

Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 13 Jun. 2012, rec. 158/2012

Ponente: Pérez Benítez, Jacinto José.  
Nº de Sentencia: 330/2012  
Nº de RECURSO: 158/2012  
Jurisdicción: CIVIL

CONCURSO DE ACREEDORES. Acción de rescisión de contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado entre la concursada y la entidad financiera demandada, con la finalidad de cancelar las deudas pendientes entre la entidad bancaria y la deudora. Improcedencia. La suscripción del nuevo préstamo hipotecario no causa perjuicio directo o indirecto injustificado para la masa activa del deudor, por cuanto la hipoteca ya existía, y su pago era un acto debido. La deuda refinanciada no garantizada estaba vencida, y la constitución de la garantía no causó un perjuicio patrimonial al transformarse en deuda a largo plazo.

Disposiciones aplicadas

TEXTO

En Pontevedra a trece de junio de dos mil doce.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00330/2012

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 158/12

Asunto: INCIDENTE CONCURSAL 113/11

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 1 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.330

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de incidente concursal 113/11, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 158/12, en los que aparece como parte apelante: BANCO SANTANDER, representado por el Procurador D. PEDRO SANJUAN FERNÁNDEZ, y asistido por el Letrado D. JOSE IGLESIAS ARES, y como parte apelado: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL representado por el Procurador D. JOSE

PORTELA LEIROS y asistido del letrado D. ALBERTO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ; INDUSTRIAS DE TRANSFORMACIÓN DE MADERAS DEL ATLÁNTICO, representado por el Procurador D. PATRICIA CABIDO VALLADAR, y asistido por el Letrado D. JOSE MANUEL ÁLVAREZ GRAÑA, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, con fecha 15 septiembre 2011, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda incidental presentada por la administración concursal en este procedimiento frente a la concursada Industrial de Transformación de Maderas del Atlántico SL, y Banco Santander, SA, declaro rescindida y sin eficacia la hipoteca recogida en escritura pública de 30 de septiembre de 2009 a que se hace referencia en la demanda, constituida en favor de Banco Santander, 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 por ello 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 personadas."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por Banco Santander, se interpuso recurso de apelación, 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.

### Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** El art. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de "acciones de reintegración". Como es de sobra sabido, la ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción, característicos de la legislación de quiebras (cfr. ant. Art. 878 párrafo segundo y jurisprudencia que lo interpreta), para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un *perjuicio para la masa*, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del "*perjuicio para la masa activa*" se facilita con un juego de presunciones de carácter *iuris et de iure* y *iuris tantum*.

En el caso sometido a enjuiciamiento, la administración concursal de INDUSTRIA DE TRANSFORMACION DE MADERAS DEL ATLANTICO, pretende la rescisión del contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado entre la deudora en concurso y la entidad BANCO DE SANTANDER el 30.9.2009, por importe de 740.000 euros. En la tesis del administrador concursal demandante, - y como textualmente expresaba la escritura pública del préstamo hipotecario, cuya literalidad era el único soporte de la tesis demandante-, la finalidad del préstamo era la de cancelar las deudas pendientes hasta ese momento entre el Banco y la deudora, detallándose seguidamente el origen de cada uno de los créditos que se saldarían con el numerario obtenido por el préstamo con garantía hipotecaria (en total se trataba de cinco operaciones de pasivo, una de ellas concertada por un tercero, que se verían sustituidas por la obligación surgida del préstamo cuya rescisión se pretende). Su detalle es el siguiente:

*Operaciones canceladas por el préstamo:*

- 1.- saldo deudor del préstamo 1030622206, de fecha 14.8.07, por importe de 960,45 euros, garantizado con hipoteca sobre la misma finca.
- 2.- cancelación anticipada del mismo préstamo 1030622206, de fecha 14.8.07, por importe de 113.604 euros, garantizado con hipoteca sobre la misma finca.

- 3.- saldo deudor del préstamo 1230222100, de fecha 14.8.07, por importe de 7.642,18 euros, garantizado con hipoteca sobre la misma finca.
- 4.- cancelación anticipada del préstamo 621030619951, de 14.3.2003, por importe de 118.046,14 euros; prestatario BARNIZADOS DEL ATLANTICO, S.L., y fiador la concursada, garantizado con hipoteca sobre otra finca de la concursada.
- 5.- saldo deudor del crédito 2516216958, de 28.5.2008, por importe de 209.069,15 euros.
- 6.- saldo deudor del crédito anticipo de documentos mercantiles, 06146975, firmado el 4.4.2003, por importe de 259.980,76 euros.
- 7.- el resto del importe del préstamo, 144.093,28 euros, se ingresaron en efectivo en la cuenta de la prestataria.

La demanda ofrecía para solicitar la rescisión íntegra de la operación diversas alternativas en cuanto al elemento jurídico de la causa de pedir, que fundaba en el concepto general del perjuicio patrimonial para la masa a favor del acreedor hipotecario, en el carácter gratuito de la operación y en el hecho de tratarse de la extinción de obligaciones de vencimiento posterior al concurso (lo que permitiría presumir iuris et de iure el perjuicio), así como en la circunstancia de tratarse de la constitución de una garantía real contraída a favor de una nueva obligación en sustitución de las preexistentes.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Tras diversas consideraciones sobre los argumentos de las partes, la sentencia ahora recurrida fundamenta su decisión en la concurrencia de la hipótesis de hecho del apartado 2º del art. 71.3, pues se estaba ante la constitución de una garantía a favor de una nueva obligación que sustituía a otras preexistentes. La sentencia concluye con la rescisión de la garantía, manteniendo subsistente el préstamo garantizado, que califica como crédito ordinario a efectos concursales. Seguidamente el recurso analiza cada una de las obligaciones sustituidas por el nuevo préstamo hipotecario y sobre ellas argumenta las razones por las que considera que no existe perjuicio. Conviene detenerse en su exposición, para ofrecer a continuación la respuesta de la Sala.

- a) extinción del saldo deudor del préstamo hipotecario constituido el 14.8.2007, con vencimiento en 2014, por importe de 7.642,18 euros; la peculiaridad sobre la que insiste el recurrente es que, pese a la fecha de vencimiento, el préstamo está ya vencido al estar reclamado judicialmente en el procedimiento de ejecución hipotecaria registrado bajo el número 757/10 del Juzgado de Caldas de Reis.
- b) las sumas de 960,45 euros y de 113.604 euros, ya garantizadas con hipoteca sobre la finca registral 8.857, de forma que la nueva garantía viene a sustituir a la preexistente, también garantizada. La demanda silenciaba esta circunstancia, aludiendo genéricamente a la existencia de los préstamos.
- c) la cantidad de 209.069,15 euros, procedente de un préstamo adeudado por otra sociedad, BARNIZADOS DEL ATLANTICO, S.L., ya vencida y exigible, respecto del que la concursada es deudor solidario, por lo que se trata de una deuda propia (parece existir un error en el recurso, pues el préstamo que según la escritura era adeudado por BARNIZADOS DEL ATLANTICO importaba la suma de 118.046,14 euros, préstamo 621030619951).
- d) la suma de 259.980,76 euros se correspondería con el saldo deudor de la línea de descuento abierta por el banco, correspondiente a una deuda vencida y exigible.
- e) 144.093,28 euros como importe de la "ampliación del préstamo".
- f) y finalmente la suma de 4.650,18 euros, respecto de la que no se entiende bien el argumento, pues según el recurso dicha cantidad ya se habría percibido por el banco en concepto de comisión de apertura por la formalización del contrato, no se especifica de cuál.

En síntesis se alega que los créditos preexistentes no garantizados respecto de los cuales se constituye la nueva garantía, ascenderían a la suma de 469.049,91 euros, mientras que la cantidad de 122.206,63 euros ya se encontraban garantizados con

hipoteca sobre la misma finca registral.

Seguidamente el recurrente compara la situación de hecho que rodeó la concesión del negocio sometido a juicio de rescisión con el supuesto de hecho contemplado por la sentencia de la sección 15 de la AP de Barcelona de 6.2.2009 , citada por el juez del concurso como argumento de autoridad de su decisión, y concluye que las circunstancias de hecho hacen ver que la operación no ha resultado perjudicial para la masa o, que en todo caso no ha supuesto un " *perjuicio patrimonial injustificado* ", pues el acto ha implicado " *una ampliación del crédito o [una] transformación de la deuda, enmarcado en un contexto de renegociación para la continuación de la actividad y salvamento de la empresa* "

Finalmente, tras rechazar los argumentos del juzgador de primer grado para considerar perjudicial el negocio rescindido, el recurrente concluye afirmando que no existe perjuicio de la par conditio y que la operación ha de enmarcarse en el ámbito normal de la actividad de la concursada, subsumible por tanto en la excepción del apartado 1º del art. 71.5.

SEGUNDO.- Como adelantamos más arriba, el fundamento de la rescisión concursal, tal como se sigue de la cita del art. 71 LC , se encuentra en la existencia del perjuicio patrimonial para la masa. Como en otras ocasiones hemos afirmado, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial del tráfico mercantil de la seguridad jurídica. Precisamente, la nueva regulación pretende, -como justifica la Exposición de Motivos de la LC-, apartarse del régimen de la nulidad absoluta, caracterizadora del régimen previgente.

Es sabido que el concepto de perjuicio " *para la masa activa* " viene siendo objeto de diversas interpretaciones. Desde el inicio de la vigencia de la ley concursal puede decirse que en la jurisprudencia mercantil se impuso la tesis amplia del perjuicio, seguida por este mismo órgano de apelación en diversas resoluciones, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto); por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 y AP Barcelona, secc. 15ª, de 8 de enero de 2009), así como las dictadas por este órgano de 22.7.2009 o 10.11.2011 , entre otras, aunque en la más reciente de 8.3.2012 tuvimos ocasión de matizar el concepto, en atención a las concretas circunstancias del caso.

En esta línea, no cabe desconocer que la doctrina y que algunas resoluciones judiciales han avanzado más en la precisión del concepto, con la evidente intención de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial en el de " *sacrificio patrimonial injustificado* ", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010 . La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71 .

Los hechos del caso relevantes para esta perspectiva de análisis son los siguientes: a) el préstamo en cuestión cuya rescisión íntegra (también con la garantía contextual) se pretende fue concertado 17 meses antes de la declaración del concurso; b) el préstamo cubría, como ha quedado dicho, diversas operaciones, entre ellas iba dirigido a cancelar dos deudas ya vencidas y exigibles; c) al mismo tiempo se refinanciaba como deuda a largo una deuda que ya contaba con la misma garantía hipotecaria, que queda refinanciada a siete años, -con vencimiento el 30.9.2016-; d) las condiciones del nuevo préstamo hipotecario resultan más favorables que las contenidas en los préstamos hipotecarios y personales anteriores, pues se previó un período de carencia de un año de la obligación de amortización, con un tipo de interés más favorable (el primer año el 6,950% y los siguientes al variable de EURIBOR más 4,5%); e) al mismo tiempo se inyectaba un remanente de efectivo a la empresa por importe de 144.093,28 euros. La afirmación, contenida en el escrito de contestación, relativa a que dicha suma no ingresó en la deudora, sino que fue dirigida a extinguir deuda de un tercero, ha quedado sin soporte probatorio, al ser rechazada la aportación documental en segunda instancia intentada por la administración concursal.

Partiendo de estos datos de hecho nos parece, de inicio, que no se está en la hipótesis de la presunción iuris tantum del perjuicio de la segunda hipótesis del art. 71.3.2º, pues no se trató de constituir una garantía sobre nuevas obligaciones no garantizadas, pues, como ha quedado dicho, al menos en 122.206,63 euros de los 740.000 euros que importaba el préstamo se dedicaron a extinguir deuda ya garantizada con hipoteca sobre las mismas fincas, por lo que, al menos parcialmente, correspondía al administrador demandante convencer de la existencia del perjuicio, sin el beneficio de la inversión de la carga probatoria, prueba que puede decirse que no se ha conseguido desde el momento en que queda acreditado que el procedimiento de ejecución separada de la garantía ya había sido iniciado, de suerte que con el nuevo préstamo hipotecario se renunciaba a una ejecución que dejaría fuera de la masa el bien dado en garantía, por lo que, desde este punto de vista, el nuevo préstamo resultaba beneficioso para la entidad; conclusión que se refuerza analizando sus condiciones económicas.

De la misma manera, el préstamo es cierto que cancelaba deuda ya vencida, refinanciando un pasivo a corto en una deuda a largo, con vencimiento en 2016, y ello se hacía en un momento, -nótese que la perspectiva de análisis para la rescisión del negocio debe ser la del momento en que éste se concertó y no la posterior cuando ya se manifestó la insolvencia-, en el que la situación de insolvencia no tenía por qué conocerse, pues ésta no tuvo lugar hasta 17 meses después. Ninguna prueba lleva a pensar, -por más que pueda presumirse un mayor grado de información del banco respecto de la deudora en comparación a la del resto de acreedores-, que la entidad demandada conocía el riesgo de impago de las obligaciones exigibles. En este pago no se aprecia un perjuicio patrimonial directo, pues es evidente que la deuda ya existía y, en este sentido, su pago era un acto debido; la concesión de un crédito para llevar a efecto este pago por el propio acreedor se realizó en el marco más amplio de la operación que se está examinando, que sirvió también a otras finalidades, amén que está en la lógica de las cosas que el banco acreedor no concediera crédito sin garantía.

Finalmente el préstamo sirvió para inyectar capital (144.093 euros, ingresados en la cuenta de la empresa). Se trata aquí de la constitución de un negocio oneroso el día 30 de septiembre de 2009 con la finalidad de dotar a la empresa de circulante que permitiera continuar la actividad y así sucedió durante 17 meses, pues el concurso no se declaró hasta el 7 de febrero de 2011, operación respecto de la que habría de acreditarse la existencia de un perjuicio patrimonial injustificado para la masa activa, cuando, se insiste, no sólo no se ha acreditado tal perjuicio, sino que ni siquiera se ha intentado convencer sobre el hecho de que la concesión de dicho préstamo, en el momento en que se concertó, resultara perjudicial.

En consecuencia, no nos parece que con el nuevo préstamo hipotecario, considerado en su globalidad, se causara un perjuicio directo o indirecto injustificado para la masa activa del deudor. Se insiste, la hipoteca ya existía e incluso con el nuevo préstamo el acreedor renunció a continuar con la ejecución separada (autos 757/10 del Juzgado nº 2 de Caldas de Reis) sobre la misma finca registral 8.857, hecho que silenciaba la demanda incidental. La deuda refinanciada no garantizada estaba vencida, pero la constitución de la garantía no causó un perjuicio patrimonial al transformarse en deuda a largo en el contexto de una operación que, se insiste, en su conjunto no suponía un perjuicio patrimonial injustificado para la masa.

Pudiera sostenerse, ante la conversión del resto de deuda no garantizada en crédito con privilegio especial a favor del banco, que lo precedente sería una rescisión parcial de la operación (cfr. sentencia AP Vizcaya de 12.6.2008); sin embargo nos parece determinante para la resolución de la cuestión acerca de la rescisión del negocio sometido a enjuiciamiento, la aplicación al caso del art. 10 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, según el cual las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen, circunstancia que ni siquiera se ha alegado en el presente litigio y que, como ha quedado dicho, no nos parece concurrente, ante la ausencia de evidencias que permitan afirmar que el banco conocía la situación de insolvencia del deudor.

Por tales motivos se estima el recurso, revocándose la resolución recurrida.

**TERCERO.-** La estimación parcial del recurso determina la no imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia

(arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Con el mismo fundamento optamos por la no imposición de costas en primera instancia, ante la complejidad jurídica del asunto, confirmada por la conocida existencia de discrepancias jurisprudenciales sobre el concepto concursal del perjuicio patrimonial.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

#### FALLAMOS

Que estimamos el recurso de apelación deducido por la representación de BANCO SANTANDER y en su consecuencia revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra con fecha 15 septiembre 2011 , con el efecto de la desestimación de la demanda deducida por la administración concursal, sin especial pronunciamiento en materia de costas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá testimonio en lo autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.