

Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 21 Jun. 2012, rec. 915/2011

Ponente: Menéndez Estébanez, Francisco Javier.
Nº de Sentencia: 358/2012
Nº de RECURSO: 915/2011
Jurisdicción: CIVIL

HIPOTECA. PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Incidente concursal.

Disposiciones aplicadas

TEXTO

En Pontevedra a veintiuno de junio de dos mil doce.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00358/2012

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 915/11

Asunto: INCIDENTE CONCURSAL 68/11

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 1 DE PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.358

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de incidente concursal 68/11, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 915/11, en los que aparece como parte apelante: BANCO PASTOR, representado por el Procurador D. PEDRO ANTONIO LOPEZ LOPEZ, y asistido por el Letrado D. FRANCISCO JAVIER GAMERO ESQUIVEL, y como parte apelado-impugnante: VIAJES SILGAR, YANIK VIGO, D. Segismundo Y Elisenda , representado por el Procurador D. SENEN SOTO SANTIAGO, y asistido por el Letrado D. JULIO HEREDERO VILLALBA; apelado: ADMINISTRACION CONCURSAL, no personada, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, con fecha 8 julio 2011, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda incidental presentada por la administración concursal en este procedimiento frente a Viajes Silgar, SL, Yanik Vigo, SL, Segismundo , Elisenda y Banco Pastor, SA, declaro rescindida y sin eficacia la hipoteca recogida en escritura pública de 6 de febrero de 2009 a que se hace referencia en la demanda, constituida en favor de Banco Pastor SA, así como la nulidad de los asientos registrales que se opongan a lo acordado, y ordeno su cancelación; declarando en consecuencia que los créditos que gozaban de privilegio especial pasan a considerarse de carácter ordinario; con desestimación de las demás pretensiones de la demanda.

Sin expresa imposición de las costas del procedimiento a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Banco Pastor, se interpuso recurso de apelación, siendo impugnantes Viajes Silgar, Yanik Vigo, D. Segismundo y D. Elisenda , que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda deducida por la administración concursal en orden a la rescisión e ineficacia de la garantía hipotecaria convenida el 6 febrero 2009 entre la concursada VIAJES SILGAR S.A. y la apelante BANCO PASTOR S.A.. Se trata de una hipoteca de máximo en su modalidad de hipoteca global o hipoteca flotante constituida al amparo del art. 153 bis LH introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007. Se fija en la misma un límite de 270.000 euros y garantiza los saldos que se carguen derivados de una serie de operaciones ya concertadas con la apelante, así como de las futuras operaciones bancarias que se puedan realizar entre las partes, saldos o descubiertos en cuentas corrientes, en cuentas de préstamo, en cuentas de avales.....

Al amparo de dicha hipoteca de máximo se pretenden garantizar diversas operaciones de crédito anteriores (concertadas el 29 enero 2004, 4 mayo 2007, 16 julio 2006), algunas de ellas no vencidas aún, y especialmente, para garantizar la póliza de préstamo que se concierta el mismo día que la hipoteca por un importe de 200.000 euros, con el nº NUM000 , con destino a la refinanciación de posiciones deudoras, según dicha póliza (folio 56). Préstamo cuya finalidad fue cancelar de forma anticipada un préstamo del ICO otorgado el 15 mayo 2004, que aún no había vencido (vencimiento fijado para el 15 abril 2011).

La sentencia de instancia rescinde la mencionada garantía hipotecaria al considerar que es incluíble en la presunción de perjuicio a la masa activa recogida en el art. 71.3.2º LC , no existiendo prueba en contra de lo que es un perjuicio evidente, al suponer la operación un mayor gravamen de los bienes del deudor, y una mejora en la posición del acreedor que pasa a ser acreedor hipotecario.

Contra dicha sentencia se alza la parte demandada, BANCO PASTOR S.A. que entiende que se ha procedido a una aplicación automática del art. 71.3.2º LC , no compatible con la intención del legislador, acreditándose en el caso una serie de circunstancias que desvirtúan la presunción de perjuicio patrimonial: que la póliza de préstamo ICO podría ser reclamada por vía ejecutiva, que es una hipoteca de cuarto rango; que se pacta una carencia total de capital e intereses, que se pagarán a la finalización del préstamo, y no de forma trimestral, que la operación supuso la obtención de fondos adicionales por importe de 81.267 euros. En segundo lugar, se alega inaplicación del art. 71.5 LH al considerar que se trata de un acto ordinario no susceptible de rescisión.

SEGUNDO.- Hemos de reiterar nuevamente, como ya hemos señalado en resoluciones anteriores que, existe discusión en la

doctrina y la jurisprudencia acerca del concepto de perjuicio que introduce el art. 71 LC . Ahora bien, sobre lo que no hay discusión es que es presupuesto determinante es que el acto o negocio que se cuestiona haya producido un menoscabo en la masa activa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Hasta ahora ha venido siendo criterio mayoritario en la jurisprudencia menor, existiendo en contra posturas sólidamente argumentadas, la adopción de un criterio amplio de perjuicio en el sentido que este también se dará cuando se produce una lesión de la igualdad que debe mediar entre los acreedores concursales, un daño en realidad a la masa pasiva, anticipando una vulneración del principio *par conditio creditorum* que presidirá un eventual proceso concursal.

Precisamente el supuesto que examinamos previsto en el art. 71.3.2º LC en que se presume, salvo prueba en contrario, que la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, apunta, al menos aparentemente, a favor de esa tesis, pues precisamente establece una presunción iuris tantum de perjuicio cuando se gravan con garantías reales bienes del deudor para garantizar obligaciones preexistentes lo que implica considerar perjudicial los actos que perjudiquen la salvaguarda del principio de la *par conditio creditorum* ya que la constitución de aquéllas puede conllevar, conforme al art. 90 LC , un privilegio especial para el acreedor, garantizado frente a todos con los bienes sobre los que recae y, por lo tanto, sustrayéndolos a la satisfacción de otros acreedores.

Pero, aún cuando resulte discutible si el concepto de perjuicio debe abarcar la protección también de la masa pasiva, pues en realidad se admite la prueba en contrario de que tales actos no sean perjudiciales para la masa activa, no es menos cierto que el legislador establece una presunción a favor de la consideración de tales actos como perjudiciales para la masa activa, por lo que acreditado, como es el caso, la constitución extemporánea de las garantías durante el periodo de sospecha, corresponde a quien pretenda el mantenimiento de las garantías reales la prueba de la bondad económica de su constitución, su carácter favorable, desde una perspectiva económica y empresarial, para el patrimonio del deudor. Quien sostiene así la validez de las garantías debe acreditar que la garantía real no ha sido perjudicial para la masa activa.

No queda duda que el legislador solo admite la constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, que reporte un valor para la masa activa, y ello debe ser acreditado por quien mantiene su validez. Evidencia así que la constitución de garantías reales implican una disminución aunque sea cualitativa del valor de los bienes sobre los que recae, al estar sujetos a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en el mercado, reduciéndose la posibilidad de obtener crédito pues se reduce su función de garantía al estar ya gravados.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, las circunstancias que la parte apelante dice que concurren y que justifican la consideración de inexistencia de perjuicio, no pueden ser consideradas como tales. Que la parte apelante pudiera haber vencido anticipadamente la póliza ICO por mora e instar su ejecución o el cuarto rango de la hipoteca, nada añaden a la constitución de la garantía real respecto de obligaciones preexistentes que ni siquiera están vencidas en el momento de su constitución. Tampoco son circunstancias favorables ni el periodo de carencia ni los supuestos fondos adicionales. El periodo de carencia porque por sí mismo, pudiendo implicar una ventaja, en el supuesto que nos ocupa es insuficiente para compensar el sacrificio patrimonial que significa la sujeción de un bien relevante de la deudora a una garantía hipotecaria. Y los supuestos fondos adicionales por algo más de 81.000 euros, es más aparente que real por cuanto el préstamo relacionado con la garantía hipotecaria, de la misma fecha, iba dirigido a satisfacer posiciones deudoras, existiendo más deudas que la principalmente cancelada de la póliza ICO, de forma que, como señala la parte apelada, no existió mayor liquidez ni disposición de activos para la concursada, sino que se fue elevando el endeudamiento. Se reflejan en la propia demanda operaciones en la misma cuenta operativa de la póliza ICO, diversos movimientos, algunos de ellos con fundamento o finalidad desconocida, que implican una mayor disposición de dinerario. Finalmente, es también sustancialmente superior el interés remuneratorio fijado en el préstamo garantizado con la hipoteca, entre otros, celebrado en la misma fecha que ésta, con el que se pretende cancelar la póliza ICO, pues si en esta el interés remuneratorio es del 2,472%, en el nuevo préstamo el interés nominal anual es del 8% (TAE del 10,88%).

Por todo ello no puede decirse que se haya destruido la presunción de perjuicio a la masa activa que establece el art. 71.3.2º LC .

TERCERO.- La segunda cuestión a examinar es la invocación por la parte apelante de la aplicación directa del art. 71.5 LC al considerar que la constitución de la garantía hipotecaria es un acto ordinario de la actividad empresarial de la concursada.

Precisamente la norma recogida en el art. 71.5 LC que niega la rescisión de los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales, es una de las exclusiones al régimen de la rescisión o reintegración, también de las garantías reales en el concurso. Así en leyes especiales existen excepciones como la recogida en el art. 10 Ley del Mercado Hipotecario , o las Leyes que regulan los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados, o la nueva exclusión añadida por el RD Ley 3/2009, de 27 de marzo que incluye un tercer apartado en el art. 71.5 LC: *Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.*

El objeto social de la concursada, según la constancia en la escritura pública de hipoteca de máximo, es la realización de trabajos y servicios propios de un geriátrico, de una residencia socio-sanitaria, balneario, talasoterapia y la prestación de servicios relacionados con la rehabilitación y la salud.

No concreta el art. 71.5 LC el concepto de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial. Hace una concreción mayor en el art. 44.2 LC cuando alude a actos propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial del deudor para referirse a los actos autorizados con carácter general para la continuidad de la empresa en caso de intervención. Ciertamente el escenario en que se aplicará la norma es una vez declarado el concurso, no antes como es el supuesto que nos ocupa, pero sin embargo puede servir de orientación. No obstante, la mejor doctrina viene a coincidir en exigir la concurrencia de dos características, a saber, que el acto se encuentre comprendido en la actividad empresarial o profesional de índole ordinaria, y que el acto sea realizado en condiciones normales. Así se dice que se trata de aquellos actos de mantenimiento ordinario sin cuya realización se paralizaría en un corto periodo la actividad ordinaria de la empresa. Lo que ofrece pocas dudas es que el acto debe enmarcarse en la actividad habitual y normal de la empresa en el sector del tráfico en la que está inmersa la empresa.

Por ello es verdaderamente difícil que en este ámbito puedan integrarse las garantías, por más que sea habitual para el deudor acudir al crédito externo como forma de financiación. Así, salvo supuestos concretos que puedan integrar la concertación de hipotecas en su tráfico ordinario (promotor inmobiliario para financiar sus promociones), resulta improcedente su contemplación en la exclusión que tratamos. En el caso que nos ocupa la actividad empresarial de la concursada nada tiene que ver con el mercado inmobiliario o similar, siendo su actividad ordinaria o habitual, su giro o tráfico empresarial, muy alejado de la concertación de garantías hipotecarias, por más que en alguna ocasión se vea en la necesidad de acudir a este sistema de financiación.

CUARTO.- La Administración concursal ha sido tenida por desistida en relación a su recurso de apelación, según Decreto de la Sra. Secretaria de Justicia de 10 febrero 2012, resultando además de dudosa técnica la remisión de las otras partes demandadas inicialmente y personadas en su impugnación de la sentencia, por remisión íntegra al recurso de la administración concursal.

Pero especialmente en cuanto a que un codemandado no puede solicitar la condena de otro codemandado, petición que solo puede hacer la parte actora, por lo que no podremos tomar en consideración la pretensión de que estime la demanda frente al codemandado apelante, que es lo que los otros codemandados pretenden. Criterio mantenido por el Tribunal Supremo de modo constante, citando, entre otras la sentencia de 21 de febrero de 1996 , (Pte: Gullón Ballesteros, Antonio) en la que indica que es *doctrina reiterada hasta la saciedad por esa Sala la de que, si bien la apelación transfiere la competencia para juzgar las cuestiones planteadas a la Audiencia, ello ha de producirse estrictamente respecto de lo apelado, no de lo que haya quedado consentido por las partes, y la de que un codemandado no puede pedir la condena de otro codemandado, sino su propia absolucón* (Sentencias de 21 de abril y 4 de junio de 1993 , 25 de marzo de 1994 y 14 de marzo de 1995 , entre otras muchas).

QUINTO.- La desestimación del recurso y de la impugnación de la sentencia conlleva la imposición de costas a apelante e

impugnantes respecto del recurso de apelación y de la impugnación de la sentencia, respectivamente (art. 398.1 LEC).

En razón a lo expuesto,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO PASTOR S.A. así como la impugnación de la sentencia por parte de VIAJES SILGAR S.A. y otros, contra la sentencia de 8 julio 2011 dictada por el Juzgado de lo Mercantil 1 Pontevedra, en el incidente concursal 68/2011, concurso nº 242/10, confirmando la misma, con imposición de costas a apelante e impugnantes respecto del recurso de apelación y de la impugnación de la sentencia, respectivamente.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Sres. Magistrados reseñados al margen.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.