

Resumen

Concurso de acreedores. Rescisión de hipoteca por fraude. El TS confirma la rescisión de la hipoteca constituida a favor de la entidad financiera en garantía del préstamo concedido. Reitera que el aumento de riesgo asumido por el banco sólo es entendible desde la intención de sustituir los créditos ordinarios por otros privilegiados, alterando la "par conditio creditorum". Concorre mala fe y existe fraude (FJ6). Además, señala que, en las garantías prestadas a favor de terceros, debe examinarse la operación en su conjunto. El dinero del préstamo se destinó al pago de créditos personales, lo que comportó la sustitución de una garantía personal -fianza- por otra real -hipoteca- cayendo, por tanto, dentro de la presunción de perjuicio -art. 71.3.2 LC, sin que el banco acredite lo contrario. En el concepto de "acto perjudicial para la masa activa", se diferencian las ideas de perjuicio y de disminución del patrimonio, y la ley no dispone la rescindibilidad de estos últimos actos, sino de los actos perjudiciales, entendidos como "un sacrificio patrimonial injustificado" (FJ2).

NORMATIVA ESTUDIADA

RD 716/2009 de 24 abril 2009. Se desarrollan determinados aspectos de L 2/1981, de 25 marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

art.1

Ley 41/2007 de 7 diciembre 2007. Modifica Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y seguro de dependencia y establece determinada norma tributaria art.2.2 , art.12.2

Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal art.71.3.2 , art.72 , art.73 , dad.2

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.217.5 , art.218.1 , art.218.2 , art.222.1 , art.222.4 , art.465.4 , art.469.1.2 , art.469.1.4 , art.477.2.3

Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores art.1.2

Ley 2/1981 de 25 marzo 1981. Mercado Hipotecario art.4 , art.10

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española art.24.1

RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio art.878.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	6
FALLO	12

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- CARGA DE LA PRUEBA
 - EL ARTÍCULO 217 DE LA NUEVA LEC
- CONCURSO DE ACREEDORES
 - CUESTIONES GENERALES
 - EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN
 - PROCEDIMIENTO
- CONTRATOS BANCARIOS
 - CUENTA DE CRÉDITO
 - En general
 - PRÉSTAMO
 - En general
- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS
 - TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En general

FIANZA

CUESTIONES GENERALES

MODALIDADES

Aval solidario

Otros

FRAUDE DE ACREEDORES

EN GENERAL

FUENTES DEL DERECHO

JURISPRUDENCIA

Del Tribunal Supremo

GARANTÍAS REALES

HIPOTECA

Constitución e inscripción

Nulidad

Clases

Inmobiliaria

PROCESO CIVIL

RECURSOS

Extraordinario por infracción procesal

Motivos

Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia

Vulneración de derechos fundamentales del artículo 24 CE

Casación

Decisión del recurso

Desestimatoria

En general

Infracción de ley o jurisprudencia

Violación de la ley

Cuestiones generales

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Concursado; Desfavorable a: Acreedor

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.1 de RD 716/2009 de 24 abril 2009. Se desarrollan determinados aspectos de L 2/1981, de 25 marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

Aplica art.2.2, art.12.2 de Ley 41/2007 de 7 diciembre 2007. Modifica Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y seguro de dependencia y establece determinada norma tributaria

Aplica art.71.3.2, art.72, art.73, dad.2 de Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal

Aplica art.217.5, art.218.1, art.218.2, art.222.1, art.222.4, art.465.4, art.469.1.2, art.469.1.4, art.477.2.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.1.2 de Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores

Aplica art.4, art.10 de Ley 2/1981 de 25 marzo 1981. Mercado Hipotecario

Aplica art.24.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.878.2 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

Cita RDL 3/2009 de 27 marzo 2009. Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica

Cita Ley 41/2007 de 7 diciembre 2007. Modifica Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y seguro de dependencia y establece determinada norma tributaria

Cita Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 2/1981 de 25 marzo 1981. Mercado Hipotecario

Cita art.2.3, art.2901 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.441, art.878 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D.Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia Nº:652/2012

Fecha Sentencia: 08/11/2012

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº: 836/2010

Fallo/Acuerdo:

Votación y Fallo:11/10/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Gimeno Bayón Cobos

Procedencia: Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por: ezp

Nota:

CONCURSAL: GARANTÍAS CONTEXTUALES: HIPOTECA EN FAVOR DE ENTIDAD HABILITADA PARA EMITIR TÍTULOS EN EL MERCADO HIPOTECARIO

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 836/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Gimeno Bayón Cobos

Votación y Fallo: 11/10/2012

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 652/2012

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. Antonio Salas Carceller

D. Rafael Gimeno Bayón Cobos

En la Villa de Madrid, a ocho de noviembre de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Banco Español de Crédito, S.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección Primera) el día nueve de marzo de dos mil diez, en el recurso de apelación 599/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2, y Mercantil, de Lugo en los autos de incidente concursal num. 816/2008, dimanante del concurso de acreedores 449/2008.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente Banco Español de Crédito, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada.

En calidad de parte recurrida ha comparecido la Administración Concursal de Onte, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Álvaro Ignacio García Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. La Administración Concursal de Onte, S.A., interpuso demanda contra Onte S.A. (antes Inversiones Serantes S.A.), Banco Español de Crédito, S.A., Caja de Ahorros del Mediterráneo, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. e Internacional de Chapas y Maderas Paiporta, S.A.

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

SUPPLICAMOS AL JUZGADO: Que habiendo por recibido este escrito con sus documentos, y copias de todo ello, se sirva tener por formulada DEMANDA de INCIDENTE CONCURSAL sobre acción rescisoria al amparo del artículo 71 de la Ley Concursal EDL 2003/29207, para, previa la sustanciación del correspondiente incidente por sus trámites, incluido el recibimiento a prueba que expresamente se interesa, se dicte en su día Sentencia en cuya virtud:

1º. Se declare la rescisión e ineficacia absoluta del afianzamiento prestado por "Inversiones Serantes, S.A." (hoy la concursada "ONTE, S.A.") ante Banesto, para responder de los riesgos concertados por esta entidad financiera con la también demandada "Internacional de Maderas y Chapas Paiporta, S.A.", según la Póliza Global de Comercio exterior número: 0030 6338 2235 (referencia: 0030 6338 2006 00520), firmada en Sarria el día 28 de julio de 2006, por cuantía principal de 800.000,00 euros, con intervención del Notario D. Manuel Ignacio Castro-Gil Iglesias.

2º. Se declare la rescisión e ineficacia absoluta de la ampliación del anterior afianzamiento hasta el nuevo límite de 1.600.000,00 euros, mediante acuerdo novatorio suscrito con fecha 24 de abril de 2007 con intervención del mismo fedatario público, en la forma descrita en esta demanda.

3º. Se declare la rescisión e ineficacia absoluta del contrato de préstamo entre Banesto y la concursada por importe principal de 1.800.000,00 euros, reflejado en la escritura pública otorgada el día 18 de diciembre de 2007, ante el Notario de Sarria (Lugo), D. Manuel Ignacio Castro-Gil Iglesias.

4º. Se declare la rescisión e ineficacia absoluta de la constitución de hipoteca inmobiliaria a favor de Banesto, reflejada en la misma escritura pública a que se alude en el punto anterior.

5º. Se ordene cancelar el asiento registral practicado como efecto de la escritura de constitución de dicha hipoteca inmobiliaria, exclusivamente en la parte de la misma que afecta a la demandada Banesto, librando a tal fin el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad de Sarria, siendo de cargo del hipotecante, Banesto, todos los gastos que pudieran derivarse de la cancelación registral de la citada hipoteca.

6º. Se declare la mala fe de Banesto, a los efectos expuestos en el Fundamento de Derecho VIII de esta demanda, declarando, asimismo, y consecuentemente, que dicha entidad crediticia debe pasar a ostentar un crédito subordinado por el importe adeudado por la concursada "ONTE, S.A."

7º. Se declare que no existe ninguna prestación que restituir por parte de la masa del concurso como consecuencia de las rescisiones interesadas.

8º. Se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

9º. Se impongan expresamente las costas procesales a quien se opusiere a dichas pretensiones, y todo lo que demás resulte procedente en Derecho.

3. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 2, y Mercantil, de Lugo que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento como incidente concursal 816/2008, dimanante del concurso de acreedores 449/2008.

SEGUNDO.- LAS CONTESTACIONES A LA DEMANDA Y LAS REBELDÍAS

4. En los expresados autos compareció Banco Español de Crédito, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales don Andrés Corral Alvarez, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

SUPlico que teniendo por presentado este escrito, con los documentos que se acompañan y el poder, todo ello con sus respectivas copias, se tenga por contestada, en tiempo y forma, la demanda promovida, y previos los trámites pertinentes, en definitiva se dicte sentencia por la que se desestime la demanda incidental formulada, con imposición de costas a la parte actora.

5. También compareció Caja de Ahorros del Mediterráneo representada por el Procurador de los Tribunales don Jacobo Varela Puga, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

SUPlico AL JUZGADO Que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tenerme por personado y parte en los presentes autos, en nombre de quien comparezco, CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO, ordenando se entiendan conmigo las sucesivas diligencias, y por cumplido en tiempo y forma el emplazamiento efectuado a mi parte y por contestada la demanda interpuesta por la administración concursal de ONTE, S.A. de cualquier acción que pueda afectar a mi representada.

6. Transcurrido el plazo legal concedido sin que los demandados de Internacional de Chapas y Maderas Paiporta, S.A., y la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A comparecieran, por providencia de doce de diciembre de dos mil ocho fueron declarados en situación de rebeldía procesal.

TERCERO.- LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

7. Seguidos los trámites oportunos, el día siete de mayo de dos mil nueve recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO:

ESTIMAR la demanda incidental interpuesta por la Administración Concursal de Onte S.A., contra la entidad Onte S.A., la mercantil Banco Español de Crédito S.A., la mercantil Internacional de Chapas y Maderas Paiporta S.A., la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y la mercantil Caja de Ahorros del Mediterráneo, y

ACORDAR:

1º) La rescisión e ineficacia del afianzamiento prestado por inversiones Serantes S.A. (hoy Onte S.A.) ante Banesto, para responder de los riesgos concertados por esta entidad financiera con la mercantil internacional de Maderas y Chapas Paiporta S.A., según la Póliza Global de Comercio exterior nº 0030 6338 2235 (referencia: 0030 6338 2006 00520) firmada en Sarria el día 28 de julio de 2006, por cuantía principal de 800.000 Eur., con intervención del Notario don Manuel Ignacio Castro-Gil Iglesias.

2º) La rescisión e ineficacia de la ampliación del anterior afianzamiento hasta el nuevo límite de 1.600.000 Eur., mediante acuerdo novatorio suscrito con fecha 24 de abril de 2007 con intervención del mismo fedatario público.

3º) La rescisión e ineficacia del contrato de préstamo entre Banesto y la concursada por importe principal de 1.800.000,00 Eur. reflejado en la escritura pública otorgada el día 18 de diciembre de 2007, ante el Notario de Sarria, don Manuel Ignacio Castro-Gil Iglesias.

4º) La rescisión e ineficacia absoluta de la constitución de hipoteca inmobiliaria a favor de Banesto, reflejada en la escritura pública a que se alude en el punto anterior.

5º) La calificación como crédito subordinado del crédito a favor de Banesto derivado de su derecho de reintegración de las cantidades correspondientes al pago de comisiones y gastos de apertura del préstamo hipotecario realizado junto con otras dos entidades financieras además de Banesto (13.500 Eur.), y al pago de la provisión de fondos para gastos de gestión de hipoteca (50.003,60 Eur.), así como un saldo de 1.496,40 Eur.; descontando de la comisión y gasto de apertura del préstamo hipotecario la parte proporcional que a Banesto pudiera corresponderle (ya que dicho préstamo respecto de él queda rescindido).

CONDENAR a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones. ORDENAR cancelar el asiento registral practicado como efecto de la escritura de constitución de dicha hipoteca inmobiliaria, exclusivamente en la parte de la misma que afecta a la demandada Banesto. Todo ello con imposición de costas a la demandada Banesto".

CUARTO.- LA SENTENCIA DE APELACIÓN

8. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de Banco Español de Crédito, S.A. y seguidos los trámites ante la Audiencia Provincial de Lugo (Sección Primera) con el número de recurso de apelación 599/2009, el día nueve de marzo de dos mil diez recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS

Se estima parcialmente el recurso de apelación, confirmándose en lo sustancial la sentencia con la única modificación revocatoria relativa a que el crédito subordinado derivado de su derecho de reintegración de las cantidades correspondientes al pago de comisiones y gastos de apertura del préstamo hipotecario realizado junto a otras dos entidades financieras además de Banesto (13.500 Eur.) y al pago de la provisión de fondos para gastos de gestión de hipoteca (50.003,60) así como un saldo de 1496.40 Eur., descontando de la comisión y gasto de apertura del préstamo hipotecario la parte proporcional que a Banesto pudiere corresponderle, se extenderá además a

a) Las cantidades de 98.456 Eur. y 98.870 Eur. reseñados en el fundamento de Derecho 6.

b) Las otras cantidades que se puedan acreditar en ejecución de sentencia que tras ser ingresadas en la Cuenta de Onte por la Orden de Transferencia efectuada por Inversiones Serantes(Importe total de 300.000), no correspondan a pagos o gastos en relación con deudas preexistentes. No se efectúa condena en costas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

QUINTO.- LOS RECURSOS

9. Contra la expresada sentencia el Procurador de los Tribunales don Andrés Corral Alvarez en nombre y representación de Banco Español de Crédito, S.A. interpuso:

1) Recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , por omisión de motivación racional de la sentencia

Segundo: Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 por ausencia de motivación y motivación irracional.

Tercero: Infracción del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , por vulneración del efecto de cosa juzgada de las sentencias.

Cuarto: Infracción de los artículos 218.1 y 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, por incongruencia omisiva.

Quinto: Infracción de las normas relativas al reparto de la carga de la prueba, en concreto del artículo 217.5 en relación con el art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario

2) Recurso de casación con apoyo en un motivo único consistente en la infracción del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, en relación con el art. 4 del mismo texto legal.

SEXTO.- ADMISIÓN DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN

10. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 836/2010.

11. Personado Banco Español de Crédito, S.A. bajo la representación del Procurador don Javier Fernández Estrada, el día veintinueve de marzo de dos mil once la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA:

1º) ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de la entidad BANESTO, S.A., contra la Sentencia dictada con fecha 9 de marzo de 2010, por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección Primera), en el rollo de apelación num. 599/2009, dimanante del juicio de incidente concursal num. 816/2008, dimanante del concurso de acreedores num. 449/2008 del Juzgado de Primera Instancia y Mercantil num. 2 de Lugo.

2º) Y entréguese copia del escrito de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

12. Dado traslado de los recursos, el Procurador don Álvaro Ignacio García Gómez en nombre y representación de Administración Concursal de Onte, S.A. presentó escrito de impugnación con base en las alegaciones que entendió oportunas.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

13. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día once de octubre de dos mil doce, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NOTA PREVIA: Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

PRIMERO.- RESUMEN DE ANTECEDENTES

1. Hechos

14. Los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida, integrados en lo menester, en lo que interesa a efectos de esta sentencia, son en síntesis, los siguientes:

1) El 13 de abril de 2006, Banco Español de Crédito, S.A. (en lo sucesivo también BANESTO) y ONTE, S.A. (a partir de ahora, también ONTE), suscribieron una póliza de crédito con límite de 300.000 euros por tiempo de un año prorrogable, Inversiones Serantes S.A. (a partir de ahora también Inversiones Serantes) afianzó con carácter solidario el crédito concedido.

2) El 28 de julio de 2006 Internacional de Chapas y Maderas Paiporta, S.A. (en adelante Internacional de Chapas y Maderas) suscribió con BANESTO una Póliza Global de Comercio Exterior por cuantía principal de 800.000 euros. La acreditada fue afianzada por Inversiones Serantes que se obligó solidariamente con aquella.

3) El 24 de abril de 2007 la expresada Póliza Global de Comercio Exterior fue ampliada hasta el límite de 1.600.000 euros. La ampliación de crédito, fue afianzada nuevamente por Inversiones Serantes que se obligó solidariamente con aquella.

4) El 18 de diciembre de 2007 BANESTO, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y Caja de Ahorros del Mediterráneo como prestamistas y como prestataria Inversiones Serantes, suscribieron un contrato de préstamo mancomunado por importe de 5.400.000 euros.

5) Para garantizar el préstamo concedido por BANESTO Inversiones Serantes constituyó hipoteca sobre la finca y nave en las que la compañía ONTE desarrollaba su actividad.

6) En ejecución de lo pactado, BANESTO transfirió a Inversiones Serantes 1.800.000 euros de los que el 8 de enero de 2008, que procedió a transferir: a) a la cuenta asociada a la Póliza Global otorgada por BANESTO a Chapas y Maderas la cantidad de 1.462.627,75 euros, para el pago del saldo total pendiente; b) 300.000 euros a la cuenta asociada a la póliza de crédito personal concedido a ONTE; c) 63.5003,60 a BANESTO para pago de provisión de fondos por la tramitación de la hipoteca, comisiones y gastos de apertura del préstamo.

7) El 18 de febrero de 2008, Inversiones Serantes fue absorbida por ONTE.

8) Dos meses después, el 18 de abril de 2008, ONTE solicitó ser declarada en concurso voluntario, lo que tuvo lugar el siguiente 15 de mayo.

2. Posición de las partes

15. La Administración Concursal de ONTE, en los términos que constan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, interesó, en síntesis, la rescisión de las fianzas otorgadas por Inversiones Serantes a favor de BANESTO para garantizar el crédito concedido por este a Chapas y Maderas; la rescisión del préstamo por importe de 1.800.000,00 euros concedido por BANESTO a Inversiones Serantes y de la hipoteca en garantía del mismo, así como la declaración de mala fe de Banesto

16. BANESTO suplicó la desestimación de la demanda en los términos que se transcriben en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.

3. Las sentencias de instancia

17. La sentencia de primera instancia estimó la demanda incidental y declaró la rescisión e ineficacia del afianzamiento prestado por Inversiones Serantes para responder del crédito concedido por BANESTO a Internacional de Chapas y Maderas, así como la posterior ampliación, la rescisión e ineficacia del contrato de préstamo entre BANESTO y la concursada y de la hipoteca inmobiliaria y la calificación como subordinado del crédito a favor de BANESTO.

18. La sentencia de segunda instancia estimó parcialmente el recurso de apelación de BANESTO, confirmándolo, en lo sustancial, la recurrida y revocándola solo en cuanto a la declaración de crédito subordinado.

4. Los recursos

19. Contra la expresada sentencia BANESTO interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación con base en los motivos que seguidamente analizaremos siguiendo el orden fijado en el recurso excepción hecha del cuarto motivo del recurso por infracción procesal que será analizado conjuntamente con el de casación.

5. Previo

20. Con carácter previo al examen de los motivos conviene precisar que en el recurso no se ha cuestionado el tratamiento que se ha dado al préstamo de BANESTO por importe de 1.800.000 euros como una operación aislada del mancomunado que, por importe de 5.400.000, concedió por el referido Banco junto con, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y Caja de Ahorros del Mediterráneo.

21. Por otro lado, conviene exponer la doctrina sobre las principales cuestiones que se suscitan en los recursos, por cuanto ello permitirá dar con más claridad y sencillez respuesta judicial a las numerosas alegaciones efectuadas, sin perjuicio de complementar los extremos en que resulte preciso añadir nuevas razones al efecto.

SEGUNDO.- LAS GARANTÍAS CONTEXTUALES

1. El perjuicio o sacrificio patrimonial injustificado

22. Nuestro vigente sistema concursal ha superado el perturbador mixto de retroacción de los actos de administración y disposición realizados por el quebrado desde la fecha a determinar por el juzgador que -sin perjuicio de la evolución que este extremo ha experimentado en la moderna jurisprudencia- en su interpretación clásica y mayoritaria era determinante de la nulidad ipso iure sin necesidad de ánimo fraudulento ni lesión para la masa activa del concurso, y se combina con acciones rescisorias cuyo éxito con la reintegración concursal, exigía que los actos del concursado fueran lesivos para la masa activa. Así lo dispone hoy, de forma contundente, el artículo 7.1 de la Ley Concursal EDL 2003/29207 (a partir de ahora, también LC EDL 2003/29207), a cuyo tenor serán rescindibles "los actos perjudiciales para la masa activa".

23. Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.

24. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).

25. En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).

2. La onerosidad de las garantía por deuda ajena

26. No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria EDL 2009/22291 , financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)". Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.

27. A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano, que al regular la acción revocatoria extraconcursal en el artículo 2901 del Código Civil EDL 1889/1 dispone que "agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito" (a los efectos de esta norma, la prestación de garantías, incluso por deudas de otro, son consideradas a título oneroso cuando son contextuales al crédito garantizado)-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio EDL 1885/1 "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.

28. Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Ley fallimentare que la asimila a otros actos onerosos "sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, (...)". (también son revocados, si el curador (administrador concursal) prueba que la otra parte conoció el estado de insolvencia del deudor, los pagos de deudas líquidas y exigibles, los actos a título oneroso y los constitutivos de un derecho de prelación por deudas, también de tercero, contextualmente creados (...)).

3. El perjuicio en las garantías de obligaciones de sociedades del mismo grupo

29. Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurren relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco.

30. Partiendo de lo expuesto, daremos ahora concreta respuesta a las cuestiones planteadas siguiendo el orden fijado en el recurso, excepción hecha del cuarto motivo del recurso por infracción procesal que será analizado conjuntamente con el de casación.

TERCERO.- LA RESCISIÓN DE HIPOTECAS A FAVOR DE ENTIDADES QUE PUEDEN PARTICIPAR EN EL MERCADO HIPOTECARIO

31. Antes de abordar el estudio de la segunda de las cuestiones planteadas, conviene precisar que no se ha cuestionado que en el momento en el que se desarrollaron los hechos estaba vigente el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario EDL 1981/2223, pese a que la disposición adicional segunda 2 de la Ley Concursal EDL 2003/29207, al indicar la legislación especial subsistente a la entrada en vigor de la Ley Concursal EDL 2003/29207, únicamente se refería a los artículos 14 y 15, silenciando el artículo 10 de dicha Ley.

32. El artículo 10 que, como apunta la doctrina, en su momento constituyó una fuga del sistema de retroacción impuesto por el artículo 878 del Código de Comercio EDL 1885/1. En el momento en el que tuvieron lugar los hechos disponía que "las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2º del artículo 878 del Código de Comercio EDL 1885/1, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél". Esta redacción fue modificada por el artículo 12.2 de Ley 41/2007 de 7 de diciembre EDL 2007/211656, según el cual "las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio EDL 2003/29207, concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe".

33. Aunque la interpretación literal del referido artículo 10, aislada de su contexto, permitía sostener que todas hipotecas inscritas a favor de las "entidades financieras" detalladas en el artículo 2, entre ellos los "Bancos privados comerciales o industriales y de negocios" - en la redacción dada por el art. 2.2 de Ley núm. 41/2007 de 7 de diciembre, las "entidades de crédito" detalladas, entre ellas "los bancos"-, la jurisprudencia entendió que la norma tenía carácter excepcional y era tributaria de una interpretación restrictiva, de modo que, cuando se trataba de hipotecas concedidas en garantías de préstamos exigió que estos tuviesen la finalidad prevista en el artículo 4 de la propia Ley -a cuyo tenor "la finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad" -. También interpretó la expresión "cualquier otra obra o actividad" de forma restrictiva.

34. La sentencia 32/1997, de 23 de enero, afirmó que "indudablemente, la aplicabilidad del artículo 10 de la mentada Ley se encuentra condicionada a la finalidad de las operaciones de préstamo a que la misma se refiere y que aparecen relacionadas en su artículo 4, y aunque las actividades que en él se contemplan no respondan a una enunciación casuística o cerrada pues abarca a «cualquier otra obra o actividad», ello debe interpretarse de manera restringida, en razón a la especialidad del precepto, y entenderse que, en todo caso, esa otra actividad debe asemejarse a las designadas nominativamente", y la sentencia 337/2002, de 11 de abril, que había que entender que "cualquier otra obra o actividad" que se pretendan financiar con los préstamos "ha de confluir a la construcción, rehabilitación, adquisición de viviendas, o a la realización de urbanización o equipamiento social, o a la construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales, conclusión que es a la que conduce la averiguación del significado específico de la frase de acuerdo con el contexto íntegro del precepto de forma que el sentido de la misma concuerde objetivamente con el contenido del resto del precepto concordancia que da lugar a su homogeneidad; por lo tanto la obra y actividad, hay que referirla a las destinadas a favorecer o facilitar la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas o de edificios agrícolas comerciales o industriales". Finalmente, la sentencia 980/2006, de 5 de octubre, de forma implícita, también exigió que los préstamos garantizados por las hipotecas tuviesen el fin exigido por la norma -la sentencia afirma que "con independencia de que la adquisición de terrenos constituye una actuación íntimamente ligada a la posterior construcción en ellos, lo que permitiría encuadrarla en las finalidades previstas por el artículo 10 de la Ley 2/1981, resulta necesaria la desestimación del motivo ya que la finalidad contemplada en el momento de la ampliación de hipoteca llevada a efecto el 7 de enero de 1991 -única a la que podría afectar la retroacción- no era la adquisición de terrenos sino la continuación de una nueva fase en la construcción de viviendas".

35. Esa jurisprudencia dio lugar a la modificación del precepto mediante la adición, por la Ley de 7 de diciembre de 2007, de la expresión "cualquiera que sea su finalidad" que, si por un lado no deja de ser contradictoria con la previa exigencia de finalidades concretas, por otro deja clara la voluntad del legislador de ampliar los supuestos en los que las hipotecas otorgadas por las entidades financieras eludían el régimen de la retroacción y se aproximaban al de la rescisión, al disponer que "(l)a finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria ordinaria o de máximo, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad así como cualesquiera otros préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en esta Ley, sea cual sea su finalidad (...)".

36. Simultáneamente la Ley de 7 de diciembre de 2007 introdujo un segundo párrafo en el artículo 1 de la Ley de Mercado de Valores, que quedó redactado en los siguientes términos: Las entidades financieras a las que esta Ley se refiere podrán conceder préstamos hipotecarios y emitir los títulos necesarios para su financiación, de acuerdo con los requisitos y finalidades que la misma establece, sin perjuicio de que estas entidades u otras puedan emitir y transmitir obligaciones, con garantía o sin ella, de conformidad con la legislación vigente. La presente Ley, así como su normativa de desarrollo, será de aplicación a todos los títulos que en ella se regulan y que se emitan en territorio español.

37. La interpretación sistemática de ese conjunto normativo evidencia que el régimen excepcional orbita alrededor de los títulos que en la Ley del mercado hipotecario se regulan y que se emitan en territorio español, no de las "entidades habilitadas para emitir los títulos" ni de las "hipotecas" otorgadas por dichas entidades. Lo que acota la tutela excepcional a las hipotecas que garantizan los títulos emitidos por las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario que reúnan los requisitos exigidos. Dicho de otra forma, la norma tutela el mercado hipotecario y, en la medida necesario, las operaciones destinadas a darle estabilidad, sin reconocer privilegios subjetivos a las entidades financieras.

38. Esta interpretación se ve reforzada por el artículo 1 del Real Decreto 716/2009 EDL 2009/50186 , que desarrolla determinados aspectos de Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero EDL 1981/2223 . dicho precepto, después de afirmar que responden al objetivo de culminar la modernización y mejora de los mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito en el mercado hipotecario, ya emprendidas con la aprobación de la Ley 41/2007 de 25 de marzo EDL 2007/211656 , determina el ámbito de aplicación de la Ley que desarrolla y precisa que "el mercado hipotecario, regulado por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario EDL 1981/2223 , tiene por objeto la negociación de los títulos emitidos por las entidades a que se refiere el artículo siguiente garantizados por los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por las mismas, siempre que unos y otros reúnan las condiciones establecidas en este Real Decreto".

39. Finalmente, la función aclaratoria de la norma de 2007 y de desarrollo de la de 2009 excluye cualquier posible sospecha de infracción de la prohibición, de retroactividad del artículo 2.3 del Código Civil EDL 1889/1 , dado que la misma no afecta a las normas interpretativas o aclaratorias, como tiene reiterado la doctrina de esta Sala (entre otras muchas, sentencias 203/2009, de 25 de marzo, y 842/2011, de 25 de noviembre). Máxime, cuando de mantener a rajatabla la irretroactividad de la norma de 2007, quedaría sin efecto la "ampliación de finalidades" de los préstamos hipotecarios que tuvo lugar mediante la adición examinada en el precedente apartado 34 de esta sentencia.

CUARTO.- PRIMER Y SEGUNDO MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

1. Enunciado y desarrollo de los motivos

40. El primero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

Al amparo del art. 469.1.2º LEC EDL 2000/77463 , por infracción del art. 218.2 del mismo texto legal, por omisión de motivación racional de la sentencia

41. En su desarrollo la recurrente primero afirma que, la sentencia de segunda instancia "omite la expresión de cualquier razonamiento relativo a la copiosa prueba practicada en segunda instancia", dirigida a demostrar que Chapas y Maderas Paiporta, Inversiones Serantes, y ONTE, constituían un grupo empresarial. Partiendo de tal premisa, sostiene que el crédito obtenido por Internacional de Chapas y Maderas en virtud de la Póliza Global, fue destinado a pagos de esta a favor de ONTE, por lo que las operaciones resultaron beneficiosas para el grupo en general y ONTE en particular, al ser receptora de la parte más sustancial de los fondos entregados por BANESTO a Chapas y Maderas Paiporta.

42. La vulneración del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 (en adelante LEC EDL 2000/77463) derivaría, según el recurso, de que la sentencia no ha expresado "el razonamiento propio de la valoración de la prueba, con incidencia en los distintos elementos fácticos relevantes y con consideración individual de los mismos y sumisión a las reglas de la sana crítica (lógica y razón)".

43. El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

Al amparo del art. 469.1.4º LEC EDL 2000/77463 , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE EDL 1978/3879 por ausencia de motivación y motivación irracional.

44. En su desarrollo la recurrente sostiene que la sentencia recurrida no contiene una motivación lógica ni razonable y que constituye una resolución arbitraria, al rescindir unos negocios jurídicos bajo la premisa, patentemente errónea, de no haberse probado la falta de perjuicio para la entidad concursada, en contradicción con el resultado ostensible de la prueba practicada.

45. Además, afirma que, pese a que su crédito consta reconocido en la Lista de Acreedores de la concursada, la sentencia recurrida le priva del derecho de crédito y le provoca gravísimos perjuicios económicos, en cuanto frente a la concursada derivado de dicho

Préstamo Hipotecario "lo cual supone también la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE EDL 1978/3879 , en cuanto garantiza la inmutabilidad de las decisiones adoptadas en resoluciones judiciales firmes".

2. Valoración de la Sala

2.1. La exigencia de precisión de los motivos.

46. Ambos motivos adolecen de una formulación defectuosa al mezclar argumentos referidos a la motivación de la sentencia con otros relativos a la valoración de la prueba sobre la existencia de un grupo empresarial y a la inexistencia de perjuicio. A lo que hay que añadir que la referencia a la vulneración de la cosa juzgada deviene extravagante en un motivo sustentado en la infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

2.2. La motivación de sentencia vs. la valoración de la prueba

47. A lo expuesto, de por sí suficiente para desestimar el motivo, añadiremos:

1) Que, como tenemos declarado en la sentencia 334/2010, de 9 junio, "la motivación exigible a las decisiones judiciales tiene la doble finalidad de garantizar la ausencia de arbitrariedad y de posibilitar el control de la aplicación razonada de las norma que se consideran adecuadas al caso, a las que suele añadirse la de convencer a las partes de la corrección de la decisión", lo que no puede confundirse con la valoración de la prueba, que es lo que realmente se pretende que revisemos.

2) Que la sentencia está perfectamente motivada y permite conocer los hechos en los que se fundamenta la decisión y la norma aplicada, por lo que podrá no compartirse las razonamientos o tacharlos de erróneos, pero desde luego no de inmotivada o arbitraria, incoherente o insuficiente. Más aún, aunque pudo ser más extensa y explícita en relación con la valoración de la prueba, lo cierto es que de forma expresa el Tribunal de apelación se refiere a ella al afirmar que "en la primera instancia la versión de que ambas entidades formaban parte de un mismo grupo no pasó del nivel meramente indiciario (...) En la segunda instancia la prueba documental y pericial practicada tampoco resultan concluyentes a la hora de establecer la consecuencia apetecida".

3) Finalmente, como sostiene la sentencia recurrida, la inocuidad del argumento permitía economizar esfuerzos argumentativos. En efecto, con independencia de que la sociedad afianzada en su momento formase parte o no del mismo grupo que la fiadora -lo que afectaría a la validez de las fianzas-, en contra de lo que pretende la prestamista, el dinero recibido en préstamo -verdadero núcleo del problema- se destinó fundamentalmente al pago de créditos personales que la prestamista ostentaba contra la prestataria y la sociedad por ella afianzada, de tal forma que fueron sustituidos por créditos garantizados por hipoteca (la sentencia recurrida afirma que "parece evidente que en el contexto económico efectuado y por el destino de su importe, lo que comportó el mismo fue la sustitución de una garantía personal fianza por otra real hipoteca cayendo por tanto dentro de la presunción de perjuicio del art. 71.3.2 sin que por parte de Banesto se haya podido acreditar lo contrario".

QUINTO.- TERCER MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

1. Enunciado y desarrollo del motivo

48. El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

Al amparo del art. 469.1.2º LEC EDL 2000/77463 , por Infracción del art. 222 LEC EDL 2000/77463 , por vulneración del efecto de cosa juzgada de las sentencias, el cual planteamos también al amparo del art. 469.1.4º LEC EDL 2000/77463 por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. EDL 1978/3879

49. En su desarrollo afirma que la sentencia recurrida, al calificar de mala fe la actuación de la recurrente y calificar su crédito como subordinado, con el añadido de limitarlo a ciertas cantidades, deja fuera del concurso buena parte del crédito ostentado por la recurrente, pese a que la sentencia indicada, confirmó el reconocimiento del crédito en el Incidente en el que "sólo discutían para considerarlo subordinado, no para negarlo.

2. Valoración de la Sala

2.1. La exigencia de precisión de los motivos.

50. De nuevo el recurso mezcla cuestiones diversas. Una cosa es la calificación del crédito como subordinado y otra muy diferente la concreción de la cuantía de la prestación que resulte a favor de quien participó en el acto declarado ineficaz y que debe restituirse simultáneamente a la reintegración salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor. Lo que, en definitiva, impide conocer si la vulneración que se denuncia, sin precisar cuál de los distintos apartados se vulnera, es porque el crédito se califica como subordinado o porque limita las cantidades a restituir.

2.1. La cosa juzgada.

51. A lo expuesto, hay que añadir, como hemos declarado en la sentencia 360/2012, de 13 de junio, que la presunción histórica de que lo juzgado debía ser tenido por verdad -"quia res iudicata pro veritate accipitur" (porque la cosa juzgada se tiene por verdad) - y la ficción de que las sentencias transforman la realidad de las cosas para ajustarla a lo decidido -"sententia facit de albo nigrum, aequalat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat" (la sentencia hace de lo blanco, negro; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero)-, se ha reconducido en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , a un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido, por un lado, a impedir la repetición indebida de litigios mediante el llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material -"non bis in idem"- que no permite que una contienda judicial, ya dilucidada por sentencia firme sobre el fondo de la cuestión, pueda volver a plantearse (artículo 222.1 de la LEC EDL 2000/77463) y, por otro, a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente por sentencia sobre el fondo, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos, mediante el efecto positivo o vinculante para los tribunales que hayan de conocer de un proceso posterior cuando lo resuelto

aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto (artículo 222.4 de la propia LEC EDL 2000/77463), que exige la concurrencia de los clásicos requisitos eadem personae, eadem res, eadem causa, (las mismas personas, la misma cosa, la misma causa).

2.3. Impugnación del inventario y la lista de acreedores vs. acción rescisoria.

52. El motivo debe rechazarse ya que el juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso a que se refiere la sentencia 159/2011, de 10 de marzo, como operación precisa para compulsar la paridad entre los dos litigios evidencia que mientras el incidente al que se refiere el artículo 96 de la LC EDL 2003/29207 , a tenor del apartado 3 "podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos", el regulado en el artículo 72 de la LC EDL 2003/29207 tiene por objeto la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, lo que, lógicamente, supone que se trata de créditos que aparecen reconocidos en la lista de acreedores. Máxime, cuando la rescisión, por esencia, afecta a actos estructuralmente válidos y eficaces, por lo que no hay base alguna para rechazar su inicial reconocimiento, a lo que añadiremos que el artículo 73 de la LC EDL 2003/29207 no se refiere a la modificación de la lista que la norma califica de "definitiva"

SEXTO.- MOTIVO ÚNICO DEL RECURSO DE CASACIÓN.

1. Enunciado y desarrollo del motivo

53. El motivo único del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Al amparo del art. 477.2.3º LEC EDL 2000/77463 , por infracción del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, en relación con el art. 4 del mismo texto legal, en la redacción dada a dichos preceptos por la Ley 41/2007, de 1 de diciembre EDL 2007/211656

54. En su desarrollo la recurrente sostiene que para la rescisión de la hipoteca no basta el perjuicio para la masa, sino que se requiere la existencia defraude y en el presente caso, no existe fraude ni perjuicio. A ello añade que la declaración de mala fe que deriva de la afirmación del conocimiento de la mala situación económica generalizada que se dice perceptible en diciembre de 2007, no equivale al fraude requerido por la Ley reguladora del Mercado Hipotecario, pues de ser así en realidad no se habría establecido especialidad alguna.

2. Valoración de la Sala

2.1. Inaplicabilidad de la Ley del Mercado Hipotecario.

55. Para desestimar el de casación es suficiente con que nos remitamos a lo antes expuesto, ya que no consta que la hipoteca garantice un "crédito elegible". Además, la sentencia recurrida declaró que "el apoderado de Banesto reconoció tener conocimiento de esas dificultades financieras, no resultando entendible un incremento del riesgo sino fuese por la intención de sustituir aquellos créditos ordinarios por otros privilegiados alterando con ello la par condicio creditorum. Por tanto, no tiene la Sala elementos para alterar el criterio de la sentencia en el sentido de que concurre mala fe y por tanto es aplicable la devaluación del crédito" o, dicho en román paladino, declara la existencia de fraude.

2.2. Desestimación del motivo.

56. Consecuentemente con lo expuesto, incluso de seguir la tesis de la recurrente, sería procedente la desestimación del motivo.

SÉPTIMO: CUARTO Y QUINTO MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

1. Enunciado y desarrollo de los motivos

57. El cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

Al amparo del art. 469.1.2º, por infracción de los arts. 218.1 y 465.4 LEC EDL 2000/77463, por incongruencia omisiva, el cual planteamos además al amparo del art. 469.1.4º por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE EDL 1978/3879

58. En su desarrollo la recurrente afirma que ha invocado a favor de su pretensión absolutoria el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, pese a lo cual la sentencia de segunda instancia afirma que "Ya no discute en el recurso de apelación el pronunciamiento relativo a la no aplicación al caso del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, sino únicamente la apreciación de mala fe de la entidad bancaria...", razón por la que "no ha dado respuesta en la alzada a la misma".

59. El quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

Al amparo del art. 469.1.2º, por infracción de las normas relativas al reparto de la carga de la prueba, en concreto del art. 217.5 en relación con el art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario

60. En su desarrollo la recurrente afirma que la sentencia recurrida, al partir de la base de que dicho préstamo fue una refinanciación de una deuda preexistente, aplica el artículo 71.3.2º de la LC EDL 2003/29207 , lo contradice el mandato establecido en el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, que atribuye a la Administración Concursal la carga probatoria sobre el carácter fraudulento de la constitución del gravamen.

2. Desestimación de los motivos.

61. Lo razonado en el anterior fundamento vacía de contenido los dos motivos sustentados en la infracción de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, al ser inaplicable para la decisión del conflicto.

SÉPTIMO: COSTAS

62. La inexistencia de jurisprudencia sobre las materias controvertidas en los recursos, son determinantes de que no proceda la condena al pago de las costas causadas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLO

Primero: Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Español de Crédito, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección Primera) el día nueve de marzo de dos mil diez, en el recurso de apelación 599/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2, y Mercantil, de Lugo en los autos de incidente concursal num. 816/2008, dimanante del concurso de acreedores 449/2008.

Segundo: Imponemos a la expresada recurrente Banco Español de Crédito, S.A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

Tercero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por Banco Español de Crédito, S.A. contra la indicada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección Primera) el día nueve de marzo de dos mil diez, en el recurso de apelación 599/2009.

Cuarto: Imponemos a la expresada recurrente Banco Español de Crédito, S.A. las costas del recurso de casación que desestimamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Firmado y Rubricado.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rafael Gimeno Bayón Cobos.- Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

CONCURSAL: GARANTÍAS CONTEXTUALES: HIPOTECA EN FAVOR DE ENTIDAD HABILITADA PARA EMITIR TÍTULOS EN EL MERCADO HIPOTECARIO

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012012100677