



Roj: **STS 2958/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2958**

Id Cendoj: **28079110012015100354**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2015**

Nº de Recurso: **1912/2013**

Nº de Resolución: **294/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 1436/2013,**
STS 2958/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres 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^a. Joana Socías Reynes en nombre y representación de la Administración Concursal de D. Torcuato , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 24 de junio de 2013 , dimanante del Incidente Concursal 6/2011, Concurso Abreviado 308/2010, que a nombre de la Administración concursal de D. Torcuato y D^a Clemencia , se siguen ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca.

Es parte recurrida D. Torcuato , representado por la procuradora Doña Beatriz Ruano Casanova.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora D^a. Joana Socías Reynes en nombre y representación de la Administración concursal de D. Torcuato y D^a Clemencia , formuló demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción de reintegración de la masa activa, contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Las Baleares "Sa Nostra", Piqalba Properties, S.L., D. Alexander , D^a Flor , D. Torcuato y D^a Clemencia , en la que suplicaba lo siguiente: " *[...] se dicte sentencia por la cual:*

A.- Se declare la rescisión y consiguiente ineficacia de la fianza prestada por D. Torcuato y de la fianza prestada por D^a Clemencia a Piqalba Properties, S.L., frente a la entidad Caja de Ahorros de las Baleares "Sa Nostra" en la póliza de préstamo nº 6.627.716-43 de fecha 12 de febrero de 2009 intervenida por el Notario de Palma D. Andrés Isern Estela (acompañada por copia como Documento 2 de la demanda); declarándose en consecuencia y en cualquier caso que D. Torcuato y D^a Clemencia no vienen obligados a responder de la deuda a que se refiere dicha póliza de préstamo.

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

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 Don Torcuato , D^a Clemencia , D. Alexander , D^a Flor y Piqalba Properties, formuló escritos allanándose a la demanda.



2. El procurador D. Juan María Cerdó Frías en nombre y representación de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares "Sa Nostra", presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dicte sentencia por la que:

1. Se desestime íntegramente la demanda interpuesta por la parte actora contra mi principal, absolviendo a mi principal de todo pedimento.

2. Se impongan a la parte actora las costas derivadas de la presente instancia".

3. El Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma de Mallorca, en el Incidente Concursal 6/2011, Concurso Abreviado 308/2010, dictó Sentencia número 305/2012, de fecha 5 de noviembre de 2012, 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. Torcuato, D^a Clemencia, D^a Flor, D. Alexander, Piqalba Properties, S.L y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Las Baleares:

1. Declarando la rescisión y consiguiente ineficacia de la fianza prestada por D. Torcuato y D^a Clemencia a Piqalba Properties, S.L. frente a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares en la póliza de préstamo n^o NUM000 de fecha 12 de febrero del año 2009, declarando que D. Torcuato y D^a Clemencia vienen obligados a responder de la deuda a que se refiere dicha póliza;

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. Torcuato, D^a Clemencia, Piqalba Properties S.L., D. Alexander y D^a Flor, 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 la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares "Sa Nostra". La representación de D. Torcuato y la representación de la Administración Concursal de D. Torcuato y otros, se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que dictó Sentencia número 271/2013 de fecha 24 de junio de 2013, cuya parte dispositiva decía:

"1) Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Juan Cerdó Frías, en representación de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares (Sa Nostra), contra la sentencia de fecha 5 de noviembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n^o 2 de esta Capital, en el incidente concursal n^o 6/2011 del Concurso Voluntario n^o 308/2010, de que dimana el presente Rollo de Sala; cuya resolución en parte se revoca; y en su virtud,

2) Que, estimando parcialmente la demanda incidental formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a Joana Socías Reynés, en representación de la Administración concursal en el concurso de D. Torcuato y D^a Clemencia, contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares (Sa Nostra), la entidad Piqalba Properties, S.L, D. Alexander, D^a Flor, y contra los concursados D. Torcuato y D^a Clemencia:

1. Declaramos la rescisión y consiguiente ineficacia de la fianza prestada por D^a Clemencia a la entidad Piqalba Properties, S.L. frente a la Caja de Ahorros de Baleares -Sa Nostra, en la póliza de préstamo de fecha 12 de febrero de 1009, n^o NUM000, y que la Sra. Clemencia no viene obligada a responder de la deuda a que se refiere dicha póliza.

2. Condenamos a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

3) Desestimamos la demanda, declarando no haber lugar a la acción rescisoria interpuesta respecto de la fianza prestada por D. Torcuato en relación con el mismo préstamo y entidad bancaria; y absolvemos a los demandados en este extremo.

No procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas en la instancia

4) No se hace expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

5. La representación de la Administración concursal de D. Torcuato, 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. 469.1.2º LEC por infracción de las normas reguladoras de las sentencia, art. 218.1 LEC . La infracción que se denuncia determina la nulidad de la decisión de la Audiencia Provincial de considerar que el Sr. Torcuato es administrador de hecho de la entidad Piqalba (sic) Properties S.L., decisión que a su vez ha provocado la determinación del acto enjuiciado como oneroso.

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. 1823 CC y 441 CdCom.

SEGUNDO.- Infracción del art. 93.2 LC por inaplicación en relación a la no consideración de la sociedad Piqalba Properties, S.L. como persona especialmente relacionada con el concursado.

TERCERO.- Infracción de la Jurisprudencia sobre el administrador de hecho y especialmente la que declara que el apoderamiento no se puede equipar de plano y de forma automática al administrador de hecho."

6. Por Diligencia de ordenación de 4 de septiembre 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. Torcuato . Y, como recurrido, la procuradora Dª. Beatriz Ruano Casanova en nombre y representación de D. Torcuato .

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. Torcuato , contra la sentencia dictada, en fecha 24 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 179/2013 , dimanante de los autos de los autos de incidente concursal nº 6/2011, 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 las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que formalicen 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. Torcuato , 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 7 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.

Para la resolución del presente recurso son necesarios la exposición de los siguientes antecedentes acreditados en la instancia:

1. La administración concursal de D. Torcuato y Doña Clemencia , al amparo del art. 71 LC ejercitó una acción de reintegración solicitando que se declarara la ineficacia de la fianza prestada por los concursados, los cónyuges Torcuato Clemencia , a Piqalba Properties, S.L. respecto del préstamo concedido a dicha sociedad por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares (Sa Nostra), el 12 de febrero de 2009. Los avales, señaló, son un acto rescindible, que debe ser calificado de gratuito, por lo que es de aplicación el art. 71.2 LC , al no obtener los fiadores ninguna contraprestación. Subsidiariamente, de calificarse la fianza como acto oneroso, se trataría de un acto realizado por persona especialmente relacionada con el concursado, de acuerdo con el art. 71.3.1º LC , en relación al art. 93.2.1º LC .

2. Contestó Sa Nostra oponiéndose a la rescisión de la garantía, negando que la fianza fuera gratuita, dados los efectos que la operación llevó consigo al grupo Ucogroup, pues la operación de préstamo sirvió para adquirir la gestión de la clínica Femenías, dotándole de liquidez para afrontar los primeros pagos mientras no se cobrara directamente de las compañías de seguros. Además, el Sr. Torcuato se dedicaba a explotar las clínicas, en su actividad médica y de rehabilitación. Alegó que no se ha probado ningún perjuicio para los fiadores, que



fueron, además, socios fundadores de la prestataria y actualmente participan en el capital social de Píqalba Properties, su hija y su yerno. Añadió la demandada que tampoco es de aplicación el art. 71.3.1º LC porque los concursados son personas naturales por lo que es de aplicación el art. 93.1 LC, pues, entre los supuestos allí previstos, no se encuentran las personas jurídicas.

3. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca estimó la demanda, declaró rescindida la fianza prestada por los consortes Torcuato Clemencia, concursados, a Píqalba Properties, S.L. frente a Sa Nostra en la póliza de préstamo concedida a la sociedad.

Entendió que la fianza representa un acto perjudicial para los acreedores de los concursados en la medida en que determina una eventual disminución del patrimonio de los deudores, y del supuesto de autos no resulta que la fianza fuera onerosa ni que de ella resultara un beneficio para los concursados.

4. La sentencia dictada en trámite de apelación por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revocó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil y no dio lugar a la acción rescisoria respecto de la fianza prestada por D. Torcuato en relación al préstamo concedido por Sa Nostra, pero dio por rescindida la fianza prestada por Doña Clemencia al no haber sido combatida en el recurso de apelación.

Analizando el material probatorio, la Sala no compartió los razonamientos jurídicos del Juzgado "a quo", pues entendió, en su fundamento de derecho segundo, que la fianza fue onerosa, contextualmente otorgada con ocasión de un préstamo ICO para circulante para pequeñas y medianas empresas. Señaló " que el Sr. Torcuato ya era socio de la entidad, cuando menos desde el 18 de enero de 2006, y de Uco Rehabilitación, S.L." ; que en modo alguno la fianza fue un acto gratuito, pues " del préstamo se benefició el Dr. Torcuato en sus actividades médico-sanitarias, que se reservaba la gestión, como apoderado general de la entidad prestataria, desde el 2 de octubre de 2009, en realidad como administrador de hecho de la Sociedad aludida, en los intereses económicos y sociales evidentes desde su fundación; que a 12 de febrero de 2009 además el Sr. Torcuato era socio al 16'66% de la entidad; que el préstamo era para gestionar la Clínica Femenías, a dirigir y controlar por el Sr. Torcuato, al igual que otras clínicas y/o residencias, directa o indirectamente, que no queda acreditado daño patrimonial para la masa activa de los fiadores concursados, ni sobre la naturaleza del crédito ni sobre los posibles derechos de cobro a tenor de las contraprestaciones; que no es aplicable al caso el art. 93 LC entre fiador concursado, persona natural, pues afianza a una persona jurídica; y en cuando que el Sr. Torcuato vincula sus actividades profesionales en el tráfico jurídico de la prestataria, utiliza las instalaciones de ésta, facturando a ésta y a terceros, en su beneficio propio; y además como socio y apoderado, que justifican su sacrificio patrimonial en la reciprocidad acreditada de intereses y en la continuación de la actividad propia, y más allá de una mera relación de parentesco (yerno e hija). Es más, el testigo Sr. Ezequias, Director de Sa Nostra, se reunió con los Sres. Torcuato, Alexander y esposa, en gestión del préstamo visitó al primero en la Clínica Femenías, regentada por Píqalba, a quien facturaba el Dr. Torcuato en interés y beneficio propio, al igual que lo tenía como propietario de Ciudad Jardín igualmente regentada por Píqalba Properties, S.L. "

Consideró el Tribunal que no hubo perjuicio para la masa activa de los fiadores con cita de las SSTs de 27 de octubre de 2010, 26 de octubre de 2012 y 8 de noviembre de 2012, pues la fianza no supuso un sacrificio patrimonial injustificado, ya que el préstamo sobre el que se ha otorgado el aval supuso la explotación de una industria geriátrica con la adquisición del inmueble en el que se ubica, un establecimiento preparado para una actividad relacionada con la profesión médica del concursado.

I.- RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Formulación del motivo único:

Se formula en los siguientes términos: "a l amparo del art. 469.1.2º LEC por infracción de las normas reguladoras de las sentencias, art. 218.1 LEC. La infracción que se denuncia determina la nulidad de la decisión de la Audiencia Provincial de considerar que el Sr. Torcuato es administrador de hecho de la entidad Píqalba (sic) Properties S.L., decisión que a su vez ha provocado la determinación del acto enjuiciado como oneroso".

El recurrente impugna la consideración del Sr. Torcuato como administrador de hecho de Píqalba, porque este hecho, no ha formado parte del objeto del proceso. Considera que la Sala de apelación no pudo resolver ex novo sobre unos hechos, adquiriendo los mismos el "estatus" de hechos probados, porque ello causa indefensión a las partes.

Denuncia que no habiendo sido ni alegados ni fundamentados los hechos por los que se puede considerar al Sr. Torcuato como administrador de hecho durante el procedimiento, se produce un grave quebranto al principio de congruencia, pues, a su parecer, se estima el recurso de apelación interpuesto por Sa Nostra con base en unos hechos que no forman parte de la controversia y se entiende que la fianza del Sr. Torcuato a favor de Píqalba es un acto oneroso.



TERCERO.- *Desestimación del motivo*

1. El art. 218.1 LEC establece la congruencia que deben guardar las sentencias sin apartarse de la causa de pedir. Según constante jurisprudencia de esta Sala recogida, entre las más recientes, en SSTs de 5 de junio de 2013, RC 1450/2009 ; de 30 de abril de 2012, RC 652/2008 ; de 26 de marzo de 2012, RC 1185/2009 ; de 29 de enero de 2012, RC 2127/2009 ; de 7 de noviembre de 2011, RC 1430/2008 ; de 10 de octubre de 2011, RC 1331/2008 ; de 26 de octubre de 2011, RC 1345/2008 ; de 26 de mayo de 2011, RC 435/2006 y 23 de marzo de 2011, RC 2311/2006 ; el principio de la congruencia proclamado en el artículo 218.1 LEC exige que la sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente motivada que sea procedente.

La congruencia consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas -teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir]-entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos de demanda y contestación -no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos- que constituyen su objeto, dándose la congruencia allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, sin que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser finalidad, la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio.

Una de las variantes de la incongruencia es la *extra petita* [al margen de lo solicitado] que consiste en el cambio de la petición contenida en el suplico, con mutación de la *causa petendi* [causa de pedir] y absorción de la omisiva por falta de pronunciamiento sobre el tema realmente planteado. Esta incongruencia no tiene amparo o justificación en el principio *iura novit curia* [el juez conoce el Derecho], cuyos márgenes no permiten la mutación del objeto del proceso ni la extralimitación en la causa de pedir, ni en definitiva, la resolución de problemas distintos de los propiamente controvertidos (entre las más recientes, STS de 7 de noviembre de 2011, RC 1430/2008 ; de 26 de marzo de 2012, RC 1185/2009 y de 29 de enero de 2012, RC 2127/2009).

2. En el presente supuesto, la administración concursal ha formulado un motivo artificioso, al señalar que la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada para considerar onerosa la fianza del Sr. Torcuato es la consideración de éste como administrador de hecho. Si bien es cierto que en el fundamento segundo de la resolución impugnada se contiene la mención de "*administrador de hecho*" del Sr. Torcuato , sin embargo del texto íntegro de la sentencia claramente se deduce que son otras y muy distintas las razones por las que consideró onerosa la fianza, "*analizando detenidamente el material probatorio desplegado*" y que, en parte, se han reproducido textualmente en la presente resolución, en el fundamento de derecho primero, apartado 4. Es onerosa porque (i) el "préstamo benefició al Sr. Torcuato en su actividades médico-sanitarias"; (ii) se "reservaba la gestión de la entidad prestataria en los intereses económicos y sociales evidentes desde su fundación"; (iii) el préstamo sirvió para gestionar la clínica Femenías; (iv) dirigió y controló otras clínicas y/o residencias, directa o indirectamente; (v) avalar operaciones era habitual en la actividad del Sr. Torcuato en múltiples operaciones de crédito, por lo que, "a los efectos que nos ocupan, es irrelevante si el Sr. Torcuato es socio único o mayoritario"; (vi) el importe del crédito entró en el patrimonio de la sociedad, por lo que el Sr. Torcuato obtuvo o pudo obtener un beneficio con tal afianzamiento, pues su importe se destinó a adquirir una residencia para una sociedad mercantil cuya finalidad es obtener beneficios; (vii) en tanto que socio, "redundó en su propio beneficio", pues existe un "interés económico claramente identificable, en este caso mediante la explotación de una residencia geriátrica"; (viii) "de ello emana el flujo de intereses económicos provenientes de tal relación (de garantía); concluyendo que "ha habido una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones".

El motivo, pues, se desestima.

II. RECURSO DE CASACIÓN

CUARTO.- *Primer motivo del recurso y su desestimación.*

Se formula en los siguientes términos: "*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. 1823 CC y 441 CdCom*"

Los razonamientos que siguen son análogos a los que la administración concursal del Sr. Torcuato desarrolló en los motivos que fundaron los recursos de casación interpuestos contra distintas entidades, incluso contra Sa Nostra. Nos referimos a los recursos de casación 1471/2013 contra la Sentencia de la misma Audiencia Provincial, sección 5ª, de fecha 23 de abril de 2013 y RC 1732/2013, contra la sentencia de 6 de junio de 2013 . Ambos motivos fueron desestimados por esta Sala, en sentencias de 2 de junio de 2015 .

En el presente recurso, el motivo debe ser igualmente desestimado, por las mismas razones.



En síntesis, la administración concursal recurrente entiende que la fianza prestada por el Sr. Torcuato a Piqalba Properties, S.L. frente a la entidad de crédito Sa Nostra, es gratuita por las siguientes razones: (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 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.

Las razones que asistieron a la Sala para su desestimación, fueron los siguientes:

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. Torcuato y otros se prestó simultáneamente con el préstamo personal concedido por Sa Nostra a Piqalba Properties, S.L. por importe de 150.000.-?. 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.

Si la fianza hubiera sido gratuita, como ya señalábamos en la STS 193/2014, de 21 de abril, aunque el art. 71.2 LC se refiera a "actos de disposición a título gratuito", la fianza "sería un acto o negocio obligacional, equiparable a un acto de disposición ... porque existe un sacrificio injustificado del patrimonio del garante que, posteriormente, tras la declaración de concurso, perjudicará a la masa activa de dicho concurso". Pero no es el caso enjuiciado en el presente recurso.

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: "La 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 artículo 5.3 de la 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. Torcuato ...

>> *Podría plantearse, a los efectos de determinar si el sacrificio patrimonial es injustificado, si la exigencia de un aval o compromiso de aval puede considerarse como tal, atendida la existencia de una garantía prendaria, pero no puede olvidarse que los vendedores autorizaron la constitución de una hipoteca para hacer obras de rehabilitación, que, ciertamente, en caso de no abonarse, podría suponer un notable detrimento de la garantía prendaria, y suponer la pérdida del inmueble en el que se ubica la industria geriátrica, y tal prenda, aunque existente, sería de un valor económico nulo o muy escaso"*.

Por tanto, en el presente supuesto, se reconoce la existencia de un beneficio patrimonial indirecto, por lo que no cabe declarar la ineficacia de la garantía prestada por el Sr. Torcuato y otros con base a los supuestos contemplados en el art. 71.3.1º y 2º LC, pues el perjuicio debió ser probado por quien ejercita la acción rescisoria, conforme establece el art. 71.4 LC.

QUINTO.- Formulación del segundo motivo y su desestimación por la Sala.



Se articula en los siguientes términos: *"infracción del art. 93.2 LC por inaplicación en relación a la no consideración de la sociedad Piqalba Properties, S.L. como persona especialmente relacionada con el concursado"*.

También este motivo aparece textualmente formulado y razonado -con cambio de denominación de las entidades afianzadas- en los recursos de casación núm. 1471/2013 y núm. 1732/2013 (habiendo sido desestimados por las SSTs núm. 289/2015, de 2 de junio de 2016 y núm. 290/2015, de 2 de junio de 2015, respectivamente). Reproducimos, en síntesis, los argumentos de la recurrente y los razonamientos de esta Sala para su desestimación.

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

Denuncia el recurrente que la sentencia impugnada, para negar a la sociedad Piqalba Properties 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. Torcuato) que es socia de más del 10 % de una sociedad limitada (Piqalba Properties), habláramos de la sociedad Sr. Alba S.L., que a su vez es socia mayoritaria y administradora de hecho de la sociedad Piqalba Properties, S.L., 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. Torcuato respecto de Piqalba Properties, S.L. es la misma que sería si Alba fuera una sociedad que tuviera la mayoría y administrara a otra sociedad llamada Piqalba Properties, S.L."*

2. Las razones para desestimar el motivo, deben ser también idénticas, a las que expusimos en los precedentes recursos de casación.

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.

SEXTO.- Tercer motivo de casación y su desestimación.

Se articula en los siguientes términos: *"infracción de la Jurisprudencia sobre el administrador de hecho y especialmente la que declara que el apoderamiento no se puede equipar de plano y de forma automática al administrador de hecho."*

1. Denuncia la administración concursal que, partiendo de la existencia de un apoderamiento general a favor del Sr. Torcuato, la sentencia impugnada declara que el concursado era administrador de hecho de Piqalba Properties, S.L., con base *"a un único elemento fáctico (posterior en ocho meses a la prestación de la fianza)"* (énfasis del recurrente). Estima el recurrente que no se dan los requisitos para la existencia de esta figura jurídica, como tampoco el hecho de que el Sr. Torcuato prestara servicios a la Clínica Femenías como médico traumatólogo y que ostentara un 16,66 % del capital social de Piqalba Properties, S.L. Ni las partes en sus escritos de alegaciones introdujeron en el debate la figura de la administración de hecho del Sr.



Torcuato , siendo la primera vez que la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Palma ha hecho referencia a la consideración del Sr. Torcuato como administrador de hecho de la sociedad afianzada.

2. El motivo debe ser desestimado por las siguientes razones.

En primer lugar, en la formulación del motivo se señala que la sentencia recurrida infringe la Jurisprudencia sobre la figura del administrador de hecho, sin que, en la formulación ni en el desarrollo del motivo, se cite ni una sola sentencia de esta Sala, ni de Audiencias Provinciales, razón suficiente para desestimarlo.

En segundo lugar, como señalábamos en la desestimación del motivo que fundaba el recurso extraordinario por infracción procesal, la Sentencia impugnada no basó la "*ratio decidendi*" para declarar que la fianza prestada era onerosa por considerar al Sr. Torcuato como administrador de hecho, sino por las múltiples y fundadas razones que se dejaron expresadas en el motivo desestimado (Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución), y que naturalmente ahora no reproducimos.

Por último, al igual que señalábamos en la desestimación del anterior recurso extraordinario, el motivo hace supuesto de la cuestión, con las consecuencias que de ello derivan, porque parte de apreciaciones fácticas que no tienen soporte alguno en la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- Costas.

Se imponen las costas a la administración concursal que ha visto desestimados los recursos de infracción procesal y de casación, 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. Torcuato , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de fecha 24 de junio de 2013, en el Rollo 179/2013 que, en este alcance, confirmamos.

Se imponen las costas causadas por los recursos desestimados al recurrente, con 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 .- 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.