



Roj: SJM C 127/2011 - ECLI:ES:JMC:2011:127
Id Cendoj: 15030470012011100002
Órgano: Juzgado de lo Mercantil
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1019/2009
Nº de Resolución: 211/2011
Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores
Ponente: PABLO SOCRATES GONZALEZ-CARRERO FOJON
Tipo de Resolución: Sentencia

XDO. DO MERCANTIL N. 1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00211/2011

I72 408/2008-4

SENTENCIA

A Coruña, a 4 de julio de dos mil once

Pablo González Carreró Fojón, magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil número uno de A Coruña, ha visto los presentes autos *de incidente concursal* **Número 1019/2009, sobre acción rescisoria concursal, en el concurso voluntario de MARTINSA-FADESA S.A. -nº. 408/2008-** promovidos por **la administración concursal**, contra:

MARTINSA-FADESA SA

CONSTRUCCIONES PÓRTICO

FERCLER SL

INMOBILIARIA MARPLUS SA

INOMAR SL

JAFEMAFE SL

TOWN PLANNING CONSULTORES SLU

FADESA HUNGARIA ZRT

FADESA PORTUGAL SA

SF RIVE GAUCHE GROUPE FADESA SA y

EUROGALIA SLU, representadas por el procurador Javier Carlos Sánchez García y asistidas por los letrados María José Paz-Ares Rodríguez y Rodrigo López González.

FEMARAL SL

ALMARFE SL y

FT CASTELLANA DE CONSULTORES INMOBILIARIAS SLU, representadas por el procurador Carlos González Guerra y asistidas por la letrado Fedra Valencia.

PETRAXARQUIA SL

GRUPO EMPRESARIAL DE ANTEQUERA SL

AS DE CULTIVO Y GANADO SA y

EL ROMERAL DE ANTEQUERA SA, representadas por la procuradora María Pilar Carnota García y asistidas del letrado Eugenio Taifeller Pérez

AHORRO CORPORACIÓN FINANCIERA SV, SA, no personada en autos.

CAIXA D#ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA), representada por el procurador Ignacio Pardo de Vera López y asistida del letrado Antonio Baró Casals.

CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, representada por el procurador Javier Amador Pardo, y asistida de los letrados Jaime Mairata Laviña y Antonio Vázquez-Guillén.

MORGAN STANLEY BANK INTERNATIONAL LIMITED, representada por el procurador Juan Antonio Garrido Pardo y asistida de los letrados Alberto Núñez-Lagos Burguera y Ángel Alonso Hernández.

ACA EURO CLO 2007-1 PLC, no personada en autos.

BANCO DE ANDALUCÍA SA, representado por la procuradora María Pilar Castro Rey y asistido por los letrados Javier Díaz-Gálvez de la Cámara y Manuela Serrano Sánchez

BANCO DE GALICIA SA, representado por la procuradora María Pilar Castro Rey.

BANCO DE VALENCIA SA, representado por la procuradora Elena Miranda Osset.

BANCO ITAÚ EUROPA SA, SUCURSAL FINANCIERA EXTERIOR, representado por el procurador Juan Antonio Garrido Pardo y asistida de los letrados Alberto Núñez-Lagos Burguera y Ángel Alonso Hernández.

BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, representado por la procuradora María Pilar Castro Rey.

BANCO POPULAR FRANCE SA, no personado en autos.

BANCO POPULAR HIPOTECARIO SA, representado por la procuradora María Pilar Castro Rey.

CAIXA DE AHORROS DE VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA (CAIXANOVA), representada por el procurador Carlos González Guerra y asistida de los letrados Jaime Mairata Laviña y Antonio Vázquez-Guillén.

CAIXA D#ESTALVIS DE CATALUNYA, representada por el procurador Luis Fernández Ayala y asistida del letrado Íñigo Villoria.

CAIXA D#ESTALVIS DE SABADELL, no personada en autos.

CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE BURGOS y

CAJA DE AHORROS DE CASTILLA LA MANCHA, representadas por el procurador Carlos González Guerra y asistida de los letrados Jaime Mairata Laviña y Antonio Vázquez-Guillén.

CAJA DE AHORROS DE GALICIA, representada por el procurador Sr. González Guerra y asistida del letrado Óscar Franco Pujol.

CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE, BANCAJA, no personada en autos.

CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO, representada por el procurador Luis Sánchez González.

CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ÁVILA, representada por el procurador Carlos González Guerra y asistida del letrado Jesús Gómez Blázquez

CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE CÓRDOBA, CAJASUR, representada por el procurador Carlos González Guerra y asistida del letrado Fernando Peña Amaro.

CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE EXTREMADURA, representada por el procurador Carlos González Guerra y asistida de los letrados Jaime Mairata Laviña y Antonio Vázquez-Guillén.

CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y RIOJA, IBERCAJA, representada por el procurador Ramón de Uña Piñeiro y asistida de la letrada María Isabel Andreu.

CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DEL CÍRCULO CATÓLICO DE OBREROS DE BURGOS, representada por el procurador Carlos González Guerra y asistida de los letrados Jaime Mairata Laviña y Antonio Vázquez-Guillén.

CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS, representada por el procurador Sr. González Guerra y asistida de la letrada Elena Álvarez Rodríguez.

CITIGROUP FINANCIAL PRODUCTS INC, no personada en autos.

COLTRANE CLO PLC, no personada en autos.

CORMORANT FUNDING LIMITED 3 BV, no personada en autos.

DALRADIAN EUROPEAN CLO I BV, no personada en autos.

DALRADIAN EUROPEAN CLO II BV, no personada en autos.

DALRADIAN EUROPEAN CLO III BV, no personada en autos.

DALRADIAN EUROPEAN CLO IV BV, no personada en autos.

GILLESPIE CLO PLC, no personada en autos.

IRON HILL CLO LIMITED, no personada en autos.

JER EUROPE FUND III 18 SÁ RL, hoy

JER VALENCIA SARL, representada por el procurador Juan Antonio Garrido Pardo y asistida del letrado Javier Díaz-Gálvez de la Cámara y Manuela Serrano Sánchez.

LEHMAN COMERCIAL PAPER INC UK BRANCH, representada por el procurador José Amenedo Martínez.

LIGHTPOINT PAN-EUROPEAN CLO 2007-1 PLC, no personada en autos.

MONTES DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS DE RONDA, CÁDIZ, ALMERÍA, MÁLAGA Y ANTEQUERA-UNICAJA, representada por el procurador Carlos González Guerra y asistida de los letrados Jaime Mairata Laviña y Antonio Vázquez-Guillén.

MORGAN STANLEY INVESTMENT MANAGEMENT CONISTON BV

MORGAN STANLEY INVESTMENT MANAGEMENT MEZZANO BV, representados por la procuradora Elena Miranda Osset y asistidas de los letrados Javier de Carvajal Cebrián y Jaime de San Román Menéndez.

MORGAN STANLEY SENIOR FUNDING INC, representada por el procurador Juan Antonio Garrido Pardo y asistida de los letrados Javier Díaz-Gálvez de la Cámara y Manuela Serrano Sánchez.

NATIONAL WESTMINSTER BANK PLC, representado por la procuradora Carolina Moreno Vázquez y asistido del letrado Íñigo Villoria Rivera.

SHINSEI BANK, LIMITED, representado por el procurador Juan Antonio Garrido Pardo y asistido de los letrados Javier Díaz-Gálvez de la Cámara y Manuela Serrano Sánchez.

THE ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC, representado por la procuradora Carolina Moreno Vázquez y asistido del letrado Íñigo Villoria Rivera.

MATLIN PATTERSON GLOBAL OPPORTUNITIES PARTNER III LP y

MATLIN PATTERSON GLOBAL OPPORTUNITIES PARTNERS (CAYMAN) III LP, representados por el procurador José Lado Fernández.

BANCO POPULAR ESPAÑOL-HYPOVEREINSBANK (HVB), no personado en autos.

Así mismo, como coadyuvantes de la administración concursal demandante y representados por la procuradora Bibiana Flores Rodríguez, bajo la dirección letrada de Carlos García-Nieto Videgain, se personaron: Raquel , Ricardo , Santos , Tomás , Virgilio , Aureliano , Elisenda , Sofia RCE Construcciones SL, Mauricio , Edificamos el Mundo S.L. Edemiro , Rogelio . Igualmente se personó en los autos el procurador Sr. Estévez Doamo en representación de Grupo Andamiajes, Losas y Armaduras S.A. (GALASA).

Ha recaído la presente resolución con base en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado día 9 de febrero de 2009 se registró en el Juzgado Decano la demanda incidental del concurso Nº. 408/2008 de este Juzgado promovida **por la Administración concursal** contra las entidades arriba referenciadas, en la que solicitaba la demandante que:

Se declare la rescisión del negocio denominado "Contrato de Financiación Senior Modificado" de 7 de mayo de 2008, elevado a escritura pública de la misma fecha, autorizada por el Notario de Madrid, Ángel Almoguera Gómez, número 1595 de su protocolo general corriente, así como los actos y contratos complementarios coetáneos y subsiguientes, y en especial los listados en el Anexo I, entre la concursada

MARTINSA-FADESA S.A., las sociedades también concursadas en otros autos de este mismo Juzgado, y las filiales del grupo designadas, como partes deudoras, y las entidades financieras que han sido codemandadas, como partes acreedoras.

Se declare sin valor y efecto alguno el indicado contrato, sus obligaciones dimanantes para la concursada y demás sociedades filiales del grupo MARTINSA- FADESA, así como sus actos complementarios, especialmente todas sus garantías reales y personales constituidas o concertadas para su constitución, expresamente detalladas en el Anexo II.

Se declare la reintegración de cuantas cantidades hayan percibido como consecuencia del repetido contrato de refinanciación las entidades financieras codemandadas, o en su caso, la desaparición del crédito "ex novo" que por razón del mismo hubiera sido reconocido en la lista de acreedores del informe de la administración concursal.

Se declare la reintegración de la comisión de novación satisfecha por la concursada y percibida por los demandados y para el caso de no haberse satisfecho, se acuerde la nulidad de la misma.

Se declare que a todo el crédito subsistente, es decir, todo aquel insinuado aquellas entidades adheridas, y de conformidad con el resultado de la prueba a realizar durante el acto del juicio, debe atribuírsele la condición de subordinados en el concurso, con arreglo al art. 92.6º de la Ley Concursal.

Se declare la rescisión de los contratos entre acreedores de fecha 9 de febrero de 2007 elevado a público ante el notario de Madrid Ángel Almoguera Gómez bajo el número 624 de su protocolo así como del contrato entre acreedores de fecha 7 de mayo de 2008 y elevado a público ante el infrascrito notario bajo el número 1594 de su protocolo.

Se condene a estar y pasar por las anteriores declaraciones a todas y cada una de las demandadas en el presente procedimiento.

Se acuerde el mantenimiento de los efectos de las medidas cautelares coetáneas 27/2009 que se siguen ante este juzgado con el propósito de que una sentencia estimatoria de dichas pretensiones quede sin efecto ante el levantamiento de las medidas.

Se ordene la cancelación de todos cuantos asientos haya producido o pueda producir la constitución de las garantías del Contrato siempre repetido en los Registros públicos, librando los mandamientos correspondientes a fin de que los diligencie el representante procesal de la concursada.

Se imponga a la parte demandada que se opusiere a las rescisiones ejercitadas el pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Por providencia de fecha 13 de febrero de 2009 se acordó el emplazamiento de las demandadas, con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- El día 19 de febrero de 2009, la Administración concursal, Martinsa-Fadesa S.A. y Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona presentaron un escrito solicitando la homologación de un acuerdo transaccional con varias de las entidades financieras demandadas, y con mantenimiento de las medidas cautelares acordadas por auto de fecha ocho de enero de 2009 en los autos de medidas cautelares coetáneas 27/2009. Las entidades financieras demandadas firmantes del acuerdo transaccional son: a) BANCO DE GALICIA S.A.; b) BANCO DE VALENCIA S.A., c) BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., d) CAIXA DE AFORROS DE VIGO, OURENSE Y PONTEVEDRA, e) CAIXA DE PENSIONES DE SABADELL, f) CAIXA, g) CAJA DE CASTILLA LA MANCHA, h) CAJA DE AHORROS DE GALICIA, i) BANCAJA, j) CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE AVILA, k) CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE CÓRDOBA, l) CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA, m) CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID n) CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DEL CÍRCULO CATÓLICO DE OBREROS DE BURGOS, ñ) CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS, o) DALRADIAN EUROPEAN CLO I B.V., p) DALRADIAN EUROPEAN CLO II B.V., q) DALRADIAN EUROPEAN CLO III B.V., r) DALRADIAN EUROPEAN CLO IV B.V., s) GUILLESPIE CLO PLC, t) LEHMAN COMMERCIAL PAPER INC UK BRANCH, u) LIGHTPOINT PAN-EUROPEAN CLO 2007-1 PLEC, v) MONTES DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS DE RONDA, CÁDIZ, ALMERÍA, MÁLAGA y ANTEQUERA, UNICAJA, w) NATIONAL WESTMINSTER BANK PLC, x) THE ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC, y) MATLIN PATTERSON GLOBAL OPPORTUNITIES PARTNER III, L. P., z) MATLIN PATTERSON GLOBAL OPPORTUNITIES PARTNER (CAYMAN) III, L.P., aa) BANCO DE ANDALUCÍA, S.A., bb) CAM, cc) IBERCAJA, dd) BANCO POPULAR HIPOTECARIO, S.A., ee) BANCO POPULAR FRANCE S.A., y ff) CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE BURGOS; así como a la entidad

Caixa d'estalvis de Catalunya, adherida posteriormente. Por auto de fecha 25 de febrero de 2009 se aprobó dicha transacción y se acordó mantener, en cuanto fuese necesario, las medidas cautelares acordadas en el procedimiento 27/2009. Por auto de fecha 14 de abril de 2011 se acordó ratificar lo decidido en auto de 25 de febrero de 2009 (homologación judicial de la transacción) con el alcance que del contenido de dicho acuerdo se deriva. El 10 de junio de 2011 se homologó también el acuerdo transaccional alcanzado con la entidad Morgan Stanley Bank International Limited, presentado en el Juzgado decano el día 2 de junio de 2011.

CUARTO.- El día 6 de junio de 2011 se celebró vista, con práctica de las pruebas pertinentes, con respecto a las pretensiones que no fueron objeto de la transacción pericial e íntegramente con respecto a los demandados que no la suscribieron.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda rescisoria de la administración concursal .- Las medidas cautelares .-

I.- La demanda de la administración concursal tiene por objeto la rescisión judicial del Contrato de Financiación Senior Modificado de 7 de mayo de 2008, suscrito por la deudora en concurso MARTINSA-FADESA S.A., junto con sus filiales demandadas, y el grupo de entidades financieras *acreditantes* que conforman el sindicato de prestamistas. Se trata de una novación modificativa de un préstamo sindicado anterior -"Contrato de Financiación Senior de 9 de febrero de 2007- en virtud de la cual, en la tesis que sostiene la pretensión reintegradora de la administración concursal, las entidades prestamistas se dotaron de nuevas garantías reales y personales sin hacer aportación alguna de nuevos fondos a la deudora refinanciada, esto es, en mero refuerzo de deudas preexistentes, a cambio de un aplazamiento de los vencimientos inicialmente convenidos y de la obligación de pago de una comisión de novación equivalente al 2% de la cantidad refinanciada. La demanda abarca la rescisión del acuerdo paralelo entre acreedores (Intercreditor), suscrito también por la concursada, que establece reglas de preferencia y subordinación entre los acreedores del sindicato respecto de las sumas que la deudora en concurso deba pagar en cumplimiento de sus obligaciones como prestataria o de las que se obtengan en ejecución de las garantías prestadas, comprendiendo en este caso tanto el Intercreditor original (de 9 de febrero de 2007) como el llamado "Intercreditor Modificado" suscrito con ocasión de la refinanciación (7 de mayo de 2008).

II.- La pretensión rescisoria se funda en el artículo 71 de la Ley concursal, bajo la premisa de ser el acuerdo mismo perjudicial para la masa activa, con invocación de la presunción iuris tantum del nº. 2º del artículo 71. 3 de la Ley tanto en relación a las garantías reales constituidas o de constitución prevista en el acuerdo impugnado, como en relación a las garantías personales constituidas, con consentimiento de MARTINSA-FADESA S.A., por sociedades extranjeras del grupo empresarial que encabeza y que están participadas íntegramente (o casi íntegramente, en países cuya legislación no permite la unipersonalidad) por la deudora; abarca expresamente la demanda la rescisión de la comisión de novación devengada. La rescisión del acuerdo entre acreedores (Intercreditor) se sustenta en la infracción de la pars conditio creditorum con la alteración de las normas legales sobre clasificación de créditos que permitirá a acreedores integrantes del sindicato cobrar con preferencia a otros acreedores concursales, aunque éstos gocen de privilegios que no ostenten aquéllos.

III.- La demanda es de fecha anterior a la entrada en vigor del RD- Ley 3/2009, de 27 de marzo -que tuvo lugar al día siguiente de su publicación (BOE del 31 de marzo) según su disposición final tercera -; conforme a lo previsto en su disposición transitoria cuarta, apartado 1, la acción rescisoria contra las garantías constituidas se ha de resolver según la regulación sustantiva anterior a la reforma.

IV.- La demanda de la administración concursal está precedida por un auto de medidas cautelares - auto de 8 de enero de 2009- que, sin audiencia de los demandados, ordenó a las acreedoras del sindicato que se abstuvieran de "llevar a cabo conducta alguna- sea directa o indirecta- que consista en, o implique, el inicio de cualquier actividad ejecutiva basada en las garantías reales constituidas o comprometidas en el Contrato de Refinanciación de 7 de mayo de 2008 y de las prestadas o comprometidas en dicho contrato por las filiales de MARTINSA-FADESA S.A., así como de valerse de poderes de venta otorgados en garantía". Con la presentación de la demanda de reintegración quedaron ratificadas las medidas cautelares adoptadas, a salvo el derecho de oposición de las demandadas.

SEGUNDO.- Vicisitudes procesales posteriores a la demanda . Consecuencias y alcance de esta sentencia -

I.- El auto de 14 de abril de 2011, con ocasión del recurso de reposición interpuesto por dos de las demandadas contra una resolución anterior, resume en los siguientes términos la situación procesal hasta

entonces existente en el incidente: " *La administración concursal y (la mayor parte de las entidades financieras) acreditantes del "Contrato de Financiación Senior Modificado" de 7 de mayo de 2008, suscribieron un acuerdo transaccional en virtud del cual, por lo que aquí interesa, la administración concursal renunció a interponer contra los firmantes de la transacción incidente concursal al amparo del artículo 71 de la LC en relación con el contrato de de Financiación Senior Modificado de 7 de mayo de 2008 y las garantías a que el pacto primero del acuerdo hace mención. El acuerdo está fechado el 30 de enero de 2009 si bien en el escrito conjunto presentado en el Juzgado para solicitar su homologación -de la administración concursal, la deudora en concurso y la entidad que actuó como banco agente por cuenta de los firmantes- se afirma que fue firmado el día 11 de febrero, esto es, dos días después de la presentación de la demanda incidental, que a su vez hubo de ser presentada por la administración concursal para evitar el alzamiento automático de las medidas cautelares que el Juzgado había previamente adoptado. El referido acuerdo transaccional fue homologado judicialmente por auto de 25 de febrero de 2009, con lo que al haber renunciado la administración concursal al ejercicio de la acción prevista en el artículo 71 de la LC contra los firmantes de la transacción y en relación con el contrato de Financiación Senior Modificado de 7 de mayo de 2008 y las garantías a que el acuerdo hace mención (que son tanto las otorgadas por MARTINSA-FADESA S.A. como los apoderamientos otorgados por cualesquiera otras sociedades participadas por la misma, tanto en España como en el extranjero, que se relacionan en el anexo II del acuerdo transaccional), no es dudoso que sobre este aspecto y con relación a dichos firmantes, en cuanto han sido demandados, el litigio ha quedado decidido mediante transacción judicial. En cuanto a las demás garantías personales que no queden abarcadas en la relación anterior y cuya rescisión igualmente se ha promovido, las firmantes del acuerdo acordaron mantenerlas, sin perjuicio de su compromiso de no ejecutarlas en tanto se cumpla el Convenio que se apruebe en el seno del concurso, y en tales términos debe también entenderse alcanzado el acuerdo transaccional al respecto.*

Ocurre en este caso, sin embargo, que la demanda iniciadora de los presentes autos, promovida por la administración, no se limita a la rescisión del contrato acuerdo de Financiación Senior Modificado de 7 de mayo de 2008 y de las garantías de que los acreditantes se dotaron en esa ocasión, sino que abarca también la de un acuerdo paralelo a la financiación original, de 9 de febrero de 2007, entre los acreedores del sindicato, sustituido por el suscrito con ocasión de la novación del contrato de financiación senior, de 7 de mayo de 2008. El acuerdo transaccional no alude para nada a este doble acuerdo entre acreedores ("Intercreditor" e "Intercreditor Modificado"), de modo que con relación a la pretensión rescisoria que a él se refiere (pedimento nº. 6 de la súplica de la demanda) el litigio subsiste, según ha quedado definido con la demanda, y con respecto tanto a los acreditantes que firmaron la transacción judicialmente homologada como a los que no la firmaron".

Concluyó el auto de 14 de abril de 2011 ratificando lo decidido en el auto de 25 de febrero de 2009, homologación judicial de la transacción, con el alcance que del contenido de dicho acuerdo se deriva. La transacción suscrita con la mayor parte de las entidades acreditantes ahora demandadas tiene, por lo tanto, un alcance parcial, tanto subjetivo (sólo afecta, como es obvio, a los que la firmaron), como objetivo (no abarca la totalidad de las pretensiones de la demandante sino que deja subsistentes las que se refieren al Intercreditor 2007 y al Intercreditor Modificado 2008).

II.- La transacción marca, además, el alcance de esta sentencia respecto de las prestamistas no adheridas, pues siendo el contrato de préstamo uno solo -y unitaria por consiguiente su novación- no es posible rescindirlo respecto de algunos de los que en él fueron parte y mantenerlo -en parte, en los términos del acuerdo transaccional- respecto de otros. Como se argumentó en el acto de la vista, o el Contrato de Financiación Senior Modificado es perjudicial para la masa activa -en cuyo caso debe ser rescindido, en la medida en que lo sea, esto es, en todo o en parte, respecto de todos los que en él han sido parte- o no lo es, en cuyo caso, a salvo las renunciaciones y compromisos alcanzados por las partes que han acordado la transacción y a salvo desde luego lo que resulta del convenio concursal judicialmente aprobado, seguirá siendo eficaz. Desde luego, nada impide que quien es titular de garantías reales o personales, aunque sea en el marco de un préstamo sindicado, renuncie a unas y se comprometa a no ejecutar otras (respetando los límites legales generales de la renuncia de derechos). Pero si la administración concursal ha convenido con la mayor parte de las entidades prestamistas, con la deudora en concurso y sus filiales, el mantenimiento del Contrato de Financiación Senior Modificado con las salvedades indicadas, además de la comisión de novación y la cláusula de capitalización de intereses ya devengados, no es posible que la rescisión pueda tener un alcance mayor respecto de los no adheridos a la transacción sin romper la unidad del negocio. Con relación a la refinanciación de 2008, la sentencia deberá limitarse a decidir si es posible imponer judicialmente los mismos efectos parcialmente rescisorios a los acreditantes no adheridos, pero puesto que la contienda ya ha quedado decidida, en los términos de los acuerdos transaccionales alcanzados y con efectos de cosa juzgada, respecto de la mayor parte de los acreditantes, declarar la rescisión total del negocio -o una rescisión de mayor alcance

que afectara sólo a los acreditantes no adheridos- sería tanto como discriminar subjetivamente el alcance de la ineficacia de un negocio concebido como unitario

III.- Así las cosas ya es posible concluir que el Contrato de Financiación Senior Modificado de 2008 no es, en su totalidad, perjudicial para la masa activa; ni lo es concretamente la comisión de novación acordada (cuyo pago no llegó a hacerse antes de la declaración del concurso, pero que incrementa proporcionalmente los créditos concursales de los prestamistas); ni el acuerdo de capitalización de los intereses que ya se habían devengado; tampoco es posible rescindir las garantías personales que los prestamistas *adheridos* convinieron con la administración concursal en mantener, pero no ejecutar en tanto se cumpla el convenio. Y no es posible hacerlo porque la transacción judicialmente aprobada, suscrita por la administración concursal y la mayor parte de las entidades financieras acreditantes, preserva precisamente la eficacia de esos concretos pactos y garantías personales, bien que éstas últimas con el compromiso de no ejecución provisional. Las garantías, reales y personales, constituidas en el marco de un contrato de préstamo sindicado son las mismas para todos los créditos de los prestamistas de modo que o se rescinden en su totalidad, por ser perjudiciales para la masa activa, o no se rescinden; lo que no es posible es mantenerlas respecto de algunos y rescindir las respecto de otros.

TERCERO.- Las garantías reales en el marco del Contrato de Financiación Senior Modificado de 2008.-

I.- Explica el hecho Cuarto de la demanda que el contrato de refinanciación atacado, sin comprender la entrada de dinero adicional en la compañía deudora, refuerza con nuevas garantías reales y personales la seguridad del crédito anterior, procedente del Contrato de Financiación Senior de 2007. Las de naturaleza real se resumen en:

1º.- La constitución de un derecho real de prenda (o garantía equivalente en la jurisdicción que resultase de aplicación) sobre las acciones y/o participaciones de las entidades del grupo MARTINSA-FADESA (constituidas en España y fuera de España) y sobre los derechos de crédito derivados de los préstamos realizados entre dichas sociedades.

2º.- La constitución de hipoteca sobre todos los activos del grupo MARTINSA-FADESA cuya titularidad constase registralmente (salvo que estuviesen ya hipotecados a la fecha de la escritura de Novación).

3º.- La obligación de MARTINSA-FADESA de constituir una sociedad de nueva creación y de transmitir a dicha sociedad la titularidad de todos los activos españoles (mobiliarios e inmobiliarios) que no pudiesen ser objeto de garantía real de acuerdo con la legislación aplicable para, a continuación, pignorar las acciones o participaciones de la sociedad de nueva creación.

Incluye también la constitución de determinadas garantías reales a favor de ROYAL BANK OF SCOTLAND que no será preciso analizar en esta sentencia porque esta entidad financiera renunció a las garantías (que, según afirma, ni siquiera se llegaron a constituir) y comunicó su crédito como ordinario en el concurso.

II.- El RD- Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública (que traspone, entre otras, la Directiva 2002/47 / CE, del Parlamento y del Consejo, de 6 de junio de 2002) se refiere en su capítulo II a los acuerdos de compensación contractual financieros, a los acuerdos de garantías financieras y a las propias garantías financieras (artículo tercero). En su ámbito de aplicación se entiende por obligaciones financieras principales las obligaciones garantizadas mediante un acuerdo de garantía financiera que dan derecho a un pago en efectivo o a la entrega de instrumentos financieros, y puede tratarse, entre otras, de obligaciones presentes, futuras o condicionales (artículo sexto); dentro de las modalidades de operaciones de garantía que contempla se encuentran las garantías pignoratias sobre valores negociables y otros instrumentos financieros, según se definen en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y en sus normas de desarrollo, y todo derecho directo e indirecto sobre aquellos (artículos sexto y séptimo).

Pues bien, admitiendo que por lo que se refiere al acuerdo de garantías financieras -en relación a la constitución de garantías pignoratias sobre las acciones de que la deudora es titular en sociedades extranjeras de su grupo empresarial-, se cumplen todos los presupuestos de aplicación del RD- Ley 5/2005, y admitiendo igualmente que en todos los casos las acciones pignoradas tienen la consideración de *valor negociable* en el sentido del artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, es de aplicación a las situaciones concursales lo dispuesto en el artículo 15 . 4 del RD-Ley a tenor del cual "no obstante lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sólo podrán anularse acuerdos de garantías financieras o la aportación

de estas, formalizados o aportadas en un periodo anterior a la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa, cuando la autoridad administrativa o judicial competente resolviera que el acuerdo de garantías financieras o la aportación de estas se han realizado en perjuicio de acreedores".

La defectuosa redacción del precepto -que se refiere expresamente a la "anulación" de los acuerdos de garantías financieras, que no es nunca el efecto de una acción de reintegración, de naturaleza rescisoria- plantea arduos problemas interpretativos.

En primer lugar, del contraste entre la norma transcrita y la que el artículo decimosexto establece para los acuerdos de compensación contractual se deriva que en este segundo caso sí se contempla, a diferencia del primero, un régimen específico de las acciones de reintegración del artículo 71 de la LC, que sólo procederán cuando la acción sea ejercitada por la administración concursal (no, por lo tanto, por legitimados subsidiarios) y cuando "se demuestre perjuicio en (la) contratación" (concepto éste más amplio que el del perjuicio para la masa activa que emplea el artículo 71 de la LC). De ello se ha deducido (E. Sanjuán Muñoz, en "Ingeniería Financiera y Derecho Concursal", Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, , Nº. 6/2007) que "la carga de la prueba en la primera se hará conforme a lo previsto en el artículo 71 de la LC mientras que en la segunda se invierte en contra de la administración concursal".

No parece dudoso, sin embargo, que el apartado 5 del artículo decimoquinto del RD-Ley se está refiriendo, pese a la impropiedad del término anulación, a las acciones de reintegración del artículo 71; de otro modo no tendría sentido el inciso primero ("no obstante lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal"), ni la alusión a los acuerdos de garantías financieras o actos de aportación de estas formalizados o aportadas en un periodo anterior a la apertura de un procedimiento concursal, pues en la Ley concursal no se regula otra acción de nulidad de actos dispositivos o de gravamen que la que el artículo 40. 7 LC contempla respecto de los actos que infrinjan las limitaciones a que esté sometido el deudor concursado, esto es, actos realizados necesariamente tras la declaración del concurso. Solo entendiéndolo así, por otra parte, guardaría coherencia con lo que al respecto establece el artículo 8 de la Directiva, que compromete a los Estados comunitarios a garantizar que los acuerdos de garantías financieras o la prestación de esta clase de garantías no podrán ser declarados nulos o quedar rescindidos atendiendo exclusivamente al hecho de haber obrado existencia o ser prestada la garantía en un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia.

Así las cosas, supuesto que sí cabe la acción de reintegración del artículo 71 de la LC frente a acuerdos de garantía financiera regulados en el RD- Ley 5/2005 y supuesto igualmente que nuestro derecho concursal no anuda a la declaración del concurso, como efecto directo, la nulidad o rescisión de esta clase de actos de gravamen por el mero hecho de haber sido realizados dentro de los dos años anteriores, es preciso determinar en qué medida el artículo decimoquinto, apartado 5, del RD-L modula el régimen normal de las acciones rescisorias concursales cuando exige que el acuerdo de garantías financieras o la aportación de estas se hayan realizado "en perjuicio de acreedores".

La conclusión a que ha de llegarse es que, en este ámbito, no basta con que el acto sea perjudicial para la masa activa -requisito necesario, pero no suficiente- sino que es también preciso que al formalizar el acuerdo de garantías financieras o al aportarlas se haya actuado en perjuicio de acreedores, requisito éste no equiparable al fraude o a la intención de perjudicar a los acreedores sino apreciable en los casos en que se conozca, o se deba conocer, que por las circunstancias en que el acto se realice y por la extensión objetiva de las garantías de toda clase que se hayan tomado con ocasión de la refinanciación se va a ocasionar un perjuicio objetivo al resto de los acreedores, esto es, a los que declarado el concurso integrarán su masa pasiva.

No comparte este Tribunal la tesis de las demandadas -JER VALENCIA, SHINSEI BANK Y BANCO ITAU- con arreglo a la cual el RD- Ley 5/2005 desactiva la norma concursal y el juego de las presunciones del artículo 71. Operan éstas como mecanismos probatorios de uno de los elementos estructurales de la acción de reintegración -el perjuicio para la masa activa- y seguirán haciéndolo con el mismo alcance cuando se trata de acciones de reintegración contra garantías financieras constituidas al amparo del RD- Ley 5/2005, sin perjuicio de que en estos casos deba quedar demostrado un elemento adicional -que el acuerdo de garantías financieras o la aportación de estas se hayan realizado "en perjuicio de acreedores"- que no cuenta en principio con el amparo de ninguna presunción legal.

III. - La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas es un hecho presuntivo del perjuicio patrimonial que presupone la acción de reintegración concursal, salvo prueba en contrario (artículo 71 3 2º de la LC). Y no haría falta en este caso servirse de una presunción legal para descubrir que la extensión de las garantías reales convenidas para el

refuerzo del crédito de los prestamistas es de tal magnitud que cubre prácticamente todos los activos libres de la concursada, incluidas sus acciones y participaciones en sociedades extranjeras y los derechos de crédito por relaciones intragrupo, con lo que acarrea también un evidente perjuicio patrimonial para todos los acreedores que integran la masa pasiva al disminuir drásticamente el valor de realización residual del patrimonio del deudor y las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios, especialmente en caso de liquidación.

Sin olvidar que la demanda es en este caso de fecha anterior a la de la publicación y entrada en vigor del RD- Ley 3/2009, de 27 de marzo, se ha tratado de argumentar en la vista del incidente que el acuerdo de refinanciación cumple esencialmente los requisitos sustantivos que la disposición adicional Cuarta de la Ley concursal exige para que esta clase de acuerdos -y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos- queden a cubierto de las acciones de reintegración concursal. La proporcionalidad de las garantías es, sin embargo, uno de los presupuestos de la inatacabilidad de los acuerdos de refinanciación, y debe ser valorada en función de la entidad del riesgo o del sacrificio que asumen los acreedores beneficiados. Y es patente que en este caso no hay proporción entre el riesgo inherente a la ampliación o prórroga del plazo de vencimiento del préstamo sindicado, que apenas un año y tres meses antes había sido concedido para la compra de las acciones de FADESA INMOBILIARIA S.A. (hasta el límite de 4.100.000.000 €, aunque finalmente sólo se dispuso de 2.995.858.000 €) con la garantía prendaria de las acciones equivalentes al 59,175 % del capital social de MARTINSA-FADESA S.A. (aparte otras prendas y promesas de constitución de garantías reales de menor alcance), y la pretensión en mayo de 2008 de tomar en prenda todas las acciones y participaciones en sociedades del grupo, Españolas o extranjeras, hipotecar todos los activos libres cuya titularidad constase registralmente, y transmitir todos los demás activos, mobiliarios e inmobiliarios, a una sociedad de nueva creación cuyas acciones o participaciones igualmente se pignorarán. Es decir, que si en febrero de 2007 los miembros del sindicado consideraron suficiente un marco de garantías sustentado en la propia continuidad de la actividad mercantil de la compañía, cuyo control podrían llegar a tomar ejecutando en su caso la prenda sobre las acciones representativas de la mayoría del capital social, en mayo de 2008, sin nueva entrega de dinero, se exigen garantías adicionales que gravan la totalidad del patrimonio realizable de la deudora, e indirectamente el de su grupo internacional, además de pactar el pago de una comisión de novación del 2% de la cantidad refinanciada (sobre una suma de 3.742 millones de euros, la comisión de novación es de casi setenta y cinco millones de euros), y de capitalizar los intereses hasta entonces vencidos (que eluden con ello la calificación de crédito subordinado en el concurso).

La obligación es esencialmente la misma; para que los prestamistas consientan en aplazar su exigibilidad no se limitan a exigir nuevas garantías que cubran los riesgos e intereses del aplazamiento sino que replantean toda la operación de financiación inicial y, además de imponer una comisión de novación calculada no en consideración a los esfuerzos y costes de la operación de refinanciación sino por referencia porcentual a su importe, tratan de dotar a sus créditos del refuerzo de garantías reales nuevas, directas unas e indirectas otras, sobre todos los activos de la prestataria, con el inevitable efecto de una sensible minoración de su valor residual en perjuicio de todos los demás acreedores.

No hay por qué cuestionar que la refinanciación limitada a la concesión de un mayor plazo para la restitución del crédito sindicado pudo haber permitido a la compañía superar sus dificultades financieras y eludir el concurso (para lo cual era también esencial, y en ello insistieron los peritos en el acto de la vista, la obtención por la compañía de una financiación adicional de 150 millones mediante un préstamo "blando" del ICO que, a mediados de junio de 2008, le fue definitivamente denegado). Pero se convendrá también en que, declarado el concurso de acreedores apenas dos meses y medio después de la firma del acuerdo de refinanciación, es claro que éste no sirvió para evitar la insolvencia y situó en cambio a los acreedores del sindicado en una posición reforzada frente a la que anteriormente tenían, sin aportación de nuevos fondos a la compañía, en correlativo perjuicio del resto de los acreedores. Desde la perspectiva puramente objetiva que impone el artículo 71 de la LC, no hay duda de que la constitución de nuevas garantías reales a favor de créditos preexistentes (sin considerar el acuerdo de capitalización de intereses vencidos y la comisión de novación) ha resultado ser en este caso perjudicial para la masa activa; y desde la perspectiva reforzada que impone el apartado 5 del artículo decimoquinto del RD-Ley 5/2005, el acuerdo de garantías financieras y su posterior aportación, en cuanto que parte integrante del acuerdo de refinanciación, se ha realizado en claro perjuicio de los acreedores no intervinientes que, de llegar a constituirse todas las garantías previstas, simplemente no contarían con bienes o derechos libres sobre cuyo producto hacer efectivos sus créditos.

IV.- Una operación de refinanciación de un préstamo sindicado de estas características no es, desde luego, un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial de la deudora realizado en condiciones normales (Art. 71 5 1º de la LC). Y no es necesario para así concluirlo con acoger una interpretación tan estricta de los actos ordinarios como la que siguen algunas resoluciones judiciales (v.gr. la ST del Juzgado

de lo Mercantil de Málaga de 8 de junio de 2007, que lo circunscribe a los actos ineludibles para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional). Se convendrá, sin duda, que a la categoría de actos ordinarios no pertenecía la decisión de PROMOCIONES Y URBANIZACIONES MARTÍN S.A. de tomar dinero a préstamo para adquirir en el marco de una Oferta Pública de Acciones las de una compañía cotizada de mucho mayor tamaño ni, por consiguiente, la de la sociedad resultante de la fusión (MARTINSA-FADESA S.A.) de refinanciar el préstamo. Pero menos aún cabe sostener que gravar la totalidad del patrimonio de una compañía para garantizar la restitución de un préstamo de esta naturaleza pueda constituir un acto ordinario de la actividad empresarial de una empresa promotora; es más bien, con toda evidencia, un acto absolutamente extraordinario, forzado por la inminencia de una insolvencia y objetivamente desproporcionado.

V. - En la contestación a la demanda de las codemandadas JER VALENCIA, SHINSEI BANK y BANCO ITAU se opone la falta de jurisdicción del juez del concurso para decidir por vía de una acción de reintegración la ineficacia de prendas constituidas por la concursada sobre las acciones, valores o participaciones sociales de que es titular en sociedades extranjeras de su grupo empresarial. Citan en apoyo de su tesis los artículos 201 y 204 de la Ley concursal y, por lo que se refiere lógicamente a sociedades radicadas en estados comunitarios, el artículo 5 del Reglamento (CE) nº. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000. Pero el que los efectos del concurso sobre derechos reales que recaigan en bienes o derechos de cualquier clase pertenecientes al deudor que en el momento de la declaración del concurso se encuentren en el territorio de otro Estado se rijan exclusivamente por la Ley de éste (art. 201 LC), o que la apertura del concurso no afecte al derecho real de un acreedor o de un tercero sobre bienes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, que pertenezcan al deudor y que se encuentren en el territorio de otros Estado comunitario (Art. 5 del Reglamento nº. 1346/2000), no excluye por sí solo el ejercicio de acciones de reintegración al amparo de la Ley concursal; con arreglo a las normas de Derecho Internacional Privado de la Ley concursal (artículo 208) esa exclusión sólo cabe cuando el beneficiado por el acto perjudicial para la masa activa pruebe que dicho acto está sujeto a la ley de otro Estado que no permite en ningún caso su impugnación. Y en el ámbito comunitario, el apartado 4 del artículo 5 expresamente dispone que lo dispuesto en el apartado 1 no impide el ejercicio de las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores, que se rigen por la Ley del estado de apertura según el artículo 4. 2 letra m) del mismo Reglamento.

VI. - Con respecto a las hipotecas cuya constitución prevé el acuerdo de refinanciación, la alegación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario que, en sede de fundamentos de derecho, hacen las demandadas opositoras, carece en este caso de virtualidad. Dejando al margen el hecho de que, por lo que de los autos resulta, el acuerdo de refinanciación sólo contempla una promesa de constitución de hipotecas que no consta que se hayan llegado a formalizar, este Juzgado ya ha mantenido en otras resoluciones anteriores que en una interpretación sistemática del precepto, la restricción legal debe operar, por evidentes razones de seguridad del mercado hipotecario, respecto de las hipotecas sobre créditos titulizados y, además, en el marco de los concursos de entidades de crédito y las demás a ellas asimiladas a que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional segunda de la Ley concursal. Conviene a estos efectos recordar que aun cuando la actual redacción del artículo 10 de la LMH procede de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario, su incorporación a la Ley concursal como legislación concursal especial procede del RD- Ley 3/2009, de 27 de marzo, que reformó el apartado a) del número 2 de la referida disposición adicional segunda de la LC. Con ello se resuelve la duda doctrinal acerca del ámbito de aplicación de la norma en cuanto a si se refiere al concurso del deudor, del hipotecante no deudor o de la entidad financiera acreedora: como ningún sentido tendría otorgar a una norma de aplicación general la condición de legislación concursal especial, es forzoso concluir que la norma, como especialidad frente al régimen rescisorio ordinario del artículo 71 de la LC, tiene su ámbito de aplicación propio en los concursos de las entidades financieras y asimiladas a que se refiere el artículo 2 de la LMH y la disposición adicional segunda, apartado 1, de la LC.

VII.- Si con lo hasta ahora expuesto se ha de concluir la estimación de la demanda rescisoria en cuanto se refiere a las garantías reales, constituidas o pendientes de constitución, sobre bienes y derechos de la concursada MARTINSA-FADESA S.A., también ha de advertirse que la rescisión no puede alcanzar a las garantías reales constituidas o pendientes de constitución por terceros, aun cuando se trate de sociedades del mismo grupo empresarial que encabeza la deudora en concurso. Puesto que, por las razones expuestas en el segundo de los fundamentos de esta resolución, no es posible declarar la rescisión global del acuerdo de refinanciación -bajo cuya consideración se adoptaron en su día las medidas cautelares-, la de las garantías reales debe ceñirse a las que se han constituido o estaba previsto constituir sobre bienes y derechos de la masa activa del concurso, pues sólo los actos perjudiciales para la masa activa son, conforme a lo establecido en el artículo 71 de la LC, rescindibles. A la masa activa del concurso de MARTINSA-FADESA S.A. pertenecen sin duda las acciones de que sea titular en otras sociedades del grupo, así como los créditos que en su

caso mantenga frente a sociedades filiales. No es discutible que también la pignoración de acciones y de créditos de los que sean titulares otras sociedades del grupo contribuye a disminuir el valor de realización de la masa activa, puesto que disminuye, o al menos compromete, el valor de las acciones de las que a su vez sea titular MARTINSA-FADESA S.A. en las sociedades pignorantes; pero se trata de sociedades que no están en concurso que haya sido declarado por este Juzgado, por lo que la administración concursal carece de legitimación activa para atacar sus actos dispositivos o de gravamen, actos que afectarán directamente, en todo caso, a los acreedores de dichas sociedades. Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de las garantías personales, no es posible invocar la técnica del levantamiento del velo sino para evitar las consecuencias de un abuso de personificación en los excepcionales casos en que el revestimiento formal de una persona jurídica sirve para eludir responsabilidades que deben ser imputadas a quien hace de ella un uso fraudulento. No hace falta decir que la mera existencia de un grupo de empresas no permite, por sí sola, presumir finalidades espurias, ni establecer comunicación de responsabilidades en cualquier ámbito o prescindir de la personalidad jurídica propia de cada una de las sociedades que integran el grupo. En este sentido, la STS de 12 de mayo de 2008 (RJ 2008\3058) recuerda que "la personalidad jurídica de las sociedades es un instrumento crucial en el tráfico jurídico, en un sistema que admite incluso la sociedad unipersonal, y han de ser excepcionales, y bien fundadas, en la existencia de perjuicio o fraude, las posibilidades de desconocerla o de prescindir de ella cuando, en principio, haya de ser tenida como centro de imputación o sujeto de derechos y obligaciones".

CUARTO.- Las garantías personales en el marco del Contrato de Financiación Senior Modificado de 2008.-

I.- Como se resume en el hecho cuarto de la demanda, las garantías personales otorgadas con ocasión del Contrato de Financiación Senior Modificado de 2008 lo fueron tanto por las filiales que ya habían prestado garantías conforme al "Contrato de Financiación Senior" de 2007 como por otras filiales de MARTINSA-FADESA S.A., tanto nacionales (EUROGALIA S.L.U.) como internacionales (FADESA BULGARIA, EOOD; SF RIVE GAUCHE GROUPE FADESA S.A.; FADESA DETSCHLAND, GmbH; FADESA HUGARIA, Zrt.; INMOBILIARIA FADESAMEX, S.A. de CV; DESARROLLADORA TURÍSTICA Y URBANA DE MEXICO S.A. de C.V.; CONSTRUCCIONES MULTIFUNCIONALES DEL PACÍFICO S.A. de C.V.; FADESA ROMANIA S.R.L.; FADESA UK.LIMITED; Y FADESA PORTUYGAL S.A.). Cuatro de estas entidades filiales -FADESA HUGARIA, Zrt., FADESA PORTUYGAL S.A., SF RIVE GAUCHE GROUPE FADESA S.A. y EUROGALIA S.L.U.- suscribieron el contrato de refinanciación como acreditadas adicionales, deudoras por lo tanto al mismo nivel que su matriz.

II.- Como ya se ha adelantado en el fundamento de derecho anterior (VII), ni en el hecho de tratarse de sociedades del grupo empresarial que encabeza la deudora en concurso ni el de haber autorizado expresamente (impuesto, si se quiere) la sociedad en concurso a sus filiales para otorgar la correspondiente garantía personal, cabe sustentar la pretendida rescisión de los afianzamientos prestados, por la simple razón de tratarse de actos de afianzamiento otorgados por terceros distintos del concursado. No ostenta la legitimación concursal sino para pretender la rescisión de actos dispositivos o de gravamen realizados por el deudor concursado que sean perjudiciales para la masa activa, ni alcanza siquiera la jurisdicción del juez del concurso para decidir la ineficacia de afianzamientos prestados por terceros, nacionales o extranjeros; y si se quiere ceñir la rescisión a la autorización que los órganos de administración de MARTINSA-FADESA S.A. otorgaron a sus filiales para obligarse en los términos del Contrato de Financiación habría que responder que, además de tratarse precisamente de simples actos de administración innecesarios desde el punto de vista de la validez de las garantías otorgadas, quedarían éstas en todo caso incólumes puesto que se trata de actos unilaterales de terceros. La técnica del levantamiento del velo no es en este caso aplicable por las razones ya apuntadas en el fundamento de derecho anterior.

QUINTO.- El contrato entre acreedores (Intercreditor 2007 e Intercreditor Modificado 2008).-

I.- Con carácter previo debe significarse que la exposición fáctica y jurídica de la demanda a propósito del contrato entre acreedores de 9 de febrero de 2007 (Intercreditor) y del contrato entre acreedores de 7 de mayo de 2008 (Intercreditor modificado) se basa en la vulneración de las normas de la Ley concursal relativas al orden de prioridad en el cobro que resulta de la clasificación de los créditos, al subordinar los de unos acreedores con respecto a los de otros, siempre en el ámbito subjetivo del contrato, y al establecer reglas sobre el ejercicio de las garantías y el destino que debe darse a las sumas obtenidas en el marco del sindicado. No argumenta en cambio la administración concursal en qué medida el contrato, suscrito igualmente por la concursada, es o puede ser perjudicial para la masa activa del concurso, que es lo que constituye el presupuesto de la acción de reintegración del artículo 71 de la LC. La supuesta nulidad del contrato -y de su

novación de 2008-, si se hubiera pedido y pudiera reconocerse legitimación a la administración concursal para pretenderla en casos de mera intervención, es cuestión ajena al marco de una acción de reintegración.

II.- Los contratos entre acreedores, normalmente ligados a un préstamo sindicado, además de disciplinar la actuación de los prestamistas mediante la designación de un interlocutor o "agente", contienen de ordinario pactos de subordinación en virtud de los cuales el dinero que se obtenga del deudor, mediante pagos voluntarios o en ejecución de las garantías, se destina a pagar a unos acreedores con preferencia a otros de la misma clase, deducidos en su caso los gastos que el acreedor ejecutante haya debido afrontar. El fenómeno aparece contemplado en la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre Régimen de la Insolvencia (2004) y lo describe como sigue: "La subordinación contractual se produce cuando dos o más acreedores de un mismo deudor conciertan un acuerdo (denominado en adelante "acuerdo de subordinación" o "acuerdo de distribución") en virtud del cual un acreedor acepta recibir el pago de su crédito frente al deudor después de que se haya pagado al otro acreedor o los demás acreedores. Esos acuerdos pueden concertarse entre titulares de créditos garantizados o entre acreedores sin garantía. En un acuerdo entre acreedores garantizados se suele prever que un acreedor gozará de prelación sobre el titular de un crédito al que en otras circunstancias le correspondería un mayor grado de prelación. En un acuerdo entre acreedores ordinarios se suele prever que un acreedor cobrará íntegramente su crédito antes de que el titular del crédito subordinado pueda recibir algún pago". Más adelante destaca su naturaleza contractual y añade: "Las leyes que rigen la validez y la fuerza ejecutoria de un contrato se aplican asimismo a los acuerdos de subordinación, y pueden oponerse las mismas excepciones ordinarias de responsabilidad contractual, como la ausencia de contraprestación, el dolo y las cláusulas leoninas. Deberá entenderse que el principio general del reconocimiento en la insolvencia de los grados de prelación previos a la apertura del procedimiento incluye también los grados de prelación basados en un acuerdo de subordinación, siempre y cuando las partes no convengan en otorgar a un crédito un grado de prelación superior al que se le concedería en virtud del derecho aplicable".

III. - Como dice la ST del TS de 20 de enero de 2004 (RJ 2004\204), a propósito de un pacto entre acreedores hipotecarios, "el pacto en cuestión sólo afecta inicialmente a los coacreedores, no afecta a terceros, ni siquiera al deudor; pertenece en exclusiva a la esfera negocial de los coacreedores y no altera rangos hipotecarios ni supone más que una convención entre ellos". No hay en nuestro Derecho, desde luego, inconveniente alguno para que un acreedor convenga con otro u otros la subordinación relativa de su crédito, de modo que -pese al rango concursal que pueda ostentar- acepte no cobrar hasta que lo hagan los demás. Como también es evidente, tales contratos entre acreedores en ningún caso podrán afectar o perjudicar a los acreedores no firmantes del acuerdo. Así las cosas, tampoco afectan -más que en el ámbito interno de los acreedores integrantes del acuerdo- a la regla de la *pars conditio* que, por otra parte, no es absoluta en nuestro Derecho Concursal.

Por lo que aquí interesa, baste decir que ni el Contrato entre Acreedores de 2007 ni el que lo sustituyó en 2008 son, o pueden llegar a ser, perjudiciales para la masa activa puesto que sus efectos se producen al margen del concurso, en la relación interna entre los acreedores que los suscribieron, de modo que no pueden ser rescindidos al amparo de lo dispuesto en el artículo 71 de la LC.

SEXTO.- Efectos de la rescisión.La pretendida subordinación del crédito de los prestamistas "no adheridos".-

La demanda, según lo expuesto, sólo ha de ser parcialmente estimada, con la rescisión de las garantías reales constituidas por MARTINSA-FADESA S.A., sobre bienes o derechos de su patrimonio, en cumplimiento de los compromisos alcanzados con los acreedores integrantes del sindicado y en el marco del Contrato de Financiación Senior Modificado de 2008, incluyendo la ineficacia de los pactos de constitución futura de garantías de la misma naturaleza, en cuanto tales garantías y compromisos se hallaren vigentes.

Puesto que se trata de garantías prestadas o comprometidas en el marco de un contrato de refinanciación, novatorio de un préstamo sindicado anterior (2007), con ocasión del cual las prestamistas beneficiadas por los actos ahora rescindidos no hicieron aportación de nuevos fondos ni incrementaron cuantitativamente sus créditos, y puesto que no es objeto de la demanda rescisoria el Contrato de Financiación Senior de 2007, del que proceden los créditos de las demandadas y la clasificación que se les ha otorgado en el concurso, es claro que con la rescisión de las garantías y la de los pactos de constitución de las que no se llegaron a constituir antes de la declaración del concurso se agotan los efectos que esta sentencia debe producir (a salvo eventuales mandamientos de cancelación que sea preciso emitir para asegurar su efectividad), sin que pueda ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 73 LC en cuanto a la restitución de las prestaciones.

Al margen de lo expuesto, que impide desde luego cualquier efecto de degradación del crédito de las acreditantes "no adheridas" a la transacción, la mala fe a que se refiere el artículo 73 LC es, lógicamente, la de quien contrató con el concursado y la concurrente en el momento de la contratación. Ciertamente es que en la Ley concursal se contempla un supuesto en el que la mala fe subsiguiente -materializada en la obstaculización reiterada al cumplimiento de un contrato- determina la subordinación del crédito (artículo 92 7º LC), pero ni es posible aplicar esa misma solución a las acciones de reintegración, ni sería justo trasladar ese esquema al comportamiento procesal de quien se ha limitado a defender la efectividad de las garantías constituidas a favor de su crédito. Si se pretende que en el acuerdo mismo de refinanciación las acreditantes actuaron de mala fe -que es algo que ni siquiera se sostiene en la demanda- la mala fe habría que predicarla de todos los miembros del sindicato, y no sólo de los que posteriormente se negaron a suscribir el acuerdo transaccional.

SÉPTIMO.- Las medidas cautelares. -

Se llevará testimonio de esta sentencia a la pieza separada de medidas cautelares para decidir en ella, conforme a lo establecido en el artículo 744. 2 LEC, el alzamiento o mantenimiento de las medidas cautelares en la medida en que los demandados resultan parcialmente absueltos de las peticiones de la demanda.

OCTAVO.- Costas .-

Aun cuando el resultado de esta sentencia es el de una estimación parcial de la demanda, debe ser ésta íntegramente desestimada respecto de los contratantes que renunciaron, bien unilateralmente o bien en el marco de un acuerdo transaccional, a las garantías reales que son objeto de la rescisión, puesto que los demás pedimentos de la demanda deben ser desestimados. Es justo sin embargo reconocer que la extraordinaria complejidad jurídica del asunto litigioso, sobre el que no existe jurisprudencia en sentido propio (artículo 1. 6 del CC) que haya sido pronunciada en aplicación de la vigente Ley concursal, justifica la apreciación de serias dudas de derecho a los efectos de hacer en este caso excepción a la regla general del vencimiento objetivo (Artículo 394 de la LEC)

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimo en parte la demanda incidental promovida por la administración concursal contra los demandados a que se refiere el encabezamiento de esta sentencia y en consecuencia:

Declaro la rescisión y consiguiente ineficacia de todas las garantías reales, pignoraticias o hipotecarias, constituidas por MARTINSA-FADESA S.A. en cumplimiento de las obligaciones contraídas en el "Contrato de Financiación Senior Modificado" de 7 de mayo de 2008 que graven bienes y derechos de su patrimonio, así como la de las obligaciones ordenadas a la constitución futura de garantías de esta naturaleza sobre bienes o derechos de su patrimonio.

Condeno a las demandadas, salvo a las que previamente o en el curso del proceso han renunciado a las garantías reales objeto de la rescisión, a estar y pasar por la anterior declaración.

Firme esta sentencia expídanse los oficios y mandamientos de cancelación que, en su caso, sea necesario emitir para hacer efectivo el pronunciamiento rescisorio.

Desestimo los demás pedimentos de la demanda, de los que absuelvo a los demandados, y no hago especial imposición de las costas de este incidente a ninguna de las partes.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Cuarta, que deberá prepararse por escrito presentado en este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a su notificación, con simultánea constitución del depósito legalmente exigido.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo.

E./

Publicación: La anterior sentencia fue leída en audiencia pública por el Sr. Magistrado-juez que la suscribe en el mismo día de su fecha; doy fe.-