

RESUMEN

GUARDA Y CUSTODIA

Ante el fracaso del reinicio de la relación del padre con el hijo a través del régimen de visitas, la única vía que se presenta como idónea para intentar articular una relación real entre ellos es la de concederle la guarda y custodia con la consiguiente revocación de su otorgamiento a la madre, a quien se le otorga el régimen de visitas.

ABSTRACT

GUARDIANSHIP AND CUSTODY

When visiting rights are not enough to provide father and child with the right environment to rebuild their relationship, the only potentially successful way of setting up a real relationship between the two is to grant guardianship and custody of the child to the father, and accordingly to revoke the guardianship and custody granted to the mother and give her visiting rights instead.

1.3. Derechos reales

EL ALCANCE DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN A HIPOTECAS CONSTITUIDAS CON ANTERIORIDAD AL CONCURSO

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende hacer un breve repaso a la situación legal y jurisprudencial en torno a las acciones de reintegración a la masa, cuando el deudor se encuentra en situación de concurso; únicamente nos centraremos en el análisis del alcance de dichas acciones a la constitución de garantías reales de hipoteca previamente constituidas.

II. EL CÓDIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio, antes de la publicación de la Ley Concursal, regulaba el concurso de acreedores —antigua suspensión de pagos y quiebra— en los artículos 870 a 941.

Conforme al artículo 878 del Código de Comercio, una vez declarado en quiebra el deudor, el juez establecía un periodo de retroacción, de forma que todos los actos «de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos». De este modo, todos los actos dispositivos que el deudor hubiera realizado en ese periodo de tiempo quedaban sujetos a la retroacción, y por tanto podía solicitarse la nulidad de aquellos actos de dominio, entre ellos la constitución de hipotecas, que se

declaraban nulas, y el bien dispuesto o hipotecado quedaba reintegrado a la masa del concursado, y por tanto sujeto a las acciones de los acreedores en *par conditio*, sin preferencia alguna; pues la constitución de hipoteca garantizando un crédito determinado anterior, alteraba la misma, y por eso debía reintegrarse.

El TS mantuvo una firme doctrina en el sentido de considerar nulos los actos realizados por el deudor dentro de este periodo de retroacción, y por lo tanto también de las hipotecas constituidas en el mismo, basándose tanto en una falta de capacidad del quebrado o en infracción de una norma prohibitiva. En este sentido baste ver SSTS de 24 de octubre de 1989, 15 de noviembre de 1991, 19 de diciembre de 1991, 11 de noviembre de 1993, 28 de octubre de 1996, 22 de enero de 1999, 25 de octubre de 1999, 2 de diciembre de 1999, 16 de febrero de 2000, 28 de mayo de 2000, 8 de febrero de 2001, 11 de abril de 2002, 30 de septiembre de 2002 y 5 de diciembre de 2002.

Además del periodo de retroacción, podían señalarse determinados periodos sospechosos que varían en función de los actos que se contemplan en los artículos 879-882, en los que se podía impugnar actos concretos anteriores a la quiebra y que la Ley presumía como fraudulentos. Si se producían tales actos en dichos periodos sospechosos, podría solicitarse la rescisión de los mismos, si se dan los presupuestos establecidos en dichos artículos. En concreto el artículo 880.4.^a establecía que «serán fraudulentos y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes a su quiebra si pertenecen a alguna de las clases siguientes: 4.^a Hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior que no tuvieran esta calidad o por préstamos de dinero o mercaderías cuya entrega no se verificase de presente al tiempo de otorgarse la obligación ante Notario y testigos intervenientes en ella».

Este era el sistema de reintegración existente con el Código de Comercio: nulidad absoluta de las hipotecas constituidas en el periodo de retroacción y rescisión por fraudulentas de las hipotecas constituidas treinta días antes de la quiebra si se otorgan sobre obligaciones que antes no estaban así garantizadas.

Este sistema era imperfecto, y el propio legislador introducía excepciones a la nulidad del periodo de retroacción (v.gr., art. 10 de la Ley de Mercado Hipotecario de 1981, art. 11 de la Ley sobre sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores de 1999, etc.). Además, el TS matizó también su postura sobre la nulidad de los actos de dominio realizados en el periodo de retroacción, poniendo de manifiesto lo insatisfactorio de su resultado, en concreto en las SSTS de 22 de marzo de 1985, 17 de marzo de 1988 y 4 de abril de 1989, el Tribunal Supremo llega a afirmar que: «el sistema de retroacción absoluta de la quiebra, con la consiguiente nulidad radical de los actos dispositivos posteriores a la fecha de retroacción, produce efectos perturbadores de la seguridad del tráfico», manifestando que existen otros procedimientos para conseguir la reintegración a la masa sin que se afecte tanto a la seguridad jurídica; pero a pesar de ello, sigue declarando el tribunal que este sistema de retroacción absoluta, a pesar de la inseguridad jurídica, «no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».

De esta forma, surge otra corriente en el propio TS, que aboga por declarar la nulidad sólo de aquellos actos que se hubieran realizado en perjuicio de la masa, inclinándose por una ineficacia relativa, siempre que no se hubiera producido un perjuicio para los acreedores. En este sentido se encuentran

las sentencias de 28 de mayo de 1960, 12 de marzo de 1993 y 20 de septiembre de 1993. Esta corriente jurisprudencial hace una interpretación conjunta del artículo 878.3 del Código de Comercio junto con el antiguo artículo 1.366 LEC, que restringe la legitimación para ejercitarse las acciones de retroacción a los síndicos en los casos en los que los actos dispositivos se hubieran hecho en perjuicio de la masa (1).

Es decir, se cuestiona, por la propia jurisprudencia, los efectos de nulidad absoluta que parecen desprenderse de la retroacción contemplada en el artículo 878.3 del Código de Comercio, y se reclama un cambio.

III. LA LEY CONCURSAL 22/2003, DE 9 DE JULIO

Ante este panorama, el cambio demandado en los efectos de la retroacción y en los procedimientos de reintegración, llegó con la Ley Concursal de 2003, que vino a regular el nuevo concurso de acreedores introduciendo cambios sustantivos.

En lo que se refiere a la reintegración de los bienes del deudor a la masa, el artículo 71 y siguientes de la ley establecen el nuevo régimen. A partir de ahora, y tal y como establece este artículo recogiendo las necesidades puestas de relieve por el propio TS y la doctrina, se olvida el sistema de nulidad y se proclama un sistema de rescisión de aquellos actos perjudiciales para la masa activa, en un periodo de dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiese existido intención fraudulenta (art. 71 LC).

Es decir, se pueden rescindir todos aquellos actos que sean perjudiciales para la masa, sin necesidad de probar el ánimo fraudulento, siempre que se hayan realizado dentro del periodo de dos años. Lo importante es probar el «perjuicio»; prueba que corresponde a quien ejerce la acción rescisoria (art. 71.4 LC); pero para facilitar dicha prueba se establecen dos tipos de presunciones:

- a) *Iuris et de iure*: se presume perjuicio patrimonial cuando se trate de actos de disposición a título gratuito y los pagos de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso (art. 71.2 LC).
- b) *Iuris tantum*: se presume el perjuicio patrimonial cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado y asimismo, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas (art. 71.3 LC).

De este modo, la nueva Ley Concursal cambia radicalmente el panorama legislativo sobre la reintegración a la masa, mucho más acorde, ahora, con los últimos planteamientos jurisprudenciales y doctrinales. Conviene destacar, en la materia objeto de estudio de este trabajo, que se presumen perjudiciales siempre la constitución de garantías reales —v.gr., hipotecas— que vayan a garantizar obligaciones preexistentes, salvo que se pruebe que no sean perjudiciales, en cuyo caso no se rescindirán. Estas hipotecas podrán rescindirse si causan perjuicio para el patrimonio del deudor, porque alteran la *par conditio*

(1) Véase, en este sentido, además de describir la evolución jurisprudencial de los efectos de la retroacción en este periodo, CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho Concursal*, Ed. Colex, Madrid, 2000, págs. 139-166.

creditorum; ya no es necesario el carácter fraudulento, ni tampoco existe la nulidad absoluta anterior.

Por lo tanto, lo importante ahora es determinar qué se entiende por perjuicio patrimonial, o perjuicio para la masa, y en función de ello podrá rescindirse o no determinada constitución de garantías.

Pero, si además, el acreedor hipotecario hubiera constituido dicha garantía posterior al concurso actuando de mala fe, su hipoteca no sólo será rescindible sino que su crédito contra la masa —pues consecuencia de la rescisión es la restitución de las prestaciones, y por tanto el cobro en el momento de la devolución del bien a la masa— se calificará como crédito concursal subordinado; lo que implica que cobrará en último lugar con respecto a la masa patrimonial, incluso de los acreedores ordinarios (art. 73.3 LC) (2).

Ahora el sistema de reintegración pasa de ser general —nulidad absoluta— a un sistema individual en el que debe analizarse caso por caso si existe perjuicio patrimonial, y por lo tanto cabe la rescisión o no.

La Ley no define el perjuicio patrimonial, limitándose a establecer sus presunciones. El perjuicio patrimonial es un concepto jurídico indeterminado, que como dice la SAP de Barcelona, de 22 de mayo de 2008 y 5 de marzo de 2009: «se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa. Según la tesis estricta respecto al concepto del prejuicio patrimonial, éste sólo existirá como el detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, porque previamente hayan salido de la misma o se les haya gravado con cargas inmoderadas (SJM 2 de Bilbao, de 13 de octubre de 2006); mientras que la tesis amplia prefiere hablar de actos perjudiciales para la masa, entendiendo que son todos aquellos que no sólo suponen una reducción patrimonial del concursado, sino también cuando «el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro» (SAP de Barcelona, de 11 de junio de 2007), es decir, que se alteren o perjudiquen los principios que rigen el concurso.

Debemos entender, por tanto, como perjuicio tanto la disminución del activo del deudor, así como el aumento de su pasivo, por ejemplo, por la constitución de un nuevo crédito o el otorgamiento de nuevas garantías o privilegios que alteren la *par conditio creditorum*, sustrayendo de la masa concursal determinados bienes —sobre los que recae la garantía— sometiéndolos a una ejecución singular, perjudicando en definitiva al concurso. En este sentido, en principio, y tal y como recoge la propia Ley se entiende, entonces, que se establezca presunción de perjuicio en ese caso, pues la constitución de una nueva hipoteca a favor de un crédito preexistente, convertiría en privilegiado dicho crédito. Pero, no olvidemos que cabe la posibilidad de que no exista tal perjuicio, y, si así se probara, no habría lugar a la rescisión.

Muchas son las sentencias que recogen la rescisión de hipotecas constituidas en garantía de créditos anteriores, por presumirse el perjuicio patrimonial,

(2) Véase el artículo 73.3 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio: «El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado».

véase, entre otras muchas, SJM 1 de Valencia, de 25 de noviembre de 2005; SAP de Barcelona, de 26 de septiembre de 2006; SSJM 2 de Barcelona, de 25 de febrero de 2005 y 1 de Bilbao, de 29 de diciembre de 2006; SAP de Barcelona, de 11 de junio de 2007.

Pero, como ya hemos dicho el agravante del perjuicio, respecto a las consecuencias de la rescisión, es la mala fe del acreedor. En estos casos, según el tenor literal de la Ley, en su artículo 73.3, la consecuencia de la rescisión no será solamente la restitución de prestaciones, y por tanto el reintegro del bien hipotecado a la masa, y el cobro simultáneo del crédito del acreedor (arts. 73.1 y 2 LC), sino que el crédito del acreedor que actuó de mala fe no se cobra simultáneamente, sino que pasa a ser un crédito subordinado. La aplicación, basada en una interpretación literal de este precepto, ha dado lugar a sentencias no muy acertadas, pues califican un crédito hipotecario como subordinado, por entender que el acreedor hipotecario que lo concedió actuó de mala fe cuando lo hizo para facilitar la refinanciación del deudor.

Es decir, se ha aplicado este artículo 73.3 LC cuando, ante la posible insolvencia del deudor, y el cercano vencimiento de la obligación, el acreedor intenta su refinanciación a través de la constitución de una garantía hipotecaria que asegura dicho crédito, que concede nuevo plazo de vencimiento al deudor, o incluso concede un nuevo crédito garantizado con hipoteca para facilitar el pago de la primera obligación. En este caso, se ha apreciado por los tribunales mala fe del acreedor y se ha calificado el crédito de subordinado.

Así ocurrió en la sentencia del Juzgado número 1 de lo Mercantil de Madrid, de 21 de mayo de 2007, contra el Banco Espíritu Santo, pues el juez calificó como subordinado el crédito que dicha entidad concedió a su deudor para refinanciar su deuda.

El supuesto de hecho era el siguiente: en diciembre de 2004 el Banco Espíritu Santo constituye una hipoteca en garantía de un préstamo anterior que se destina a cancelar los saldos deudores derivados de la cuenta de préstamo suscrita entre las partes. La deudora es declarada en concurso en febrero de 2006. El Banco Espíritu Santo conocía las dificultades económicas por las que atravesaba la concursada, y tal y como dice la sentencia, «el conocimiento que tales dificultades económicas podían acarrear el concurso de la entidad Sistelcom Telemensaje, S. A., movió a la entidad Banco Espíritu Santo a blindar su crédito». Se señala, además, que «el acreedor persiguió asegurarse, cualquiera que fuera la situación que sobreviniera, la percepción de la cantidad que había sido prestada», lo que denota una intención «que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario de más que probable insolvencia del deudor». Y continúa diciendo que esto supone «un detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías»; es decir, el Juez entiende que, desde luego existe perjuicio para la masa, pero además por todo lo dicho que existe mala fe por parte del acreedor, pues conoce la situación de posible insolvencia y concurso, y busca su propio beneficio, y evita, de esta manera, los efectos del concurso, y aplica literalmente el artículo 73.3 LC, «degradando» el crédito. Según la sentencia, la refinanciación realizada sólo produce dos efectos: la constitución de un privilegio especial a favor del Banco Espíritu Santo, y el aumento de la masa pasiva de la entidad; y por eso, entiende que se ha producido el perjuicio patrimonial, que se presume en el artículo 71.3 LC, «cuando se constituyan garantías reales a favor de obligaciones preeexistentes o de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas». En el mismo sentido

do pueden citarse la SJM 2 de Bilbao, de 13 de septiembre de 2006, SJM 2 de Barcelona, de 18 enero de 2006.

Esta sentencia es criticable, desde mi punto de vista, pues aplica literalmente el artículo 73.3 LC, dando por probada la mala fe directamente. Ha de considerarse que existe mala fe, en estos casos, «si se prueba que quien contrató con el concursado sabía o debía saber cuando realizó tal contratación que el negocio era perjudicial para los acreedores» (SJM de Córdoba, de 25 de julio de 2005); es decir, el conocimiento de la situación económica delicada, previa a un concurso, lo que lleva a pensar que el acto que se acaba de realizar puede perjudicar a la masa patrimonial. La mala fe tiene un fundamento objetivo, el perjuicio patrimonial, y no subjetivo —la intención fraudulenta— (SAP de Alicante, de 9 de abril de 2008). Pero, como dice la SAP de Alicante, de 10 de junio de 2008, «resulta insuficiente, para apreciar la mala fe, que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza aquél con intención de perjudicar a sus acreedores, esto es, de lo que se requiere es sustraer bienes en perjuicio de los acreedores. Hay mala fe cuando existe *consilium fraudis*». De esta forma, el simple hecho de otorgar una garantía hipotecaria conociendo las dificultades económicas del deudor, no pueden llevar a concluir que el acreedor actuó de mala fe; se necesitaría que, además, conozca y sepa que esa acción es perjudicial, y contribuyera conscientemente, al establecer tal garantía, a extraer el bien hipotecado de la masa.

Los acreedores hipotecarios pueden constituir esas garantías precisamente con la intención de refinanciar al deudor, no sólo para intentar cobrar ellos y perjudicar consecuentemente a otros acreedores —mala fe—, sino que dicha refinanciación puede favorecer también al resto de acreedores, pues con la misma, pueden disminuir el pasivo haciendo frente, por ejemplo, al pago de otras deudas, de otra forma imposible sin la refinanciación, y queda claro que si se constituyen garantías para refinanciar al deudor, el acreedor en estos casos conoce la situación económica delicada, pero no por ello, directamente debe haber mala fe. Es decir, no creo que siempre estas operaciones financieras se produzcan con mala fe del acreedor, y muchas veces, ni siquiera, podrán ser calificadas como perjudiciales para la masa, sino a veces, al contrario, eso sí habrá que probarlo, para destruir la presunción *iuris tantum* del artículo 71.3 LC. Por eso considero al menos cuestionable el sentir de esta sentencia.

En este orden de cosas se produce una modificación legal de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, sobre Reforma del Mercado Hipotecario. Esta Ley modifica el artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario, para ponerlo de acuerdo a la nueva legislación concursal, en el sentido de excluir de las acciones de reintegración las hipotecas basadas en el perjuicio de la masa, de forma que sólo se podrán rescindir las hipotecas inscritas a favor de las entidades financieras o de crédito (del art. 2 de la Ley 2/1981) al amparo de lo previsto en el artículo 71 LC por la administración concursal, cuando demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen. Parece, entonces, que, en la constitución de hipotecas por Entidades de Crédito —la mayoría—, sí va a ser necesario probar el carácter fraudulento de las mismas para poder rescindirlas, sin que baste la presunción de perjuicio para la masa. Se pretende que estas hipotecas queden al margen del concurso, salvo que se constituyeran con la intención de perjudicar claramente a la masa por el acreedor y salir él beneficiado. Es decir, podemos intuir —siempre según mi opinión— que el legis-

lador entiende que, en determinadas ocasiones, como por ejemplo en las refinanciaciones, la constitución de nuevas hipotecas no es siempre fraudulenta, sino que puede ser beneficiosa para el propio deudor concursado, y por eso restringe la rescisión de las mismas, las excepciona.

Por otra parte, no se puede olvidar que la misma Ley 41/2007, de Reforma del Mercado Hipotecario, introdujo dos figuras nuevas de hipotecas: la «flotante y la recargable», que pueden permitir la refinanciación de los deudores, y que difícilmente podrían calificarse como hipotecas rescindibles, porque no encajan en el supuesto del artículo 71.3 LC, de presunción del perjuicio patrimonial, ya que no se trata de la constitución de nuevas garantías, pues la hipoteca ya existía antes de su recarga, o antes de que una nueva obligación prevista quedase protegida bajo el «paraguas de la flotante». Luego, en estos casos, creo que se podría dar solución a una posible refinanciación del deudor sin que sea posible su rescisión en virtud del artículo 71 LC.

IV. LA SENTENCIA AP DE BARCELONA, DE 5 DE MARZO DE 2009

Frente a la rescisión individualizada de los actos del deudor concursado cuando exista perjuicio, tal y como exige la Ley, matizado o restringido en el caso de hipotecas constituidas por entidades financieras, pues en ellas es necesario probar no sólo el perjuicio sino también el carácter fraudulento, nos encontramos con una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que cambia la interpretación jurisprudencial seguida hasta ahora.

Los hechos son los siguientes: en la sentencia de primera instancia se ordena la rescisión de una serie de hipotecas constituidas por el deudor a favor de distintas entidades financieras por presumirse perjudiciales contra la masa conforme al artículo 71.3.2.^a LC.

El BBVA, titular de una de esas hipotecas, recurre la sentencia en apelación, negando que se trate de una hipoteca perjudicial para la masa, pues con la misma se ha facilitado la refinanciación de la deuda. En concreto se trata de la constitución de una hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente de un millón de euros, que se destinó parcialmente: 631.653 euros a cancelar una previa póliza de crédito que había vencido el 29 de septiembre de 2006, y la diferencia 368.347 euros quedó a disposición de la concursada acreditada, quien a partir de entonces fue abonando con ello nuevas obligaciones. De este modo, y según el BBVA, la constitución de esta garantía estaba justificada, «pues convierte la deuda a corto en deuda a largo plazo y porque se ampliaba el crédito de la concursada, lo que impide, a todas luces, incluir el negocio dentro de la presunción de perjuicio del artículo 71.3.2.^a, y en todo caso muestra que no es perjudicial para la masa activa».

El Tribunal, ante las alegaciones del BBVA afirma que, en principio, y conforme al artículo 71.1 LC, son rescindibles todos los actos perjudiciales para la masa realizados dos años antes de la declaración del concurso, y que la administración concursal aplicó en este supuesto la presunción de perjuicio del artículo 71.3 LC. A continuación, define qué debe entenderse por perjuicio, que, como ya hemos dicho, supone «sacrificio patrimonial injustificado que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC)». En este caso concreto, el Tribunal considera que sí que existe sacrificio patrimonial por la constitución de una nueva garantía, ya que «constituye una merma del valor del bien en la

medida que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien», y continúa afirmando que «el constituir una hipoteca para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior «debe considerarse injustificado, pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la *par conditio creditorum*, al conceder al acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y al margen del concurso, o con preferencia al resto de los acreedores». Por lo tanto, y en principio, la constitución de nuevas garantías hipotecarias es perjudicial, tal y como lo presume el artículo 71.3 LC.

Pero, sin embargo, en este caso concreto se dan una serie de circunstancias, que aprecia el Tribunal, en virtud de las cuales, parece probarse que la constitución de dicha garantía no es perjudicial; se admite la prueba en contrario de dicha presunción, y por lo tanto, debe excluirse la rescisión de la misma. En concreto, el Tribunal argumenta de la siguiente forma: «En el siguiente caso concurren una serie de circunstancias que deben ser valoradas: primero, que la hipoteca no se constituyó enteramente para garantizar una obligación preexistente —en este caso una nueva que sustituye a otra anterior—, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación de crédito; y segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio descubierto. Ambas circunstancias, en el contexto en que se renegoció la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio».

Es decir, en este caso concreto se da por probado que no existe perjuicio para la masa, por el hecho de constituir una garantía hipotecaria, destinada a la refinanciación de la concursada, y a cancelar otras deudas anteriores. Criterio completamente distinto al de anteriores sentencias, que supone, a mi juicio, un cambio jurisprudencial acertado, que obliga a examinar individualmente los casos concretos de constitución de garantías hipotecarias, y a probar la existencia de perjuicio, pues muchas veces, y como ya adelantamos, la constitución de tales garantías es el único modo de refinanciación de deuda que tienen las empresas, que les proporciona un balón de oxígeno para poder hacer frente a deudas a corto o ya vencidas, que de otro modo, sería imposible, y agravarían su situación para un posible concurso. En definitiva, una sentencia acertada, razonada y, como veremos a continuación, se anticipa a los nuevos cambios legislativos, demandados por la situación de crisis económica en la que nos encontramos, que requiere nuevas medidas de refinanciación empresarial.

V. REAL DECRETO 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA

Este Decreto se publica con la intención de hacer frente a la nueva situación de crisis económica en la que nos encontramos, y en el mismo se preten-

den adoptar de forma rápida una serie de medidas paliativas de la misma. En este sentido, en la propia Exposición de Motivos, se hace referencia a los cambios necesarios en la legislación concursal, pues «la vigente Ley se dictó en el año 2003 en un entorno económico completamente distinto al actual, y no ha sido hasta que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones. Sin perjuicio de que en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis, en este momento es preciso acometer ya una serie de reformas en aquellos aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente. Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia...».

Consecuencia de esto, en el artículo 8 del Real Decreto-ley se introduce la nueva Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, que pretende facilitar la refinanciación de las empresas, definiendo qué se entiende por acuerdos de refinanciación, y sobre todo, que es lo que más nos interesa, añade en el párrafo segundo, que dichos acuerdos de refinanciación, y los negocios, actos o garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no podrán ser objeto de la rescisión del artículo 71 LC, siempre que cumplan unos determinados requisitos.

Transcribimos la nueva Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal.

DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA

Acuerdos de refinanciación:

1. A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.
2. En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley, siempre que cumplan los siguientes requisitos:
 - a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen, al menos, tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
 - b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de

la información proporcionada por el deudor sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

- c) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.
- 3. Declarado el concurso, sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos.

Como hemos dicho, esta nueva Disposición Adicional viene a confirmar el criterio de la SAP de Barcelona, de 6 de febrero, en el sentido de considerar que la constitución de garantías hipotecarias, en el caso de suponer o facilitar la refinanciación de deudas, no tienen porqué suponer siempre un perjuicio para la masa; sino que, más bien al contrario, son un sistema eficaz para conseguir la mejora de la situación financiera de los deudores, sobre todo en esta época de crisis. Me aparece, por tanto, adecuado este nuevo precepto; sin embargo, los requisitos administrativos que se exigen para evitar la rescisión pueden dificultar su constitución, y tal vez habría sido mejor rebajarlos.

No obstante, con la nueva línea jurisprudencial, tímidamente, iniciada por la citada SAP de Barcelona, y con este nuevo precepto legal, se abre la vía para un mejor examen de las situaciones concretas y un profundo análisis de la prueba del perjuicio patrimonial por la constitución de garantías hipotecarias en situaciones de refinanciación, que lejos de ser perjudiciales, suelen ser «tablas de salvación» de futuros concursados.

RESUMEN

HIPOTECA. CONCURSO

Se recoge en este trabajo los cambios legales y jurisprudenciales producidos en torno a las acciones de reintegración derivadas del concurso, en cuanto a su alcance a las hipotecas previamente constituidas por el deudor concursado. En concreto, cómo ha quedado la situación tras la reciente publicación del Real Decreto-ley de Medidas Urgentes, de 27 de marzo de 2009, y las últimas sentencias de Audiencias Provinciales, que recogen el sentir de este decreto y cambian la interpretación jurisprudencial existente hasta ahora sobre dicho alcance.

ABSTRACT

MORTGAGE. BANKRUPTCY

This paper deals with how law and jurisprudence have changed their outlook on action for reimbursement stemming from bankruptcy proceedings in terms of the effect the scope of such action has on mortgages created before the borrower went bankrupt. Particularly, it discusses the current state of affairs in the wake of the recently published Royal Decree Law on Urgent Measures of 27 March 2009 and recent rulings by provincial appellate courts, which are echoing the royal decree law and changing the interpretation that jurisprudence has hitherto put on the scope of action for reimbursement stemming from bankruptcy proceedings.