



Roj: **STS 3049/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3049**

Id Cendoj: **28079110012015100380**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2015**

Nº de Recurso: **2012/2013**

Nº de Resolución: **295/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GU 253/2013,**
STS 3049/2015

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 el recurso de casación, interpuesto por el procurador D. Antonio Vereda Palomino en nombre y representación de Banco Gallego, S.A., contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara, dimanante del Incidente Concursal 778/2010, que a nombre del Administrador concursal de Agroquijada, S.L., se siguen ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Guadalajara.

Es parte recurrida el administrador concursal de D. Cesar , Dª Eulalia , D. Ernesto y Agroquijada, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El Administrador concursal de Agroquijada, S.L., formuló demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción rescisoria concursal, contra D. Cesar , Dª Eulalia , D. Ernesto y Agroquijada, S.L., en la que suplicaba lo siguiente: "*[...] dicte sentencia por la que:*

*1.- Se declare que las garantías personales constituidas por D. Cesar , Dª Eulalia y D. Ernesto son perjudiciales para las masas activas de sus **concurros**, procediendo su rescisión.*

2.- Se declare la ineficacia de las garantías personales mencionadas en el hecho primero de esta demanda.

3.- Se ordene la realización de cuantos actos y formalidades fueren precisas a efectos de que la rescisión de los actos perjudiciales surta plenos efectos.

4.- Se aprecie expresamente la mala fe del Banco Gallego, S.A."

El procurador D. Antonio Estremera Molina, en nombre y representación de Doña Eulalia , D. Cesar , D. Ernesto y Agroquijada, S.L., formuló escritos allanándose a la demanda.

2. El procurador D. Antonio Emilio Vereda Palomino en nombre y representación de Banco Gallego, S.A., presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "*[...] dicte sentencia mediante la cual se declare la válida constitución de la fianza solidaria prestada por dichos concursados a la compañía mercantil Agroquijada, S.L. en beneficio de Banco Gallego, S.A. y con los restantes pronunciamientos que en derecho correspondan*".

3. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara, en el Incidente Concursal 778/2010, dictó Sentencia número 119/2012, de fecha 7 de mayo de 2012 , con la siguiente parte dispositiva: "*Que estimando*



íntegramente la demanda interpuesta por la Administración concursal contra los concursados, D. Cesar , D. Ernesto y D^a Eulalia y la mercantil Agroquijada, S.L., representados por el Procurador D. Antonio Estremera Molina, y contra la mercantil Banco Gallego, S.A., representado por el Procurador Sr. Vereda Palomino, declaro que el contrato de préstamo celebrado el 24 de abril de 2009 entre Banco Gallego y la mercantil concursada Agroquijada, S.L., préstamo por importe de 46.000 euros, intervenido por el Notario de Guadalajara D. Jesús José Moya Pérez, concurriendo el supuesto del art. 71.2 LC , es perjudicial para la masa activa de los **concurso**s de D. Cesar , D. Ernesto y D^a Eulalia , acuerdo la ineficacia de dichas garantías personales y condeno a la codemandada Banco Gallego S.A. a estar y pasar por cuantos actos y formalidades fueren precisas para llevar a efecto lo acordado, con expresa imposición de las costas al Banco codemandado."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Gallego, S.A. El Administrador concursal de D. Cesar , D^a Eulalia , D. Ernesto y Agroquijada, S.L, se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Guadalajara, que dictó Sentencia número 140/2013 de fecha 23 de mayo de 2000 (sic), cuya parte dispositiva decía:

"Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación entablado por don Antonio Vereda Palomino, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Banco Gallego, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Guadalajara, de fecha 7 de mayo de 2012 y, en consecuencia, se confirma la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte apelante y, con pérdida, en su caso, del depósito constituido en el Juzgado de instancia."

Con fecha 9 de julio de 2013, la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Guadalajara, dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"La Sala acuerda: Corregir el error habido en el encabezamiento de la sentencia 140/13, en el sentido de sustituirlo por el siguiente: En Guadalajara, a veintitrés de mayo de dos mil trece "*.

Interposición y tramitación del recurso de casación.

5. La representación de Banco Gallego, S.A., interpuso recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

" RECURSO DE CASACIÓN:

ÚNICO.- Al amparo del art. 477.2.3º LEC , por ser la sentencia recurrida contraria a la doctrina jurisprudencial establecida por otras Audiencias Provinciales respecto de la constitución con causa onerosa de garantías a favor de deuda ajena, en relación con la calificación jurídica de gratuito del acto de constitución de la garantía personal prestada por los Fiadores Solidarios."

6. Por Diligencia de ordenación de 6 de septiembre de 2013, la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1^a, tuvo por interpuesto el recurso 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 el procurador D. Ignacio Rodríguez Díez en nombre y representación de Banco Gallego, S.A. Y, como recurrido el administrador concursal de D. Cesar , D^a Eulalia , D. Ernesto y Agroquijada, S.L.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 2 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"1º) Admitir el recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Gallego, S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 26 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 15ª), en el rollo de apelación nº 489/2012 , dimanante de los autos de los autos de incidente concursal, en el **concurso** 778/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 y Mercantil de Guadalajara.*

2º) De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 485 LEC , entréguese copias del escrito de interposición del recurso formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría."

9. El administrador concursal de D. Cesar , D^a Eulalia , D. Ernesto y Agroquijada, S.L., 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 es necesaria la exposición de los siguientes hechos acreditados en la instancia:

1. La administración concursal interpuso demanda incidental de rescisión de determinados actos perjudiciales para la masa activa, en concreto de la fianza personal otorgada solidariamente por los concursados D. Cesar , D. Ernesto y Doña Eulalia , respecto del contrato de préstamo celebrado el 24 de abril de 2009 por importe de 46.000 euros, entre Banco Gallego y la sociedad concursada Agroquijada, S.L.; préstamo que se destinó a cancelar una póliza de crédito anterior, de fecha 24 de abril de 2008, en la que no existían fiadores.

En apoyo de estos hechos alegó como fundamento de su pretensión el art. 71.2 LC , al entender que los fiadores no recibieron contraprestación alguna de la prestataria, por lo que se trataba de un acto de disposición de carácter gratuito.

Se allanan todos los concursados demandados, y se opone el Banco Gallego, S.A. Señaló el Banco que, de acuerdo con la mejor doctrina científica y jurisprudencial, la fianza por deuda ajena es un acto dispositivo a título gratuito cuando no existe causa aparente que lo justifique o cuando el fiador no obtiene ningún contravalor tangible. En el presente caso, no podía haber nadie más interesado que los cofiadores en apoyar a la sociedad afianzada, Agroquijada, a la obtención de un nuevo plazo para el pago de deudas vencidas y el otorgamiento de nuevas facilidades a fin de facilitar el mantenimiento de la actividad empresarial, en la medida en que los fiadores son socios únicos propietarios del cien por cien de su capital, y, a su vez, directivos y administradores a sueldo de dicha empresa. En las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil consta asignada para el personal de alta dirección una retribución de 181.590.89.-? y otra cantidad de 223.918,98.-? para los administradores, o sea, para repartir entre los fiadores-administradores.

2. La sentencia del Juzgado estimó la demanda, declarando en su fallo que, concurriendo el supuesto del art. 71.2 LC , el afianzamiento era perjudicial para la masa activa de los **concurso**s de los fiadores, y por ello era procedente acordar su ineficacia. Entendió que la constitución de la garantía personal por parte de los tres concursados lo fue a título gratuito, puesto que ninguno de ellos se hallaba previamente obligado por la póliza originaria que se trataba de refinanciar, por lo que concurre el supuesto del art. 71.2 LC , de perjuicio *iuris et de iure* , porque las fianzas generan un detrimento para la masa activa de sus respectivos **concurso**s, y perjudican la paridad e igualdad de trato que han de regir los procedimientos concursales.

3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Banco Gallego, S.A. Confirmó la gratuidad de los avales, al no estimar que el interés económico y personal de los fiadores, como propietarios y administradores solidarios alegado por el Banco, constituya una causa onerosa de la prestación de los mismos, *"toda vez que el mismo lo es en beneficio de una mercantil y sin que lo anterior se vea desvirtuado por el hecho de que se trata de una refinanciación, como se dice por la parte apelante, pues lo cierto es que aún así, esta se produce y se añade una garantías, los avales de los concursados, que antes no garantizaban el préstamo concedido a la mercantil"*.

I.- RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- *El único motivo que funda el recurso de casación.*

El Banco Gallego, S.A. formula el motivo en los siguientes términos: *"en relación con la calificación jurídica de gratuito del acto de constitución de la garantía personal prestada por los fiadores solidarios"* . En la formulación del recurso de casación, se invocó el interés casacional por ser la sentencia de la Audiencia contraria a la doctrina jurisprudencial establecida por otras Audiencias Provinciales respecto de la *"constitución con causa onerosa de garantías a favor de deuda ajena"* , y todo ello al amparo del art. 477.2.3º LEC .

El recurrente señala, en primer lugar, que resulta fácil observar la infracción legal cometida por el Juzgado de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial de Guadalajara respecto de don Cesar y don Ernesto por cuanto que en la fecha, 5 de mayo de 2011, en que se declaró el **concurso** de los citados fiadores, ya habían transcurrido más de dos años desde la celebración del contrato de préstamo de financiación suscrito el día 24 de abril de 2009 entre la entidad Banco Gallego y la mercantil Agroquijada, por lo que no resultaba de aplicación a dichas personas lo establecido en el art. 71.1 LC para el ejercicio de las acciones rescisorias ni la presunción *iuris et de iure* del perjuicio ocasionado a la masa activa de dichos concursados a causa del acto supuestamente gratuito de la fianza prestada por aquéllos ante el Banco.



Respecto de la fiadora Doña Eulalia , cuya garantía fue prestada con posterioridad, señala la recurrente, también es posible impugnar la resolución recurrida atendidos los datos fácticos, las circunstancias personales de los fiadores solidarios y las características de la operación de refinanciación, no para combatirlos, dice, sino refutar el significado jurídico de los avales dado por la Audiencia Provincial porque, según la recurrente, *"el quid del litigio y lo verdaderamente relevante para apreciar la causa onerosa o gratuita de la fianza prestada en garantía del préstamo concedido por el Banco radica en determinar si hubo o no una cierta y real reciprocidad de intereses (STS de 13 de diciembre de 2010) entre el deudor principal y sus garantes solidarios o, por el contrario, tan solo un puro beneficio sin contraprestación para una parte (la prestataria) y un perjuicio patrimonial sin compensación económica para la otra (los fiadores solidarios)"*.

Entiende el recurrente que sí hubo reciprocidad de intereses. La ausencia del carácter gratuito de la fianza solidaria prestada radica en el interés económico y personal de los fiadores que tenían en la prestataria, Agroquijada, atendida su condición de propietarios únicos y empleados a sueldo de la misma, *"de forma que es dicho interés crematístico el que se configura como causa onerosa de la garantía prestada"* . Según las cuentas anuales correspondientes al año 2010 depositadas en el registro mercantil, los tres fiadores, administradores de la sociedad, se repartieron una retribución anual de 223.9189,98.-? en total.

Concluye que el interés personal de los socios únicos y administradores de la sociedad afianzada, justifica la contraprestación que excluye el carácter gratuito de la fianza prestada y actuaría como elemento legitimador de la garantía otorgada en beneficio de la propia empresa que el Banco refinancia.

TERCERO.- Criterio de la Sala sobre la contextualidad de las garantías prestadas por el concursado. Estimación del recurso .

El motivo se estima por las razones que se exponen a continuación:

1. La STS núm. 100/2014, de 30 de abril (fundamento de derecho sexto, 5 in fine) señaló que: *"La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá 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"*.

En el presente caso el afianzamiento fue prestado simultáneamente con la concesión del préstamo del Banco Gallego a favor de Agroquijada, S.L., que sirvió para renovar otro préstamo que vencía el mismo día de su concesión. Por tanto, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación, la de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC por no tener 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 señala 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"*.

3. En el presente caso, ante la eventualidad de que el supuesto pudiera acomodarse en la presunción *iuris tantum* que prevé el art. 71.3.2º LC al prestarse la garantía en un crédito en sustitución de otro despojado de la misma, ha quedado acreditado y no refutado por la administración concursal: 1º) que los consortes Eulalia Cesar son los únicos accionistas de la sociedad Agroquijada, S.L. de carácter familiar; 2º) que, conjuntamente con su hijo Ernesto , son ejecutivos y administradores de la sociedad prestataria; 3º) que como administradores, de acuerdo con los datos de la memoria acompañada como documento nº 1, en el escrito de contestación de la demanda integrante de las cuentas anuales de Agroquijada, S.L., aquéllos tenían asignada una retribución anual de 223.918,98.-? y como personal de alta dirección, tampoco objetado por la administración concursal, la cuantía de 181.590,89.-?; 4º) que la cantidad prestada se destinó a pagar



íntegramente un préstamo que vencía el mismo día que, de no ser así, el Banco podía ejecutar inmediatamente, malbaratando los rendimientos con los que se alimenta la economía familiar.

Por tanto, en el presente supuesto, concurre la existencia de un beneficio directo para la sociedad al obtener un nuevo aplazamiento, que le ha permitido seguir con su actividad social y, una ventaja patrimonial indirecta para fiadores que pueden seguir percibiendo las retribuciones antes expresadas en el seno de una empresa familiar, que siguen controlando y participando en la conducta comercial y contractual de la misma. Esta ventaja o beneficio patrimonial es tan relevante que deja sin efecto la producción de perjuicio.

CUARTO.- Costas.

No procede imponer al recurrente las costas del recurso de casación que ha sido estimado, conforme al art. 398.1 LEC , a quien se le devolverá el depósito constituido.

No se imponen las costas del recurso de apelación, que debió ser estimado, a ninguna de las partes, corriendo a cargo de la administración concursal las de primera instancia.

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

FALLAMOS

Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Gallego, S.A., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª, de fecha 23 de mayo de 2013, en el Rollo 489/2012 que, casamos y dejamos sin efecto, y, en su lugar, estimando el recurso de apelación, revocando la del Juzgado de Primera Instancia y desestimando la demanda, declaramos la validez y eficacia del afianzamiento prestado por D. Cesar , D. Ernesto y Dª Eulalia en el préstamo otorgado por Banco Gallego, S.A. a favor de Agroquijada, S.L.

No se imponen las costas causadas por el recurso de casación; no procede imponer las causadas en el recurso de apelación que debió ser estimado, siendo a cargo de la administración concursal, las devengadas en la primera instancia.

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 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.