

Audiencia Provincial de Palencia, Sentencia de 12 Jun. 2012, rec. 154/2012

Ponente: Bugidos San José, Mauricio.  
Nº de Sentencia: 168/2012  
Nº de RECURSO: 154/2012  
Jurisdicción: CIVIL

PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Declaración concursal. Efectos. -- Incidente concursal.

Disposiciones aplicadas

TEXTO

En la ciudad de Palencia, a 12 de junio de 2012

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1

PALENCIA

SENTENCIA: 00168/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALENCIA

Sección Civil 001

Recurso 154/2012

Incidente Concursal Común 269/2010

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se indican al margen ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº168/2012

SEÑORES DEL TRIBUNAL

Ilmo. Sr. Presidente

Don Mauricio Bugidos San José

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Miguel Donis Carracedo

Don Ignacio J. Ráfols Pérez

-----  
Vistos, en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, los presentes autos referidos a INCIDENTE CONCURSAL sobre NULIDAD DE GARANTÍA HIPOTECARIA provenientes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Palencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el mismo de fecha 21 de noviembre de 2011 , entre partes, de una, como apelante la

entidad BANCO DE SANTANDER SOCIEDAD ANÓNIMA, representada por la Procuradora Doña Victoria Cordón Pérez y defendida por el Letrado Don Luis Pesquera Monge, y de otra, como apelada, LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CORSETERÍA-SADECOR, siendo Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado Don Mauricio Bugidos San José.

Se aceptan los antecedentes fácticos de la sentencia impugnada.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Que el Fallo de dicha sentencia, literalmente dice: " ESTIMAR la demanda incidental promovida por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL contra la concursada: SADECOR y contra BANCO DE SANTANDER, SOCIEDAD ANÓNIMA en ejercicio de la acción de rescisión del artículo 71 de la Ley Concursal para la reintegración de la masa, y en consecuencia:

1º) Declarar la rescisión de la garantía real hipotecaria constituida a favor de BANCO DE SANTANDER sobre la Finca 3622, propiedad de SADECOR, inscrita en el REGISTRO DE LA PROPIEDAD DOS DE PALENCIA al Tomó 2402, Libro 44, Folio 173, en escritura otorgada ante el Notario de PALENCIA, DON JULIO HERRERO RUIZ, de fecha 10 de febrero de 2010, al número 310 de su protocolo;

2º) Declarar la nulidad parcial de la garantía real hipotecaria constituida a favor del BANCO DE SANTANDER sobre la finca 3623, propiedad de SADECOR, inscrita en el REGISTRO DE LA PROPIEDAD DOS DE PALENCIA, al Tomo 2402, libro 44, folio 175, de forma que, en lo sucesivo, la hipoteca sobre dicha finca garantice la restitución de:

a) TREINTA MIL EUROS (30.000 €), importe principal del préstamo;

b) Un año de intereses remuneratorios, calculados conforme a la cláusula TERCERA de la escritura reseñada, que asciende a MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS CON NOVENTA EUROS (1566,90 €);

c) Tres años de intereses moratorios, calculados conforme a lo convenido en la cláusula SEXTA de la mencionada escritura, que asciende a TRECE MIL SETECIENTOS CON SETENTA EUROS (13.700,70 €)

d) SEIS MIL EUROS (6000 €) que se fijan para costas y gastos, incluidos en estos últimos los conceptos a los que se refiere la cláusula OCTAVA.

3º) Acordar la cancelación de los asientos registrales practicados como efecto de la escritura pública otorgada ante el Notario de PALENCIA, DON JULIO HERRERO RUIZ de fecha 10 de febrero de 2010, al número 310 de su protocolo, librando los oportunos mandamientos al REGISTRO DE LA PROPIEDAD número 2 DE PALENCIA en relación con la Cinco 3622, propiedad de SADECOR, inscrita en el REGISTRO DE LA PROPIEDAD DOS DE PALENCIA al Tomo 2402, Libro 44, Folio 173.

4º) Acordar la modificación de los asientos registrales practicados como efecto de la escritura pública otorgada ante el notario de PALENCIA, DON JULIO HERRERO RUIZ de fecha 10 de febrero de 2010, al número 310 de su protocolo, librando los oportunos mandamientos al REGISTRO DE LA PROPIEDAD NÚMERO DOS DE PALENCIA en relación con la constitución de la garantía hipotecaria sobre la finca número 3623 propiedad de SADECOR, inscrita en el REGISTRO DE LA PROPIEDAD DOS DE PALENCIA, al Tomo 2402, libro 44, folio 175, en el sentido de limitar la garantía de dicha finca a la restitución de:

a) TREINTA MIL EUROS (30.000 €), importe principal del préstamo;

b) Un año de intereses remuneratorios, calculados conforme a la cláusula TERCERA de la escritura reseñada, que asciende a MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS CON NOVENTA EUROS (1566,90 €);

c) Tres años de intereses moratorios, calculados conforme a lo convenido en la cláusula SEXTA DE LA MENCIONADA ESCRITURA, que asciende a TRECE MIL SETECIENTOS CON SETENTA EUROS (13.700,70 €)

d) SEIS MIL EUROS (6000 €) que se fijan para costos y gastos, incluidos en estos últimos los conceptos a los que se refiere la

cláusula OCTAVA.

5º) Acordar fijar en el concurso, en coherencia con las anteriores pretensiones estimadas, el crédito del BANCO SANTANDER en los siguientes extremos: un total de 1.716.995,08 €, de los que: cuentan con privilegio especial del 90. 1 de la Ley Concursal: 1.534.508,59 €; se considera crédito ordinario 95.000 €; y contingente 87.466,49 €.

Sin hacer especial pronunciamiento en orden a las costas procesales de este incidente "

2º.- Contra dicha sentencia interpuso BANCO DE SANTANDER SOCIEDAD ANÓNIMA recurso de apelación, exponiendo las alegaciones en las que se basaba su impugnación, que fue admitido en ambos efectos, y previo traslado a las demás partes para que presentaran escritos de impugnación u oposición, fueron elevados los autos ante esta Audiencia, y al no haber sido propuesta prueba, es procedente dictar sentencia.

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil de esta ciudad dictó sentencia que acordaba la rescisión y nulidad parcial de dos garantías reales hipotecarias, que recaían cada una de ellas en dos fincas propiedad de la entidad SADECOR; y contra la misma se alza la representación de Banco de Santander, Sociedad Anónima, en recurso del que conferido traslado a la contraparte fue objeto de oposición con el resultado que obra en autos.

Es origen del incidente concursal de que dimana el rollo de sala en que se dicta la presente resolución, la demanda presentada por la Administración Concursal de SADECOR, en la que se pedía la rescisión de la garantía hipotecaria que recaía sobre una finca propiedad de la aludida empresa, y así también la declaración de nulidad parcial de garantía hipotecaria distinta que recaía también sobre finca distinta. En dicha demanda se decía que las garantías hipotecarias se habían acordado y otorgado en la pertinente escritura otorgada para ello en fecha 10 febrero 2010, que la empresa SADECOR fue declarada en concurso en fecha 14 de junio de 2010, y que en consecuencia y por aplicación del artículo 71. 3 de la Ley Concursal , entendía la procedencia de lo solicitado dado el evidente perjuicio patrimonial que los negocios jurídicos en cuestión producían a la masa del concurso. El escrito de demanda decía que las garantías hipotecarias lo eran para garantizar un préstamo que en un 76% de su contenido sustituía a una deuda anterior que la empresa concursada tenía con la ahora recurrente, y por ello solicitaba la rescisión de una de las garantías hipotecarias en su integridad, pero no así de la segunda de la que sólo pedía la nulidad parcial, precisamente porque consideraba que la parte de hipoteca que garantizaba el préstamo en lo que excedía de la antigua obligación, hacía improcedente tal petición.

La sentencia de instancia estimó íntegramente los pedimentos a que nos hemos referido, aplicando el artículo 71.3 de la Ley Concursal , considerando que la obligación garantizada por las dos hipotecas objeto del procedimiento, sustituía parcialmente a otra deuda preexistente.

Banco de Santander no está de acuerdo con lo resuelto y por eso plantea el recurso que ahora se resuelve, en el que después de incidir en que el crédito garantizado mediante las dos garantías hipotecarias aludidas, sustituye a otro que ya había vencido, dice que no tenía como finalidad propiamente sustituir a este último, sino hacer una operación crediticia ventajosa para la empresa, puesto que de un lado hacía desaparecer una deuda preexistente, que al fin y a la postre no era sino una rémora evidente para la marcha de la misma; y que además el préstamo nuevo servía para ayudar a la empresa en la gestión de la misma, ya que el mismo era superior a la obligación crediticia que SADECOR mantenía con la recurrente. Después incidiendo en los aspectos que se han dicho, exponía dos concretas causas de impugnación de la sentencia recurrida; la primera que el apartado 5 del artículo 71 de la Ley Concursal impide la rescisión de los negocios jurídicos objeto del procedimiento, puesto que en el mismo se dice que no pueden ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor; y la segunda que refiere

la inexistencia de perjuicio para la masa concursal en razón a los hechos ya referidos, y así también que en absoluto ha existido fraude en la actuación de la recurrente.

**SEGUNDO.**- Respondiendo a la primera de las cuestiones que se suscitan, esto es la de si el artículo 71.5 de la Ley Concursal impide en el caso de rescisión de las garantías hipotecarias, se advierte de que a la misma no se le puede dar una respuesta positiva.

El artículo 71.5 de la Ley Concursal dice que "en ningún caso podrá ser objeto de rescisión:

1º los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", y su interpretación exige considerar que SADECOR desarrolla su actividad profesional en el ámbito del textil, en concreto de la corsetería o confección de prendas íntimas.

El artículo aludido, en efecto, protege los actos ordinarios de la actividad profesional o mercantil, pero del deudor, es decir del concursado, y que además se realicen en condiciones normales; por tanto en el caso no se trata de considerar aquí cuál es la actividad ordinaria del Banco de Santander, por otra parte bien sabida, sino de la concursada, que es a la que nos hemos referido.

Surge así la pregunta de si las operaciones crediticias forman parte o se constituyen en actividad ordinaria de SADECOR, y la contestación a tal pregunta parte de considerar que por tales operaciones debemos de entender las que son ordinarias o corrientes en la actividad empresarial o profesional de la aludida empresa, operaciones que además siendo ordinarias no impliquen un perjuicio patrimonial tanto en su activo fijo como en el circulante. La petición de préstamo de la que nacen las garantías hipotecarias litigiosas, sin embargo, se constituye como un acto de financiación de una entidad crediticia en favor de la después concursada, pero no en una actividad ordinaria de esta, por más que la operación crediticia la ayude al desarrollo de su actividad empresarial y comercial. Precisamente por eso no puede estimarse el recurso en este extremo, puesto que no nos encontramos ante una situación en que SADECOR haya ejecutado un acto de su actividad ordinaria, ya que no lo es la petición de crédito, y al respecto se advierte que el artículo que se ha transcrito no puede ser objeto de una interpretación extensiva, pues en caso contrario, y de admitirse la tesis de la recurrente, se reducirían ostensiblemente los supuestos de negocios irrevocables, que además y por lo que se refiere a las garantías hipotecarias, las harían inatacables.

**TERCERO.**- Así también el segundo motivo del recurso, esto es el que pretende que no existe perjuicio, y que tampoco puede deducirse de la prueba practicada finalidad fraudulenta, se va a desestimar.

El artículo 71 de la Ley Concursal dice en su apartado 1 que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera habido intención fraudulenta"; y en su apartado 3 que "salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos... 2º la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas" . Dichos artículos, han de ponerse en relación, para la resolución del motivo de recurso con el artículo 10 de la ley 2/81 de Regulación del Mercado Hipotecario , que en su redacción vigente dice que "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 22/03, de 9 de Julio, Concursal , por la Administración Concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen..." .

Observamos así que mientras que el artículo 71 exige para la rescisión la existencia de perjuicio para la masa activa del concurso, pero nada refiere en relación a la existencia de fraude en la constitución de gravamen, tal exigencia si consta en el aludido artículo 10 de la ley 2/81 de aplicación al caso, precisamente porque nos encontramos ante la petición de rescisión de dos garantías hipotecarias.

Sin necesidad de hacer mayor consideración, la conclusión que se obtiene de ello es la de que la rescisión pretendida en el escrito de demanda, exige la concurrencia de dos requisitos, esto es el **perjuicio y el fraude** , lo que nos introduce en la consideración

de que se debe de entender por perjuicio y que se debe de entender por fraude.

En relación al concepto de perjuicio se hace una correcta consideración en la resolución recurrida, que aquí se asume, y por eso se hace constar que el **perjuicio** , en un concepto **amplio** , debe de entenderse concurrente cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales; y en un concepto más **restringido** , que es aquel que dé lugar a un auténtico sacrificio patrimonial para la masa activa, esto es, cuando el negocio fuera oneroso y la prestación realizada por el deudor no tuviera su justificación en una contraprestación patrimonial equivalente para dicha masa. Sea que asumamos un concepto u otro el perjuicio en el caso concurriría, puesto que no sólo es que las garantías hipotecarias que se cuestionan cuando menos dificulten la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sino que también su asunción ha dado lugar a un auténtico sacrificio patrimonial para la masa, en tanto que nos encontramos ante un negocio oneroso y en la medida en que el nuevo préstamo es concurrente con la obligación a la que viene a sustituir, no encuentra contraprestación en la entidad ahora recurrente, pues se viene a sustituir una deuda por otra, pero atribuyendo a la segunda mayores garantías de cobro, sin contrapartida, y además es evidente que va en perjuicio de otros acreedores concursales.

En todo caso se debe de considerar que la ley presume, con presunción " iuris tantum", la existencia del perjuicio por el mero hecho de la constitución de garantías reales en favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, situación ante la que nos encontramos, y que precisamente por ello es a quien defiende la inexistencia de perjuicio a quien le corresponde la carga de la prueba de que éste no se ha producido, lo que no ha sido el caso. Por más que se quiera nos encontramos ante la sustitución de una deuda por otra dotando a esta segunda de mayores garantías, y el exceso de préstamo que se concede es de evidente escasa significación si atendemos al total de su cuantía. A mayor abundamiento, en relación a la garantía de este exceso de préstamo nada se ha pedido. Por otra parte es indiferente que la deuda primigenia ya estuviese vencida, pues lo cierto es que su cancelación y la concesión de un nuevo préstamo se producen en una secuencia temporal que evidencia la sustitución entre la antigua y la nueva. Todo ello quiere decir que ninguna de las circunstancias que se consideran justifican la no existencia de perjuicio.

Por lo que se refiere a la existencia de **fraude** a que se refiere el artículo 10 de la ley de Regulación del Mercado Hipotecario , su comprensión exige considerar cuál es el criterio del Tribunal Supremo al respecto, que en sentencia de 16 de septiembre de 2010 , de cita por la apelada en el escrito de oposición al recurso, dice que *"la mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta 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"* .

En el caso, nos encontramos con que el Banco recurrente al conceder el préstamo con las garantías hipotecarias a las que nos hemos referido, lógicamente era consciente de que agrava la situación de la entidad deudora, pero también debía de tener conocimiento dado lo lejano de las relaciones existentes entre ambas entidades, de cuál era la situación de esta, lo que se demuestra de manera evidente por el hecho de que se venían renovando préstamos sin exigencia de garantías, siendo el primeramente concedido en el año 1999, y sin embargo cuando se trata del que nos ocupa si se exige una garantía hipotecaria, lo que indica el conocimiento de cuál era la situación de la empresa después concursada y era consiente de su potencial situación privilegiada respecto de otros acreedores. En suma las circunstancias descritas, no constituyen en situación de buena fe al recurrente, se entiende que ello se desprende de la prueba practicada a la que se ha hecho referencia, y de ahí la necesaria desestimación del recurso interpuesto.

**CUARTO.**- Al ser desestimado el recurso, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante.

En el escrito de recurso la representación de Banco de Santander pretende que no se haga expresa condena en las costas de esta alzada a ninguna de las partes, afirmando la peculiaridad del caso, la existencia de criterios divergentes de situaciones similares

a las que nos ocupa, y así también que al respecto de lo aquí debatido no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo. La posibilidad de no hacer pronunciamiento en las costas de esta alzada tendría justificación en la interpretación conjunta de los artículos 398 en relación con el artículo 394 de la ley de Enjuiciamiento Civil , que permite apartarse del criterio del vencimiento objetivo en aquellos supuestos en que existan serias dudas de hecho o de derecho en relación a la resolución a dictar.

Por más que se quiera en el presente caso dudas de hecho no existen, puesto que ninguna discrepancia se ha producido entre los que son parte en el presente recurso en relación al contenido de los negocios jurídicos cuya nulidad se pretende, fecha de su celebración, fecha de declaración del concurso, así como acerca de la existencia de préstamos anteriores a aquel que tiene lugar a las dos garantías hipotecarias que son objeto del presente incidente.

En cuanto a la existencia de dudas de derecho, aun admitiendo que no existe jurisprudencia al respecto de una cuestión como la aquí resulta, no es menos cierto que el concepto de perjuicio que se ha barajado y estudiado, sea cual sea la extensión que se le dé incluye una circunstancia como la que nos ocupa; y en relación a la existencia del llamado consilium fraudis se ha estudiado su concurrencia precisamente en razón a determinadas situaciones de hecho que no podían ser ignoradas por la entidad recurrente, y que determinaban la intención de asegurarse una posición ventajosa en una no sólo posible sino previsible futura situación concursal, que en último término se produjo, por más que cuando se suscribieron las garantías hipotecarias pudiera aún no existir certeza absoluta en relación a la declaración concursal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal la entidad BANCO DE SANTANDER SOCIEDAD ANÓNIMA contra la sentencia dictada el día 21 de noviembre de 2011, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Palencia , en los autos de que dimana el presente Rollo de Sala, debemos **CONFIRMAR como CONFIRMAMOS** mencionada resolución en todas sus partes, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Don Mauricio Bugidos San José, Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha de lo que yo el Secretario certifico.