

REVISTA 2012
JURIDICA I
DE CATALUNYA

JURISPRUDÈNCIA

IX. DERECHO CONCURSAL

ACCIÓN DE RESCISIÓN

Doctrina de la acción de rescisión y noción de «perjuicio para la masa activa». Presunción de perjuicio del art. 71.3.2.º LC: constitución de hipoteca en garantía de préstamo a sociedad patrimonial del grupo (la concursada) que se destina, por pacto con el banco, a saldar deudas preexistentes de todas las sociedades del grupo frente al mismo banco acreedor. Noción de grupo de sociedades a estos efectos. Se estima la rescisión del negocio. No cabe considerar la posible mala fe del banco a los efectos del art. 73.3 LC ya que no hay contraprestación que restituirle

Núm. 34. Sentencia de 19 de octubre de 2011, Sección 15.ª, Audiencia de Barcelona, Ponente: Luis Garrido Espa. **Fundamentos de derecho.**—I. La sentencia apelada estimó la demanda incidental que interpuso la administración concursal (AC) contra la concursada Espais GR i Associats, S.L. y la entidad bancaria Bankinter, S.A., en la que ejercitaba la acción de rescisión concursal que prevé el art. 71.1 LC a fin de que fuera declarada la ineficacia de la hipoteca constituida por la concursada, mediante escritura pública otorgada el 30 de julio de 2009, en garantía de un préstamo concedido en el mismo acto, por apreciar el perjuicio a la masa activa que presume, *iuris tantum*, el aptdo. 2.º del art. 71.3 LC. Así mismo, la sentencia declaró la mala fe de Bankinter con el efecto, de acuerdo con el art. 73.3 LC, de subordinar su crédito. Tales pronunciamientos son apelados por Bankinter.

II. 1. La acción de rescisión tiene por objeto la hipoteca constituida por la concursada sobre un local sito en la calle Olzinelles n.º 43 de Barcelona, en garantía de la devolución de un préstamo, que recibe, por importe de 222.000 euros, formalizado en escritura pública de 30 de julio de 2009.

La concursada presentó la solicitud de concurso voluntario el 17 de septiembre de ese mismo año, y fue declarado por auto de 13 de octubre siguiente.

La demanda se basaba en la existencia de perjuicio para la masa activa por concurrir el supuesto de hecho que describe el art. 71.3.2.º LC: «la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas», ya que el capital recibido se destinó por la concursada a cancelar saldos deudores preexistentes frente a Bankinter que pesaban sobre la propia concursada y otras sociedades y personas físicas integrantes del mismo grupo empresarial, perteneciente a la familia Guarro Rovira («grupo Guarro»), en el que la concursada, Espais GR i Associats, S.L., es la sociedad patrimonial. De este modo —afirmaba la demanda— se origina un perjuicio para la masa activa y se altera la *par conditio creditorum* pues se concentra toda la deuda del grupo en la sociedad patrimonial y se dota al acreedor Bankinter de un privilegio especial que antes no tenía.

El grupo estaría integrado por las siguientes sociedades, además de la aquí concursada: Natural Casa, S.L., Interiorisme Arredo, S.L. y Matías Guarro TM, S.A., así como por las personas físicas Matías (ya fallecido) y Santiago (que explota en nombre propio su establecimiento).

2. Tal como indicaba la demanda, la sentencia recoge como hecho probado que el destino del importe del préstamo (222.000 euros) fue el siguiente:

- Cancelación del saldo deudor de la concursada Espais por 29.883,53 euros en su cuenta corriente en Bankinter (BK), n.º 572207600;
- Gastos préstamo Bankinter (BK): 1.665 euros;
- Provisión fondos Notario, ITP y AJD, gestoría: 4.713 euros;
- Traspaso a CP-Om (Santiago —figura en la contabilidad—): 14.000 euros;
- Traspaso a cta. BK de Matías Guarro TM, S.A.: 33.050 euros;
- Traspaso a cta. BK de Matías: 33.800 euros;

- Traspaso a cta. BK de Santiago: 24.500 euros;
- Traspaso a cta. BK de Natural Casa, S.L.: 43.500 euros;
- Traspaso a cta. BK de Interiorisme Arredo, S.L.: 31.550,61 euros;
- Liquidación intereses 31 de julio de 2009 BK: 149,24 euros;
- Liquidación Clips BK: 2.548 euros;
- Resto: 2.640,62 euros;
- (Total: 222.000 euros).

Es decir, aparte del pago de los gastos e impuestos generados por el propio negocio de préstamo hipotecario, con el importe recibido se cancela el saldo deudor existente en la cuenta corriente de la concursada (29.883,53 euros) y se efectúan traspasos a otras cuentas en Bankinter titularidad de Matías, Santiago, Matías Guarro TM, S.A., Natural Casa, S.L. e Interiorisme Arredo, S.L., cancelando los correspondientes saldos deudores de tales personas físicas y jurídicas que conforman un grupo empresarial (quedando un resto por 2.640,62 euros), todo ello a partir de la contabilidad de la concursada.

Es incontrovertido que las citadas sociedades y el señor Santiago solicitaron la declaración de concurso voluntario el mismo día que Espais, siendo declarado igualmente el 13 de octubre de 2009.

También lo es que Bankinter comunicó en el concurso de Espais un crédito por la suma de 223.099,76 euros, derivado de dicho préstamo con garantía hipotecaria.

3. La sentencia apreció la existencia de un grupo empresarial integrado por las citadas sociedades (la aquí concursada, Interiorisme Arredo, S.L., Natural Casa, S.L., Matías Guarro TM, S.A.) y la persona física Santiago, en el que Espais es la sociedad patrimonial, sobre la base de que las sociedades tienen los mismos socios (los hermanos G.) y de hecho se someten a un poder de dirección único, pese a que no consolidan cuentas.

Todos ellos —señala como hecho probado— mantenían en Bankinter «cuentas de gestión Pymes» que podían ser utilizadas como cuenta corriente o de crédito y presentaban al 30 de julio de 2009 el saldo deudor antes referido, que fue cancelado con el préstamo concedido a Espais. En esa época Bankinter decidió no renovar las pólizas de crédito de todas las sociedades y personas del grupo, debido a la difícil situación económica que atravesaban, lo que motivó la operación de refinanciación del grupo que representa el préstamo hipotecario, concentrando así la deuda grupal en la sociedad patrimonial y garantizándola con una hipoteca.

Concluye la sentencia estimando que el perjuicio debe presumirse por aplicación del *art. 71.3.2.º LC*, de modo que pesa sobre Bankinter la carga de acreditar su inexistencia, lo que no ha logrado. La operación —razona la sentencia— perjudica al grupo en su conjunto y especialmente a la concursada Espais, que de tener una deuda frente a Bankinter de unos 30.000 euros pasa a tenerla de 222.000 euros, constituyendo un privilegio especial, sin apenas beneficiarse de la financiación, que destina a pagar deudas de otras sociedades del grupo, para solicitar el concurso poco más tarde.

Finalmente subordina el crédito de Bankinter por apreciar mala fe, ya que esta entidad era conocedora de la situación de insolvencia del grupo y actuó con conciencia para colocarse, estratégicamente, como acreedora de la sociedad patrimonial por toda la deuda, y con un privilegio especial.

4. Bankinter niega en su recurso la existencia de perjuicio y que concurra el supuesto de hecho del *art. 71.3.2.º*. Con el importe del préstamo —alega— tan sólo se canceló una deuda preexistente de la concursada, por importe de 29.883 euros, de modo que el resto fue libremente dispuesto por la concursada, que aplicó a pagar deudas de terceras personas. Niega la existencia de grupo al tratarse de sociedades independientes que no funcionan bajo el sistema de «caja única», ni existe dirección única. Finalmente combate la apreciación de mala fe.

III. 1. Conviene dejar constancia de las manifestaciones de los legales representantes de la concursada (señor Alvar) y de Bankinter en el acto de la vista, que han sido adecuadamente valoradas por la sentencia apelada, por revelar la común intención y la concorde finalidad de los contratantes al concertar el préstamo hipotecario.

El señor G.R. manifestó que *«se solicitó el préstamo porque había dificultades para la renovación de las pólizas de crédito a las distintas empresas del grupo»*, de modo que el préstamo se concedió y la hipoteca se constituyó *«para refinanciar a las empresas del grupo»*, con un importe adicional para gozar de libre disposición; que el débito total de las empresas del grupo ascendía a unos 180.000 euros, y Bankinter accedió a otorgar crédito por 222.000 euros; indicó que *«son empresas independientes, no había sistema de "caja única"»*, si bien los socios son los mismos; reiteró que Espais aceptó la operación para solventar el saldo global que tenían todas las empresas del grupo. A preguntas de la señora Magistrada manifestó que el diferencial se destinó a cubrir el *«circulante»* de Espais.

El legal representante de Bankinter manifestó que negoció con Santiago el préstamo al «grupo Guarro» una vez que Bankinter decidió no renovar las pólizas de crédito a las empresas del grupo; sobre el destino del préstamo que se hace constar en la escritura (la financiación de la adquisición, construcción o rehabilitación de viviendas) admitió que se trata de un error, por haberse utilizado un modelo de contrato estándar. A preguntas de la señora Magistrada reiteró que Bankinter decidió no renovar las pólizas de crédito concedidas a todas las empresas del grupo *«por un tema de riesgo»*, después de hacer un estudio de los balances y de la situación de las empresas; y que las pólizas tenían unos límites (cree recordar) de unos 30.000 euros aproximadamente por empresa.

Ya en su contestación, Bankinter admitía su previo conocimiento sobre el destino del préstamo, y con ello la finalidad de la operación y el móvil determinante de su concesión, al expresar que los señores G. solicitaron el préstamo hipotecario manifestando su voluntad de mantener la relación crediticia única y exclusivamente con Espais, en atención a la crisis del mercado inmobiliario, y para concentrar (en dicha sociedad) la mayor parte posible de deuda a largo plazo.

2. La conclusión, por tanto, es que, en una época de grave situación económica de las sociedades o empresas del «grupo Guarro», con saldos deudores frente a Bankinter, y una vez analizada y detectada tal situación por parte de la entidad financiera, ésta decide no renovar el crédito que venía concediendo a las empresas del grupo, lo que explica la solución del préstamo hipotecario, que en este contexto de ahogo financiero se concierta con la finalidad, conocida y convenida por las partes, de refinanciar la deuda del «grupo» dotándola con una garantía real.

Así es: la refinanciación grupal se articula mediante un préstamo que se concede a la sociedad patrimonial, que cuenta con activos inmobiliarios, y cuyo importe se destinará a cancelar las deudas preexistentes de las sociedades o empresas que conforman el grupo, constituyendo una hipoteca a favor del banco. De este modo, se traslada a la sociedad patrimonial Espais el pasivo del grupo frente a Bankinter, ahora representado por la nueva obligación que la sociedad patrimonial concursada contrae en sustitución de las preexistentes, que quedan canceladas merced al préstamo, asegurando la posición de la acreedora con una hipoteca en un concurso que se presentará un mes y medio más tarde.

3. La consideración de «grupo empresarial» o grupo de sociedades (que también puede incluir a personas físicas que en su propio nombre ejercen el comercio), entendido como una formación o sustrato empresarial único con una base subjetiva heterogénea, conformada por varias sociedades o personas jurídicamente independientes sometidas, en los aspectos fundamentales de su actividad y financiación, a una unidad de dirección o poder de dirección unificado, es en este caso una realidad que debe ser aceptada a partir de los datos aportados a las actuaciones.

Los socios son los mismos (está admitido); hay coincidencia en la titularidad de los órganos de administración (los señores Santiago y Alvar); hay una sociedad que concentra el patrimonio inmobiliario, desarrollando las otras una actividad industrial o comercial; hay un poder de dirección único, del que son significados indicios el hecho de que la refinanciación sea global o grupal, que fuera negociada por una persona en representación del grupo, que el pasivo antes individualizado se concentre ahora en la sociedad patrimonial (que cancela los saldos deudores de las demás), así como la solicitud sincronizada de los concursos de todas

las empresas del grupo, además de que la realidad de grupo empresarial es expresamente admitida por Bankinter y el legal representante de la concursada. Y a ello no es óbice que las diversas sociedades o empresas del grupo no funcionaran con el sistema de «caja única», es decir, con confusión de patrimonios, lo cual no es un requisito insoslayable para apreciar la existencia de grupo empresarial, antes definido; o que se trate de personas jurídicas jurídicamente independientes, que es consustancial al grupo.

Es precisamente el interés del grupo como unidad empresarial lo que justifica la refinanciación global, la asunción por la sociedad patrimonial del pasivo grupal refinanciado y la constitución de la hipoteca en su garantía. De otro modo, de no existir una comunidad de intereses entre todas ellas, por perseguir el interés del grupo y no el individual, no se explica que Espais destine el capital prestado a saldar deudas de otras sociedades y personas, finalidad que determinó la voluntad de Bankinter a la hora de conceder el préstamo, con el atractivo de contar con una garantía hipotecaria.

IV. 1. Esa consideración de sociedades y personas que conforman un grupo empresarial con comunidad de intereses y bajo un poder de dirección único permite subsumir la constitución de la hipoteca en el supuesto de hecho descrito por el art. 71.3.2.º LC, aunque la nueva obligación contraída lo haya sido en sustitución de obligaciones preexistentes a cargo no sólo de la concursada hipotecante, sino también de otras sociedades o empresas, vinculadas todas por ese superior interés común propio del grupo como unidad empresarial.

A los efectos del art. 71.3.2.º LC cabe entender también incluido en el supuesto de hecho legal la constitución de garantías reales a favor de las nuevas obligaciones contraídas, frente al acreedor beneficiario, en sustitución de las preexistentes, frente a ese mismo acreedor, a cargo de la propia concursada o de sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial, cuando, como en este caso sucede, la concursada destina el capital del préstamo a cancelar previas obligaciones propias y de otras sociedades o personas del mismo grupo que, además, también están declaradas en concurso.

2. El supuesto de hecho que contempla el precepto presupone que la constitución de la garantía real no ha sido a título gratuito, con causa en la mera liberalidad del concursado hipotecante, ya que si así fuera sería de aplicación la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC. El supuesto de hecho de la norma presupone que la constitución de la garantía lo ha sido en consideración a una ventaja o contraprestación de la otra parte, representada en este caso por los 222.000 euros que la concursada recibió en el mismo acto a título de préstamo.

De admitir, como admitimos, confirmando el criterio de la sentencia apelada, que el negocio examinado puede subsumirse en el supuesto de hecho de dicho art. 71.3.2.º LC, el perjuicio a la masa se presume *iuris tantum*, por lo que es la demandada quien ha de probar que no ha existido perjuicio a la masa activa.

En cuanto al concepto de «perjuicio para la masa activa», hemos considerado en anteriores sentencias que el art. 71 LC admite una noción de perjuicio que no se reduce a los actos que de modo directo o estricto produzcan una disminución del patrimonio neto del deudor (es decir, minoración del activo sin correlativa minoración de su pasivo), como sucedería en los actos de disposición a título gratuito y, tratándose de negocios onerosos sinalagmáticos, cuando no exista equivalencia entre las prestaciones (en la medida de la descompensación o desequilibrio).

El concepto de perjuicio para la masa activa admite, también, una acepción amplia o indirecta, comprendiendo aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores (*par conditio creditorum*), cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la *masa de acreedores*, que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso *injustificado* para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa

activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada.

En este sentido el perjuicio es presumido por la LC en el aptdo. 2, con carácter *iuris et de iure*, y en el aptdo. 3, aquí *iuris tantum*, del art. 71, al establecer como presunciones legales ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores, así mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o por la constitución de garantías reales a favor de deudas preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.

3. La operación examinada ha supuesto la alteración del principio concursal *par condicio creditorum* al favorecer al acreedor prestamista en detrimento de los demás, alterando el rango que le correspondería en el concurso de Espais y eludiendo concurrir en los concursos de las otras sociedades o empresas del mismo grupo. Así, de ser titular de un crédito que sería ordinario en el concurso de las sociedades y personas del grupo, pasa a ser acreedor por la totalidad del pasivo del grupo en el concurso de la sociedad patrimonial y asegura su posición con un privilegio especial, con el que antes no contaba.

Coincidimos también con la sentencia en que la prueba de la inexistencia del perjuicio no se ha logrado, y este resulta de las características y efectos de la operación.

Como se ha visto, era conocido y estaba convenido entre las partes que la contraprestación por la constitución de la garantía real (los 222.000 euros) se destinaría a cancelar saldos deudores de Espais y de las demás sociedades y personas físicas integrantes del grupo, y lo que ha quedado demostrado es que así fue, agotando prácticamente la totalidad del capital (a salvo los gastos e impuestos de la propia operación y un remanente de 2.640 euros), tal como refleja el cuadro de aplicaciones del préstamo que recoge la AC en su demanda, y que no ha sido rebatido expresamente por la concursada (que no contestó a la demanda) ni eficazmente por el banco acreedor.

El legal representante de la concursada afirmó en la vista que el pasivo grupal ascendía a unos 180.000 euros y que Bankinter amplió la financiación a 222.000 euros, destinándose el diferencial a atender el circulante de Espais. No obstante, del cuadro de traspasos y pagos antes aludido no se desprende ese remanente una vez atendidos los saldos deudores de las sociedades y personas del grupo; de esos 40.000 euros libres, en definitiva, no hay prueba alguna. Pero, de admitirse ese exceso en la refinanciación, no por ello se aleja la idea del perjuicio, ya que a raíz de la operación Espais concentra y asume sobre sí un pasivo muy superior (180.000 euros) a esa cantidad que quedaría como remanente, y que escaso beneficio ha podido proporcionar de cara a su saneamiento económico y financiero ya que un mes y medio más tarde las sociedades del grupo presentaron la solicitud de concurso.

Por último, de no aplicarse la presunción de perjuicio que establece el art. 71.3.2.º LC, sería igualmente estimable al amparo del art. 71.4 LC: en época de insolvencia o muy próxima a ella, que motivará la solicitud de concurso mes y medio más tarde, Espais constituye una garantía real sobre una finca libre de cargas para garantizar un préstamo que destinará a cancelar deudas propias y de terceras personas frente a la entidad prestamista, incrementando así su pasivo (al destinar el capital a pagar deudas ajenas) y favoreciendo al acreedor con una garantía eficaz en el inminente concurso, con la que antes no contaba.

V. Se impugna, finalmente, la declaración de mala fe por parte de Bankinter, que ha conllevado, de acuerdo con el art. 73.3 LC, la subordinación de su crédito frente a Espais, derivado del contrato de préstamo.

El recurso en este punto debe ser estimado pero no porque deba admitirse la inexistencia de mala fe por parte del banco acreedor, sino porque en este caso el art. 73.3 resulta inaplicable y de ahí la irrelevancia de la buena o mala fe.

El aptdo. 1 del precepto resuelve, con carácter general, los efectos de la rescisión o ineficacia del acto impugnado señalando que se condenará a la restitución de las recíprocas prestaciones objeto de aquel con sus frutos e intereses, regla que se completa con el aptdo. 3, que establece que el derecho a la prestación que resul-

te 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, a menos que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado.

Como se ve, el crédito que se subordinaría en caso de mala fe no es cualquiera que tuviere el demandado o la contraparte en el acto impugnado contra el deudor, sino «el derecho a la prestación que resulte a su favor como consecuencia de la rescisión», de modo que la norma está contemplando como objeto de la rescisión contratos bilaterales con obligaciones recíprocas.

Pero en este caso, el objeto de la rescisión no es un contrato de dicha naturaleza, sino un negocio jurídico unilateral que se identifica con la constitución de la hipoteca, dejando al margen el préstamo, que no es objeto de la acción de rescisión.

Aunque la hipoteca sea rescindida, el préstamo subsiste, por lo que la ineficacia de aquella no ha de producir como efecto la restitución del capital del préstamo con cargo a la masa o como crédito contra la masa, con satisfacción simultánea a una reintegración de bienes a cargo del banco demandado, que aquí no tendrá lugar. La declaración de ineficacia de la hipoteca no conlleva la restitución de prestación alguna sino la extinción y cancelación de la garantía real, manteniéndose en el concurso el crédito del acreedor derivado del préstamo en el estado en que se encontraba al tiempo de ser declarado el concurso. En definitiva, el crédito de Bankinter derivado del préstamo tendrá la consideración de concursal ordinario, por no resultar aplicable al caso el art. 73.3 LC.

VI. Debe confirmarse el pronunciamiento de la sentencia apelada que no impone las costas a ninguna de las partes, sin que proceda tampoco su imposición en esta instancia al ser estimado en parte el recurso (arts. 394.2 y 398.2 LEC).

RESCISIÓN CONCURSAL

La Audiencia confirma la sentencia del juzgado de lo mercantil que declara la rescisión de una cesión de créditos efectuada por una sociedad el día antes de ser declarada en concurso necesario. Art. 71 de la Ley Concursal. Situación de insolvencia y perjuicio —indirecto— para la masa activa. No es necesaria mala fe

Núm. 35. *Sentència de 29 d'octubre de 2011*, Secció 15a, Audiència de Barcelona, Ponent: Luis Garrido Espa. **Fonaments de dret.**—I. Convé, en primer lloc, resumir les circumstàncies que concorren en el cas, no qüestionades en cap de les dues instàncies.

1) El día 4 de febrer de 2008 es va presentar sol·licitud de concurs necessari de Construcciones Juanes.

2) El 17 d'abril de 2008 es va donar trasllat a Construcciones Juanes que s'hi va oposar.

3) El dia 23 de maig de 2008, Construcciones Juanes va assentir, davant el jutjat mercantil, a la sol·licitud de concurs necessari.

4) Aquest dia 23 de maig de 2008, el jutjat va declarar el concurs necessari de Construcciones Juanes.

5) El 22 de maig de 2008, és a dir, el dia abans de l'assentiment a la sol·licitud de concurs, Construcciones Juanes havia cedit a Val Coral crèdits vençuts, líquids i exigibles, de titularitat de la concursada, per import total de 2.161.648,23 euros, per pagar el crèdit d'1.313.785,09 euros, vençut, líquid i exigible, que ostentava la cessionària contra Construcciones Juanes.

6) Les cessions dels crèdits van tenir lloc mitjançant dotze escriptures públiques notariales.

7) L'accionista majoritària de la concursada, Valljov, S.A., havia estat accionista majoritària de Val Coral. El dia 4 d'abril de 2008, s'havia elevat a públic el