última descrito en el Registro Mercantil podría hacerla apta para funcionar como una entidad de índole patrimonial y por lo tanto para la mera tenencia de acciones en favor de un tercero. Tales circunstancias proyectan sobre este caso algunas sombras que pueden suscitar ciertas dudas en un observador imparcial con respecto al trasfondo de la operación, el cual pudiera haber tenido alguna influencia en la valoración del significado la misma. Que ellas no permitan a este tribunal sentar conclusiones como las propuestas en el recurso, porque entrañarían el salto en el vacío al que nos hemos referido, no significa que debamos ignorar su existencia a la hora de aquilatar determinados efectos procesales.

Es por ello que entendemos que estaría justificada la apreciación de la exención al principio del vencimiento objetivo en lo que respecta a las costas generadas por el proceso. Por lo tanto, este motivo de recurso debe ser acogido, lo que conlleva que debamos revocar en parte la resolución apelada, en lo referente al pronunciamiento en materia de costas, para decidir que no procedía efectuar expresa imposición de las derivadas de la primera instancia".

El recurso de apelación ha de ser, pues, objeto de estimación parcial al merecer favorable acogida la pretensión de la apelante de ser exonerada del pago de las costas originadas en la instancia anterior.

SEXTO .- Estimándose el recurso de apelación, no es procedente especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C .,

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Revocamos dicha resolución en el exclusivo particular por el que impone a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.L. las costas ocasionadas en la instancia precedente y en su lugar declaramos no haber lugar a efectuar especial pronunciamiento condenatorio respecto de las mismas, manteniendo -como mantenemos- en lo demás el contenido de la parte dispositiva de la sentencia.
- 3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el presente recurso de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.