

Roj: **STS 4722/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4722**Id Cendoj: **28079110012016100627**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/11/2016**Nº de Recurso: **637/2014**Nº de Resolución: **653/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MU 1833/2013,**  
**STS 4722/2016**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 4 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 479/2013 de 25 de julio dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, como consecuencia de autos de incidente concursal núm. 180/2010 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, sobre acción de reintegración. El recurso fue interpuesto por Banco Santander, S.A., representada por la procuradora D.ª Gloria Teresa Robledo Machuca y asistida por el letrado D. Ricardo Orive López-Altuna. Son partes recurridas Mediterránea Hispa Group, S.A., representada por la procuradora D.ª Gema Martín Hernández y asistida por el letrado D. Ismael Olmo Pérez y D. Leandro, D. Raimundo y D. Jose Antonio, Administradores concursales de la mercantil Mediterráneo Hispa Group, S.A.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Tramitación en primera instancia.

1.- D. Leandro, D. Raimundo y D. Jose Antonio, administradores concursales designados en el concurso 180/2010 de la mercantil Mediterráneo Hispa Group, S.A., interpuso demanda incidental de reintegración contra Banco Español de Crédito, S.A., Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A. y Mediterráneo Hispa Group, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«1º.- Con carácter principal:

» 1.A) Como acción principal y con tal carácter, se interesa la rescisión de los pagos realizados a favor del Banco Español de Crédito, S.A. que en su total y global conjunto alcanzan la suma de dos millones cuarenta y cinco mil quinientos noventa y nueve euros con sesenta céntimos (2.045.599,70 €), de los que novecientos ochenta y cuatro mil doscientos sesenta y cuatro euros con cincuenta y tres céntimos (984.264,53 €) son procedentes de las compraventas otorgadas el pasado día 28 de noviembre de 2008 ante el Notario de Albacete, Don José Javier Escolano Navarro, a los números 2.956 y 2.957 de su protocolo, convenidas respectivamente entre la concursada, Mediterráneo Hispagroup, S.A., y las mercantiles, Intursa, S.A., y Programa Hogar Montigala, S.A., hoy tras su fusión por absorción, Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., para cancelar el contrato de póliza de crédito número 0030 3017 12 0000183 172, el contrato de préstamo hipotecario número 0030 3017 17 0001110 103, y el contrato de aval bancario número 0030 3017 10 0000477 211 con el importe, entre otros, del producto representativo del precio de las compraventas satisfechas mediante transferencias bancarias realizadas a la cuenta titularidad de la concursada, Mediterráneo Hispagroup, S.A., en importes de quinientos cuarenta y cuatro mil ochenta y seis euros con tres céntimos (544.086,03 €) y otros cuatrocientos treinta y ocho



mil quinientos setenta y ocho euros con cincuenta céntimos (438.578,50 €), a los que habría de adicionarse lo ya percibido a cuenta del precio, mil euros (1.000 €) y otros ochocientos euros (800 €), respectivamente, a la cuenta corriente de la titularidad de la concursada número 0030 3017 17 0001399271 del Banco Español de Crédito, S.A., Oficina 3017 de Murcia.

» 1.B) Consecuentemente se condene al Banco Español de Crédito, S.A. a devolver a la concursada un principal de dos millones cuarenta y cinco mil quinientos noventa y nueve euros con setenta céntimos (2.045.599,70 €), de los que novecientos ochenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro euros con cincuenta y tres céntimos (984.464,53 €) son procedentes de las compraventas otorgadas el pasado día 28 de noviembre de 2008 ante el Notario de Albacete, Don José Javier Escolano Navarro, a los números 2.956 y 2.957 de su protocolo, convenidas respectivamente entre la concursada, Mediterráneo Hispagroup, S.A., y las mercantiles, Intursa, S.A. y Programa Hogar Montigala, S.A., hoy tras su fusión por absorción, Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., para cancelar el contrato de póliza de crédito número 0030 3017 12 0000183 172, el contrato de préstamo hipotecario número 0030 3017 17 0001110 103, y el contrato de aval bancario número 0030 3017 10 0000477 211 con el importe, entre otros, del producto representativo del precio de las compraventas satisfechas mediante transferencias bancarias realizadas a la cuenta titularidad de la concursada Mediterráneo Hipagroup, S.A. en importes de quinientos cuarenta y cuatro mil ochenta y seis euros con tres céntimos (544.086,03 €) y otros cuatrocientos treinta y ocho mil quinientos setenta y ocho euros con cincuenta céntimos (438.578,50 €), a los que habría de adicionarse lo ya percibido a cuenta del precio, mil euros (1.000 €) y otros ochocientos euros (800 €), respectivamente, a la cuenta corriente de la titularidad de la concursada número 0030 3017 17 0001399271 del Banco Español de Crédito, S.A., Oficina 3017 de Murcia, más los intereses que se han calculado a fecha 24 de junio de 2011 -fecha demanda- en 2.220.896,13 €, más los moratorios y procesales que se devenguen.

» 1.C) En su defecto, para el caso de que no se decrete la rescisión total de dichos pagos, se decrete la rescisión parcial de los pagos que se realizaron con el importe proveniente de las compraventas, en importe novecientos ochenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro euros con cincuenta y tres céntimos (984.464,53 €), condenando a Banco Español de Crédito a devolver dicha cantidad, más los intereses legales desde la fecha del pago y los moratorios y procesales que se devenguen.

» 1.D) Se declare a los efectos del artículo 73.3 de la Ley concursal la mala fe del Banco Español de Crédito, S.A.

» 1.E) Se reponga al Banco Español de Crédito, S.A. en los créditos que ostentaba a dicha fecha por importe equivalente a la devolución del principal a que se condene, créditos que deberán ser calificados como subordinados.

» 2º.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperasen las acciones que se contienen en el apartado 1º, se interesa y pide:

» 2.A) Que se declaren nulos los contratos de compraventa celebrados el pasado día 28 de noviembre de 2008 ante el Notario de Albacete, Don José Javier Escolano Navarro, a los números 2.956 y 2.957 de su protocolo, convenidos respectivamente entre la concursada, Mediterráneo Hispagroup, S.A., y las mercantiles, Intursa, S.A. y Programa Hogar Montigala, S.A., hoy tras su fusión por absorción, Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A. en lo que concierne a las siguientes fincas registrales:

» Primera.- Finca Registral núm. 22708- IDUFIR 30009000790240- al Registro de la Propiedad de la Unión (Murcia) número 1, al Tomo 1187, Libro 352, Folio 201.

» Segunda.- Finca Registral núm. 22626- IDUFIR 30009000789831- al Registro de la Propiedad de la Unión (Murcia) número 1, al Tomo 1187, Libro 352, Folio 160.

» Tercera.- Finca Registral núm. 21261- IDUFIR 30009000790660- al Registro de la Propiedad de la Unión (Murcia) número 1, al Tomo 1188, Libro 353, Folio 18.

» Cuarta.- Finca Registral núm. 21263- IDUFIR 30009000790677- al Registro de la Propiedad de la Unión (Murcia) número 1, al Tomo 1188, Libro 353, Folio 19.

» Quinta.- Urbana. Finca Registral Dos-Ochenta. Local Comercial diáfano. Inscrita en el Registro de la Propiedad de Mollet, libro 627, Tomo 2626, folio 189, finca 26649.

» Sexta.- Urbana.- Finca número Dos-Treinta. Plaza de garaje número 30, sita en sótano 1, parcela 2. Inscrita en el Registro de la Propiedad de Mollet, Libro 557, Tomo 2497, folio 47, finca 26597.

» 2.B) Se ordene la cancelación de las inscripciones registrales de los títulos de compraventa anulados en lo que concierne a cada una de las fincas registrales identificadas en el apartado 2.A) a cuyo efecto se librarán los oportunos mandamientos dirigidos al Registro de la Propiedad nº 1 de La Unión y de Mollet.



- » 2.C) Se condene a Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., como sucesora universal de los derechos y obligaciones de Intursa, S.A., y Programa Hogar Montigala, S.A. a la restitución de los bienes objeto de dicho contrato, en favor de la concursada.
- » 2.D) Se declare la nulidad o, en su caso, la rescisión de la dación en pago que disimuladamente se encubrieron bajo la apariencia simulada de las compraventas.
- » 2.E) Que consecuentemente con la anterior declaración, se reponga al Banco Español de Crédito, S.A. en el importe primitivo de su deuda con la concursada por el importe de novecientos ochenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro euros con cincuenta y tres céntimos (984.464,53 €).
- » 2.F) Que se declare que las demandadas actuaron de mala fe, a los efectos del art. 73.3 de la Ley Concursal y que, por ello, el crédito repuesto al Banco Español de Crédito, S.A., deberá ser clasificado como subordinado.
- » 2.G) Se condene al Banco Español de Crédito, S.A. a restituir a su filial compradora Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., como sucesora universal de los derechos y obligaciones de Intursa, S.A., y Programa Hogar Montigala, S.A. por cuenta de la concursada, el precio de las compraventas anuladas como auténtico y único destinatario del precio en cuestión, liberando a la concursada de dicha obligación.
- » 3º.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperase la pretensión de nulidad articulada en el apartado 2º, cualquiera que fuese su causa, se interesa y pide:
- » 3.A) Que se declaren rescindidos los contratos de compraventa celebrados entre Mediterráneo Hispagroup, S.A., y las mercantiles, Intursa, S.A., y Programa Hogar Montigala, S.A., hoy tras su fusión por absorción, Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., el pasado día 28 de noviembre de 2008 ante el Notario de Albacete, Don José Javier Escolano Navarro, a los números 2.956 y 2.957 de su protocolo, en lo que concierne a las siguientes fincas registrales cuyos datos se reproducen en el epígrafe 2, 2.A).
- » 3.B) Se ordene la cancelación de las inscripciones registrales de los títulos de compraventa rescindidos en lo que concierne a cada una de las fincas registrales identificadas en el apartado 2.A) precedente, a cuyo efecto se libran los oportunos mandamientos dirigidos al Registro de la Propiedad nº 1 de La Unión y de Mollet.
- » 3.C) Se condene a Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., como sucesora universal de los derechos y obligaciones de Intursa, S.A. y Programa Hogar Montigala, S.A. a la restitución de los bienes objeto de dichos contratos, en favor de la concursada.
- » 3.D) Se declare la rescisión de las daciones en pago que disimuladamente se encubrieron bajo la apariencia simulada de las compraventas.
- » 3.E) Que consecuentemente con la anterior declaración, se reponga al Banco Español de Crédito, S.A. en el importe primitivo de su deuda con la concursada por el importe de novecientos ochenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro euros con cincuenta y tres céntimos (984.464,53 €).
- » 3.F) Que se declare que las demandadas actuaron de mala fe, a los efectos del art. 73.3 de la Ley Concursal y que, por ello, el crédito repuesto al Banco Español de Crédito, S.A. deberá ser clasificado como subordinado.
- » 3.G) Se condene al Banco Español de Crédito, S.A. a restituir a su filial compradora Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., como sucesora universal de los derechos y obligaciones de Intursa, S.A., y Programa Hogar Montigala, S.A. por cuenta de la concursada, el precio de las compraventas anuladas, como auténtico y único destinatario del precio en cuestión, liberando a la concursada de dicha obligación.
- » 4º.- Subsidiariamente, y para el caso de no prosperar las acciones propuestas bajo el epígrafe precedente, se interesa y pide:
- » 4.A) Que se declaren rescindidos los contratos de compraventa celebrados entre Mediterráneo Hispa Group, S.A., y las mercantiles, Intursa, S.A. y Programa Hogar Montigala, S.A., hoy tras su fusión por absorción, Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., el pasado día 28 de noviembre de 2008 ante el Notario de Albacete, Don José Javier Escolano Navarro, a los números 2.956 y 2.957 de su protocolo, en lo que concierne a fincas registrales cuyos datos se reproducen por copia fotostática al cuerpo de esta demanda y al epígrafe 2, 2.A) de éste Suplico.
- » 4.B) Se ordene la cancelación de las inscripciones registrales de los títulos de compraventa rescindidos en lo que concierne a cada una de las fincas registrales identificadas en el apartado 2.A) precedente, a cuyo efecto se libran los oportunos mandamientos dirigidos al Registro de la Propiedad nº 1 de La Unión y Mollet.
- » 4.C) Se condene a Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A. como sucesora universal de los derechos y obligaciones de Intursa, S.A. y Programa Hogar Montigala, S.A. a la restitución de los bienes objeto de dicho contrato, en favor de la concursada.



- » 4.D) Se declare la rescisión de las daciones en pago que disimuladamente se encubrieron bajo la apariencia simulada de las compraventas.
  - » 4.E) Que consecuentemente con la anterior declaración, se reponga al Banco Español de Crédito, S.A. en el importe primitivo de su deuda con la concursada por el importe de novecientos ochenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro euros con cincuenta y tres céntimos (984.464,53 €).
  - » 4.F) Que se declare que las demandadas actuaron de mala fe, a los efectos del art. 73.3 de la Ley Concursal y que, por ello, el crédito repuesto al Banco Español de Crédito, S.A. deberá ser clasificado como subordinado.
  - » 4.G) Se condene al Banco Español de Crédito, S.A. a restituir a su filial compradora Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., como sucesora universal de los derechos y obligaciones de Intursa, S.A., y Programa Hogar Montigala, S.A., por cuenta de la concursada, el precio de las compraventas anuladas, como auténtico y único destinatario del precio en cuestión, liberando a la concursada de dicha obligación.
- »5º.- Todo ello con condena en costas en cualquiera de los supuestos».

**2.-** La demanda fue presentada el 27/06/2011 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia y fue registrada con el núm. 180/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

**3.-** Mediterráneo Hispa Group, S.A., contestó a la demanda, allanándose a la acción principal sin condena en costas.

Banco Español de Crédito y Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A. contestaron a la demanda y solicitaron su desestimación, así como la imposición de costas a la parte actora.

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia dictó sentencia núm. 8/2013 de 22 de enero , con la siguiente parte dispositiva:

«Estimo íntegramente la demanda formulada por la Administración Concursal contra Mediterráneo Hispagroup, S.A. y contra Banco Español de Crédito, S.A. y Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., con expresa condena en costas a la parte demandada.

» Declaro la rescisión de los pagos realizados a favor del Banco Español de Crédito, S.A. que en pago total y global conjunto alcanzan la suma de 2.045.599,70 euros, de los que 984.264,53 euros son procedentes de las compraventas otorgadas el pasado día 28 de noviembre de 2008 ante el Notario de Albacete, D. José Javier Escolano Navarro, a los números 2.956 y 2.957 de su protocolo, convenidas entra la concursada, Mediterráneo Hispa Group, S.A., y las mercantiles, Intursa, S.A. y Programa Hogar Montigala, S.A., hoy tras su fusión por absorción, Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., para cancelar el contrato de póliza de crédito número 0030 3017 12 0000183 172, el contrato de préstamo hipotecario número 0030 3017 17 0001110 103, y el contrato de aval bancario número 0030 3017 10 0000477 211.

» Consecuentemente, condeno al Banco Español de Crédito, S.A. a devolver a la concursada un principal de 2.045.599,70 euros, de los que 984.464,53 euros son procedentes de las compraventas otorgadas el pasado día 28 de noviembre de 2008 ante el Notario de Albacete, D. José Javier Escolano Navarro, a los números 2.956 y 2.957 de su protocolo, convenidas respectivamente entre la concursada Mediterráneo Hispagroup, S.A., y las mercantiles Intursa, S.A. y Programa Hogar Montigala, S.A., hoy tras su fusión por absorción, Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A., para cancelar el contrato de póliza de crédito número 0030 3017 12 000183 172, el contrato de préstamo hipotecario número 0030 3017 17 0001110 103, y el contrato de aval bancario número 0030 3017 10 0000477 211, a la cuenta corriente de la titularidad de la concursada número 0030 3017 17 0001399271 del Banco Español de Crédito S.A., oficina 3017 de Murcia, más los intereses que se han calculado a fecha 24 de junio de 2011 -fecha demanda- en 220.896,13 euros, más los moratorios y procesales que se devenguen.

» Declaro la mala fe de Banco Español de Crédito, S.A.

» Acuerdo que se restituya a Banco Español de Crédito, S.A. en los créditos que ostentaba a 28 de noviembre de 2008 por 2.045.599,70 euros, con la calificación de subordinados».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Banco Español de Crédito, S.A. y Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A. Los administradores concursales D. Leandro , D. Raimundo y Don Jose Antonio y Mediterráneo Hispa Group, S.A. se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo tramitó con el número de rollo 412/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm.



479/2013 en fecha 25 de julio , que desestimó el recurso de apelación, con imposición de costas a la parte recurrente.

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- Banco Santander, S.A., sucesora por absorción de Banco Español de Crédito, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Con base y amparo en el número 4º apartado primero del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denunciándose la vulneración, en el proceso seguido ante la Audiencia Provincial de Murcia, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución , cuya vulneración se ha producido por la arbitraria valoración de la prueba en que ha incurrido la sentencia impugnada, en relación con la afirmada concurrencia, coetánea con el pago rescindido en el proceso, de una situación de insolvencia de la entidad que realizó dicho pago».

«Segundo.- Al igual que en el anterior e invocando la misma procedencia del cauce elegido, el presente motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formula con base y amparo en el número 4º apartado primero del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denunciándose la vulneración, en el proceso seguido ante la Audiencia Provincial de Murcia, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución , cuya vulneración se ha producido por la arbitraria e ilógica valoración de la prueba en que ha incurrido la sentencia impugnada, en relación con la concurrencia, coetánea con el pago rescindido en el proceso, de una situación de insolvencia de la entidad que realizó dicho pago».

«Tercero.- Al igual que en los anteriores e invocando la misma procedencia del cauce elegido, el presente motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formula con base y amparo en el número 4º apartado primero del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denunciándose la vulneración, en el proceso seguido ante la Audiencia Provincial de Murcia, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución . En este caso, la vulneración se ha producido por la irracional e ilógica valoración de la prueba en que ha incurrido la sentencia impugnada, en relación con la intervención de un tercero en el pago rescindido que excluye en el mismo la noción de perjuicio».

«Cuarto.- Al igual que en los anteriores e invocando la misma procedencia del cauce elegido, el presente motivo u último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formula con base y amparo en el número 4º apartado primero del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denunciándose la vulneración, en el proceso seguido ante la Audiencia Provincial de Murcia, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución . En este caso, la vulneración se ha producido por la arbitraria e ilógica valoración de la prueba en que ha incurrido la sentencia impugnada, en relación con la apreciación de mala fe en la actuación de mi mandante».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- El presente motivo se formula, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de la norma aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate en el proceso, en concreto la indebida aplicación del artículo 71.1 de la Ley Concursal , que requiere la producción de perjuicio para que un acto pueda ser objeto de la acción rescisoria concursal, y de la jurisprudencia que interpreta la noción de perjuicio cuando del pago de obligaciones vencidas y exigibles se trata».

«Segundo.- El presente motivo se formula, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de la norma aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate en el proceso, en concreto la indebida aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal , ordinales 1 y 4, que requieren la producción de perjuicio para que un acto pueda ser objeto de la acción rescisoria concursal, y de la jurisprudencia que interpreta la noción de perjuicio en el sentido de admitirlo cuando el efecto negativo del acto recae sobre la masa pasiva del concurso ("concepto amplio" de perjuicio), si bien exigiendo que en tal caso es necesario que el perjuicio resulte injustificado al alterar expectativas de cobro legítimas».

«Tercero.- El presente motivo se formula, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de la norma aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate en el proceso, en concreto la indebida aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal , ordinal 5, apartado 1º, que establece la inmunidad frente a la acción rescisoria concursal de los actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor realizados en condiciones normales, y de la jurisprudencia que interpreta estos conceptos jurídicos indeterminados».

«Cuarto.- El presente motivo se formula, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción, por indebida aplicación, del artículo 73.3 de la Ley Concursal , que establece la subordinación de



los créditos reconocidos a un acreedor, a consecuencia de la estimación de una acción rescisoria concursal, cuando se aprecia mala fe en su participación en el acto o negocio rescindido».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de enero de 2015, que admitió los recursos y acordó dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición.

3.- Mediterráneo Hispa Group, S.A. y los administradores concursales presentaron sendos escritos de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de octubre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- La administración concursal de la sociedad Mediterráneo Hispa Group, S.A. (en adelante, MHG) interpuso demanda contra MHG, contra Banco Español de Crédito, S.A. (en lo sucesivo, Banesto, que actualmente es Banco Santander) y contra la sociedad Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A. (en lo sucesivo, Mesena), cuya pretensión principal consistía en que se rescindieran los pagos realizados a favor de Banesto, por un importe total de 2.045.599,70 €, para cancelar una póliza de crédito, un préstamo hipotecario y un aval bancario, contratos concertados por MHG con Banesto. Dicho importe había sido obtenido mediante la venta de diversas fincas por MHG y por otra sociedad de su grupo, Tricenter Albamur, S.L., a sociedades inmobiliarias participadas, directa o indirectamente, por Banesto en un 100%, que actualmente se hallan fusionadas en la sociedad Mesena.

Dichas compraventas se celebraron el 28 de noviembre de 2008. El importe obtenido por las vendedoras fue ingresado en la cuenta que MHG tenía abierta en Banesto y aplicado sin solución de continuidad a cancelar los saldos deudores de las referidas pólizas bancarias de crédito, préstamo hipotecario y aval.

MHG fue declarada en concurso en junio de 2010.

2.- La pretensión principal formulada por la administración concursal en su demanda fue estimada por el Juzgado Mercantil, que acordó la rescisión de los pagos y declaró la mala fe de Banesto, por lo que esta debía reintegrar los 2.045.599,70 € que había recibido de MHG, más los intereses, y Banesto resultaba titular de un crédito subordinado por 2.045.599,70 € en el concurso de MHG.

El juzgado consideró que la operación causaba un perjuicio patrimonial injustificado, consistente en un perjuicio a los acreedores al alterar el orden de prelación establecido legalmente, puesto que el precio obtenido con las ventas no se ingresó en el activo de la concursada, sino que se entregó directamente a Banesto para cancelar los contratos concertados con MHG, con lo que las compraventas encubrían en realidad daciones en pago de las que Banesto era la única beneficiaria, sin que constituyeran operaciones propias de la actividad ordinaria de MHG, que se encontraba en una situación de iliquidez manifiesta y entregaba las fincas para cancelar pasivo, por lo que apreciaba mala fe en Banesto, que conocía la situación de iliquidez de MHG.

3.- La apelación de Banesto contra esta sentencia fue desestimada por la Audiencia Provincial.

La Audiencia Provincial aceptó, en lo fundamental, los razonamientos de la sentencia del Juzgado Mercantil. Partió de la consideración de que en el pago de obligaciones vencidas y exigibles en el periodo sospechoso anterior al concurso, la existencia de perjuicio tiene carácter excepcional, por cuanto que, en principio, esos pagos, aun realizados en el período sospechoso, estarían justificados y no ocasionarían perjuicio alguno para la masa activa, más aún si se trata de los denominados actos ordinarios de la actividad profesional del deudor. Por ello, para la aplicación en estos casos del citado concepto amplio de perjuicio, se exigiría la acreditación de la situación de insolvencia de la deudora en el momento de la realización de la operación o acto impugnado.

Al descender a los pormenores del supuesto enjuiciado, la Audiencia afirmó que, cuando fue realizado el pago, la situación de insolvencia de MHG era evidente por existir dificultades extremas de liquidez, situación que era conocida por Banesto, como resultaba de la propia mecánica y rapidez de la operación. Rechazó que la intervención de Tricenter Albamur excluyera la existencia de perjuicio, porque no se buscaba beneficiar a MHG.

La Audiencia Provincial rechazó el carácter ordinario de la operación. Por último, afirmó que Banesto no solo conocía la situación de insolvencia sino que, además, las características de la operación mostraban que



Banesto era consciente de que con la misma se afectaba negativamente a los demás acreedores, por lo que confirmó la apreciación de mala fe en Banesto hecha por el Juzgado.

4.- Banesto ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, basado en cuatro motivos, y recurso de casación, basado en otros cuatro motivos.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** *Formulación de los motivos primero y segundo.*

1.- Ambos motivos se formulan por el cauce del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En el primer párrafo de ambos motivos se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución por la arbitraria valoración de la prueba en relación con la concurrencia, coetánea con el pago rescindido en el proceso, de una situación de insolvencia de la entidad que realizó dicho pago.

2.- En el desarrollo del primer motivo se considera arbitraria la afirmación, contenida en la sentencia de la Audiencia Provincial de que tanto en la sentencia del Juzgado Mercantil como en el informe de la administración concursal se apreciaba la insolvencia de MHG en el momento de realizar los pagos, puesto que en ninguno de tales documentos se apreciaba tal situación de insolvencia.

3.- En el desarrollo del segundo motivo, Banesto afirma que la valoración del informe de la administración concursal es arbitraria e ilógica en lo atinente a la insolvencia coetánea de MHG, pues valora erróneamente los datos que toma en consideración, y deja de valorar otros datos contenidos en dicho informe.

4.- La estrecha relación existente entre ambos motivos aconseja su resolución conjunta.

**TERCERO.-** *Decisión de la sala. Desestimación del motivo.*

1.- El primer motivo es manifiestamente infundado. La sentencia del Juzgado Mercantil afirma la situación de iliquidez de MHG en el momento de realizar los pagos («manifiesta iliquidez», se dice por dos veces en la sentencia), por lo que la Audiencia Provincial no yerra al declarar que la sentencia del Juzgado Mercantil hizo tal afirmación. Que la declaración de tal iliquidez se haya realizado por el Juzgado Mercantil en su sentencia con mayor o menor sistemática, no obsta lo afirmado.

2.- Del mismo modo, la Audiencia Provincial valora los datos contenidos en el informe de la administración concursal para concluir, junto con otros elementos, en la realidad de la insolvencia de MHG coetánea con la realización de los pagos.

Por tanto, la imputación de arbitrariedad a la Audiencia Provincial por afirmar que en el informe de la administración concursal existen determinados datos que, en su opinión, abonan la conclusión de la insolvencia, es también manifiestamente infundada.

3.- En el segundo motivo, la recurrente desarrolla este último argumento, y realiza una valoración diferente de los datos y afirmaciones contenidos en el informe de la administración concursal, concluyendo que la valoración hecha por la Audiencia Provincial es arbitraria e ilógica.

4.- En nuestro sistema, el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. El control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es excepcional y se limita a aquellos supuestos en los que la valoración de la prueba no supere el test de razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución .

Ahora bien, el recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que, fuera de los supuestos excepcionales, se pueda pretender la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Es por ello que esta sala ha afirmado que «la selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional, no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba, además de haber sido detalladamente motivada en la sentencia. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial».



Así lo ha declarado esta sala de forma constante y reiterativa en su jurisprudencia ( sentencias 241/2013, de 9 de mayo , y 445/2014, de 4 de septiembre , por citar solo algunas de las más recientes).

**5.-** La recurrente pretende que esta sala haga lo que, de forma reiterada, hemos declarado que no es propio del recurso extraordinario por infracción procesal. Las conclusiones fácticas sentadas por la Audiencia Provincial se basan en su valoración conjunta de diversos datos del informe de la administración concursal, valoración que no puede considerarse ni ilógica ni arbitraria, puesto que se trata de datos directamente relacionados con la capacidad de la deudora de afrontar sus obligaciones con regularidad (pasivo corriente y tesorería al cierre del ejercicio 2007, ingresos netos en el ejercicio 2008), así como de datos relativos a las circunstancias económicas del sector inmobiliario en la época en la que se realizó la operación cuestionada o la pérdida de activos que sufrió la deudora en condiciones abusivas impuestas por las entidades financieras en sus acuerdos de refinanciación.

Se trata de una valoración conjunta de varios elementos probatorios, de la que la recurrente puede discrepar. Esa discrepancia no determina que la valoración judicial sea ilógica o arbitraria, ni autoriza a la recurrente a exigir una nueva revisión de esa valoración conjunta que sustituya la realizada por la Audiencia Provincial y fije una base fáctica más acorde con sus intereses.

**CUARTO.-** *Formulación del tercer motivo del recurso.*

**1.-** Este motivo también se formula por el cauce del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y también denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución por la valoración ilógica e irracional de la prueba.

**2.-** En este caso, esa valoración ilógica e irracional se refiere a la intervención de un tercero en el pago rescindido, pues la mayor parte de la cantidad pagada procedía de una entidad del mismo grupo empresarial que MHG, lo que excluiría en el mismo la noción de perjuicio.

**QUINTO.-** *Decisión de la Sala. Improcedencia de cuestionar en el recurso extraordinario por infracción procesal valoraciones jurídicas sustantivas.*

**1.-** La sentencia de la Audiencia Provincial, al confirmar en este extremo la base fáctica sentada en la sentencia de primera instancia, ha fijado como hecho integrante de tal base fáctica que una parte sustancial de los 2.045.599,70 € correspondía al precio pagado a Tricenter Albamur, S.L. (en lo sucesivo, Tricenter Albamur), sociedad del mismo grupo que MHG, por la venta de una finca propiedad de Tricenter Albamur. El precio de esa venta habría sido transferido a una cuenta de MHG, abierta en Banesto, de donde habría sido detrída por Banesto para hacerse pago de los importes deudores resultantes de los contratos concertados con MHG. Por tanto, no ha existido error alguno en la valoración de la prueba y en la determinación de la base fáctica del litigio.

**2.-** Banesto discrepa de las conclusiones jurídicas extraídas de tal hecho pacífico, en orden a la concurrencia de perjuicio. Tal cuestión es ajena a la valoración de la prueba. En nuestra sentencia 53/2016, de 11 de febrero , afirmamos sobre esta cuestión:

«Como en otras ocasiones, hemos de recordar que, aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo ; y 58/2015, de 23 de febrero ), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados».

**SEXTO.-** *Formulación del cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

**1.-** En el cuarto y último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, Banesto vuelve a denunciar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución por la valoración arbitraria, irracional e ilógica de la prueba en relación con la apreciación de mala fe en la actuación de Banesto.

**2.-** Según la recurrente, tal apreciación se basa en una presunción judicial arbitraria y carente de lógica conforme a las reglas del criterio humano, que infringe los arts. 218.2 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pues parte de una situación de insolvencia que no era cierta, por lo que no podía ser conocida por Banesto, e invoca unos elementos (la extrema rapidez de la operación, su sutileza) que carecen de la más mínima lógica humana.

**SÉPTIMO.-** *Decisión de la sala. Desestimación del motivo.*

**1.-** Parte del argumento que sostiene el motivo constituye una petición de principio, al negar que MHG estuviera en situación de insolvencia cuando se realizó la operación cuestionada.





2.- Respecto de la otra parte de la argumentación, la jurisprudencia viene afirmando que las infracciones relativas a la prueba de presunciones solo pueden producirse en los casos en que se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o ha sido utilizada por el juzgador, o cuando éste ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas; pero no en aquellos casos, como el presente, en los cuales el tribunal se ha limitado a obtener las conclusiones de los hechos que ha estimado más adecuadas con arreglo a los elementos probatorios que le han sido brindados en el proceso sin incurrir en una manifiesta incoherencia lógica ( sentencias 836/2005, de 10 de noviembre , 215/2013 bis, de 8 de abril , 586/2013, de 8 de octubre , y 669/2015, de 25 de noviembre , entre otras muchas).

#### **Recurso de casación.**

**OCTAVO.-** *Formulación del segundo motivo del recurso de casación.*

1.- Por razones sistemáticas, procede abordar en primer lugar el segundo motivo del recurso de casación.

En el primer párrafo del motivo se denuncia «la indebida aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal , ordinales 1 y 4, que requieren la producción de perjuicio para que un acto pueda ser objeto de la acción rescisoria concursal, y de la jurisprudencia que interpreta la noción de perjuicio en el sentido de admitirlo cuando el efecto negativo del acto recae sobre la masa pasiva del concurso ("concepto amplio" de perjuicio), si bien exigiendo que en tal caso es necesario que el perjuicio resulte injustificado al alterar expectativas de cobro legítimas».

2.- Para fundamentar este motivo, Banesto alega, resumidamente, que al haberse cancelado la mayor parte de la deuda que MHG tenía con Banesto con la dación en pago, simulada bajo una compraventa, de una finca que no era propiedad de la deudora, sino de una tercera sociedad, Tricenter Albamur, perteneciente al mismo grupo que MHG, la operación no solo no fue perjudicial para la masa, sino que fue beneficiosa, puesto que se sustituyó el crédito de más de dos millones de euros que MHG mantenía con Banesto por otro crédito de un millón cien mil euros que al ser de una sociedad del grupo, tiene carácter subordinado. El pago rescindido habría producido efectos verdaderamente positivos porque la mayor parte de su importe proviene de una tercera entidad del grupo.

**NOVENO.-** *Decisión de la sala. Carácter objetivo del perjuicio.*

1.- La Audiencia Provincial, en respuesta a este argumento, que fue ya esgrimido en la instancia, lo considera inaceptable porque «la operación realizada no tenía como finalidad procurar un beneficio a la concursada, sino por el contrario, propiciar la rápida liquidación de las deudas que la misma tenía contraídas con Banesto, al advertir claramente dicha entidad bancaria la situación de insolvencia de "Mediterráneo Hispa Group" S.A.».

2.- En la acción rescisoria por fraude de acreedores del art. 1291.3 del Código Civil es preciso, además del perjuicio, el elemento subjetivo del *consilium fraudis* , como complicidad del transmitente con el destinatario de la transmisión patrimonial o, al menos, como conocimiento del perjuicio por parte de esta persona, para lo que resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio, *scientia fraudis* ( sentencias de esta sala de 17 de julio de 2006 , 406/2010, de 25 de junio , y 575/2015 , de 3 de noviembre).

Sin embargo, para que proceda la acción rescisoria concursal, basta con que concurra el elemento objetivo del perjuicio. El perjuicio relevante para la estimación de las acciones de rescisión concursal es el que supone un sacrificio patrimonial injustificado.

Por tanto, lo relevante para apreciar la concurrencia de ese elemento no es la intención que moviera a Banesto al realizar la operación, sino si la misma causó un sacrificio patrimonial injustificado.

3.- Los hechos fijados en la instancia muestran que la mayor parte del pago cuya rescisión se pretende con el ejercicio de la acción rescisoria concursal se hizo con el precio obtenido por una finca de una tercera sociedad, Tricenter Albamur, de la que la única circunstancia fáctica que se fija en la instancia es que pertenece al mismo grupo que la concursada.

Estas circunstancias determinan que, tal como afirma la recurrente, con la salida del patrimonio de la concursada de un activo cuyo valor apenas superaba los 900.000 euros, se canceló un crédito cuyo importe superaba los dos millones de euros, pues el otro activo utilizado para tal cancelación provenía del patrimonio de un tercero. En caso de que Tricenter Albamur hubiera ejercitado la acción de reembolso frente a MHG por la dación de pago hecha en su beneficio, su crédito no habría tenido la consideración de ordinario, como lo era el crédito de Banesto, sino de subordinado, en virtud de lo previsto en el art. 92.5º de la Ley Concursal .

No han sido fijados en la instancia otros datos que permitan afirmar que la dación en pago hecha por Tricenter Albamur para cancelar la mayor parte de la deuda que MHG mantenía con Banesto haya supuesto un perjuicio para MHG. La Audiencia Provincial solo menciona que son sociedades del mismo grupo, no que MHG sea

propietaria de la totalidad o la mayor parte del capital social de Tricenter Albamur. En su escrito de oposición al recurso, la propia MHG se refiere a Tricenter Albamur como una «tercera empresa».

4.- Lo expuesto determina que este motivo del recurso deba estimarse, porque la intervención de una tercera persona en la cancelación de la deuda que MHG mantenía con Banesto, tercera persona que enajenó una finca cuyo precio sirvió para cancelar la mayor parte de dicha deuda, determina que no concorra el requisito del perjuicio, pues excluye la existencia de un sacrificio patrimonial injustificado en MHG, ya sea directo, porque su patrimonio sufriera una merma considerable, ya sea indirecto, porque se perjudicara la condición de otros acreedores estando la deudora en una situación de clara insolvencia.

5.- Tampoco puede estimarse la pretensión formulada subsidiariamente por la parte demandante, consistente en que se rescinda exclusivamente el pago de las cantidades obtenidas con la dación en pago, encubierta mediante sendas compraventas, de las fincas propiedad de MHG.

La operación realizada tenía un carácter unitario, pues respondía a una misma causa y a una misma función económica, por lo que no puede desmembrarse para rescindir una parte, la que era menos beneficiosa para MHG, y dejar subsistente otra, la que benefició al patrimonio de MHG.

6.- Lo expuesto lleva a que el recurso de casación deba estimarse, la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser revocada, y deba desestimarse la pretensión formulada en la demanda con carácter principal.

#### **DÉCIMO.- Asunción de la instancia.**

1.- La formulación de una serie de pretensiones subsidiarias en la demanda, sobre las que los órganos de instancia no se pronunciaron al haber sido estimada la primera pretensión, obliga a examinarlas y resolverlas.

2.- La acción de nulidad por simulación no puede ser estimada. La propia demandante reconoce que se trata de una simulación relativa, puesto que las compraventas celebradas encubrían una transmisión patrimonial real, si bien la misma consistía en una dación en pago.

Que la dación en pago fuera perjudicial para MHG podría justificar la rescisión de la operación, pero no su nulidad. Además, una vez que se ha descartado la existencia de perjuicio, la pretensión carece de base alguna.

3.- Tampoco puede estimarse la siguiente pretensión subsidiaria, consistente en la rescisión de las compraventas de las fincas propiedad de MHG, que encubrían una dación en pago, pues falta el elemento de perjuicio en la operación considerada en su conjunto, como antes se ha razonado.

4.- Tampoco procede estimar la última pretensión ejercitada de modo subsidiario, consistente en la rescisión de las compraventas que encubrían la dación en pago, por tratarse de transmisiones a título gratuito. Si la propia demandante reconoce que se trató de daciones en pago de la deuda que mantenía MHG con Banesto, esa calificación del negocio jurídico excluye su carácter gratuito, puesto que hubo onerosidad: las fincas se transmitieron para cancelar la deuda.

5.- Lo expuesto lleva a que la demanda deba ser desestimada en su totalidad.

#### **UNDÉCIMO.- Costas y depósitos.**

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación del recurso de casación conlleva que, en cuanto a costas, se condene a la recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se haga especial declaración de las costas del recurso de casación

2.- La estimación del recurso de apelación que supone la estimación del recurso de casación conlleva que no se haga expresa imposición de las costas causadas en dicho recurso.

3.- Pese a que la demanda resulta plenamente desestimada, las circunstancias concurrentes, tanto por las características de las operaciones impugnadas como por las relaciones existentes entre la concursada y la tercera entidad que realizó la dación para pago de parte de la deuda de la concursada, determinan la concurrencia de serias dudas de hecho y de derecho que llevan a que no se haga expresa imposición de las costas de primera instancia.

4.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, y se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**

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



1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto Banco Santander, S.A., contra la sentencia núm. 479/2013 de 25 de julio, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación núm. 412/2013 . 2.º- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto, y, en su lugar, estimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, S.A., contra la sentencia 8/2013 de 22 de enero, del Juzgado Mercantil núm. 2 de Murcia , que revocamos, y desestimamos plenamente la demanda interpuesta por los administradores concursales del concurso de Mediterráneo Hispa Group, S.A., contra Banco Español de Crédito, S.A., Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A. y Mediterráneo Hispa Group, S.A. 3.º- No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación, del recurso de apelación y de la primera instancia. Procede condenar a Banco Santander, S.A., al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. Devuélvase a la recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación y se acuerda la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDU