

Id Cendoj: 28079110012006100630
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 4266/1999
Nº de Resolución: 530/2006
Procedimiento: CIVIL
Ponente: VICENTE LUIS MONTES PENADES
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Constitución de hipoteca en fraude de acreedores. Acción revocatoria. Acciones acumuladas de indemnización de daños y de responsabilidad del Administrador. Error en la valoración de la prueba documental : no existe. Determinación del perjuicio : Cuestión nueva.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Junio de dos mil seis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D.Emilio García Guillén, en nombre y representación de "BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A.", contra la Sentencia dictada en diecinueve de junio de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid en el Recurso de Apelación nº 89/99-A dimanante de los autos de Juicio de Menor cuantía nº 557/97 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valladolid . Ha sido parte recurrida "Virgilio Díez Monedero, S.A.", representado por la Procuradora Dª Lydia Leiva Cavero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La demanda que dio origen a los Autos fue presentada por "Virgilio Díez Monedero, S.A." contra "Emeterio Guerra, Industrias Electro-Harineras Castellanas, S.A.", "Banco Español de Crédito, S.A." y D. Jose Miguel . Se repartió al Juzgado de Primera Instancia de Valladolid nº 9, donde se tramitó como juicio de menor cuantía nº 557/97-B. Postulaba la actora que se declarase que los demandados le adeudaban solidariamente 42.034.159 pesetas, más los intereses al tipo legal más dos puntos desde las fechas de vencimiento de las letras de cambio aportadas con la demanda, y que se condenara a los demandados a estar y pasar por tal declaración, a realizar el pago de la cantidad reclamada, y de las costas del juicio. Se personaron y contestaron los demandados "Banco Español de Crédito, S.A." y D. Jose Miguel , solicitando ambos la absolución, con imposición de costas. La otra entidad demandada no compareció y fue declarada en rebeldía. El petitum de la actora fue aclarado en la comparecencia del *artículo 691 LEC 1881* en el sentido de que se postulaba la condena solidaria del Banco demandado y de la entidad "Emeterio Guerra", y con ésta última solidariamente la del otro demandado. Se opuso por los demandados la indebida acumulación de acciones, que fue desestimada, bajo protesta de la proponente.

SEGUNDO.- En 13 de noviembre de 1998 dictó Sentencia el Juzgado de Primera Instancia . Con estimación de la demanda, condenó solidariamente a la entidad "Emeterio Guerra" y al "Banco Español de Crédito, S.A.", y a D. Jose Miguel solidariamente con la entidad "Emeterio Guerra", al pago de la cantidad reclamada y de los intereses del *artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque* desde los respectivos vencimientos de las letras acompañadas a la demanda, con imposición de costas.

TERCERO.- Los demandados comparecidos interpusieron recurso de apelación, que fue desestimado por la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Tercera, mediante Sentencia de 19 de julio de 1999 , Rollo 89/99-A, que confirmó íntegramente la de primera instancia con imposición a los apelantes de las costas de la alzada.

CUARTO.- Contra la expresada sentencia ha interpuesto Recurso de Casación el demandado "Banco Español de Crédito, S.A.", quien presenta al efecto tres motivos, que se introducen por la vía del *ordinal 4º*

del artículo 1692 LEC 1881 .

Oportunamente la entidad recurrida, "Virgilio Díez Monedero, S.A." ha presentado escrito de impugnación.

Se señaló para votación y fallo el día 12 de mayo de 2006, fecha en la que efectivamente tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I.- La entidad actora ejercita, en el criterio de la sentencia de Primera instancia, varias acciones acumuladamente :

(i) Contra "Emeterio Guerra, Industrias Electro-Harineras Castellanas, S.A." la acción declarativa ordinaria con fundamento en el suministro de cereales (entre octubre de 1992 y mayo de 1993) cuyo precio quedó impagado, y la cambiaria declarativa con fundamento en las letras que se libraron, con vencimientos entre el 15 de octubre de 1993 y el 15 de junio de 1995, como consecuencia del reconocimiento de la deuda (30 de julio de 1993) y para su pago, con los intereses del *artículo 58 LCCh* (*artículo 325 CCom* . y *58 LCCh*).

(ii) Contra la misma entidad y "Banco Español de Crédito, S.A.", una acción de indemnización de daños y perjuicios por la constitución de la hipoteca de 7 de mayo de 1993, mediante escritura pública que fue subsanada por otra de 17 de septiembre de 1993. No se ejercita la acción de nulidad de la hipoteca, al haber sido transmitidas las fincas hipotecadas en el procedimiento judicial sumario del *art. 131 LH* y hallarse en poder de terceros protegidos por el *artículo 34 LH* . La nulidad deriva de la ilicitud de la causa (*artículos 1261,3º y 1275 CC*) ya que la hipoteca se constituye en beneficio de un acreedor (el Banco demandado) y en perjuicio de los restantes acreedores, entre los que se encuentra la entidad actora.

(iii) Subsidiariamente, contra "Emeterio Guerra" y el Banco, ejercita la actora la acción de indemnización de daños y perjuicios por la constitución de la hipoteca anteriormente referenciada en fraude de acreedores, con amparo en el *artículo 1295 CC* . Considera la demandante que se trata de un gravamen (la hipoteca) constituido a título gratuito para garantizar un préstamo preexistente a punto de vencer, por lo que de acuerdo con el *artículo 1297 CC* se presume celebrado en fraude de acreedores, con las consecuencias señaladas por el *artículo 1298 CC* .

(iv) La condena solidaria de D. Jose Miguel con "Emeterio Guerra" se solicita en base a que había sido Administrador, incumpliendo sus obligaciones, cuando la entidad estaba ya en insolvencia, dando lugar a las ventas y constituyendo en fraude de acreedores la hipoteca. Se fundamenta la acción de responsabilidad en los *artículos 133 y 135 LSA* , y en el *artículo 262.5 LSA* en relación con el *artículo 260.4 LSA* .

II.- El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la primera de las acciones (FJ 1º), deniega la ejercitada sub (ii) - FJ 2º - , al considerar que la pretensión de indemnización no puede tener su origen en la declaración de ilicitud de la causa, y admite la procedencia de la acción antes indicada [sub (iii)] que considera ser la revocatoria o pauliana del *artículo 1111 CC* , acción calificada como subsidiaria por la doctrina y la jurisprudencia, cuyos requisitos concurren en el caso.

La Sentencia realiza un examen de las circunstancias concurrentes para determinar si existe consilium fraudis, poniendo de relieve que

(a) La "Corporación Industrial y Financiera Banesto, S.A." era titular del 23% del capital social de la prestataria "Emeterio Guerra... S.A.", y el Banco demandado durante los años 1992 a 1995 participó mayoritariamente en el capital social de la expresada Corporación, y ésta en la administración de "Emeterio Guerra", nombrando un consejero, que fue el Secretario.

(b) La constitución de la garantía para seguridad de un crédito preexistente, sea o no un negocio gratuito, implica la evidente e indebida modificación de la par condicio creditorum, y se lleva a cabo cuando ya se habían celebrado reuniones para el aplazamiento del crédito de la actora y en un momento económico crítico, sin que pueda estimarse la alegación de que en el momento de acordarse el aplazamiento (30 de julio de 1993), pues se ha de subsanar la escritura de constitución (7 de mayo de 1993) en 17 de septiembre y llega al Registro en 27 de septiembre. Por lo que concluye el Juzgador que hubo un evidente ánimo de garantizar la posición del Banco frente a los demás acreedores y es suficiente la existencia de

scientia fraudis, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, para la viabilidad de la acción.

En cuanto a la acción de responsabilidad contra el que había sido Administrador de "Emeterio Guerra...", el demandado D. Jose Miguel, entiende la Sentencia que ha de prosperar por cuanto se dan los requisitos que exige el *artículo 135 LSA*, pues su conducta ha sido determinante de la producción del daño, ya que de forma simultánea negocia el aplazamiento del pago del crédito de la actora y la constitución de la hipoteca; y además hallándose la sociedad en pérdidas que dejan reducido su patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social (*260.4 LSA*), ya desde los meses de abril, mayo y junio de 1993, debió haber promovido la disolución, mediante la convocatoria de la Junta o mediante la solicitud judicial (*artículo 262.5 LSA*).

III.- La Sala de Apelación acepta la fundamentación de la sentencia de Primera Instancia, y rechaza las alegaciones de la parte apelante, a cuyo efecto, destaca lo siguiente :

(a) Las acciones están correctamente acumuladas, al amparo de lo dispuesto en el *artículo 156 LEC 1881*: la actora goza de título contra la totalidad de los codemandados, consistiendo la causa petendi en el perjuicio y siendo su pretensión la de indemnización de ese perjuicio, ya que no se genera indefensión y la conexión causal que el precepto exige ha de ser interpretada con flexibilidad.

(b) Examina la sentencia la presencia de los requisitos de la acción revocatoria: existencia del crédito, celebración de contrato con tercero que implica beneficio o ventaja, *consilium fraudis*, que la jurisprudencia y la doctrina han ido centrando en la conciencia del perjuicio o *scientia fraudis*, y el llamado *eventum damni*, que considera presentes en el caso, poniendo énfasis en que una liquidación ordenada del patrimonio hubiera posibilitado el cobro.

(c) En cuanto a la subsidiariedad de la acción, estima que la insolvencia no ha de ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impida al acreedor percibir su crédito o que haga el cobro sumamente dificultoso, con correlativo presupuesto de que la desaparición o minoración patrimonial es el resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de terceros, además de que es al deudor a quien incumbe el señalamiento de bienes.

(d) La Sala entiende acreditada la relación entre el comportamiento del demandado D. Jose Miguel, como Administrador de la sociedad, y el daño causado, al propio tiempo que estima que se halla incurso en la responsabilidad ex *artículo 262.5 LSA*, pues la sociedad se encontraba en la situación del *artículo 260.4 LSA* y no promovió la disolución.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos, por la vía del *ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881*, denuncia la recurrente la infracción del *artículo 1218.1º del Código civil*, con el objetivo de demostrar que no hay fraude de acreedores que pueda dar lugar a la rescisión de la hipoteca o a la indemnización de daños y perjuicios. Entiende el recurrente que se trata de una cuestión de hecho y que se ha realizado vulnerando el precepto indicado, pues siendo cierto que se otorgó en 7 de mayo de 1993 la escritura de hipoteca, no lo es - a su juicio - que se creara una garantía real en relación con un préstamo personal que inicialmente (el 17 de diciembre de 1992) no contaba con esa garantía especial. No habría tampoco ánimo de garantizar la posición del Banco recurrente ni vendría a favorecer su situación, ya que en 14 de agosto de 1991 se había otorgado una escritura de hipoteca de máximo a favor del mismo Banco, al amparo de la cual en 19 de agosto de 1991 suscribió la misma prestataria una póliza de crédito con un límite de ciento noventa millones de pesetas, y en 17 de diciembre de 1992 una póliza de crédito personal por una cuantía de doscientos veinticinco millones de pesetas, que en 22 de diciembre de 1992 se garantiza con una Hipoteca de Seguridad, que no se inscribió. Esto es que - dice el recurrente - al menos desde 1991 las deudas de "Emeterio Guerra IEHC S.A." se iban refinanciando con una garantía hipotecaria.

Se trata, pues, de la denuncia de un "error de derecho en la valoración de la prueba" referido a la prueba documental obrante en autos (folios 445 a 468, escritura de hipoteca de máximo de 14 de agosto de 1991 a favor del propio Banco; folios 375 a 377, póliza de crédito de 190 mm/ptas de 19 de agosto de 1991; folios 514 vto. a 516 y 529 a 531, póliza de préstamo personal de 17 de diciembre de 1992 por 225 mm/ptas; folios 469 a 492, escritura de hipoteca de seguridad de 23 de diciembre de 1992; folios 492 vto. a 494 vto., nota del Sr. Registrador de la Propiedad calificando como no inscribible). El supuesto error se centraría en la afirmación de que, al otorgar la escritura de hipoteca de 7 de mayo de 1993, mediante escritura que fue subsanada por otra de 17 de septiembre de 1993, el Banco ahora recurrente mejoraba su posición y se beneficiaba frente a los demás acreedores, ya que, en la opinión del recurrente, el Banco ya tenía asegurado su crédito con garantía real, como era habitual desde 1991, en que se venía financiando mediante el recurso a garantías reales.

El motivo se desestima. En primer lugar, la versión de los hechos y la valoración que ahora ofrece el recurrente no pueden ser admitidos por esta Sala.

(a) La hipoteca de máximo de 14 de agosto de 1991 estaba destinada a garantizar el saldo de una cuenta que no se apertura ni tuvo cargo alguno, ni saldo que se haya acreditado. Además de que vencía en 14 de agosto de 1992, y no era renovable. No amparó, pues, la póliza de crédito nacida el 17 de diciembre de 1992.

(b) La póliza de crédito de 19 de agosto de 1991 venció en 4 de agosto de 1992, meses antes de nacer la obligación surgida del préstamo de 17 de diciembre de 1992, que más tarde se garantizó con hipoteca en 7 de mayo de 1993. En 18 de diciembre de 1992 el saldo era de 30.862.536 ptas. El Banco ahora recurrente no ha probado que esa cifra se siguiera adeudando en 17 de diciembre de 1992 ni que fueran cargados en la cuenta de abono del préstamo de 17 de diciembre de 1992. Ni pudo cargarse en la cuenta hipotecaria supuestamente surgida de la hipoteca de máximo de 14 de agosto de 1991, ya que el vencimiento (y la apertura no consta) se produjo en 14 de agosto de 1992.

(c) La póliza de préstamo de 17 de diciembre de 1992, por doscientos veinticinco millones de pesetas, es la obligación que más tarde fue garantizada con hipoteca.

(d) La escritura de hipoteca "de seguridad" de 23 de diciembre de 1992, cuya inscripción fue rechazada por el Sr. Registrador por defectos insubsanables, es también posterior a la operación de préstamo, pero, en todo caso, garantiza el saldo de una cuenta cuya apertura no se ha acreditado, como tampoco el cargo ni el saldo.

De este modo, la versión de la Sentencia recurrida permanece incólume. El 17 de diciembre de 1992 se realiza una operación de préstamo del que nace un crédito personal a favor del Banco. El 7 de mayo de 1993 se garantiza el buen fin de ese crédito con hipoteca, mediante escritura que ha de ser subsanada en 17 de septiembre de 1993 y llega al Registro en 27 de septiembre. Mientras tanto, en 30 de julio de 1993, se ha llegado a un acuerdo con el acreedor demandante (calificado como el más importante, o el primero de los acreedores) para aplazamiento de la deuda, que se refleja en un documento de reconocimiento de la deuda, y se libran letras de cambio con vencimientos entre 15 de octubre de 1993 y 15 de junio de 1995. La hipoteca comprende prácticamente la totalidad de los bienes de la entidad deudora, cuya situación ha de conocer el Banco acreedor por razón de los vínculos que han quedado señalados (el Secretario del Consejo fue nombrado a propuesta de la Corporación Industrial en la que era mayoritario el Banco, y la propia Corporación participaba en el capital de la entidad deudora con un 23%). Así las cosas, hay que concluir que la Sentencia recurrida parte de la situación que los hechos proclaman, pues res ipsa loquitur, sin incurrir en error de valoración de la prueba documental, y obtiene las consecuencias correctas y la valoración ajustada, como, por otra parte, ya hacía la sentencia de primera instancia.

En segundo lugar, se ha de tener en cuenta que la Sala de instancia verifica un atento y cuidadoso examen de la prueba, y una valoración de conjunto que no puede quedar al arbitrio de la versión interesada del recurrente, pues, como tantas veces ha señalado esta Sala (Sentencias, entre otras, de 31 de diciembre de 2003, 25 de septiembre de 2001, 17 de marzo y 4 de septiembre de 1997, 21 de abril, 29 septiembre y 5 de noviembre de 2004, 18 de febrero y 29 de abril de 2005) y la prueba documental no es prevalente, y está sometida a la sana crítica y a la contradicción con otras pruebas, además de que no cabe mediante una invocación de error en la prueba documental se pretenda desarticular una apreciación probatoria en su conjunto.

Y finalmente, las posibilidades de control de la casación sobre la prueba, cuya valoración corresponde en principio a la Sala de instancia, se han de reducir a problema de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003,192/2003; y de esta Sala, 24 de febrero y 24 de julio de 2000, 15 de marzo de 2002, entre otras muchas). Nada de todo ello se presenta en el caso examinado, en el que la valoración probatoria es perfectamente lógica y comprensible.

TERCERO.- En el segundo motivo, por el cauce del *ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881*, denuncia la recurrente la infracción del *artículo 1291.3º del Código civil*, partiendo de la base de que la constitución de hipoteca de 7 de mayo de 1993 no se realizó en fraude de acreedores. Apenas cumple el motivo las exigencias del *artículo 1707 II LEC 1881*, pues prácticamente no se razonan ni la pertinencia ni la fundamentación, sino que el recurrente se limita a sustituir por el suyo el criterio del juzgador incurriendo en el consabido vicio que se ha definido como "hacer supuesto de la cuestión" ya que, sin combatir el resultado de hechos probados mediante las correspondientes alegación y demostración de error en la valoración, se

limita a exponer la versión que más se ajusta a sus intereses. Esta Sala ha dicho reiteradas veces que este tipo de planteamientos es inadmisibles en casación (entre otras, Sentencias de 22 de febrero de 2000, 22 de mayo de 2002, 12 de mayo de 2005, 28 de octubre de 2004, 10 y 22 de febrero de 2005).

Finalmente, como dice el propio recurrente, se trata de un motivo subsidiario y vicario del anterior, que ha de seguir su propia suerte. Por lo que el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- En el motivo tercero, por el mismo cauce del *ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881* , denuncia la infracción del *artículo 1295, párrafo tercero, del Código civil .*, cuya aplicación no procedería, a juicio del recurrente, por no haber existido fraude de acreedores y, por otra parte, por cuanto es improcedente la equiparación entre ausencia de abono de la totalidad del crédito de la actora y perjuicio, que se contraería únicamente a aquella parte de la deuda que la sociedad hubiera podido abonarle de no haberse constituido la hipoteca.

El motivo ha de ser desestimado. Ante todo, porque incide en el vicio antes denunciado de "hacer supuesto de la cuestión", por las razones apuntadas anteriormente, en el Fundamento Jurídico anterior, que damos aquí por reproducidas. Además, en cuanto se refiere al posible perjuicio, el motivo trata de presentar el problema del perjuicio a partir de la crítica situación de la sociedad, y viene a decir que puesto que la situación social era tan mala, la posibilidad de cobro de la actora era baja, o nula, y por ello el perjuicio que se le ha ocasionado con la hipoteca es también prácticamente nulo. El argumento parte de una apreficiación de hecho que se encuentra en palmaria contradicción con lo afirmado en la sentencia recurrida (Fundamento Jurídico Tercero, in fine), y se califica por sí mismo, pero no se entra en su consideración por cuanto constituye un supuesto de "cuestión nueva" no debatida en la instancia e inadmisibles, por ello, en casación, como tantas veces ha señalado esta Sala (Sentencias de 21 de abril y 18 de diciembre de 2003, 21 de abril y 3 de junio de 2004, de 16 de febrero de 2006 , entre tantas otras) por cuanto no habiendo sido propuesta en el periodo de alegaciones, afectaría su admisión al derecho de defensa e infringiría los principios de audiencia bilateral y congruencia.

QUINTO.- La desestimación de los motivos del recurso conduce a la del recurso de casación, con imposición de las costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 1715.3 LEC 1881* .

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

FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Emilio García Guillén en nombre y representación de "BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A.", contra la Sentencia dictada en diecinueve de junio de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid en el recurso de apelación nº 89/99-A , imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación y la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Juan Antonio Xiol Ríos.- Jesús Corbal Fernández.- Vicente Luis Montés Penadés.-Rubricamos. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montés Penadés, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.