



Roj: **SAP M 5932/2013 - ECLI:ES:APM:2013:5932**

Id Cendoj: **28079370282013100090**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **05/04/2013**

Nº de Recurso: **66/2012**

Nº de Resolución: **97/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00097/2013

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00097/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

t6

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 66/2012.

Procedimiento de origen: Incidente concursal nº 1183/2007. Concurso nº 329/2006

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid.

Parte recurrente: Administración concursal de "PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A."

Parte recurrida: BANCO PASTOR, S.A.

Procuradora: D^a Alicia Oliva Collar

Letrado: D. Miguel Sanmartín Fenollera

SENTENCIA nº 97/13

En Madrid, a cinco de abril de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, el presente incidente concursal sustanciado con el núm. 1183/2007 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Siete de Madrid, pendiente en esta instancia al haber apelado la parte demandante la Sentencia que dictó el Juzgado el día diecisiete de julio de dos mil ocho.

Ha comparecido en esta alzada la demandante, Administración concursal de "PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A.", así como la demandada, BANCO PASTOR, S.A., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Alicia Oliva Collar y asistida del Letrado D. Miguel Sanmartín Fenollera.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que desestimando la demanda incidental interpuesta por Administración concursal del concurso de Promociones y Obras Tiziano, S.A. frente a Promociones y Obras Tiziano, S.A. y Banco Pastor, S.A. sobre acción de reintegración, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, absolviendo a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra, todo ello sin hacer expresa condena en costas".

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día cuatro de abril de dos mil trece.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Administración Concursal de PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A interpuso demanda de incidente concursal contra la mercantil concursada y contra BANCO PASTOR, S.A. al objeto de reintegrar a la masa activa la cantidad de catorce millones de euros (14.000.000 euros). Dicha acción se sustenta en dos imposiciones a plazo cuyos fondos se pretende reintegrar, abiertas en BANCO PASTOR, que fueron gravadas por medio de contratos de garantía prendaria:

1. Imposición a plazo núm. 300996 con saldo de nueve millones de euros (9.000.000 euros) para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la escritura de Préstamo hipotecario de fecha 23 de julio de 2003. Constituye dicha imposición una garantía prendaria sobre el crédito de la concursada frente al BANCO PASTOR.

2. Imposición a plazo núm. 301185, de fecha 3 de enero de 2005 y vencimiento el 3 de abril de 2005, con un saldo de cinco millones de euros (5.000.000 euros) para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en préstamos que ya estaban garantizados con hipoteca, que son los siguientes:

(i) Préstamo hipotecario núm. 0504 03071711, otorgado con fecha 23 de julio de 2003 por importe de treinta y ocho millones setecientos treinta mil euros (38.730.000 euros), con vencimiento el 31 de julio de 2024 y con un saldo de treinta y cuatro millones novecientos tres mil setecientos quince euros con veinte céntimos (34.903.715,20 euros).

(ii) Préstamo hipotecario núm. 0504 03072105, otorgado con fecha 23 de julio de 2003, por importe de catorce millones quinientos mil euros (14.500.000 euros), con vencimiento el 30 de julio de 2006 y con un saldo de catorce millones cuatrocientos treinta y dos mil ochocientos trece euros con cuatro céntimos (14.432.813,04 euros).

Añade la Administración concursal en su demanda que los créditos que ostentaba BANCO PASTOR estaban más que garantizados con las viviendas, gravadas por medio de hipoteca inmobiliaria.

La primera imposición se constituye como garantía adicional de cumplimiento del préstamo y como una parte de los 30.032.000 euros de la disposición del préstamo, con la condición de ir liberando la misma a medida que se fuera superando el 50% de las ventas de las fincas hipotecadas del bloque 12.

En escritura otorgada en fecha 3 de enero de 2005 se constituye garantía prendaria (ff. 307 y ss.) sobre la segunda imposición, con vencimiento el 3 de abril de 2005 y saldo en el momento de constitución de la prenda de cinco millones de euros. En dicha escritura se relacionan los dos préstamos hipotecarios mencionados (núm. 0504 03071711 y núm. 0504 03072105) y se constituye prenda sobre la citada imposición en garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de las operaciones de préstamo.

La Administración concursal ejerció acción de rescisión de lo que denomina "el contrato de imposición a plazo" (pg. 5 de la demanda) con el objeto de que se restituyan a la masa los respectivos importes. Considera en su demanda la Administración concursal que dicho contrato tiene carácter perjudicial para la masa en cuanto la concursada se desprendió de unos importes significativos para poder garantizar el cumplimiento de obligaciones con el Banco Pastor que ya estaban suficientemente garantizadas. La salida de estas cantidades de su patrimonio contribuyó a causar la situación de insolvencia, colocándose en una situación de falta de liquidez notoria.

Hemos de entender que el negocio cuestionado en realidad es la constitución de prenda en garantía de préstamos hipotecarios (que en relación a la segunda imposición, conforme se desprende de la citada escritura



otorgada en fecha 3 de enero de 2005, eran preexistentes, y a tal efecto se cita el apartado 3 del artículo 71 LC en la fundamentación jurídica de la demanda).

SEGUNDO. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó desestimatoria de la pretensión ejercitada. Respecto a la primera garantía prendaria se destaca que se constituyó el 23 de julio de 2003, más allá de los dos años previos a la declaración de concurso, que se efectuó en fecha 6 de septiembre de 2006. Respecto a la segunda señala que el importe de dicha imposición se ingresa en una cuenta de la concursada en fecha 1 de julio de 2005 y con ese importe se producen pagos relativos al préstamo hipotecario y otros varios, por lo que a la fecha de declaración del concurso ya no existe la garantía, de manera que no cabe rescindir lo inexistente. Añade que la garantía no produjo perjuicio a la masa y que lo que interesa es el destino de los pagos que se hicieron con su importe, actos no protegidos por la presunción de los que debe acreditarse el perjuicio. Añade que la concursada venía obligada a estos pagos, en su mayor parte con cargo al préstamo hipotecario por lo que estarían amparados por la excepción del artículo 75.5 LC (actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor realizados en condiciones normales).

TERCERO. Frente a la citada resolución se alza el recurso de apelación interpuesto por la Administración concursal.

El recurso se circunscribe a la segunda de las imposiciones.

Respecto a la imposibilidad de ejercitar la acción de rescisión por la inexistencia de la garantía se remite a lo dispuesto en el artículo 73.2 LC, que se refiere a los bienes o derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor en el momento de la reintegración o se encuentren en posesión de un tercero, como sucede en este caso "en el que la operación fue extinta mediante su ejecución hipotecaria por el BANCO PASTOR" y añade que la declaración tiene efectos ex tunc, retrotrayendo sus consecuencias al momento de perfección del acto o contrato.

Señala además que la suscripción de dicho acto tuvo lugar en los dos años anteriores a la declaración de concurso y "en condiciones ajenas a la normalidad de la empresa", lo que se deduce del propio acto de constitución de la garantía y su finalidad, que era cancelar las deudas contraídas por la concursada con BANCO PASTOR que ya estaban garantizadas con un préstamo hipotecario. Esta operación, concluye, disminuyó la masa activa de la concursada y contribuyó al cese de la actividad social de la compañía, agravando la situación de insolvencia.

Analizaremos las cuestiones que plantea el recurso atendiendo a los motivos que sustentan la oposición, en cuanto resultarían obstativos de su prosperabilidad.

En su escrito de oposición reitera BANCO PASTOR las alegaciones que efectuó en la primera instancia.

Así, sostiene en primer lugar que la Administración concursal no puede ejercitar la acción impugnatoria que formula en su demanda, en cuanto en su informe debe señalar los casos que deben ser objeto de acciones de reintegración, por lo que constituye una exigencia legal que en el informe queden prefijadas y la Administración concursal no dio cumplimiento a dicha exigencia prevista en el artículo 82.4 LC. Añade que en el Informe se consideraron los préstamos hipotecarios perfectamente válidos y eficaces y no se cuestionó la prenda.

Añade que en la hipótesis de que se hubiera incluido en los casos a rescindir la acción estaría caducada al no haberse ejercitado en el plazo señalado en el artículo 86.2 LC.

El artículo 82 de la Ley Concursal se refiere a la formación del inventario, pero debe distinguirse lo que constituye el inventario mismo de las relaciones que se añaden al mismo, recogidas en el apartado cuarto de dicho precepto, de manera que la relación de posibles actuaciones que debieren promoverse a juicio de la administración concursal para la reintegración de la masa activa no se integra en el inventario y solo tiene el alcance de informar sobre la viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las actuaciones judiciales.

Lo mismo sucede con la relación de los créditos contra la masa y la lista de acreedores. Se trata de una relación separada, que no forma parte de la lista de acreedores, como tampoco la relación de posibles actuaciones para la reintegración de la masa forma parte del inventario, como con toda claridad se desprende del citado artículo 82.4 LC.

Tampoco el inventario impide que puedan incorporarse nuevos bienes a la masa. La inclusión de un bien en el inventario no cumple la finalidad de fijar con exactitud y de manera inatacable la masa activa, sino la de informar sobre ella a los acreedores o la de orientar la liquidación. En consecuencia, es posible que la masa activa quede integrada por nuevos bienes incluso una vez iniciada la fase de liquidación, como sucede en el caso en que se hubieren ejercitado acciones de reintegración o bien por el hecho de que no fuera conocida con anterioridad su existencia.



En definitiva, la finalidad meramente informativa de la relación de posibles actuaciones para la reintegración de la masa que se añade al inventario no impide que pueda la administración concursal ejercitar las acciones que estime oportunas, aun no incluidas en dicha relación. Las acciones de reintegración solo tienen como presupuesto los requisitos contemplados en los artículos 71 y 72 LC .

CUARTO. La segunda de las alegaciones de BANCO PASTOR, S.A. se refiere a los actos propios de la Administración concursal, de manera que se ve vinculada por el Informe, "no habiendo sido impugnados sus contenidos relativos a acciones de reintegración".

Añade que en la propia lista de acreedores esta "operación de prenda" aparece ya como inexistente, en cuanto que ejecutada y las cantidades pendientes han sido reclamadas "ejecutivamente en los procedimientos de ejecución hipotecaria". Reitera la validez de "los préstamos hipotecarios que ahora se pretenden impugnar" y señala que la Administración concursal solicitó que los bienes sujetos a esos préstamos se calificasen como afectos a la actividad de la empresa y "nunca aludió al carácter rescindible de los préstamos, ni sus saldos, ni sus garantías (incluida la prenda)".

La alegación constituye un auténtico totum revolutum. Ya hemos advertido que la relación de posibles actuaciones para la reintegración de la masa que se añade al inventario no impide que pueda la administración concursal ejercitar las acciones de reintegración que estime oportunas. La alegación acaba mezclando la constitución de la prenda, con su ejecución y a su vez esto con la obligación garantizada (el préstamo hipotecario) y los bienes sobre los que recae la hipoteca.

QUINTO. Como tercera de las alegaciones que impedirían en todo caso que la acción pueda prosperar señala BANCO PASTOR, S.A. que el RDL 5/2005, de 11 de marzo, aplicable a la prenda impugnada, veda el ejercicio de las acciones previstas en los artículos 71 y ss. LC , de modo que la prenda solo puede ser anulada, no rescindida, como se pretende, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15.4 del citado RDL en su redacción anterior a la modificación operada por la Ley 7/2011, de 11 de abril .

Añade que además se deberá probar que hubo intención de causar perjuicio a los acreedores, es decir, que la operación se otorgó en fraude de acreedores y lo cierto es que la Administración concursal en absoluto hace esa imputación de fraude.

Es cierto que el ámbito de aplicación del RDL 5/2005 es muy amplio, como ha destacado la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2012 relativa a una garantía real que había constituido la mercantil deudora sobre determinados instrumentos financieros de su titularidad, con el fin de asegurar el cumplimiento, entre otras, de la obligación principal a la que fue finalmente destinado el valor pignorado. Como señala dicha resolución, es preciso tener en cuenta "[e]l Real Decreto Ley 5/2005 , que constituye norma especial aplicable a las entidades de crédito - según el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003 - y que traspuso la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002 , sobre acuerdos de garantía financiera. Y, en particular, el artículo 15, apartado 4 , del mismo, que establece que el derecho de ejecución separada de la garantía, ejercitado en el caso por la acreedora ahora recurrente, no resulta limitado, restringido o afectado, en cualquier forma, por la apertura de un procedimiento concursal de la deudora pignorante".

Nos referiremos a la versión del RDL 5/2005 anterior a la Ley 7/2011, de 11 de abril, que modificó tanto la Ley 41/1999, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, (conocida como Ley de firmeza), y el citado RDL 5/2005, en concreto su capítulo dedicado a los acuerdos de compensación contractual y garantías financieras. La reforma legislativa procede de la Directiva 2009/44/CE, de 6 de mayo de 2009, que a su vez modificó, respectivamente, la Directiva de firmeza (Directiva 98/26/CE) y la Directiva sobre acuerdos de garantía financiera (Directiva 2002/47/CE), a la que también nos referiremos en su primitiva redacción.

Como establece el quinto considerando de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, con el fin de mejorar la seguridad jurídica de los acuerdos de garantía financiera, los Estados miembros deben asegurarse de que no se aplican determinadas disposiciones de la legislación sobre insolvencia, en particular aquellas que impedirían la efectiva realización de la garantía financiera o plantearían dudas sobre la validez de técnicas actuales como la liquidación bilateral por compensación exigible anticipadamente, la prestación de garantías complementarias y de sustitución de garantías.

El artículo 1.5 de la Directiva considera garantía prendaria en efectivo la que recae sobre el dinero representado por un abono en cuenta, o derechos a devolución de dinero similares (tales como cuentas de depósito del mercado de dinero). Por acuerdo de garantía financiera prendaria se entiende, según su artículo 2.1.c), un acuerdo en virtud del cual el garante presta una garantía financiera en forma de título prendario a un



beneficiario o en su favor, conservando el garante la plena propiedad de la garantía financiera en el momento de establecerse el derecho sobre la garantía.

La Directiva - artículo 8.1.b) - impone a los Estados miembros la necesidad de garantizar que tanto el acuerdo de garantía financiera como la prestación de garantía financiera en virtud del mismo no puedan declararse nulos o quedar rescindidos atendiendo "exclusivamente" al hecho de que el acuerdo de garantía financiera ha cobrado existencia o que la garantía financiera ha sido prestada en "un período de tiempo determinado anterior a la apertura" del procedimiento de liquidación (en el sentido de la Directiva).

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, la Directiva no afectará a las normas generales de insolvencia del Derecho nacional sobre nulidad de operaciones realizadas durante el período de tiempo determinado anterior a la apertura del procedimiento - artículo 8.4 -.

Sobre estas premisas el artículo sexto del RDL 5/2005 establece que un acuerdo de garantía pignoratícia consiste en la aportación de una garantía de conformidad con el régimen establecido para la prenda en los artículos 1.857 y siguientes del Código Civil, con las particularidades recogidas en el RDL. Se entiende por obligaciones financieras principales aquellas obligaciones garantizadas mediante un acuerdo de garantía financiera que dan derecho a un pago en efectivo o a la entrega de instrumentos financieros.

De acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 8.1.b) de la Directiva, el artículo decimoquinto del RDL 5/2005, en su primitiva redacción aplicable al caso por razones temporales, establece que la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa no podrá ser causa para declarar nulos o rescindir un acuerdo de garantía financiera o la aportación misma de una garantía, siempre que la resolución de dicha apertura sea posterior a la formalización del acuerdo de garantía o a la aportación de la garantía.

El apartado 5 del artículo decimoquinto del RDL 5/2005 se refiere a la incidencia del concurso en los acuerdos de garantía financiera que nos ocupa del siguiente modo:

No obstante lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sólo podrán anularse acuerdos de garantías financieras o la aportación de estas, formalizados o aportadas en un período anterior a la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa, cuando la autoridad administrativa o judicial competente resolviera que el acuerdo de garantías financieras o la aportación de estas se han realizado en perjuicio de acreedores.

Es decir, la nulidad o rescisión a la que se refiere el artículo 8 de la Directiva no se hace depender "exclusivamente", tal y como establece la Directiva, de que el acuerdo de garantía financiera ha cobrado existencia o que la garantía financiera ha sido prestada en un período de tiempo determinado anterior a la apertura del procedimiento concursal, sino que se requiere que el acuerdo o la aportación de las garantías se haya realizado "en perjuicio de acreedores".

Del régimen legal expuesto se desprende que la constitución de garantía prendaria por medio de escritura otorgada en fecha 3 de enero de 2005 (ff. 307 y ss.) sobre la imposición a plazo de la deudora, que en ese momento disponía de un saldo de cinco millones de euros, para garantizar las obligaciones derivadas de dos préstamos hipotecarios se encuentra sometida al citado RDL 5/2005.

La interpretación del RDL 5/2005 ha venido generando múltiples dudas, entre las que se encuentran los términos empleados en el apartado 5 del artículo decimoquinto. Así se hace referencia a que los acuerdos de garantías financieras "solo podrán anularse" y sobre esta base considera BANCO PASTOR, S.A. que la prenda solo puede ser anulada, no rescindida.

No podemos aceptar tal interpretación que prescinde: a) de los términos de la Directiva 2002/47/CE; b) de la referencia en el citado precepto a la Ley Concursal; c) de la modificación de dicho apartado operada por la Ley 7/2011, de 11 de abril.

El artículo 8 de la Directiva 2002/47/CE relativo a la incidencia de las normas de insolvencia sobre los acuerdos de garantías financieras, en su apartado primero, se refiere a los supuestos en que los acuerdos pueden declararse nulos o quedar rescindidos. Se trata por lo tanto de una referencia genérica, no limitada a determinadas acciones. Bien es cierto que de manera imprecisa su apartado cuarto menciona únicamente la "nulidad de operaciones", pero esta mención no puede desvincularse del alcance del precepto, al margen de que se trata de una remisión a las normas generales de insolvencia del Derecho nacional, por lo que tal expresión tiene un alcance general.

Por otra parte la referencia del apartado quinto del artículo decimoquinto del RDL 5/2005 a la Ley Concursal: "No obstante lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal", solo puede entenderse en cuanto establece una excepción al sistema legal de reintegración previsto en la Ley, de modo que, pese a la falta de



precisión de dicho apartado al referirse a la "anulación" de los acuerdos, el citado precepto constituye una excepción al régimen de reintegración previsto en el artículo 71 LC .

El propio legislador ha pretendido salir al paso de tales imprecisiones, de manera que, en la vigente redacción de dicho apartado, tras la reforma operada por la Ley 7/2011, de 11 de abril establece lo siguiente:

Los acuerdos de garantías financieras o la aportación de estas, formalizados o aportadas, anteriores a la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa sólo podrán rescindirse o impugnarse al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , por la administración concursal, que tendrá que demostrar que se han realizado en fraude de acreedores.

Como podemos comprobar ya se hace referencia expresa al artículo 71 LC y a la rescisión o impugnación de los acuerdos. La modificación tiene carácter interpretativo.

Y lo mismo hemos de señalar del término "en perjuicio de acreedores" que exige el precepto para dar lugar a la rescisión. El RDL 5/2005, como es obvio, no se está refiriendo a que el acto resulte perjudicial para la masa activa, requisito ya contemplado en el régimen general, sino, precisamente porque nos encontramos ante una excepción al sistema legal de reintegración, impone un requisito específico, cual es que el acuerdo se haya realizado con un determinado propósito o finalidad. Un acto se califica de fraudulento precisamente cuando se efectúa con el propósito de perjudicar a los acreedores. En la doctrina jurisprudencial recaída en torno a las acciones pauliana y rescisoria de los artículos 1.111 y 1.291.3º del Código Civil , este requisito se objetiviza, de modo que se satisface con un simple estado de conciencia que abarque la posibilidad de originar perjuicio a terceros. La posterior reforma viene a aclarar los términos empleados, refiriéndose de forma más precisa al fraude de acreedores, lo que equipara esta excepción a la prevista en el artículo 10 LMH.

Atendiendo a lo expuesto y dada la aplicación al caso del citado RDL 5/2005, de 11 de marzo, en lo que se refiere a los acuerdos de garantías financieras, hemos de advertir que no se ha efectuado alegación alguna en la demanda relativa a que el acuerdo se haya realizado "en perjuicio de acreedores", es decir, a que se trate de un acuerdo en fraude de acreedores, lo que se deriva de la aplicación de un régimen especial que limita el alcance de la reintegración y constituye un requisito adicional para dar lugar a dicha consecuencia y tampoco se justifica el cumplimiento del referido requisito en el recurso de apelación. Ello conduce a la desestimación del recurso.

A fin de pronunciarnos de forma exhaustiva sobre la totalidad de las cuestiones planteadas examinaremos el resto de motivos alegados por la parte apelada por los que, según su entender, no podría prosperar la demanda, aunque ya no alteren el resultado del recurso.

SEXTO. Sostiene BANCO PASTOR, S.A. en cuarto lugar que el contrato de prenda que la demanda pretende impugnar se extinguió en su día, una vez ejecutada la prenda, por lo que no cabe ejercitar acciones de impugnación. Añade que se siguió ejecución hipotecaria del garaje, despachándose ejecución en los autos núm. 416/2007.

La alegación viene a confundir la constitución de la garantía con su ejecución. El hecho de que la garantía se hubiera ejecutado no sustrae el acuerdo de constitución de la posibilidad de ser rescindido, con las consecuencias restitutorias a que hubiera lugar, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 LC . Hay que recordar que la propia Ley Concursal incluye dentro de los actos que pueden ser objeto de rescisión a aquellos que resulten extintivos de obligaciones - artículo 71.2 LC -, lo que en ningún caso impide el ejercicio de las acciones de reintegración, dada su naturaleza. Este régimen se extiende tanto a los negocios bilaterales, se hubieran cumplido o no las obligaciones derivadas de los mismos, como a los actos unilaterales extintivos de obligaciones, sin perjuicio de los distintos efectos que conlleve la rescisión de unos u otros (STS de 26 de octubre de 2012).

La ejecución no supone otra cosa que el ejercicio del derecho del acreedor derivado de la constitución de la prenda. Lo que extingue la prenda es el cumplimiento de la obligación garantizada. Sin embargo, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de negocios bilaterales no impide el ejercicio de las acciones de reintegración, sin perjuicio de las consecuencias restitutorias.

Del mismo modo se acaba mezclando en la alegación que examinamos la garantía prendaria con la garantía hipotecaria, como si todo fuese lo mismo.

SÉPTIMO. En quinto lugar alega BANCO PASTOR en su escrito de oposición que las acciones rescisorias se caracterizan por su naturaleza subsidiaria, de manera que solo procede su ejercicio cuando el acreedor no disponga de otros medios para cobrar su crédito.

La alegación resulta inconsistente puesto que la naturaleza subsidiaria se predica de las acciones rescisorias ordinarias, no de la rescisoria concursal.



OCTAVO. En sexto lugar alega BANCO PASTOR, S.A. la no aplicación de las acciones de impugnación a la prenda constituida en razón de su condición de operación propia de la normal actividad empresarial, necesaria y beneficiosa. Añade que cuando existe una obligación a punto de vencer o vencida, en referencia a un anterior préstamo hipotecario concedido por el Banco Popular, a la que no se puede hacer frente, es un acto ordinario el que se busque financiación en otras entidades financieras.

Nuevamente introduce BANCO PASTOR, S.A. en sus alegaciones una notable confusión, conformando un auténtico totum revolutum. Lo que se examina en este caso no es la obligación principal, es decir, el préstamo o los préstamos concedidos por BANCO PASTOR, S.A. al parecer para refinanciar una deuda previa contraída con Banco Popular.

Lo que aquí se cuestiona es la constitución de una garantía prendaria con posterioridad a los préstamos hipotecarios ya concedidos por BANCO PASTOR, S.A. que se añade a la previa garantía hipotecaria.

En escritura otorgada en fecha 3 de enero de 2005 se constituye garantía prendaria (ff. 307 y ss.) sobre la imposición con vencimiento el 3 de abril de 2005 y saldo en el momento de constitución de la prenda de cinco millones de euros. Como hemos señalado, en dicha escritura se relacionan los dos préstamos hipotecarios ya concedidos (núm. 0504 03071711 y núm. 0504 03072105) y se constituye prenda sobre la citada imposición en garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de las operaciones de préstamo. En la estipulación cuarta de dicha escritura se establece lo siguiente:

"La prenda constituida se entiende como superposición de garantía, y no impedirá el ejercicio de cuantos derechos y acciones puedan corresponder al Banco por razón de las operaciones garantizadas, sin que por el ejercicio de alguna de ellas pudieran entenderse renunciadas las demás que al Banco puedan corresponderle". (énfasis añadido)

En la propia escritura se reconoce que se trata de una garantía superpuesta, que en absoluto podemos considerar como operación realizada en condiciones normales. El hecho de que un acto pueda ligarse a la actividad empresarial del deudor concursado no basta para eludir la rescisión puesto que, además, debe haber sido realizado en condiciones normales.

NOVENO. Concluye el escrito de oposición señalando que la operación en cuestión no entraña fraude ni perjuicio alguno para la masa del concurso. Añade que el objeto de la garantía se destinó al pago de obligaciones nacidas en el seno de la promoción.

Esta alegación tampoco podría admitirse para impedir la rescisión de la constitución de garantía prendaria, puesto que, salvo prueba en contrario, se presume el perjuicio patrimonial cuando se constituyen garantías reales a favor de obligaciones preexistentes (artículo 71.3.2º LC). En este caso no solo nos encontramos ante obligaciones preexistentes (derivadas de dos préstamos), sino que dichas obligaciones ya venían garantizadas por hipoteca, de manera que se superpone la prenda a los préstamos hipotecarios ya concedidos. Esta superposición, cuando el crédito ya estaba garantizado con hipoteca, resulta en detrimento del resto de acreedores, privilegiando la posición de la entidad de crédito.

DÉCIMO. En atención a lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, si bien en virtud de la citada aplicación de la excepción al régimen general de reintegración prevista en el RDL 5/2005. Dado que en el momento de la interposición de la demanda no existía una jurisprudencia consolidada en relación a esta norma y las dificultades que generaba su interpretación por las deficiencias y oscuridad de su articulado, se está en el caso de no efectuar expresa imposición de las costas derivadas del recurso.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal de PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Siete de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

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