

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 607/08-3ª

INCIDENTE CONCURSAL DE REINTEGRACIÓN Nº 543/2007

JUZGADO MERCANTIL Nº 5 DE BARCELONA

SENTENCIA Núm.

Ilmos. Sres.

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. JORDI LLUIS FORGAS I FOLCH

En la ciudad de Barcelona, a seis de febrero de dos mil nueve.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de incidente concursal de reintegración número 543/2007 seguidos ante el Juzgado mercantil número 5 de Barcelona, a instancia de la Administración Concursal de _____, contra la compañía concursada _____, BANCO SANTANDER, representado por el procurador Jordi Fontquerni Bas, y contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, representado por el procurador Isidro Marín Navarro. Estos autos penden ante esta Sala en virtud de los recursos apelación interpuestos por las representaciones procesales de BANCO SANTANDER y de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA contra la sentencia de fecha 20 de marzo de 2008.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: “Con estimación íntegra de la demanda interpuesta por la administración concursal del concurso voluntario de la entidad _____

I. Debo acordar y acuerdo rescindir, con su cancelación registral, la hipoteca otorgada a favor del BBVA en fecha de 25/10/2006, con nº de protocolo 3627, en garantía de póliza de comercio exterior, por un límite máximo de 1.000.000 euros”.

II. Debo acordar y acuerdo rescindir, con su cancelación registral, la hipoteca otorgada a favor del BBVA en fecha de 25/10/2006, con nº de protocolo 3628, en garantía de póliza de comercio exterior, por un límite máximo de 1.000.000 euros.

III. Debo acordar y acuerdo rescindir, con su cancelación registral, la hipoteca otorgada a favor del BBVA en fecha de 25/10/2006, con nº de protocolo 3629, en garantía de póliza de comercio exterior, por un límite máximo de 1.100.000 euros.

IV. Debo acordar y acuerdo rescindir, con su cancelación registral, la hipoteca otorgada a

favor del BANCO SANTANDER SA en fecha de 25/10/2006, con nº de protocolo 3628, en garantía de póliza de comercio exterior, por un límite máximo de 1.840.000 euros.

V. Debo acordar y acuerdo rescindir, con su cancelación registral, la hipoteca otorgada a favor del BANCO SANTANDER SA en fecha de 25/10/2006, con nº de protocolo 3629, en garantía de póliza de comercio exterior, por un límite máximo de 1.000.000 euros.

VI. Debo condenar y condeno a las citadas entidades bancarias al pago de los gastos precisos para la constitución de aquellas garantías realizados por _____, a cada una de ellas imputable, en la cuantía total máxima de 212.330,05 euros”.

SEGUNDO: Las representaciones procesales de BANCO SANTANDER y de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA interpusieron sendos recursos de apelación contra la citada sentencia y, admitidos los dos en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas éstas, se siguieron los trámites legales, en el curso de los cuales se señaló para votación y fallo el día 21 de enero de 2009.

TERCERO: En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La administración concursal de la entidad _____ interesó frente a la concursada y frente a las entidades bancarias BANCO SANTANDER y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA) la rescisión de cinco hipotecas, otorgadas por _____, el día 25 de octubre de 2006, dentro del periodo sospechoso de dos años, anterior de la declaración de concurso:

1º Hipoteca otorgada a favor del **BBVA** en escritura autorizada por el notario Javier Cuevas Castaño, **nº de protocolo 3627**, en garantía de una póliza de comercio exterior por un límite máximo de 1.000.000 euros;

2º Hipoteca otorgada a favor del **BBVA** en escritura autorizada por el notario Javier Cuevas Castaño, **nº de protocolo 3628**, en garantía de una póliza de crédito por un límite máximo de 1.000.000 euros;

3º Hipoteca otorgada a favor del **BBVA** en escritura autorizada por el notario Javier Cuevas Castaño, **nº de protocolo 3629**, en garantía de una póliza de préstamo de 1.100.000 euros;

4º Hipoteca otorgada a favor del **BANCO SANTANDER** en escritura autorizada por el notario Javier Cuevas Castaño, **nº de protocolo 3628**, en garantía de una póliza de crédito por un límite máximo de 1.650.000 euros;

5º Hipoteca otorgada a favor del **BANCO SANTANDER** en escritura autorizada por el notario Javier Cuevas Castaño, **nº de protocolo 3629**, en garantía de una póliza de préstamo de 1.840.000 euros;

Dentro del plazo legal para contestar a la demanda, el día 20 de diciembre de 2007, BANCO SANTANDER se allanó íntegramente a la demanda. El día 12 de diciembre de 2007 la administración concursal había presentado un escrito de subsanación del suplico de su demanda, en el sentido de que se entendiera ampliado el suplico a la reclamación de los daños y perjuicios sufridos que se cifraban en los gastos ocasionados con la constitución de dichas garantías (212.330,05 euros).

Por su parte, el BBVA, a través de un escrito igualmente presentado el día 20 de diciembre de 2007, se allanó a la demanda respecto de las escrituras de hipoteca otorgadas bajo el número de protocolo 3627 y 3629, pero se opuso a la rescisión de la hipoteca concertada en la escritura nº 3628, porque no se cumplen los requisitos previstos en el art. 71.3.2º LC.

La sentencia apelada acuerda la rescisión de la constitución de las cinco garantías hipotecarias otorgadas por la concursada dentro del periodo sospechoso, el día 25 de octubre de 2006, al considerar que, conforme a la presunción prevista en el art. 71.3 LC, eran perjudiciales para la masa activa. Además de rescindir la constitución de las hipotecas y de ordenar su cancelación registral, condena a las dos entidades bancarias beneficiarias de estas garantías a pagar la suma de 212.330,50 euros, que son los gastos generados por la constitución de dichas garantías.

La sentencia es recurrida tanto por el BANCO SANTANDER como por el BBVA. El BANCO SANTANDER recurre el último pronunciamiento de la sentencia, esto es la condena a los demandados a pagar la suma de 212.330,50 euros en concepto indemnización de daños y perjuicios, porque constituye una incongruencia extrapetita, ya que esta condena se solicitó mediante una acumulación de la demanda con posterioridad a que el BANCO SANTANDER se hubiera allanado.

Por su parte el BBVA recurre en apelación la sentencia por lo que respecta a la rescisión de la escritura nº 3628, pues se constituyó en garantía de un crédito en cuenta corriente de 1.000.0000 euros, que se destinó parcialmente, 631.653 euros, a cancelar una previa póliza de crédito que había vencido el 29 de septiembre de 2006, y la diferencia, 368.347 euros quedó a disposición de la concursada acreditada, quien a partir de entonces fue abonando con ello nuevas obligaciones. De tal modo que, a juicio del BBVA, la constitución de la garantía estaba justificada porque se convertía deuda a corto plazo en deuda a largo plazo y porque se ampliaba el crédito de la concursada, lo que impide incluir el negocio dentro de la presunción de perjuicio del art. 71.3.3 LC, y en todo caso muestra que no es perjudicial para la masa activa. También recurre el último pronunciamiento, el de condena a pagar 212.330,50 euros en concepto indemnización de daños y perjuicios, porque considera que no tiene su encuadre dentro de la restitución de prestaciones en que consisten los efectos de la rescisión, sin que se haya declarado que en este caso haya existido mala fe.

SEGUNDO: Tres son las cuestiones que se discuten en esta alzada: en primer lugar, si la demanda inicial fue correctamente subsanada o ampliada por la administración concursal y si lo fue a tiempo, pues de ello dependerá la congruencia del pronunciamiento de condena al pago de 212.330,50 euros en concepto indemnización de daños y perjuicios generados por la constitución de las hipotecas rescindidas; en segundo lugar, si resulta procedente la

rescisión de la hipoteca constituida en la escritura nº 3628 a favor de un crédito del BBVA; y, en tercer lugar, si como consecuencia de la rescisión, y sin que se haya declarado la mala fe de los adquirentes de los derechos constituidos y ahora rescindidos, cabe condenar a dichos adquirentes a pagar los gastos de constitución de las hipotecas.

TERCERO: Por lo que respecta a la primera cuestión, un examen de los autos permite advertir que la demanda de la administración concursal, que contenía en el suplico la petición de rescisión de las cinco hipotecas, fue presentada el día 22 de noviembre de 2007. La demanda fue admitida a trámite el día 26 de noviembre de ese mismo año, y notificada a los dos bancos demandados, a través de su representación procesal, el día 4 de diciembre.

La demanda, tal y como fue inicialmente presentada y notificada a los demandados, en el suplico solicitaba exclusivamente la rescisión de la constitución de las hipotecas y la cancelación registral. No hacía referencia al pago de la suma de 212.330,50 euros en concepto indemnización de daños y perjuicios generados por la constitución de las hipotecas rescindidas, a pesar de que en el hecho sexto de dicha demanda, que lleva por rubrica “daños y perjuicios”, se dejaba constancia de que la constitución de las hipotecas supuso un gasto para la concursada de 212.330,50 euros “que debería calificarse como el daño y perjuicio causado a la concursada como consecuencia de prestar garantía real sobre deudas preexistentes”. Al margen de si estaba o no justificado el pago de este importe de dinero como daño y perjuicio ocasionado por la constitución de unas hipotecas cuya rescisión se solicitaba, la administración concursal debía haberlo incluido expresamente en el suplico de la demanda, sin que en virtud de la originaria redacción de la demanda cupiera una condena al pago de esa cantidad, derivado de la rescisión de las hipotecas.

La administración concursal, a través de un escrito presentado en el juzgado el día 12 de diciembre de 2007, interesó la subsanación del suplico de su demanda incidental de rescisión y que se acordara tener por ampliado el suplico “en la reclamación de los daños y perjuicios, fijados en la cantidad de 212.330,05 euros”. Este escrito fue admitido a través de una providencia de 14 de diciembre de 2007, a los meros efectos de que se tuvieran por hechas las manifestaciones contenidas y que se diera traslado a las contrarias a los efectos oportunos. Esto es, no fue admitida como ampliación de la demanda y como tal no fue notificada a las partes, con ampliación del plazo para contestar. La providencia fue notificada a BANCO SANTANDER a través de su procurador, según consta del correspondiente sello de 17 de diciembre de 2007.

BANCO SANTANDER presentó un escrito de 20 de diciembre de 2007 en el que se allanaba a los puntos del suplico de la demanda que le afectaban, tal y como originariamente había sido formulada.

El propio juzgado mercantil, en una providencia de 15 de enero de 2008, reconoció que hasta ese momento no se había admitido una ampliación de la demanda, y aclaró que debía distinguirse si lo solicitado por la administración concursal era una ampliación de la demanda, que no cabía pues resultaría extemporánea ya que su admisión sería posterior a que los demandados hubieran contestado a la demanda (art. 401 LEC), o una simple subsanación de la demanda, y concluyó que ese trataba de esto último, y para evitar cualquier indefensión volvió a conceder un plazo de diez días a los demandados, para

pronunciarse sobre esta pretensión.

La claridad y precisión con que según el art. 399 LEC deben estar redactadas las demandas, es mucho mayor si cabe cuando se trata de precisar el suplico, que concentra la concreta pretensión ejercitada, y frente a la cual pueden oponerse los demandados. El suplico de la demanda vincula al tribunal que, en virtud de los principios dispositivo y de congruencia, no puede resolver sobre una pretensión que no haya sido ejercitada, esto es, no puede conceder algo que no haya sido pedido. En el presente caso, la demanda de rescisión concursal, que responde a estas exigencias de claridad y precisión pues, después de un relato de hechos, junto con sus valoraciones jurídicas, y del apartado de fundamentos de derecho, formula una lista de peticiones en el suplico que alcanza a la rescisión de las cinco hipotecas, constituidas por la concursada el 25 de octubre de 2005 con los dos bancos demandados, y a la cancelación de las inscripciones registrales, pero omite la condena de los demandados a pagar los gastos de constitución de las hipotecas rescindidas. Como ya apuntábamos antes, y la propia administración concursal admitía al presentar el escrito de subsanación y ampliación del suplico de la demanda, la inclusión de esta petición en el suplico de la demanda no es una mera subsanación de errores, sino una clara ampliación de peticiones, aunque no vaya unida a una ampliación de la *causa petendi*, pues la que subyace a la ampliación del *petitum* ya estaba contenida en la demanda original. Esta ampliación de peticiones, que cabría discutir si necesariamente debe tramitarse como una ampliación de la demanda o si podría admitirse por el trámite de la adición de nuevas peticiones prevista en el art. 426.3 LEC para la audiencia previa del juicio ordinario, en cualquier caso no puede hacerse después de que el demandado se haya allanado totalmente a la demanda original.

Pero en nuestro caso, la ampliación de peticiones se hizo antes de que el codemandado BANCO SANTANDER se allanara a la demanda, por lo que los actores tenían derecho a que se admitiera y tramitara como ampliación de su demanda, sin que pudiera advertirse, como equivocadamente hizo la providencia de 15 de enero de 2008, que había precluido la facultad de hacerlo. Por lo que en teoría, el juzgado, al proveer la solicitud el 14 de diciembre de 2007, debía habarla tramitado como una ampliación de demanda, y dar traslado de ella a los demandados, a la par que comenzaba de nuevo el cómputo del plazo para la contestación de la demanda (art. 401.2 LEC). El efecto de que no fuera admitida como tal ampliación de la demanda o de nuevas peticiones no puede ser entender que fue presentada fuera del plazo legal, sino que el allanamiento realizado el 20 de diciembre de 2007 por BANCO SANTANDER lo fue únicamente respecto de la demanda originaria, con la petición originaria, sin ampliación. Ello no impide, que más tarde, cuando a través de la providencia de 25 de enero de 2008 fue admitida de hecho la ampliación, pues se concedió un plazo de diez días a los demandados para contestar, deba entenderse con ello subsanado el defecto de tramitación de la ampliación, y por lo tanto admitida la ampliación. Esta admisión de la ampliación es correcta, pues fue solicitada antes de que BANCO SANTANDER se allanara y, en cualquier caso, se le concedió el plazo legal para contestar y oponerse a la nueva petición, aunque fuera después de haberse allanado a las peticiones iniciales.

CUARTO: El único acto de disposición cuya rescisión concursal se discute en esta alzada es la constitución de la hipoteca que se menciona en el apartado 2) del suplico de la demanda: una hipoteca acordada el día 25 de octubre de 2006 a favor del **BBVA**, en

escritura autorizada por el notario Javier Cuevas Castaño, nº de protocolo 3628, en garantía de una póliza de crédito por un límite máximo de 1.000.000 euros. Tal y como alega y acredita la entidad bancaria, sin que ello haya sido discutido por la administración concursal, de este crédito de 1.000.000 euros, 631.653 euros fueron destinados a cancelar el saldo deudor de otra póliza de crédito que la concursada tenía con el BBVA, que se hallaba vencida desde el día 29 de septiembre de 2006, mientras que el restante importe del crédito no fue destinado a pagar ningún otro crédito que hasta ese momento el BBVA tuviera frente a la concursada. De este modo, el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca lo es sólo parcialmente para garantizar una obligación preexistente, pues existe una ampliación del crédito, en concreto de 368.347 euros.

El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La ineficacia propugnada con esta acción es la propia de la rescisión, aunque su fundamento radica exclusivamente en el perjuicio. El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (*iuris et de iure*) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan –actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados– (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC). La administración concursal invocó uno de estos dos supuestos, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de otras que las sustituyan, para justificar la concurrencia del perjuicio.

En cualquier caso, para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.

En este caso, debemos valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de una garantía real, pues contrariamente a lo argumentado por el Banco, constituye una merma del valor del bien en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien. El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la *par condicio creditorum*, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y,

ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores. Ahora bien, en el presente caso concurren una serie de circunstancias que deben ser valoradas: primero, que la hipoteca no se constituye enteramente para garantizar una obligación preexistente –en este caso una nueva que sustituye a otra anterior-, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con la hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior, vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación de crédito; y, segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto. Ambas circunstancias, en el contexto en que se renegoció la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio.

QUINTO: El allanamiento realizado por las demandadas a la rescisión concursal de las otras cuatro escrituras de constitución de hipoteca, lleva consigo su ineficacia. Es cierto que se trata de una ineficacia *ex nunc*, que opera desde la declaración, por lo que hasta entonces el negocio es válido y produce sus efectos. Es a partir de la resolución judicial que estima la rescisión cuando se declara la ineficacia de los actos impugnados, y surge para las partes la obligación de restituirse las prestaciones que fueron objeto del negocio o acto dispositivo, más los intereses y frutos, conforme a lo dispuesto en el art. 73.1 LC. No empece a esta naturaleza de los efectos *ex nunc*, el hecho de que la restitución incluya los intereses y frutos producidos desde la celebración del negocio, pues con ello más que tratar de borrar los efectos desplegados antes de la rescisión del acto, se pretende compensar los posibles daños y perjuicios ocasionados por el negocio. Y es bajo esta lógica que, en un supuesto como el presente en que el acto impugnado es unilateral de la concursada de constitución de una garantía hipotecaria a favor de una obligación que sustituye a otra preexistente, los efectos ordinarios de la rescisión alcancen no sólo a dejar sin efecto la hipoteca sino también a compensarle de los gastos que ocasionó a la deudora concursada la constitución de la garantía real declarada ineficaz. Se trata de un efecto consiguiente a la rescisión, pues pretende hacer efectiva la restitución del sacrificio patrimonial que supuso el acto de disposición impugnado.

Para que opere esta condena no es preciso declarar la mala fe del destinatario del derecho real de garantía rescindido, pues no se trata de un supuesto especial de restitución contenido en el art. 73.2 LC. Este precepto regula el supuesto en que el bien o derecho transmitido con el acto rescindido no pueda ser restituido por la contraparte, ya sea porque se ha consumido o extinguido, ya sea porque ha ido a parar a terceros subadquirentes que o bien no han sido parte en este incidente concursal, y por lo tanto no pueden ser condenados a devolver el bien, o bien lo han sido pero están protegidos por su condición de terceros de buena fe o por la irrevindicabilidad derivada de la forma en que adquirieron o de la inscripción registral (art. 73.2 LC). En estos casos, la imposibilidad de cumplir por el demandado, contraparte del negocio rescindido o adquirente del bien o derecho dispuesto por el deudor concursado, con la obligación de restituir la prestación recibida en su día, ya sea un precio o un bien o derecho, transforma esta obligación en otra sustitutoria de pago por equivalencia. En concreto, de abonar el valor del bien o derecho cuando fue enajenado más el interés legal. Y en este marco, sólo en el caso en que la imposibilidad de restituir el bien sea imputable a la mala fe de la contraparte, ésta podrá ser condenada a indemnizar a

la masa activa del concurso los daños y perjuicios que esta imposibilidad de restitución le ocasione.

Como puede observarse no es nuestro caso, pues la restitución de los gastos de constitución de las hipotecas no son los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de restituir los derechos transmitidos, sino que pueden equipararse a la prestación que tuvo que realizar el concursado para constituir la hipoteca a favor de los demandados.

En cuanto al importe, como quiera que los gastos realizados por _____ para constituir las cinco hipotecas cuya rescisión se solicitaba ascienden a un importe total de 212.330,05 euros, los demandados serán responsables de forma proporcional al importe garantizado con cada una de las hipotecas constituidas a su favor y que finalmente han sido rescindidas.

SEXTO: Desestimado el recurso de apelación de BANCO SANTANDER, procede imponerle las costas ocasionadas con su recurso (art. 398.1 LEC). Y estimado parcialmente el recurso de apelación formulado por BBVA, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO SANTANDER contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 5 de Barcelona, con fecha 20 de marzo de 2008, cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente; Y ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA) contra la referida sentencia; que en su consecuencia MODIFICAMOS en el sentido de dejar sin efecto la rescisión de “la hipoteca otorgada a favor del BBVA en fecha de 25/10/2006, con nº de protocolo 3628, en garantía de póliza de comercio exterior, por un límite máximo de 1.000.000 euros” y la condena a la citada entidad bancaria a pagar la parte proporcional de los gastos de constitución de las garantías realizados por _____, tal y como se expone al final del fundamento jurídico quinto de esta sentencia. Se condena a BANCO SANTANDER a pagar las costas generadas por su recurso de apelación, sin que proceda hacer expresa condena respecto de las costas del recurso formulado por BBVA.

Firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.