

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, Sentencia de 20 Abr. 2012, rec. 376/2011

Ponente: García García, Enrique.
Nº de Sentencia: 120/2012
Nº de Recurso: 376/2011
Jurisdicción: CIVIL
Tipo de recurso de la resolución: APELACION

PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Acción de reintegración. Ineficacia de las garantías personal e hipotecaria constituidas por la concursada para la seguridad de un préstamo ajeno. Perjuicio para la masa patrimonial. Se presume cuando se trate de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas (art. 71 Ley Concursal). En el caso, el préstamo debía destinarse a la liquidación de deudas pendientes del prestatario con las entidades de crédito prestamistas, de manera que esas operaciones vencidas que se cancelan con el capital prestado son (desde un punto de vista sustancial y económico) literalmente «sustituidas» por la nueva deuda que nace del préstamo, que ahora se garantiza mediante la constitución de un gravamen, cuando la entidad acreedora había consentido en el pasado en conceder crédito a su deudora sin exigirle esa clase de garantía. El hecho de que beneficiaria y garante fuesen empresas pertenecientes al mismo grupo carece de significación, en atención a las particularidades del caso, para desvirtuar la presunción. Aplicación al caso del art. 10 de la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario, precepto que, sin perjuicio de la operatividad de las presunciones legales de perjuicio patrimonial que contempla el citado art. 71, exige para el éxito de la acción de reintegración la prueba de un elemento subjetivo: la concurrencia de fraude en el acto o negocio a rescindir. Concurrencia de dicho fraude al tener conciencia la entidad bancaria de que la hipoteca constituida interferiría en la efectividad del pago de lo debido a los otros acreedores comunes, pues al resultar favorecida por la garantía hipotecaria su crédito ganaría jerarquía al pasar de ordinario a privilegiado, contrariando así el principio concursal de la paridad de trato.

Normativa aplicada

TEXTO

En Madrid, a 20 de abril de 2012.

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00120/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

t6

Rollo de apelación nº 376/2011

Materia: Concursal.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid

Autos de origen: incidente concursal nº 804/2010

SENTENCIA nº 120/12

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 376/2011, los autos del procedimiento de incidente concursal nº 804/2010, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, el cual fue promovido por los administradores concursales de FRUTAS FRANCH S.A. contra BANCO PASTOR S.A, BANCO SANTANDER SA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y RIOJA (IBERCAJA), CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA (CATALUNYA CAIXA), BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK), BANKINTER SA, LA CAIXA, CAJA DUERO, CAIXA DE PENEDÉS, HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. y FRUTAS FRANCH S.A., siendo objeto del mismo el ejercicio de acción concursal de reintegración.

Han sido partes en el recurso, la procuradora Dª Alicia Oliva Collar y el letrado D. Ignacio Morera Espinosa por BANCO PASTOR S.A., el procurador D. Esteban Jabardo Margareto y el letrado D. Ángel A. Camuñas Verastegui por BANCO SANTANDER SA, el procurador D. Valentín Ganuza Ferrero y la letrada Dª Rosana Benedi Carcas por CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y RIOJA (IBERCAJA), el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y el letrado D. Antonio Vázquez Guillén por CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA (CATALUNYA CAIXA) y la administración concursal de FRUTAS FRANCH S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 30 de julio de 2010 por la administración concursal de FRUTAS FRANCH S.A. contra BANCO PASTOR S.A, BANCO SANTANDER SA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y RIOJA (IBERCAJA), CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA (CATALUNYA CAIXA), BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK), BANKINTER SA, LA CAIXA, CAJA DUERO, CAIXA DE PENEDÉS, HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. y FRUTAS FRANCH S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, se suplicaba lo siguiente:

" - Se declare la rescisión parcial de la escritura de préstamo sindicado otorgada en fecha 21 de julio de 2009 ante el Notario de Madrid D. Ignacio Martínez-Gil Vich, con número de protocolo 2.190, que fue objeto de novación modificativa en virtud de escritura pública otorgada en fecha 1 de diciembre de 2009, ante el Notario de Madrid D. Ignacio Martínez-Gil Vich, con número de protocolo 3.546, decretando en consecuencia la ineficacia del pacto por el que se constituye garantías personal e hipotecaria (estipulación 17ª).

- Se libre mandamiento dirigido al Registrador de la Propiedad al objeto de que se proceda a la cancelación de la inscripción de la referida hipoteca así como la de todos los asientos registrales ocasionados por la inscripción de la misma".

- Para el caso de que la concursada hubiere satisfecho cantidades a las entidades bancarias demandadas en virtud de las sucesivas cuotas devengadas del préstamo, se declare la obligación de las entidades bancarias demandadas de proceder a su reintegración a FRUTAS FRANCH, S.A.

- Se declare la procedencia de la inclusión en la lista de acreedores de FRUTAS FRANCH, S.A. de un crédito subordinado a favor de HERMANOS FRANCH TUTELAR, S.A. por total importe de 2.182.425, 46 euros.

- Y todo con expresa condena en costas a quien se opusiere a tal pretensión"

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil número 9 de Madrid dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Administración Concursal, siendo demandados HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A., BANCO PASTOR, S.A., BANCO SANTANDER, S. A, IBERCAJA, BILBAO BIZKAIA KUTXA, BANKINTER S.A., LA CAIXA, CAJA DUERO, CAIXA DEL PENEDES, CAIXA DE CATALUNYA, FRUTAS FRANCH, S.A., debo rescindir parcialmente la escritura de préstamo sindicado otorgado en fecha 21/7/09 ante el Notario de Madrid D. Ignacio Martínez Gil con Nº de Protocolo 2190 que fue objeto de novación modificativa en virtud de escritura publica otorgada en fecha 1 de diciembre de 2009 , ante el notario de Madrid D. Ignacio Martínez Gil Vich, con Nº de Protocolo 3.546, decretándose en consecuencia la ineficacia del pacto por el que se constituye hipotecaria (estipulación 17º).

Una vez firme esta resolución, librese mandamiento al Registrador de la Propiedad al objeto de que se proceda a la cancelación de la inscripción de la referida hipoteca, así como la de todos los asientos registrales ocasionados por la inscripción de la misma.

En materia de costas no cabe hacer especial pronunciamiento".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de BANCO PASTOR S.A. se interpuso recurso de apelación que fue admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma.

Dado traslado del recurso se planteó oposición al mismo por la administración concursal de FRUTAS FRANCH S.A.

Asimismo por BANCO SANTANDER SA se interpuso impugnación de la sentencia y por CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y RIOJA (IBERCAJA), y por CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA (CATALUNYA CAIXA) se manifestó su adhesión al recurso de apelación.

Recibidos los autos ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, se procedió a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La sesión de deliberación del asunto se celebró con fecha 19 de abril de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que resultan relevantes para comprender el objeto del litigio son los siguientes:

1.- El día 21 de julio de 2009 la mercantil HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. obtuvo dos préstamos sindicados, el primero de ellos por importe de 2.500.000 €, formalizado en escritura pública ante el notario de Madrid Sr. Martínez-Gil Vich, con el número de protocolo 2190, otorgado por las entidades financieras BANCO DE SANTANDER, CAIXA PENEDÉS, IBERCAJA, BANKINTER, LA CAIXA, CAJA DUERO, BANCO PASTOR, CAIXA CATALUNYA y BBK, con fecha de vencimiento a 21 de julio de 2019, y el segundo por importe de 2.230.000 €, instrumentado también en escritura pública ante el mismo fedatario, con el número de protocolo 2191, siendo otorgado por IBERCAJA, BANKINTER, LA CAIXA, CAJA DUERO, BANCO PASTOR, CAIXA CATALUNYA y BBK, con fecha de vencimiento a 21 de julio de 2014.

2.- La mercantil FRUTAS FRANCH, S.A., entidad participada por la prestataria HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A., afianzó solidariamente ambas operaciones y constituyó, en garantía de las mismas y en favor de las entidades prestamistas, derecho real de hipoteca sobre una finca de su propiedad, consistente en un solar de 15.693,83 metros cuadrados, situado en Betxí (Castellón), dentro del cual existen varias edificaciones que ocupan 10.735 metros cuadrados construidos, inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Villareal, al tomo 1.491, libro 192, folio 86, finca nº 11394. La garantía hipotecaria por el primer préstamo sindicado quedó cifrada en 3.337.500 euros y por el segundo en 2.977.050 euros.

3.- Los citados préstamos sindicados fueron objeto de novación modificativa en virtud de sendas escrituras públicas de fecha 1

de diciembre de 2009, por las que se varió la primera fecha de revisión del tipo de interés y las fechas de amortización del principal del préstamo. A ellas se incorporó como anexo documentación de la que se decía que había sido omitida, pese a referirse a ella en la escritura protocolizada con el número 2.190.

4.- En virtud de los dos referidos préstamos el sindicato bancario prestó un total de 4.730.000 euros a HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A.; el préstamo de 2.500.000 euros cuya escritura se protocolizó con el número 2190 tenía como finalidad declarada en dicho instrumento que el capital prestado sirviera para la obtención de liquidez para la actividad mercantil de la citada prestataria y también para la liquidación de préstamos, intereses y cualesquiera operaciones que mantuviese pendiente de pago con las entidades prestamistas; el otro préstamo, por importe de 2.230.000 euros, cuya escritura se protocolizó con el número 2191, tenía como finalidad declarada que el importe prestado se destinase a la refinanciación de la deuda financiera de la citada prestataria, HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A, frente a las entidades prestamistas. No se discute, sin embargo, que en los días subsiguientes a la suscripción de dichos préstamos FRUTAS FRANCH, S.A. pudo proceder al pago de deudas preexistentes que mantenía con alguna de las entidades prestamistas por un importe total de 2.182.425,46 euros.

5.- El 15 de diciembre de 2009 la sociedad garante FRUTAS FRANCH S.A. fue declarada en concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid.

6.- La administración concursal, entre otras iniciativas, interpuso demanda incidental en el ejercicio de acciones de reintegración (artículo 71 de la Ley Concursal) a fin de que, con rescisión parcial de la escritura de préstamo de 21 de julio de 2009, formalizado en escritura pública ante el notario de Madrid Sr. Martínez-Gil Vich, con el número de protocolo 2190, se declarase la ineficacia de su estipulación 17ª por la que la referida concursada constituyó garantías personal y real para la seguridad de la indicada deuda ajena.

7.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente dicha demanda, declarando ineficaz el pacto por el que se constituyó la garantía hipotecaria, y desestimó, en cambio, el pedimento por el que se postulaba igual pronunciamiento respecto de la garantía personal.

SEGUNDO.- La entidad BANCO PASTOR, que está disconforme con tal resolución judicial, planteó en tiempo y forma recurso contra ella. Ningún reparo procesal cabe oponer a la interposición de dicho recurso y será precisamente el mismo el que permitirá sustentar una resolución de fondo en esta segunda instancia que aborde el debate en los términos en los que nos permite hacerlo el artículo 465.5 de la LEC .

Sin embargo, BANCO DE SANTANDER, IBERCAJA y CATALUNYA CAIXA no actuaron de ese modo, sino que esperaron al traslado del recurso del BANCO PASTOR para manifestar entonces, la primera de las citadas entidades, que impugnaba, a su vez, la sentencia, al amparo del artículo 461 de la LEC , y la segunda y la tercera para alegar que se adherían al recurso de apelación del BANCO PASTOR. Se trata, en realidad, de recursos de apelación extemporáneos, lo que justificaría su inadmisión de plano. En el caso de las dos manifestadas adherentes al recurso de apelación de BANCO PASTOR la extemporaneidad es palmaria; si querían apelar debieron hacerlo en el plazo del que dispusieron para ello (el entonces marcado por el artículo 457 de la LEC , ya derogado, y ahora en el vigente artículo 458 de la LEC , tras la reforma por Ley 37/2011 de medidas de agilización procesal) y no fuera de él, como han pretendido. Y tampoco el planteamiento de una formal impugnación de sentencia, por la vía del artículo 461 de la LEC , puede utilizarse como expediente para soslayar las consecuencias de una interposición tardía de un recurso. Cuando una sentencia es desfavorable para una parte y no está conforme con ella, lo que debe hacer es reaccionar en el plazo que al efecto se le concede e interponer contra ella recurso de apelación. En cambio, el trámite de impugnación del artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo está previsto para quien había pensado inicialmente en consentir la sentencia por no serle enteramente perjudicial y decide luego, ante el recurso interpuesto por la parte contraria que pretendería agravar para aquél la decisión judicial, atacar entonces también los pronunciamientos de la misma que le habían sido perjudiciales. Pero lo que no puede el codemandado condenado es aprovechar el recurso de apelación de otro codemandado, que no entraña riesgo para aquél de

agravación en su contra de lo resuelto en primera instancia, para impugnar entonces él la sentencia y atacar todos los pronunciamientos de la misma a él referidos.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha destacado (sentencia de 13 de enero de 2010) el sentido de la impugnación en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que no es otro que permitir que la sentencia de apelación pueda perjudicar al apelante en virtud de la impugnación. Se trata de supuestos en los que una de las partes, no siendo inicialmente apelante, no sólo se opone al recurso de apelación interpuesto por otra, sino que decide impugnar la resolución pidiendo su revocación. Es dicha situación la que justifica que únicamente se facilite traslado de la impugnación al apelante principal - artículo 461.4 LEC -. Y es que el escrito de impugnación no va dirigido contra las partes que no han apelado, como señala la citada sentencia al referirse a dicho apartado del artículo 461 LEC .

La admisión de la impugnación en el caso que nos ocupa altera radicalmente los presupuestos contemplados por el Alto Tribunal, en cuanto el impugnante no muestra contraposición de intereses en relación al apelante principal sino, muy al contrario, comunidad de intereses, lo que convertiría la impugnación en una apelación principal extemporánea, con grave quebranto además del derecho de defensa de quienes se opusieron al recurso de apelación y a los que no se da traslado de la impugnación. Esto no resulta de que el apartado nº 4 del artículo 461 sea contrario al derecho de defensa constitucionalmente reconocido, sino de desvirtuar el sentido de la impugnación antes expuesto, aplicándola a supuestos distintos de los previstos legalmente.

Ya con anterioridad, en su sentencia de 22 de junio de 2009, la Sala 1ª del Tribunal Supremo tenía declarado que la impugnación permite que la sentencia de apelación "pueda perjudicar al apelante", lo que evidentemente no es el caso cuando concurren los mismos intereses en apelante principal e impugnante e incluso se reproducen sus alegaciones y argumentos jurídicos.

En definitiva, lo procedente sería declarar mal admitidas tanto la impugnación de la sentencia como las adhesiones planteadas por dichas tres entidades, pero ello equivale, a estas alturas, a la desestimación de tales recursos.

TERCERO.- Fundadas las acciones rescisorias, de modo principal, en la presunción absoluta de perjuicio patrimonial que el apartado 2 del artículo 71 anuda a las liberalidades, la sentencia apelada descartó la aplicabilidad de dicho precepto por entender que, habiéndose destinado las sumas prestadas, al menos en parte, a la cancelación de deuda bancaria propia de la concursada FRUTAS FRANCH S.A. (2.182.425,46 €) y de deuda bancaria de HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. respecto de la cual aquélla era fiadora solidaria, no podía propiamente hablarse de gratuidad. Sin embargo, entendió que las demandadas no habían logrado desvirtuar la presunción relativa de perjuicio que el apartado 3 del citado precepto legal asigna al hecho de constituirse una garantía real para la seguridad de obligaciones contraídas en sustitución de otras preexistentes que carecían de ella.

Conviene efectuar, para situar adecuadamente los términos del debate que subsiste en esta instancia, algunas precisiones. Nos hemos referido a dos operaciones distintas, pero que están estrechamente vinculadas, de ahí que resulte indispensable en muchas ocasiones adoptar una perspectiva conjunta, aunque la presente apelación se refiere sólo a una de ellas, pues la otra es objeto de un litigio paralelo del que este tribunal está conociendo también en segunda instancia y que se resolverá de modo coordinado con éste. Pues bien, así como el importe de uno de los préstamos referenciados debía obligadamente destinarse por la prestataria a la "refinanciación" de la deuda financiera que HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. mantenía con las prestamistas y por lo tanto a cancelar deuda antigua exclusivamente, en cambio el destino atribuido por las partes al otro de los préstamos era, además de ese mismo que acabamos de indicar, también el de facilitar liquidez -es decir, dinero nuevo- a la prestataria HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. (no a la concursada FRUTAS FRANCH S.A.). Teniendo en cuenta que en los respectivos escritos de contestación se efectuaron referencias a diferentes actos de cancelación de deudas preexistentes sin imputación especial a uno u otro préstamo y, como quiera que en el recurso se insiste en que parte de las sumas prestadas se destinaron a brindar liquidez a HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A., hemos de considerar que dicha liquidez es enteramente imputable a uno de los préstamos, de manera que el resto de dicho préstamo y la totalidad del otro se destinó a la cancelación de deuda preexistente.

Debemos indicar que la controversia suscitada en torno a la aplicabilidad de la presunción relativa del artículo 71.3 de la Ley Concursal ha de encontrarse específicamente referida a la parte de lo prestado que tuvo como destino la cancelación de deuda preexistente. En cambio, aquella otra parte que hubiera podido destinarse a brindar liquidez -dinero nuevo- a HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. supondría, en realidad, en la medida en que la hipoteca constituida sobre sus propios bienes por la mercantil FRUTAS FRANCH S.A. hubiese tenido por objeto garantizar la devolución de esa parte del préstamo, un acto dispositivo que carecería por entero de contraprestación para dicha concursada al tratarse de un gravamen constituido gratuitamente en garantía de deuda genuinamente ajena. Y ello sin que, como más adelante tendremos ocasión de razonar, el hecho de que beneficiaria y garante fuesen empresas pertenecientes al mismo grupo constituyese, asépticamente considerado y desprovisto de un mayor nivel de concreción, una circunstancia dotada de especial significación a este respecto.

Dicho lo anterior, no albergamos dudas en torno a la susceptibilidad de incardinación de la operación controvertida dentro del ámbito conceptual de la presunción "iuris tantum" del artículo 71.3 de la LC ("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 aquéllas.") sin que resulten atendibles las razones esgrimidas por la apelante para desvirtuar tal apreciación. Por una parte, porque, por variopintas que sean las operaciones bancarias generadoras de los distintos saldos deudores que prestataria y garante mantenían con las entidades financieras, al final el resultado es homogéneo: la suma de todos esos saldos da lugar a una deuda de dinero perfectamente cuantificable. Y, por otro lado, porque, pese a que la operación crediticia objeto de litigio no se haya instrumentado a través del mecanismo de la "novación extintiva" (extinción de la deuda primitiva simultánea al nacimiento de la deuda nueva), lo cierto es que el legislador eludió conscientemente incluir esa específica categoría jurídica en la definición del supuesto de hecho de la presunción legal del artículo 71.3 de la LC, optando en cambio por el empleo de un término -la "sustitución"- carente de una especial significación desde el punto de vista técnico jurídico; y todo ello, interpretamos, que con el designio de atender al significado económico del negocio. Ya hemos indicado que el préstamo que ahora nos ocupa debía destinarse, en lo que ahora nos interesa, a la liquidación de deudas pendientes del prestatario con las entidades de crédito prestamistas, de manera que esas operaciones vencidas que se cancelan con el capital prestado son -desde un punto de vista sustancial y económico- literalmente "sustituidas" por la nueva deuda que nace del préstamo, que ahora se garantiza mediante la constitución de un gravamen, cuando la entidad acreedora había consentido en el pasado en conceder crédito a su deudora sin exigirle esa clase de garantía.

CUARTO.- Establecido cuanto antecede, obligado resulta destacar que, en el empeño de desvirtuar la presunción "iuris tantum" del artículo 71.3 de la LC en que se ha fundado la sentencia apelada, la apelante ha tratado de sustentar la inexistencia del perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto "...supusieron el reforzamiento del grupo como tal.". Ahora bien, aun suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por lo tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabría preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una específica sociedad: FRUTAS FRANCH S.A. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable (artículo 43 y siguientes del C. de Comercio) y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores comunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta

deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con los del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.

Buena prueba de que no debemos perder esa perspectiva la constituye que la noción de grupo en el ámbito de lo concursal no ha rebasado la trascendencia estrictamente procesal (se prevé la posibilidad de instar conjuntamente la declaración de concurso de varios deudores que perteneciesen al mismo grupo - artículo 3.5 de la LC , que pasa al artículo 25 con la reforma legal por Ley 38/2011 - o de acumular los concursos declarados de varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo - artículo 25 de la LC , que pasa al artículo 25 bis con la referida modificación legislativa), sin que ello pueda dar lugar a la consolidación de los tratamientos concursales concernientes a las respectivas masas activas y pasivas de las entidades concursadas, lo que sólo excepcionalmente, y ello tras la reforma por Ley 38/2011 , se prevé expresamente para el caso específico de confusión patrimonial que contempla el párrafo segundo del nuevo artículo 25 ter, frente a la previsión de su párrafo primero que postula como regla general precisamente la no consolidación de tales masas.

Siendo ello así, es patente que, para desvirtuar la presunción que sobre ellas gravita (artículo 71.3 de la LC), incumbía a las apelantes acreditar (artículo 217.6 de la LEC) en qué concreta medida o de qué modo específico la hipoteca constituida por FRUTAS FRANCH S.A. resultó no perjudicial para su específico círculo de acreedores, propósito que no se logra mediante apreciaciones de tipo abstracto, como lo es la consideración genérica de que aquello que fuera bueno para la matriz lo debería ser necesariamente también para sus filiales, lo que, por cuanto acabamos de razonar, no puede considerarse una conclusión que deba estimarse obvia ni susceptible de ser acogida acríticamente y sin reservas. Es más, precisamente en el ámbito de lo concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, lo cual es apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (artículo 93.2 de la LC), lo que incluso ha llevado al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos de actos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en ese tipo de vinculaciones (artículo 71.3.1º); es por ello que lo anteriormente argumentado cobra, si cabe, en el aspecto conceptual, mayor justificación.

QUINTO.- Los dos tipos de supuestos que describe el artículo 71.3, 2º de la L.C . constituyen hipótesis de constitución de gravámenes en garantía del buen fin de operaciones caracterizadas por el hecho de que el acreedor había consentido en el pasado en conceder crédito sin exigir de su deudor esa clase de garantía; gravámenes sobre los que, por ello mismo, planea cierta sospecha -y en ello radicaría el fundamento de la presunción- de falta de onerosidad o ausencia de sacrificio en ese acreedor, quien, disponiendo en principio de un simple derecho de crédito, se vería beneficiado, en perjuicio de los restantes acreedores, por un tratamiento privilegiado que en apariencia carece de contraprestación o cuya contraprestación no resulta diáfana. La presunción "iuris tantum" que contempla dicho precepto legal lo es de perjuicio en la medida en que el otorgamiento intempestivo de garantías, que no se pidieron al contraer la primitiva obligación (la preexistente o a la sustituida), supone, en un contexto de relativa proximidad al concurso, un favorecimiento de la posición de unos acreedores frente a otros, mediante la asignación de un privilegio del que podrá valerse el beneficiado, que podría llegar a eludir así el sometimiento a la "par condicio creditorum".

Puede suceder, sin embargo, que la constitución de un gravamen hipotecario en garantía de la obligación nueva que viene a sustituir a la primitiva que no se encontraba especialmente garantizada no constituya un simple favorecimiento a determinado acreedor en aquellos casos en los que, encontrándose vencida y en situación de mora la obligación antigua objeto de sustitución, el otorgamiento de nuevo plazo (y eventualmente de otras condiciones ventajosas) al deudor por medio de la constitución de la obligación nueva que viene a reemplazarla implique para el acreedor un verdadero sacrificio, el cual aspiraría a ser compensado

mediante la constitución de la garantía de la que carecía la obligación preexistente. En otras palabras, en tales casos podríamos encontrarnos ante un negocio con el que el deudor obtuviese, a cambio de la constitución del derecho real, una contraprestación clara que se correspondiese con un correlativo sacrificio para el acreedor: la abstención de éste en el ejercicio de su legítimo derecho a iniciar de inmediato una ejecución singular.

Ahora bien, no basta con afirmar, en abstracto, la existencia de esa posibilidad teórica sino que, para comprobar si la presunción legal ha de considerarse o no desvirtuada, se hace indispensable descender al examen de las particularidades del caso que concretamente examinamos. Y es que, si bien es cierto que la ley proyecta la presunción de perjuicio indiferenciadamente sobre todo el periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso, no podemos obviar la consideración de que se trata de un lapso de tiempo ciertamente extenso que exige focalizar la atención sobre la concreta fase del mismo en la que se celebra el negocio -constitución del gravamen- presuntivamente perjudicial, y ello con un claro objetivo: discriminar los supuestos en los que el acreedor ha asumido un sacrificio real de aquellos otros en los que sólo asume un sacrificio aparente. Pues innecesario resulta aclarar que no es lo mismo que ese negocio se celebre al inicio del periodo, supuesto este en el que el acreedor cuenta con un margen de dos años dentro del cual podría verosímelmente iniciar una ejecución singular y ultimar la vía de apremio sobre los bienes del deudor, que constituir el gravamen al final del plazo cuando esa posibilidad deviene ilusoria y a lo más que podría aspirar el acreedor que se convirtiera en ejecutante sería a obtener una anotación preventiva de embargo que, una vez declarado el concurso, quedaría jurídicamente diluida dentro de la masa pasiva al perder su titular toda preferencia sobre el bien embargado. Sólo en el primer caso podría afirmarse con cierta seguridad que, al disponer de la posibilidad real de apremiar los bienes del deudor, el acreedor realizaría objetivamente un sacrificio económico al renunciar a hacerlo. En cambio, en el segundo caso el sacrificio sería sólo imaginario porque, aun cuando se hubiera negado al otorgamiento de nuevo plazo para el pago de la deuda vencida, el acreedor quedaría, en todo caso, integrado en la masa del concurso sin el menor privilegio. En otras palabras, carecería objetivamente de aquel poder cuya renuncia pudiera conceptuarse como sacrificio patrimonial, con lo que el aplazamiento de la deuda no comportaría para el deudor -ni, consiguientemente, para su círculo de acreedores- una ventaja susceptible de ser compensada mediante la constitución del gravamen, lo que significaría, en definitiva, que ese gravamen no estaría llamado a compensar o retribuir cosa alguna.

En el supuesto que ahora nos ocupa, no es fácil deducir qué parte del total de lo refinanciado correspondía a deuda vencida y en situación de descubierto, circunstancia que proyecta cierta oscuridad sobre la controversia al dificultar la apreciación de la existencia -y eventualmente de la magnitud- del sacrificio que se habría llevado a cabo en la preservación de la posición acreedora. Ahora bien, dicho esto, lo que consideramos verdaderamente relevante es que, de acuerdo con las máximas ordinarias de la experiencia, podemos afirmar con un grado de seguridad más que razonable que el periodo de algo más de cuatro meses que median entre el otorgamiento de la hipoteca y la declaración de concurso habría sido manifiestamente insuficiente para que la entidad apelante pudiera haber consumado el apremio sobre bienes de FRUTAS FRANCH S.A. y haberse hecho pago con su producto, y ello con anterioridad a la declaración concursal, de aquella parte de la posición deudora que se encontrase vencida en la época de referencia (fracción de cuya cuantía -se insiste- carecemos de un conocimiento cabal). En dicho trance, una hipotética negativa de la apelante al aplazamiento de la deuda no hubiera representado mejora alguna en su posición acreedora: habría obtenido, a lo sumo, anotaciones de embargo y habría avanzado en ciertos trámites, pero todo ello quedaría difuminado -ya se ha dicho- en la fecha de declaración de concurso, momento en el que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Ley Concursal, se desvanecería cualquier preferencia alcanzada merced a dichos avances, de tal suerte que sus créditos quedarían homologados dentro del concurso para pasar a recibir el tratamiento concursal, carente del menor privilegio, que les correspondiera. Contrariamente, un aplazamiento de la deuda, con la consiguiente renuncia temporal a emprender acciones ejecutivas, no comportaba para dicha entidad el menor sacrificio en vista de la inminencia del concurso, pero, a cambio de esa formal renuncia, obtenía una garantía anteriormente inexistente que le situaba en una posición de privilegio frente a los restantes acreedores.

No puede, pues, afirmarse en tales circunstancias que dicha apelante haya conseguido desvirtuar la presunción de perjuicio que contempla el citado artículo 71.3 de la Ley Concursal .

SEXTO.- Cuanto acaba de razonarse constituye el fruto de un análisis aséptico y objetivo que se realiza en razón a una mera medición de tiempos y a una ponderación razonable de las posibilidades reales de actuación sobre el patrimonio del deudor con que contaban las entidades crediticias en la época en la que se llevó a cabo la operación de refinanciación controvertida. Se trata, por lo tanto, de un examen desprovisto de connotaciones subjetivas que, en principio, resulta consistente con una disciplina tan singular como lo es la reguladora de las acciones concursales de reintegración, que han de fundarse en la simple idea de perjuicio patrimonial y que no precisan para obtener éxito, como indica el artículo 71.1 de la Ley Concursal , de la presencia de intención fraudulenta. Precisamente la jurisprudencia sobre rescisión concursal ha remarcado, a propósito de la previsión del artículo 71.1 de la LC , que la acción de reintegración requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, pero no precisa que medie el propósito de defraudar (sentencia de la Sala 1ª del TS de 27 de octubre de 2010). Pues bien, consideramos en tal sentido, al margen de lo que a continuación se razonará, que el análisis del perjuicio patrimonial que es propio de la reintegración concursal habrá de ser forzosamente un análisis "ex post" en el que no tienen cabida consideraciones sobre el mayor o menor grado de justificación, "ex ante", de la operación que se cuestiona en función de las expectativas de evolución de la concursada concurrentes en el momento en que fue llevada a cabo. Y es que la categoría de lo justificado integra un juicio de valor al que se contrapone de modo natural el concepto de lo injustificado, lo que nos llevaría a desenfocar el análisis que aquí se debe efectuar al proyectarse esa clase de apreciaciones no tanto sobre la real onerosidad del negocio (sobre la base de la existencia o ausencia de sacrificios perceptibles y evaluables) sino sobre la rectitud de sus otorgantes; en cambio, la disciplina de la reintegración concursal contenida en los apartados números 1 a 5 del artículo 71 de la Ley Concursal no está llamada a sancionar lo injusto o antijurídico sino a hacer ineficaces, en provecho de la masa pasiva, actos que, de no ser porque finalmente se declara el concurso (de ahí la necesidad de que el examen se realice "ex post"), serían -o podrían perfectamente ser- jurídicamente irreprochables.

SÉPTIMO.- La apelante ha alegado que, por su condición de entidad incluida dentro del ámbito del artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario , el éxito de la acción de reintegración debería considerarse supeditado a la prueba, que correspondería suministrar a la administración concursal, de que concurrió fraude en la constitución del gravamen, y todo ello fundándose en el tenor del artículo 10 de dicha ley (según redacción proveniente de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero) con arreglo al 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. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe".

La sentencia apelada rechazó la aplicabilidad de dicho precepto legal por entender, de acuerdo con cierto sector de la doctrina, que lo que el mismo trata de proteger son los títulos emitidos en el mercado hipotecario (bonos, participaciones, cédulas), sosteniendo que no todas la hipotecas constituidas en favor de una entidad financiera están llamadas a servir de garantía a las correspondientes emisiones, sino solamente lo están las hipotecas que reúnen determinados requisitos.

Con anterioridad a la reforma operada en la Ley del Mercado Hipotecario por la Ley 41/2007, el indicado artículo 10 contenía una norma equivalente a la actual, pero relacionada con las acciones de retroacción características de la legislación concursal pretérita, pues estipulaba que las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 solo podrían ser impugnadas al amparo del párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, quienes deberían demostrar la existencia de fraude en la constitución del gravamen.

Hasta que se produjo dicha reforma, la jurisprudencia venía interpretando que el criterio para determinar en qué supuestos

resultaría aplicable la exigencia de fraude del artículo 10 no era otro que el de la finalidad para la que se otorgó el préstamo asegurado con la hipoteca ya que, en su primitiva redacción, el ámbito de la ley quedaba circunscrito por su artículo 4 a las operaciones crediticias guiadas por un propósito -obras de construcción y asimiladas- característico. En tal sentido, señalaba la sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 11 de abril de 2002 que ".el precepto denunciado como infringido hay que interpretarlo en relación con el art. 4º, que establece que los préstamos garantizados con las hipotecas a que se refiere el art. 10 han de estar destinados al cumplimiento de alguno de los fines especificados en el art. 4º, a saber, a la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, o a la construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier obra o actividad, por lo que a diferencia de lo que entiende la parte recurrente, no basta que la hipoteca figure inscrita a favor de las entidades especificadas en el art. 2 de la Ley 2/1981, sino que es necesario además, que los préstamos garantizados con la misma se destinen a los fines especificados en el referido art. 4º.". De acuerdo con ese criterio finalista, se vinieron sucediendo pronunciamientos del Alto Tribunal favorables o contrarios a la exigencia de fraude "ex " artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario en función de que en los respectivos casos se apreciase o se descartase que el propósito del préstamo garantizado fuera uno de los enumerados en el artículo 4 de la misma ley (ejemplos de ambos tipos de pronunciamientos los encontramos, por citar sólo algunos próximos en el tiempo, en las sentencias de la Sala 1ª del T.S. de 5 de octubre de 2006 y 22 de junio de 2006, respectivamente). Así lo ha venido haciendo también este tribunal cuando en el marco de acciones de retroacción de la quiebra hemos tenido que pronunciarnos sobre la precedente redacción de dicha normativa (sentencias de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de diciembre de 2011 y de 20 de enero de 2012).

Actualmente, tras la reforma operada por Ley 41/2007, ese criterio carece ya de virtualidad bajo su vigencia, porque a la primitiva enumeración de fines del artículo 4 se ha adicionado una mención omnicompreensiva mediante la cual se hace referencia residual a ".cualesquiera otros préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en esta Ley, sea cual sea su finalidad.", de manera que la finalidad para la que se otorgó el préstamo garantizado con la hipoteca ha dejado de constituir un criterio distintivo que sirva para definir el ámbito objetivo de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.

Por su parte, el punto de vista que atiende para delimitar ese ámbito a la efectiva titulización de la hipoteca frente a la que se ejercita la acción de reintegración, todo ello en función de que se trate o no de una hipoteca que reúna los requisitos específicos contemplados en la Sección II de la Ley del Mercado Hipotecario (las denominadas hipotecas "prime": hipoteca con rango de primera, capital prestado no superior al 60% o al 80% -según los casos- del valor de tasación, seguro, etc.), constituye un criterio nuevo y extraño a la doctrina jurisprudencial recaída en torno a la aplicabilidad del artículo 10.

En todo caso, a la vista de la disciplina relativa a los títulos hipotecarios susceptibles de emisión que la ley regula, resulta difícil alcanzar la conclusión de que pueda existir alguna hipoteca constituida en favor de cualquiera de las entidades enumeradas en su artículo 2 que no esté cumpliendo la función de servir de garantía, cuando menos, a alguna de las modalidades de esos mismos títulos. Porque, si bien es cierto que, tratándose de bonos hipotecarios, el artículo 13 de la ley es categórico al exigir que todos los préstamos y créditos hipotecarios afectados a su emisión deberán cumplir los requisitos de la Sección II, no sucede lo mismo con las cédulas hipotecarias, títulos estos respecto de los cuales establece el artículo 12 que su capital e intereses ".estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios.". Existe - eso sí - un requisito garantista mínimo que impide emitir cédulas hipotecarias por importe superior al 80 % de los capitales no amortizados de los préstamos y créditos hipotecarios de la cartera de la entidad que reúnan los requisitos establecidos en la Sección II, deducido el importe de los afectados a bonos hipotecarios (Art. 16), pero, una vez alcanzado ese límite, la emisión de cédulas queda garantizada por la totalidad de las hipotecas (sean "prime" o "subprime") que en un momento dado se encuentre inscritas a favor de la entidad crediticia emisora. De hecho, el artículo 12 mencionado ordena la llevanza de un registro contable especial de

emisiones de cédulas cuya finalidad primordial es la de ".identificar, a efectos del cálculo del límite establecido en el artículo 16, de entre todos los préstamos y créditos registrados, aquellos que cumplen las condiciones exigidas en la sección II de esta Ley ...". En consecuencia, cubierto el límite, la afectación de las restantes hipotecas (las que no cumplen los requisitos de la Sección II) a la emisión de cédulas hipotecarias es una afectación universal e indiferenciada. Y, en relación con las que cumplen tales requisitos, la única excepción es la de las hipotecas que ya estén sirviendo de cobertura a una emisión de bonos, lo que, si fuere el caso, evidenciaría que se trata también de un gravamen efectivamente titulizado.

Pues bien, constituyendo un hecho notorio que la totalidad de las entidades financieras que operan en el mercado acuden con habitualidad, entre otros mecanismos de financiación, a la emisión de cédulas hipotecarias, no vemos de qué manera podría apartarse conceptualmente a cualquier hipoteca constituida en favor de una de dichas entidades del ámbito normativo de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario. Y, caso de sostenerse que alguna de las entidades demandadas en el presente proceso no mantenía en la fecha de constitución de la hipoteca litigiosa alguna emisión de esa clase de títulos en vigor, el hecho debería, cuando menos, haber sido objeto de alegación dado su carácter anómalo o desacostumbrado. Pues bien, la administración concursal demandante nada indicó al respecto, pero, en cualquier caso, debe matizarse que para que un préstamo hipotecario pueda considerarse comprendido dentro del ámbito de dicha ley, basta -de acuerdo con su artículo 11- con que el mismo sea titulizable, es decir, susceptible de servir de base a una emisión de bonos o de cédulas, pero no parece exigible que el mismo haya sido ya efectivamente titulizado, y ya hemos razonado que, tratándose de emisiones de cédulas (actuales o potenciales), esa susceptibilidad es universal e indiferenciada, cualquiera que sea la calidad de la hipoteca y -actualmente- cualquiera que sea la finalidad para la que se otorgó el préstamo.

Debe tenerse en cuenta, además, que la Disposición Transitoria Cuarta, apartado 2º, del Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo , que reformó en distintos aspectos la Ley Concursal, menciona expresamente al artículo 10 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario como norma de especial aplicación a todos aquellos negocios, actos, pagos realizados y garantías constituidas en su ejecución que, habiéndose llevado a cabo antes de su entrada en vigor, no reúnan los requisitos que dicho Real Decreto Ley exige para la eficacia de los acuerdos de refinanciación cuya regulación incorpora, como novedad legislativa, a la normativa concursal, algo a lo que más adelante aludiremos.

Así pues, consideramos que resulta aplicable al caso el artículo 10 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario , precepto que, sin perjuicio de la operatividad de las presunciones legales de perjuicio patrimonial que contempla el artículo 71 de la Ley Concursal , exige para el éxito de la acción de reintegración la prueba de un elemento subjetivo: la concurrencia de fraude en el acto o negocio a rescindir.

OCTAVO.- Para aquilatar el concepto de fraude no podemos prescindir de la doctrina jurisprudencial recaída en torno a las acciones pauliana y rescisoria de los artículos 1.111 y 1.291.3º del Código Civil , la cual, después de una larga evolución, ha terminado consolidándose sobre la idea de que la apreciación de ese elemento subjetivo no precisa de la prueba de una intención especial -intención de perjudicar o "animus nocendi" - sino que se satisface con un simple estado de conciencia que abarque la posibilidad de originar perjuicio a terceros. El concepto de fraude no exige un específico designio de hacer inefectivos los créditos de los acreedores sino que lo determina el que el resultado perjudicial para ellos o bien era conocido que podía producirse o cuando menos debió ser conocido por los implicados en el "consilium fraudis".

Recientemente, la sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 23 de marzo de 2011 ha condensado, con cita de otras muchas resoluciones, esa ya apuntalada doctrina del siguiente modo: ".La sentencia de esta Sala de 25 junio 2010 afirma que el propósito de defraudar ("consilium fraudis") ha de concurrir tanto en el que enajena como en quien adquiere la cosa objeto de la enajenación (sentencia de 20 octubre 2005), pero tal exigencia ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora (sentencias de 12 de marzo , 21 de abril y 13

de mayo de 2004; 19 de julio y 25 de noviembre de 2005; y 25 de marzo de 2009 , entre las más recientes). El "consilium fraudis" -continúa dicha sentencia- se entiende de manera amplia como "conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor" (sentencias de 31 de diciembre de 2002; 12 de marzo y 21 de junio de 2004; 25 de noviembre de 2005; 19 de noviembre 2007). Basta que el deudor - enajenante- haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio (sentencias de 31 de diciembre de 2002 , 30 de octubre de 2006 , 19 de noviembre de 2007 , entre otras), pero se requiere también la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata (sentencia de 20 de octubre de 2005), resultando suficiente para este conocimiento la conciencia de causar daño o perjuicio -"scientia fraudis"- (sentencias de 15 de marzo de 2002; 17 de julio de 2006; 30 de abril y 19 de noviembre de 2007; 19 de mayo y 20 de junio de 2008; y 28 de mayo de 2009) .".

En el ámbito de lo concursal la Sala 1ª del TS (sentencia de Pleno de 16 de septiembre de 2010), al abordar el concepto de mala fe del artículo 73 de la LC , ha señalado, al aludir al aspecto subjetivo que ha de subyacer para justificar este tipo de acciones, que además del conocimiento de la situación de insolvencia del deudor, lo que hace falta no es que se tenga intención de dañar, sino que basta con 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 está debilitando notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos.

En un contexto de insolvencia (que ha de considerarse manifiesto cuando media proximidad a la declaración de concurso) el "consilium fraudis" supone operar con conciencia de que la hipoteca constituida interferirá en la efectividad del pago de lo debido a los otros acreedores comunes, pues los terceros favorecidos por la garantía hipotecaria ganarán jerarquía al pasar sus créditos de ordinarios a privilegiados.

Consideramos que en el ámbito de la reintegración concursal el indicado estado de conciencia debiera objetivarse por la presencia, en la fecha de constitución de la hipoteca impugnada, de una situación que, haciendo verosímil el desenlace concursal más o menos próximo de la hipotecante, permitiera a las entidades bancarias optar de modo reflexivo por una fórmula que, no suponiendo para ellas en dicho trance un sacrificio perceptible (en los términos que antes hemos razonado), las situase en una situación de privilegio en relación con los restantes acreedores, contrariando así el principio concursal de la paridad de trato.

Pues bien, lo primero que salta a la vista es que la operación de refinanciación de que tratamos (que, contemplando unitariamente los dos préstamos, alcanza una cifra cercana a los cinco millones de euros) era una operación de notable envergadura económica, y que, si notorio resulta que las entidades bancarias cuentan con sofisticados y altamente especializados servicios de asesoramiento que ordinariamente les posibilitan un cálculo afinado de los riesgos inherentes a cualquier operación de concesión de crédito, no parece descabellado deducir que en un supuesto como el que ahora examinamos se habría extremado el celo tendente a conocer con exactitud la situación real de la hipotecante. Y, si esa situación era objetivamente la que habría de determinar la declaración de concurso de FRUTAS FRANCH S.A. tan solo cuatro meses después del otorgamiento de la hipoteca, tampoco parece aventurado concluir que las entidades prestamistas debían tener conocimiento, al menos en sus líneas generales y con un grado razonable de capacidad predictiva, de esa crítica coyuntura. De hecho, el documento que se anexa a la escritura de novación (aduciendo que se había omitido materialmente el acompañarlo a la de préstamo), denominado PROYECTO RAMA, no parece, aunque se pretenda presentarlo como tal, un verdadero plan de viabilidad. En él se pormenorizan tan solo las necesidades financieras del grupo empresarial, pero no se definen líneas estratégicas de actuación tendentes a posibilitar una salida de la situación; contrariamente, se ponen de relieve en él datos preocupantes como la existencia de problemas en el aprovisionamiento de fruta, se habla de la imposibilidad futura de seguir atendiendo los pagarés de los proveedores y se deja constancia de la existencia de descubiertos que supusieron la aparición en el registro de morosos R.A.I. de la matriz HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. con el consiguiente deterioro de su posición financiera.

Además, concurre en el caso una circunstancia adicional que, no por sí sola, pero sí enmarcada dentro del contexto descrito, contribuye a posibilitar una deducción verosímil sobre el grado de conciencia de la situación con el que operaron las sociedades

prestamistas. Es un hecho que en la fecha en la que se otorgan las escrituras de préstamo y se constituye la garantía hipotecaria aquí cuestionada (21 de julio de 2009) hacía varios meses que había entrado en vigor el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo que modificó la Ley Concursal en distintos aspectos y que, en lo que ahora interesa, proporcionó -básicamente en provecho de los acreedores profesionales como las entidades crediticias implicadas en la operación- un poderoso instrumento de blindaje frente a las acciones rescisorias que pudieran ejercitarse para obtener la ineficacia de operaciones como la que ahora nos ocupa. Hablamos de los "acuerdos de refinanciación", definidos por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal como aquellos alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se procede 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, debiendo tales acuerdos responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo (lo que luego se reafirmaría en la reforma del artículo 71, nº 6, de dicho cuerpo legal por Ley 38/2011, de 10 de octubre).

Ahora bien, la preservación de la prestamista frente a las acciones rescisorias, tanto de tales acuerdos como de las garantías que se constituyeran en su ejecución (sería el caso de nuestra hipoteca), se supeditó por parte de dicha norma a la condición, entre otras, de que el acuerdo fuera informado por un experto independiente designado por el Registro Mercantil que debería pronunciarse, desde el punto de vista técnico, tanto sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor como 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.".

En tales circunstancias, el hecho de que las entidades prestamistas ahora apelantes, que no podían ser desconocedoras de tan trascendente modificación legal, eludieran hacer uso de las ventajas que la misma podría haberles brindado, constituye una circunstancia de la que, dentro del contexto ya descrito y no aisladamente -se insiste-, cabe deducir por vía presuntiva que aquellas eran conscientes de que la situación concurrente en la entidad finalmente concursada no permitía confeccionar con rigor un auténtico plan de viabilidad ni mucho menos someterlo, con alguna probabilidad de éxito, al escrutinio del experto que el Registro Mercantil tuviera a bien designar en torno a la verosimilitud o realizabilidad de las previsiones que ese hipotético plan contuviera.

Apreciada, pues, la concurrencia de fraude de acuerdo con los contornos con los que la jurisprudencia ha perfilado dicha noción, y no desvirtuada la presunción legal de perjuicio patrimonial, podemos afirmar que se encuentran presentes en el supuesto examinado los dos elementos precisos para el éxito de la acción de reintegración ejercitada.

NOVENO.- Finalmente, insiste la recurrente en la inescindibilidad de la operación llevada a cabo (préstamos con garantía hipotecaria) entendiendo que no es jurídicamente posible el ejercicio de la acción rescisoria contra uno solo de los elementos (la hipoteca) y no contra el otro (el préstamo). Este planteamiento soslaya, a juicio de este tribunal, el carácter mixto de operaciones como la examinada donde al componente estrictamente obligacional (préstamo) se superpone, a modo de derecho accesorio de garantía, un componente real (hipoteca). La idea de perjuicio patrimonial se concentra en la garantía y no en el negocio obligacional, y de ahí que la eventual sentencia que acoja la acción rescisoria únicamente debiera comportar, en principio, que las primitivas posiciones acreedoras derivadas del préstamo queden subsistentes aunque desprovistas de la garantía sobreañadida (en tal sentido, el Prof. GIL RODRIGUEZ, en "Comentarios a la Ley Concursal", Ed. TECNOS, pag. 899, coordinada por el Prof. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO). En efecto, el apartado 3 del artículo 71, tantas veces invocado a lo largo de la presente resolución, configura una presunción "iuris tantum" de perjuicio indicando 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 aquéllas...", y si algo evidencia la literalidad del precepto es que la presunción de perjuicio se encuentra referida exclusivamente a la constitución de la garantía real, sin que se proyecte -por obvias razones- sobre las obligaciones resultantes de la renovación de las preexistentes ni sobre la cancelación de éstas que se produce merced a la sustitución de la que son objeto por parte de las obligaciones nuevas.

Debe indicarse, por un lado, que, al esgrimir este argumento, la apelante actúa en contra de la "Cláusula 21ª" del contrato que firmó, a través de la cual consintió en estatuir un férreo principio de "separabilidad" mediante el cual estipulaba, sin excepción ni temperamento alguno, que la eventual ineficacia de cualquiera de sus pactos no contaminaría a los demás. Pero, con independencia de ello, la apelante invoca reiteradamente el carácter unitario de la economía del contrato -con la consiguiente "inseparabilidad" de la hipoteca- sin pormenorizar de qué modo considera que esa economía se pueda ver alterada por la rescisión del gravamen. Porque, más allá de la lógica pérdida del privilegio que ese gravamen pudiera reportarle en el concurso, lo que es consustancial al éxito de una acción como la ejercitada en el incidente, no vemos en qué pueda diferenciarse el resultado de una eventual rescisión acumulada del propio préstamo garantizado (que generaría la obligación a cargo de la concursada de devolver el capital prestado) con el mantenimiento de la vigencia de ese mismo préstamo (que produciría igual efecto al integrarse el crédito de las prestamistas en la masa pasiva del concurso y ser sometido al tratamiento concursal correspondiente).

Debemos intuir, ya que nada concreto se nos indica, que la preferencia mostrada por la apelante hacia la primera de esas dos soluciones obedecería a la aspiración de obtener para su crédito el tratamiento de crédito contra la masa que el artículo 73.3 de la Ley Concursal dispensa al derecho de cada contratante a obtener la restitución de lo entregado. Pero de ese modo soslaya que dicha norma está concebida para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco, de manera que no podría aplicarse al propio capital del préstamo garantizado con la hipoteca rescindida como no fuera contrariando frontalmente el sentido y la lógica de las acciones de reintegración, pues, de aceptarse esa solución, el éxito de la acción rescisoria haría al acreedor frente al que la misma ha prosperado de mejor condición (crédito contra la masa) que la que tenía antes de su ejercicio (crédito dotado de privilegio especial).

Debe aclararse al respecto que desde la promulgación de la Ley Concursal la redacción del artículo 73 de la Ley Concursal ha sido objeto de críticas en el terreno doctrinal porque, al señalar su apartado 1 que la sentencia que estime la acción de reintegración condenará a la restitución de las prestaciones objeto de acto impugnado, la norma toma la parte por el todo, centrando su disciplina en el ámbito de la rescisión de contratos con obligaciones recíprocas y dejando fuera del mismo otros supuestos distintos de rescisión (vgr., la rescisión de garantías reales). El apartado 3 del citado precepto establece que "El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado". Pues bien, lo primero que se advierte tras su simple lectura es que dicho precepto no resulta aplicable al supuesto ahora examinado en ninguna de sus dos vertientes: ni para considerar el crédito como contra la masa en la hipótesis ordinaria de ausencia de mala fe en el acreedor, ni para subordinarlo en caso de mala fe. En efecto, la norma, concebida para los casos en que la prestación resultante a favor del demandado sea la contrapartida de un acto de reintegración que este último debe de llevar a cabo en provecho de la masa, se aviene mal con una hipótesis como la contemplada por el ya examinado artículo 71.3.2º (rescisión de garantías reales). Precisamente por ello, la aplicabilidad del precepto, en cuanto conceptúa el derecho del demandado como crédito contra la masa, se encuentra expresamente supeditada a que ese derecho haya nacido "... como consecuencia de la rescisión .", lo que es tanto como decir que, de no ser por la rescisión operada, tal derecho no habría nacido. Pues bien, en un caso como el ahora examinado el derecho de las apelantes al cobro de las sumas prestadas no nace de la presente rescisión sino de la relación obligacional subyacente respecto de la cual el derecho real de hipoteca no fue otra cosa que una garantía superpuesta de carácter accesorio. En otras palabras: el derecho de la prestamista a recobrar la cantidad prestada hubiera existido aun cuando la obligación no se hubiera garantizado mediante hipoteca, por lo que huelga indicar que la rescisión de la hipoteca ni altera aquel derecho ni hace que nazca "ex novo" un derecho que no existiera con anterioridad a esa misma rescisión.

En tal sentido, se ha puesto de relieve en la doctrina que la rescisión no hace nacer derecho alguno de prestación a favor del acreedor que sobrevenidamente recibió una garantía real, porque sus posiciones acreedoras traían causa de un negocio anterior a la rescisión y la sentencia que acoge la rescisión no viene a operar sobre el negocio jurídico "in totum", puesto que el perjuicio y el consiguiente reproche se concentran en la garantía y no en el negocio obligacional, y de ahí que la sentencia de rescisión únicamente comporte que aquellas primitivas situaciones de crédito, que quedan subsistentes, se declaren desprovistas de la garantía sobreañadida (en tal sentido, el Prof. GIL RODRIGUEZ, en "Comentarios a la Ley Concursal", Ed. TECNOS, pag. 899, coordinada por el Prof. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO). En el mismo sentido, señala CURIEL LORENTE (en "La reintegración en el concurso de acreedores", Ed. Aranzadi, 2009, pag. 214, obra dirigida por el Prof. GARCIA CRUCES) que los efectos de la sentencia estimatoria no pueden consistir, sin más, en una recíproca restitución de prestaciones por no haber nada que restituir, de manera que, como quiera que el crédito no es originado por la rescisión, conservará su propio título y, extinguida la garantía, su condición de ordinario. Y, comentando el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, el Prof. MASSAGUER indicaba ya en 1986 que los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de la constitución o ampliación de gravámenes por deudas preexistentes no vencidas no pueden materializarse en devolución alguna y solamente se traducirán en una cancelación de la inscripción que se hubiera practicado ("La reintegración de la masa en los procedimientos concursales", Ed. Bosch, 1986, pag. 148, MASSAGUER FUENTES).

Dicho lo cual, no podemos dejar de poner de relieve que, al sostener la tesis de la inescindibilidad entre el negocio obligacional y el real, las apelantes incurren en una cierta contradicción: al sostener en el presente proceso la aplicabilidad en su propio provecho del artículo 10 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario y, consiguientemente, la necesidad de que se acredite la concurrencia de fraude en la celebración del negocio, ya asumen que, caso de prosperar la acción de reintegración, ello solo podrá deberse a que la presencia del indicado elemento subjetivo -el fraude- ha sido apreciada por el tribunal; y, siendo ello así, no comprendemos cómo se puede postular la necesidad de ejercitar la rescisoria simultáneamente contra el negocio obligacional cuando, apreciado el fraude, la eventual obligación restitutoria que pudiera nacer a favor de dichas apelantes quedaría irremediabilmente relegada, en contra de sus propios intereses, a la categoría de crédito subordinado por aplicación del artículo 73.3, "in fine", de la Ley Concursal .

DÉCIMO.- Las costas derivadas de esta segunda instancia deben ser impuestas a las respectivas partes recurrentes al resultar desestimadas todas las pretensiones de sus recursos, de conformidad con lo previsto en el número 1 del artículo 398 de la L.E.C .

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

1.- Desestimamos tanto el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO PASTOR S.A., como los recursos ulteriormente planteados de modo incorrecto por CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y RIOJA (IBERCAJA), BANCO SANTANDER SA y CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA (CATALUNYA CAIXA) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid con fecha 10 de diciembre de 2010 .

2.- Imponemos a las citadas recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.