

Roj: **STS 1954/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1954**Id Cendoj: **28079110012014100219**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/04/2014**Nº de Recurso: **745/2012**Nº de Resolución: **100/2014**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos de casación e infracción procesal núm. 745/2012, interpuestos por la entidad "CATALUNYA BANC, S.A.", representados ante esta Sala por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la Sentencia núm. 7/2012, de 13 de enero, dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación núm. 400/2011, dimanante de las actuaciones incidente concursal núm. 58/2011, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 y Mercantil de Jaén. Ha sido parte recurrida la "ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE TAPIZADOS PENO, S.L.", representada ante esta Sala por la Procuradora D.ª Consuelo Rodríguez Chacón y asistida por el letrado D. Jesús Luna López.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- D. Heraclio , Administrador Concursal designado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 y Mercantil de Jaén, en el concurso de acreedores voluntario y abreviado de la entidad "TAPIZADOS PENO, S.L.", presentó en el Decanato de los Juzgados de Jaén, con fecha 3 de febrero de 2011, demanda de incidente concursal, por la que formuló acción de reintegración de actos perjudiciales para la masa activa del deudor, contra las entidades "CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA (CAIXA CATALUÑA)", "SOFÁ CONFORT PRESTIGE, S.L." y "TAPIZADOS PENO, S.L.", que, se tramitó con el núm. incidente concursal 58/2011, cuyo suplico decía: «[...] se dicte sentencia por la que:

» 1º. Rescinda la hipoteca constituida en garantía del préstamo concedido por CAIXA CATALUÑA a SOFÁ y CONFORT PRESTIGE SL sobre la nave de TAPIZADOS PENO SL (Registro de la Propiedad de Lucena, finca 39.911, tomo 1402, libro 1096, folio 4, IDUFIR 14009000549758), ordenando su inmediata cancelación registral.

» 2º. Condene en costas a los demandados»

**SEGUNDO**.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a las demandadas para su contestación.

La Procuradora D.ª Lourdes Calderón Peragón, en nombre y representación de la entidad "TAPIZADOS PENO, S.L." presentó escrito en el que suplicó al Juzgado: «[...] nos tenga por allanados a las pretensiones deducidas por la Administración Concursal, evacuando así el trámite conferido.»

D.ª M.ª Teresa Cátedra Fernández, Procuradora de la entidad "CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA", en su escrito de contestación a la demanda, solicitó al Juzgado: «[...] desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la adversa.»

La entidad "SOFÁ CONFORT PRESTIGE, S.L." fue declarada en rebeldía

**TERCERO**.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez de Primera Instancia núm. 4 y Mercantil de Jaén dictó la Sentencia núm. 83/2011, de 16 de junio, cuyo Fallo se transcribe a continuación: «Que estimando la demanda presentada en representación de la administración concursal contra Caixa de



Catalunya, Tapizados Peno y Sofá Confort Prestige debo acordar la rescisión de la hipoteca constituida en garantía del préstamo concedido por Caixa Cataluña a Sofá Confort Prestige S.L. sobre la nave de Tapizados Peno S.L. (registral 39.911, del Registro de la Propiedad de Lucena) ordenando su cancelación registral.»

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

**CUARTO.-** La Procuradora de la entidad "CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA" apeló la Sentencia dictada en primera instancia y solicitó a la Audiencia Provincial: «[...] dicte Sentencia estimando íntegramente el presente recurso, revocando la sentencia dictada en la instancia y desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la administración concursal contra mi representado.»

**QUINTO.-** Del recurso de apelación interpuesto se dio traslado a la parte contraria.

D. Francisco R. Perales Medina, Procurador de los Tribunales y del Administrador Concursal de la entidad "TAPIZADO PENO S.L.", tras argumentar su oposición, suplicó a la Audiencia Provincial: «[...] desestime íntegramente el recurso de apelación presentado de contrario, confirmando íntegramente la sentencia número 83/2011 del Juzgado de lo Mercantil de Jaén, con imposición de costas a la parte contraria.»

La Procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Teresa Cátedra Fernández solicitó la continuación del procedimiento en nombre de la entidad "CATALUNYA BANC, S.A.", como sucesora universal de la entidad "CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA".

**SEXTO.-** La resolución del recurso de apelación interpuesto correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Jaén, que lo tramitó con el núm. de rollo 400/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la Sentencia núm. 7/2012, de 13 de enero, cuya parte dispositiva disponía: «Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y de lo Mercantil nº 4 de Jaén, con fecha 16 de junio de 2011, en autos de incidente concursal, seguidos en dicho Juzgado con el nº 58 del año 2011, debemos de confirmarla y la confirmamos íntegramente con expresa imposición de las costas procesales a la apelante.»

#### **Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación**

**SÉPTIMO.-** La Procuradora de la entidad "CATALUNYA BANC, S.A." interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, contra la Sentencia núm. 7/2012, de 13 de enero, dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación núm. 400/2011.

La interposición del recurso extraordinario por infracción procesal se fundamentó en un único motivo, cuyo enunciado fue: «Inversión de la carga de la prueba e infracción del artículo 217 de la LEC.»

El recurso de casación se basó, asimismo, en un único motivo, que a continuación se transcribe: «Primero.- Infracción de los artículos 71 y 73 de la LC.»

**OCTAVO.-** La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los Procuradores mencionados en el encabezamiento de esta resolución se dictó Auto de 15 de enero de 2013, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1.- Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Catalunya Banc, S.A. contra la Sentencia dictada, con fecha 13 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 400/2011, dimanante del incidente concursal de reintegración nº 58/2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Jaén.

» 2.- Y entréguese copias [de los] del escrito de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

**NOVENO.-** La Procuradora de la parte recurrida se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos de adverso.

**DÉCIMO.-** Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

**UNDÉCIMO.-** Mediante providencia de 23 de diciembre de 2013, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 13 de febrero de 2014, en que tuvo lugar. No se ha dictado sentencia en el plazo establecido debido a la complejidad del asunto.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena,



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Antecedentes del caso

1.- La administración concursal del concurso de la sociedad "TAPIZADOS PENO, S.L." (en lo sucesivo, TAPIZADOS PENO) interpuso demanda incidental para la rescisión de la hipoteca constituida por TAPIZADOS PENO sobre la nave de su propiedad en garantía del préstamo concedido por "CAIXA CATALUNYA" a la sociedad "SOFA CONFORT PRESTIG, S.L." (en lo sucesivo, SOFA CONFORT).

2.- Las sentencias de instancia han fijado las bases de la cuestión litigiosa, sobre las que aplicar los preceptos legales pertinentes, en los siguientes términos:

(i) CAIXA CATALUNYA había concedido el 30 de abril de 2009 sendos préstamos de 54.000 euros cada uno de ellos a SOFA CONFORT, que fueron garantizados mediante hipotecas constituidas por TAPIZADOS PENO sobre la nave industrial de su propiedad, en la que desarrollaba su actividad.

(ii) SOFA CONFORT y TAPIZADOS PENO estaban integradas en un grupo de sociedades.

(iii) SOFA CONFORT no pagó ningún plazo de la amortización de tales préstamos.

(iv) SOFA CONFORT fue constituida en 2005. En las cuentas del ejercicio 2006 presentaba fondos propios negativos de más de 59.000 euros. No depositó las cuentas anuales correspondientes a los siguientes ejercicios.

(v) TAPIZADOS PENO fue declarada en concurso el 2 de agosto de 2010.

3.- El Juzgado Mercantil de Jaén estimó la demanda. Aunque con carácter general afirmó que las garantías intragrupo no son gratuitas, en relación al ejercicio de la acción rescisoria concursal precisó que hay que distinguir la constitución de garantías reales por parte de la sociedad matriz por deudas de sus filiales, en las que sería aplicable la anterior consideración, de la garantía prestada por una filial a favor de la matriz o de otra filial del grupo (esto es, entre sociedades "hermanas"), en los que debe presumirse el carácter gratuito salvo que la sociedad que constituye la garantía reciba algún tipo de contraprestación, pues desde la perspectiva de los acreedores de la declarada en concurso nada aporta que la garantía haya beneficiado al grupo. Al tratarse en este caso de "sociedades hermanas", según afirma la sentencia, se trataría de un acto gratuito en el que sería aplicable la presunción de perjuicio.

Pero, añade la sentencia de primera instancia, al intervenir un tercero que presta el dinero y a cambio recibe una garantía, respecto de este tercero no puede extenderse la presunción de gratuidad. Ello no obsta al carácter perjudicial del acto para la masa activa, pues el patrimonio de la concursada se vio minorado por causa de la carga hipotecaria sin recibir a cambio beneficio alguno. Y CAIXA CATALUNYA, dice el juzgado, participa de culpa en la causación de tal perjuicio («no es "inocente"», dice textualmente la sentencia) pues prestó dinero a una sociedad que llevaba años sin depositar las cuentas en el Registro Mercantil y el último año que lo hizo estaba incurso en causa de disolución, consiguiendo la garantía de otra sociedad que en nada se beneficiaba de tal operación, que perjudicaba a sus acreedores que en el concurso veían como uno de los principales activos servían para satisfacer el crédito a un acreedor ajeno a la concursada.

4.- CAIXA CATALUNYA interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Jaén.

En su sentencia, la audiencia consideró acreditado el perjuicio para la masa de la concursada por haber prestado una garantía, gravando con hipoteca un bien de su patrimonio, sin recibir contraprestación de ningún tipo, tratándose de un acto extraordinario que excede de los ineludibles para el ejercicio de su actividad económica.

La constitución de la garantía, entendía la audiencia, suponía un acto oneroso perjudicial para la masa activa al estar constituyendo una hipoteca sobre el bien más valioso de la concursada para garantizar una deuda ajena de una sociedad que se encontraba en una pésima situación financiera, sin recibir contraprestación alguna pues no hay constancia de que el dinero prestado haya fluído directa o indirectamente a la concursada, por lo que aunque el acto no sea gratuito, no por ello quiere decir que no sea perjudicial para la masa, dado que el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución separada con la consiguiente merma para la masa.

Argumentaba asimismo la Audiencia que puede considerarse fraudulento todo acto que entraña disminución del patrimonio del concursado, y que ahí está el perjuicio.

Como consecuencia de ello, la Audiencia confirmó que debía cancelarse la hipoteca sin que proceda hacer restitución alguna a CAIXA CATALUNYA dado que se trató de un acto unilateral de la concursada que no recibió prestación alguna por parte de quien resultó favorecida con la garantía hipotecaria.



CAIXA CATALUNYA interpone recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra esta sentencia.

## **SEGUNDO.- Rechazo de las causas de inadmisión formuladas por la recurrida**

1.- La administración concursal de TAPIZADOS PENO ha objetado la admisión a trámite de los recursos.

La objeción a la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no se razona adecuadamente.

La primera razón de oposición a la admisión del recurso de casación es inconsistente, puesto que del texto del motivo se desprende cuál es la doctrina jurisprudencial que considera se infringe.

El resto de razones opuestas a la admisión han de rechazarse, pues parten de un rigor formal excesivo, sin virtualidad para enervar el recurso. Esta sala no otorga a la falta de aportación de la certificación de la sentencia recurrida la virtualidad de impedir el recurso, sin posibilidad de subsanación (autos de 7 de noviembre de 2009, recurso de queja núm. 345/2009, y 28 de octubre de 2008, recurso extraordinario por infracción procesal núm. 2110/2005, entre otros), ya que es un requisito que tiene su justificación en la configuración de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal que el legislador pretendió establecer inicialmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no en el régimen provisional vigente de la DF 16.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que ambos recursos se ven por el mismo tribunal (sea el Tribunal Supremo, sea el Tribunal Superior de Justicia), teniendo en cuenta, además, que en las actuaciones consta el testimonio de la sentencia recurrida.

Además, la cuestión planteada (carácter perjudicial de las garantías contextuales constituidas entre sociedades integradas en un grupo) presenta un interés casacional claro que justifica el examen de fondo de la cuestión jurídica sustantiva controvertida.

## **Recurso extraordinario por infracción procesal**

### **TERCERO.- Enunciación y fundamento del motivo del recurso**

1.- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente epígrafe: «Inversión de la carga de la prueba e infracción del artículo 217 de la LEC ».

2.- El motivo se fundamenta en que la demanda se basa en dos motivos contradictorios, la aplicación de la presunción "iuris et de iure" [del derecho y de derecho, es decir, no susceptible de prueba en contrario] del art. 71.2 de la Ley Concursal por considerar de carácter gratuito el otorgamiento de la garantía hipotecaria por parte de la concursada, y la aplicación de la presunción del art. 71.3.1 de la Ley Concursal por considerar que la hipoteca es un acto de carácter oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el deudor concursado (una sociedad del mismo grupo). Afirma también la recurrente que la sentencia rescinde la hipoteca sin que se haya acreditado el perjuicio patrimonial sufrido por la concursada.

Alega la recurrente que la sentencia se contradice pues pese a considerar el acto oneroso lo trata como si fuese gratuito al afirmar que es rescindible por no haber recibido la concursada contraprestación alguna a la hipoteca.

### **CUARTO.-Valoración de la Sala. La carga de la prueba del perjuicio patrimonial**

1.- El demandante que ejercita la acción rescisoria concursal queda relevado de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial tanto si se considera gratuito el acto cuya rescisión se pide como si se considera de carácter oneroso cuando ha sido realizado con una persona especialmente relacionada con el deudor concursado. La única diferencia es que mientras que en el primer caso no cabría prueba en contrario, en el segundo sí cabría. Pero, en uno y otro caso, no podría objetarse que se hubiera relevado al demandante de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial.

2.- Sería por tanto intrascendente si, tal como denuncia la recurrente, se hubiera rescindido la hipoteca sin que se hubiera practicado prueba sobre el perjuicio patrimonial sufrido por la concursada, puesto que tanto en uno como en otro caso el perjuicio se presumiría, en un caso "iuris et de iure" [del derecho y de derecho, es decir, no susceptible de prueba en contrario], y en el otro "iuris tantum" [solo del derecho, es decir, susceptible de prueba en contrario].

Pero en este caso, la afirmación de la recurrente no solo es irrelevante, sino que además es incorrecta, puesto que la sentencia recurrida ha considerado acreditado el perjuicio, que habría consistido en haber gravado con una hipoteca el principal bien del patrimonio de la concursada, la nave industrial donde desarrollaba su actividad, para garantizar una deuda ajena, de una sociedad que se encontraba en una pésima situación financiera, sin haber recibido contraprestación alguna.



3.- La contradicción que se atribuye a la sentencia recurrida, consistente que pese a considerar el acto oneroso lo trata como si fuese gratuito, es cuestión completamente ajena a la infracción procesal que se denuncia en el motivo.

Por otra parte, como se verá en el recurso de casación, tal contradicción, en los términos expresados en el recurso, no existe.

### Recurso de casación

#### QUINTO.- Enunciación y fundamento del motivo

1.- El único motivo de casación se encabeza con el siguiente epígrafe: «Infracción de los artículos 71 y 73 de la LC».

2.- El motivo se fundamenta en varios argumentos, que, resumidos, son: (i) Si se considera onerosa la operación no cabe su resolución (sic) sin acreditar un perjuicio patrimonial, que no existe pues el grupo societario de la concursada, y por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero en forma de varios préstamos. (ii) Fijada la onerosidad de la operación no son aplicables las presunciones de los apartados 2 y 3 del art. 71 de la Ley Concursal y es preciso analizar las prestaciones recíprocas de las partes para ver si realmente existe un desequilibrio patrimonial y un perjuicio a la masa activa que justifique su reintegración. (iii) Las prestaciones recíprocas son el otorgamiento de la hipoteca por parte de la concursada y la entrega de la suma objeto del préstamo por CAIXA CATALUNYA, lo que excluye que exista perjuicio patrimonial pues la concursada se ha beneficiado de las sumas prestadas por CAIXA CATALUNYA. (iv) El tratamiento de la operación como gratuita, pese a calificarla de onerosa, por no haber recibido la concursada nada de CAIXA CATALUNYA, es incompatible con la calificación que el Tribunal Supremo da a este tipo de operaciones. (v) Las consecuencias de la resolución (sic) deben ser la vuelta al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiere concluido; no puede desligarse la hipoteca del negocio jurídico subyacente, el préstamo al grupo empresarial, y debe declararse la resolución (sic) de toda la operación y la obligación de la concursada de restituir a CAIXA CATALUNYA, de forma simultánea, las sumas recibidas con sus intereses.

#### SEXTO.- Valoración de la Sala. Naturaleza onerosa o gratuita de la garantía a favor de tercero. El perjuicio patrimonial en las garantías intragrupo

1.- Las acciones de reintegración son instrumentos esenciales para la satisfacción de los intereses de los acreedores, que constituye la finalidad primordial del concurso. Mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la *par condicio creditorum*.

2.- Entre los actos que pueden ser objeto de las acciones de reintegración están los constitutivos de garantías reales sobre bienes inmuebles, porque implican 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. Es por ello que han de considerarse actos de carácter dispositivo sobre el patrimonio.

3.- De acuerdo con el régimen de las acciones de reintegración de la Ley Concursal, las garantías reales sobre bienes inmuebles, como es el caso de la hipoteca, prestadas por el deudor concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso pueden ser objeto de rescisión cuando constituyan un acto de disposición a título gratuito pues en tal caso el perjuicio para la masa se presume sin que sea admisible prueba en contrario ( art. 71.2 de la Ley Concursal ); cuando constituyan un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado o se hayan constituido a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, y no se pruebe la falta de perjuicio patrimonial (art. 71.3.1º y 2º); y, en general, cuando se pruebe que han causado un perjuicio para la masa activa.

Para el ejercicio de estas acciones no es preciso probar la existencia de fraude.

Ello sin perjuicio de que puedan ejercitarse otras acciones de impugnación de las garantías constituidas por el deudor, no necesariamente dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que procedan conforme a Derecho, de acuerdo con las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene la propia Ley Concursal (actual art. 71.7, en relación al 72, de la Ley Concursal).

4.- Por garantía a favor de tercero se entiende la constituida para garantizar el cumplimiento de una obligación en la que el obligado principal es una persona ajena al que presta la garantía personal o real. El art. 1822 del





Código Civil prevé en su primer párrafo que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este. El art. 1857 "in fine" del Código Civil prevé que las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes. Se trata en ambos casos de garantías constituidas a favor de terceros, en un supuesto de carácter obligacional y en otro de carácter real.

**5.-** Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza.

En la sentencia núm. 487/2013, de 10 de julio, afirmamos que en la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" ( art. 71.2 de la Ley Concursal ) y "[actos] dispositivos a título oneroso" ( art. 71.3.1º de la Ley Concursal ) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría.

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 correspondiente a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.

**6.-** Que la garantía constituida en favor de tercero sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en el art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario.

Resulta favorecido por la constitución de la garantía el acreedor, pues aumenta la calidad de su crédito al poder dirigirse contra otro patrimonio, en la fianza personal, o contra bienes ajenos al deudor mediante un procedimiento de ejecución, con posibilidad de persecución "erga omnes" [frente a todos] y preferencia para el cobro del crédito garantizado, en la garantía real. Pero también resulta favorecido el deudor principal, puesto que la constitución coetánea de esa garantía posibilita la concesión de crédito y favorece su posición.

Por tanto, la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.1 de la Ley Concursal se aplica a la garantía constituida para garantizar, valga la redundancia, la obligación contraída por una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que la garante, puesto que se trata de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el garante declarado posteriormente en concurso, en la medida en que recibe el crédito ( art. 93.2.3º de la Ley Concursal ).

**7.-** El juego de esta presunción "iuris tantum" pierde importancia en el caso objeto del recurso porque los tribunales de instancia han considerado probada la existencia de perjuicio patrimonial, que consistiría en que la sociedad garante no ha recibido atribución ni beneficio patrimonial alguno en el negocio respecto del que ha constituido la garantía hipotecaria, por lo que no sería preciso acudir al juego de la presunción para establecer la existencia de perjuicio.

Ahora bien, la recurrente impugna también este extremo de la sentencia recurrida, pues considera que la existencia de grupo excluye el perjuicio patrimonial en las garantías "intragrupos" pues la sociedad garante se beneficia de las sumas prestadas a otra sociedad del grupo.

**8.-** El perjuicio para la masa consiste en el sacrificio patrimonial injustificado del deudor que posteriormente es declarado en concurso.

Para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, constituirá la masa activa de dicho concurso, ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución 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.

**9.-** En las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía.



Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por sí sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del "interés de grupo" para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el "interés del grupo" pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.

Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un "patrimonio de grupo", ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo.

No puede aceptarse por tanto la afirmación de la recurrente de que no existe perjuicio para la masa porque el grupo societario de la concursada y, por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero por los préstamos con relación a los cuales se constituyeron las hipotecas. El dinero lo ha recibido la otra sociedad. No lo ha recibido "el grupo", que carece de personalidad como tal, ni la concursada, que se limitó a hipotecar su nave industrial para garantizar el préstamo concedido a la otra sociedad, y las sentencias de instancia consideran probado que la concursada no recibió contraprestación alguna, pues tales préstamos no sirvieron siquiera para que la prestataria saldara la deuda que mantenía con la garante, la posteriormente declarada en concurso.

Por otra parte, sería un contrasentido que la misma circunstancia que sirve de fundamento a la presunción "iuris tantum" de perjuicio, como es el carácter "intragrupo" de la garantía prestada, sea la que excluya la existencia de perjuicio por entender que el mero interés de grupo lo excluye.

**10.-** En consecuencia, la constitución de una hipoteca por parte de la concursada sobre la nave industrial de su propiedad, en la que desarrollaba su actividad industrial, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin recibir contraprestación alguna, directa ni indirectamente, constituye un acto dispositivo oneroso que ha causado un perjuicio patrimonial al deudor declarado en concurso y por tanto susceptible de rescisión.

Por lo expuesto, no puede considerarse que la declaración de rescisión de la hipoteca constituida por la concursada a favor de otra sociedad incurra en infracción legal alguna.

#### **SÉPTIMO.- Los efectos de la acción rescisoria concursal**

**1.-** La recurrente impugna también la consecuencia que la sentencia recurrida, confirmatoria de la dictada por el juzgado, ha atribuido al éxito de la acción rescisoria, consistente en la cancelación de la hipoteca constituida en garantía del préstamo concedido por CAIXA CATALUNYA a SOFA CONFORT.

Alega la recurrente que la consecuencia de la estimación de la acción rescisoria concursal debería ser la vuelta al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiere concluido pues no puede desligarse la hipoteca del negocio jurídico subyacente, el préstamo al grupo empresarial, y debe declararse la resolución (sic) de toda la operación y la obligación de la concursada de restituir a CAIXA CATALUNYA, de forma simultánea, las sumas recibidas con sus intereses.

**2.-** El art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».

Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción.

**3.-** Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía.

No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente. Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo, que ha



sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real.

Esta solución de la escisión no es excepcional en el régimen de reintegración del concurso, puesto que la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal.

El préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es declarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante.

4.- Por otra parte, no puede accederse a la pretensión de la recurrente en el sentido de que la masa del concurso restituya al acreedor el importe del préstamo garantizado con la hipoteca, puesto que el origen del crédito garantizado no se halla en el acto rescindido, y el concursado no era el obligado a devolver tal préstamo, por lo que la rescisión no justifica el nacimiento de una deuda restitutoria en el concurso del garante. Además, acordar tal restitución como efecto de la rescisión puede suponer incluso un empeoramiento de la condición del garante respecto de la situación anterior a la rescisión que pugna con la naturaleza y finalidad del régimen de reintegración del concurso.

5.- Los argumentos que se oponen a que, a efectos del ejercicio de la acción rescisoria concursal, pueda escindirse la garantía del negocio respecto del que se constituye, afirmando que se afecta a la base del negocio puesto que se alteran los presupuestos sobre los que el acreedor prestó el consentimiento, ya que no habría otorgado crédito sin obtener la garantía, no son relevantes en una situación como la concursal, en la que las soluciones a adoptar son diferentes de las que procederían si no se hubiera declarado el concurso, pues se alteran gravemente las relaciones jurídicas que afectan al concursado, y sus acreedores resultarán por lo general perjudicados de un modo o de otro. Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre deuda ajena, e impone que para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito garantizado.

Además, otro tanto podría afirmarse de los acreedores que ven afectado severamente su derecho de crédito como consecuencia de la declaración del concurso, que son la mayoría, cuando no la totalidad, de los acreedores concursales, que lógicamente tampoco habrían prestado su consentimiento a la celebración del negocio si hubieran sabido que el deudor sería declarado en concurso.

6.- El perjuicio para la masa, porque el patrimonio del deudor sufrió un sacrificio patrimonial injustificado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso o se afectó injustificadamente la *par condicio creditorum*, se erige en un criterio fundamental para privar de eficacia a negocios jurídicos y actos que de otro modo serían plenamente eficaces, en aras del interés del concurso.

El acreedor que ve rescindida su garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando frente a su deudor las medidas que sean pertinentes con base en la obligación principal, desprovista de la garantía rescindida. Ello le supone un sacrificio evidente, pero la declaración de concurso conlleva sacrificios a los acreedores del concursado y, en general, a quienes ostentan frente a él algún derecho.

7.- Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de casación formulado y confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial, aunque sea, en parte, por fundamentos diferentes de los expuestos en la sentencia recurrida.

#### **OCTAVO .- Costas y depósitos**

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- También procede acordar la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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





## FALLAMOS

1.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad "CATALUNYA BANC, S.A." contra la Sentencia núm. 7/2012, de 13 de enero, dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación núm. 400/2011, dimanante de las actuaciones incidente concursal núm. 58/2011, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 y Mercantil de Jaén.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del 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 Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Saraza Jimena, 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.

## Voto Particular

**VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .**

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia nº 100, de 14 de mayo de 2014 (Recurso nº 745/2012), así como los fundamentos jurídicos primero al quinto, e igualmente su parte dispositiva en cuanto desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Catalunya Banc S.A.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La referida sentencia -de cuya fundamentación discrepo, con absoluto respeto a la opinión mayoritaria de la Sala- aun cuando viene, en definitiva, a desestimar los recursos formulados por Catalunya Banc S.A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª) de fecha 13 de enero de 2012 (Rollo de Apelación nº 400/2011) -solución que comparto- lo hace apoyándose en una doctrina que se contiene en el fundamento de derecho sexto, apartado 5, párrafo último, de la cual discrepo por las razones que se expresan a continuación.

**SEGUNDO.** - Mi disconformidad se concreta en que, según la referida doctrina y siguiendo literalmente lo expresado por la sentencia, *«salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente 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 correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero»*.

Entiendo que no cabe afirmar que por tal circunstancia haya que atribuir por sí carácter oneroso a la hipoteca constituida sobre bien propio para garantizar el cumplimiento de una deuda ajena, pues el titular del bien gravado no ha recibido por ello -como ha ocurrido en el presente caso- beneficio patrimonial alguno.

Con independencia de los diferentes motivos que pueden llevar a realizar la disposición patrimonial que supone la constitución de una garantía hipotecaria sobre un inmueble propio en relación con un préstamo concedido a un tercero, aunque se trate de sociedades de un mismo grupo, entiendo que ello supone un acto de carácter gratuito y como tal ha de calificarse a los efectos previstos en el artículo 71.2 de la Ley Concursal, pues se reitera que nada recibe a cambio el concursado que lo realizó y de ese modo ninguna compensación se produce en su patrimonio mediante ingreso en el mismo que pueda favorecer a los acreedores para el cobro de sus créditos; principio que está presente en toda la regulación que se contiene en el artículo 71 de la Ley Concursal.

En consecuencia, el motivo de la constitución de la garantía en casos como el presente coincide con la finalidad de favorecer a una empresa del mismo grupo que así accede al crédito sin que quizás pudiera hacerlo en otro caso; igual que -incluso en mayor medida- habrá motivo justificado cuando el padre garantiza con una hipoteca sobre el inmueble de su propiedad el préstamo concedido a su hijo que lo necesita, pero ello no afecta a la causa gratuita de dicho negocio jurídico que, desde luego, está presente, resultando en definitiva claramente perjudicial tal negocio para los acreedores del concursado.

**TERCERO.-** En definitiva, considero que en el caso resulta fundamental la distinción de dos conceptos separados: a) la causa del negocio jurídico de constitución de hipoteca para garantía de una obligación ajena, sin efectiva contraprestación, que ha de considerarse como gratuita a los efectos previstos en el artículo 71.2



de la Ley Concursal ; y b) los motivos que llevan a gravar el bien propio en el caso concreto, que quedan fuera del concepto de la causa y que, en absoluto, pueden ser esgrimidos en perjuicio de los acreedores del concursado.

Así cabe deducirlo de algunos pronunciamientos de esta Sala. Así:

a) La sentencia núm. 1222/2004, de 17 diciembre, según la cual *«este precepto ( art. 1261.3 CC ) se refiere a la causa en sentido objetivo, a la que aluden las resoluciones de esta Sala diciendo que es el fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad (SS. 8 julio 1983 y 25 febrero 1995), la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato, siendo determinante de su realización (S. 17 abril 1997). Dicha causa genérica y objetiva -causa del contrato- se define e identifica por la función económico-social, o práctica, del contrato, que es la razón que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico ....»*, y

b) La Sentencia núm. 788/2003 de 21 julio que, con cita de la de 3 febrero 1981, dice que *«aun operando en el campo de la causa concreta del contrato ésta ha de ser separada del móvil meramente individual y oculto que abriga cualquiera de los otorgantes de lo que es propiamente el móvil incorporado a la causa y como tal integrado en el acuerdo bilateral, ya que por mucho que se acentúe el aspecto o criterio subjetivista siempre será menester, para llegar a causalizar una finalidad concreta que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo según tiene declarado esta Sala en sentencia de 16 de febrero de 1935 , seguida por las de 20 de junio de 1955 , 17 de marzo de 1956 , 30 de enero de 1960 , 23 de noviembre de 1961 , 27 de febrero de 1964 y 2 de octubre de 1972 , entre otras, de suerte que la causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que anima a cada contratante en su proceder , (...) Finalmente, como explica la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1998 "a la vista del artículo 1274 del Código civil se ha mantenido reiteradamente que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico y, por ende, del contrato, es un concepto objetivo. El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición...»*

**CUARTO.-** Por todo ello coincido parcialmente con la fundamentación y plenamente con la parte dispositiva de la sentencia dictada por la Sala en tanto que desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, si bien considero que a tal solución debió llegarse mediante los razonamientos anteriormente expuestos.

Dado en Madrid, a 30 de abril de 2014.

**Antonio Salas Carceller**

8

Voto Particular

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Sastre Papiol, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .**

Con el mayor respeto para el criterio mayoritario expresado en la Sentencia, discrepo del mismo, y formulo el siguiente voto particular:

**Primero.- Antecedentes.**

No se discrepa de los consignados en la sentencia (Fundamento de Derecho Primero), pero quiero significar lo siguiente:

a) Se destaca en el apartado 4º del relato de la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, que la hipoteca que finalmente se rescinde recaía sobre el *"bien más valioso de la concursada para garantizar una deuda ajena de una sociedad que se encontraba en una pésima situación financiera, sin recibir contraprestación alguna pues no hay constancia de que el dinero prestado haya fluido directa o indirectamente a la concursada, por lo que aunque el acto no sea gratuito, no por ello quiere decir que no sea perjudicial para la masa, dado que el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución separada con la consiguiente merma para la masa"*.

b) Tal antecedente lleva a que en el Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 2, párrafo segundo, de la sentencia discrepante, afirme que sobre la cuestión planteada por el recurrente acerca de que no se haya practicado prueba del perjuicio, la cuestión es irrelevante, además de incorrecta, *"puesto que la sentencia recurrida ha considerado acreditado el perjuicio que habría consistido en haber gravado con una hipoteca el principal bien del patrimonio de la concursada..."* . Igualmente la *questio facti* de la sentencia de la Audiencia condiciona la sentencia resolutoria del recurso de casación al señalar esta última, en el Fundamento de Derecho Sexto, apartado 7, que el juego de la presunción *"iuris tantum"* del perjuicio a que se refiere el art. 71.3.1



"pierde importancia en el caso objeto del recurso porque los tribunales de instancia han considerado probada la existencia de perjuicio patrimonial, que consistiría en que la sociedad garante no ha recibido atribución ni beneficio patrimonial alguno en el negocio respecto del que ha constituido la garantía hipotecaria, por lo que no sería preciso acudir al juego de la presunción para establecer la existencia de perjuicio".

c) Comparto plenamente la argumentación del último párrafo del apartado 5 del Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia, según la cual: " *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 este, 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* ".

Lo que lleva a afirmar a continuación que la garantía a favor de tercero, aún onerosa, no excluye la existencia de perjuicio patrimonial, tratándose como se trata de un supuesto previsto en el art. 71.3.1 LC, si bien cabe prueba en contrario, pues el precepto "se aplica a la garantía constituida para garantizar, valga la redundancia, la obligación contraída por una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que la garante..." ( art. 93.2.3º LC ).

Pero, como hemos destacado anteriormente, la "questio facti" del Tribunal de apelación, la prueba de la presunción "iuris tantum" ha perdido ya importancia porque ha considerado probada la existencia de perjuicio patrimonial, al no recibir la sociedad garante atribución ni beneficio patrimonial alguno.

d) Sin embargo, el recurrente impugna la anterior conclusión de la sentencia de la Audiencia Provincial, pues considera que la existencia del grupo (el interés del grupo) excluye el perjuicio patrimonial en las garantías intragrupo, pues la sociedad garante se beneficia de las sumas prestadas a otra sociedad del grupo.

#### **Segundo.- Cuestiones que son objeto de discrepancia.**

Varios son los criterios expresados en la sentencia que no comparto, con todo mi respeto, para mis compañeros.

*Primera* .- Si las garantías contextuales por deuda ajena, es decir, aquellas prestadas simultáneamente por la concursada (garante) a favor del acreedor con ocasión de conceder una operación de préstamo a una filial o sociedad perteneciente a un grupo empresarial de la garante, pueden ser objeto de rescisión, dejando subsistente la operación garantizada.

*Segunda* .- Si la simple existencia de un grupo de sociedades es por sí sola justificativa de la existencia de una atribución o beneficio patrimonial, que descarte el perjuicio.

*Tercera* .- Supuesto de que exista perjuicio o acreditado el perjuicio, como es el caso, cuales son los efectos de la rescisión.

*Cuarta* .- La subsunción del perjuicio en el supuesto contemplado en el art. 71.3.1º LC .

#### **Tercero.- Las garantías contextuales por deuda ajena. El interés del grupo. La causa del negocio. La restitución recíproca de las prestaciones.**

1. Sin dificultad debemos admitir la posibilidad de rescisión en sede concursal de las garantías prestadas en los supuestos contemplados en el art. 71.3.2º LC ( *garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución e aquéllas* ), pues en el negocio originario la garantía no formaba parte del mismo. Se trata de operaciones que refuerzan la posición del acreedor, y se presume un perjuicio "iuris tantum" en cuya prueba, a cargo del acreedor, debe destruir tal presunción acreditando una mejora para el deudor, bien sea una ampliación significativa del crédito, bien una prórroga, o ambas simultáneamente.

2. Pero en las garantías contextuales es más que controvertida su rescisión autónoma, dejando subsistente el negocio principal, en este caso, el préstamo.

Sin duda el negocio nace de una relación trilateral: deudor-acreedor (el préstamo), fiador-acreedor (hipoteca) y deudor-fiador (relación intragrupo). Sin mediar esta última relación, de carácter jurídico o económico de grupo, (no voy a entrar en el fragmentado tratamiento legal de los grupos, como afirma la doctrina) la operación podría no se hubiera llevado a cabo, pero, -es lo más importante-, finalmente se realiza precisamente por el otorgamiento de la garantía.

Es obvio que entre los dos actos jurídicos, el préstamo y la garantía hipotecaria, existe un nexo de causalidad jurídica, uno es consecuencia del otro, por lo que constituye su base y fundamento. Uno es causa del otro,



pues sin garantía no hay préstamo: bien descansa la causa como función económica-social, bien como fin del contrato, el negocio jurídico debe recibir la protección del ordenamiento jurídico. Con acierto se ha señalado en esta sentencia que, en este supuesto, el contrato y su garantía, es oneroso y, conforme el art. 1274 CC, en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte. Para entender el verdadero alcance o significado de la causa, como razón de ser del contrato, como señala la STS de 19 de noviembre de 1990, no puede omitirse el paso que en toda esa configuración debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, pues de esta forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado.

**3.** La STS núm. 638/2013, de 18 de noviembre ha reafirmado, desde un plano satisfactivo del cumplimiento, los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que, por lo general, "se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, ya expresa o conocida por ambas partes, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo", lo que "concuera, por lo general, con las expresiones al uso y en relación a la privación sustancial de "todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato celebrado, o, en terminología más jurisprudencial, respecto al frustración del "fin práctico" perseguido, de la "finalidad buscada" o de las "legítimas expectativas" planteadas" (con cita de sentencias, a título ejemplificativo de 20 de noviembre de 2012 resaltando el papel de la doctrina de la base del negocio como criterio de interpretación contractual, STS núm. 165/2013, de 26 de marzo de 2013 para la calificación del contrato celebrado y la núm. 226/2013, de 12 de abril para la determinación del objeto contractual proyectado).

Por tanto, como señalamos, existe una absoluta presunción de onerosidad cuando la garantía se presta simultáneamente (contextualmente) al nacimiento del crédito. En este caso el sacrificio del acreedor constituido por la concesión del crédito representa el correspectivo, no sólo de la obligación del deudor (prestatario), sino también de la garantía prestada por el tercero.

Por cuando precede no puedo llegar a otra conclusión que la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión de un préstamo, dejando subsistente el préstamo, supone lesionar los elementos esenciales del negocio, su *causa*, según se ha visto, y el *consentimiento* prestado en la celebración del negocio (artículos 1261.1º y 1262 del Código Civil).

**4.** Por ello, si se entiende que la garantía prestada por el garante concursado es perjudicial para la masa activa, debe rescindirse la total operación y aplicar los efectos previstos en el art. 73.1º LC, conforme al art. 1295 Cc, la restitución recíproca de las prestaciones que "sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado", restitución recíproca a la que se refiere el precepto concursal. Como tal deudor solidario que es el fiador real, tendrá el derecho de repetición o crédito de reembolso contra el prestatario deudor.

**5.** No participo de la levedad compensatoria que se declara en la sentencia -consecuencia de la rescisión de la garantía- según la cual "el acreedor que ve rescindida la garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando las medidas que sean pertinentes con base a la obligación principal".

Naturalmente, uno de los principales efectos que conlleva la rescisión de la garantía es la "pérdida del plazo" del deudor a que se refiere el art. 1129.3º CC, que el acreedor podría hacer valer en el supuesto contemplado.

Pero sigo entendiendo que esta facultad es la consecuencia del crédito del reembolso que le asiste al garante. Por ello, en la praxis judicial, hemos examinado las postulaciones de la administración concursal en asuntos como el que es objeto del recurso, entablando también la acción contra el deudor de la operación principal, juntamente con la del acreedor, atendida su conexidad, solicitando simultáneamente el vencimiento del plazo de la misma, lo que es congruente con la posición que se mantiene en este voto particular. Como también podría el acreedor demandado por la administración concursal plantear una reconvencción en la que se codemandara y llevara a juicio al deudor principal, conforme prevé el art. 407.1 LEC.

La simple objeción de que no se ha planteado ninguna acción contra el deudor principal, ajeno al concurso, es inane. Si existe grupo, existe vinculación, conexidad jurídica o económica. En todo caso, ciertamente, no es una alternativa a la que se haya acogido el acreedor demandado.

**6.** No es ocioso efectuar algunas consideraciones en torno a subsumir el caso concreto del recurso, al supuesto previsto en el art. 71.3.1º LC, como acto presuntivo de perjuicio, *iuris tantum*.

Estimo que el supuesto contemplado no se halla entre los actos impugnables en base al precepto, pues el "destinatario del acto de disposición" (la hipoteca) no es la sociedad del grupo (especialmente relacionada con el garante) sino su acreedor.



Sin embargo, en el presente caso, el tema ha perdido interés, pues como he dejado consignado en los "Antecedentes", el perjuicio fue probado en la instancia, y han sido inútiles las argumentaciones del recurrente para probar que no lo hubo. Pese a ello, hubiera sido más adecuado subsumir el "factum" en el apartado 4º del art. 71 ( *cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria* ). El perjuicio fue acreditado en la instancia.

7. Por último, debo concluir que de no tener en cuenta la vinculación económica o jurídica de dos empresas del grupo, -la garante concursada y la deudora principal-, como elemento suficiente para la existencia de una atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de las garantías contextuales, o que, de existir perjuicio, se le reconozca el derecho a la restitución con cargo a la masa, conforme al art. 73 LC, puede suponer una restricción tanto cuantitativa en la concesión de crédito por parte de los profesionales del sector financiero, como también una restricción cualitativa en tanto que supone obligar a las entidades de crédito descartar su concesión a personas físicas o jurídicas pertenecientes a un mismo grupo que, por si solas, no tengan una solvencia autónoma e independiente, sin tener en cuenta las garantías tradicionales, fianza, prenda e hipoteca entre empresas del mismo grupo. Esta dirección es contraria a las últimas reformas de la normativa concursal, me refiero a la potenciación legislativa a favor de los convenios de refinanciación y su homologación, previstos en el RDL 4/2014, de 7 de marzo, que incluso permite garantías, no solo para las nuevas facilidades crediticias que se concedan sino para las obligaciones preexistentes, o las que han podido ser novadas. En estos casos, tales acuerdos y sus garantías ya no se podrán rescindir en base al art. 71.3, sino tan sólo en los supuestos previstos en el nuevo apartado 2 del art. 72 en relación con el art. 71 bis 3 LC.

Por ello, procedía revocar, en parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén y, acreditado el perjuicio, como se afirma en la instancia, resolver la operación en su integridad, el préstamo y la garantía hipotecaria prestada por la concursada, con reconocimiento para el acreedor del crédito restitutorio con cargo a la masa, conforme establece el art. 73.3 LC.

Dado en Madrid, a 30 de abril de 2014.

Sebastian Sastre Papiol