



Roj: **STS 2744/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2744**

Id Cendoj: **28079110012015100342**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/06/2015**

Nº de Recurso: **1732/2013**

Nº de Resolución: **290/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 1270/2013,**  
**STS 2744/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por la procuradora D<sup>a</sup>. Joana Socías Reynes en nombre y representación de la Administración Concursal de D. Valentín , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 6 de junio de 2013 , dimanante del Incidente Concursal 2/2011, Concurso Abreviado 308/2010, que a nombre de la Administración concursal de D. Valentín y Uco Rehabilitación, S.L., se siguen ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca.

Es parte recurrida D. Valentín , representada por la procuradora Doña Beatriz Ruano Casanova.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. La procuradora D<sup>a</sup>. Joana Socías Reynes en nombre y representación de la Administración concursal de D. Valentín y de Uco Rehabilitación, S.L., formuló demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción de reintegración de la masa activa, contra Amparo , Uco Rehabilitación, S.L. y D. Valentín , en la que suplicaba lo siguiente: "*[...] se dicte sentencia por la cual:*

A.- Se declare la rescisión y consiguiente ineficacia del aval y/o compromiso de aval prestado por D. Valentín en relación a la opción de compraventa de participaciones de la entidad Residencia Hotel Gales, S.L., que fue formalizada en escritura de 9 de enero de 2009, otorgada ante el notario de Palma D. Víctor Alonso-Cuevillas Sayrol, nº 10 de Protocolo (Documento 5 de la demanda), y a que se refiere el documento privado acompañado como Documento 8 a la presente demanda; declarándose en consecuencia y, en cualquier caso, que D. Valentín no viene obligado a responder del pago del precio de dicha compraventa, y por consiguiente D. Valentín , nada adeuda a D<sup>a</sup> Amparo .

B.- Se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

C.- Se impongan las costas a quien/es se oponga/n a la presente demanda."

El procurador D. Miguel Socías Roselló en nombre y representación de Uco Rehabilitación S.L. y de D. Valentín , formuló escrito allanándose a la demanda.



2. La procuradora D<sup>a</sup>. Magdalena Darder Balle en nombre y representación de D<sup>a</sup> Amparo , presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] se desestime íntegramente la demanda incidental interpuesta por la A.C.

- Se impongan las costas a la parte actora".

3. El Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma de Mallorca, en el Incidente Concursal 2/2011, Concurso Abreviado 308/2010, dictó Sentencia número 277/2011, de fecha 12 de diciembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva: "*Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Socías Reynés, en nombre y representación de la Administración concursal contra D. Valentín , Uco Rehabilitación S.L. y D<sup>a</sup> Amparo :*

1. Declarando la rescisión y consiguiente ineficacia del aval prestado por D. Valentín respecto a la operación de compraventa de participaciones de la entidad Residencia Hotel Gales, S.L. formalizada en escritura pública otorgada en fecha 9 de enero de 20096 (sic), declarando que D. Valentín no viene obligado a responder del pago del precio de la compraventa, nada adeudando por dicho concepto a Dña. Amparo ;

2. Condenando a la parte demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones;

3. Imponiendo a la parte demandada el pago de las costas procesales causadas, a excepción de las derivadas de la demanda dirigida contra D. Valentín y Uco Rehabilitación S.L., respecto de las que no se hace especial pronunciamiento."

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D<sup>a</sup> Amparo . La representación de D. Valentín y de Uco Rehabilitación, S.L y, la representación de la Administración Concursal de D. Valentín y de Uco Rehabilitación, S.L. se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que dictó Sentencia número 253/2013 de fecha 6 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva decía:

"1) *Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Magdalena Darder Balle, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Amparo , contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2011 , dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma, en los autos de Juicio de incidente concursal, de los que trae causa el presente Rollo.*

2) *Debemos revocar dicha resolución, y en su lugar: debemos desestimar la demanda interpuesta por la representación de la Administración concursal de D. Valentín contra D<sup>a</sup> Amparo , D. Valentín y Uco Rehabilitación S.L., declarando no haber lugar a la acción rescisoria interpuesta, pretensión de la que se absuelve a dichos demandados.*

3) *No se efectúa expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.*

4) *Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir a dicha parte apelante."*

#### **Interposición y tramitación del recurso de casación.**

5. La representación de la Administración concursal de D. Valentín , interpuso los recursos extraordinario por infracción procesal y el de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

##### **" RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL :**

**PRIMERO.**- Al amparo del art. 469.1.3º LEC , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso. La infracción que se denuncia determina la nulidad de la decisión de la Audiencia Provincial de tener por comparecida a la demandada, D<sup>a</sup> Amparo , ante la Sala de apelación y, de todo lo actuado desde ese momento. Entendemos que ante la falta de comparecencia en el término del emplazamiento ante la Sala de apelación, la Audiencia Provincial de Palma debió haber declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Amparo .

**SEGUNDO.**- Al amparo del art. 469.1.2º LEC por infracción de las reglas sobre carga de la prueba respecto de la consideración de ser el acto enjuiciado (la fianza prestada por el Sr. Valentín a Uco, frente a los de D<sup>a</sup> Amparo ) oneroso o gratuito.

##### **RECURSO DE CASACIÓN:**

**PRIMERO.**- Infracción por no aplicación del art. 71.2 LC en relación a la existencia de causa onerosa o gratuita en el acto de disposición discutido, infringiéndose por ello los arts. 1274 y 1823 CC y 441 CdCom.



**SEGUNDO.-** Infracción del art. 93.2 LC por inaplicación en relación a la no consideración de la sociedad Uco como persona especialmente relacionada con el concursado."

6. Por Oficio de 15 de julio de 2013, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª, tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y el de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente la procuradora Dª Teresa de Jesús Castro Rodríguez en nombre y representación de la Administración concursal de D. Valentín . Y, como recurrido, la procuradora Dª. Beatriz Ruano Casanova en nombre y representación de D. Valentín .

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 17 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuestos por la representación procesal de la administración concursal de D. Valentín , contra la sentencia dictada, en fecha 6 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 42/2013 , dimanante de los autos de los autos de incidente concursal nº 2/2011, dentro del concurso 308/2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca.

2º) Y de conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 785 LEC , entréguese copias del escrito de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría."

9. La representación del recurrido D. Valentín , presentó escrito oponiéndose al recurso de casación interpuesto.

10 . Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 24 de marzo de 2015, para votación y fallo el día 6 de mayo de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son antecedentes acreditados en la instancia, los siguientes:

1. La administración concursal de D. Valentín (en lo sucesivo, Sr. Valentín ) formuló demanda de incidente concursal ejercitando una acción rescisoria del art. 71 LC frente a Dª Amparo (en adelante, Sra. Amparo ) y los concursados Sr. Valentín y Uco Rehabilitación S.L. (en adelante Uco), solicitando la rescisión del compromiso de aval prestado por el Sr. Valentín frente a la Sra. Amparo , en una operación de compraventa de participaciones sociales de la Compañía Residencia Hotel Gales, S.L.

El compromiso de aval lo asumió el Sr. Valentín en el documento privado de compraventa de las participaciones sociales en cuya cláusula 7ª se dispuso que el Sr. Valentín , "en su calidad de administrador y socio único de la entidad compradora (Uco) presta garantía y aval del buen fin de los pagarés entregados, respondiendo con su patrimonio personal del pago de las cantidades acordadas" .

Sin embargo, en la escritura pública de compraventa de fecha 9 de enero de 2009, el precio de las participaciones que vendió la Sra. Amparo se aplazó mediante la entrega por parte de Uco de 144 pagarés por importe de 10.000.-? cada uno, vencimientos sucesivos mensuales (el primero, de enero de 2009 y el último, de diciembre de 2020).

En la escritura pública, cláusula segunda, se establecieron las garantías del pago del precio aplazado en los siguientes términos: "sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de la obligada principal Uco Rehabilitación S.L. , del aval solidario que se obliga a prestar, en nombre propio, D. Valentín , y de cualquier otra garantía, se constituye por Uco Rehabilitación, S.L. a favor de Doña Amparo , que acepta prenda sobre la integridad de las participaciones..." . Y continúa, más abajo "sin perjuicio de la citada obligación personal, solidaria, universal y solidaria, indicada, y de cualquier otra garantía prestada por terceros, incluido el propio Sr. Valentín ...".

En los referidos pagarés no figuró el aval del Sr. Valentín .

Al entender de la administración concursal, este compromiso de aval constituye un acto rescindible al haber estado asumido dentro de los dos años anteriores a su concurso y es un acto perjudicial para la masa activa. Por ello, concluye que, bien se trate de un acto gratuito ( art. 71.2 LC ) bien, con carácter subsidiario, se trate



de un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de persona especialmente relacionada con el concursado Uco ( art. 71.3.1º LC ) debe ser rescindido. El perjuicio, señaló, es evidente, pues el Sr. Valentín empobrece su patrimonio sin recibir contraprestación alguna, quedando en peor situación los acreedores del Sr. Valentín .

2. Los concursados demandados Sr. Valentín y Uco se allanaron a la demanda.

3. La demandada Sra. Amparo se opuso señalando, a los efectos del presente recurso, que: (i) el Sr. Valentín es socio único y administrador de Uco, que es la sociedad que adquirió las participaciones de la sociedad Residencia Gales, S.L. que explota una industria geriátrica; (ii) que la compradora de las participaciones, Uco, ha hipotecado el inmueble; (iii) que el aval era un elemento esencial del contrato; (iv) la existencia de múltiples contraprestaciones entre las partes, pues siendo médico el Sr. Valentín hay confusión de intereses entre el grupo familiar y la sociedad; (v) es imposible proceder a la rescisión parcial del negocio sin que se rescinda el íntegro negocio jurídico, lo que no se ha pedido. Solicita la desestimación íntegra de la demanda.

4. El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca estimó la demanda declarando la rescisión y consiguiente ineficacia del aval prestado por el Sr. Valentín respecto de la operación de compraventa de participaciones de la entidad Residencia Hotel Gales, S.L., declarando que el Sr. Valentín no viene obligado a responder del pago del precio de la compraventa.

Señala que *"[N]o cabe duda que la prestación de fianza representa un acto perjudicial para los acreedores en la medida en que determina una eventual disminución del patrimonio del deudor en tanto que se verá obligado a responder de no hacerlo el deudor, gravando su patrimonio con esa obligación, en nada viéndose favorecido por el derecho de crédito que le puede asistir contra el deudor después de haber pagado por el deudor.*

*>>En el supuesto de autos no resulta de las actuaciones que la fianza se prestara a título oneroso ni que de él resultare beneficio alguno para el concursado que permitiera atribuirle el carácter de onerosa.*

*>> [...] y aun cuando pudiera predicarse el carácter oneroso del negocio, sería de aplicación la presunción establecida en el art. 71.3.1º LC , al haberse realizado a favor de persona especialmente relacionada."*

5. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección nº 5) estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia de primer grado y desestimó íntegramente la demanda de la administración concursal, sin imponer las costas de las instancias.

Tras el examen de los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse, en especial el presupuesto objetivo, el perjuicio para la masa activa, e invocar las SSTS de 8 de noviembre de 2012 , 27 de octubre de 2010 y 13 de diciembre de 2010 rechazó que el aval fuera gratuito: *"... este acto no lo consideramos como gratuito, puesto que la persona física del Sr. Valentín obtuvo o pudo obtener un beneficio con tal afianzamiento, cual es la adquisición de la residencia para una sociedad mercantil, cuya finalidad es obtener un beneficio económico con su explotación, de la que, al menos, es socio mayoritario, y que, como es también evidente, redundaba en su propio y exclusivo beneficio. Al obtener liquidez, aunque finalmente fuera insuficiente, el Sr. Valentín ha podido obtener beneficios económicos y, al menos, obtuvo financiación para su empresa, en la que ejerce su actividad profesional. Este contrato es la compraventa de una industria de residencia geriátrica en funcionamiento, de modo que, en contrapartida a la cantidad pagada, el activo de la entidad Uco se ha incrementado notablemente, pues supone la propiedad de un inmueble, y un notable incremento del activo de la sociedad.*

*>> [L]a garantía prestada a favor de tales entidades tiene latente un interés económico claramente identificable, cual es el de obtener ganancias a través de la sociedad mercantil de su exclusiva titularidad, en este caso mediante la explotación de una residencia geriátrica. De ello emana el flujo de intereses económicos proveniente de tal relación, y la posibilidad de obtener tales ingresos por medio de la titularidad constituye una previsible contraprestación económica futura a favor de la persona física concursada, y .... ha habido una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones".*

En cuanto a la petición subsidiaria, conforme a la cual el aval es una garantía prestada a favor de persona especialmente relacionada con el concursado, consideró que *"no concurre esta presunción iuris tantum, por cuanto la acción de reintegración se suscita en el concurso de la persona física y no en el de la persona jurídica, de lo cual resulta que el afianzamiento a una sociedad cuyas participaciones sean de titularidad de la persona física no comporta ningún supuesto de persona especialmente relacionada."*

Por último, en cuanto al pretendido perjuicio que supuso el aval para la masa activa del Sr. Valentín , el Tribunal señaló que la acreditación le corresponde a quien insta la rescisión concursal ( art. 71.4 LC ). Pese a que nada acreditó la administración concursal, el Tribunal concluyó: *"[L]a Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el contrato en el cual se ha prestado el aval se trata de obtener la explotación de una industria geriátrica,*

con la adquisición del inmueble en el que se ubica y un establecimiento preparado para dicha actividad y así obtener beneficios, en actividad, además, relacionada con la profesión del concursado. La circunstancia de que finalmente no haya cumplido su objetivo es irrelevante, pues debe estarse a las circunstancias existentes cuando se concertó el contrato, un año y cuatro meses antes de la declaración del art. 5.3 LC, con la lógica esperanza de obtener beneficios económicos con la explotación de la actividad, y se desconoce la situación de la sociedad en aquella fecha, que se debió ver indudablemente mejorada con la adquisición de este importante activo, lo cual contribuyó a incrementar el valor de las participaciones sociales de la íntegra titularidad del Sr. Valentín".

## **I.- RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

### **SEGUNDO.- Formulación del primer motivo**

Se articula a través del art. 469.1.3º LEC, "por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, la infracción que se denuncia determina la nulidad de la decisión de la Audiencia Provincial de tener por comparecida a la demandada, D<sup>a</sup> Amparo, ante la Sala de apelación, y de todo lo actuado desde ese momento. Entendemos que ante la falta de comparecencia en el término del emplazamiento ante la Sala de apelación, la Audiencia Provincial de Palma debió haber declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Amparo".

Denuncia que tras el emplazamiento por diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2012, la apelante no compareció, y en lugar de haber dictado una resolución declarando desierto el recurso de apelación la Audiencia Provincial remite los autos al Juzgado mediante oficio de 14 de febrero de 2013, para que "se emplace por plazo de 10 días con la correspondiente cédula a la parte apelante... y una vez cumplimentado, devuelvan las actuaciones para continuar con su tramitación del recurso...", cuando previamente, el 5 de febrero de 2013, la propia Audiencia Provincial acordó "tener por no comparecida a la parte apelante, toda vez que no se ha personado en tiempo y forma, concediéndola el plazo de una audiencia para que, en su caso, acredite su personación en plazo...", lo que la Sra. Amparo verificó al día siguiente.

Ello supone, a juicio de la administración concursal, una infracción del art. 463.1 LEC puesto que las partes fueron emplazadas por la diligencia antes referida que textualmente dispone "...acuerdo: 3.- Emplazar a las partes por término de diez días para que se personen ante dicho Tribunal".

Cita y reproduce resoluciones del Tribunal Constitucional, afirmando que tal infracción puede ser denunciada a través del recurso extraordinario por infracción procesal al conceder a la apelante una segunda oportunidad completamente injusta para las demás partes.

La diligencia de ordenación de 14 de febrero de 2013 de la Audiencia Provincial fue objeto de un recurso de reposición, que fue admitido a trámite por diligencia de 25 de febrero de 2013, y desestimado por Decreto del Tribunal de 30 de abril de 2013 frente al que no cabía interponer recurso alguno (ex art. 454 LEC).

### **TERCERO.- Desestimación del motivo**

Frente a la exposición de hechos que realiza la parte recurrente, los principales datos que se desprenden de las actuaciones, en relación directa con la cuestión controvertida, son los siguientes:

1º) Con fecha 28 de septiembre de 2012, el Secretario del Juzgado de lo Mercantil que conoció del pleito en primera instancia dictó diligencia de ordenación teniendo por presentado el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Darder Balle en nombre y representación de la parte demandada D.<sup>a</sup> Amparo y acordando dar traslado a las demás partes personadas para la presentación de escrito de oposición, o, en su caso, de impugnación de conformidad con lo previsto en el artículo 461 LEC.

2º) Con fecha 17 de diciembre de 2012 el Juez dictó providencia acordando tener por formalizado y cumplido el trámite previsto en el artículo 461 LEC, remitir los autos a la Audiencia Provincial, conforme a lo previsto en el artículo 463.1 LEC y «3.- Emplazar a las partes por término de DÍEZ DÍAS para que se personen ante dicho tribunal».

3º) Mediante diligencia de ordenación de 5 de febrero de 2013 el Secretario del tribunal de apelación acordó incoar el recurso de apelación interpuesto, formar rollo y asignar número de registro, acusar recibo de la llegada de los autos del juzgado de instancia, designar ponente, y tener por personadas a todas las partes a excepción de la demandada-apelante, D.<sup>a</sup> Amparo, «toda vez que no se ha personado en tiempo y forma, concediéndole el plazo de una audiencia para que, en su caso, acredite su personación en plazo, bajo apercibimiento de declarar desierto el recurso interpuesto».

4º) Notificada esta última diligencia, la parte apelante presentó escrito de fecha 12 de febrero de 2013 interesando su nulidad con el argumento de que la procuradora Sra. Darder Balle no había sido emplazada en

legal forma, tal y como acreditaba la diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2012. Aducía literalmente que *«únicamente se hizo constar en la misma que se emplazaría a las partes pero no se ha procedido al emplazamiento en legal forma de modo alguno pues no se ha entregado cédula alguna a dicha parte»*.

5º) El Secretario del Tribunal de apelación dictó diligencia de ordenación de 14 de febrero de 2013 acusando la presentación del citado escrito, declarando su incompetencia objetiva y funcional para atender la petición de nulidad -que entendía referida a la diligencia de 17 de diciembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Mercantil-, en lo que ahora interesa, acordando devolver los autos al órgano de origen para que procediera a *«emplazar en forma a la parte apelante Amparo , para que pueda personarse ante esta Audiencia»*.

6º) Mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2013, la parte demandada-allanada (Uco Rehabilitación S.L. y D. Valentín ) recurrió en reposición esta última diligencia defendiendo la validez del emplazamiento realizado por el Juzgado a la apelante mediante la diligencia de 17 de diciembre de 2012 (con cita del artículo 154 LEC ), de tal forma que su no personación ante la Audiencia solo a ella sería imputable. La demandante-apelada, Sra. Amparo , impugnó el referido recurso de reposición interesando su desestimación al considerar que la diligencia de 17 de diciembre de 2012 no contenía un emplazamiento válido dado que se limitó a ordenar que se emplazara a la apelante, pero sin que en ningún momento se le entregara cédula de emplazamiento. La Audiencia desestimó el recurso de reposición.

7º) Con fecha 8 de marzo de 2013, tuvo entrada en la Audiencia Provincial el escrito de personación de la Sra. Amparo . Acompañaba copia de la cédula de emplazamiento. Por diligencia de 11 de marzo de 2013, la Audiencia la tuvo por personada en su recurso.

El motivo se desestima por las siguientes razones:

De los hechos expuestos se concluye, en síntesis, que, atendiendo a su tenor literal, la diligencia de 17 de diciembre de 2012 se limitó a acordar que se emplazaba a las partes para que se personasen ante la Audiencia. Partiendo de este dato esencial, lo que se suscita es una cuestión interpretativa del art. 463.1 LEC .

Dispone el artículo 463 .1 LEC :*«Interpuestos los recursos de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación, el Secretario judicial ordenará la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación, con emplazamiento de las partes por término de diez días.*

*Si el apelante no compareciere dentro de plazo señalado, el Secretario judicial declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida»*.

Como declara esta Sala en ATS de 9 de diciembre de 2009, RC 1331/2009 , resulta tradicional en nuestro ordenamiento procesal la declaración como desierto del recurso devolutivo, caso de no personarse la parte que lo presenta en el plazo fijado y ante el órgano jurisdiccional competente, de tal modo que la deserción no puede entenderse que limite el acceso al recurso, cuando no se produce la personación en el tiempo oportuno. Así lo ha señalado también el Tribunal Constitucional, en el auto nº 244/2004, de 6 de julio , por el que inadmitió el recurso de amparo formulado contra un auto de una Audiencia que había declarado desierto el recurso de apelación, en aplicación del artículo 463.1 de la LEC 2000 .

Ahora bien, para que pueda declararse desierto el recurso es preciso constatar que la parte no ha comparecido en el plazo que se le concedió para hacerlo en el emplazamiento. Y aquí es donde surge la controversia en torno al art. 463.1 LEC , pues, al decir textualmente *«con emplazamiento de las partes por término de diez días»*, pudiera entenderse que está difiriendo dicha llamada al tribunal superior a un acto procesal distinto del realizado por el Juzgado -que, sin embargo, no aparece expresamente regulado en la ley-, de tal manera que el hecho de que el Juzgado se manifestara como lo hizo en la diligencia de 17 de diciembre de 2012 no equivaldría a un verdadero emplazamiento.

La Audiencia Provincial consideró que el Juzgado de Primera Instancia, al indicar en su resolución que los autos se remitirían a la Audiencia Provincial *"previo emplazamiento"* de las partes, consideró que la parte podía esperar otro acto distinto a la mera notificación, y tal circunstancia, en todo caso, no causa indefensión a la otra parte (porque el art. 469.1.3º LEC exige no sólo la infracción procesal, sino que *"la infracción determinar la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión"* ).

#### **CUARTO.- Formulación del segundo motivo y su desestimación**

Se articula al amparo del art. 469.1.2º LEC , *"por infracción de las reglas sobre carga de la prueba respecto de la consideración de ser el acto enjuiciado (la fianza prestada por el Sr. Valentín a Uco, frente a los de Dª Amparo ) oneroso o gratuito"*.

Los razonamientos que pretenden fundar este motivo son prácticamente idénticos a los alegados por la administración concursal del Sr. Valentín en los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación



núm. 1471/2013, contra la sentencia de la misma Audiencia Provincial de Palma de Mallorca y Sección 5ª, de fecha 23 de abril de 2013, siendo parte recurrida la Sociedad de Garantía Recíproca Isba, S.G.R.

Resumíamos allí los razonamientos alegados en que el recurrente entiende que se han infringido las reglas sobre la carga de la prueba y, en consecuencia, el art. 217.1.2 y 3 LEC :

Invocando sentencias de Audiencias Provinciales y doctrina, alegó que el hipotético carácter oneroso de la fianza requiere soporte fáctico, debiendo ser probado, por imperativo de las reglas sobre la carga de la prueba, por los demandados. Añade que, al *"haber hecho recaer sobre esta AC (administración concursal) las consecuencias de no quedar acreditado en autos que el Sr. Valentín obtuviera beneficio alguno por mor del afianzamiento prestado a Uco frente a Isba siendo la obtención de beneficios del Sr. Valentín un hecho impeditivo o extintivo de la acción ejercitada cuya prueba recaía en la demandada Isba y debiendo recaer la falta de prueba en Isba, no en esta parte"* , se infringen las reglas invocadas en el art. 217 LEC .

El motivo debe ser igualmente desestimado por las mismas razones que fue desestimado en el recurso 1471/2013 y que fueron las siguientes:

1. Los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC imponen al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos y el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y, al demandado y al actor reconvenido los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos alegados por el actor o por el demandado reconviniente.

La sentencia recurrida ha respetado las reglas sobre la carga de la prueba, al señalar, en su fundamentote derecho tercero, que ha habido *"una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones"* , invocando la STS de 27 de octubre de 2010 , sobre un sustrato fáctico debidamente acreditado, que se ha dejado reproducido literalmente en el Fundamento de Derecho Primero (5) de la presente resolución. Por si no fuera bastante, en el propio fundamento de derecho tercero, añade: *"... ante un ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil, como es la sociedad afianzada, la garantía prestada a favor de tales entidades tiene latente un interés económico claramente identificable, cual es el de obtener ganancias a través de la sociedad mercantil de su exclusiva titularidad. De ello emana el flujo de intereses económicos proveniente de tal relación, y la posibilidad de obtener tales ingresos por medio de la titularidad constituye una previsible contraprestación económica futura a favor de la persona física concursada "*.

De todo ello debemos concluir que la sentencia impugnada, en base al material probatorio aportado por las partes, concluye que el afianzamiento no es gratuito, sino oneroso.

2. Cuestión distinta es la valoración jurídica de la que resulten los hechos que la sentencia señala como acreditados, lo que no es motivo de un recurso de infracción procesal sino del recurso de casación; como tampoco es sustento del recurso de infracción procesal que el recurrente no le guste y no participe de las conclusiones de la sentencia, para invocar sus propias conclusiones, con el fin de imponer su personal interpretación, pues, en este caso se incurre en la *"inadmisible petición de principio"* como señalan las SSTs de 11 de marzo de 2011 y la núm. 250/2011 de 5 de abril que cita en igual sentido las anteriores núm. 193/2008 de 6 de marzo , núm. 721/2009 de 9 de noviembre y núm. 865/2010 de 3 de enero.

En el presente caso, la administración concursal afirmó el carácter gratuito, invocando el art. 71.2 LC porque le relevaba de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial, conforme el propio precepto establece. Sin embargo, en las fianzas por deuda ajena, entran en consideración otras circunstancias que esta Sala ha tenido en cuenta, y que también fue alegada por la parte demandada, como es la simultaneidad o contextualidad de la garantía prestada -en el presente caso la contragarantía o contra aval -con la operación de financiación.

## II. RECURSO DE CASACIÓN

### SEXTO.- Primer motivo y sus razonamientos.

Se formula el motivo en los siguientes términos: *"i nfracción por no aplicación del art. 71.2 LC en relación a la existencia de causa onerosa o gratuita en el acto de disposición discutido, infringiéndose por ello los arts. 1274 y 1823 CC y 441 CdCom"*.

Como señalamos en el motivo anterior, en el recurso núm. 1471/2013, la Administración concursal del Sr. Valentín , interpuso un motivo de casación en idénticos términos a los aquí planteados, siendo iguales sus razonamientos. Se trataba aquél de un recurso contra la sentencia de la misma Audiencia Provincia, Sección 5ª, que desestimó la pretensión de la administración concursal de declarar ineficaz y rescindir también un afianzamiento prestado por el Sr. Valentín a favor de una sociedad de garantía recíproca que había prestado un afianzamiento a Uco frente a Sa Nostra con ocasión de un préstamo personal concedido a la sociedad. El recurso fue desestimado.



En el presente caso, las razones que llevan a la administración concursal del Sr. Valentín a fundar el presente motivo es análogo: (i) la onerosidad y gratuidad son conceptos jurídicos que son revisables en casación; (ii) la onerosidad exige una "equivalencia de intereses", una contraprestación; (iii) el Tribunal, tomando el criterio de la STS de 8 de noviembre de 2012, sobre garantías contextuales, "en interés del Grupo", de las que presume la onerosidad no por ello se excluye la gratuidad; (iv) que la "contraprestación futura" a que hace referencia la sentencia impugnada no es una contraprestación idónea para justificar la reciprocidad; y (v) según la recurrente, la valoración jurídica de los hechos probados solo puede llevar a la estimación de la gratuidad de la garantía en aplicación del art. 441 del CdCom.

**SÉPTIMO.- Criterio de la Sala sobre el carácter de las garantías contextuales. Desestimación del motivo.**

Al igual que desestimamos el recurso de casación núm. 1471/2013 mediante sentencia de 2 de junio de 2015 por los fundamentos que de la misma resultan (fundamento de derecho octavo) igual suerte debe correr el presente motivo, porque idénticas son las razones allí expuestas:

En efecto, el motivo se desestima por las razones que se exponen a continuación:

1. La STS núm. 100/2014, de 30 de abril (fundamento de derecho sexto, 5 in fine) señaló que: "*La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.*"

En el presente caso, es un hecho indiscutible que la contragarantía o contra aval prestado por el Sr. Valentín y otros, se prestó simultáneamente con el otorgamiento del afianzamiento de Isba en el préstamo personal concedido por Sa Nostra a Uco Rehabilitación, S.L. por importe de 580.000.-?. Por consiguiente, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC por no ostentar la garantía el carácter de gratuito.

2. Ello no obstante, como se señalaba en la STS mencionada núm. 100/2014, de 30 de abril, "[q]ue la garantía sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario". Y añadía que el perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado "ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto".

En el presente caso, la sentencia recurrida fue categórica: "[E]n el caso concreto la Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el préstamo garantizado cuenta con la justificación de que pretende dotar de liquidez a una sociedad de participación mayoritaria a quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado, en la suma de 580.000.-?, y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó se pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de la persona física que es su socio mayoritario. Se desconoce si esta cantidad es o no desorbitada o desproporcionada en atención al valor aproximado del patrimonio del Sr. Valentín, pues no obra en autos referencia alguna a éste, ni siquiera el informe de la Administración concursal y la valoración prestada por dicho fiador a la Caja de Ahorros".

Por tanto, en el presente supuesto que es objeto del recurso, se reconoce la existencia de un beneficio patrimonial indirecto, por lo que no cabe declarar la ineficacia de la garantía prestada por el Sr. Valentín en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 71.3.1 ° y 2° LC.

**OCTAVO.- Segundo motivo y su desestimación.**

Se formula en los siguientes términos: "*infracción del art. 93.2 LC por inaplicación en relación a la no consideración de la sociedad Uco como persona especialmente relacionada con el concursado.*"

Tanto la formulación del motivo como su fundamentación son idénticos al del recurso de casación núm. 1471/2013 que fue desestimado.

1. Lo funda en la infracción del art. 93.2 LC por inaplicación en relación a la no consideración de la sociedad Uco como persona especialmente relacionada con el concursado.





Denuncia el recurrente que la sentencia impugnada, para negar a la sociedad Uco la condición de persona especialmente relacionada con el concursado, se apoya en la imposibilidad de aplicar analógicamente el art. 93.2.1º LC, habida cuenta el tenor literal del artículo, al señalar que: "*entendemos improcedente una interpretación analógica, pues con la redacción de tal norma, el legislador ha pretendido que no se aplique tal situación cuando el concursado es la persona natural o física. No existe norma alguna en que pueda fundarse, y es de suponer que el legislador así lo hubiera querido se habría indicado como hipótesis en el caso de persona natural a una sociedad de la que es socio mayoritario*".

A mayor abundamiento argumenta el recurrente, "debemos tener presente que si en lugar de hablar de una persona física (Sr. Valentín) que es socia mayoritaria de una sociedad (Uco), habláramos de la sociedad Sr. Alba S.L., que a su vez es socia mayoritaria y administradora única de la sociedad Uco, se entendería que habláramos de personas especialmente relacionadas entre sí, porque hablaríamos de un grupo de empresas (art. 93.2.3º LC). Entendemos que el precepto es aplicable porque la situación del Sr. Valentín respecto de Uco es la misma que sería si Alba fuera una sociedad que tuviera la mayoría y administrara a otra sociedad llamada Uco."

2. Por tanto, las razones para desestimar el motivo, deben ser también idénticas. Así nos expresábamos en aquella sentencia.

En la demanda incidental, la administración concursal invocó, con carácter subsidiario, el art. 71.3.1º LC según el cual el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Sin perjuicio de que este supuesto de presunción "*iuris tantum*" del perjuicio ya ha sido rebatido en el momento anterior, por haberse reconocido en la sentencia la atribución o beneficio en el patrimonio del garante, tampoco en caso de que no se hubiera acreditado, sería de aplicación este precepto, al caso enjuiciado.

Siendo el concursado, persona natural, las únicas personas especialmente relacionadas con ella son las mencionadas en el art. 93.1 LC. La LC incluye una relación de sujetos que se encuentran vinculados por una relación especial al deudor, sea éste una persona natural (art. 93.1 LC) o una persona jurídica (art. 93.2 LC). La enumeración, tanto en uno u otro supuesto, es taxativa y cerrada, introduciendo presunciones *iuris et de iure*, de modo que cualquier sujeto incluido en la relación tendrá la consideración de persona especialmente relacionada; pero, del mismo modo, un sujeto no incluido en la relación no tendrá esta condición de persona especialmente relacionada con el deudor, pues la lista está limitada a los sujetos allí relacionados de forma inalterable, como único recurso para alcanzar un alto grado de rigor y de seguridad jurídica, evitando conceptos jurídicos indeterminados y, dado el carácter excepcional del precepto por sus consecuencias jurídicas que entraña la subordinación de los créditos, no caben interpretaciones analógicas.

El motivo se desestima

#### **NOVENO.- Costas.**

Se imponen las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal y el de casación a la administración concursal a quien se le han desestimado, conforme al art. 398.1 LEC, con pérdida de los depósitos constituidos.

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

#### **FALLAMOS**

**Desestimar** los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación de la Administración concursal de D. Valentín, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de fecha 6 de junio de 2013, en el Rollo 42/2013 que, en este alcance, confirmamos.

Se imponen las costas causadas de los recursos a la administración concursal, con la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, 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.