



REVISTA LEX MERCATORIA  
ISSN 2445-0936



Vol. 10, 2019. Artículo 5  
<https://doi.org/10.21134/lex.v9i2.1624>

# LA INSTRUMENTACIÓN DE UNA DEUDA PREEXISTENTE EN PAGARÉS PREVIA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

---

**José Carlos Espigares Huete**

Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Miguel Hernández de Elche

## I.- Planteamiento: *ingeniería del jurista* y acto concreto que se pretende rescindir.

Resulta imposible realizar una lista cerrada de actos rescindibles en sede concursal: no es necesario, ni parece razonable. Pero sí estamos obligados a reflexionar, y a posicionarnos, cuando la realidad nos descubra nuevos supuestos susceptibles de esa posibilidad. La ampliación del catálogo de actos rescindibles nos permite pertrecharnos dogmáticamente cada vez mejor, precisando los puntos capitales de esta doctrina. *La ingeniería del jurista*, en célebre formulación de ASCARELLI, explica que el legislador sea siempre sensible a este inagotable quehacer –interesado o no, parcial o no; aunque siempre en una tensión de creatividad permanente-. En el ámbito de la reintegración concursal también se hace patente este conflicto: porque “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” (art. 71.1 LC). Después se podrá articular todo el sistema de presunciones que se quiera, como así sucede (art. 71. 2 y 3 LC), pero el perjuicio patrimonial dependerá de las singularidades del acto realizado que se pretenda impugnar. Esto eleva a la categoría de fundamental la elaboración de la mejor doctrina. Las decisiones judiciales sobre la reintegración concursal, en este sentido, son muy numerosas. Y existe hoy, además, todo un cuerpo de doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo.

Queremos plantear en nuestro trabajo un supuesto muy particular. Es el caso de la eventual rescisión concursal del *acto de instrumentación de una deuda preexistente en pagarés*, que en el caso particular está vinculada al otorgamiento simultáneo de una garantía hipotecaria. Estas

reflexiones se producen en el marco de un concreto incidente concursal de reintegración. Tenemos la *Sentencia núm. 118/2016 del Juzgado de lo Mercantil N.º. 3 de Alicante* y la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 230/17*. No sabemos si el TS llegará a pronunciarse, pero se ha interpuesto Recurso de Casación. Aunque lo cierto, y esto es lo que más interesa a quien escribe, es que ninguna de las sentencias se pronuncia a propósito del perjuicio patrimonial que pudiese suponer la emisión de los pagarés. Sí, en cambio, en relación al otorgamiento de la garantía hipotecaria. Vamos a examinarlo.

El administrador concursal de la mercantil ELCHE CLUB DE FUTBOL S.A.D. interpuso demanda incidental de ejercicio de acción rescisoria y de reintegración a la masa, prevista en los artículos 71, 72 y 73 de la Ley Concursal contra la entidad concursada ELCHE CLUB DE FUTBOL, S.A.D., y contra la mercantil ALS S.A.U

Los hechos en los que se fundamentaba la demanda fueron los siguientes. La entidad ELCHE CLUB DE FUTBOL S.A.D. fue declarada en concurso voluntario de acreedores por Auto de fecha 6 de agosto de 2015. Esta entidad otorgó **garantía hipotecaria con fecha 20 de agosto de 2014** a favor de la también demandada ALS S.A.U Esta garantía se otorga en virtud de escritura pública con el siguiente tenor: **“En garantía de la obligación de pago asumida por los pagarés emitidos y reseñados en el expositivo II anterior a su vencimiento reseñado, que asciende a la cantidad global de DOS MILLONES CIEN MIL EUROS (2.100.000,00), así como de la cantidad hasta un máximo del 20% del principal que se fijan para atender a las costas y gastos que se causen en la reclamación judicial de la obligación, y además por intereses de demora del principal de los pagarés en caso de impago, hasta un máximo de doce meses, calculados al tipo del 12%, la Entidad ELCHE CLUB DE FUTBOL, SAD,**

*constituye hipoteca sobre las fincas descritas a favor del tenedor o tenedores presentes o futuros o endosatarios de dichos pagarés." La entidad ALS S.A.U., Sociedad Unipersonal, como primer tenedor de los pagarés, acepta la hipoteca constituida (...):"*

La garantía se otorgó dentro del período de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso; en particular, menos de un año antes de la declaración de concurso. Pero además – lo que parece importante en atención al carácter constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca, es el **11 de mayo de 2015** cuando se otorga nueva **escritura pública de subsanación de la anterior hipoteca**, procediendo a su **inscripción registral el 14 de mayo de 2015**. **Hay que destacar igualmente que** la deudora presentó la comunicación del artículo 5 bis LC, situación que fue declarada por el Juzgado por Decreto de fecha 18 de febrero de 2015.

La codemandada, "ELCHE CLUB DE FÚTBOL, S.A.D.," adeudaba a la también codemandada "ALS S.A.U.U.," desde el verano de 2013, unas cantidades de dinero como consecuencia de la realización de unas obras de remodelación del estadio de fútbol de la entidad. La realización de dichas obras se pactó en un contrato de obra de 24 de junio de 2013. El plazo en que se debían pagar las obras, según el clausulado contractual, era dentro de los 60 días siguientes a cada certificación mensual de las obras realizadas. El ELCHE CLUB DE FÚTBOL, S.A.D. no pagó la totalidad del importe de las facturas emitidas y las partes acordaron, varios meses después (concretamente, el 20 de agosto de 2014) la emisión de unos pagarés para atender la deuda impagada. Es para garantizar el pago de estos pagarés cuando se otorgó la garantía hipotecaria descrita. El ELCHE C.F., S.A.D., con ocasión del otorgamiento de esta garantía reconoció adeudar a ALS S.A.U.U. la suma de 2.100.000 Euros. En la citada escritura, se mani-

fiesta que " (...) **La Entidad ELCHE CLUB DE FUTBOL, S.A.D. debe a la Entidad ALS S.A.U., Sociedad Unipersonal, que trae causa de la ejecución por parte de la Entidad ALS S.A.U., Sociedad Unipersonal de las obras de remodelación del Estadio Martínez Valero, propiedad de la Entidad ELCHE CLUB DE FUTBOL, S.A.D., según contrato suscrito entre las partes con fecha de 24 de junio de 2013, e incluye principal, intereses y gastos de devolución de efectos impagados, la cantidad de DOS MILLONES CIEN MIL EUROS (2.100.000, 00), comprensivas de capital e intereses; y convienen la regulación e instrumentación de la deuda mediante la emisión por parte de la Entidad ELCHE CLUB DE FUTBOL, S.A.D., de once pagarés"**. Parece claro, en consecuencia, que la garantía hipotecaria otorgada con fecha 20 de agosto de 2014 es una **garantía real a favor de una obligación preexistente** con causa en el "contrato privado de ejecución de obra con suministro de materiales" **de fecha 24 de junio de 2013**.

Toda la "instrumentación" de la deuda preexistente en once pagarés, y la garantía real que se otorga, se realizan dentro del período de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso; en particular, menos de un año antes de la declaración de concurso. De estos once pagarés, con vencimientos entre 30 de agosto de 2014 y 25 de julio de 2015 y cuyo principal ascendía a un total de 2.100.000 Euros, sólo se abonó la suma de 375.000 Euros. Y, por esta razón, la acreedora solicitaba en la comunicación de créditos que se le reconociese un crédito privilegiado especial del artículo 90.1.1º LC por principal de la diferencia (1.725.000 Euros) entre esa cantidad pagada y los 2.100.000 Euros de deuda reconocida en la escritura e instrumentada en los once pagarés. También, además, un crédito privilegiado especial del artículo 90.1.1º, en relación con el 92.3LC, por intereses de demora generados por el impago de

los pagarés garantizados con la hipoteca anteriormente descrita por importe de 85.561,63 Euros.

La administración concursal, a partir de estos hechos, ejercita una *acción rescisoria y de reintegración concursal* contra la deudora concursada, ELCHE CLUB DE FUTBOL S.A.D. y la entidad acreedora ALS S.A.U. UNIPERSONAL. Se impugnan, y esto es de especial interés, los actos de la deudora concursada de fecha **20 de agosto de 2014**, por los que en virtud de la escritura pública referenciada se procede a la *“instrumentación en pagarés de la obligación preexistente* y el otorgamiento simultáneo de **garantía real hipotecaria** para su pago. También se solicita igual efecto rescisorio respecto a la subsanación posterior de fecha **11 de mayo de 2015** solicitando la inscripción de la hipoteca. No se olvide, por lo demás, que la fecha de la declaración de concurso es el **6 de agosto de 2015**.

## II.- Presupuestos de la acción rescisoria concursal y de reintegración de la masa que se ejercita en el supuesto discutido de acuerdo con lo previsto en el art.71.1 y 71.3. 2º de la lc.

El art. 71.1 LC dispone 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 hubiese existido intención fraudulenta»*. Precisa el art. 71.3. 2º LC que *«Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: (...) 2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas»*.

De los presupuestos legales para el ejercicio de esta acción, dos se ofrecen como requisitos de un carácter prevalentemente objetivo. No de-

ben originar, en consecuencia, duda interpretativa alguna. En primer lugar, la exigencia de la *declaración previa de concurso del deudor*; en segundo lugar, la necesidad de *que los actos del deudor objeto de la impugnación se hayan realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de esta declaración*. Ambos requisitos parecen concurrir claramente en el supuesto litigioso.

### II.1 - La declaración previa de concurso del deudor.

La entidad es declarada en concurso voluntario de acreedores por **Auto de fecha 6 de agosto de 2015**. En cuanto a la declaración previa de concurso del deudor conviene subrayar que la reintegración de la masa tiene su razón de ser precisamente en torno a esta declaración: *« (...) en la normal falta de coincidencia entre el momento en que comienza la crisis de un deudor y aquel otro en que se produce la declaración judicial de concurso, a fin de suprimir los efectos derivados de una actuación del deudor en perjuicio de sus acreedores realizada en ese período»*. Se comprende entonces la importancia de cualquier actuación del deudor (y/o de sus acreedores), previa a esta declaración. Nos referimos a cualquier actuación que pueda incidir, de alguna manera (para valorar el carácter perjudicial de un acto o la buena o mala fe de la contraparte en el mismo), en una reintegración posterior.

### II.2 - Actuación del deudor realizada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Los actos del deudor objeto de impugnación se han realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

En este incidente se impugnaron, en los términos que hemos referido anteriormente, los actos

de “instrumentación” de la deuda preexistente entre la entidad concursada y la entidad acreedora citada de fecha **20 de agosto de 2014**: la “instrumentación” en pagarés de la deuda preexistente y el otorgamiento simultáneo de garantía real hipotecaria para su pago (también la subsanación posterior de este acto, llevada a cabo el 11 de mayo de 2015, por la que se subsana y solicita la inscripción de la hipoteca). Tales actos, consecuentemente, se *realizan* dentro del período de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso; en particular, el 20 de agosto de 2014, esto es menos de un año antes de la declaración de concurso. Y sin olvidar, para un eventual mayor reproche, que es el **11 de mayo de 2015** cuando se otorga *escritura pública de subsanación de la hipoteca anterior*: procediendo a su inscripción registral el 14 de mayo de 2015 (**menos de tres meses** antes de la declaración de concurso). La declaración de concurso, como hemos advertido, se realiza por Auto de fecha **6 de agosto de 2015**.

### **II.3 - Los actos que se impugnan: la singularidad de la instrumentación de la deuda en pagarés.**

Es conveniente una aclaración relativa a *los actos que se impugnan*. Hemos indicado que se trata de la “instrumentación” en pagarés de la deuda preexistente y el otorgamiento simultáneo de garantía real hipotecaria para su pago (20 de agosto de 2014). También el acto de subsanación posterior de este acto a instancia de la contraparte, por la que se subsana y solicita la inscripción de la hipoteca (11 de mayo de 2015). Debemos reparar, por si pudiese suscitarse alguna duda, en que existe unanimidad sobre la necesidad de una interpretación flexible de la noción de acto. De modo que lo que deba entenderse exactamente por acto del deudor desmerece un poco en aten-

ción al carácter perjudicial de su actuación. Todo aquello que sea perjudicial para la masa y que derive directamente de la esfera de la voluntad o del poder de decisión del deudor (actuando por sí o por un tercero en virtud de la oportuna representación), podrá ser objeto de impugnación. No erramos al afirmar, por tanto, que cualquier negocio jurídico -unilateral, bilateral o plurilateral- es susceptible de ser impugnado si resulta perjudicial, con lo que la gama de actos del deudor es bastante amplia. Más aún, porque se ha llegado a decir que lo determinante para la aplicación de la norma es el perjuicio a la masa, «aunque no se instrumente en forma contractual» o «ni siquiera como negocio jurídico», y que ha de entenderse incluida «cualquier operación jurídica» por la que el deudor asuma «cualquier tipo de obligaciones o realización de pagos o extinción de obligaciones».

### **II.4 - ¿Se trata de una actuación perjudicial para la masa, concurriendo la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.2º LC?**

Los actos realizados por el deudor, según preceptúa el art. 71.1 LC, han de ser *actos perjudiciales para la masa activa*, determinando este presupuesto el verdadero carácter del nuevo régimen de reintegración. Y la cuestión se aligera sensiblemente, no lo olvidemos, por el régimen de presunciones de tal perjuicio que el legislador proporciona. Así sucede, en este sentido, con la **presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3. 2º de la LC**, en tanto que « *Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: (...) 2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*». Es claro, a nuestro juicio, que en el supuesto en examen **concorre el hecho base de esta presunción del**

**perjuicio patrimonial.** La **garantía hipotecaria** otorgada con fecha **20 de agosto de 2014**, y que se subsana para su inscripción el 11 de mayo de 2015, es una garantía real a favor de una **obligación preexistente** con causa en el “contrato privado de ejecución de obra” de fecha **24 de junio de 2013**.

*II.4.A).- La presunción del perjuicio patrimonial del art.71.3.2º LC: la constitución de una garantía real a favor de una obligación preexistente.*

**Esta presunción del perjuicio patrimonial del art.71.3.2º LC es determinante, si quiera sea parcialmente, de la carga de la prueba en este incidente.** Porque la carga negativa recae por imperativo legal en los demandados [Refiere la STS 105/2015, de 10 de marzo, que “La jurisprudencia concibe el *perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado* «en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa ( art. 76 LC ) y, además, debe carecer de justificación» (Sentencias 629/2012, de 26 de octubre ; 487/2013, de 10 de julio ; 100/2014, de 30 de abril ; y 428/2014, de 24 de julio ). Fuera de los supuestos regulados en el apartado 2 del art. 71 LC en los que se presume iuris et de iure el perjuicio (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), «en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no

perjudica a la masa activa» (Sentencia 629/2012, de 26 de octubre)]”.

No sería difícil para la administración concursal, en todo caso, acreditar el perjuicio patrimonial que se presume legalmente respecto a la garantía otorgada. Y algo parecido sucede con el perjuicio derivado de la “*instrumentación*” de la obligación preexistente mediante los pagarés emitidos en su día. Para nosotros, como en su día para la demandante, el perjuicio patrimonial objetivo es evidente cualquiera que sea la valoración que se haga de la “*instrumentación*” de la deuda preexistente y de la garantía real otorgada.

Conviene advertir, no obstante, que la ***Sentencia núm. 118/2016 del Juzgado de lo Mercantil Nº. 3 de Alicante*** sitúa sus reflexiones en torno a la existencia de dos actos diferenciados de impugnación: lo que podría determinar, ciertamente, una distinta distribución de la carga de la prueba. Sostiene que « (...) a criterio de este tribunal, y a diferencia de la tesis sostenida por la Administración concursal, se está ante dos actos, por razón del propio principio de accesoriedad de la garantía hipotecaria, conforme ha venido sosteniendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con apoyo normativo en los arts. 1528, 1857 y 1876 del Cc; y arts. 104 LH y arts. 178 y 179 RH, así como la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN de 14 de septiembre de 2002), pues como se reitera, la hipoteca tiene carácter accesorio con respecto al crédito garantizado y presupone una deuda ya existente o en trance de formación; lo que implica su íntima dependencia (RDGRN de 5 de noviembre de 1999)». Esta distinción, a su juicio, tiene consecuencias de la mayor importancia: « (...) la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial del art. 71.3, que se presume de constituir garantías reales en el periodo sospechoso, no opera al respecto de los pagos de los pagarés, pues se trata de actos o negocios escindibles y no con-

fundibles. La anulación de la garantía no conlleva la de la obligación. Y ello conlleva consecuencias desde el punto de vista de la carga de la prueba: la Administración concursal debe estar en situación de probar que los pagos son perjudiciales para la masa, lo que exige un juicio crítico jurídico y económico del acto concreto».

*II.4.B).- ¿Dónde reside el perjuicio patrimonial en este caso? Menoscabo cualitativo injustificado de la masa activa, falta de proporcionalidad alguna de la garantía emitida y de un objetivo claro y de saneamiento patrimonial en el corto y medio plazo.*

La sobrevaloración de la garantía hipotecaria que se emite resulta sorprendente, pues la hipoteca recae sobre bienes que exceden con mucho el valor del crédito garantizado. No hay proporcionalidad alguna de la garantía emitida, si tenemos en cuenta la desproporción existente entre la deuda preexistente y el valor muy superior de las fincas hipotecadas en garantía. Resulta fundamental reparar, a nuestro juicio, en el perjuicio que debe valorarse a estos efectos: así, además del correspondiente a la alteración manifiesta del *principio de igualdad de trato de los acreedores que concurre, el injustificado menoscabo cualitativo de la masa activa*. Y es que no parece razonable negar la grave afectación cualitativa del patrimonio de la concursada que comporta la constitución extemporánea de la garantía real hipotecaria; más aún, como decimos, teniendo en cuenta la desproporción existente entre la deuda preexistente y el valor muy superior de las fincas hipotecadas. Esta afectación, por la propia naturaleza de las cosas, incide negativamente en la capacidad de crédito del deudor: *sin que la actuación impugnada responda a ningún objetivo, o al menos a un objetivo claro, de saneamiento patrimonial*.

Un análisis sereno de la operación impugnada nos permite reafirmarnos en esta posición. Porque adviértase igualmente que se emiten once

pagarés y se garantizan mediante la hipoteca que se otorga. De los once sólo se pagan a su vencimiento los tres primeros pagarés, quedando impagados automáticamente el resto: y deveniendo, en perjuicio de la masa, un crédito por intereses de demora de 85.561, 63 € - según reconocimiento posterior que solicita la acreedora en el concurso; como crédito con privilegio especial, además, en tanto que se otorgó la garantía real que igualmente ahora se impugna.

La secuencia temporal, en una estricta valoración jurídica, también es muy significativa: porque la *“instrumentación”* de la deuda preexistente en pagarés, y el otorgamiento de la garantía hipotecaria, se produce el 20 de agosto de 2014. Y ya el 30 de octubre, apenas algo más de dos meses después, vuelve a iniciarse la situación de impago. Ahora de un modo irreversible y con las consecuencias que se describen. Nos parece muy sugerente, en este sentido, extrapolar desde el sentido común alguno de los requisitos exigibles para la no rescisión de los denominados acuerdos de refinanciación de deuda previos al concurso. No olvidemos que incluso estos pueden rescindirse si no existe un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial *en el corto y medio plazo* (art. 71. bis.1.a) LC). Y otro tanto cabe decir sobre el valor y la proporcionalidad debida de las garantías emitidas (art.71.bis.2.c y 4 LC).

Opinión distinta, sin embargo, es la mantenida por la *Sentencia núm. 118/2016 del Juzgado de lo Mercantil N.º. 3 de Alicante*. No la compartimos, pero conviene no olvidarla. Considera que no puede apreciarse desproporción entre la garantía hipotecaria y la deuda, pues « (...) la ejecución hipotecaria del estadio es absolutamente inviable. No obstante, no es ocioso recordar aquí y en tal sentido, la SAP Secc. 8ª de Alicante, de fecha 19 de septiembre de 2013, en la que se con-

sidera (FD Tercero) al respecto de la constitución de una garantía hipotecaria y su posterior ejecución, que " (ii) la ejecución hipotecaria dependerá de las vicisitudes del cumplimiento del préstamo, circunstancias que se ignoran en el momento de la constitución...". A efectos dialécticos, podría pensarse que, por ello, la garantía hipotecaria se constituyó a los efectos de beneficiar a los acreedores ante un hipotético proceso concursal; pero hechos objetivos revelan, a juicio de este tribunal, que esa situación no fue la representada por los contratantes de la garantía: el primero, que ya se habían realizado pagos a cuenta durante el ejercicio 2013 (351.713,86.-€); el segundo, que también posteriormente, en 2014, se hicieron pagos (pagarés de marzo, abril y junio de 2014, en total, 400.000,00.-€), tras retirarse el juicio cambiario reclamando el pagaré de enero de 2014); pagos éstos últimos también realizados dentro del periodo sospechoso de dos años y que no han sido combatidos; tercero, que tras la suscripción de la garantía hipotecaria, también en 2014, se atendieron pagos por importe de 375.000,00.-€, tras el otorgamiento de la garantía (únicos combatidos mediante la presente acción rescisoria); y cuarto, y último, que la empresa ALS S.A.U realizó a fondo perdido, el 31 de julio de 2015 (una semana antes de la declaración de concurso) y mediante transferencia bancaria (un pago de 100.000,00.-€) para conseguir evitar, junto con otros pagos procedentes de otras empresas y particulares, muy vinculados con el club, su descenso administrativo (...). De otro orden de cosas, y a los efectos de valorar el perjuicio patrimonial, en el caso que nos ocupa, atendiendo la valoración del estadio y del aparcamiento –incluso reconocido en el propio concurso de acreedores– determinada en escritura de constitución de hipoteca –mediante tasación de sociedad de tasación inscrita en el Banco de España– de 52 millones de euros, el hecho de que se constituya hipoteca garantizan-

do la devolución de pagarés por importe total de 2,1 millones, supone una disminución valorativa de 4,03%; y un correspondiente perjuicio patrimonial únicamente en ese importe. Ciertamente. Pero no entiende este tribunal que ese perjuicio del 4,03% sea injustificado atendiendo a las circunstancias concurrentes en la suscripción de la garantía, cual era la necesidad de refinanciación de una operación crediticia ya fallida, ante la situación del club al tiempo de otorgarse, a pesar de las primeras garantías otorgadas, que nunca fueron ejecutadas –a excepción de una demanda judicial por un pagaré, de la que posteriormente se desistió–, y con el objetivo declarado de permitir al club la necesaria tesorería que le permitiera afrontar con garantías su futuro próximo, que, a la fecha de la concertación del préstamo, se presentaba del todo halagüeño, al disputarse la competición en Primera División, con mejoras previsibles en los derechos audiovisuales –que se pignoraron después para garantizar deuda con la AEAT– y de recaudación en taquilla y publicidad por el incremento de público. Y desde luego, el acto cuestionado no carece de justificación, pues viene a continuar la línea iniciada con la prenda de derechos de crédito audiovisuales y la emisión de pagarés para garantizar la deuda por las obras realizadas en el estadio.».

*II.4.C.- El perjuicio para la masa. La "instrumentación" de la deuda preexistente en pagarés y el otorgamiento simultáneo de garantía real hipotecaria. Espiral de intereses y alteración manifiesta del principio de igualdad de trato de los acreedores.*

El perjuicio que sustenta la acción rescisoria que se ejercita en el caso en examen, a nuestro juicio, es doble. El perjuicio para la masa, existente ya en la fecha en que se realizó el acto que se impugna-, **se acrecienta con la "instrumentación" en pagarés** de la deuda preexistente: para otorgar simultáneamente, así y en sorpresiva uni-

dad de acto, la garantía hipotecaria. Obsérvese que, independientemente del principal debido, lo que venían siendo **intereses** de esta deuda preexistente pasan ahora, por generosa disposición de la concursada, a constituir parte del importe principal de los pagarés emitidos. Estos pagarés devengarían también los correspondientes intereses de demora sobre tales cantidades si resultasen impagados: impago más que previsible en atención a la débil situación patrimonial de la concursada, a la inmediatez de los pagos que debía efectuar y al nulo cumplimiento que hasta la fecha de otorgamiento de la garantía había caracterizado a la concursada en relación a la misma obligación preexistente (impagada, en su primera factura y sucesivas –como refiere el demandante-, desde el 10 de julio de 2013). De este modo sucede que el impago se había producido antes; y se produce también después (apenas algo más de dos meses después de la emisión de los once pagarés, sólo tres de los cuales son abonados).

Y esta **espiral de intereses** (152.230, 33 € por “liquidación de intereses moratorios” de 12 de diciembre de 2013, anteriores a la emisión de los pagarés; 164.483,53€ de “intereses financieros por la deuda pendiente según acuerdo de fecha 20 de agosto de 2014”; y, además, 85.561, 63 € de “intereses de demora derivados del impago de los pagarés”) choca frontalmente con dos disposiciones de especial incidencia en la salvación de la empresa que el legislador sitúa en el centro del sistema. No es sólo que la Ley determina la *suspensión del devengo de los intereses* una vez declarado el concurso (art.59 LC), salvo precisamente para los correspondientes a los créditos con garantía real, sino que también los créditos por intereses de cualquier clase devengados anteriormente deben tener la consideración de *créditos subordinados* (art. 92.3º LC). El perjuicio es, por tanto, doble: la emisión de los pagarés (que permite convertir en principal lo que

eran intereses, en claro perjuicio para la masa) y la constitución de la garantía real para garantizar el pago (que privilegia, sin distinguir entre principal e intereses de la deuda preexistente –y sin distinguir entre los devengados antes y los devengados después de la declaración de concurso-, el cobro de la totalidad de la deuda impagada).

Por estas razones creemos, como por lo demás igualmente defiende el demandante, que además del injustificado menoscabo cualitativo de la masa activa debe valorarse el perjuicio correspondiente a la **alteración manifiesta del principio de igualdad de trato de los acreedores**: que se produce por la “instrumentación” de la deuda preexistente en pagarés y el otorgamiento simultáneo de garantía real hipotecaria.

La jurisprudencia, en este sentido, acoge mayoritariamente esta interpretación amplia del perjuicio asentada en una interpretación sistemática y finalista o teleológica del sistema legal de reintegración concursal. Así considera que el perjuicio concurre no sólo con el menoscabo, detrimento o disminución del activo patrimonial o del valor de los bienes de la masa, sino también con la lesión de la igualdad que debe mediar entre los acreedores concursales. Así, la STS, 105/015, de 10 de marzo de 2015, o la STS, 652/2012 de 8 de noviembre de 2012. Recordemos que ya la SAP de Barcelona de 8 de enero de 2009 precisaba, en particular, que: *«La norma (...) admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro»*. La consecuencia es que se produce un daño para la masa pasiva

con la satisfacción del derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores: estaríamos ante «una alteración injustificada de las preferencias de cobro que pudieran corresponder a los acreedores concurrentes». Esta disminución de la garantía de cobro, producida por la aminoración del activo del deudor, se identifica pues con la ruptura del principio de la par condicio creditorum, «regla que subyace en la redacción del art. 71 de la LC» y que «debe orientar su interpretación». Y frente a la alegación expuesta por la recurrente consistente en «que la par condicio creditorum únicamente rige una vez declarado el concurso, pero no antes», señala la SAP de Valladolid núm.272/2009 (Sección 3), de 15 de octubre de 2009, que **«Ciertamente es que este principio es uno de los pilares del concurso, pero sus efectos se extienden a la fase preconcursal a través precisamente de esta acción de rescisión»**. Sigue así el TS el criterio de las SSAP de Barcelona, núm. 3/2009, de 8 de enero de 2009 y de Madrid de 19 de diciembre de 2008 al sostener que **la acción regulada en el artículo 71 LC persigue el respeto de la regla del trato paritario de los acreedores en el contexto preconcursal**, aunque esto suponga una interferencia del derecho concursal en el principio de seguridad del tráfico: «(...) esta afectación es de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso, con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal». El régimen de presunciones que establece el legislador, y en particular por lo que se refiere a algunas de ellas (art. 71.2 y 3 LC),

demuestra «que se contemplan algunas operaciones que no sólo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores» [SSAP de Valladolid núm.272/2009 (Sección 3), de 15 de octubre de 2009, y núm. 124/2009 (Sección 3), de 7 de mayo de 2009, SSAP de Barcelona núm. 3/2009 (Sección 15), de 8 de enero de 2009, y de 1 de febrero de 2007, SAP de Madrid núm. 311/2008 (Sección 28), de 19 de diciembre de 2008 y SAP de Vizcaya núm.408/2008 (Sección 4), de 12 de junio de 2008)].

Nuestra posición, por tanto, nos lleva a defender en el caso concreto que analizamos una alteración manifiesta del principio de igualdad de trato de los acreedores: que es consecuencia directa de la “instrumentación” de la deuda preexistente en pagarés y del otorgamiento simultáneo de garantía real hipotecaria. Tales actos comportan, a nuestro juicio –y por las razones expuestas-, un sacrificio patrimonial injustificado para la masa.

Pero la **Sentencia núm. 118/2016 del Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Alicante** mantiene en el caso en examen una posición singular. En realidad representa una interpretación restrictiva no ya del perjuicio patrimonial, sino del perjuicio que derivase de una eventual desigualdad de trato de los acreedores concursales. Nos permitimos transcribirlo literalmente, porque refleja la tensión existente en este punto en cuanto a la delimitación del perjuicio patrimonial: « El problema de la cuestión radica en fijar qué se entiende por perjuicio (con carácter general), cuestión que la doctrina mayoritariamente resuelve entendiendo que el perjuicio puede que se produzca no solo cuando hay una minoración del activo sin que se produzca el correlativo del pasivo, sino también cuando exista una disminución del conjunto de bienes y derechos sobre los que está llamada

a obtener satisfacción la colectividad de acreedores, provocando que la cuota de satisfacción de los acreedores ordinarios sea menor (...). Un sector de la doctrina considera que la pretendida regla de igualdad no ha existido nunca. La idea de que la distribución de las pérdidas entre todos los acreedores se ha de hacer por igual y de forma paritaria nunca se ha concretado, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características (en tal sentido, la SAP Barcelona Secc. 15ª, de 5 de octubre de 2006) (...). Desde este punto de vista, no es cierto que altere la *par conditio* el hecho de hacer pagos a un acreedor con preferencia a otros. Como apunta la jurisprudencia (SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 8 de enero de 2009), en todo concurso se produce un trato desigual de los acreedores en las fechas anteriores a la insolvencia, como consecuencia del hecho de que unos créditos han sido pagados y otros no.) (...) *Como aclara la jurisprudencia reciente del TS, aunque el perjuicio guarda relación con la paridad de trato, tampoco cabe equiparar ambos conceptos, pues ello nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso, como sería cualquier garantía real o incluso los pagos de obligaciones vencidas y exigibles ().* El TS acudió a la regla de igualdad de trato para justificar la rescisión de pagos realizados en circunstancias excepcionales, fundamentalmente, por ser realizados muy cerca de la declaración de concurso (SSTS de 26 de octubre de 2012 y 10 de marzo de 2015). (...) *El concepto que actualmente prevalece en la jurisprudencia del TS, con origen en la doctrina de la AP Barcelona, es el de sacrificio patrimonial injustificado* (SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 6 de febrero de 2009 y 30 de junio de 2014). Las SSTS de 16 de septiembre de

2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que “provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado” (SSTS12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos “que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la *par conditio creditorum* (paridad de trato de los acreedores)” ».

La **Sentencia núm. 118/2016 del Juzgado de lo Mercantil N.º. 3 de Alicante** excepciona en el caso concreto la doctrina que proclama. Lo hace sólo a propósito de la “capitalización de intereses de demora” que comporta la emisión de los pagarés. Esta resolución, ciertamente singular, es revocada posteriormente por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante Núm. 230/17. El Juzgador de Primera Instancia niega, con carácter general, la existencia de perjuicio patrimonial tanto de la garantía no contextual otorgada como de los pagos de los pagarés efectuados con carácter previo a la declaración de concurso. Esto, y aquí radica particularmente su singularidad, salvo por lo que se refiere a la capitalización de intereses de demora. Difícil delimitación, para nosotros, la que se pretende: porque la técnica rescisoria la dificulta en extremo. Y porque cierta oscuridad es reseñable, creemos, en relación al régimen de los intereses moratorios frente al de los intereses simplemente remuneratorios o como precio del dinero. Tiene el mérito, sea como fuere, de buscar un equilibrio de justicia material en la resolución a partir de una determinada convicción judicial.

Muy ilustrativa es la argumentación propuesta, que conduce a la rescisión parcial de la garantía hipotecaria impugnada: «Opinión distinta nos

merece la *capitalización de intereses de demora* a través de las facturas aportadas como doc. nº 8 de la demanda (Factura V-FAC-13-00347, de 12 de diciembre de 2013, correspondiente a la liquidación de intereses de demora según cuadro adjunto de la obra de reforma y ampliación del Estadio Martínez Valero, importe 152.230,33.-€), y doc. nº 14 de la demanda (Factura V-FAC-14-08-00001, de 25 de agosto de 2014, importe de 164.483,53.-€, correspondiente a intereses financieros de la deuda pendiente conforme al “acuerdo de fecha 25 de agosto de 2014”) (...) Con carácter general, la determinación contractual de intereses de demora, que posteriormente se capitalizan, dota de cobertura causal a la emisión de los pagarés, y que como tales, responden a un acuerdo lícito y con causa (art. 1108 Cc), a adoptar, en su caso, en el marco de una relación civil que ha sido incumplida por el deudor de que se trate (...) Ahora bien, en el caso que nos ocupa, no se aprecia reflejo contractual alguno a la referida estipulación, ni en el contrato de obra de 24 de junio de 2013, ni tampoco en los posteriores acuerdos de refinanciación (Póliza de prenda sobre derechos de crédito de 13 de diciembre de 2013, doc nº 15 de la contestación a la demanda de ALS S.A.U, ni en las escrituras aportadas a la demanda como documentos nº 1 -escritura de hipoteca por pagarés de 20 de agosto de 2014-y nº 2 -escritura de rectificación de la anterior, de 11 de mayo de 2015). Tampoco se ha evidenciado prueba alguna sobre ningún otro acuerdo privado al respecto, coetáneo a la emisión de las facturas, aunque en ellas se determine –unilateralmente- la fecha del acuerdo adoptado. La capitalización de intereses exigiría claramente un previo y expreso acuerdo de devengo de intereses (art. 314 Ccom, en relación con los arts. 1109 y 1755 del Cc) sobre la obligación principal; únicamente un acuerdo sobre intereses de demora permitiría su capitalización a través de las antecitadas facturas y su posterior garantía a

través de los pagarés, la prenda de derechos de crédito, y ulteriormente, a través de la garantía hipotecaria; y todo ello, puesto que estamos ante un pacto de préstamo entre empresarios, distinto a la obligación civil primigenia–contrato de obra origen de la deuda, de 24 de junio de 2013- y que consiste en una refinanciación de la deuda. No estamos ante ninguna deuda comercial a la que pueda aplicarse –incluso de oficio- la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (arts. 4 y 9). Ello no significa que no sea un pago debido de haberse realizado (art. 1756 Cc), sino que desde la perspectiva del perjuicio patrimonial para la masa activa este se evidencia injustificado. Por ello, no puede admitirse preservar privilegio para su cobro en sede concursal, en ausencia de pacto, pues ello evidencia su falta de justificación –ausencia misma de pacto- en tanto que evidente daño patrimonial; como sencillamente puede deducirse, por su falta de reflejo contractual, se desconoce incluso el tipo de interés nominal aplicado a la deuda refinanciada. Por ello, no puede admitirse que se vea preservada su capitalización por una garantía hipotecaria, pues ello sí sería perjudicar claramente a la masa. Se trata de una *questio facti* que solo puede ser resuelta en atención a las circunstancias concurrentes al tiempo de otorgarse las garantías (STS de 8 de noviembre de 2012), sobre las que las codemandadas no han logrado acreditar que con ello se beneficiara a la masa. En tal sentido, las Sentencias del Juzgado de lo mercantil nº 2 de Barcelona, de 25 de febrero de 2005 y 18 de enero de 2006, que acuerdan la rescisión de la hipoteca puesto que no se ha conseguido demostrar qué beneficio para la masa ha producido el acto impugnado, cual es la garantía que se ha constituido sin contraprestación alguna para el deudor; y que, a nuestro criterio, no puede enjuiciarse al mismo nivel que la garantía concedida para obte-

ner el aplazamiento de pago del principal a través de los sucesivos acuerdos suscritos (...)).

Intenta evitar finalmente cualquier reproche de incongruencia que pudiera predicarse de la sentencia. No existe: y en eso estamos claramente de acuerdo: «Ciertamente, la Administración concursal no ha impugnado directamente el acto de emisión de las dos facturas –emitidas ambas dentro del periodo de sospecha de dos años a que se refiere el art. 71.1 LC-; pero sí ha impugnado el acto que las garantiza, cual es la hipoteca ofrecida en su garantía y los pagarés en que se instrumentan, al cuestionar la total operación. Por ello, al dar menos de lo que se pide, no puede cuestionarse de vicio de incongruencia esta resolución, pues como tiene declarado la SAP Bizkaia de 12 de junio de 2008, la sentencia que se dicte debe dar respuesta a la pretensión planteada, en sus estrictos términos, no pudiendo excederse de lo pedido, aunque sí dar menos. Y en este aspecto, este tribunal sí aprecia perjuicio para la masa activa, pues la admisión de una garantía de pago a esa capitalización de intereses, por carecer de reflejo contractual, como sostiene la Administración concursal, sí que evidencia un sacrificio patrimonial injustificado a la masa, por el tratamiento privilegiado que se da a unos intereses, que, como decimos, carecen de reflejo contractual en cuanto a su capitalización. Se admitiría aquí la rescisión parcial de la garantía, en los términos de la SAP Secc. 15ª de Barcelona de 6 de febrero de 2009 (Ponente Sancho Gargallo), en tanto que la misma viene referida a deuda preexistente(capital, importe impagado del contrato de obra de 24 de junio de 2013) y en parte a deuda nueva(deuda por la capitalización de intereses sin reflejo contractual tras el incumplimiento de la obligación de pago del precio de la obra a que se refiere el contrato de 24 de junio de 2013) (...) En consonancia con lo anteriormente argumentado, la demanda inciden-

tal ha de ser estimada parcialmente, y rescindirse parcialmente la hipoteca (art. 73.1 LC y STS de 26 de marzo de 2015), que quedará sin efecto en el importe correspondiente a la capitalización de intereses operada por la Factura V-FAC-13-00347, de 12 de diciembre de 2013 (...) Como tiene declarado la jurisprudencia, a la hora de determinar las consecuencias de la rescisión planteada, el tribunal puede complementar lo pedido por las partes, por aplicación del principio «iura novit curia» (SAP Madrid, Secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008). En particular, el juez puede establecer las consecuencias de la rescisión, y la sentencia puede dar lugar a la cancelación de una carga real, en todo o en parte, que se llevará a cabo en virtud de mandato judicial (STS de 13 de diciembre de 2010). En tal sentido, la SAP Secc. 28ª Madrid, de 5 de abril de 2013, que dispone que si el acto rescindido fuese la constitución de una garantía, el efecto consistirá en la ineficacia de la misma, con las consecuencias que se deriven en cuanto a la clasificación del crédito asociado a ella, que de ese modo perderá el privilegio especial que le sea propio. Aplicada la anterior doctrina al supuesto enjuiciado, la ineficacia parcial de la garantía, en cuanto a la reducción de la cantidad objeto de su cobertura, tiene consecuencias en cuanto a la ulterior calificación concursal del crédito (...)).

*II.4.D.- El perjuicio existe desde el momento de realización del acto, sin que el aplazamiento concedido implique que el acto no sea perjudicial. Situación de debilidad patrimonial de la concursada al tiempo de la realización del acto impugnado.*

No creemos que el aplazamiento concedido sea motivo suficiente para no considerar perjudicial el acto impugnado (en su doble versión de “instrumentación” de la deuda preexistente en pagarés y otorgamiento simultáneo de garantía real hipotecaria). La razón es que, ciertamente, « (...) la onerosidad de la operación objeto de reintegración no implica por sí misma que el acto

no sea perjudicial, puesto que en la apreciación de si ha habido o no perjuicio tiene que atenderse no sólo al interés de las partes en el contrato (...) sino también al sacrificio patrimonial que deben soportar los acreedores concursales como consecuencia de la insolvencia del deudor». Así lo expresa la SAP de Córdoba núm. 223/2007 (Sección 3), de 21 de noviembre de 2007. Recientemente, sosteniendo que no excluye la existencia del perjuicio para la masa que la garantía sea onerosa, la STS 100/2014, de 30 de abril de 2014 y STS 294/2015, de 3 de junio. Puede concluirse, a nuestro juicio, que en una operación semejante al acto que se impugna no sólo concurre perjuicio para la masa hoy, sino que ya existió perjuicio para el patrimonio en el momento de realización del acto impugnado. Y esto, de acuerdo con los términos de la demanda formulada, aunque sea actualmente (ya declarado el concurso), cuando tal perjuicio merezca el mayor reproche. El perjuicio, en consecuencia, existió desde el momento de realización del acto: por falta de proporcionalidad alguna de la garantía emitida, por el injustificado menoscabo cualitativo del patrimonio, por la inexistencia de un objetivo claro de saneamiento patrimonial que garantizase la continuidad de la actividad empresarial a corto y medio plazo, y por la espiral de intereses que generó la “instrumentación” en pagarés de la deuda preexistente y el simultáneo otorgamiento de la garantía. Los actos de la deudora, hoy concursada, fueron en su momento determinantes de un empobrecimiento injustificado de su patrimonio, comprometiéndolo grave e injustificadamente con la constitución de una carga demasiado onerosa y comportando, en conjunto, una falta de equilibrio de las prestaciones objeto del acto impugnado.

Parece evidente, finamente, la situación de debilidad patrimonial de la concursada al tiempo de la realización del acto impugnado. La concreción del perjuicio patrimonial exige siempre una previa

valoración económica del acto que se impugna; en abstracto y en referencia al tiempo en que se realizó. Esa valoración es independiente de la situación de insolvencia en la que actualmente ha de encontrarse el deudor; y también de la concurrencia de este estado en el momento de realización del acto [La SAP de Barcelona núm.184/2008 (Sección 15), de 22 de mayo de 2008, expresa con nitidez esta idea]. No se exige necesariamente, como bien se ha advertido por la doctrina, nexo de causalidad alguno entre el acto del deudor y la situación de insolvencia: no es necesario «que el acto del deudor sea determinante de la impotencia patrimonial» [Vid. LEÓN SANZ, «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», Comentario de la Ley Concursal, T. I, ROJO/BELTRÁN, Madrid, 2004, p.1307. También expresamente, por ejemplo, Vid. GARCÍA-CRUCES, «Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores», en *La reintegración en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, p. 45; CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 365]. Pero sea como fuere, como se indica en la demanda, al tiempo de “instrumentarse” la deuda preexistente en pagarés, y otorgarse la garantía hipotecaria, la mercantil concursada se encontraba en un estado de insolvencia actual no pudiendo cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles (art.2.2 LC). Y este hecho debiese quedar acreditado con el reiterado impago de las obligaciones preexistentes que originan el incidente. Porque en el mejor de los escenarios posibles, en todo caso, no puede discutirse la situación de debilidad patrimonial que ya venía atravesando la entidad y que obligaba a calificarla, cuando menos, de una insolvencia inminente (art.2.3 LC).

La estimación de la acción rescisoria y de reintegración concursal ejercitada comportaría, de acuerdo con el efecto restitutorio previsto en el

art. 73 LC, la extinción de la garantía hipotecaria constituida, recibiendo la masa el beneficio de la liberación de las fincas gravadas. Aunque tal restitución, por el resto, debería ir más allá de la simple extinción de la garantía. Se precisa en la demanda que deberá condenar al acreedor a pagar los gastos de constitución que hayan sido o debiesen ser soportados por la deudora concursada [Véase la SAP Barcelona núm. 58/2009 (Sección 15), de 6 de febrero 2009]. Más problemático es concretar este efecto restitutorio por lo que se refiere a la “instrumentación” de la deuda preexistente en pagarés. Si procede su rescisión, como creemos, y en tanto que la ineficacia comporta dejar a las partes en la situación anterior al acto rescindido por perjudicial, debiese condenarse a que renazca el crédito a favor del acreedor en las mismas condiciones, en cuanto a principal e intereses, que tuviera antes de la emisión de los pagarés, con la correspondiente devolución de los siete pagarés emitidos y pendientes de pago. Igualmente condenarse al acreedor a restituir las cantidades abonadas por la deudora antes de la declaración de concurso, por importe total de 375.000 € y correspondientes a tres de los pagarés emitidos en su día.

Posición diferente es la sostenida por la **Sentencia núm. 118/2016 del Juzgado de lo Mercantil Nº. 3 de Alicante**. El carácter no rescindible de la garantía hipotecaria constituida, en primer lugar, lo fundamenta en la existencia de un sacrificio justificado para la masa: « (...) en el supuesto enjuiciado, a criterio de este tribunal la constitución de la garantía hipotecaria no carece de justificación, pues viene a enmarcarse en el proceso de refinanciación de la deuda derivada de un contrato de obra suscrito en 24 de junio de 2013, suscrito fuera del periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso y cumplido a plena satisfacción del propietario de la obra, la hoy concursada. Contrato que fue exigido

para la necesaria adaptación del estadio Martínez Valero a la a la primera División de la competición liguera. Además, se trata de una garantía que se concede tras haber sido incumplidos pagos anteriores bajo otras garantías, a saber, un contrato notarial de pignoración de derechos audiovisuales de 13 de diciembre de 2013 (documento nº 15 del escrito de contestación a la demanda de ALS S.A.U, no aportado por la Administración concursal), y la instrumentación de la deuda en pagarés, efectos que llevan aparejada la vía ejecutiva cambiaria como privilegio en el cobro. Garantías todas ellas en las que no se acordaba ninguna otra fórmula novatoria para su refinanciación, exigiendo un nuevo acuerdo, que es el plasmado en el contrato de hipoteca en garantía de pagarés».

Para el Juzgador de Instancia es un hecho evidenciado en esta causa a través de la prueba practicada: « (...) que la verdadera voluntad e intención manifestada de AGLOMERADOS LOS SERRANOS S.A.U y la del ELCHE CF S.A.D, con el otorgamiento de los sucesivos contratos aquí enjuiciados, ha sido la de *permitir la refinanciación de la deuda*, concediendo margen temporal de maniobra al club para que atravesara fases comprometidas en cuanto a las temporadas futbolísticas 2013/2014 y 2014/2015 sin ahogos financieros que le impidieran margen de maniobra financiero para acometer fichajes, pago de nóminas y demás obligaciones habituales. Ello ha de contextualizarse al tiempo de constituirse la garantía, tal y como exige la jurisprudencia (STS de 5 de abril de 2016, FD undécimo, apartado 5): la apreciación de la existencia del perjuicio, en aquellos casos en los que la ley no establece una presunción (iuris et de iure) debe realizarse valorando las características del negocio o acto impugnado, su significación en el contexto en el que se encuentra incurso la deudora, y sus consecuencias, para decidir si constituye un sacrificio patrimonial injustificado, en tanto supone una minoración del valor del acto

sobre lo que más tarde constituirá la masa activa del concurso y, además, carece de justificación. Como la dijo la SAP Baleares, Secc. 5ª, de 15 de marzo de 2013, “el perjuicio ha de ser analizado atendiendo al momento en que se realiza el acto o negocio que se pretende rescindir y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificado”. Siendo irrelevante lo sucedido con posterioridad (SAP Madrid, Secc.28ª, de 10 de diciembre de 2008)».

El carácter no rescindible de los pagos, por su parte, se asienta igualmente en la no existencia de perjuicio. Y, sobre todo, en la no prueba del perjuicio por parte de la demandante. La continua refinanciación de deuda, a su juicio, es la determinante de la exclusión de perjuicio patrimonial alguno. Refiere, en particular, que: « (...) siguiendo el mismo razonamiento, entiende este tribunal que los pagos realizados por el deudor en importe de 375.000,00. €, e impugnados por la Administración concursal, como derivados de la constitución de la garantía, aunque conllevan una disminución de su haber, no pueden considerarse perjudiciales para la masa. De hecho, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, goza de justificación y no constituye perjuicio para la masa activa. Además, supone una correlativa reducción de la masa pasiva. En el caso que nos ocupa, los tres pagos fueron realizados tras la refinanciación, y se materializaron atendiendo al vencimiento de los tres pagarés de nominal 125.000,00.-€ correspondientes a los vencimientos de 30 de agosto, 30 de septiembre y 30 de octubre de 2014. La presunción relativa a las obligaciones no vencidas pone de manifiesto que el pago de obligaciones vencidas no genera perjuicio, por más que desiguale a los acreedores, como tiene declarado la SAP Secc. 15ª de Barce-

lona de 8 de enero de 2009. Además, la norma no exige que sea necesaria la existencia de intención fraudulenta (art. 71.4 LC); y es lo que, a juicio de este tribunal, como puso de relevancia la code mandada ALS S.A.U, se da en el supuesto de los tres pagos instrumentados con los pagarés, ya que su vencimiento era anterior a la declaración de concurso, quedando fuera de la presunción establecida en el número 3º del art. 71.3 LC (Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso)».

Insiste la sentencia, finalmente, en la refinanciación de deuda como elemento que excluye el perjuicio en los pagos. Y se olvida así, creemos nosotros, que el sólo hecho de una refinanciación – y menos aún el de una insólita refinanciación permanente: *proceso continuo de refinanciación*, en términos de la demandada – no justifica su oportunidad ni su viabilidad; y tampoco, a los efectos de la demanda que se ejercita, su no rescindibilidad. Dispone la sentencia, sin embargo, que: «En todo caso, no se ha practicado prueba alguna que evidencie que el pago de esas obligaciones vencidas ha causado un perjuicio patrimonial injustificado. La ausencia de prueba a este respecto es notoria, y por ello este tribunal estima que es de aplicación el mismo razonamiento que el propiamente contenido en la estimación de la justificación del otorgamiento de la nueva garantía hipotecaria: la refinanciación de la deuda, que estableció un nuevo aplazamiento, evidencia causalidad en la emisión y pago de los pagarés, que, con el otorgamiento de un mayor plazo para su vencimiento, contribuyeron a la refinanciación de la deuda derivada del contrato de obra».

### III.- La sentencia de la audiencia provincial de alicante núm. 230/17.

Esta sentencia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante. Lite-

ralmente acuerda « (...)la rescisión de la garantía hipotecaria constituida mediante escritura de fecha 20 de agosto de 2014 (subsanaada por otra de 11 de mayo de 2015, e inscrita el 14 de mayo de dicho año), ordenando, por tanto, la extinción de las dos garantías hipotecarias constituidas en ella, así como la cancelación de las inscripciones registrales en su virtud practicadas, desestimando el resto de pretensiones deducidas en la demanda, sin hacer en ninguna de las instancias expreso pronunciamiento sobre las costas (...)». Básicamente sus argumentos son coincidentes con los expuestos por la parte demandante, cuyo planteamiento suscribimos, en relación con la rescisión de la garantía hipotecaria constituida.

Se indica por la Audiencia que: «Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que la constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva un sacrificio patrimonial para la masa activa porque «implica una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito» (STS 100/2014, de 30 de abril) (...) Cuestión distinta es que el sacrificio patrimonial que conlleva la constitución de una garantía real esté justificado, porque sea contextual a la concesión de un nuevo crédito, y no concurra otra circunstancia que le prive de justificación. El Tribunal Supremo considera que son circunstancias que ordinariamente deben valorarse, en estos casos, para juzgar sobre el perjuicio

en los supuestos del art. 71.3.2º LC, que se haya producido una aportación significativa de dinero nuevo (o se amplía el crédito disponible) o que se haya prorrogado importantemente el plazo para el pago de la obligación (...)».

Por las razones expuestas, estima la Audiencia, « Lo que hemos de valorar (...) en el caso que nos ocupa es si, no existiendo entrada de dinero nuevo alguna para ELCHE, la emisión de pagarés y las fechas de sus vencimientos (en el plazo de un año) justificaban la constitución de una hipoteca sobre el activo inmobiliario más importante de la mercantil, cual es su estadio y la zona de aparcamientos (...) Con dispar criterio al mantenido en la instancia, consideramos que tal justificación no existe, con lo que no se ha destruido la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial, por los motivos que, seguidamente, se dirán (...) No se discute que las obligaciones eran preexistentes y que (la acreedora) habían otorgado al ELCHE la posibilidad de su pago, de distintas formas, que revelan, en cualquier caso, una tendencia a reforzar las garantías de su crédito: en un primer momento, mediante pagarés; más tarde, además, mediante una prenda y, por último, con la emisión de pagarés constituyendo, al tiempo, una hipoteca sobre bienes del deudor (...) Ciertamente es que, ante los reiterados impagos (que ponían, indudablemente, de manifiesto la precaria situación económica de ELCHE), (...) no acometieron ninguna vía legal para el cobro de su crédito: no consta que ejecutaran ninguno de los pagarés (tan solo uno y posteriormente desistieron) ni que tampoco ejecutaran la prenda. Que ello pudiera responder a la intención de ayudar al ELCHE y permitir que éste pudiera hacer frente a otras obligaciones de pago, es una circunstancia que carece de relevancia alguna en orden a valorar la constitución de la hipoteca que nos ocupa. Ante unas obligaciones anteriores, impagadas contumazmente por ELCHE, se libraron nuevos pagarés (que no sólo

recogían el importe de la deuda, sino también los intereses) y se constituyó, *ex novo*, una garantía de la que antes carecía el crédito. El breve plazo que se otorgaba para atender los pagarés (once meses) en absoluto justificaba la constitución de una hipoteca sobre los inmuebles referidos. De dichos pagarés, tan solo se atendieron tres».

Y la Audiencia es muy concluyente en este sentido: «No consideramos, por tanto, que la operación enjuiciada encuentre como justificación constituir un acto para la refinanciación de la deuda. No se refinanciaba nada, simplemente se emitían nuevos pagarés (*que representaban la deuda, incrementada con los intereses*) y, con salto cualitativo relevante, se constituyó una hipoteca; hipoteca que, también diferimos del criterio del juzgador de instancia, confiere al acreedor hipotecario todas las posibilidades legales de actuación que, como tal, le corresponden (...) que (la acreedora) en su afán de no obstaculizar la viabilidad del club, concediera sucesivas oportunidades de pago del crédito que ostentaba, y no ejercitara las acciones (derivadas de los pagarés o de la prenda) que, ante el incumplimiento, legítimamente le correspondían frente a ELCHE, no justifica que, concedidos nuevos plazos, se constituyera una hipoteca para garantizar dicho pago. Añadimos, además, que, a la fecha de constitución de la hipoteca ya era más que previsible que ELCHE no podría atender el pago de los pagarés (como de hecho sucedió), visto el importante montante de los mismos y su imposibilidad de hacerlo durante los últimos años, sin que se vislumbrara ningún acontecimiento que significara una mejora sustancial de la situación financiera de la entidad».

Para terminar, siendo así, «En definitiva, se constituyó la hipoteca sin justificación alguna, posiblemente por la mera voluntad de mejorar, ante una más que previsible insolvencia, la situación de un acreedor indudablemente vinculado, además, con el ELCHE (...) Téngase en cuenta que el registro de la hipoteca se produjo muy poco tiempo antes de la presentación de la solicitud de concurso y con posterioridad a la presentación de la comunicación del art. 5 bis LC (...). Por lo dicho, consideramos que la constitución de la garantía hipotecaria es un acto perjudicial para la masa activa, por lo que ha de ser rescindido».

No sucede así, sin embargo, con la instrumentación de la deuda preexistente en pagarés. Para la Audiencia, sin más, «No son rescindibles, por último, los pagos efectuados para atender los tres pagarés a que hemos hecho referencia, pues se trató, simplemente, de actos de cumplimiento de obligaciones exigibles. En este punto, nos remitimos expresamente a los razonamientos contenidos en el apartado 16 de la resolución recurrida, que no quedan desvirtuados por las alegaciones de la parte recurrente». Nos hubiera gustado una fundamentación más elaborada sobre tan sugerente cuestión. Sobre todo si consideramos, como es el caso, que la demandante pertrechó hábil y fundadamente esta pretensión. Todo hace sugerir que esta idea, de la espiral de intereses vinculada a la emisión de los pagarés, se encuentra en el fondo de la convicción judicial formada en ambas instancias a propósito de la rescisión parcial o total de la garantía. Aunque ciertamente con resultados dispares que por su interés invitan a la casación.