

Juzgado Primera Instancia 20 Barcelona
Gran Via de les Corts Catalanes, 111
Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 651/2011

Parte demandante
Procurador RAFAEL ROS FERNANDEZ
Parte demandada
Procurador CRISTINA CÖRNET SALAMERO

SENTENCIA

Barcelona, 19 de octubre de 2012

JOSEP LLOBET AGUADO, magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona, he visto las presentes actuaciones de juicio ordinario, entre las partes más arriba referenciadas, donde constan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso demanda de juicio ordinario contra la parte demandada en ejercicio de acción de reclamación de cantidad en la que, tras el relato de hechos e invocación de fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, acabó finalizando se dictase sentencia de acuerdo con el suplico de la misma.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada, contestó ésta en tiempo y forma, tras lo que se convocó a las partes a la audiencia previa, la cual se celebró el día señalado, con el resultado que es de ver en soporte audiovisual unido, señalándose día para juicio.

TERCERO.- El juicio tuvo lugar el pasado día 16 de octubre, con el resultado que es de ver en soporte audiovisual unido y las actuaciones quedaron vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA.

Tras la delimitación efectuada en los respectivos escritos de alegaciones y, posteriormente, en la audiencia previa, la controversia que se suscita en esta *litis* puede resumirse, en una muy apretadísima síntesis, sin perjuicio de desarrollo posterior en lo que fuere menester, en si la actora tiene acción (legitimación activa) contra la demandada. Para ello se deberá determinar si existe entre las partes una relación jurídica (que la demandada denomina fianza participativa) con influencia en la causa del pago efectuado por las actoras, según las cuales sería en cumplimiento

de un afianzamiento solidario (que funda la acción de repetición entre fiadores) o, subsidiariamente, habría generado un enriquecimiento injusto y, según la tesis que defiende la demandada, la fianza prestada por las actoras sería una "fianza participativa" en la que las actoras no se limitaban a afianzar, sino que participaban en los resultados prósperos o adversos de la actividad económica emprendida por el afianzado, lo que excluiría las acciones de regreso frente al afianzado y frente a los cofiadores en tanto la carga económica sufrida por el fiador que pagó no exceda la cantidad cuya pérdida consintió asumir por razón de la fianza participativa (en este caso, 1 millón de euros por cada una de las actoras).

SEGUNDO.- En el supuesto de autos, las sociedades actoras han acreditado, como les corresponde en virtud del art. 217.2 LEC, los hechos constitutivos de su pretensión: su condición de avalistas solidarias, junto con la demandada y otras tres mercantiles, en la póliza suscrita con Banco Sabadell el 30 de enero de 2009, así como sendos pagos por importe de 614.505'26 euros en virtud de tal póliza y en su condición de avalistas. Tales hechos legitiman a los actores para reclamar el reembolso, por su parte correspondiente, de los demás fiadores solidarios, ex art. 1844 CC. En relación al párrafo 3º de este precepto, debe señalarse, siguiera brevemente, ya que no ha sido objeto de discusión ni de debate ni de invocación como causa de oposición, que la exigencia de demanda judicial contra el deudor principal o que éste esté en concurso se ha limitado jurisprudencialmente a aquellos casos en que se pueda discutir la bondad o efecto beneficioso del pago para los demás fiadores. Por tanto, esta exigencia no concurre cuando la deuda es evidente y resulta conveniente no incurrir en mayores responsabilidades en caso de dar lugar a la demanda judicial (STS 9-7-2001). Igualmente se ha manifestado el TS en favor de la preferencia del art. 1145 CC sobre el 1844.3 en los supuestos de cofianza solidaria.

TERCERO.- Probados los hechos constitutivos de la pretensión del actor, corresponde a la demandada el de los hechos impeditivos, extintivos o enervadores de la eficacia jurídica de la base fáctica de la demanda (art. 217.3 LEC), sin perjuicio del principio de mayor facilidad y disponibilidad probatorias, positivizado en el actual art. 217.7 LEC.

Como se ha dicho en el fundamento de derecho primero, el eje en cuyo torno gira la oposición de la demandada es la existencia de una figura jurídica atípica que se ha venido en llamar fianza participativa. Esta fianza, según la descripción que de ella se hace en la contestación a la demanda, implicaría que el fiador participativo debe participar, no sólo del resultado próspero del negocio en la proporción establecida, sino también del eventualmente adverso hasta el límite de la fianza prestada.

Es bien sabido que, al amparo del principio de la autonomía privada (art. 1255 CC), las partes no sólo pueden establecer en un negocio típico los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (con el límite de la ley imperativa, la moral y el orden público), sino también crear negocios jurídicos distintos a los tipificados. Estos negocios se regirán, en primer lugar, por lo pactado entre las partes; en defecto de pacto, por las normas relativas a los negocios típicos más similares; subsidiariamente, por las normas generales de las obligaciones y contratos y, en último término, por las construcciones jurisprudenciales y doctrinales que puedan resultar de aplicación.

También cabe recordar el principio espiritualista de nuestro Derecho, tributario en este aspecto del Ordenamiento de Alcalá de 1348, según el cual, y como norma general, los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez (art. 1278 CC). Es decir, que la forma se configura *ad probationem* y no *ad substantiam* o *ad validitatem*. Lógicamente, la forma escrita tiene la evidente ventaja sobre la verbal de que permite acreditar con mayor facilidad el alcance del contenido prestacional.

En el supuesto de autos, el hecho de que la alegada fianza participativa no se haya documentado por escrito plantea una dificultad probatoria especial: a la dificultad de configuración de un negocio jurídico atípico se añade la dificultad probatoria de los pactos entre las partes, sin perjuicio de que, en cuanto a esto último, pueda recurrirse, como se ha expresado más arriba, a las fuentes supletorias reguladoras de las figuras negociales atípicas.

Lo anterior supone que la demandada se enfrenta a una doble dificultad: en primer lugar, le corresponde demostrar la existencia del negocio atípico. En segundo lugar, una vez probada tal existencia, le corresponderá acreditar el alcance de los derechos y obligaciones de las partes. La dificultad probatoria se incrementa dado que, siendo la causa absoluta alegada infrecuente o atípica, por apartarse de la normalidad de los casos, es exigible un mayor rigor probatorio. A tal efecto, resulta pertinente recordar la por algunos llamada "teoría de la normalidad", acuñada jurisprudencialmente, con arreglo a la cual aquellos acontecimientos que se repiten con frecuencia y que se desarrollan con arreglo a patrones homólogos no deben ser sometidos a exigencias de prueba rigurosa y sí, en cambio, aquellos otros hechos que, por distanciarse del curso ordinario, aparecen como anómalos, infrecuentes o atípicos: SSTS 13-1-51, 18-10-66, 24-4-87 y 19-7-91, entre otras.

CUARTO.- Expuesto lo anterior, y aplicado al caso, debe concluirse que la parte demandada no ha justificado debidamente la base fáctica de su pretensión.

De los interrogatorios de parte ha quedado acreditado que las sociedades litigantes o sus socios, directa o indirectamente, y dado el carácter eminentemente familiar de todas ellas, habían desarrollado durante años unas actividades inversoras en común, principalmente en el ámbito inmobiliario. No existen detalles fiables de la aportación de cada una en tales operaciones, si bien los legales representantes de las partes coinciden en que se instrumentaban mediante la constitución de sociedades, operando entonces las mismas de conformidad a lo establecido en la ley reguladora (básicamente, ley 2/95 y TRLSA de 1989, aplicables por motivos de temporalidad). Es decir, que los eventuales beneficios, tras atender las necesidades de la reserva legal y en su caso voluntaria, la eventual compensación de pérdidas de ejercicios anteriores, podían ser repartidos entre los socios en proporción a su aportación al capital social; en cuanto a las pérdidas, se imputaban en la misma proporción y, en principio (salvo supuestos excepcionales, como los del "levantamiento del velo"), hasta el límite de su aportación.

En el supuesto de autos, a diferencia de los anteriores, ni se trata de una operación inmobiliaria ni se ha articulado a través de la constitución de una sociedad *ad hoc*,

sino que Exportarex, SL contratada en su nombre con el gobierno argelino y las garantías de la operación se articulaban mediante una póliza bancaria con avalistas solidarios. Estos avalistas solidarios, resulta importante destacarlo, son sociedades mercantiles, lo que supone, dado que la causa (entendida como elemento esencial del negocio: art. 1261 CC) del contrato de sociedad es la obtención de un lucro repartible entre los socios, que sea contrario a esta causa que una garantía, en términos generales, se preste a título gratuito. Es decir, que existe un principio general de interdicción de realización de actos dispositivos a título gratuito por sociedades mercantiles. Por actos dispositivos se entiende, acudiendo a los conceptos tradicionales del Derecho civil, aquellos que exceden de una administración ordinaria y que puedan suponer comprometer el patrimonio de quien los realiza. Por ello, constituir una hipoteca en favor de tercero, un aval, constituyen actos dispositivos y no lo serían, pese a ser gratuitos, aquellos gastos que puedan calificarse de moderados y que tengan relación con la mejora de la imagen de la empresa (así, regalos u obsequios de poca entidad en campañas publicitarias). Ello no quiere decir que una sociedad en ningún caso pueda realizar un acto dispositivo gratuito sino que, al exceder de lo que es una administración ordinaria, debe ser autorizado por la junta general tras el análisis de las circunstancias concurrentes, cuyo acuerdo queda sometido a revisión judicial en caso de impugnación por quien resulte legitimado y por las causas y en la forma y plazos establecidos en la ley.

En el caso analizado, interrogados los representantes legales de los actores, no niegan que hubiese una retribución para sus representadas en virtud del otorgamiento de fianza. Básicamente, responden, no sin ciertas evasivas (especialmente en la declaración de la representante legal de Lutken), que no se acuerdan de cómo se procedería al reparto de beneficios. Si bien es posible que no recuerden ese dato, no deja de ser tampoco poco sólita tal falta de memoria, ante una operación que, por la cuantía del capital comprometido, no es en absoluto nimia o baladí, como tampoco es habitual que tal imposibilidad de concreción afecte por igual a ambos representantes legales. De ello no puede sino concluirse que la fianza se otorgó a cambio de una retribución y que, a falta de constancia de otro tipo de retribución, que ésta consistía en una participación en los resultados del negocio de leche en polvo a Argelia. En este sentido parecen apuntar también los datos contables de Exportarex, que en 2008 reflejan sendos pagos por importe de 200.000 dólares a Lutken y a Espafam. Estos pagos (*vid* dictamen pericial de la demandada) se contabilizan en el pasivo con abono a una cuenta de acreedores y con cargo a la cuenta de gastos 651 (gastos por operaciones en común), cargándose esas cuentas de acreedores con abono a cuentas de tesorería (572, correspondiente en el PGC a Bancos). Esos asientos se realizan el 14 y el 24 de noviembre de 2008, sin que la cuenta de acreedores provenga de un ejercicio anterior, como aclara el perito en la vista. En noviembre de 2008, si bien no se había concertado la póliza que da origen a estas actuaciones, sí que se había ya empezado a desarrollar el negocio de la leche en polvo, como resulta de la documental de la demandada (documento 6) y del interrogatorio de su representante y ya se habían suscrito con anterioridad otras pólizas similares con el Banco Sabadell (documentos 1 y 2 de la contestación). Por la fecha del pago (14 y 24 de noviembre de 2008) y ante la ausencia de otra causa que lo motive, parece coherente pensar que el mismo obedece a los resultados de previos contratos de suministros ya cumplimentados con Argelia con anterioridad al 8 de noviembre de 2008 (*vid* documento 6 de la contestación). Por todo ello, analizado individualmente y en su conjunto (art. 218 LEC), debe concluirse que la

prestación del aval se hizo con la intención y con la contraprestación de participar en los beneficios del negocio. También parece lógico concluir que, de la misma manera que de la operación puede haber un beneficio, también puede resultar una pérdida, pues ello además es inherente a toda operación comercial y está en la misma esencia de la fianza, que puede perfectamente producir una obligación de pago en el fiador, pues para ello se otorga.

A partir de ahí, lo que ya no puede colegirse con la facilidad que efectúa la demandada, es que la consecuencia sea que cada uno de los fiadores tenga vetado reclamar de los demás hasta que su efectiva responsabilidad haya superado 1/6 del total afianzado, es decir, 1.000.000 de euros. Ello no es responder proporcionalmente, como defiende la demandada. En la página 10 de la contestación se invoca la similitud de la relación jurídica de autos con el contrato de cuentas en participación (art. 239 CCom). Como se ha dicho antes, los negocios atípicos, en ausencia de pactos de las partes (como sucede en este supuesto, en que no se han acreditado los relativos a la participación en beneficios y en pérdidas), se rigen por las normas de los contratos típicos más similares. Como se acaba de mencionar, la demandada invoca la aplicación de las normas del contrato de cuentas en participación. Este contrato parte de que los contratantes participarán en los resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen. En las actuaciones no consta a qué pactos llegaron las partes al respecto. Podría ayudar el conocer cómo se habían repartido los eventuales beneficios (a los que parecen aludir los apuntes contables antes referidos), pero la demandada (a quien le corresponde iniciativa probatoria al respecto) no aporta luz sobre el particular. No sabiendo en qué medida se repartían beneficios, no puede presumirse que las pérdidas se debían imputar en la misma proporción (dado que el razonamiento silogístico que subyace en las presunciones adolecería de una falta de su premisa básica). No establece tampoco la normativa mercantil una medida del reparto de beneficios o pérdidas en los supuestos de ausencia de pacto. Por ello habrá que acudir, en defecto de pacto y de norma, a las reglas generales de las obligaciones y contratos que no son otras que las de la relación mancomunada entre cofiadores (art. 1844 CC), con la presunción de división de la deuda en partes iguales (art. 1138 CC).

Responder en la manera que propone la demandada implicaría que la “proporción” sólo nacería cuando un fiador respondiese de más de un sexto de la cantidad afianzada y en este caso sólo por el exceso de ese sexto, lo cual está claro que no es ninguna proporción. A tal efecto, debe también reseñarse que no se ha probado que la presencia de las otras sociedades fiadoras distintas de las actoras fuera meramente testimonial o a ningún efecto.

Por todo lo anterior, la demanda deberá ser íntegramente estimada.

QUINTO.- En cuanto al interés solicitado, será el legal desde la interpelación extrajudicial (30 de marzo de 2011, según documento 9 de la demanda), por aplicación de los artículos 1100 y 1108 CC.

SEXTO.- La existencia de dudas de hechos que concurren en el presente, a las que se ha aludido en el fundamento de derecho cuarto, motiva que no deba hacerse especial imposición de costas.

FALLO

Que, estimando íntegramente la demanda,

1.- Condeno a la demandada a abonar 102.417'54 euros a cada una de las actoras, más el interés legal desde el 30 de marzo de 2011 y hasta la efectividad del pago;

2.- Cada parte satisfará las costas causadas a su instancia y las comunes, si las hubiese, por partes iguales entre las que las hubieran causado.

Notifíquese esta sentencia a las partes. Adviértaseles que contra la misma pueden interponer recurso de apelación, que deberán interponer dentro de los veinte primeros días siguientes a aquél en que se les notifique esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia. Expídase testimonio de la misma para incorporarlo a las actuaciones. Lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- El magistrado-juez ha leído y publicado la sentencia anterior en audiencia pública el día de la fecha. Doy fe.

DILIGENCIA INFORMATIVA

DE RECURSOS

Contra la resolución que antecede cabe interponer recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes al de su notificación.

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el BANESTO, del siguiente modo: **A)** Si se trata de INGRESO, podrá realizarlo en cualquier oficina de BANESTO rellenando el impreso previsto al efecto, indicando la cuenta del expediente (0553 0000 04 0651 11), en efectivo o en cheque emitido por entidad bancaria a favor de Banesto o de este Juzgado (nunca al portador); **B)** Por TRANSFERENCIA, en cuyo caso el importe se remitirá a:

Cuenta: 0030 1846 42 0005001274
Beneficiario: Juzgado de 1ª Instancia nº 20 de Barcelona
Concepto: 0553 0000 04 0651 11

Dicha consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª LOPJ redacción dada por la LO 1/2009 de 3 de noviembre).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

C) La recurrente deberá especificar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "recurso", seguido del código y tipo concreto del recurso del que se trate:

- 00 Civil-Reposición (25 euros)
- 01 Civil-Revisión de resoluciones Secretario Judicial (25 euros)
- 02 Civil-Apelación (50 euros)
- 03 Civil-Queja (30 euros)
- 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal (50 euros)
- 05 Civil-Rescisión de sentencia firme a instancia de rebelde (50 euros)

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

D) En aquellos supuestos en que pudieran realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto del tipo de recurso que se trate en cada caso. Asimismo, si por una misma parte se recurriera simultáneamente más de una resolución que pudiera afectar a la misma cuenta expediente deberá realizar tantos ingresos o imposiciones diferenciadas como resoluciones a recurrir, indicando igualmente en el concepto el tipo de recurso del que se trate y añadiendo en el campo de observaciones la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa.



Mensaje LexNet - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201210013163067
Asunto	Procediment ordinari
Remitent	Òrgano Judicial JUTJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA N. 20 de Barcelona, Barcelona [0801942020]
Destinatarios	Tipo de òrgano JDO. PRIMERA INSTANCIA ROS FERNANDEZ, JOSE RAFAEL [588] Colegio de Procuradores [Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona]
Fecha-hora envío	22/10/2012 10:42
Adjuntos	02167_20121022_1015_0007539068_01.rtf(Principal)
Datos del mensaje	Tipo procedimiento ORD Nº procedimiento 0000651/2011 Corrección a escrito No

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
22/10/2012 15:05	ROS FERNANDEZ, JOSE RAFAEL [588]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
22/10/2012 10:43	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO REPARTE A	ROS FERNANDEZ, JOSE RAFAEL [588]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.