



Roj: **SAP M 14045/2017 - ECLI: ES:APM:2017:14045**

Id Cendoj: **28079370282017100412**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **27/10/2017**

Nº de Recurso: **609/2015**

Nº de Resolución: **472/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0240455

Rollo de apelación nº 609/2015

Materia: Derecho concursal. Acciones de reintegración

Procedimiento de origen: Incidente concursal nº 738/2014 (dimanante del concurso nº 1021/2013).

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.

Parte apelante: SOFLE UNIVERSAL, S.L.

Procurador/a: D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta

Letrado/a: D. Pablo Llamazares Calzadilla

Parte apelada: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE D. Benito

Procurador/a: D. Enrique Auberson Quintana-Lacaci

Letrado/a: D. César T. Martín Morales

SENTENCIA nº 472/2017

En Madrid, a 27 de octubre de 2017.

En nombre de S.M. el Rey, La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 609/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2015, recaída en el incidente concursal nº 738/2014 del Concurso de acreedores nº 1021/2013, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante escrito de demanda presentado el 8 de septiembre de 2014 por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE D. Benito contra el concursado, SOLDADURAS AVANZADAS, S.L. y SOFLE UNIVERSAL, S.L., en el que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar



los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba al Juzgado que dictase sentencia "en la que:

i. Acuerde la anulación y alzamiento de las garantías hipotecarias suscritas por el concursado en la escritura de fecha 23 de agosto del 2012 autorizada por el notario de Madrid José Luis Martínez-Gil Vich, al número 999 de su protocolo, en concreto:

a. Hipoteca sobre la finca NUM000 inscrita en el registro de la propiedad de Altea al tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM003 (páginas 20 y 41 y siguientes del documento 3).

b. Hipoteca sobre la finca NUM004 inscrita en el registro de la propiedad de Altea al tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM005 (páginas 21 y 41 y siguientes del documento 3).

c. Hipoteca sobre la finca NUM006 inscrita en el registro de la propiedad de Boadilla del Monte al tomo NUM007 , libro NUM008 , folio NUM009 (páginas 25 y 41 y siguientes del documento 3).

ii. Acuerde la anulación y alzamiento de la fianza solidaria con renuncia al beneficio de división, orden y excusión otorgada por el concursado en la escritura de fecha 23 de agosto del 2012 autorizada por el notario de Madrid José Luis Martínez-Gil Vich, al número 999 de su protocolo;

iii. Acuerde la eliminación del listado de acreedores del concursado del crédito que tiene Soflé universal, S.L. frente al concursado;

iv. Acuerde la eliminación del inventario de bienes y derechos de la compañía las cargas hipotecarias de los inmuebles gravados".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites el Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia, con fecha 16 de marzo de 2015 , cuyo fallo reza:

"Que estimando sustancialmente la demanda formulada a instancia de ADMINISTRACIÓN CONCURSAL del deudor persona física D. Benito ; contra la mercantil SOLDADURAS AVANZADAS, S.L., EN CONCURSO, seguido en el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid con nº 661/13 , representada por administrador concursal D. Olegario ; contra SOFLE UNIVERSAL, S.L., representada por el Procurador Sr. García San Miguel y Orueta y asistida de Letrado desconocido y no identificado; y contra el concursada (sic) D. Benito , declarada en concurso en proceso Nº 1021/13 de este Juzgado, representado por el Procurador Sr. Auberson Quintana-Lacai; debo:

1.- declarar la anulación y alzamiento de las garantías hipotecarias suscritas por el concursado en la escritura de 23.8.2012 autorizada por el Notario de Madrid D. José Luis Martínez-Gil Vich, al nº 999 de su protocolo, en concreto:

(i) hipoteca sobre la finca nº NUM010 del Registro de la Propiedad de Altea (Alicante);

(ii) hipoteca sobre la finca nº NUM004 del Registro de la Propiedad de Altea (Alicante);

(iii) hipoteca sobre la finca nº NUM006 del Registro de la Propiedad de Boadilla del Monte (Madrid);

librando mandamiento al Registro de la Propiedad en tal sentido una vez firme la presente Resolución;

2.- declarar la anulación y alzamiento de la fianza solidaria con renuncia al beneficio de división, orden y excusión otorgada por el concursado en la escritura de fecha 23.8.2012;

3.- ordenar la eliminación del listado de acreedores del concursado del crédito que tiene Soflé Universal, S.L. frente al concursado;

4.- ordenar eliminación del inventario de bienes y derechos de la compañía de las cargas hipotecarias que gravan los inmuebles gravados declarar la ineficacia parcial del negocio jurídico de 13.12.2011 donde se suscribió la escritura de reconocimiento y aplazamiento de deuda y constitución de hipoteca, ante el Notario de Madrid D. D. Juan Romero Girón Deleito con el nº 2.152 de su protocolo; de tal modo que válidos y eficaces (sic) los negocios de reconocimiento de deuda y de aplazamiento con intereses del importe de 2.239.913,99 € procede declarar la nulidad e ineficacia de la garantía real constituida sobre la finca registral nº NUM011 del Registro de la Propiedad nº 3 de Guadalajara (sic);

5.- sin hacer imposición de las costas".

TERCERO.- SOFLE UNIVERSAL, S.L. interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, el cual, admitido por el Juzgado, habiendo formulado oposición la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 26 de octubre de 2017.

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



Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. ANTECEDENTES RELEVANTES

1.- La presente litis trae causa de la demanda promovida por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE D. Benito ("ADMINISTRACIÓN CONCURSAL"), con el fin de que se rescindiesen las garantías hipotecarias y el afianzamiento solidario de las obligaciones contraídas por SOLDADURAS AVANZADAS, S.L. ("SOLDADURAS") a resultas de la escritura de préstamo que con fecha 23 de agosto de 2012 suscribieron esta última entidad, como prestataria, y SOFLE UNIVERSAL, S.L. ("SOFLE").

2.- La actora basaba sus pretensiones en el artículo 71.2 de la Ley Concursal ("LC"), y, subsidiariamente, en los apartados 1 y 4 del citado precepto.

3.- Al cabo del trámite, el tribunal de la anterior instancia dictó sentencia estimando sustancialmente la demanda. El juez a quo, tras rechazar la operatividad en el caso del artículo 71.2 LC por la naturaleza onerosa del negocio cuestionado, a partir de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en relación con las garantías contextuales, concluye que, dado que las relaciones existentes entre el concursado y SOLDADURAS resultarían encuadrables en "*alguna de las relaciones del artículo 93.2.1º L.Co*", habría de entrar en juego la presunción iuris tantum consagrada en el artículo 71.3.1º LC, lo que, a falta de acreditación por la parte demandada de un "beneficio cierto, constatable, directo y cuantificable para el avalista-fiador-hipotecante no deudor", le determina a estimar la demanda en los términos que quedaron reflejados en los antecedentes de hecho de la presente resolución. La aplicación del artículo 71.3.1º LC se sustenta en que el concursado era titular de algo más del 30% del capital social y administrador único de SOLDADURAS.

4.- Disconforme con lo así resuelto, SOFLE recurrió en apelación, para interesar la íntegra desestimación de la demanda.

5.- En los apartados que siguen abordaremos, convenientemente ordenadas y en la medida adecuada para resolver la controversia que se nos somete, las cuestiones que afloran en el recurso.

II. SOBRE LA ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 71.3.1º LC

6.- En los dos primeros apartados de su recurso, SOFLE cuestiona el argumento fundamental de la sentencia impugnada, consistente en la conformación de la base fáctica a partir de la entrada en juego de la presunción iuris tantum de perjuicio consagrada en el artículo 71.3.1º LC, al considerar el juzgador que entre el concursado y la mercantil a cuyo favor constituyó aquel las garantías de las que trae causa mediata la demanda "existe alguna de las relaciones del art. 93.2.1º LC".

7.- SOFLE no combate el recurso al artículo 71.3.1º LC, pese a que en la demanda ni siquiera se alegase, asumiendo el planteamiento del juzgador precedente de que la no invocación del precepto en cuestión por parte del promotor del expediente no habría de constituir ningún óbice conforme a la doctrina de la sustanciación en la identificación de la causa petendi.

8.- Los reparos de SOFLE apuntan en otra dirección. Por un lado, se señala la defectuosa cita legal que se hace en la sentencia, toda vez que el concursado es una persona física, por lo que, a la hora de identificar qué personas merecerían la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado, habría que acudir al apartado 1 del artículo 93 LC, no al apartado 2, como hace la sentencia. Por otro lado, tras identificar el supuesto contemplado en el artículo 93.1.4º LC a partir de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, como el único de los relacionados en el artículo 93.1 LC al que, a partir de las razones ofrecidas por el juzgador precedente para justificar la entrada en juego del artículo 71.3.1º LC, cabría echar mano, observa la recurrente que dicho precepto no resultaría de aplicación al caso por razones de vigencia temporal, de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria 1.1 de la norma que lo introdujo.

Respuesta del Tribunal

9.- La tarea de subsunción jurídica llevada a cabo en la sentencia recurrida es, ciertamente, incorrecta. Como señala la parte apelante, el precepto al que habría que atender, siguiendo el hilo discursivo del anterior juzgador, sería el artículo 93.1 LC (personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural), no el 93.2 (personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica). Dicho esto, debe observarse que la condición de socio o de administrador social del concursado persona natural no integraba el hecho base de ninguna de las presunciones iuris et de iure establecidas en el artículo 93.1 LC, según la redacción de la norma anterior a la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2014, que conforma el régimen aplicable al caso por razones de vigencia temporal.



10.- Debemos descartar, por otro lado, el planteamiento que defiende la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL en su escrito de oposición, según el cual, la consideración del Sr. Benito como persona especialmente relacionada con SOLDADURAS, dada su doble condición de titular del 31,04% del capital social y administrador social (artículo 93.2.1 º y 2º LC), debería acarrear la correlativa consideración de dicha mercantil como persona especialmente relacionada con el concursado en el concurso del Sr. Benito . Resulta diáfano de la letra de la ley que el legislador perseguía dar a la situación descrita un tratamiento diferenciado, según que el concursado fuera la persona natural socia o administradora o la persona jurídica. Ahondando en esta consideración, el Tribunal Supremo, en sendas sentencias de 2 de junio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2744 y ECLI:ES:TS :2015:2979), señala, en contestación a esta cuestión, lo siguiente: " *Siendo el concursado persona natural, las únicas personas especialmente relacionadas con ella son las mencionadas en el art. 93.1 LC. La LC incluye una relación de sujetos que se encuentran vinculados por una relación especial al deudor, sea éste una persona natural (art. 93.1 LC) o una persona jurídica (art. 93.2 LC). La enumeración, tanto en uno u otro supuesto, es taxativa y cerrada, introduciendo presunciones iuris et de iure , de modo que cualquier sujeto incluido en la relación tendrá la consideración de persona especialmente relacionada; pero, del mismo modo, un sujeto no incluido en la relación no tendrá esta condición de persona especialmente relacionada con el deudor, pues la lista está limitada a los sujetos allí relacionados de forma inalterable, como único recurso para alcanzar un alto grado de rigor y de seguridad jurídica, evitando conceptos jurídicos indeterminados y, dado el carácter excepcional del precepto por sus consecuencias jurídicas que entraña la subordinación de los créditos, no caben interpretaciones analógicas.*

III. SOBRE EL CARÁCTER PERJUDICIAL DE LOS ACTOS IMPUGNADOS

11.- El descarte del razonamiento que explica el fallo de la sentencia recurrida nos devuelve al examen de la pretensión deducida en la demanda a la luz de los fundamentos en ella recogidos, salvo aquellos que, habiendo sido rechazados expresamente por el juez a quo, no se han vuelto a plantear en esta segunda instancia.

12.- En tal sentido, cabe observar que en el escrito iniciador del procedimiento, además de postularse la operatividad de la presunción iuris et de iure consagrada en el artículo 71.2 L.C (planteamiento que el juzgador rechazó, sin que la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, único apelado, haya revivido la cuestión en su escrito de oposición), se sostenía, con carácter subsidiario, que el carácter perjudicial de la operación controvertida habría de determinar, por el juego de los apartados 1 y 4 del artículo 71 LC , el éxito de las pretensiones deducidas, apuntando al perjuicio para la masa ínsito al gravamen que para el patrimonio del concursado supusieron las garantías otorgadas.

13.- En este punto, la sentencia impugnada, a fin de rechazar la existencia de hecho enervatorio de la presunción del artículo 71.3.1º LC , se limita a señalar que la demandada no ha acreditado "un beneficio cierto, constatable, directo y cuantificable" para el concursado, negando que merezcan tal consideración las circunstancias puestas de manifiesto a este respecto en el escrito de contestación a la demanda.

14.- En su recurso, SOFLE, tras subrayar que sobre la administración concursal pesa la carga de la prueba del perjuicio para la masa, aduce que ningún esfuerzo ha desarrollado aquella en tal dirección. Igualmente, SOFLE alega que las exigencias impuestas por el juzgador de la anterior instancia, cuando alude a la falta de acreditación de "un beneficio cierto, constatable, directo y cuantificable", exceden de los parámetros señalados por el Tribunal Supremo a fin de determinar si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante concursado en sentencia de 30 de abril de 2014 a la que después haremos referencia. La apelante mantiene que en el caso cabe apreciar atribuciones patrimoniales directas e indirectas a favor del concursado anudadas a la operación impugnada que satisfacen los criterios sentados por el Alto Tribunal. Por lo que se refiere a las primeras, se alude a los salarios percibidos por el Sr. Benito , que, según se puntualizaba en el escrito de contestación, comenzaron a devengarse tan pronto como SOLDADURAS recibió de SOFLE el importe del préstamo, señalando como elemento de corroboración los documentos números 3 a 12 de los acompañados con el escrito de contestación. En cuanto a las segundas, la apelante alude a las ventajas patrimoniales que para el concursado, como socio, derivaban de la revalorización de la sociedad, de su continuidad y viabilidad y de la expectativa razonable de beneficios futuros, todo ello como consecuencia de la operación de préstamo garantizada por aquel, destinada a la cancelación de cargas de la prestataria y la inversión en bienes de equipo para abrir una nueva línea de producción.

Respuesta del Tribunal

15.- Como señala la parte recurrente, a la hora de establecer su carácter perjudicial, el acto controvertido ha de ser analizado en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva, es decir, lo que debe valorarse es si con los datos existentes en el momento de su realización, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquellas fecha (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:7746).



16.- Alcanzado este punto, hemos de observar que el carácter perjudicial de los actos enjuiciados fluye de la propia naturaleza de estos, pues pocas dudas pueden haber acerca de que la prestación de fianza solidaria y la constitución de hipotecas en garantía de una deuda ajena origina en el patrimonio del garante un quebranto cierto, concretado en la aparición de una partida de pasivo correlativa.

17.- Hemos de recordar, no obstante, que el perjuicio, como elemento definidor de la acción rescisoria perfilada en la LC, ha sido configurado por la jurisprudencia como "sacrificio patrimonial injustificado" (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 , 10 de julio de 2013 , 30 de abril y 24 de julio de 2014 , y 23 de febrero de 2015).

18.- De lo que se trata, por lo tanto, es de ponderar en el caso en qué medida el sacrificio para el patrimonio del concursado hubiera podido verse compensado por alguna ventaja económica capaz de justificarlo, alejando de este modo la idea de perjuicio que está en la base de la acción ejercitada.

19.- La sentencia del Alto Tribunal de 30 de abril de 2014 ya citada (ECLI:ES:TS :2014:1954) aclara qué ha de entenderse por perjuicio injustificado en el supuesto de garantía del concursado a favor de tercero, que es el que aquí nos ocupa, en los siguientes términos: "*[P]ara decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, constituirá la masa activa de dicho concurso, ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía./ No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto*". Después aclara que el beneficio obtenido ha de ser de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía.

20.- La titularidad de un porcentaje significativo del capital social de la mercantil prestataria por parte del Sr. Benito no constituye por sí solo factor bastante a tal fin. Ya hemos rechazado en otras ocasiones tal tipo de análisis. Así, en la sentencia de 15 de julio de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:10421) señalábamos: "*[P]or otro lado, también hemos de decir que, incluso si se hubiese dado tal vinculación como socio, hubiéramos debido poder constatar la existencia de un **concreto impacto positivo** merced a la citada operación para el patrimonio de XXXX, ya que no debe olvidarse que este tiene su propio círculo de acreedores que ostentan un lógico interés en la preservación del patrimonio e su deudor para que pueda responder ante ellos sin derivaciones que pudieran beneficiar a un tercero*" (énfasis añadido). En la misma línea, en la de 30 de septiembre del mismo año (ECLI:ES:APM:2016:15679), a propósito de la tesis planteada por la parte recurrente de que el préstamo garantizado por el concursado también habría de aprovechar indirectamente a este habida cuenta su condición de titular, por medio de una serie de sociedades interpuestas, de la totalidad del capital social de la mercantil prestataria, indicábamos: "*[N]o consideramos que este último tipo de inferencia pueda realizarse en abstracto y sin fisuras si al propio tiempo se desconoce tanto la situación patrimonial de DEMI STONE, S.L. (la prestataria) en el momento de la concesión del préstamo como el destino dado a la suma prestada, ya que en función de estos y otros parámetros podría perfectamente resultar que ese préstamo no hubiera resultado provechoso para el concreto círculo de acreedores de XXX (el concursado)*".

21.- La recurrente señala que, como trabajador, el Sr. Benito percibió en concepto de salario cantidades nada despreciables, que totalizaron en el periodo agosto-diciembre de 2012, 40.796,43 euros (según resulta de los documentos números 3 a 12 acompañados con el escrito de contestación), si bien confiesa ignorar hasta cuándo se devengaron, cantidades, se nos dice, que no se habrían cobrado de no haber mediado el préstamo de cuyas garantías estamos tratando (página 4 del escrito de contestación, f. 159).

22.- Resulta, sin embargo, que no podemos establecer la conexión causal sobre la que se sustenta el alegato, toda vez que, tal como la propia recurrente pone de manifiesto en otras partes de su discurso y se desprende de la escritura pública en que se formalizó (documento número 3 de los acompañados con el escrito de demanda), el importe del préstamo estaba destinado en parte a la cancelación de cargas (en concreto, a minorar el capital pendiente a favor de SOFLE derivado de otro préstamo precedente a SOLDADURAS, el cual se encontraba garantizado con hipoteca sobre una finca propiedad de esta última entidad) y a la inversión en bienes de equipo, careciéndose de otras informaciones que corroboren lo que SOFLE afirma. En todo caso, la falta de datos acerca de las cantidades efectivamente percibidas por el Sr. Benito imposibilitaría de raíz el juicio de suficiencia del beneficio obtenido, imprescindible, según los dictados del Alto Tribunal, para poder considerar justificado el sacrificio patrimonial de aquel.

23.- A la vista de las consideraciones que preceden, el recurso no puede prosperar.

IV. COSTAS



24.- La suerte desestimatoria del recurso comporta que las costas originadas por el mismo hayan de ser impuestas a la parte que lo interpuso, de conformidad con lo establecido en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLO

La Sala acuerda:

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de SOFLE UNIVERSAL, S.L. contra la sentencia dictada el 16 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid , en el incidente concursal número 738/2014 (concurso 1021/2013).

2.- Condenar a SOFLE UNIVERSAL, S.L. al pago de las costas generadas por el recurso.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta sentencia, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados que constan en el encabezamiento de esta resolución.