



Roj: **STS 2637/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2637**

Id Cendoj: **28079110012016100383**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2016**

Nº de Recurso: **2749/2013**

Nº de Resolución: **387/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 5038/2013,**
STS 2637/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 8 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 384/2013 por la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de demanda de incidente **concurzal** en ejercicio de acción de reintegración núm. 998/2012, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Carlos Díaz Marco en nombre y representación de Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto), compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don José Manuel Villasante García en calidad de recurrente y la procuradora doña M.ª Salud Jiménez Muñoz en nombre y representación de Ocioland, S.L., y el procurador don Javier del Campo Moreno, en nombre y representación de Eurohypo AG Sucursal en España en calidad de recurridos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Doña Palmira, don Patricio y don Ricardo, Administradores concursales de la mercantil Ocioland, S.L., interponen demanda de incidente **concurzal** en ejercicio de acción de reintegración frente a la concursada Ocioland, S.L. y frente a Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto), y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«[...] (i) Se declare la rescisión del Contrato de Prenda suscrito entre las codemandadas con fecha de 26 de noviembre de 2010 e intervenido por el Notario de Catarroja Don Juan Antonio Clavería Manso y, en consecuencia, se restablezca la situación al momento anterior a la suscripción del meritado negocio jurídico, quedando liberados los derechos de crédito sobre el Contrato Financiero a plazo suscrito entre las mismas partes en 2007.

»(ii) Se le reconozca a Banesto un crédito de DOS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS (2.491.331,16 ?), calificándose el mismo como crédito ordinario.

»(iii) Se condene a las codemandadas al pago de las costas para el caso de que se opongan a la presente demanda».

SEGUNDO .- La procuradora doña Carmen Iniesta Sabater, en nombre y representación de Eurohypo Sucursal en España, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando:



«se tenga por personada a Eurohypo AG sucursal en España en el incidente **concurzal** núm. 998/2012, teniéndola como parte del mismo a todos los efectos, y se le emplace para realizar alegaciones sobre la reintegración».

El procurador don Francisco Javier Baixauli Martínez, presentó escrito en nombre y representación de Ocioland, S.L., allanándose a las pretensiones planteadas de contrario.

El procurador don Carlos Francisco Díaz Marco, en nombre y representación de Banco Español de Crédito, S.A., contestó a la demanda formulada por la Administración **Concurzal** en ejercicio de la acción de rescisión, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando:

«A) Se desestime la demanda con imposición de costas a la parte actora. Subsidiariamente, para el caso de que no se estima de la demanda:

»B) Se declare la rescisión parcial del contrato de prenda suscrito entre Ocioland y Banesto el 26 de noviembre de 2010, subsistiendo el derecho de prenda respecto de la cantidad adeudada por importe de 1.748.722,32 €, siendo rescindida la diferencia por importe de 742.608,84 €, y todo ello sin condena en costas a ninguna de las partes».

Doña Palmira , don Patricio y don Ricardo , Administradores Concursales de Ocioland, S.L., presentaron escrito de contestación respecto a la personación de Eurohypo AG Sucursal en España, solicitando:

«dicte en su día Auto resolviendo sobre la entrada en el procedimiento de Eurohypo, todo ello por cuanto más proceda en Derecho».

El procurador don Carlos Francisco Díaz Marco, presentó escrito en nombre y representación de Banco Español de Crédito, S.A., presentó escrito solicitando:

«Tenga por cumplido con el trámite concedido y por opuestos a la solicitud de personación en el presente incidente **concurzal** interesada por Eurohypo AG Sucursal en España, y previos los trámites legales oportunos, acuerde su inadmisión».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia, dictó sentencia con fecha 23 de enero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimo la demanda de Juicio Incidental promovida por la Administración **Concurzal** doña Palmira , don Patricio y don Ricardo , designados en procedimiento **Concurzal** de la mercantil concursada Occioland SL con núm. 727/11, como coadyuvante Eurohypo AG Sucursal en España, contra la concursada Ocioland S.L, allanada, y el Banco Español de Crédito, S.A., y debo declarar y declaro: La rescisión del Contrato de Prenda suscrito entre las codemandadas con fecha de 26 de noviembre de 2010 e intervenido por el Notario de Catarroja Don Juan Antonio Clavería Manso y, en consecuencia, se restablezca la situación al momento anterior a la suscripción del meritado negocio jurídico, quedando liberados los derechos de crédito sobre el Contrato Financiero a plazo suscrito entre las mismas partes en 2007. Y que se reconozca a Banesto un crédito de DOS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS (2.491.331,16 €), calificándose el mismo como crédito ordinario. Sin expresa condena en costas procesales».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del Banco Español de Crédito, S.A., la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimamos el recurso de apelación promovido por la entidad Banco Español de Crédito, S.A., actualmente Banco de Santander, S.A., contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia de 23 de enero de 2013 que confirmamos, con imposición a la recurrente de las costas procesales causadas y la pérdida del depósito constituido para recurrir en apelación».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de Banco de Santander, S.A., entidad absorbente de Banco Español de Crédito, S.A., con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 477.2.3.º LEC , infracción artículo 71 LC , apartados 1, 4, 3.2.º y 5.2.º). Segundo.- Infracción de la jurisprudencia del **Tribunal Supremo** .

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 23 de septiembre de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña M.ª Salud Jiménez Muñoz, en nombre y representación de Ocioland, S.L. presentó escrito de impugnación al mismo.



SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de mayo del 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso, en el ámbito de la aplicación de la presunción del perjuicio patrimonial para la masa activa contemplada en el apartado segundo, del número tercero del artículo 71 LC, esto es la «constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas», plantea, como cuestión de fondo, la interpretación del concepto de «perjuicio patrimonial» como fundamento de la aplicación de la citada presunción.

2. Del iter cronológico y del resultado de la prueba practicada en la instancia, deben destacarse los siguientes hechos.

I) Que entre la entidad Banco Español de Crédito y la entidad Ocioland, S.L., existía desde el 4 de agosto de 2005 una póliza de crédito con límite de un millón de euros, sin garantía, que se fue renovando periódicamente y en las mismas condiciones el 5 de agosto de 2006, el 23 de noviembre de 2007 y el 4 de diciembre de 2008.

II) Que, en fecha 16 de noviembre de 2009, y según admite la entidad bancaria, se procede a la renovación de la póliza descrita en el apartado primero, con la modificación del límite de crédito, de un millón de euros a dos millones y medio, y a la constitución de una garantía de prenda sobre los derechos de crédito que se derivan del contrato financiero número NUM000 .

IV) Que el 26 de noviembre de 2010 se constituye una prenda sobre los derechos derivados del anterior contrato financiero en garantía de la póliza de crédito número NUM001 , habiendo procedido la entidad bancaria a comunicar su crédito a la administración **concursal** en fecha 15 de julio de 2011 por importe de dos millones cuatrocientos noventa y un mil trescientos treinta y un euros con dieciséis céntimos de euro.

V) La declaración del concurso tuvo lugar el 16 de junio de 2011, por lo que el plazo de los dos años para el cómputo del período sospechoso queda fijado el 16 de junio de 2009.

3. El 6 de julio de 2000, por la administración **concursal**, se presentó demanda incidental en la que se interesaba la rescisión del contrato de prenda referenciado en virtud de lo contemplado en el artículo 71.3.2 de la LC, reconociéndole a la entidad bancaria un crédito de 2.491.336,96 €. La entidad concursada (Ocioland, S.L.) se allanó, oponiéndose la entidad bancaria a la demanda.

El juzgado de lo mercantil estimó la demanda de juicio incidental y, en síntesis, declaró:

«[...] Así y según lo reconocido en el art. 71.3.2 de la LC, existe la presunción de perjuicio patrimonial cuando se haya constituido garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, es decir, hemos de coincidir por la Administración Concursal, en cuanto el contrato de prenda se firmó para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que derivaban de la póliza de crédito, constituyendo el pignorante -concursada- un derecho real de prenda sobre derechos de crédito derivados de un contrato financiero a largo plazo suscrito; ampliando con el presente el límite de un millón de euros inicial a dos millones y medio.

»Con la pignoración se está privilegiando a un determinado acreedor, en perjuicio del resto de acreedores de la masa pasiva. Provocando todo ello que la demandada Banesto pase a tener un crédito ordinario frente a Ocioland a constituir a su favor una garantía que le permita calificar su crédito como privilegio especial».

4. Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, actualmente Banco de Santander, S.A., la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia del juzgado de lo mercantil. En síntesis, con cita de las sentencias de esta Sala núms. 629/2012 de 26 de octubre y 487/2013, de 10 de julio, concluyó lo siguiente:

«[...]Atendido cuanto se ha expuesto en orden a la fecha en que se procedió a concertar la operación controvertida, en relación con el destino de las cantidades obtenidas a consecuencia de la misma, consideramos que en el supuesto enjuiciado es procedente la confirmación de la Sentencia dictada en la instancia que reputa perjudicial para la masa la constitución de una garantía dentro del período de retroacción del concurso respecto de un crédito precedente renovado en el tiempo que no estaba dotado originariamente de la misma, pues la constitución de la prenda de que trae causa la demanda incidental, aún referenciada a la póliza que el banco considera renovada por la de 26 de noviembre de 2010, se produce dentro del período de los dos años que contempla el artículo 71 de la LC .



»No podemos acoger los argumentos esgrimidos por la entidad bancaria en orden a la inexistencia de perjuicio por no incardinarse el supuesto enjuiciado en el marco de los números! a 3 del artículo 71.3 de la LC , pues la acción que se ejercita por la administración **concurzal** se sustenta en el artículo 71.3.2° que contempla la presunción de perjuicio - salvo prueba en contrario, que no se entiende cumplida por la aportación del extracto de cuentas de las operaciones realizadas por la concursada a partir del mes de noviembre de 2009 al folio 87 y siguientes- en el caso de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, que es el concreto caso que nos ocupa a tenor de cuanto ha quedado descrito en torno a las relaciones existentes entre la entidad bancaria y la concursada, pues lo cierto es que como describe la propia apelante, se vincula la constitución de la garantía a la renovación y ampliación del crédito no garantizado que venían actualizando las partes desde el año 2005.

»No es de aplicación al caso el apartado 5 del artículo 71 invocado por la apelante en relación con el ordinal 4 del mismo precepto, ni puede reputarse el acto controvertido como "acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor" como defiende con ahínco. Téngase presente que la norma viene referida a la "actividad profesional o empresarial del deudor" por lo que el carácter ordinario del acto controvertido debe situarse en el marco propio de aquella actividad empresarial, que es la que resulta del objeto social de la concursada, entre los que se incluirían, según la doctrina científica los actos impositivos, laborales y suministros en general».

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Rescisión **concurzal** de la constitución de la garantía, artículo 71.3.2.º LC . Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La demandada, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en dos motivos; el primero como pretensión principal y el segundo como subsidiaria.

2. El primer motivo se articula, a su vez, en tres submotivos.

En el primero de ellos, denuncia la incorrecta aplicación del artículo 71.3.2.º LC , al considerar perjudicial para la masa de la concursada la garantía pignoratícia constituida a favor de un crédito de Banesto con base en que se trata de una garantía sobre deuda preexistente y que le es de aplicación la presunción de perjuicio patrimonial prevista en el citado precepto, cuando, en realidad, no se dan los requisitos para que opere dicha presunción porque: a) el crédito renovado en 2010 no estaba desprovisto de garantía real ya que estaba asegurado mediante prenda constituida en 2009; b) aunque se entendiera que el crédito renovado en 2010, en la parte que no constituye ampliación del límite de la póliza, era una obligación preexistente (lo que se niega) no concurre el requisito de que para asegurarla se hubiese constituido una prenda posterior o nueva en 2010, porque dicha prenda se formalizó en 2009; c) además dicha prenda se constituyó de manera simultánea a la renovación y ampliación del crédito en 2009, siendo una garantía contextual, lo que hace inaplicable la presunción antes referenciada, exige un análisis conjunto de la operación de refinanciación e impide decretar la rescisión de la garantía sin pedir, a la vez, la rescisión del contrato de crédito del que nacen las obligaciones que aquella garantiza (y no se ha pedido la rescisión del contrato de crédito); d) la operación en virtud de la cual se constituyó la prenda en 2009 fue onerosa y comportó un auténtico sacrificio de Banesto.

En el segundo submotivo, denuncia la infracción de los apartados 5.2.º del artículo 71 LC y 4 y 5 del artículo 15 del RDL 5/2005, de 11 de marzo , dado que el juego de los artículos citados excluye la aplicación del régimen general de rescisión de la LC y dentro de este, de las presunciones de perjuicio para la masa activa, al estar la prenda constituida sobre el contrato financiero a plazo dentro del ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del RDL 5/2005, siendo tal decreto una norma con rango de **ley** e imperativa que debe aplicarse de oficio por el juzgador aun cuando no haya sido invocada por la parte (como de hecho ha sucedido, siendo en el recurso de casación cuando se alega por vez primera). En consecuencia la prenda sólo puede ser anulada, no rescindida, como pretende, con arreglo a lo dispuesto en el art. 15.4 del citado RDL, cuando la autoridad administrativa o judicial competente resolviera que el acuerdo de garantías financieras o la aportación de estas se ha realizado en perjuicio de acreedores. En este sentido cita las SSTs de 20 de junio de 2012 y 26 de junio de 2012 y la SAP de Madrid de 5 de abril de 2013 .

Por último, en el submotivo tercero, con relación con el primero, alega la infracción del artículo 71.3.2.º LC y de la jurisprudencia que desarrolla por la incorrecta interpretación del concepto de perjuicio patrimonial en el ámbito de las acciones concursales de reintegración. Argumenta que independientemente de que sea o no aplicable el apartado 3.2.º del artículo 71 de la LC , atendiendo a los hechos probados, no concurre el requisito del perjuicio ya que si se atiende a las características de la operación, la constitución de la prenda supuso un sacrificio patrimonial justificado, tal y como ha sido interpretado este concepto en SSTs de 26 de octubre de



2012, 7 de diciembre de 2012 y 10 de julio de 2013. También la jurisprudencia menor ha aplicado este requisito de sacrificio patrimonial justificado para excluir la calificación de perjudicial de un acto o negocio jurídico. Así precisa que la constitución de una garantía para asegurar la ampliación del crédito que dote de viabilidad al concursado no puede calificarse como perjudicial para la masa, siempre que no comporte condiciones más gravosas, citando en este sentido la SAP Madrid de 10 de octubre de 2011 y la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) de 6 de febrero de 2009 y 13 de diciembre de 2011, que declaran que no hay perjuicio si la constitución de la garantía responde a la prórroga del vencimiento del crédito garantizado, con la concesión de un nuevo plazo útil o cuando sea la garantía condición para la ampliación del crédito disponible, la SAP de Alicante de 22 de noviembre de 2012 que rechaza el perjuicio en un caso de refinanciación con dinero nuevo para atender a otros acreedores y la SAP de Valencia de 19 de abril de 2012 que justifica la operación cuestionada atendiendo al importe de la suma objeto de préstamo. Destaca, para poner de manifiesto la inexistencia de perjuicio alguno, la distancia temporal que existe entre la constitución de la prenda (16 de noviembre de 2009) y la declaración de concurso de Ocioland (el 16 de junio de 2011) citando al respecto la SAP de Madrid de 20 de abril de 2012.

3. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser estimado de acuerdo a los submotivos primero y tercero del mismo. La estimación del motivo comporta la estimación del recurso de casación, sin necesidad de entrar en el examen del motivo segundo planteado.

4. Aunque la sentencia recurrida cita correctamente la doctrina de esta Sala con relación a la exclusión de la rescisión respecto de los actos ordinarios de la actividad profesional del deudor (artículo 71.5 LC), concepto que no resulta aplicable a la referida constitución de la garantía prendaria del presente caso, no obstante, la valoración que realiza sobre el alcance perjudicial que se deriva de la misma, no puede ser compartido por esta Sala.

En este sentido, con carácter general, sentencias núm. 58/2015, de 23 de febrero y núm. 143/2015, de 26 de marzo, esta Sala, a propósito del artículo 71.3.2.º LC, tiene declarado:

«[...]La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva un sacrificio patrimonial para la masa activa porque «implica una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito» (Sentencia 100/2014, de 30 de abril). Cuestión distinta es que el sacrificio patrimonial que conlleva la constitución de una garantía real esté justificado, porque sea contextual a la concesión de un nuevo crédito, y no concurra otra circunstancia que le prive de justificación.

»El art. 71.2.3.º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio en el caso de la concesión de garantías para asegurar la devolución de una obligación preexistente que no gozaba de esta garantía. Y extiende la presunción a los casos en que la garantía real se constituye a favor de una nueva obligación que sustituye a otras anteriores que tampoco gozaban de esta garantía.

»La justificación va ligada a la ampliación significativa de crédito y/o a la modificación de la obligación, ordinariamente, mediante la concesión de un nuevo término, que prorrogue la exigibilidad de la obligación».

Sobre esta base, se ha precisado que en la valoración del perjuicio que irroga la constitución de la nueva garantía, como fundamento último de la aplicación del artículo 71 LC, debe tenerse en cuenta, entre otros extremos, si dicha garantía se ha constituido en un contexto determinado por una aportación significativa del crédito y por una prórroga de la póliza del crédito, pues de ser así, no concurriría perjuicio para la masa activa.

Esto es lo que sucede en el presente caso, en donde se observa tanto una clara aportación significativa del crédito, como la concesión de un nuevo término para la devolución de lo finalmente dispuesto. En efecto, si tenemos en cuenta la cantidad que ya se había dispuesto de la póliza anterior y, por lo tanto, se adeudaba a la entidad bancaria, (742.608,89 ?), y el nuevo importe concedido (pasó de 1.000.000 millón de euros a 2.500.000 euros), la diferencia es reveladora de la significativa ampliación del crédito realizada. Además, dicha operación de ampliación de la póliza de crédito también supuso la concesión de una nueva prórroga del vencimiento del crédito garantizado, con el aplazamiento de la deuda por un año. Todo ello, contando con el beneficio que dicha ampliación del crédito representó a la entidad deudora (Ocioland, S.L), pues permitió su continuidad empresarial durante casi dos años más, permitiendo el pago a otros acreedores hasta prácticamente la totalidad del importe máximo concedido (2.491.331,16 euros). Por lo que debe concluirse que, pese a la presunción del artículo 73.3.2.º LC, en el presente caso se ha acreditado que la constitución de la garantía de prenda no derivó perjuicio para la masa activa.

**TERCERO.- Costas y depósito.**

1. La estimación del recurso de casación comporta que no proceda hacer expresa condena en costas de este recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .
2. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la estimación del recurso de apelación de la demandada, sin que tampoco, respecto de este último recurso, proceda hacer expresa imposición de costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .
3. Por último, la estimación del recurso de apelación comporta la desestimación de la rescisión **concurzal** solicitada por la demandante, en la medida en que los pronunciamientos de condena no han sido estimados, por lo que procede hacer expresa imposición de costas de primera instancia a la parte demandante.
4. Asimismo, procede la restitución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Santander, S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 24 de octubre de 2013, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, en el rollo de apelación núm. 384/2013 , que dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación del Banco de Santander, S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo mercantil, núm. dos, de Valencia, de 23 de enero de 2013 (incidente **concurzal** 998/2012), con desestimación de la demanda formulada por la Administración **Concurzal**.
2. No procede hacer expresa imposición de costas ni de casación, ni de apelación.
3. Procede imponer las costas de primera instancia a la parte demandante.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres