

Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, Sentencia de 26 Mar. 2012, rec. 578/2011

Ponente: Fernández-Montells Fernández, Antonio Miguel.
Nº de Sentencia: 133/2012
Nº de Recurso: 578/2011
Jurisdicción: CIVIL

CONCURSO DE ACREEDORES. PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Incidente concursal.

Normativa aplicada

TEXTO

En La Coruña a veintiséis de marzo de dos mil doce

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00133/2012

MERCANTIL 2 -A CORUÑA-

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN 578/11

S E N T E N C I A

Nº 133/12

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA CIVIL-MERCANTIL

Ilmos. Sres. Magistrados

JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG

CARLOS FUENTES CANDELAS

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de INCIDENTE CONCURSAL COMUN 0000078 /2011 , procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000578 /2011, en los que aparece como parte demandada apelante, BANCO GALLEGRO,S.A., representado en ambas instancias por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOSÉ ANTONIO CASTRO BUGALLO, asistido por el Letrado D. MARGARITA ROSENDE REGO, como parte demandada apelada, FERRALLA LOIS, S. L., representada en ambas instancias por el Procurador de los tribunales, Sr./a. GRAIÑO ORDOÑEZ, y como demandante-apelada, ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, asistida por el Letrado SR. FERNÁNDEZ MAESTRE; sobre EJERCICIO DE ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL, siendo Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. D./Dª ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE A CORUÑA, de fecha 25.5.11. Su parte dispositiva literalmente dice: "Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Administración concursal, contra FERRALLA LOIS, S. L. y contra el BANCO GALLEGO, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Graiño Ordoñez, debo acordar y acuerdo:

-Rescindir la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, otorgada por los aquí codemandados, ante la Notario de Culleredo (A Coruña) Dª María de la Cruz Nieto Peñamaría, en fecha 8 de agosto de 2008, número 1.623 de su protocolo, declarando su ineficacia.

- Mandar cancelar los asientos registrales practicados como efecto de la escritura de constitución de dicha hipoteca inmobiliaria, librando los correspondientes mandamientos al Registro de la Propiedad Nº 5 de A Coruña, siendo de cargo del BANCO GALLEGO, S.A. todos los gastos derivados de dicha cancelación registral.

- Se declara la mala fe del Banco Gallego, S.A. y consecuentemente que el crédito concursal de dicha entidad anterior al 24 de octubre de 2008 tiene la clasificación de subordinado.

- Se declara que no existe ninguna prestación que restituir por parte de la masa del concurso como consecuencia de la rescisión aquí acordada.

- Se condena a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

- Se imponen las cotas procesales del presente procedimiento al Banco Gallego."

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por BANCO GALLEGO, S. A., se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la representación del "Banco Gallego, S.A." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña en autos de Incidente Concursal nº 78/11, que estimando la acción rescisoria ejercitada por la Administración Concursal contra la entidad mercantil concursada "Ferralla Lois, S.L." y contra el "Banco Gallego, S.A.", acuerda la rescisión del préstamo con garantía hipotecaria otorgado en escritura pública de fecha 8 de agosto de 2008 (realmente lo fue el día 24 de octubre de 2008) por "Ferralla Lois, S.L." en beneficio del "Banco Gallego, S.A.", declarando su ineficacia, mandando cancelar los asientos registrales practicados, y declara el crédito concursal de dicha entidad, anterior al 24 de octubre de 2008, con la calificación de subordinado al apreciar mala fe en el Banco Gallego, S.A., con expresa imposición de costas al Banco Gallego, alegando diversos motivos que deben ser objeto de nuestra consideración en la alzada.

SEGUNDO.- La Ley Concursal en su capítulo IV del Título III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (límite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.

Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.

Pues bien, partiendo de la declaración de hechos probados de la sentencia apelada, que aceptamos íntegramente de la prueba practicada, salvo que la declaración del concurso de Ferralla Lois, S.L. no fue voluntario, por el contrario necesario, pues bien el acto cuya rescisión se pretende su declaración con la demanda formulada es la escritura pública otorgada en fecha 24 de octubre de 2008 de concesión a la ahora concursada de un préstamo con garantía hipotecaria (2ª) sobre la misma nave industrial 27i del Polígono de los Capelos de Carral por importe de 480.000 euros, y de subrogación de préstamo hipotecario sobre la misma nave (117.687,62 euros). En cumplimiento de lo acordado el Banco Gallego transfiere a la cuenta de titularidad de Ferralla Lois, S.L., 117.687,82 euros (importe de la subrogación hipotecaria) y 480.000 euros (préstamo con garantía hipotecaria (2ª)). Y en la misma fecha se transfiere por orden de Ferralla Lois, S.L. de la referida cuenta la cantidad de 593.368 euros con el concepto de "Varios", que se desglosa por Banco Gallego en 485.000 € y 108.368 € transferidos a Montanor por orden de Ferralla Lois, S.L. y con su autorización fueron destinados al pago de efectos devueltos así destinados igualmente para operación de préstamo de la titularidad de Montanor.

De tal modo la deuda preexistente de Ferralla Lois, S.L. con el Banco Gallego, de carácter personal, por cuanto le adeudaba la cantidad de 468.317,11 €, como consecuencia del impago de 22 pagarés librados por aquella a favor de Montanor, que fueron endosados al Banco Gallego y resultaron impagados a sus respectivos vencimientos, generándose gastos por impago e intereses por el importe antes referido, con la escritura otorgada el 24 de octubre de 2008 dicha deuda aparece garantizada con hipoteca, mediante la constitución de un préstamo, sobre la nave 27i por importe de 480.000 €, dentro del periodo sospechoso, dado que fue declarada con posterioridad, en situación de concurso necesario, concretamente por auto dictado el día 21 de julio de 2009. Reconociéndose en el informe de la administración concursal a favor del Banco Gallego los siguientes créditos: Crédito ordinario, 55.479,80 €; Crédito con privilegio especial: 598.806,89 €.

De tal modo la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes se encontraban dentro del periodo temporal sospechoso establecido legalmente, y concurre claramente la presunción "iuris tantum" del perjuicio patrimonial (art. 71.3.2º L.C.).

Y ello, por cuanto el hecho de conceder una garantía real para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya la anterior, debe considerarse en principio injustificado, pues además de la merma del valor para el patrimonio de la entidad concursada, que se deduce claramente de la cantidad adeudada y la reconocida en escritura pública, supone una alteración de la regla de paridad de trato en el concurso de acreedores, al obtenerse con aquellos actos un privilegio a favor de un acreedor en el concurso frente a los demás acreedores con clara alteración de la "par conductio creditorum".

Y resulta en el caso difícil admitir que la acreedora, aquí parte apelante, desconociese la situación económica de la entidad concursada en ese momento, cuando la deuda existente por razón del descuento y posterior impago al vencimiento de los pagarés por parte de Montanor ante el Banco, las dificultades existentes de cobro dada también su deficiente situación económica y financiera, lo cierto es que Ferralla Lois, S.L. es obligado cambiario, y el importe concedido con el préstamo hipotecario fue destinado para hacer frente a la referida deuda, haciéndose cobro el Banco, que de tal modo, como se razona por la Juez "a quo" cambia un deudor por otro, ambos con dificultades financieras, y constituye una garantía real con la 2ª hipoteca sobre la nave 27i, con subrogación por Ferralla Lois, S.L. de la 1ª hipoteca constituida por Montanor sobre el mismo bien inmueble con un principal pendiente de 117.687,82 €, que transmite a Ferralla Lois, S.L. tras alcanzar acuerdo transaccional las partes, homologado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de A Coruña que conocía del procedimiento de juicio cambiario (1303/08) formulado en su día por Ferralla Lois, S.L. contra Montanor por el impago de efectos mercantiles ascendiendo su importe total a 302.154 €, en auto de fecha 13 de octubre de 2008.

De tal modo pretende asegurarse el cobro logrando, con conciencia, un privilegio sobre los demás acreedores, a quienes perjudica, vulnerando de tal modo la *pars conditio creditorum*, lo que evidencia su mala fe a los efectos del art. 73.3, obteniendo de tal modo un crédito privilegiado de la mayor parte de las deudas personales preexistentes propias, con la operación de refinanciación llevada a cabo, ante la probable situación concursal próxima de la deudora, por cuanto unos 9 meses más tarde es declarada en situación de concurso necesario.

Ciertamente el Real Decreto Ley 3/09, de 27 de marzo "de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica", en su Exposición de Motivos se recoge con respecto a la legislación concursal, que la vigente ley se dictó en el año 2003 en un entorno económico completamente distinto al actual, de crisis financiera internacional, que se ha trasladado a las empresas, y se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones, por ello se considera necesario acometer ya una serie de reformas en aquellos aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha relevado más inconveniente. Introduciendo con dicha reforma modificaciones que pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia.

Así, se introduce una nueva disposición adicional cuarta en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, bajo el título de "Acuerdos de refinanciación". Entendiendo por tales, los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo". Y excluye, en caso de concurso, tales acuerdos de las acciones de reintegración del art. 71 L.C ., siempre que cumplan tres requisitos:

- a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
- b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil . El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.
- c) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos".

Dicho apartado Tres del art. 8 del referido Decreto Ley, esto es la disposición adicional cuarta, antes mencionada, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta, será aplicable a los acuerdos de refinanciación celebrados antes de su entrada en vigor, así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, siempre que, sin haberse solicitado el concurso del deudor, se cumplimenten los requisitos establecidos en el apartado segundo de la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal . En otro caso, a tales acuerdos así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos les resultará de aplicación la regulación anterior al presente Real Decreto-ley, en especial lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario .

Es claro que en el caso, el acuerdo de refinanciación cuya rescisión se pretende con la presente demanda, no cumple los requisitos establecidos en el num. 2 de la Disposición Adicional cuarta, por lo que resulta de aplicación el art. 10 de la Ley

2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario .

Y se alega precisamente en el recurso formulado, que en la sentencia apelada se omite todo razonamiento por el motivo también alegado en su escrito de contestación de la demanda, respecto a la Ley del Mercado Hipotecario. Y en definitiva, que la demanda no puede ser estimada por aplicación del art.10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Mercado Hipotecario , que según redacción tras la entrada en vigor de la Ley 41/2007, se quiso introducir un escudo protector para los créditos hipotecarios concedidos por las entidades financieras, cuando dispone que "... sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo del art.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 del gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe.". Lo que no lo consideramos así en el presente caso, por cuanto el fraude ha quedado acreditado de la prueba practicada, pese a lo afirmado por la parte apelante.

Lo que apreciamos a los efectos de la acción rescisoria de lo acordado en virtud de escritura pública otorgada en fecha 24 de octubre de 2008, lo que se pretende con la misma es garantizar una nueva obligación que sustituya a otras preexistentes de carácter personal, que fueron canceladas y sustituidas mediante su pago con el importe de la subrogación hipotecaria y el préstamo obtenido con garantía hipotecaria (2ª), a partir del 24 de octubre de 2008, por crédito de naturaleza real, obteniendo de tal modo una notable posición de ventaja respecto a los demás acreedores, un privilegio ante una más que probable situación próxima de concurso de la deudora, tal como refiere la administración concursal en su escrito de oposición al recurso de apelación.

Y como decíamos en nuestra sentencia de fecha 14 de abril de 2011 , "El fraude, a los efectos que aquí nos interesan, radica en utilizar una forma jurídica lícita para obtener un resultado no querido por el ordenamiento jurídico. Que en el caso se evidencia por el hecho de conceder una hipoteca para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya la anterior, lo que debe considerarse en principio injustificado, pues además de la merma del valor para el patrimonio de la entidad concursada, y ello aun cuando es cierto como se afirma en el recurso la finca estaba ya hipotecada si bien en un mínimo importe en relación a la valoración de su tasación, lo que se deduce claramente de la cantidad adeudada a la entidad bancaria sin que conste que estuviese vencida y el importe del préstamo concedido en escritura pública con garantía hipotecaria, lo que no es más que la refinanciación de la deuda, y ello supone una alteración de la regla de paridad de trato en el concurso de acreedores, al obtenerse con aquellos actos un privilegio a favor de un acreedor en el concurso frente a los demás acreedores con clara alteración de la "par conditio creditorum". Resulta en el caso difícil admitir que la acreedora, aquí parte apelante, desconociese la difícil situación económica de la entidad concursada en ese momento, dadas las habituales y normales exigencias por las entidades financieras de previa acreditación de la situación económica de la persona o entidad que solicita la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria, sustituyendo con la mayor parte de su importe deudas preexistentes propias, transformando las deudas personales en otra con garantía hipotecaria sobre el patrimonio del deudor, obteniendo de tal modo un crédito privilegiado sobre los demás acreedores en la posible situación concursal próxima de la deudora. Por lo que estimamos que concurre el fraude, a los efectos exigidos en el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Mercado Hipotecario , para que pueda declararse su rescisión".

TERCERO.- Por todo ello procede desestimar el recurso formulado por la parte demandada y confirmar la sentencia recurrida con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña con fecha 25 de mayo de 2011 , que confirmamos íntegramente, con expreso pronunciamiento condenatorio de las costas procesales originadas en esta alzada a la parte recurrente.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, y dése su destino legal.

Esta sentencia no es firme en Derecho y contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, a interponer por escrito de abogado y procurador ante esta misma Sección 4ª en el plazo de veinte días hábiles desde su notificación.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al rollo de Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.