



Roj: **SAP BU 647/2016 - ECLI:ES:APBU:2016:647**

Id Cendoj: **09059370032016100223**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **21/09/2016**

Nº de Recurso: **139/2016**

Nº de Resolución: **324/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ILDEFONSO JERONIMO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00324/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2014 0005916

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000139 /2016

Juzgado procedencia : JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS

Procedimiento de origen : INC.CONC. RESCI/IMPUG.ACTOS PERJ.MASA(72) 1000317 /2014

RECURRENTE : LEMKEN GMBH & CO KG

Procurador/a : DIEGO ALLER KRAHE

Abogado/a : JUAN JOSE GARCIA GARCIA

RECURRIDO/A : MAQUINARIA AGRICOLA MOLLEDA SL, ADMINISTRADOR CONCURSAL, Trinidad

Procurador/a : MIGUEL ANGEL ESTEBAN RUIZ,

Abogado/a : EDUARDO MOZAS GARCIA,

La Sección Tercera de la Audiencia provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **don Ildefonso Barcala Fernández de Palencia**, Presidente, **doña Arabela García Espina** y **doña María Esther Villímar San Salvador**, ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº. 324

En Burgos, a veintiuno de septiembre de dos mil dieciséis.

VISTO Por esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala núm. 139/2016, dimanante del Incidente concursal núm. 317/2014, procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, sobre acción de rescisión, en recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 2 de diciembre de 2015, en los que aparece como parte apelante, **LEMKEN GMBH & CO KG**, representado por el Procurador de los tribunales, don Diego Aller Krahe, asistido por el Abogado don Juan José García García; y, como partes



apeladas, **MAQUINARIA AGRICOLA MOLLEDA SL**, representado por el Procurador de los tribunales don Miguel Angel Esteban Ruiz, asistido por el Abogado don Eduardo Mozas García; **ADMINISTRADOR CONCURSAL, Trinidad**, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don Ildfonso Barcala Fernández de Palencia, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando como estimo la Demanda Incidental promovida por la Administración Concursal de la Mercantil "MAQUINARIA AGRICOLA MOLLEDA, S.L.", debo declarar y declaro que la constitución de la garantía pignoraticia de la cesión de crédito que la Concursada ostenta sobre la Sociedad TOP & MAC, S.L., por importe de 558.312,99 Euros, llevada acabo por la Concursada a favor de la Mercantil LEMKHEN GMBH & Co.KG, mediante escritura otorgada el 14 de julio de 2.014, es perjudicial para la masa activa del Concurso, procediendo su rescisión, asimismo debo declarar y declaro la ineficacia y rescisión de la citada garantía real, dejándola sin efecto, debiendo ordenar y ordeno la realización de cuantos actos y formalidades fueren precisos a efectos de que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, también aquellos que fueren consecuencia de la rescisión acordada, debiendo calificarse el crédito que la demandada LEMKHEN GMBH & Co. KG ostenta frente a la Concursada como crédito ordinario, en cuanto a las costas causadas no ha lugar a imponerlas a ninguna de las partes litigantes.

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de LEMKEN & GMBH CO.KG, se presentó escrito interponiendo recurso de apelación. Y dado traslado a las otras partes, presentaron escrito de oposición a dicho recurso dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 20 septiembre de 2016, en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. La sentencia del Juzgado Mercantil rescinde una prenda sobre créditos en el incidente concursal de reintegración del concurso de Maquinaria Agrícola Molleda SL, constituida aquella en escritura pública de 14 de junio de 2013. Aplica la sentencia el artículo 71.3.2º de la Ley concursal según el cual "salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos (...) 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

SEGUNDO. Ciertamente en la escritura pública de 14 de junio de 2013 se constituye un derecho de prenda en favor de un acreedor, que es la parte demandada Lemken GMBH & Co. Esta empresa alemana, dedicada a la fabricación de maquina agrícola, había sido hasta poco tiempo antes de la confección de la escritura el principal proveedor de maquinaria agrícola de Maquinaria Agrícola Molleda (MAM) la cual era uno de sus distribuidores en España. Como consecuencia de las relaciones comerciales entre ambas MAM arrastraba una deuda de 720.199,01 € por maquinaria suministrada en el año 2012. Lemken había interpuesto el 19 de marzo de 2013 una demanda de reclamación de cantidad ante los Juzgados alemanes, merced a la cláusula de sumisión a estos en los contratos de compraventa, y había formulado una solicitud de medidas cautelares en los Juzgados de Burgos al amparo del artículo 31 del Reglamento 44/2001 de la Unión Europea (Bruselas I). Dice el artículo 31 que "podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Reglamento, un tribunal de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo".

Entre las medidas cautelares que se pidieron estaba el embargo preventivo del crédito que, por importe de 567.678,51 €, MAM tenía contra Top & Mac, precisamente por la venta a esta última de las mismas máquinas que MAM había comprado a Lemken y que no había pagado. La identidad de las máquinas se comprueba cotejando los números de bastidor que figuran en la relación de maquinaria que obra en la escritura de 14 de junio de 2013, con los números de fabricación en las facturas de venta de las máquinas de Lemken a MAM, estas acompañadas con la demanda interpuesta ante los Juzgados alemanes.

Otra medida cautelar era el embargo preventivo y el depósito en poder de la demandante de la maquinaria suministrada por Lemken a MAM, así como de cualquier otra que estuviera en su poder hasta cubrir el valor del crédito.



Pues bien, de estos dos procedimientos Lemken se comprometió a desistir en la escritura de 14 de junio de 2013. También se realizó un aplazamiento de la deuda que en esa fecha MAM tenía con Lemken fijando nuevos plazos hasta diciembre de 2013, y renunciando al pago de los intereses reclamados en la demanda ante los tribunales alemanes. Y además se decía que "por el presente Lemken se compromete a no mantener en el futuro ninguna relación comercial o laboral con don Carlos Miguel , Top & Mac o Luis Carlos o cualquier persona física hasta el segundo grado de consanguinidad o por afinidad, o sociedades en las que dichos señores posean participación en su capital o ostente cargo de administración o de apoderado".

Esta prevención que se hace sentir contra Top & Mac se explica, no solo por el deseo de MAM de seguir siendo la distribuidora de Lemken en España, sino también por una serie de circunstancias que se pusieron de manifiesto en el juicio de **impugnación de acuerdos sociales** que dio lugar a nuestra sentencia de 19 de febrero de 2015 (rollo 275/2014). En este procedimiento quedó claro el enfrentamiento en el seno del grupo de las sociedades de la familia Carlos Miguel de los dos hermanos que hasta entonces habían llevado la administración de MAM con los otros dos socios, que eran su padre y su otra hermana. Durante el tiempo en que los primeros todavía conservaban sus puestos en el Consejo de administración, hasta que fueron cesados en la Junta General de 9 de julio de 2012, se iniciaron las relaciones con Top & Mac, que era una sociedad en la que uno de los hermanos Bartolomé tenía un 22 por ciento de participación. Se vendieron máquinas a Top & Mac por un importe aproximado de 600.000 euros. Pero una vez expulsados los hermanos Bartolomé del Consejo de administración de MAM lo que le interesaba al otro grupo de socios era que Top & Mac no hiciera más negocios con Lemken, y que fuera MAM la que continuara como distribuidora. Todo esto, además de la renegociación de la deuda, y el desistimiento de los procedimientos judiciales, se consiguió con la escritura de 14 de junio de 2013. La única contraprestación en favor de Lemken fue, además del reconocimiento de una deuda que nadie discutía, la constitución de un derecho de prenda sobre el crédito que MAM tenía contra Top & Mac por las máquinas vendidas. Parecía lógico, en el sentir de los nuevos administradores de MAM que, si se discutía la bondad de la venta de maquinaria a Top & Mac, que eran las mismas máquinas que Lemken había vendido a MAM, se estipulara que el pago de las máquinas se hiciera directamente por Top & Mac a Lemken, que es lo que viene a ser la prenda de créditos que se pactó en la escritura.

En nuestra sentencia de 19 de febrero de 2015 se hace una interesante observación sobre la situación económica de MAM al tiempo de la fecha de redacción de la escritura. Se dice que "como se desprende del informe contable del grupo Mollem aportado por la propia parte demandada con la contestación de la demanda la situación de las sociedades del grupo era bastante buena en el período en que don Carlos Miguel y don Aquilino ejercían sus cargos en el consejo de administración. Particularmente significativo es que ni Agrícola Molleda SAU ni Maquinaria Agrícola Molleda SLU tengan deudas con entidades de crédito a fecha 31 de julio de 2012". A pesar de todo ello la sentencia apelada rescinde la prenda por entender que se causó un perjuicio al resto de los acreedores de Maquinaria Agrícola Molleda.

TERCERO. Dispone el artículo 71.1 LC que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta".

La doctrina discrepa respecto a qué deba entenderse por perjuicio para la masa activa. Una parte sostiene un criterio estricto, limitando el concepto de masa activa al concepto concursal, de tal forma que sólo serán perjudiciales, y por tanto rescindibles, aquellos que suponen su merma o disminución. Otro sector de la doctrina, mayoritario y a mi juicio más acorde con la regulación que nos proporciona la norma legal, entiende el concepto de perjuicio para la masa activa en un concepto más amplio, que tiene que ver más con el principio de la par conditio creditorum o igualdad de trato entre acreedores; el perjuicio se produce no sólo si lo es para la masa activa sino también si se produce para la masa pasiva como conjunto de acreedores en tanto que el acto beneficia a unos sobre los otros.

Si adoptáramos la tesis estricta, no serían rescindibles algunos de los actos a los que la ley concede presunciones de perjuicio. Como ejemplo, la constitución de una garantía real sobre un bien inmueble propiedad del concursado no perjudica a la masa activa, en tanto que dicho inmueble no sale del patrimonio; pero en tanto que constituida en el período sospechoso, sí altera el principio de paridad, por conceder un privilegio en el concurso -privilegio especial- al acreedor que la constituye del que, de otra forma, no disfrutaría.

En el caso de la constitución de garantías reales, como puede ser el derecho de prenda sobre créditos, partimos de la base de la presunción iuris tantum de perjuicio, ex artículo 71.3.2º LC , que traslada a los demandados en reintegración la carga de probar el carácter no perjudicial del acto; el concepto de perjuicio que ha de ser probado quedó jurisprudencialmente instalado en la noción de "sacrificio patrimonial injustificado" que instauró la SAP Barcelona, sección 15ª en su sentencia de 6 de febrero de 2009 , generalmente asumido sin mayor discusión, incluso de forma expresa por la STS 27 de octubre de 2010 . Y reitera la STS de 10 de julio de 2013 la doctrina expuesta en la STS de 8 de noviembre de 2011 de que "el perjuicio para la masa activa se produce



no solo en los casos de disminución del patrimonio del concursado, sino también cuando "se altera el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie *de modo injustificado* a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa".

Además, como establece la STS de 8 de noviembre de 2012 Recurso Nº: 836/2010 "la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto 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". Se quiere con ello decir que el Juzgado debe retrotraerse a la fecha en la que se realizó el acto impugnado y preguntarse, a la vista de cuales eran los acreedores de la concursada en ese momento, si la constitución de la prenda perjudicó su situación de forma que, una vez declarado el concurso, su situación iba a ser peor que la que hubieran tenido sin ella. Dicho de otra forma, la rescisión de una garantía real no puede hacerse sin más argumento que decir que los que son ahora acreedores en la fase de liquidación, que es en la que se encuentra la concursada, no van a poder cobrar, o lo harán en menor cantidad, si se mantiene el privilegio en favor del hacedor pignoraticio que si se rescinde.

CUARTO. En este caso ni tan siquiera se sabe cuales eran los acreedores de la concursada en la fecha en la que se constituyó la prenda. Tan solo se conoce el crédito de Lemken, y no parece que hubiera acreedores que merecieran mejor trato si se tiene en cuenta la importancia que la continuidad de la relación con Lemken tenía para la continuidad de la empresa, y lo abultado de la deuda que Maquinaria Agrícola Molleda tenía con aquella.

El perjuicio derivado de la constitución del derecho de prenda es además muy relativo. La prenda se constituye sobre el crédito, no sobre las máquinas. La garantía del acreedor, y por lo tanto su superioridad sobre otros eventuales acreedores, depende del grado de solvencia de Top & Mac, y esta es a fecha de hoy una sociedad en concurso.

Finalmente, aunque el perjuicio existiera, estaría justificado. Basta comparar los beneficios que la concursada obtuvo por el desistimiento de los procedimientos judiciales iniciados por Lemken, que podían haber supuesto el embargo preventivo de sus bienes, y lo que entonces era más importante para la empresa, el cese de las relaciones comerciales con el que era su principal proveedor.

Por todo ello la declaración de reintegración que hace la sentencia no puede mantenerse y debe desestimarse la demanda de la administradora concursal.

QUINTO. Al desestimarse la demanda y estimarse el recurso se imponen a la parte actora las costas de la primera instancia sin imposición de las causadas en el recurso (artículos 394.1 y 398.2 LEC).

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

FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Diego Aller Krahe contra la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Burgos en los autos de concurso de acreedores 317/2014, y con revocación de la misma se dicta otra por la que se desestima la demanda formulada por la administración concursal de Maquinaria Agrícola Molleda SL contra esta última y contra Lemken GMBH & Co KG, a las que se absuelve de todos los pedimentos de la demanda, con imposición a la parte actora de las costas de primera instancia y sin hacer imposición de las costas causadas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, **no** tificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.