



Roj: **SAP M 15924/2020 - ECLI:ES:APM:2020:15924**

Id Cendoj: **28079370282020101733**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/12/2020**

Nº de Recurso: **385/2019**

Nº de Resolución: **623/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28ª (de lo mercantil)

C/Santiago de Compostela nº 100, 9ª plante, 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0179152

Rollo de apelación nº 385/19

- **Materia** : Derecho de sociedades, pignoración de acciones, libro registro de socios.

- **Órgano judicial de origen** : Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid

- **Autos de origen** : Juicio ordinario 1039/2017

- **Parte Apelante** : KENDALL DEVELOPS, S.A.

Procuradora: Dña. María Aurora Gómez-Villaboa Mandri

Letrado: D. Antonio Camps Guerrero

- **Parte Apelada**: BANCO PRIVADO PORTUGUÉS, S.A. EM LIQUIDACAO

Procurador: D. Ramón Rodríguez Nogueira

Letrada: Dña. Celia María Rosende Villar

SENTENCIA N° 623/2020

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Gregorio Plaza González

D. Alberto Arribas Hernández

D. Francisco de Borja Villena Cortés (ponente)

En Madrid, a 18 de diciembre de 2020.

La Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 385/2019, los autos 1039/2017, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid, en materia de Derecho de sociedades, sobre pignoración de acciones.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.



ANTECEDENTES DE HECHO

(1).- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor:

"Que estimando la demanda interpuesta por BANCO PRIVADO PORTUGUÉS, S.A. EM LIQUIDACAO:

A) Se declara que el BANCO PRIVADO PORTUGUÉS, S.A. EM LIQUIDACAO, ostenta la condición de acreedor pignoraticio sobre las acciones de Kendall Develops, S.A. titularidad de los socios designados a continuación o quienes los hayan sustituido:

- 1. Juan Manuel con 461.864 acciones.*
- 2. Pedro Jesús con 250.000 acciones.*
- 3. LIGNETTE CONSULTANTS LIMITED/ESKOLINHA con 2.847.457 acciones.*
- 4. Miguel Ángel con 469.491 acciones.*
- 5. Jesús Luis / Agustín con 1.847.457 acciones.*

B) Se condena a Kendall Develops, S.A. a inscribir en el Libro Registro de Acciones las prendas sobre las acciones referidas en el apartado A anterior.

C) Se condena a Kendall Develops, S.A. a que, con carácter previo a la entrega inmediata al BANCO PRIVADO PORTUGUÉS, S.A. EM LIQUIDACAO, de los nuevos títulos representativos de las acciones referidas en el apartado A anterior, haga constar en el reverso de los mismos la existencia de una pignoración a favor de BANCO PRIVADO PORTUGUÉS, S.A. EM LIQUIDACAO.

D) Se condena a Kendall Develops, S.A. al pago de las costas causadas en el presente procedimiento".

(2).- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día 17 de diciembre de 2020.

Ha intervenido como Ponente en el presente recurso de apelación, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco de Borja Villena Cortés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Contexto de la controversia en primera instancia.

(1).- Se presentó escrito de demanda por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN, como parte actora, contra KENDALL DEVELOPS SA, parte demandada, en la que se deducía acción de declarativa sobre la constitución y existencia de derechos de prenda sobre acciones representativas del capital social de esa sociedad, así como pretensión de condena para la inscripción de las prendas en el Libro Registro de acciones nominativas y para la entrega de los títulos con la constancia del endoso en garantía. Ello dio lugar al proceso seguido como Juicio Ordinario ante el Juzgado Mercantil Nº 2 de Madrid, en el que se dictó Sentencia con los pronunciamientos del Fallo que pueden sintetizarse de la forma siguiente:

(i).- Se estima la demanda, y se declara que BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN ostenta la condición de acreedor pignoraticio, con garantías sobre las acciones representativas del capital social de KENDALL DEVELOPS SA, titularidad de los socios Juan Manuel , 461.864 acciones; Pedro Jesús , 250.000 acciones; Lignette Consultants Limited/Eskolina, 2.847.457 acciones; Miguel Ángel , 469.491 acciones; y Jesús Luis / Agustín , 1.847.457 acciones.

(ii).- Se condena a KENDALL DEVELOPS SA a inscribir en le Libro Registro de accionistas las prendas indicadas.

(iii).- Se condena a KENDALL DEVELOPS SA a la entrega al acreedor pignoraticio de los nuevos títulos representativos de esas acciones, en los que previamente se hará constar en el reverso la existencia de la pignoración.

(iv).- Se imponen las costas de primera instancia a la parte demandada.

(2).- Para realizar esos pronunciamientos, la Sentencia se basa, resumidamente, en las conclusiones y fundamentos siguientes:

(i).- BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN consta como acreedor de los socios de KENDALL DEVELOPS SA, por contratos de apertura de crédito. Las deudas derivadas de dichos contratos fueron garantizadas con prendas sobre acciones del capital social de esa sociedad, de las que eran titularse de los



deudores. Esas prendas se constituyeron por contratos, cuya existencia no ha sido negada ni cuestionada en este litigio. Tras la constitución de esas prendas, las acciones pignoradas constan en posesión del acreedor pignoraticio, y se ha extendido en el reverso de las mismas el correspondiente endoso en garantía.

(ii).- Esos títulos originales fueron exhibidos a los administradores sociales de KENDALL DEVELOPS SA, en fecha de 9 de febrero de 2012. Estos alegaron que los endosos no habían sido extendidos por los titulares de las acciones, los deudores, por lo que no accedieron a la petición de BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN. Pero frente a ello, consta apoderado en los contratos de constitución de prenda este banco para realizar esa anotación.

(iii).- Concorre legitimación pasiva en KENDALL DEVELOPS SA, ya que es la sociedad frente a la que se pretende obtener la inscripción en el Libro Registro y la entrega de los nuevos títulos que sustituyen los antiguos de las acciones. También concorre legitimación activa en BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN, como acreedor pignoraticio, poseedora de los títulos originales.

(iv).- Si bien es cierto que en el año 2006, BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN pudo haber practicado la inscripción en el Libro Registro, como administrador social entonces de la sociedad, no lo hizo porque estimaba suficiente la posesión de los títulos y había escaso interés en la garantía, dada la situación económica de KENDALL DEVELOPS SA en aquel momento, pero ello no es óbice para negarle ni su condición de acreedor prendario ni su derecho a obtener la inscripción.

(v).- Se reúnen todos los requisitos legales, incluso conforme al Derecho español, para la validez de la prenda de acciones y su acceso al Libro Registro, sin que la actitud obstativa y renuente de la sociedad esté justificada.

(vi).- Incluso concorre la doctrina de los actos propios, ya que KENDALL DEVELOPS SA sí aceptó en otros supuestos la documentación que ostenta ahora BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN para inscribir prendas de acciones en el Libro Registro.

Objeto del recurso de apelación.

(6).- *Recurso.* Por KENDALL DEVELOPS SA se interpone recurso frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 2 de Madrid, contra todos sus pronunciamientos, insta la nulidad de actuaciones, subsidiariamente, la completa revocación de la misma y la desestimación de los pedimentos de la demanda, o subsidiariamente, revoque algunos de los pronunciamientos de condena.

A tal fin, el recurso de apelación se sustenta, aquí resumidos a los meros efectos de ofrecer una perspectiva de conjunto del objeto del proceso, más adelante desarrollados puntualmente, en los siguientes motivos:

(i).- Falta de legitimación pasiva.

(ii).- Falta de litisconsorcio pasivo necesario.

(iii).- Infracción de normas de procedimiento sobre admisión de prueba.

(iv).- Error en la valoración de la prueba.

(v).- Infracción de la doctrina de los actos propios.

(vi).- Imposibilidad de ejecución de la sentencia.

(4).- *Oposición al recurso.* Por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN se presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado por la parte contraria. Para ello, la parte se reiteró sustancialmente en los argumentos expuestos en su escrito de demanda, solicitó la ratificación de la Sentencia dictada, también por sus propios fundamentos, y la imposición de costas de la alzada a la parte contraria.

Motivo primero: falta de legitimación pasiva.

Formulación del motivo.

(5).- El recurso de KENDALL DEVELOPS SA señala que existe una falta de legitimación pasiva por su parte, por lo que la relación jurídico-procesal está mal construida, lo que es un óbice insubsanable para la admisión de la pretensión de la demanda. Así, expone, se pretende por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN el reconocimiento de unos derechos reales de garantía frente a una persona, esa sociedad, que no está sometida a los mismos, y a quien no puede imponérsele la primera pretensión declarativa del Suplico de la demanda, al tratarse de actos de dominio sobre bienes y derechos que no son de su titularidad, como ocurre con acciones de participación en su capital social, propiedad de terceros no llamados al proceso, los socios. Nada de ello, concluye, queda desdibujado por el hecho de que la Sentencia apelada diga que el pronunciamiento declarativo de la existencia de las prendas no afecta a la relación o discusión que pueda entablarse entre BANCO PRIVADO



PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN y los socios, ya que el Fallo contiene un pronunciamiento terminante sobre la existencia de esas prendas, que es lo que cuenta.

Valoración del tribunal.

(6).- El tratamiento habitual de esta alegación requiere una previa reflexión acerca de su naturaleza. Es común en la práctica encuadrar la falta de legitimación como una excepción procesal, por influencia de la doctrina procesalista generada a tenor del antiguo, ya derogado art. 533. 2º y . 4º ALEC de 1881, para aquel tipo de procedimiento denominado entonces juicio de Mayor Cuantía. La ya desfasada terminología de aquella LEC de 1881 confundía la calificación de excepciones perentorias y dilatorias, con aquellas otras de fondo y procesales. La legitimación en el proceso se predica de una determinada condición que ostenta un sujeto para constituirse en parte legítima en un proceso, por recaer en él un interés jurídico protegido de modo directo, art. 10 LEC. Ese interés está íntimamente ligado a la cuestión de fondo debatida, ostentando la facultad de ser parte, legitimación, quien a su vez sea titular de la relación jurídica debatida como objeto del proceso. No es por tanto nada previo al fondo, sino que es un hecho integrado en las defensiones, no en las excepciones del art. 416 LEC, de la pretensión articulada contra el demandado, motivando que de apreciarse se dicte no una sentencia absolutoria en la instancia, sino en el fondo.

La legitimación, como concepto, es, junto con el "interés", la "accionabilidad" y la efectiva existencia del derecho subjetivo material (o la relación o situación jurídica de que se trate) pretendidos frente al sujeto pasivo, una de las denominadas condiciones materiales, reguladas por la Ley sustantiva, de la acción entendida en sentido concreto, es decir, como derecho subjetivo público de naturaleza procesal a obtener un pronunciamiento de fondo favorable. La condición para el éxito de la acción ejercitada en que la legitimación consiste estriba en la afirmación de que el demandante y el demandado son, respectivamente, titulares activo y pasivo del derecho subjetivo o de la relación (o situación) jurídico-material cuyo reconocimiento (a través de la declaración, la condena o la constitución, modificación o extinción solicitadas) se pretende. Su constatada ausencia, como la inexistencia misma del derecho subjetivo, o de la relación o situación jurídica material (por no haber existido nunca, o haberse extinguido, o no resultar exigible, etc.), impide obtener una sentencia de fondo favorable a las pretensiones ejercitadas, pero el proceso se habrá sustanciado de manera formalmente regular.

(7).- Lo cierto es que la demanda de BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN insta como punto 1º de su Suplico un pronunciamiento declarativo, " *que se declare que BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN ostenta la condición de acreedor pignoraticio sobre las acciones de KENDALL DEVELOPS SA titularidad de los socios designados a continuación o quienes les hayan sustituido: (...)*", que ha resultado acogido en el Fallo de la Sentencia de la primera instancia.

No se trata, a diferencia de lo invocado en el recurso de apelación, de si ese pronunciamiento se refiere a cosas, las acciones, ajenas a la titularidad de KENDALL DEVELOPS SA, ni se le condena a observar un comportamiento de entrega o pago respecto de bienes o derechos de ajena pertenencia. No es así. Se está ante un pronunciamiento de tipo declarativo, eso sí, realizado frente a ella, como única parte demandada en este proceso.

Este concreto pronunciamiento de tipo declarativo contenido en la demanda de BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN se presenta, de un lado, como presupuesto lógico de los otros pronunciamientos postulados en el Suplico de ese escrito de demanda, de tipo condenatorio, relativos a la obligación de la sociedad demandada de inscribir la prenda en el Libro Registro de socios y a la expedición de los títulos representativos de las acciones, con la constancia documental de la existencia de aquella prenda. En teoría, podría no haber sido necesario postular siquiera como petición de pronunciamiento esa declaración, y dejar su examen para los fundamentos de la resolución, al analizar la estimabilidad de los pronunciamientos de condena entablados, como uno más de los presupuestos del planteamiento de la cuestión. Pero es que, en el caso presente, adicionalmente se revela la necesidad de articular expresamente ese pronunciamiento mero declarativo. Así, si esa declaración funciona como un simple antecedente lógico del desarrollo argumental para estimar los demás pronunciamientos y, por tanto, sin mayor valor en cuanto se pueda recoger en el fallo, o si existe una necesidad efectiva de su articulación como pronunciamiento expreso, depende justamente de si esa declaración colma en si misma o no un interés real de la parte demandante. El tal sentido, señala la STS nº 131/2019, de 5 de noviembre, FJ 2º, que:

" El art. 5 LEC establece que se puede pretender de los tribunales: (i) la condena a determinadas prestaciones; (ii) la declaración de existencia de derechos y de situaciones jurídicas; (iii) la constitución, modificación o extinción de estas últimas; (iv) la ejecución; (v) la adopción de medidas cautelares; y (vi) cualquier otra clase de tutela expresamente prevista en la ley.



Por tanto, el litigante puede pretender la declaración de derechos o la condena al pago o realización de prestaciones. En este segundo caso, la condena incluye dentro de su objeto, una previa declaración de derechos, que posibilite el pronunciamiento condenatorio.

2.- Como recordamos en la *sentencia 303/2016*, de 9 de mayo, la jurisprudencia de esta sala ha admitido la procedencia de las pretensiones meramente declarativas, en las que la parte demandante tan solo pretende que el tribunal declare la existencia de un derecho, sin pronunciamiento condenatorio alguno, porque así considere restituida la paz jurídica o porque el pronunciamiento declarativo pretenda hacerlo valer prejudicialmente en otro proceso en que pretenda la condena (*sentencias 985/1994*, de 8 de noviembre ; *667/1997*, de 18 de julio ; y *540/2012*, de 19 de noviembre). No obstante, el ámbito de estas acciones es restringido, pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello: debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica.

Asimismo, toda acción declarativa ha de responder a la exigencia de un interés legítimo en quien la ejercita (*sentencias 64/1999*, de 5 de febrero , y *661/2005*, de 19 de julio , entre otras). La *sentencia del Tribunal Constitucional de 30 noviembre de 1992* , proclama al respecto que:

"La admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa".

Su viabilidad está, por lo tanto, condicionada a que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica, o, dicho de otra forma, por el interés del actor en que se ponga en claro su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado.

3.- En este caso, la acción ejercitada por la demandante para que se declarase la condición de administradora de hecho de la Sra. Filomena no era propiamente una acción meramente declarativa, sino simplemente un presupuesto lógico de las pretensiones auténticamente ejercitadas en el suplico, que eran la del cese en la administración de las sociedades del grupo Amado y la condena a la indemnización de los daños y perjuicios causados por su actuación antijurídica. En consecuencia, no era necesario que este pronunciamiento figurase expresamente en el fallo ."

Así, en este supuesto, por KENDALL DEVELOPS SA se ha argumentado reiteradamente como causa para denegar la inscripción de la prenda en el Libro Registro de socios la inexistencia de dicho derecho prendario. Así, cuando por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN se instó la anotación de la prenda en aquel Libro Registro de socios, por parte de KENDALL DEVELOPS SA se contestó en fecha de 16 de febrero de 2012 señalando que a la sociedad no le constaba en absoluto la existencia de dicha prenda, por lo que no accedía a la petición [doc. nº 14 del anexo a los autos]. Esta misma alegación, sobre la inexistencia de la prenda y, en todo caso, la falta de constancia de esa existencia para la sociedad, se dio por KENDALL DEVELOPS SA en fecha de 14 de julio de 2017, al contestar un nuevo requerimiento de BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN en el que pedía aquella anotación [vd. doc. nº 25 del anexo]. Se trata de un comportamiento de KENDALL DEVELOPS SA anterior al litigio, que justifica la necesidad de postular un pronunciamiento mero-declarativo justamente frente a ese sujeto contra el que se deduce la acción. Por ello, en los términos expuestos, si concurre el presupuesto de la legitimación pasiva en esa parte demandada, sin perjuicio de la suerte de la acción entablada por lo que respecta a los demás presupuestos.

Motivo segundo: falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Contenido del motivo.

(8).- Sostiene el escrito de apelación de KENDALL DEVELOPS SA que, en todo caso, concurriría en este proceso un defecto por falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haberse demandado por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN a los socios efectivamente titulares de las acciones supuestamente pignoradas, los que ostentan un interés sobre el pronunciamiento hecho relativo a la existencia de la prenda sobre acciones de su propiedad, y sin cuya presencia en el proceso, los pronunciamientos recogidos en la Sentencia no pueden ser llevados a cabo.

Valoración del tribunal.

(9).- Esta cuestión aparece íntimamente ligada a lo ya resuelto en el anterior motivo de recurso, en esta resolución. Ni la pretensión mero-declarativa de la demanda de BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN ni el pronunciamiento declarativo de la Sentencia apelada sobre la existencia de la prenda se



realiza como si fuese una especie de edicto general, por así expresarlo gráficamente, sino que se trata de un tutela impetrada y concedida justamente frente a un sujeto demandado concreto, KENDALL DEVELOPS SA, a quien precisamente alcanza respecto del planteamiento de una controversia determinada, la resistencia a la anotación por esa sociedad de la prenda de acciones en el Libro Registro de socios. Ello deriva tanto de la configuración subjetiva del objeto de este proceso, como de la objetiva.

El litisconsorcio necesario, previsto en el art. 12.2 LEC, aparece cuando para poder resolver sobre el objeto del proceso han de estar presentes imperativamente varios sujetos en alguna de las dos posiciones procesales, activa o pasiva. Es decir, para operar a través del proceso sobre la relación jurídica material de que se trate, ha de aparecer necesariamente en el procedimiento todos los sujetos ligados a la relación jurídica debatida, imposición que resulta de la concreta regulación otorgada por el Derecho sustantivo al concreto tipo de relación jurídica que se debata en la causa. Así pues, es la norma material aplicable al fondo del asunto la que fija cuando existe litisconsorcio necesario, en la perspectiva procesal. Así, la doctrina jurisprudencial ha declarado en reiteradas ocasiones que la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario se funda en la unidad de la relación jurídico-material controvertida, la cual exige que se encuentren presentes en el proceso todos los sujetos que puedan verse alcanzados por la resolución que haya de dictarse, v. gr., la STS nº 554/2009, de 22 de julio, FJ 3º, la cual indica que "... la jurisprudencia advierte que el litisconsorcio pasivo necesario encuentra su fundamento en una relación de derecho material, que, por afectar a diversos sujetos, exige una solución procesal unitaria, ya que descansa en la necesidad de preservar el principio de audiencia para evitar la indefensión, y que no se dictara una resolución que alcanzara a personas no demandadas; también, señala que el litisconsorcio alcanza la categoría de necesario cuando la pretensión actuada debe ser propuesta, imprescindible, frente a varias personas, bien porque así lo establezca una norma positiva, bien por imponerlo la propia naturaleza de la relación jurídico material discutida y, en todo caso, se requiere que en el juicio se hallen presente todos cuantos tengan un legítimo y personal interés en dicha correspondencia, e, igualmente, la evitación de posibles resoluciones contradictorias. ...".

En consonancia con ello, la doctrina jurisprudencial fija los requisitos precisos para examinar la concurrencia de esta excepción procesal. Así, las SsTS nº 266/2010, de 4 de mayo, FJ 2º; nº 353/2011, de 18 de mayo; y nº 479/2011, de 22 de junio, FJ 3º, indican que para apreciar esa falta de litisconsorcio pasivo necesario deben concurrir los siguientes elementos: "... a) Nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal; b) Que ese nexo, sea inescindible, homogéneo y paritario; y c) Que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor"; y añade lo siguiente: "la característica del litisconsorcio pasivo necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración, pues, si no es así, si los efectos a terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, entonces la intervención del tercero en el litigio podrá ser voluntaria o adhesiva, mas no forzosa. ...".

El hecho de que se proclame la existencia de un derecho real de garantía, *erga omnes* por naturaleza, al fin único de lograr de KENDALL DEVELOPS SA la correspondiente anotación de la prenda en el Libro Registro de accionista, no determina ni impone cosa juzgada alguna respecto de los sujetos titulares de esas acciones frente a BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN, ni su concurrencia a este proceso es siquiera necesaria para obtener esos pronunciamientos de condena, de los que el declarativo sobre la existencia del derecho de prenda, es mero presupuesto. Tanto es así que, de igual forma, si en este proceso se llegase a la conclusión de que no procediese esa anotación por inexistencia de la prenda, o falta de prueba de su existencia, este pronunciamiento no alcanzaría por sí solo a la relación entre BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN y los deudores titulares de las acciones. Atendiendo pues al objeto de este proceso, y al concreto alcance que dentro de ese objeto ocupa la declaración de existencia de la prenda, exclusivamente dirigida contra quien es parte demandada en este proceso, KENDALL DEVELOPS SA, y a quien solo alcanzan sus pronunciamientos, art. 222.4 LEC, y la posición funcional de ese pronunciamiento respecto de los de condena, no cabe apreciar el tipo de conexión sustantiva exigida para estimar la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Motivo tercero: infracción de normas sobre admisión de prueba e indefensión de la parte.

Contenido del motivo.

(10).- Señala KENDALL DEVELOPS SA en su recurso que por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN se ha observado una escasa diligencia procesal, ya que ha presentado una parte muy importante de su documentación en el acto de Audiencia Previa, en lugar de acompañarla al escrito de demanda. Es más, continúa el recurso, en la Audiencia Previa por la abogada directora de BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN se aportó documentación que se decía ya acompañante a la demanda, cuando realmente no era así, ya que si el escrito de demanda sostenía adjuntar los contratos de gestión de cartera de varios de los socios de KENDALL DEVELOPS SA, los que se afirman son deudores pignorantes, lo que realmente se



había adjuntado a la demanda eran solo contratos de apertura de crédito o de cuenta corriente, según los casos. Fue en la Audiencia Previa, expone la parte apelante, cuando realmente se aportaron aquellos contratos de gestión de cartera, bajo la excusa de revelarse su importancia a la vista de la contestación de KENDALL DEVELOPS SA, cuando era evidente que no era así, y su aportación en tal acto solo era a los efectos de salvar la grave negligencia profesional de las abogadas directoras de la parte demandante. Como consecuencia de ello, concluye, se ha generado una indefensión a KENDALL DEVELOPS SA, al haber articulado su argumentación sobre los documentos que se encontraban acompañantes a la demanda.

Valoración del tribunal.

(11).- De entrada, el lamento del recurso de KENDALL DEVELOPS SA por el hecho de que BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN presentase determinado volumen de documentación en el acto de Audiencia Previa en lugar de con su demanda, no tiene transcendencia jurídica alguna, si ese reproche no se relaciona de algún modo con la infracción de normas procesales sobre la producción de prueba documental.

En cuanto a lo segundo, el reproche de KENDALL DEVELOPS SA se refiere a la documentación relativa a los socios Juan Manuel , Pedro Jesús , Miguel Ángel , Lignette Consultants Limited y Jesús Luis , donde en el acto de Audiencia Previa se presentaron los contratos de gestión de cartera que no se habían acompañado al escrito de demanda, en concreto los de Juan Manuel , Pedro Jesús y Jesús Luis . La argumentación del recurso de KENDALL DEVELOPS SA entremezcla dos cuestiones. La primera es que la demanda decía acompañar lo que realmente no se acompañaba. No es aceptable. En relación con aquellos socios, la demanda describe la documentación que en efecto se adjuntaba a la misma. Así, respecto de Juan Manuel , se indicaba que era el contrato de apertura de crédito de 3 de septiembre de 2007 y el contrato de prenda de la misma fecha, como doc. nº 26; respecto de Pedro Jesús , se habla del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente de fecha 27 de diciembre de 2005 y el contrato de prenda de la misma fecha, como doc. nº 28; y en relación con Jesús Luis , el tercero de los socios al que se refiere la documentación presentada en el acto de Audiencia Previa, el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente de fecha 27 de febrero de 2008 y el correspondiente de constitución de la hipoteca, en la misma fecha, como doc. nº 34 [vd. f. 16 y ss. de los autos, escrito de demanda, en relación con los docs. Nº 26, 28 y 34 de la parte actora].

En cuanto a lo segundo, la demanda de BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN, como planteamiento básico, afirma la existencia de unos derechos de crédito a su favor frente a los citados socios, particularmente ahora, Juan Manuel , Pedro Jesús y Jesús Luis , de los cuales se sostiene que están garantizados mediante prenda de acciones. Al fin de demostrar la certeza de esas afirmaciones, la demanda de BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN presenta los contratos de donde dimanar las deudas de los socios para con esa entidad bancaria y los contratos de constitución de la garantía respecto de la deuda generada por cada una de esas relaciones obligacionales, en los términos señalados en el pf. anterior, documentación que entiende básica y suficiente para probar esas circunstancias.

Cuando el escrito de contestación de KENDALL DEVELOPS SA va analizando la documentación aportada con la demanda para la situación de cada uno de aquellos socios, puntualiza que " *no aporta el contrato de gestión de cartera de 3 de septiembre de 2007*", afirmación que cambia en la fecha de referencia para cada socio, pero se repite invariablemente [vd. f. 46, ult. pf.; 49, ult. pf; f. 54, pf. 2º; f. 60, pf. 1º, siempre en letra negrita en el original]. Ello se hace justamente en relación la negación de la constitución y existencia de los derechos de prenda que sostiene BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN. Ante ello, en el acto de Audiencia Previa, por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN se aportaron los citados contratos de gestión de cartera, referidos a cada uno de los socios deudores.

(12).- La regla general sobre la aportación de documentos al litigio impone que los mismos se acompañen con el primer escrito de alegación de las partes, arts. 264 y 265 LEC, en los términos expuestos en el recurso de KENDALL DEVELOPS SA. No obstante, tal regla debe ser matizada, en un doble aspecto, en cuanto al objeto de aportación y el cuanto al momento procesal. Respecto a lo primero, el art. 265.1.1º LEC señala que las partes habrán de presentar con su demanda o contestación los documentos en los que " *funde*" su derecho. La expresión legal de la vigente LEC entronca con lo recogido en su precedente legal, el art. 504 ALEC de 3 de febrero de 1881, con el que comparte dicción literal. Dicho precepto fue interpretado por la jurisprudencia ya desde antiguo, interpretación que ha de extenderse al vigente art. 265.1 LEC dada esa identidad literal, donde los rasgos fundamentales de esa doctrina jurisprudencial son los siguientes: 1.- no puede entenderse extemporánea la aportación de documentos en un momento inicial del proceso cuando los mismos no son el fundamento mismo del derecho alegado, sino sólo una contribución probatoria a su certeza, 2.- ni cuando su aportación responde a una actuación o alegación de la parte demandada, sobre todo si de ordinario no se podía esperar tal alegación, y 3.- ni cuando la documentación aportada fuese sobradamente conocida por la propia parte que se opone a su admisión procesal, SsTS de 30 de enero de 2003 , FJ 3º, pte. Martínez Pereda;



de 19 de junio de 2002, FJ 1º, pte. Sierra Gil; de 20 de septiembre de 2001, FJ 2º, FJ 2º, pte. Corbal Fernández; o de 24 de mayo de 2001, FJ 2º, pte. Martínez Pereda. Más reciente, STS de 2 de octubre de 2009 .

Junto a ello, en cuanto al momento procesal, y recogiendo parcialmente la doctrina jurisprudencial antes señalada, el art. 265.3 LEC dispone que podrá realizarse la aportación documental en el acto de la Audiencia Previa cuando los documentos aportados revelen su interés a partir de las alegaciones de la parte contraria, parcialmente contemplado en los arts. 426.5 y 427.1 LEC. Se trata de un supuesto especial, donde a la parte se le revela la necesidad de contar con dichos documentos por lo argumentado de contrario, cuando no cabía esperar razonablemente que el debate litigioso incidiera en determinados aspectos que deben ser justificados ahora documentalmente, tal cual ocurre con los contratos de gestión de cartera de valores, aportados luego por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN. Es decir, si se trata de documentos fundamentales para la pretensión de la parte actora, pero referidos a determinados aspectos tangenciales, donde la controversia no era esperable, la excepción de la regla del art. 265.3 LEC, para aportarlos en el acto de Audiencia Previa en lugar de con los escritos iniciales, opera cuando su necesidad no se revelaba *ex ante* para la parte respecto del contenido básico de sus pretensiones, sino que deriva del derrotero de la controversia innovado por la contestación de la parte demandada. Ese es el caso de los documentos a los que se refiere la apelación de KENDALL DEVELOPS SA, los contratos de gestión de cartera de valores, donde la cuestión relativa a ellos es revelada en su contestación, cuando desde el planteamiento de la demanda de BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN bastaba con justificar la relación crediticia y la constitución de la garantía. Por ello, la aportación de esos documentos se presenta como fundada en la norma especial del art. 265.3 LEC.

(13).- Finalmente, el recurso de KENDALL DEVELOPS SA habla de la indefensión que le causa la admisión de aquellos documentos, a su juicio indebida, pero no explica en modo alguno cómo se genera efectivamente dicha indefensión, ya que para ello no vale con la infracción de una norma de procedimiento, arts. 238.3º LOPJ y 225.3º LEC, sino que se requiere explicitar por qué la presencia de esos concretos documentos en el proceso le generaría la indefensión alegada, extremo que no llega a revelar en ningún momento.

Motivo cuarto: error en la valoración de la prueba sobre la constitución, existencia y validez de la prenda de acciones.

Formulación del motivo.

(14).- A lo largo de tres apartados diferentes, el recurso de KENDALL DEVELOPS SA se refiere a errores de valoración del prueba respecto del fondo del asunto, que si bien atañen a distintos medios de prueba, se centran en la inexistencia de la prenda que se pretende anotar en el Libro Registro y en los títulos de las acciones.

Así, se indica que, respecto de cada socio, se aportan los contratos de constitución de prenda, pero en documento privado, el endoso en garantía del título y se afirma el hecho de la tenencia de ese título por parte de BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN. Pero frente a ello, señala, no constan documento público alguno de constitución de prenda, como debería. Además, continúa, se refiere una pignoración general de valores, sin determinar en modo alguno que se especifique su objeto sobre las acciones en las que se divide el capital social de KENDALL DEVELOPS SA, ni cuáles serían. Por otro lado, el endoso en garantía está anotado en el dorso de los títulos de manera irregular, por la propia parte actora y con predatación. Finalmente, habla el recurso de que la tenencia del título por el acreedor pignoraticio nada supone, ya que ello puede obedecer a que bien pudo el acreedor retener los títulos indebidamente o a que nunca se los entregó a su titular, ya que BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN fue administradora social de KENDALL DEVELOPS SA hasta el año 2009, sociedad que utilizó y dispuso como vehículo de inversión.

En segundo lugar, aduce el recurso que la Sentencia yerra al valorar los contratos de constitución de prenda, ya que se trata de documentos privados, sin fuerza para oponerse a terceros, de modo que, una cosa es que surta plenos efectos entre el acreedor y el deudor pignorante, y otra distinta que la prenda pueda ser opuesta frente a KENDALL DEVELOPS SA, ya que no desplegará efectos frente a la sociedad.

Finalmente, en tercer lugar, indica que la Sentencia no ha tenido en cuenta que las prendas fueron anotadas en los títulos por las propias abogadas de BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN, no por los deudores y titularse de las acciones, como reconoce la testigo Sra. Gracia , las que además predatación los supuestos endosos en garantía y se creó la falsa apariencia de que las prendas están sujetas a Derecho portugués.

Valoración del tribunal.

(15).- Respecto de cada uno de los socios de KENDALL DEVELOPS SA a cuyas acciones se refiere la pretendida anotación de la prenda, se ha aportado por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN los contratos de los que deriva de la deuda garantizada y el contrato de constitución de la prenda. Así, respecto de Juan Manuel , se presenta el contrato de apertura de crédito, fechado el 3 de septiembre de 2007, firmado en Lisboa, por una suma de 1.245.000€, durante un periodo de 2 años automáticamente prorrogables. Junto a este contrato,



y de la misma fecha y lugar, se aporta otro de constitución de prenda, en relación con la deuda generada por el anterior contrato de apertura de crédito. En la cláusula 1ª de este contrato se pacta la constitución de una prenda en garantía de la deuda derivada del contrato de apertura de crédito, " *en virtud de los arts. 679 y siguientes del Código civil portugués*", garantía que recae " *sobre los derechos que les otorga el contrato de gestión, en particular el derecho a la entrega de los activos financieros objeto del mencionado contrato de gestión o de su equivalente en efectivo. En caso de que se produzca la entrega de los activos financieros, estos, salvo autorización en contra del MUTUANTE, permanecerán objeto de prenda a favor del MUTUANTE en virtud del nº 1 del art. 685 del Código Civil portugués y en el poder del Banco*". En su cláusula 2ª del citado contrato señala que " *el banco se convierte en administrador fiduciario de los valores mobiliarios y demás instrumentos o valores que constituyen el objeto del contrato de gestión*". Finalmente, la cláusula 9ª establece que " *el presente contrato está sujeto a la legislación portuguesa*" [vd. doc. nº 26 del anexo documental aportado por la parte actora, contrato en portugués y su traducción al español].

Esa previsiones contractuales se presenta prácticamente miméticas en la redacción de los contratos de prenda de los demás socios de KENDALL DEVELOPS SA, Pedro Jesús , doc. 27, Miguel Ángel , doc. 30, y Jesús Luis , doc. 34]; salvo en el caso de Lignette Consultants Limited, donde se especifica que el objeto de la prenda recae " *sobre 3.400.000 acciones ordinarias, desmaterializadas y nominativas, con un valor nominal unitario de 1.00€, representativas del capital social de Kendall, de las que los clientes son los únicos y legítimos titulares que se encuentran depositadas en la cuenta nº NUM000 de BPP. (...) El cliente se compromete a mantener depositados en el Banco los valores mobiliarios objeto de la presente prenda, contratando irrevocablemente el respectivo depósito hasta el íntegro cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del contrato de apertura de crédito aquí garantizado*" [doc. nº 32 y 32 bis del anexo a la demanda, original en portugués y traducción al español].

En cuanto a los demás socios, distintos de Lignette Consultans Limited, se mantenía por cada uno de ellos con BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN un contrato de gestión de cartera de valores, con pacto de depósito de valores, donde se encontraban las acciones del capital de KENDALL DEVELOPS SA de las que cada uno de aquellos prestatarios pignorantes era titular. Estos contratos, celebrados en Lisboa, también estaban sometidos al Derecho portugués, vd. ap. 16º de las condiciones generales, lugar donde se realizaba el depósito de dichos valores para su gestión por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN [f. 107 a 128 de los autos].

(16).- Conforme a ello, es rechazable la afirmación de KENDALL DEVELOPS SA de que no se pignoraron las acciones representativas de su capital social, ya que consta la existencia de la deuda garantizada, derivada de los contratos de apertura de crédito a favor de los socios; consta la constitución de la garantía prendaria por medio de un negocio jurídico contractual; y consta que recae sobre los valores mobiliarios que eran objeto en aquel momento, por otra parte, de los contratos de gestión de cartera existentes entre los prestatarios, socios de KENDALL DEVELOPS SA, y el banco prestamista, BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN, valores consistentes, precisamente, en las acciones del capital social de aquella sociedad de la que eran titulares entonces cada uno de los socios y deudores pignorantes, de acuerdo con los extractos de la cuenta de depósito de valores, adjuntadas a los contratos de gestión de cartera.

No puede prosperar tampoco la objeción realizada en el recurso sobre la invalidez de la prenda por el hecho de constar la misma en documento privado. Para este análisis debe ser distinguido un triple plano. El de la ley aplicable a la validez y eficacia del negocio jurídico obligacional generador de la prenda; de la ley aplicable a la validez de la prenda misma, como derecho real de garantía; y el de la ley rectora de la relación entre el acreedor prendario de las acciones y la sociedad a cuyo capital social pertenecen esos títulos.

En cuanto a lo primero, aun cuando aquí no es objeto de controversia, el negocio obligacional se regirá por la ley a la que las partes se sometan, por la expresa estipulación recogida en los contratos de constitución de las respectivas prendas, vd. art. 4 RCEE nº 593/2008, de 17 de junio, Roma I. Respecto de lo segundo, el régimen jurídico de la prenda misma, como derecho real de garantía, resulta de aplicación la disposición del art. 10.1 CC, " *la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles*", ya que las acciones sometidas a la garantía prendaria se hallaban depositadas en Portugal, extremo indiscutido en el proceso, bajo la regla denominada doctrinalmente *Lex cartae sitae* (vd. *Garcimartín Alférez, 2019*). De acuerdo con el informe jurídico presentado, las reglas de constitución de garantías de naturaleza jurídico-real sobre valores mobiliarios en ese Ordenamiento portugués se rige por el Decreto-Ley nº 486/1999, de 13 de noviembre, Código de Valores Mobiliarios, en cuyo art. 41 establece que la ley rectora será la del lugar donde se encuentren depositados los valores mobiliarios de que se trate, para el caso de no ser valores sometidos a sistema centralizado de negociación, como ocurre con las acciones de KENDALL DEVELOPS SA, sociedad no cotizada. En tal sentido, señala el informe que el art. 102 y 103 de ese Código de Valores Mobiliarios portugués establece que basta para la válida constitución de la garantía jurídico real, la declaración contractual de su constitución, la que



luego se verá acompañada de la solicitud al emisor de los valores para la correspondiente anotación de la misma. En cuanto al supuesto especial de Lignate Consultants Limited, se llega a la misma conclusión si se aplica el *Decreto-Ley n° 105/2004, de 8 de mayo, sobre Garantías Financieras*, donde basta con el documento consensual de constitución junto con el apoderamiento para la realización directa de los valores.

No obstante la prueba anterior sobre ese antecedente lógico, la válida constitución de la prenda, para la tutela aquí realmente debatida entre el acreedor pignoraticio y la sociedad emisora de las acciones, lo fundamental es la efectividad de dicho derecho real frente a KENDALL DEVELOPS SA. Para este tercer aspecto aquí analizado, al ser esta sociedad de nacionalidad española, art. 8 TRLSC, resulta de aplicación el Derecho español. A tal fin, el art. 121.2 TRLSC permite la constancia de la constitución de la garantía a través del endoso en garantía del título correspondiente de las acciones nominativas, el cual, una vez exhibido a la sociedad, dará lugar a la inscripción de esa garantía en el Libro Registro de socios, art. 120.2, pf. 2º, TRLSC, al que se remite el pf. 2º, del art. 121.2 TRLSC. Con ello basta para tener por acreditada la constitución y eficacia de la prenda de las acciones, conclusión que no parece alterada dicha circunstancia por la previsión del art. 1.865 CC, el cual dispone que no surte efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha. El primer término, porque dicho precepto no resulta aplicable al caso de la prenda aquí cuestionada, ya que su régimen jurídico viene determinado por el Derecho portugués. Y en segundo lugar, incluso si fuese la ley aplicable ese artículo, que no, el precepto aparece referido al conflicto susceptible de suscitarse entre el acreedor pignoraticio y un tercero respecto de la preferencia en los derechos de retención y ejecución, como contenido propio y característico del derecho real de garantía, de ahí la relevancia de la fecha hecha constar fehacientemente, como criterio regulador de ese conflicto, según la doctrina civilista (vd. *Albaladejo García, Derecho de Bienes, 2006*), pero no regula la relación entre el acreedor pignoraticio y la sociedad que debe dar lugar a la anotación de la prenda respecto de las acciones de un socio, donde no hay conflicto alguno de preferencia en aquellos derechos en el sentido de oponibilidad a terceros al que se refiere la norma civil, ni tampoco se erige en requisito de constitución de la prenda, siquiera.

(17).- En consonancia con ello, consta que en los títulos representativos de dichas acciones obra el endoso en garantía al que se refiere el art. 121.2 TRLSC. Es decir, no solo consta el contrato de constitución de la prenda, sino que para dar efectividad a la misma se extiende el correspondiente endoso en garantía en los títulos que soportan las acciones pignoradas, lo que no solo refuerza la idea de la constitución de la prenda, si fuese aplicable el Derecho español a dicha constitución, donde bastaría ese endoso, art. 121.2, pf. 1º, TRLSC, sino que es la formalidad exigida para obtener de la sociedad, KENDALL DEVELOPS SA, la correspondiente inscripción de esa pignoración, incluida la simple posesión del título. A tal respecto, señala la STS n° 793/2006, de 21 de julio, FJ 2º, que:

" Sin embargo, la naturaleza real del contrato de prenda previsto en el Código Civil no significa que no sean válidas modalidades contractuales pignoraticias no posesorias, ya porque el propósito que llevó al legislador a tipificarlas fue precisamente mantener la cosa gravada en poder del deudor (artículo 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1.954, que derogó los artículos 1863 bis a 1873 bis del Código Civil), ya porque, como consecuencia de la desincorporación cartular del valor mobiliario y su representación meramente contable, la entrega se haya sustituido en algún caso por una inscripción (artículo 10 de la Ley 24/1.988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), ya porque estén expresamente admitidas formas negociales precontractuales de prenda o promesa de constituirla en el futuro, como fuentes sólo de acción personal entre los contratantes (artículo 1.862 del Código Civil), ya porque sean tolerables contratos que cumplan funciones iguales a la prenda y tengan por objeto bienes incorporales, no susceptibles de posesión (sentencias de 25 de junio de 2.001 y 26 de septiembre de 2.002), ya porque el reconocimiento de la potencialidad normativa creadora de los particulares (artículo 1.255 del Código Civil : sentencia de 26 de septiembre de 2.002) y el respeto a lo pactado (pacta sunt servanda) excluyen considerar, al margen de cuales sean las calificaciones procedentes, que no quede obligado quien, de acuerdo con el acreedor en constituir la prenda, se compromete a cumplir las formalidades posteriores que, unidas al consentimiento, sean necesarias para el nacimiento del derecho real de garantía y realización de valor en que consiste: entre ellas, la entrega de la cosa que se quiere pignorar.

Precisamente el artículo 57.2 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas reconoce efectos, aunque meramente obligatorios, al contrato de prenda de acciones cuyo objeto lo constituyan títulos representativos de las mismas todavía no entregados, al disponer que, cuando no consten impresos, el acreedor pignoraticio tendrá derecho, como consecuencia del contrato, a obtener de la sociedad una certificación de la inscripción de su derecho en el libro registro de acciones nominativas".

Debe recordarse que BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN posee los títulos originales de las acciones nominativas de KENDALL DEVELOPS SA, ya que posteriormente esos títulos primigenios fueron sustituidos luego por otros, emitidos en una reducción de capital con amortización de acciones, ya no entregados por la sociedad a ese acreedor pignoraticio. Frente al indicio manifiesto de que dicha posesión



deriva de la entrega inicial en depósito de esos títulos, en el marco del contrato de gestión de cartera de valores, el cual delimitaba precisamente la extensión de la prenda a estas acciones, y que en ellos consta el endoso en garantía, el recurso de KENDALL DEVELOPS SA se limita a formular hipótesis alternativas inconstrastadas, como que bien pudo el banco retener los títulos a su emisión, lo que sería sorprendente ante la ausencia de protesta o queja de aquellos que debían recibir los títulos y no les hubieran sido entregados.

Finalmente, sobre la afirmación de KENDALL DEVELOPS SA de que la extensión del endoso en garantía en el dorso de los títulos, ello se sostiene en una declaración testifical de parte, Sra. Gracia [vd. soporte audiovisual de grabación del acta de juicio, 02:26:20" y ss.]. Pero además de concurrir evidentes indicios legales de parcialidad subjetiva en la testigo, arts. 367 y 377 LEC, al constar como denunciante en procesal penal de la demandante, consta declaración testifical en sentido contrario, Sra. Yolanda, a quién aquella atribuía la autoría material de la extensión de los endosos sobre los títulos, lo que fue negado por ésta [vd. soporte audiovisual de grabación del acta de juicio, 01:23:55" y ss.]. También en ésta concurren indicios de esa parcialidad subjetiva, de quien fue directora del servicio jurídico del banco. Ante ello, no es posible obtener una convicción segura de esa afirmación defensiva de la parte demandada.

Pero es que, adicionalmente, los propios contratos de constitución de la prenda ya establecían " a los fines anteriores (...)" dar efectividad a la prenda constituida, que "el cliente y deudor otorgan al banco de forma irrevocable y con autorización para contratar consigo mismo, los poderes necesarios para, en su nombre y representación, realizar todos los actos necesarios para la válida y eficaz: a) formalización definitiva (...) de las prendas (...) realizando para ello todos los actos necesarios o convenientes, representando al deudor y cliente, y firmando en su nombre los respectivos documentos. (...) c) registro de las prendas directas mencionadas (...). 5. La conversión, formalización definitiva, ejecución y cobro de las prendas por parte del banco (...) se producirá inmediatamente después de que se cumplan las formalizadas aplicables, para las cuales aquel se encuentra debidamente facultado, sin necesidad de intervención o consentimiento adicional del deudor o cliente" [vd. cláusula 1ª, apartados 4º y 5º de cada contrato de constitución de las correspondientes prendas, original en portugués y traducción al español, doc. nº 26 y ss. de la demanda, en el anexo a los autos]. Es decir, aun dando por probada la tesis de KENDALL DEVELOPS SA, que no, a los meros efectos dialécticos, consta un apoderamiento expreso por parte de los pignorantes a favor del banco para realizar todas las formalidades necesarias para la constitución de las prendas, con autorización de firma por ellos, previsión contractual que es lógica, cuando se pignoraron decenas de miles de acciones representadas en títulos nominativos, con o sin documentos de agrupación, lo que puede conllevar una ardua tarea material para extender todas las formalidades sobre aquellos títulos. Ello, incluso bajo aquella hipótesis de KENDALL DEVELOPS SA, daría validez a los endosos extendidos en los títulos, aun cuando hubieran sido hechos por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN, ya que se hacía en ejecución de los contratos de constitución de prenda y con autorización expresa para ello. Este argumento es central en el razonamiento de la Sentencia apelada, sin que en el recurso se dedique esfuerzo alguno a combatirlo.

Motivo quinto: error en la valoración de la prueba sobre los actos propios.

Expresión del motivo.

(18).- Indica el recurso que no puede aplicarse a KENDALL DEVELOPS SA la doctrina de los actos propios, como dice la Sentencia apelada, por haber admitido la inscripción de prendas asentadas en documentos privados, ya que esa actuación por parte de esa sociedad se debió a unas circunstancias distintas que las que concurren en los socios afectados por las prendas de este litigio, casos en los que el acreedor pignoraticio acudió a la sociedad para la inscripción de la prenda junto con el socio pignorante, lo que no ha sido hecho por BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN.

Valoración del tribunal.

(19).- Debe señalarse que, después de lo ya razonado antes en esta resolución, esta cuestión es sobreabundante respecto del derecho que tiene el acreedor pignoraticio a obtener de la sociedad la inscripción de la prenda de las acciones y, en su caso, los títulos correspondientes, como legítimo poseedor en garantía. En el mejor de los casos, esa conformidad con la doctrina de los actos propios sería solo a mayor abundamiento de lo ya expuesto, sin variación alguna en las conclusiones alcanzadas.

Pero es que, además, el sentido de la doctrina de los actos propios se encuentra en una limitación respecto del ejercicio de derechos subjetivos. Es decir, esta institución opera como límite al uso de determinadas facultades comprendidas en un derecho subjetivo, cuando la forma o contenido de ese uso deviene contrario a las exigencias buena fe, manifestada ésta a través de los actos propios del titular del derecho, vd. STS de 30 de mayo de 1995, que " la fuerza vinculante del acto propio (nemine licet adversus sua facta venire), estriba en ser ésta expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho, generando una

situación desacorde con la posterior conducta del sujeto", y en igual sentido la más reciente STS 760/2013, de 3 de diciembre .

Aquí, quien ejercita un derecho subjetivo es BANCO PRIVADO PORGUÉS SA EN LIQUIDACIÓN, el derecho real de prenda, el cual comprende la facultad de obtener la constancia de esa prenda ya constituida sobre las acciones y la posesión en garantía de los correspondientes títulos. En cambio, no existe, como tal, un derecho subjetivo de la sociedad, KENDALL DEVELOPS SA, ni garante ni deudora, a no realizar el comportamiento meramente colaborativo en el art. 121 TRLSC, para la efectividad de ese derecho real de garantía, *erga omnes*, más allá de la mera observancia de las formalidades previstas en ese precepto, colmadas en este supuesto, como se ha examinado antes. Respecto de esa posición, en ausencia de derecho subjetivo, carece de operatividad la doctrina de los actos propios y la discusión sobre ella.

Por finalizar la cuestión en los términos de debate planteado por las partes, es inoponible al acreedor pignoraticio que tiene derecho a obtener la plena extensión de su derecho de prenda, ya constituido plenamente, la exigencia de que deba comparecer con el deudor y socio pignorante de las acciones, para obtener de la sociedad la colaboración necesaria para la inscripción de la prenda en el Libro Registro de socios y la posesión de los nuevos títulos, ya que dicha exigencia carece de toda base legal. En cuanto a la cuestión del documento privado, ha de estarse a lo ya razonado antes.

Motivo sexto: imposible ejecución de la Sentencia por cuestiones fácticas.

Contenido del motivo.

(20).- Señala el recurso de KENDALL DEVELOPS SA que, por su parte, ya se puso de manifiesto que algunos de los títulos representativos de las acciones pignoradas, respecto de los cuales la Sentencia apelada condena a esa sociedad a entregarlos al acreedor pignoraticio, ya fueron en su día entregados por aquella sociedad, en un tiempo anterior a la presentación de la demanda de este litigio, de modo que no están ahora en su poder. Por ello, deben excluirse dichos títulos de la condena impuesta.

Valoración del tribunal.

(21).- A parte de otras circunstancias fácticas que no se recogen en el recurso, sobre el comportamiento de KENDALL DEVELOPS SA tras la Junta que acordó el canje de acciones, éste confunde dos planos, el jurídico de la declaración de derechos e imposición de comportamientos para el respeto y satisfacción de esos derechos declarados, con el plano material, sobre la presencia de dificultades u óbices fácticos para realizar la condena impuesta en sus propios términos. El hecho de que estos óbices puedan concurrir en la realidad extraprocesal, no permite altear la declaración del Fallo ni las condenas impuestas, que vienen determinadas por disposiciones legales sobre el alcance de los derechos subjetivos ejercitados en el proceso. Tanto esa así, que ya se prevé legamente ese supuesto de que la ejecución devenga imposible por dificultades materiales, vd. arts. 701.3, 702.2, 709.1 o 710.2 LEC, previsiones que en ningún caso puede evitar aquellos contenidos del fallo. El planteamiento de KENDALL DEVELOPS SA, por expresarlo gráficamente, es tan absurdo como sostener, v. gr., que si no se va a poder ejecutar una condena pecuniaria, pues el deudor es insolvente, no habría de dictarse el pronunciamiento de condena mismo, derivado de la existencia de la deuda reclamada.

Costas procesales de la apelación.

(22).- Dispone el art. 398.1 LEC, respecto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos, que " *Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394*", es decir, se acogerá el principio de estimación objetiva del recurso.

En atención a la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por KENDALL DEVELOPS SA, debe imponerse a dicha parte apelante el pago de las costas en esta alzada.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados se dicta el siguiente

FALLO

I.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por KENDALL DEVELOPS SA, frente a la Sentencia de fecha 12 de febrero de 2019, del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Madrid, recaída en el proceso seguido como Juicio Ordinario nº 1.039/2017 de tal Juzgado, cuyos pronunciamientos se confirman por completo.

II.- Imponemos a KENDALL DEVELOPS SA el pago de las costas procesales generadas en esta segunda instancia, en cuantía que resulte de tasación practicada al efecto.



III.- Acordamos la pérdida de los depósitos realizados, en su caso, para la interposición del recurso de apelación.

Modo de impugnación.- Contra la presente sentencia las partes pueden interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia y sección, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de modo conjunto, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación

Así por esta nuestra sentencia, que se dicta, manda y firma en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ