

Roj: **STS 1221/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1221**Id Cendoj: **28079110012017100200**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/03/2017**Nº de Recurso: **2503/2014**Nº de Resolución: **206/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Banco de Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoó, bajo la dirección letrada de D. Sergio del Bosque Gómez, contra la sentencia núm. 463/2014, de 24 de julio, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación núm. 232/2014, dimanante del incidente concursal núm. (I 72) 180/2010-1, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Murcia. Han sido partes recurridas la Administración concursal de Mediterráneo Hispa Group S.A, representada por los administradores concursales D. Felix, D. Florencio y D. Gabino; Dª Esperanza, representada por la procuradora Dª Lorena Martín Hernández y bajo la dirección letrada de D. José Maneiro Amigo; y Mediterráneo Hispa Group S.A., representada por la procuradora Dª Gema Martín Hernández, bajo la dirección letrada de D. Ismael Olmo Pérez

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Pedro Jose Vela** Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La administración concursal de Mediterráneo Hispa Group S.A. interpuso demanda de incidente concursal contra Banco de Santander S.A., Mediterráneo Hispa Group S.A. y Dña. Esperanza, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«1º CON CARÁCTER PRINCIPAL

»1.A) Disponga la nulidad o subsidiaria rescisión el contrato de préstamo de fecha 11 de marzo de 2009, otorgado ante el notario de Murcia; Don **José** Javier Escolano navarro, bajo el número 615 de su protocolo por su importe total de 9.000.000,00 €, o en su defecto su nulidad o rescisión parcial en la cantidad de 5.453.076,78 € (cinco millones cuatrocientos cincuenta y tres mil setenta y seis euros con setenta y ocho céntimos) y se le condene a la devolución del correspondiente importe más los intereses moratorios y procesales que en adelante se devenguen.

»1.B) Disponga la nulidad o subsidiaria rescisión del siguiente acto:

De la constitución de todas y a cada una de las hipotecas constituidas sobre cada una de las siguientes fincas.

»1).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM000, tomo NUM001, folio NUM002 finca NUM003, inscripción NUM004.

»2).- Registro de la propiedad de Molina de Segura N.º 2, libro NUM005, tomo NUM006, folio NUM007, finca NUM008, inscripción NUM009.

»3).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM010, tomo NUM011, folio NUM012, finca NUM013, inscripción NUM014.



- »4).- Registro de la propiedad de Molina de Segura, nº 2, libro NUM015 , tomo NUM016 , folio NUM017 , finca NUM018 , inscripción NUM019 .
- »5).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM020 , tomo NUM021 , folio NUM022 , finca NUM023 , inscripción NUM019 .
- »6).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM020 , tomo NUM021 , folio NUM024 , finca NUM025 , inscripción NUM019 .
- »7).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM026 , tomo NUM027 , folio NUM028 , finca NUM029 , inscripción NUM030 .
- »8).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM031 , tomo NUM032 , folio NUM009 , finca NUM033 , inscripción NUM030 .
- »9).- Registro de la Propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM010 , tomo NUM011 , folio NUM034 , finca NUM035 , inscripción NUM014 .
- »10).- Registro de la propiedad de Cieza nº 1 , libro NUM036 , tomo NUM037 , folio NUM004 , finca NUM038 , inscripción NUM039 .
- »1.C) Se ordene la cancelación de las inscripciones registrales de las hipotecas anuladas o rescindidas en lo que concierne a cada una de las fincas registrales identificadas en del apartado precedente, a cuyo efecto se librarán los oportunos mandamientos dirigidos a los Registros de la Propiedad nº 2 de Molina de Seguro y nº 1 de Cieza.
- »1.D) Se declare a los efectos del artículo 73.3 de la Ley concursal la mala fe de Banco de Santander y, en todo caso, se declararse supérstite total o parcialmente el crédito dimanante del préstamo impugnado se imponga su calificación como subordinado.
- »2ª.- SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que no se apreciase la nulidad o rescindibilidad del préstamo, se decrete la íntegra rescindibilidad de las hipotecas constituidas el día 11 de marzo de 2009 recayentes sobre las siguientes fincas:
- »1).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM000 , tomo NUM001 , folio NUM002 finca NUM003 , inscripción NUM004 .
- »2).- Registro de la propiedad de Molina de Segura N.º 2, libro NUM005 , tomo NUM006 , folio NUM007 , finca NUM008 , inscripción NUM009 .
- »3).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM010 , tomo NUM011 , folio NUM012 , finca NUM013 , inscripción NUM014 .
- »4).- Registro de la propiedad de Molina de Segura, nº 2, libro NUM015 , tomo NUM016 , folio NUM017 , finca NUM018 , inscripción NUM019 .
- »5).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM020 , tomo NUM021 , folio NUM022 , finca NUM023 , inscripción NUM019 .
- »6).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM020 , tomo NUM021 , folio NUM024 , finca NUM025 , inscripción NUM019 .
- »7).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM026 , tomo NUM027 , folio NUM028 , finca NUM029 , inscripción NUM030 .
- »8).- Registro de la propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM031 , tomo NUM032 , folio NUM009 , finca NUM033 , inscripción NUM030 .
- »9).- Registro de la Propiedad de Molina de Segura nº 2, libro NUM010 , tomo NUM011 , folio NUM034 , finca NUM035 , inscripción NUM014 .
- »10).- Registro de la propiedad de Cieza nº 1 , libro NUM036 , tomo NUM037 , folio NUM004 , finca NUM038 , inscripción NUM039 .
- »2.A) 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 los apartados precedentes, a cuyo efecto se librarán los oportunos mandamientos dirigidos a los Registros de la Propiedad nº 2 de Molina de Segura y nº 1 de Cieza.

»2.B) 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 del Banco de Santander, derivado de este préstamo deberá ser clasificado como subordinado.

»2.C) Que se condene a Banco de Santander a reintegrar a la masa de la concursada en concepto de daños y perjuicios el importe de los gastos repercutidos a la concursada derivados de la constitución de la hipoteca por los conceptos de gastos de tasación, notario, gastos de inscripción registral, impuestos (Transmisiones y Actos jurídicos) y registro, por importe total de 323.473 € (TRESCIENTOS VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES EUROS), conforme a lo señalado en el fundamento de derecho XII d) de la demanda.

»Todo ello con condena en costas para el éxito de cualesquiera de las acciones».

2.- La demanda fue presentada el 3 de diciembre de 2010 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Murcia, fue registrada con el núm. I 72 180/2010-1. Una vez admitida a trámite, se emplazó a las partes demandadas.

3.- La procuradora D^a Gloria Valcárcel Alcázar, en representación de Mediterráneo Hispa Group S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte sentencia conforme a derecho, sin condena en costas a mi mandante».

4.- El procurador D. Alfonso Albacete Manresa, en representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]acuerde desestimar íntegramente las pretensiones aducidas en la demanda formulada de contrario, condenando a la actora al pago de las costas ocasionadas a mi representado».

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia dictó sentencia, de fecha 25/10/2013, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: ESTIMO PARCIALMENTE la demanda formulada por la Administración Concursal contra Mediterráneo Hispagroup, S.A., D^a Esperanza y contra Banco Santander, S.A., sin expresa condena en costas.

»DECLARO la rescisión e ineficacia de las garantías hipotecarias constituidas por Mediterráneo Hispagroup, S.A. contenidas en la escritura pública de 11 de marzo de 2009 sobre las siguientes fincas registrales:

1).- finca NUM003, NUM008, NUM013, NUM018, NUM023, NUM025, NUM029, NUM033 y NUM035 del Registro de la Propiedad de Molina de Segura núm.2,

2).- finca NUM038 del Registro de la Propiedad de Cieza núm. 1.

»Consecuentemente procede la cancelación de los correspondientes asientos registrales, a cuyo efecto líbrense los mandamientos oportunos a los Registros de la Propiedad núm. 2 de Molina de Segura y núm. 1 de Cieza.

»DECLARO la validez del préstamo concedido por Banco Santander S.A. a favor de Mediterráneo Hispagroup. S.A. en la escritura pública de 11 de marzo de 2009.

»ACUERDO que la Administración Concursal de Mediterráneo Hispagroup, S.A. reconozca a Banco Santander, S.A. en su informe definitivo el crédito de 9.000.000 euros derivado del préstamo de 11 de marzo de 2009 como crédito subordinado.

»CONDENO a Banco Santander, S.A. a abonar a la masa del concurso, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, el importe de 323.473 euros».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D^a Esperanza y de Banco Santander S.A. Asimismo, fue impugnada por la administración concursal.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, que los tramitó con el número de rollo 232/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 24 de julio de 2014, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Que DESESTIMANDO los recursos de apelación formulados por la Procuradora Sra. Martínez Corbalán en representación de D^{ña}. Esperanza y por el Procurador Sr. Albacete Manresa en representación de la entidad "Banco Santander" S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia en el Incidente Concursal 1 (I72) del Concurso nº 180/10, y DESESTIMANDO a su vez la impugnación planteada contra dicha sentencia por la Administración Concursal, debemos CONFIRMAR íntegramente la misma, debiendo cada parte apelante e impugnante soportar las costas de esta alzada derivadas de la desestimación de sus respectivos recursos e impugnación».

**TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- El procurador D. Alfonso Albacete Manresa, en representación de Banco Santander, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Vulneración del artículo 73.3 LC por aplicación indebida: la sentencia recurrida subordina el crédito del banco que no nace ni trae causa del negocio rescindido (la hipoteca), sino de un negocio que expresamente declaró válido la propia sentencia (el préstamo)».

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 11 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander, S.A contra la Sentencia dictada el 24 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Murcia (sección 4ª) en el rollo nº 232/2014, dimanante de los autos de incidente concursal nº (72) 180/2010-1, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia».

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 6 de febrero de 2017 se nombró nuevo ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 15 de marzo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO**.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 11 de marzo de 2009, Banco de Santander S.A. concedió un préstamo a la compañía mercantil Mediterráneo Hispa Group S.A., por importe de 9.000.000 €; el cual se garantizó con una hipoteca sobre las fincas registrales NUM003 , NUM008 , NUM013 , NUM018 , NUM023 , NUM025 , NUM029 , NUM033 y NUM035 del Registro de la Propiedad n.º 2 de Molina de Segura, y la finca registral NUM038 del Registro de la Propiedad n.º 1 de Cieza, todas ellas propiedad de la prestataria. Dña. Esperanza , administradora de la sociedad prestataria, intervino como fiadora solidaria, por cuantía de 2.500.000 €. El préstamo tuvo como finalidad la refinanciación de otras deudas que la prestataria mantenía con la misma entidad financiera.

2.- La prestataria, Mediterráneo Hispa Group S.A., fue declarada en concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, por auto de 30 de junio de 2010 .

3.- La administración concursal presentó una demanda contra la entidad prestamista, la concursada y la fiadora solidaria, en la que solicitó la nulidad del préstamo y de las garantías hipotecarias por falta de causa; y subsidiariamente, la rescisión concursal de tales operaciones.

4.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la pretensión subsidiaria, declaró la rescisión e ineficacia de las garantías hipotecarias sobre las fincas antes indicadas, calificó como subordinado el crédito de 9.000.000 € a favor del Banco de Santander y condenó a esta entidad a indemnizar a la masa del concurso en 323.473 €.

5.- Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por el Banco de Santander y la fiadora, e impugnada por la administración concursal, fue confirmada por la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Subordinación del crédito resultante de la rescisión concursal.*

Planteamiento:

1.- Banco de Santander interpuso recurso de casación, conforme al art. 477.2.3º LEC , en su modalidad de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el que alegó infracción del art. 73.3 de la Ley Concursal (en adelante, LC). Citaba como infringidas las sentencias de esta sala de 26 de octubre de 2012 y 9 de abril de 2014 .

2.- En el desarrollo del motivo alegó, resumidamente, que resulta contradictorio que no se rescinda el préstamo y, sin embargo, se subordine el crédito derivado de su concesión. Se adujo, asimismo, que la sentencia incurre en varios errores: a) La supuesta sanción que se establece para los casos de mala fe no se agota en la subordinación del crédito que nace de la rescisión; b) La subordinación del crédito no puede extenderse a un



supuesto de hecho no previsto por la norma; c) Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el art. 73.3 LC solo se aplica a aquellos créditos que nazcan como consecuencia de la rescisión, no a los existentes con anterioridad al acto rescindido; d) Las normas sancionadoras deben interpretarse restrictivamente.

Decisión de la Sala:

1.- Como regla general, el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde, como consecuencia de una acción de reintegración de la masa, es un crédito contra la masa (art. 84.2.8º LC), y debe ser abonado por la administración concursal «simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido» (art. 73.3 LC). Como advertimos en la sentencia 723/2012, de 7 de diciembre , esta referencia a la consideración de crédito contra la masa se hace para diferenciarlo de los créditos concursales y, por lo tanto, para legitimar la obligación impuesta a continuación de que la restitución sea simultánea, y para que, en el hipotético caso en que la contraparte hubiera restituido la prestación por ella recibida sin obtener a cambio la suya, se le permita reclamar su satisfacción inmediatamente, y, en cualquier caso, con la preferencia respecto de los créditos concursales derivada de lo dispuesto por los arts. 84.3 y 154 LC .

Excepcionalmente, para el caso en que la contraparte hubiere actuado de mala fe, el art. 73.3 LC prevé la transformación de su crédito en concursal, y, dentro de éstos, en crédito subordinado (art. 92.6º LC), con la consiguiente postergación en el cobro, en caso de liquidación, y el régimen de participación y vinculación, en caso de convenio. Además, al ser un crédito concursal, cesa el derecho a ser cobrado simultáneamente a la entrega de su prestación.

En la sentencia antes citada, así como en las sentencias 548/2010, de 16 de septiembre , y 662/2010, de 27 de octubre , se aclara que la mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.

2.- Cuando el art. 73.3 LC regula las consecuencias de la mala fe en la contraparte del concursado, exige algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores. La mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo no requiere la intención de dañar, sino la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos, y se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico.

3.- En este caso, resulta determinante que no se haya declarado la ineficacia de la obligación garantizada, el préstamo, sino únicamente de la garantía hipotecaria. Por ello, como dijimos en la sentencia 173/2014, de 9 de abril , debe distinguirse entre la ineficacia o rescisión de actos de disposición que constituyen negocios con obligaciones recíprocas, de aquellos actos de disposición que carecen de esta condición. En el primer caso, rige la regla de que la rescisión o ineficacia conlleva la recíproca restitución de prestaciones (art. 73.1 LC) y el derecho a la prestación que resulte a favor de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá, en principio, la consideración de crédito contra la masa. Pero en el supuesto que nos ocupa no nos encontramos propiamente en este caso, sino en el de la constitución de una garantía real a favor de una obligación nueva, contraída en sustitución de otra anterior, que carecía de esta garantía, respecto de la que la rescisión o ineficacia conlleva dejar sin efecto la mencionada garantía.

Desde ese punto de vista, la apreciación de la mala fe, en los términos del art. 73.3 LC , viene referida al acto rescindido, según se desprende del propio tenor literal del precepto, pero no a otro diferente. Y en este caso, el crédito del Banco de Santander no surge de la rescisión, puesto que el préstamo no ha sido rescindido, sino del propio contrato de préstamo; y una vez declarada ineficaz la garantía, tendrá la consideración de crédito concursal ordinario.

Como bien se dice en el recurso, la sanción a la mala fe de quien contrató con el concursado no consiste en este caso en la subordinación del crédito, dada la inaplicabilidad del art. 73.3 LC , sino en la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa (art. 72.2 in fine LC), como de hecho se hace en la sentencia de primera instancia y confirma la sentencia recurrida.

4.- En consonancia con lo expuesto, el recurso de casación debe ser estimado y, al asumir la instancia, debe estimarse en parte el recurso de apelación del Banco de Santander, a fin de revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y dejar sin efecto la subordinación del crédito a favor de dicha entidad financiera, por importe de 9.000.000 €, derivado del préstamo de 11 de marzo de 2009, el cual debe ser reconocido como ordinario. Confirmándose la sentencia del juzgado de lo mercantil en sus demás pronunciamientos.



TERCERO.- Costas y depósitos.

1.- Al haberse estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC .

2.- La estimación del recurso de casación conlleva la estimación parcial del recurso de apelación del Banco de Santander, por lo que tampoco procede hacer expresa imposición de las costas causadas por dicho recurso, según previene el mismo art. 398.2 LEC .

3.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, LOPJ .

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

esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco de Santander S.A. contra la sentencia núm. 463/2014, de 24 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, en el recurso de apelación núm. 232/2014 . **2.º-** Casar y anular parcialmente dicha sentencia, en el sentido de estimar en parte el recurso de apelación del Banco de Santander, a fin de revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y dejar sin efecto la subordinación del crédito a favor de dicha entidad financiera, por importe de 9.000.000 €, derivado del préstamo de 11 de marzo de 2009, el cual debe ser reconocido como ordinario. Confirmándose la sentencia del juzgado de lo mercantil en sus demás pronunciamientos. **3.º-** No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación y el recurso de apelación interpuesto por el Banco de Santander. **4.º-** Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.