



Roj: STS 1223/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1223

Id Cendoj: 28079110012017100202

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 31/03/2017

Nº de Recurso: 1836/2014

Nº de Resolución: 213/2017

Procedimiento: CIVIL

Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En Madrid, a 31 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.<sup>a</sup>, como consecuencia de autos de incidente **concursal** seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo. Los recursos fueron interpuestos por Bruno como administrador **concursal** de la entidad Mecánica de Castrillón S.A., representado por la procuradora Isabel Julia Corujo. Es parte recurrida Cristobal , administrador **concursal** de la entidad Talleres Asipo S.L., representado por la procuradora Myriam Álvarez del Valle Lavesque. Autos en los que también ha sido parte las entidades Banco Santander S.A., Talleres Asipo S.L. y Mecánica de Castrillón S.A., que no se han personado ante esta sala.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. Bruno , administrador **concursal** de la entidad Mecánica de Castrillón S.A., interpuso demanda de incidente **concursal** ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, contra las entidades Banco Santander S.A., 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 prestado por Mecánica de Castrillón S.A. ante Banco Santander, para responder de los riesgos concertados por esta entidad financiera con la también demandada Talleres Asipo S.L., del préstamo denominado Ico-Liquidez 2011, recogido en la escritura del préstamo con garantía hipotecaria y afianzamiento otorgada en Landreo el veintiséis de julio de dos mil once ante el notario Don Rafael García Ortiz, sustituto por imposibilidad accidental de su compañera de residencia, Doña María Dolores Rodríguez Fernández, sustituta a su vez de su compañero Don Fernando Leal Paraiso, para el número setecientos ochenta y seis de su protocolo.

2º. Se declare la rescisión e ineficacia absoluta de la hipoteca y afianzamiento prestado por Mecánica de Castrillón S.A. ante Banco Santander, para responder de los riesgos concertados por esta entidad financiera con la también demandada Talleres Asipo S.L., del préstamo denominado Ico-Liquidez 2011, recogido en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y afianzamiento otorgada en Langreo el veintiséis de julio de dos mil once ante el Notario Don Rafael García Ortiz, sustituto por imposibilidad accidente de su compañera de residencia, Doña María Dolores Rodríguez Fernández, sustituta a su vez de su compañero Don Fernando Leal Paraíso, para el número setecientos ochenta y ocho de su protocolo.

3º. Se ordene cancelar los asientos registrales practicados en virtud de dichas escrituras, 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.



4º. Se declare que no existe ninguna contraprestación que restituir por parte de la masa como consecuencia de las rescisiones interesadas.

5º. Se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

6º. Se imponga expresamente las costas procesales a quien se opusiera a dichas pretensiones y, todo lo que demás resulte procedentes en Derecho».

2. El procurador Luis Álvarez Fernández, en representación del Banco Santander S.A., presentó escrito en el que manifestaba su allanamiento a las pretensiones formuladas.

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 Cristobal (administrador **concursal** de la entidad Talleres Asipo S.L.), contestó 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 Banco Santander. 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. Bruno , 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 y arts. 19 y 21 del mismo texto legal 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 Bruno como administrador **concursal** de la entidad Mecánica de Castrillón S.A., representado por la procuradora Isabel Julia Corujo; y como parte recurrida Cristobal , administrador **concursal** de la entidad Talleres Asipo S.L., representado por la procuradora Myriam Álvarez del Valle Lavesque.



4. Esta sala dictó auto de fecha 10 de febrero 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 **concurzal** de la sociedad Mecánica de Castrillón, SA, contra la sentencia dictada, con fecha 4 de abril de 2014, por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) en el rollo de apelación nº 391/2013 , dimanante de los autos de incidente **concurzal** nº 112/2012-02 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo».

5. Dado traslado, la representación procesal de Cristobal , administrador **concurzal** de la entidad Talleres Asipo S.L., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de marzo 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 12 de marzo 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: dos préstamos con garantía hipotecaria y afianzamiento, concedidos por Banco Santander a favor de TAS, uno por importe de 626.000 euros y otro por importe de 137.500 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 POLÍGONO000 (concejo de Llanera), cuyo valor de tasación era 1.948.063,56 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 2010 y 29 julio 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 Novacaixagalicia 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 **concurzal** de MECSA solicitó la rescisión **concurzal** de la constitución de hipoteca realizada el 29 de julio de 2011, en garantía de los préstamos concedidos por Banco Santander a TAS. La demanda entendía que la concesión de la garantía debía entenderse 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 **concurzal**. La Audiencia rechaza el recurso. Después de una explicación de cómo opera la presunción de perjuicio *iusuris 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 de los dos préstamos 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 763.500 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 **concurzal** de MECSA interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y recurso de casación que también se articula en un solo motivo.

### **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 ), así como los arts. 19 y 21 en cuanto al allanamiento de las codemandadas BANCO SANTANDER, MECSA y TAS, 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 haber 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, y la incidencia que respecto de esta valoración debía tener el allanamiento de Banco Santander y MECSA.

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

2. *Desestimación del motivo*. En el motivo se cuestionan dos infracciones distintas.

La primera, relativa a la carga de la prueba, debe desestimarse. Aunque entendiéramos que se había hecho uso indebido de las reglas previstas en el art. 217 LEC, ese uso afectaría a una circunstancia irrelevante para la correcta resolución del caso.

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 **concurzal** acreditar que estas fianzas no reportaban ninguna ventaja compensatoria.

Pero, como razonaremos con mayor detalle 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 es 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 habido 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 de los dos préstamos bancarios 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.

En cuanto a la segunda infracción, conviene advertir que el allanamiento fue realizado por algunas de las partes, pero no por todas, y que la incidencia que se quiere extraer de ella respecto de la apreciación del carácter gratuito y por ende perjudicial de la constitución de la hipoteca, es ajeno a este recurso extraordinario por



infracción procesal, porque se refiere a la valoración jurídica que encierra la apreciación del carácter gratuito del acto de disposición.

### **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 **concurzal** 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 **Concurzal** », 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.

**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 una 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 correspectiva 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 correspectivo 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 de los dos préstamos a favor de TAS, que se garantizaban con la hipoteca, en beneficio del prestamista, Banco Santander. 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 exigida por la entidad financiera para acceder a 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 391/2013), 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 **concursal** 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 391/2013), con imposición de costas a la parte recurrente. Y líbrense 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.