



Roj: **STS 2644/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2644**

Id Cendoj: **28079110012017100393**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2017**

Nº de Recurso: **1837/2014**

Nº de Resolución: **404/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 963/2014,**
STS 2644/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, como consecuencia de autos de juicio de incidente concursal de rescisión de la hipoteca y aval realizado por el deudor y perjudicial para la masa activa seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo. Los recursos fueron interpuestos por Claudio como administrador concursal de la entidad Mecánica de Castrillón S.A., representado por la procuradora Isabel Julia Corujo. Es parte recurrida Evelio, administrador concursal de la entidad Talleres Asipo S.L., representado por la procuradora Myriam Álvarez del Valle Lavesque.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. Claudio, administrador concursal de la entidad Mecánica de Castrillón S.A., interpuso demanda de incidente concursal de rescisión de la hipoteca y aval realizado por el deudor y perjudicial para la masa activa ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, contra las entidades Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra (hoy NCG Banco SA -Novogalicia-), Talleres Asipo S.L., la administración concursal de Talleres Asipo S.L. y Mecánica de Castrillón S.A., para que se dictase sentencia:

«1º. Se declare la rescisión e ineficacia absoluta de la hipoteca y afianzamiento prestados por Mecánica de Castrillón S.A. ante Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra (hoy NCG Banco SA -Novogalicia-), para responder de los riesgos concertados por esta entidad financiera con la también demandada Talleres Asipo S.L., del préstamo de 725.000,00 €, ingresados en la cuenta especial número NUM000, recogido en la escritura del préstamo con garantía hipotecaria otorgada en Langreo el veintinueve de julio de dos mil once ante el notario Don Rafael García Ortiz, sustituto por imposibilidad accidental de su compañera de residencia, Doña Pura, sustituta a su vez de su compañero Don Leonardo, para el número ochocientos quince de su protocolo.

2º. Se ordene cancelar los asientos registrales practicados en virtud de dicha escritura, librando el efecto los oportunos mandamientos al Registro de la Propiedad correspondiente y siendo a cargo del Banco acreedor todos los gastos que pudieran derivarse de la cancelación registral de dichas garantías hipotecarias.

3º. Se declare que no existe ninguna contraprestación que restituir por parte de la masa como consecuencia de las rescisiones interesadas.



4º. Se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

5º. Se imponga expresamente las costas procesales a quien se opusiera a dichas pretensiones y, todo lo que demás resulte procedentes en Derecho».

2. La procuradora Yolanda Alonso Ruiz, en representación de la entidad NCG Banco S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora»

3. El procurador Luis Alberto Prado García, en representación de la entidad Talleres Asipo, S.L., presentó escrito y suplicó al Juzgado:

«se le tuviera por allanado a la demanda deducida por la administración concursal, de forma parcial, y opuesto a la misma en el sentido de que no procede la rescisión de las fianzas otorgadas en el sentido que se contiene en el cuerpo de esta escrito».

4. El procurador Eduardo Portilla Hierro, en representación de Evelio (administrador concursal de la entidad Talleres Asipo S.L.), contesto a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«que desestime íntegramente dicha demanda, con condena en costas a parte actora».

5. El procurador Luis Alberto Prado García, en representación de la entidad Mecánica de Castrillón S.A., presentó escrito en el que manifestaba su allanamiento a las pretensiones formuladas.

6. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo dictó sentencia con fecha 8 de julio de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la administración concursal de Mecánica de Castrillón S.A. (MECSA), contra Talleres Asipo S.A. (TAS), Mecánica de Castrillón, la administración concursal de Talleres Asipo y NCG. Y todo ello, sin hacer mención expresa en cuanto a las costas causadas en esta instancia».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal de la entidad Mecánica de Castrillón S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias mediante sentencia de 4 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que desestimando el recurso de apelación formulado por la administración concursal de "Mecánica de Castrillón, S.A." contra la sentencia de fecha 8 de julio de 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo , debemos acordar y acordamos confirmarla sin haber lugar a realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

»Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir».

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

1. Claudio , administrador concursal de la entidad Mecánica de Castrillón S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«1º) Infracción del art. 217 LEC en relación con el art. 71.2 de la Ley Concursal ».

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción del art. 71 de la Ley Concursal ».

2. Por diligencia de ordenación de 7 de julio de 2014, la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Claudio como administrador concursal de la entidad Mecánica de Castrillón S.A., representado por la procuradora Isabel Julia Corujo; y como parte recurrida Evelio , administrador concursal de la entidad Talleres Asipo S.L., representado por la procuradora Myriam Álvarez del Valle Lavesque y la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A. (antes NCG Banco S.A.), representada por el procurador Javier González Fernández.



4. Esta sala dictó auto de fecha 20 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la Administración Concursal de la sociedad mercantil Mecánica de Castrillón, SA, contra la sentencia dictada, con fecha 4 de abril de 2014, por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª) en el rollo de apelación n.º 392/2013 , dimanante de los autos de incidente concursal n.º 112/2012-6 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo».

5. Con fecha 29 de julio de 2016, la representación procesal de la entidad Abanca Corporación Bancaria presentó escrito por el que interesaba se le tuviera por apartado del presente recurso, dictándose al efecto diligencia de ordenación de fecha 18 de octubre de 2016.

6. Dado traslado, la representación procesal de Evelio , administrador concursal de la entidad Talleres Asipo S.L., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

7. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de junio de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Mecánica de Castrillón, S.A. (MECSA) fue declarada en concurso de acreedores mediante auto de fecha 23 de enero de 2012.

La totalidad del capital social de MECSA es titularidad de Talleres Asipo, S.L. (TAS).

El 29 de julio de 2011 se formalizaron las siguientes relaciones contractuales: un préstamo con garantía hipotecaria y afianzamiento, concedido por Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra (luego, NCG y en la actualidad Abanca) a favor de TAS, por un importe de 750.000 euros; su devolución fue afianzada por MECSA, quien además constituyó una hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre una finca de su propiedad sita en el Polígono de Silvota (concejo de Llanera), cuyo valor de tasación era 1.232.500 euros; MECSA se constituyó, además, en fiador solidario del prestatario, renunciando a los beneficios de orden, excusión y división.

En otras ocasiones, TAS había garantizado los préstamos y créditos que eran concedidos a MECSA:

i) El 26 de julio de 2011 y el 25 de abril de 2012, Banco de Santander concedió a MECSA créditos por importe de 500.000 euros, 225.000 euros y 450.000 euros, que fueron afianzados solidariamente por TAS;

ii) El 28 de diciembre de 2010 y el 18 de julio de 2011, Bankia concedió a MECSA créditos por 130.000 euros y 100.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza solidaria;

iii) El 4 de mayo de 2010 y 29 de julio de 2011 el Banco Caixa Xeral concedió a MECSA créditos por 200.000 euros y 290.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza;

iv) El 12 de diciembre de 2008, Asturgar concedió a MECSA una línea de avales mediante póliza de "Contrato de regularización de relaciones de afianzamiento" por 600.000 euros, que TAS afianzó con renuncia a los beneficios de orden, exclusión y división;

v) El 26 de julio de 2011, el BBVA concedió a MECSA un préstamo hipotecario por 358.000 euros que fue avalado solidariamente por TAS;

vi) y, finalmente, los días 5 de abril de 2006, 31 de marzo de 2010 y 27 de julio de 2011, la entidad Nova Caixa Galicia concedió a MECSA créditos por 300.000 euros, 300.000 euros y 450.000 euros, respectivamente, que también fueron avalados por TAS.

2. La Administración concursal de MECSA solicitó la rescisión concursal de la constitución de hipoteca y del afianzamiento realizados en la escritura de 29 de julio de 2011, en garantía de los préstamos concedidos por NCG a TAS. La demanda entendía que la concesión de la garantías debía conceptuarse como realizada a título gratuito, por lo que operaba la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC , que no admite prueba en contrario. Y era a título gratuito porque MECSA no percibió ninguna contraprestación por la concesión de la garantía.

3. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda porque, teniendo en cuenta que TAS era titular de la totalidad del capital social de MECSA, «no puede sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto

en cuanto existen operaciones previas a la hipoteca en las cuales TAS afianza solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación».

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal. La Audiencia rechaza el recurso. Después de una explicación de cómo opera la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del art. 71.2 LC, la sentencia de apelación advierte que las dos sociedades, TAS y MECSA, formaban parte de un grupo y que la constitución de la garantía hipotecaria por parte de MECSA, además de ser contextual a la concesión del préstamo a favor de TAS, no podía analizarse aisladamente, sino en el contexto de las operaciones de financiación del grupo, en las que destacaba que los créditos y préstamos bancarios concedidos a favor de MECSA eran afianzados por TAS.

Al respecto y, sobre todo, en relación con el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, resulta muy ilustrativa la última argumentación con la que concluye la desestimación del recurso:

«(...) lo que encontramos finalmente de los datos admitidos como ciertos es que la filial MECSA, en el período de tiempo comprendido entre los años 2006 y 2012, acudió a obtener financiación externa de una manera reiterada por un total de 3.903.000 euros, disponiendo en cada una de tales operaciones del aval constituido por la sociedad dominante TAS, todo lo cual debe ser valorado como una contribución patrimonial por parte de esta última a la consecución de tal financiación y con ello a posibilitar que MECSA pudiera continuar operando en el mercado. Es en este contexto, y no de manera aislada, donde debe ser enmarcada la operación ahora enjuiciada por la cual MECSA procede el 26 julio 2011 a constituir una garantía real y una fianza personal para responder de los préstamos solicitados por TAS por un importe total de 725.000 euros, pues el conjunto de circunstancias descritas conduce a entender que entre ambas sociedades ha existido un flujo recíproco de garantías en términos suficientes para poder aceptar la onerosidad de esta última operación».

5. Frente a la sentencia de apelación, la administración concursal de MECSA interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y recurso de casación que también se articula en un solo motivo.

Esta sala se ha pronunciado recientemente sobre un caso muy similar: la misma administración concursal había solicitado, por razones semejantes a las invocadas en este pleito, la rescisión concursal de otra escritura de constitución de hipoteca y afianzamiento prestados por la concursada (MECSA) para garantizar otro préstamo concedido por otra entidad bancaria a favor de TAS (sociedad matriz del grupo al que pertenece MECSA); el juzgado que tramita el concurso resolvió en el mismo sentido y la audiencia también. Los motivos que ahora fundan los recursos extraordinario por infracción procesal y casación son sustancialmente los mismos que fueron resueltos en aquella otra sentencia (213/2017, de 31 de marzo), que constituye un precedente en el presente caso, del que no encontramos razón alguna para separarnos. Por esta razón, en la resolución de los presentes recursos, emplearemos los mismos razonamientos. Tan sólo omitiremos la mención que en el precedente se hacía al efecto del allanamiento de la entidad bancaria, porque en el presente caso no existió.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal

1. *Formulación del motivo*. El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, y se funda en la «infracción de las normas sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC), en relación con el art. 71.2 LC»

Según el recurso, la infracción de las reglas de la carga de la prueba se habría producido porque la sentencia apelada descarta el carácter gratuito al no haberse acreditado que los afianzamientos otorgados por TAS a favor de MECSA no le hubieran reportado ningún beneficio.

En el desarrollo del motivo se contienen muchas alegaciones que guardan relación con la valoración jurídica del perjuicio y, en concreto, del carácter gratuito del acto de disposición que supone la constitución de la garantía, sobre una obligación ajena.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo*. La cuestión suscitada en el motivo debe ser desestimada, como hicimos en la sentencia de referencia, porque, aunque pudiera parecer que se había hecho uso de las reglas previstas al respecto en el art. 217 LEC, de apreciarse, sería irrelevante.

Es cierto que la sentencia recurrida, sobre la base de la tesis del recurrente de que la concesión de una garantía contextual para cubrir una obligación ajena sólo puede dejar de ser gratuita cuando se haya obtenido a cambio una ventaja compensatoria que lo justifique, razona que había quedado acreditado que existieron garantías concedidas por TAS para cubrir créditos concedidos por terceros a MECSA, y que correspondía a la administración concursal acreditar que estas fianzas no reportaban ninguna ventaja compensatoria.



Pero, como razonaremos por extenso al resolver el recurso de casación, lo verdaderamente relevante para poder apreciar que la prestación de la garantía por la concursada no fue a título gratuito no era la eventual falta de acreditación del beneficio que pudo reportar a la concursada las fianzas prestadas por TAS. Lo relevante, a la vista de la jurisprudencia de esta sala es que la sentencia recurrida declara directamente probado, como lo había hecho el juzgado, a partir de las escrituras aportadas a los autos y de las alegaciones de hechos no contradichas, que había habida una serie de préstamos y créditos bancarios recibidos por MECSA, afianzados por TAS. Sobre estos hechos se apoya la apreciación judicial de que la constitución de la hipoteca, además de ser contextual a la concesión del préstamo bancario a favor de TAS, no ocasionaba perjuicio para la masa activa, en la medida en que por sí mismos muestran, como razonaremos con más detalle al resolver el recurso de casación, una ventaja o beneficio indirecto que justifica el sacrificio que conllevaba la prestación de la garantía, pues facilitaron la obtención del crédito.

TERCERO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo . En la formulación del motivo se denuncia la infracción del art. 71 LC . En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de apelación, al igual que la de primera instancia, infringe aquel precepto al no apreciar la rescisión concursal de las hipotecas constituidas por una filial a favor de su matriz.

Según el recurrente, la sentencia recurrida se extralimita de «la recta interpretación y aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal », e incurre en una «indebida consideración de los conceptos de onerosidad, perjuicio patrimonial y presunción», con lo que se aleja de la «exigua aunque sugerente doctrina de esta Excm. Sala». Y cita las sentencias de 13 de diciembre de 2010 y 8 de noviembre de 2012 .

En relación con el argumento de la Audiencia de que en otras ocasiones el crédito bancario recibido por la concursada había sido afianzado por TAS, la matriz, la recurrente afirma que «una cosa es que no sea exigible una reciprocidad, entendida ésta como equivalencia de prestaciones, y otra admitir que cualquier actuación recíproca sirva para enervar la gratuidad»

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación, y que coinciden con las empleadas en la sentencia de referencia (213/2017, de 31 de marzo), pues el motivo se formuló y desarrolló en los mismos términos, con las únicas diferencias relativas a la concreta operación impugnada.

2. Desestimación del motivo . Jurisprudencia aplicable al caso . Conforme al art. 71.2 LC , «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso».

Como declaramos en la sentencia 193/2014, de 21 de abril , la prestación de una garantía, personal o real, podría considerarse acto de disposición a título gratuito, y por lo tanto podría estar afectada por la presunción de perjuicio, siempre y cuando se estimara que la causa fue la mera liberalidad:

«(S)e presume de forma absoluta este perjuicio (*iuris et de iure*) cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado (art. 71.2 LC). Las garantías personales y reales pueden ser actos susceptibles de ser afectados por el precepto. Lo esencial y determinante es si el acto, contrato o negocio fue realizado a título oneroso o gratuito por el fiador concursado».

En la actualidad, en el caso de constitución de una hipoteca para garantizar un deuda ajena, para determinar cuándo la causa es onerosa o gratuita, la jurisprudencia tiene en cuenta si la concesión de la garantía es contextual a la concesión del crédito garantizado.

Cuando la concesión de la garantía es contextual, la jurisprudencia entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella.

Por el contrario, cuando la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, y por ello no fuera contextual, debe entenderse que la causa es la mera liberalidad, salvo, lógicamente, que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja.

Esta jurisprudencia se contiene en la sentencia 100/2014, de 30 de abril , que constituye la sentencia de referencia en la materia. En ella se superan las primeras aproximaciones contenidas en las sentencias citadas por el recurso (sentencias 791/2010, de 13 de diciembre , y 652/2012, 8 de noviembre), y su doctrina ha sido reiterada por todas las sentencias posteriores que se han tenido que pronunciar sobre esta cuestión (sentencias 290/2015, de 2 de junio ; 289/2015, de 2 de junio ; 294/2015, de 3 de junio ; y 295/2015, de 3 de junio). En la reseñada sentencia 100/2014, de 30 de abril , afirmamos:

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



garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero».

3. En nuestro caso, consta que la constitución de la garantía por MECSA fue contextual a la concesión del préstamo a favor de TAS, que se garantizaba con la hipoteca, en beneficio del prestamista, NCG. Por ello, la Audiencia entendió correctamente que la causa de la concesión de la hipoteca no fue la mera liberalidad, máxime cuando la prueba practicada mostraba que fue requerida por la entidad financiera para la concesión de los préstamos.

El que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio *iuris et de iure*, no excluye que la concesión de la garantía no pueda ser rescindida si se estima perjudicial para la masa, esto es, si no se acredita que el sacrificio patrimonial que suponía la hipoteca, en cuanto que reducía el valor del activo gravado, estaba justificado.

Como afirmamos en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, habrá que valorar «si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía». Teniendo en cuenta que «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».

La Audiencia ha entendido, de forma razonable, que la constitución de la hipoteca se encuentra justificada por las garantías que a su vez la matriz TAS había concedido y siguió concediendo durante ese tiempo, para hacer posible que MECSA pudiera acceder a la financiación externa. En concreto, según ha quedado probado, en ese tiempo el crédito financiero recibido por MECSA que fue a su vez afianzado por TAS ascendía a un total de 3.903.000 euros. De tal forma que la ventaja o el beneficio venía representado porque a su vez TAS facilitaba la obtención de financiación externa.

En consecuencia, procede desestimar el motivo.

CUARTO. Costas

Desestimados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, imponemos a la parte recurrente las costas generadas con sus recursos.

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 interpuesto por la administración concursal de Mecánica de Castrillón, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 1ª) de 4 de abril de 2014 (rollo 392/2013), que conoció de la apelación formulada contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo de 8 de julio de 2013 (incidente derivado del concurso 112/2012), con imposición de costas a la parte recurrente. 2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la administración concursal de Mecánica de Castrillón, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 1ª) de 4 de abril de 2014 (rollo 392/2013), con imposición de costas a la parte recurrente. 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.