



Roj: **STS 304/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:304**

Id Cendoj: **28079110012020100075**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/02/2020**

Nº de Recurso: **2330/2017**

Nº de Resolución: **63/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 63/2020

Fecha de sentencia: 03/02/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2330/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2330/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 63/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 3 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid. Es



parte recurrente la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Esteban Jabardo Margareto y bajo la dirección letrada de Juan Verdugo García y Pablo García Castro. Es parte recurrida la entidad Autobuses Urbanos del Sur S.A. representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén; Fructuoso y Gaspar , administradores concursales de la entidad Autobuses Urbanos del Sur S.A.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. Fructuoso y Gaspar , administradores concursales de la entidad Autobuses Urbanos del Sur S.A., interpuso demanda de incidente concursal de reintegración en ejercicio de acción rescisoria concursal, ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid, contra las entidades Autobuses Urbanos del Sur S.A., Banco Español de Crédito S.A., Guillermo y herederos de Heraclio , para que dictase sentencia por la que:

"1) Se rescinda y declare ineficaz y sin efecto alguno el aval solidario otorgado por la concursada el 16 de febrero de 2010 en garantía del préstamo hipotecario n.º NUM000 concedido por Banesto a favor de los codemandados, D. Guillermo y D. Heraclio .

2) Se rescinda y declare ineficaz y sin efecto alguno la prenda sobre los derechos de crédito de Busursa derivados de la concesión administrativa del servicio público de transporte urbano de viajeros concedida por el Ayuntamiento de Cáceres, otorgada por la concursada el 16 de febrero de 2010 en garantía del préstamo hipotecario n.º NUM000 concedido por Banesto a favor de los codemandados, D. Guillermo y D. Heraclio .

3) En consecuencia, se declare la inexistencia de los créditos concursales inicialmente reconocidos en la lista de acreedores a favor de Banesto derivados del otorgamiento de las citadas garantías.

4) Se condene a estar y pasar por las anteriores declaraciones a los codemandados, a todos los efectos legales.

5) Se imponga a la parte demandada que se opusiere a las pretensiones ejercitadas el pago de las costas procesales en pro de la masa".

2. Rosa , Millán y Nazario , administradores concursales de la herencia yacente de Heraclio contestaron a la demanda y pidieron al Juzgado que:

"se tenga por contestada en tiempo y forma demanda de rescisión contra la Herencia Yacente de Heraclio , recogiendo lo manifestado en los anteriores expositivos, teniendo a esta parte por no opuesta a los pedimentos de la instante".

3. El procurador Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la entidad Autobuses Urbanos del Sur S.A. presentó escrito por el que se allanaba a la acción de reintegración planteada y solicitaba la no imposición de costas a esta parte.

4. El procurador Esteban Jabardo Margareto, en nombre y representación de Banco Santander S.A. contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que:

"en virtud de la excepción procesal de falta de capacidad de Banco Español de Crédito S.A. para ser parte en el proceso acuerde, con carácter principal, el sobreseimiento de este incidente concursal, con declaración de absolución en la instancia y sin imposición de costas a ninguna de las partes, dejando a salvo el derecho de la actora a interponer nuevamente la demanda contra la entidad financiera que corresponda.

"Subsidiariamente, y para el supuesto en que ese digno Juzgado entienda que no procede estimar la excepción procesal de falta de capacidad de Banco Español de Crédito S.A., tenga por formulada en nombre de Banco Santander S.A. contestación a la demanda de la administración concursal de Autobuses Urbanos del Sur S.A., para, tras los trámites oportunos, dictar en su día sentencia por la que desestime totalmente la misma, con imposición de costas a la actora, todo ello de acuerdo con los Hechos y Fundamentos Jurídicos alegados en este escrito".

5. Romulo , Marí Trini y Nazario , administradores concursales de Guillermo , presentó escrito por el que se allanaba a la demanda incidental planteada de contrario.

6. Fructuoso y Gaspar , administradores concursales de la entidad Autobuses Urbanos del Sur S.A., presentaron escrito en el que formulaban alegaciones a los escritos de contestación presentados y suplicaron al Juzgado:



"se dicte sentencia estimatoria de la demanda de reintegración en ejercicio de acción rescisoria concursal interpuesta por esta parte el 3 de julio de 2013 en los términos solicitados en su suplico, condenando en costas a Banco Santander S.A., por haberse opuesto a la misma".

7. El Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2014 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por la administración concursal del concurso de Autobuses Urbanos del Sur S.L. frente a Autobuses Urbanos del Sur S.L. representado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén y Banco Santander S.A. representado por el procurador Sr. Jabargo Margareto y D. Guillermo y los herederos de D. Heraclio, debo absolver y absuelvo a los demandados de todos los pedimentos deducidos en su contra. Todo ello sin hacer expresa condena en costas".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal de la entidad Autobuses Urbanos del Sur S.A. La representación de Banco Santander S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 30 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: I.- Debemos estimar y estimamos el recurso- de apelación interpuesto por la administración concursal del concurso de Autobuses Urbanos del Sur SA, frente a la Sentencia de fecha 27 de junio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid, recaída en el proceso seguido como Incidente Concursar n.º 472/2013 de tal juzgado.

"II.- Debemos revocar y revocamos íntegramente dicha resolución, y en su lugar dictamos los siguientes pronunciamientos:

"1º.- Debemos estimar y estimamos la demanda de reintegración interpuesta por la administración concursal del concurso de Autobuses Urbanos del Sur SA, frente a Banco de Santander SA, Guillermo y Heraclio, y declararnos la ineficacia del aval solidario prestado por Autobuses Urbanos del Sur SA respecto del préstamo otorgado por Banesto a favor de Guillermo y Heraclio, en fecha de 16 de febrero de 2010, así como la prenda sobre derechos de crédito correspondientes a tal deudor concursado derivados de la concesión administrativa del servicio público de viajeros del Ayuntamiento de Cáceres, de igual fecha; con las consecuencias sobre los créditos concursales que deriven de ello.

"2º.- Debemos imponer e imponemos a Banco de Santander SA, Guillermo y Heraclio el pago de las costas procesales derivadas de la primera instancia, en cuantía que resulte de tasación practicada al efecto.

"III.- Declaramos que no ha lugar a la condena en las costas generadas en la segunda instancia para ninguna de las partes procesales".

TERCERO. *Tramitación e interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. El procurador Esteban Jabardo Margareto, en representación de Banco Santander S.A., interpuso recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal

"1º) Infracción de los arts. 72.4 y 197.4 LC y 458.1 LEC.

"2º) Infracción de los arts. 218.2 LEC y 120.3 y 24 CE".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que establece que las garantías contextuales tienen naturaleza onerosa. Infracción del artículo 71.2 LC.

"2º) Oposición a la doctrina del Tribunal Supremo en materia del artículo 71 LC, sobre la valoración del sacrificio justificado en casos de garantías a favor de terceros cuando existen contraprestaciones a favor del garante que provienen de ese tercero; doctrina aplicable a todas las garantías constituidas a favor de terceros que son sociedades del mismo grupo empresarial. Infracción del artículo 71 LC.

"3º) Oposición a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la interdicción del sesgo retrospectivo en el análisis de los actos impugnados mediante acciones de reintegración. Infracción del artículo 71 LC".



2. Por diligencia de ordenación de 1 de junio de 2017, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.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 la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Esteban Jabardo Margareto; y como parte recurrida la entidad Autobuses Urbanos del Sur S.A. representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén; Fructuoso y Gaspar, administradores concursales de la entidad Autobuses Urbanos del Sur S.A.

4. Esta sala dictó auto de fecha 19 de junio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) en el rollo de apelación n.º 705/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 472/2013 del Juzgado de lo mercantil n.º 7 de Madrid.

"2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso admitido. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

"3º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada parte litigante contra dicha sentencia. El recurrente perderá el depósito constituido. No se hace especial pronunciamiento en costas".

5. Dado traslado, Fructuoso y Gaspar, administradores concursales de la entidad Autobuses Urbanos del Sur S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de enero de 2020, 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, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

El 10 de septiembre de 2008, Banesto había concedido a Teinver S.A. (en adelante, Teinver) un crédito por un importe de 30.000.000 euros, que entre otras garantías contaba con la fianza solidaria de Heraclio y Guillermo; y Autobuses Urbanos del Sur S.A. (en adelante, Urbanos del Sur) pignoró a favor del prestamista el 6,44% de las acciones propias que tenía en autocartera y el derecho de venta de sus participaciones en la entidad de seguros Mercurio S.A.

En febrero de 2010, el crédito estaba vencido y Banesto se dirigió contra Teinver y sus avalistas, entre los que se encontraban Heraclio y Guillermo, para reclamarles el pago de 30.085.752 euros.

El 16 de febrero de 2010, Banesto concedió un préstamo de 9.000.000 euros a Heraclio y Guillermo. En garantía del cumplimiento de la obligación de devolución del préstamo, Urbanos del Sur afianzó de forma solidaria la devolución del préstamo y otorgó una prenda sobre los derechos de crédito derivados de la concesión administrativa de transporte urbano de la ciudad de Cáceres.

Urbanos del Sur, en ese momento, era titular de acciones que representaban el 83,33% del capital social de Empresa Mancomunada de Transportes S.A., que a su vez tenía el 43,43% del capital social de Teinver.

El 28 de enero de 2011, Urbanos del Sur fue declarada en concurso de acreedores.

2. La administración concursal de Urbanos del Sur presentó una demanda en la que pedía la rescisión concursal del acto por el cual la concursada otorgó las reseñadas garantías para asegurar la devolución del préstamo de 16 de febrero de 2010. La demanda se dirigió, no solo contra la concursada y Banco Santander (sucesor de Banesto), sino también contra los prestatarios, Heraclio y Guillermo. Estos dos últimos se allanaron a la demanda, y el banco se opuso.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda. El juzgado argumentó que la existencia de una póliza de crédito anterior, la de 10 de septiembre de 2008, de la que era avalista la concursada, "elimina la gratuidad del acto" objeto de rescisión concursal. Y concluye que "en el otorgamiento del aval que ahora se



pretende rescindir existía un interés propio: el de no ser ejecutada, lo que excluye la gratuidad del acto". Con ello desestimó la acción rescisoria que, a su juicio, se basaba únicamente en la gratuidad del acto impugnado.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal y la Audiencia estimó el recurso.

La sentencia de apelación, en primer lugar, ratifica la apreciación de que la concesión de garantías por parte de la concursada en el contrato de 16 de febrero de 2010 no fue un acto de disposición a título gratuito, por lo que no resultaba de aplicación la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del art. 71.2 LC.

Pero, en segundo lugar, entra a analizar si existía perjuicio para la masa activa, conforme a la jurisprudencia establecida tras la sentencia 100/2014, de 30 de abril. Para ello, descarta que la justificación del sacrificio que comporta la concesión de las garantías pudiera venir de la existencia de ventajas compensatorias, aun indirectas, pues no existe una relación propia de grupo de empresas. Y también que exista la justificación advertida en la sentencia de primera instancia (evitar una posible ejecución contra el patrimonio de la concursada por la garantía concedida en el crédito anterior de 2008), por las siguientes razones:

"i) El otorgamiento de estas nuevas garantías, por 9.000.000 euros, no liberó a Autobuses Urbanos del Sur SA de la responsabilidad ya asumida como garante del préstamo anterior, el del año 2008, impagado por más de 30.000.000 euros, el cual siguió vigente, así como su responsabilidad en él como garante, por lo que dicha responsabilidad como tal garante quedó ahora incrementada, en una nueva relación jurídica, y por mayor cuantía global.

"ii) Además, cualquiera que fuera la finalidad subjetiva buscada en el nuevo contrato por las partes firmantes, la realidad es que el préstamo del año 2010 se realiza a favor de prestatarios distintos de aquel que lo era en el préstamo de 2008, de modo que se trata de dos relaciones jurídicas distintas y diferenciadas, de suerte que Autobuses Urbanos del Sur SA pasa a garantizar deudas diferentes, relativas a sujetos distintos.

"iii) Con ello, la exposición al riesgo de ejecución de las garantías prestadas en el año 2008, se ve ahora incrementado por una nueva suma de 9.000.000 euros, entregados precisamente a personas físicas, no al prestatario de la primera relación, y ello sin disminución de la responsabilidad asumida en el primer préstamo.

"iv) Y ello sin atender a la condición y calidad de las garantías otorgadas por Autobuses Urbanos del Sur SA en cada uno de los préstamos, circunstancias sobre las que sólo concurren las afirmaciones de las partes, pero permiten afirmar incluso su diferente entidad jurídica, prenda sobre acciones propias en el primer caso, y pignoración de créditos frente a la Administración Pública en el segundo".

5. Frente a la sentencia de apelación, Banco Santander ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y recurso de casación, que sí ha sido admitido y se articula en tres motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción del art. 71.2 LC y la jurisprudencia que entiende que la concesión de garantías contextuales es un acto a título oneroso y no gratuito.

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

2. Desestimación del motivo primero. El motivo incurre en la falacia denominada petición de principio. Presupone que la razón de la estimación de la acción rescisoria ha sido la aplicación de la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del art. 71.2 LC, por considerar el acto impugnado un acto de disposición a título gratuito, cuando no ha sido así. La sentencia recurrida parte de la consideración de que la concesión de garantías cuya rescisión se solicita no era un acto a título gratuito, y por lo tanto no aplica la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC, razón por la cual no ha podido infringir este precepto.

3. Formulación de los motivos segundo y tercero. El motivo segundo denuncia la infracción del art. 71 LC y la jurisprudencia "sobre la valoración del sacrificio justificado en casos de garantías a favor de terceros cuando existen contraprestaciones a favor del garante que provienen de ese tercero; doctrina aplicable a todas las garantías constituidas a favor de terceros y no sólo a aquellas constituidas a favor de terceros que son sociedades del mismo grupo empresarial".

Y el motivo tercero denuncia la infracción del art. 71 LC y la jurisprudencia "sobre la interdicción del sesgo retrospectivo en el análisis de los actos impugnados mediante acciones de reintegración".

Analizamos conjuntamente los dos motivos pues impugnan la valoración del perjuicio para la masa del acto impugnado. Y los desestimamos por las razones que exponemos a continuación.

4. Desestimación de los motivos segundo y tercero. El acto de disposición impugnado consiste en la concesión de garantías a favor de una deuda ajena. La sentencia de apelación ha descartado que se tratara de un acto



de disposición a título gratuito, por tratarse de una garantía contextual, y por ello no se aplicaba la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC

Pero, como hemos recordado en otras ocasiones (sentencias 100/2014, de 30 de abril, y 295/2015, de 3 de junio), una cosa es que no resulte de aplicación la presunción perjuicio *iuris et de iure* del art. 71.2 LC porque en estos casos la contextualidad de estas garantías, reales y personales, excluya su gratuidad, y otra la valoración de la justificación del sacrificio patrimonial que supone la prestación de la garantía, en atención de los beneficios directos o indirectos que podían derivarse para el concursado que haya prestado la garantía.

Es cierto que, como afirma el recurrente, esta valoración no queda reducida únicamente a los casos de grupos de sociedades, sino que se aplica en cualquier caso en que se haya concedido una garantía sobre deuda ajena, como es el presente.

De hecho, la Audiencia, aunque haya partido de la consideración de que entre la concursada que otorga las garantías y las prestatarias no existía una relación de grupo, analiza si la concursada percibió alguna ventaja o beneficio directo e indirecto, y concluye que no. Por esta razón, no se ha infringido la jurisprudencia mencionada en el motivo segundo.

Cuestión distinta es que el recurrente esté de acuerdo o no con la valoración jurídica realizada por la Audiencia sobre las ventajas o beneficios percibidos por la concursada, que justificarían la concesión de garantías.

Y, a este respecto, el razonamiento realizado por la sentencia recurrida, sin incurrir en el denunciado sesgo retrospectivo, nos parece correcto.

Es muy relevante que, como resalta la Audiencia, no conste acreditado que el préstamo de febrero de 2010, garantizado por la concursada, liberara a esta de las garantías que había concedido respecto del crédito de 10 de septiembre de 2008. Además, en el préstamo de 2010, los prestatarios (Heraclio y Guillermo) eran distintos de la deudora principal del crédito de 2008 (Teinver). De tal forma que no está acreditado que la concesión de garantías en la escritura de 2010 viniera justificada por la liberación de la responsabilidad asumida en el crédito de 2008. Por eso, la conclusión alcanzada por la Audiencia es muy razonable, al apreciar que la concesión de estas dos nuevas garantías (personal y real) en la escritura de 2010 conllevaba un sacrificio patrimonial injustificado.

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la entidad recurrente las costas ocasionadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

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

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Banco Santander S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 30 de marzo de 2017 (rollo 705/2016), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid de 27 de junio de 2014 (incidente concursal 472/2013).

2.º Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente con la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.