



Roj: **SAP CS 554/2016 - ECLI: ES:APCS:2016:554**

Id Cendoj: **12040370032016100230**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Castellón de la Plana/Castelló de la Plana**

Sección: **3**

Fecha: **26/04/2016**

Nº de Recurso: **791/2015**

Nº de Resolución: **179/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL GIMENEZ RAMON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 791 de 2015

Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón

Incidente Concursal número 376 de 2012

**SENTENCIA NÚM. 179 de 2016**

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don ENRIQUE EMILIO VIVES REUS

Magistrados:

Doña ADELA BARDÓN MARTÍNEZ

Don RAFAEL GIMÉNEZ RAMÓN

---

En la Ciudad de Castellón, a veintiséis de abril de dos mil dieciséis.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, interpuesto contra la Sentencia dictada el día uno de julio de dos mil quince por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón en los autos de Incidente Concursal seguidos en dicho Juzgado con el número 376 de 2012 dentro del concurso ordinario n. 592/11.

Han sido partes en el recurso, como apelantes, Flexographic Medialliance, S.L., Mediaflex Troqueles, S.L. y Mediaflex Clixes, S.L., representadas por el Procurador Don Rafael Brea Sanchís y defendidas por el Letrado Don Alberto Jiménez Hernández, y como apeladas la Administración Concursal de Envases Industriales del Cartón Ondulado, S.A. (ENICO), bajo la asistencia letrada de D. Gonzalo Casas Carrasco, y la citada mercantil concursada, representada por la Procuradora Doña María Castellano García y defendida por el Letrado Don Antonio Jesús Ramos Estall, habiendo integrado en la instancia la posición procesal de demandados igualmente Don Saturnino (fallecido durante la tramitación del presente pleito y sucedido en su posición procesal por su herencia yacente bajo la representación procesal de la Procuradora Doña María Castellano García y la asistencia letrada de D. Juan Carlos Ballesteros Chinchilla), Don Juan Manuel y Don Aquilino, quienes no se han personado en esta alzada.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don RAFAEL GIMÉNEZ RAMÓN, que expresa el parecer de la Sala



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte Dispositiva de la Sentencia apelada literalmente establece: "Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Administración Concursal, debo acordar y acuerdo declarar rescisión por ineficaz de la OPCIÓN DE COMPRA constituida a favor de Flexographic Medialliance S.L, Mediaflex Troqueles S.L y Mediaflex Clixés S.L mediante escritura pública de 11.03.2011 ante notario D. Enrique Oliver, protocolo 385,y escritura de subsanación constituida sobre la máquina ondulatora de envases de cartón en garantía del pago de la cantidad de 710.177,76 euros.

Se declaran ineficaces todos los actos posteriores relacionados en el punto c) del suplico de la demanda.

Líbrense los mandamientos oportunos al Registro de bienes muebles de Castellón para la cancelación solicitada en el apartado d) del suplico de la demanda.

Se imponen las costas procesales a los codemandados que se han opuesto a la demanda.-".

SEGUNDO.- Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación procesal de Flexographic Medialliance, S.L., Mediaflex Troqueles, S.L. y Mediaflex Clixes, S.L., se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, solicitando se dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda, con imposición de las costas de la alzada a la apelada.

Conferido el correspondiente traslado del recurso, se presentó por la Administración Concursal de Envases Industriales del Cartón Ondulado, S.L. y por la representación procesal de dicha mercantil concursada, sendos escritos oponiéndose al recurso, solicitando en ambos que se dicte Sentencia desestimándolo con imposición de costas a la parte apelante.

Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, en cuyo Registro General tuvieron entrada en fecha 20 de noviembre de 2015, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 24 de noviembre de 2015 se formó el presente Rollo y se designó Magistrado Ponente, se tuvieron por personadas las partes que comparecieron y por Providencia de fecha 17 de marzo de 2016 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 20 de abril de 2016, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento ha tenido por objeto lograr la ineficacia de la opción de compra constituida a favor de las mercantiles apelantes (Flexographic Medialliance, S.L., Mediaflex Troqueles, S.L. y Mediaflex Clixes, S.L.) en escritura pública de fecha 11 de marzo de 2011 e inscrita en el Registro de Bienes Muebles de Castellón sobre una máquina ondulatora de envases de cartón propiedad de la mercantil Envases Industriales de Cartón Ondulado SA (ENICO), declarada en concurso de acreedores mediante Auto de fecha 27 de septiembre de 2011.

Dicha opción de compra se constituye en cumplimiento o ejecución del denominado acuerdo transaccional de fecha 24 de febrero de 2011 en el que intervinieron las mercantiles referidas y los socios de la concursada ( Saturnino , Aquilino y Juan Manuel ) y que vino precedido por un anterior acuerdo entre las mismas partes de fecha 16 de enero de 2010, motivado a su vez por el impago de unos pagarés emitidos por la concursada para el pago de parte de los servicios prestados por las mercantiles apelantes.

En virtud de este último acuerdo, la concursada reconoció adeudar a las mercantiles apelantes la cantidad total de 636.726,85 euros y se obligó a su abono de forma fraccionada mediante la entrega de 72 pagarés nuevos, siendo el 15 de diciembre de 2011 la fecha de vencimiento de los últimos títulos. Los socios de ENICO afianzaron solidariamente la atención de dichos pagarés, pactándose igualmente que la denegación del pago de dos de los pagarés facultaría a los acreedores a reclamar la totalidad de la deuda pendiente.

Dicho acuerdo fue incumplido, lo que motivó el ejercicio de diversas acciones judiciales frente a ENICO por las acreedoras antedichas (un juicio ordinario, un proceso de medidas cautelares coetáneas vinculado al anterior -en el que se acordó el embargo preventivo de siete inmuebles- y un juicio cambiario), en cuyo marco se suscribió el denominado acuerdo transaccional de fecha 24 de febrero de 2011 previamente referido.

En dicho acuerdo ENICO y sus socios reconocen adeudar a Flexographic Medialliance, S.L., Mediaflex Troqueles, S.L. y Mediaflex Clixes, S.L. la cantidad de 810.177,76 euros comprometiéndose a su abono en los términos siguientes:



- 20.000 euros que se pagan en el acto mediante entrega de un cheque.
- 80.000 euros en 10 mensualidades consecutivas de 8.000 euros cada una mediante la entrega de 10 pagarés librados por ENICO y avalados solidariamente por sus socios, por un importe cada uno de ellos de 8.000 euros, siendo el vencimiento del primero el 31 de marzo de 2011 y el último el 31 de diciembre de dicho año.
- Los 710.177,76 euros restantes en 48 mensualidades consecutivas de 14.795,37 euros cada una mediante la entrega de 48 pagarés librados por ENICO y avalados solidariamente por sus socios, por importe cada uno de ellos de 14.795,37 euros, siendo el vencimiento del primero el 31 de enero del 2012 y el del último el 31 de diciembre del 2015.

Como garantía del pago de la cantidad referida de 80.000 euros se comprometen los deudores a constituir una hipoteca sobre una finca perteneciente a la sociedad de gananciales del socio D. Saturnino , mientras que en garantía de los 710.177,76 euros restantes asume ENICO la obligación de constituir en escritura pública a favor de las acreedoras un derecho de opción de compra sobre una concreta máquina ondulatora de envases de cartón de la que es propietaria, siendo la eficacia de esta opción la que se ha erigido en el objeto del presente litigio.

Interesa destacar de los términos en que se pacta el otorgamiento de dicha opción, los siguientes:

- La facultad de ejercer el derecho de opción de compra se condiciona al incumplimiento por los deudores (ENICO y sus socios) de la obligación de pago de dos mensualidades de la cantidad de 710.177,76 euros en garantía de cuyo pago ha sido prevista su constitución.
- Se establece expresamente que "La constitución del derecho de opción de compra no tiene precio alguno, enmarcándose como garantía del pago de la deuda aplazada en el presente acuerdo transaccional".
- El derecho de opción de compra se fija en base a un precio variable, al pactarse que el precio de compra de la máquina coincidirá exactamente con el importe adeudado en el momento de ejercicio de la opción, entendiéndose que será idéntico a la cantidad todavía no pagada de los iniciales 710.177,76 euros.
- El precio de compra se entenderá además pagado por compensación del derecho de crédito que ostenten las acreedoras frente a los deudores en el momento de su ejercicio, de manera que cualquiera que sea dicho momento no deberá pagarse ninguna cantidad adicional por las acreedoras.

Asimismo debe señalarse que se pacta en este acuerdo transaccional que se proceda inicialmente a solicitar la suspensión de los procesos judiciales antedichos y que después, una vez constituidas las garantías comprometidas en los términos pactados, se proceda a su conclusión (vía solicitud de su homologación judicial en el juicio ordinario, petición de levantamiento de los embargos acordados en el proceso cautelar y desistimiento en el juicio cambiario).

SEGUNDO.- Quien pretende la ineficacia de dicha opción de compra es la Administración Concursal de ENICO, considerando que procede por cuanto integra un pacto comisorio que está prohibido por nuestro ordenamiento jurídico, pidiendo por ello su nulidad, entendiéndose que, en otro caso, es pertinente su rescisión, bien a través del mecanismo de la reintegración concursal, bien por la vía común de la rescisión por fraude de acreedores (acción pauliana). La acción rescisoria concursal la fundamenta en los arts. 71.2 , 71.3.2 ° y 71.4 de la Ley Concursal , considerando aplicable tanto la presunción iures et de iure de perjuicio que establece el primero para los actos de disposición a título gratuito como la presunción iuris tantum de perjuicio que establece el segundo para el caso de constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes.

Frente a dichas pretensiones se ha allanado la concursada y se han opuesto las empresas acreedoras titulares de la opción, quienes básicamente han negado que se haya producido perjuicio a los acreedores y que haya concurrido fraude alguno.

La sentencia apelada ha estimado la demanda en aplicación de los arts. 71 y ss. de la Ley Concursal , que regulan la reintegración o rescisión concursal, no pronunciándose sobre la existencia de un pacto comisorio o la procedencia de la acción pauliana.

Considera que debe rescindirse conforme a dicha regulación legal la opción de compra constituida porque se cumplen los presupuestos de la reintegración concursal al tratarse de un acto perjudicial para la masa activa producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, considerando que el perjuicio viene derivado de presumirse sin posibilidad de prueba en contrario por aplicación del art. 71.2 de la Ley Concursal al integrar la constitución del derecho de opción de compra un acto gratuito.

Frente a dicha resolución se alzan Flexographic Medialliance, S.L., Mediaflex Troqueles, S.L. y Mediaflex Clixes, S.L. (mercantiles acreedoras titulares de la opción) en orden a que resulte desestimada la demanda, ciñendo



su recurso a discutir que la constitución del derecho de opción de compra constituya un acto a título gratuito, delimitación que fundamentan en que se trata del único argumento en que se basa la sentencia apelada.

TERCERO.- Delimitados así en esencia los contornos del presente pleito debemos empezar por señalar que asiste la razón a la parte apelante en considerar que la constitución de la opción de compra no fue un acto gratuito.

Ello es así porque es evidente que, tal como se colige del relato fáctico previamente expuesto, su constitución se enmarca en el denominado acuerdo transaccional antedicho y en cumplimiento del mismo, no pudiendo desconectarse de él, teniendo por ello una causa onerosa, concurriendo un interés económico que conlleva que, aunque no se haya fijado como tal un precio concreto y determinado por la concesión de la opción, no pueda predicarse la gratuidad del acto que ha establecido el Juez de primer grado y de ahí la discrepancia que mantenemos con el mismo, máxime cuando los argumentos que utiliza para justificar que es un acto gratuito nada tienen que ver con la gratuidad u onerosidad sino sobre la concurrencia del presupuesto del perjuicio (por alteración del principio de paridad de trato) que necesariamente debe concurrir en el acto para ser rescindible conforme a la Ley Concursal (art. 71.1) y que se presume sin posibilidad de prueba en contrario de ser un acto gratuito ( art. 71.2 ).

Téngase en cuenta que a los efectos que nos ocupan el acto dispositivo o es oneroso o gratuito ( Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013 y 30 de abril de 2014 ) y si concurre una contraprestación o se da algo a cambio de lo que se dispone, ha de considerarse inicialmente que el acto es oneroso, salvo que realmente aquella se diluya en la realidad. Como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, S.28, de 10 de diciembre de 2014 , "La gratuidad de una operación debe apreciarse cuando de la actuación sólo se derivase sacrificio para uno y ventajas para el otro. Para que hubiese causa onerosa que excluyera aquélla deberían imponerse sacrificios y obtención de ventajas a ambas partes".

En el presente caso nos encontramos que el otorgamiento de la opción junto con otra garantía hipotecaria se vinculan a una operación de refinanciación de la que resulta un aplazamiento relevante de una deuda vencida y exigible y la paralización de las acciones judiciales entabladas para su efectividad, con la consiguiente eliminación de la amenaza de medidas directas de apremio sobre el patrimonio de los deudores (entre los que se incluía la concursada) de manera más o menos inmediata en función de la naturaleza y estado del procedimiento, que pudiere incluso extenderse a las consecuencias económicas perniciosas conectadas a una situación de morosidad.

De ahí la consideración expuesta, en consonancia por otro lado con lo admitido expresamente por la propia Administración Concursal (demandante en esta causa) y la concursada al reconocer la causa onerosa del acuerdo transaccional, no pudiendo compartirse sus argumentos tendentes a desconectar la causa de la opción de dicho acuerdo a la vista de los términos del mismo en comparación con el acuerdo anterior incumplido de 2010 que lo motivó en último término, no teniendo nada que ver con ello el que pudiere subsistir el acuerdo sin la constitución de la opción que defiende la Administración Concursal, pues ello es evidente por la finalidad de garantía que presidió su establecimiento y consiguiente accesoriadad, de igual forma que acontecería con la garantía hipotecaria igualmente establecida o con cualesquiera otro tipo de garantía, obviando aquella que el mero hecho de no haberse constituido la opción mediante escritura pública conforme lo pactado y en el plazo igualmente previsto, con la constancia registral posterior, se erigió según el propio acuerdo en causa resolutoria del acuerdo transaccional.

Cuestión diversa es si ese sacrificio de la concursada era admisible o no puede entenderse justificado en función de lo obtenido a cambio en relación con su situación y demás circunstancias concurrentes, esto es, si debe entenderse que constituía un acto perjudicial a los efectos de la acción de reintegración concursal que resultó estimada, que es precisamente lo que nosotros entendemos, de donde deriva a la postre la procedencia de confirmar la sentencia apelada, teniendo presente al efecto que no ha sido objeto de discusión que el otorgamiento de la opción de compra que se ataca constituya un acto dispositivo que ha tenido lugar dentro de este periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración de concurso que marca el legislador, resto de requisitos legalmente exigidos conforme al art. 71 LEC .

CUARTO.- Entendemos que concurre un perjuicio patrimonial porque debe presumirse en aplicación del art. 71.3.2ª de la Ley Concursal (conforme al que, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume en los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas) y, en cualquier otro caso (art. 71.4 ), resulta el mismo de los términos del acuerdo en relación con la situación en que se encontraba inmersa la concursada.

En cuanto al primer punto, consta en el acuerdo del que deriva la constitución de la opción de compra y no ha sido objeto de discusión que la opción se constituye como garantía del pago de una parte relevante de la deuda, conectándose la posibilidad de su ejercicio o vigencia efectiva al impago de la misma en los términos



pactados en el acuerdo, hasta el punto que incluso el precio de compra corre parejo al importe de la deuda que se mantenga.

Dicha opción consta inscrita en el Registro de Bienes Muebles, habiéndose de hecho procedido a la inmatriculación de la máquina sobre la que recae en orden a dicha constancia.

La sujeción del bien sobre el que recae la opción al pago de la deuda a la que se vincula derivada de todo ello es tal, por su carácter oponible y eficaz frente a terceros derivada de la publicidad registral y términos y condiciones en que ha sido establecida, que opera como si de una garantía real se tratara, por mucho que la afección recaiga finalmente caso de materializarse la garantía sobre el propio bien como tal y no sobre su valor de cambio.

Surge entonces la problemática de si podemos entender incluida una opción como la que nos ocupa en las garantías reales que contempla el art. 71.3.2º de la Ley Concursal a efectos de presumir iuris tantum el requisito del perjuicio patrimonial, lo que supone trasladarnos de nuevo a la vieja polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de si un derecho de opción de compra que ha accedido al Registro de la Propiedad merece el calificativo de derecho real (resulta indiferente de acoger una respuesta positiva que se le ubique entre los derechos de adquisición preferente -como suele acontecer entre quienes defienden aquella calificación- en lugar de entre los derechos reales de garantía, habida cuenta de los términos en que ha quedado configurado en el presente caso, con una finalidad de garantía contemplada expresamente en el acuerdo del que surge) o no deja de ser en todo caso un derecho personal sin perjuicio de su posible inscripción, de la que encontramos un adecuado reflejo en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de noviembre de 2013, que aun reconociendo que otras Sentencias del mismo le reconocieron el carácter de derecho real y igualmente figura con dicho reconocimiento en la Compilación navarra y en la regulación autonómica catalana, se decanta conforme a la tesis que antaño resultó preponderante a la postre de negarle dicho carácter sin perjuicio de reconocerle su eficacia o trascendencia real caso de acceso al Registro. Esta posición es la que sigue prevaleciendo actualmente. Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2015 que "Es cierto que el derecho de oposición, en tanto reúna los requisitos previstos en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, tiene cierta nota de realidad, sobre todo por su eficacia frente a terceros, pero no determina un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino simplemente la facultad de exigir un comportamiento del sujeto pasivo: el necesario para que el contrato prefigurado adquiera vigencia. Y, en todo caso, si el derecho de opción de compra no se inscribe en el Registro de la Propiedad, dicha nota de realidad desaparece. Es decir, resulta evidente, que el derecho de opción de compra inscrito posee mayor eficacia y que es oponible frente a terceros adquirentes, pero ello por sí solo no determina una modificación de la naturaleza del derecho en sí mismo considerado. Por lo que, dado que, según hemos dicho, el derecho de opción no confiere poder sobre la cosa, sino solo la facultad de decidir su adquisición, no puede ser considerado propiamente como un derecho real."

Sin embargo, entendemos que aunque no podamos hablar de que estamos ante un derecho real como tal, el hecho que en el presente caso tenga esa trascendencia real derivada de su reflejo registral y que se haya establecido en garantía de una deuda con una vinculación directa e inmediata a la misma en los términos antes establecidos, determina su inclusión en el supuesto previsto en el art. 713.2º de la Ley Concursal, en consonancia con la posición doctrinal que ya en los albores de la Ley Concursal (FJ León Sanz, en su trabajo "El sistema de reintegración concursal", Revista del Poder Judicial, nº especial XVIII- 2004) defendía que el concepto de garantía real que recoge dicho precepto legal no se corresponde con un elenco tasado ni debe hacerse equivalente a los supuestos del art. 90 de la misma Ley en que los que se reconoce la condición de crédito privilegiado, y que debía mantenerse una interpretación específica acorde a las características del régimen de reintegración en el concurso, incluyendo así no solo los derechos reales de garantía sino cualquier operación con una finalidad de garantía real.

Si tenemos presente, excluida la gratuidad, que la presunción que nos ocupa trata de proteger esencialmente el principio de igualdad de trato evitando que, en consideración a una previsible situación de insolvencia más o menos inmediata, se privilegie de manera fáctica a determinados acreedores en razón de su posición mediante la afectación de determinados bienes de manera prioritaria a la satisfacción de sus créditos extrayéndolos de la comunidad de pérdidas e intereses en que estarían inmersos en otro caso con la mayoría de acreedores comunes, no puede más que sentarse su operatividad en un caso como el presente en que se produce dicha afectación de un modo equivalente al supuesto más típico de un derecho real de garantía en que suele tener lugar, justificándose así su inclusión en directa e inmediata relación con las consideraciones precedentes, de igual forma que acontece de estar al propósito del legislador del favorecer la fijación de este presupuesto de la acción rescisoria concursal en atención a las especiales dificultades de comprobación que suele plantear (en este sentido, Sentencia de esta Sala de 8 de junio de 2015) y que late en la razón de ser de esta disposición, dándose así la correspondiente equivalencia.



A mayor abundamiento, dicha inclusión, que supone asumir la posición que propiamente venía a defender la parte actora en su demanda, no mereció oposición expresa alguna por las mercantiles titulares de la opción y aquí apelantes, que se centraron en negar la realidad de perjuicio alguno obviando la presunción que determinaba aquella y que, al no haberse intentado destruir como tal, conduce al pronunciamiento confirmatorio previamente adelantado.

Pero como ya apuntamos también previamente, en otro caso no podríamos más que entender concurrente un perjuicio por los términos del acuerdo del que surge la constitución de la opción y condicionantes de la misma. Partimos al respecto de que se trata de apreciar, siguiendo la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 8 de noviembre de 2012), de si concurre un sacrificio patrimonial injustificado, en forma en el presente caso de alteración injustificada del principio de par condicio creditorum al movernos en el ámbito del perjuicio indirecto o perjuicio en sentido amplio. Para lo que, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 3 de abril de 2014, "El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explique en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso.

Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad."

Como dice la Sentencia antedicha del Tribunal Supremo, para determinar la existencia de perjuicio "hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.". Asimismo, como dice también el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 12 de abril de 2008, "para decidir sobre la rescisión concursal es preciso subsumir el supuesto de hecho en alguno de los casos en los que la propia norma presume el perjuicio y, si no, demostrar el mismo, lo que nada más puede valorarse teniendo en cuenta el contexto en el que se ejecuta el acto o contrato".

En el presente caso consideramos sobre dicha base perjudicial la constitución de la opción por realizarse en un periodo en que la situación de insolvencia era inminente o cuanto menos ya debía vislumbrarse como algo prácticamente inevitable, enmarcándose en un acuerdo de mero aplazamiento de pago de una cuantiosa deuda sin viso alguno de poder ser cumplido en sus propios términos, con el añadido de no obtenerse de manera derivativa de ello ventaja significativa alguna adicional que pudiese justificar la vinculación del bien objeto de la opción y menos en los términos en que lo fue, susceptibles de provocar su salida del patrimonio de la concursada con independencia de si su valor guardaba correlación con el montante de la deuda garantizada (dada la variabilidad del precio de compra en función del importe de la deuda pendiente), no entendiéndose por ello consecuentemente justificada esa alteración de la paridad de trato o el sacrificio patrimonial en términos generales. Fundamentamos dichas consideraciones en los extremos siguientes

1.- El acuerdo del que deriva la opción se suscribe el 24 de febrero de 2011 y se declara el concurso en fecha 27 de septiembre de 2011 en base a una situación de desbalance (particulares de la exposición motivada acerca de la situación patrimonial de la concursada que se han adjuntado a la demanda como doc. n.5). Previamente, al accederse mediante Auto de fecha 14 de octubre de 2010 a la tutela cautelar impetrada por las apelantes frente a la concursada y sus socios en el proceso de medidas cautelares sobre el que operó aquel acuerdo, se fundamentó la apreciación del requisito del periculum in mora en el hecho de las diversas deudas que tenía ENICO (frente a trabajadores, TGSS y AEAT) se llegaba a la convicción racional que pudiese llegar a ser insolvente

2.- En inmediata y directa relación con lo expuesto, se alcanzaba el acuerdo tras el incumplimiento de otro acuerdo no muy dilatado en el tiempo (de fecha 16 de enero de 2010) por el que ya se había refinanciado la deuda concediendo un aplazamiento ante el impago del precio de los servicios prestados por las empresas acreedoras aquí apelantes por no atención de los pagarés librados a dichos efectos.

3.- Los pagos mensuales asumidos inicialmente en virtud del acuerdo para ir satisfaciendo la deuda ascendían a 8.000 euros, atendándose solo los dos primeros y puntualmente solo el primero.

4.- En virtud de dicho acuerdo no se otorgaba liquidez a ENICO sino un mero aplazamiento de la deuda con abandono de las vías judiciales emprendidas para su efectividad, sin constancia de que se hubiera adoptado medida alguna de apremio en las mismas frente a bienes propios de la concursada o que pudiese adoptarse en un periodo relativamente breve comprometiendo el funcionamiento normal de la empresa o el desarrollo de su objeto social.



5.- El precio de la compra caso de ejercitarse la opción se establece por equivalencia con el de la deuda pendiente, sin conexión alguna a una posible depreciación prevista o proyectada en la máquina objeto de la misma.

QUINTO.- Como consecuencia de las determinaciones precedentes deviene innecesario analizar si hubiere procedido declarar ineficaz igualmente la opción de compra vía nulidad por vulneración de la prohibición del pacto comisorio vía rescisión por fraude de acreedores (acción pauliana), debiendo señalarse que se ha obviado la relación de subsidiariedad fijada en la demanda entre las diversas acciones al no poder más que entenderse que ya no se mantenía como tal en esta alzada dados los términos del escrito de oposición de la parte actora en relación con el hecho de haber prescindido directamente el Juez de primer grado de la petición de nulidad principal y haber decidido única e inmediatamente sobre la acción rescisoria concursal. Por otro lado, se colige de nuestras determinaciones precedentes que no hemos compartido las alegaciones de la concursada relativas a que no se podía tomar en consideración el escrito de contestación de las mercantiles titulares de la opción por haber centrado el recurso de apelación exclusivamente en el tema relativo a la gratuidad del acto dispositivo litigioso, lo que fundamentamos en su posición procesal, razón dada para delimitar el contenido de su recurso (antes expuesta) y ausencia de pronunciamiento en la sentencia apelada acerca de los restantes hechos constitutivos de las pretensiones ejercitadas (que lógicamente motivaba que en caso de no compartirse la calificación del acto como gratuito como así ha sido debiéramos pronunciarlos en principio sobre el resto de cuestiones en función de lo alegado en la instancia sin restricción alguna -a salvo las variaciones resultantes de nuevas posiciones mantenidas en la alzada, que no es aquí el caso- al actuar entonces propiamente como órgano judicial de la misma).

SEXTO.- En cuanto a las costas de la alzada, la desestimación del recurso de apelación determina que se impongan a la parte apelante, a tenor de lo establecido en los artículos 398-1 y 394-1 a de la L.E.C .

En cuanto a la cantidad consignada como depósito para recurrir, pierde el recurrente la misma, a la que se dará el destino legal (Disp. Adic. 15ª LOPJ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Flexographic Medialliance, S.L., Mediaflex Troqueles, S.L. y Mediaflex Clixes, S.L., contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón en fecha uno de julio de dos mil quince, en autos de Incidente Concursal seguidos con el número 376 de 2012 dentro del concurso ordinario 592/11, confirmamos la expresada resolución, con imposición a la parte apelante reseñada de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Se declara la pérdida de la cantidad consignada como depósito para recurrir, que deberá seguir el destino legalmente previsto.

Notifíquese la presente Sentencia y remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.