

Roj: STS 1431/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1431  
Id Cendoj: 28079110012015100191  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1546/2013  
Nº de Resolución: 143/2015  
Procedimiento: Casación  
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de Marca Comunitaria, como consecuencia de autos de juicio incidental seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, sede en Elche.

El recurso fue interpuesto por la entidad ASC Mergers & ADQ. S.L., representada por el procurador Antonio Planelles Asensio.

Es parte recurrida la entidad CaixaBank, S.A. (entidad sucesora de Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona), representada por el procurador Miguel Ángel Montero Reiter.

Autos en los que también han sido parte la entidad Promociones Eurohouse 2010, S.L.U. y la administración **concursal** de la entidad Promociones Eurohouse 2010, S.L.U., que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia

1. El procurador Antonio Planelles Asensio, en nombre y representación de la entidad ASC Mergers & ADQ., S.L., interpuso demanda incidental de rescisión ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante (sede en Elche), contra las entidades Promociones Eurohouse 2010 S.L.U. y Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa), para que se dictase sentencia:

*"por la que: 1.- Se declare la rescisión del crédito con garantía hipotecaria formalizado por la mercantil concursada, Promociones Eurohouse, 2000 S.L.U. y La Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa), de fecha 25 de abril de 2008, suscrita ante el Notario, D. Juan Vélez Rubio, al número 1283 de su Protocolo, por la cantidad total de 601.012,10 € cuya garantía fue la hipoteca de la finca registral número 144.344 inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Orihuela, descrita en el hecho segundo de esta demanda, que en su día al no estar inscrita fue numerada para su localización como la finca nº 101.610.*

*2.- Se declare la rescisión del préstamo con garantía hipotecaria formalizado por la mercantil concursada, Promociones Eurohouse, 2000, S.L.U. y La Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa), de fecha 30 de abril de 2009, suscrita ante el Notario, D. Juan Vélez Rubio, al número 979 de su Protocolo, por la cantidad total de 601.012,10 € cuya garantía fue, también, la hipoteca de la finca registral número 144.344 inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Orihuela, descrita, también, en el hecho segundo de esta demanda y que sirvió para cancelar el crédito cuya rescisión también se suplica en el punto anterior.*

*3.- Se declare la nulidad de todos cuantos asientos haya producido o pueda producir la mencionada escritura pública de crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad en que figura inscrita la finca hipotecada descrita en el hecho segundo de esta demanda, ordenándose, en consecuencia, la cancelación de dichos asientos.*

4.- En el caso de que la entidad financiera hubiere iniciado procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del negocio jurídico cuya rescisión se pretende, mediante el presente procedimiento, se declare la nulidad del juicio de ejecución hipotecaria.

5.- Se declaren cuantos efectos inherentes a la rescisión del acto planteado, quepan en derecho.

6.- Se imponga a la parte demandada el pago de las costas procesales."

2. La procuradora Sonia Budi Bellod, en representación de la entidad Promociones Eurohouse 2010, S.L.U., presentó escrito por el que se allanó a la demanda interpuesta y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

*"sin hacer expresa condena de las costas procesales a mi representada."*

3. El procurador Lorenzo C. Ruiz Martínez, en representación de la entidad Caixabank, S.A. (entidad sucesora de Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona), contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

*"por la que se desestime la demanda incidental interesada de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora."*

4. Miguel , Segismundo y Luis Carlos , administradores concursales de la mercantil Promociones Eurohouse S.L., presentó escrito por el que se allanó a la demanda interpuesta.

5. El Juez de lo Mercantil núm. 3 de Alicante (sede en Elche) dictó Sentencia con fecha 24 de septiembre de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

*"FALLO: Que desestimo en todos sus extremos la demanda formulada por ASC Mergers & ADQ. S.L.*

*Condeno a ASC Mergers & ADQ. S.L. al pago de las costas generadas a Caixabank, S.A.*

*Respecto a las costas del resto de intervinientes allanados, no procede efectuar condena."*

#### **Tramitación en segunda instancia**

6. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad ASC Mergers & ADQ. S.L.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante -Tribunal de Marca Comunitaria-, mediante Sentencia de fecha 9 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación entablado por la parte demandante, la mercantil ASC Mergers & ADQ. S.L., representada en este Tribunal por el Procurador D. Antonio Planelles Asensio, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número tres de los de Alicante de 24 de septiembre de 2012 , debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; y con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante."*

#### **Interposición y tramitación del recurso de casación**

7. El procurador Antonio Planelles Asensio, en representación de la entidad ASC Mergers & ADQ. S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Alicante -Tribunal de Marca Comunitaria-, sección 8ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

*"1º) Infracción del art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario ."*

8. Por diligencia de ordenación de fecha 17 de junio de 2013, la Audiencia Provincial de Alicante -Tribunal de Marca Comunitaria- sección 8ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecen por término de treinta días.

9. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente la entidad ASC Mergers & ADQ. S.L., representada por el procurador Antonio Planelles Asensio; y como parte recurrida la entidad CaixaBank, S.A., representada por el procurador Miguel Angel Montero Reiter.

10. Esta Sala dictó Auto de fecha 17 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la mercantil "ASC MERGERS & ADQ., SL" contra la sentencia dictada, con fecha 9 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) en el rollo de apelación nº 12 (M-2)/2013, dimanante de incidente **concurzal** nº 13/2012 del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Alicante."

11. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Caixabank, S.A. presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

12. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de febrero de 2015.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 20 de octubre de 2003, Promociones Eurohouse, 2010, S.L.U. (en adelante, Eurohouse) suscribió una póliza de crédito con Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (en la actualidad, Caixabank), por un valor máximo de 601.012,10 euros, que vencía el 31 de marzo de 2004.

Esta póliza se fue renovando anualmente, hasta que en el año 2008, el 25 de abril, se renovó la póliza de crédito pero, en garantía de la devolución del crédito, Eurohouse constituyó una hipoteca sobre la finca registral 144.344 del Registro de la Propiedad núm. 1 de Orihuela. Posteriormente, el 30 de abril de 2009, se volvió a otorgar una escritura pública hipotecaria que renovaba un año más la póliza de crédito.

El día 6 de octubre de 2009, la finca hipotecada fue transmitida por Eurohouse a Solar Las Espeñetas, S.L., mediante escritura pública.

Con posterioridad, el 10 de marzo de 2010, fue declarado el concurso de acreedores de Eurohouse.

2. Un acreedor de Eurohouse, haciendo uso de la legitimación subsidiaria prevista en el art. 72.1 LC , interpuso una acción de reintegración en la que pedía la rescisión de las dos escrituras de préstamo hipotecario, la primera otorgada el día 25 de abril de 2008 y la segunda, que renovó el crédito anterior, de 30 de abril de 2009, por cuanto las dos fueron realizadas dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso de acreedores, y ocasionaron un perjuicio para la masa activa del concurso, al haberse constituido una garantía hipotecaria a favor de una obligación que sustituyó a otra anterior que carecía de esta garantía.

3. El juzgado mercantil desestimó la demanda por entender que resultaba de aplicación el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo , de regulación del mercado hipotecario (en adelante, LMH), y no constaba la existencia de fraude en la constitución del gravamen.

4. Recurrída la sentencia en apelación, la Audiencia ratificó el parecer del juez mercantil. La sentencia ahora recurrida, al analizar la exigencia de la concurrencia del fraude en la constitución del gravamen prevista en el art. 10 LMH, entiende por fraude el conocimiento o conciencia por parte del acreedor de la situación económica del deudor y de dañar o perjudicar a los demás acreedores. Analiza la prueba y concluye que el fraude no se ha probado, pues no consta que al tiempo de otorgarse la primera escritura de préstamo hipotecario, el 25 de abril de 2008, la sociedad Eurohouse estuviera en una situación de grave crisis económica y que fuera conocida por la acreedora hipotecaria.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación sobre la base de un único motivo, que versa sobre la concurrencia de los requisitos legales para la aplicación del art. 10 LMH.

### Recurso de casación

6. *Formulación del único motivo* . El motivo denuncia la infracción del art. 10 LMH, porque no resulta de aplicación y por ello no era necesaria la acreditación del fraude.

En el desarrollo del motivo, después de dejar constancia de la disparidad de pareceres entre las Audiencias Provinciales, reseña que la Sentencia de esta Sala 1ª del Tribunal Supremo 8 de noviembre de 2012 , advirtió que el art. 10 LMH «tutela el mercado hipotecario, y en la medida necesaria, las operaciones destinadas a darle estabilidad, sin reconocer privilegios subjetivos a las entidades financieras». De tal forma que este precepto no resulta de aplicación a todas las hipotecas constituidas a favor de las entidades descritas

en el art. 2 LMH, sino que es de aplicación a las hipotecas otorgadas con la finalidad de dar estabilidad al mercado hipotecario. La recurrente razona que, como la finalidad última perseguida por la entidad financiera, mediante el otorgamiento de la garantía hipotecaria, fue privilegiar su créditos frente a los demás acreedores sin que, con dicha acción se hubiera entregado capital alguno (fresh money) a la sociedad para darle viabilidad, no resulta de aplicación la Ley de regulación del mercado hipotecario.

Además, como si se tratara de una razón añadida, de forma subsidiaria, el recurrente aduce que, en todo caso, cabía apreciar fraude en la constitución de la garantía hipotecaria, y por ello debía haberse apreciado la rescisión.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**7. Estimación del motivo único.** Es cierto que en la Sentencia 652/2012, de 8 de noviembre, invocada en el recurso, hicimos mención del ámbito de aplicación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, tras la modificación introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que resulta de aplicación al presente caso, pues las dos escrituras públicas de constitución de hipoteca fueron posteriores a la entrada en vigor de esta última norma.

Conforme a la actual regulación del art. 10 LMH, tras la reseñada modificación introducida por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, «*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, 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*».

El ámbito de aplicación de esta excepción se ha ampliado a las hipotecas otorgadas para garantizar préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el art. 2 LMH (bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito) en los términos previstos en el art. 4 LMH, que ha pasado a estar redactado de la siguiente forma: "*[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 (...)*". Con ello, la finalidad para la que se concedió el crédito garantizado con la hipoteca ha dejado de ser el criterio para determinar el ámbito objetivo de aplicación de la Ley reguladora del Mercado hipotecario, y por ende el régimen singular del art. 10 LMH.

**8.** En este sentido nos pronunciamos en la Sentencia 652/2012, de 8 de noviembre, al concluir, tras una interpretación sistemática del conjunto normativo modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, 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 necesaria, las operaciones destinadas a darle estabilidad, sin reconocer privilegios subjetivos a las entidades financieras.

»Esta interpretación se ve reforzada por el artículo 1 del Real Decreto 716/2009, 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. 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, 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, 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*».

Ahora, para juzgar si se aplica el régimen especial del art. 10 LMH, hay que atender a que se trate de hipotecas que reúnan los requisitos específicos contemplados en la sección II, para garantizar los títulos emitidos por las entidades que participan en el mercado hipotecario. Entre ellos, cabe destacar los contenidos en el art. 5 LMH, que en la versión aplicable al caso, disponía lo siguiente:

«Los préstamos y créditos a que se refiere esta Ley habrán de estar garantizados, en todo caso, por hipoteca inmobiliaria constituida con rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca. Si sobre el mismo inmueble gravasen otras hipotecas o estuviere afecto a prohibiciones de disponer, condición resolutoria o cualquier otra limitación del dominio, habrá de procederse a la cancelación de unas y otras o a su posposición a la hipoteca que se constituye previamente a la emisión de los títulos.

»El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por 100 del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley».

Si partimos de la consideración de que el previsto en el art. 10 LMH es un régimen excepcional al general de la acción rescisoria **concurisal**, regulado en el art. 71 LC, debería ser quien lo invoca el que acreditara el cumplimiento de los requisitos y condiciones que justifican su aplicación. Sin que pueda ser presumido por el hecho de que las entidades financieras que operan en el mercado suelen acudir a la emisión de cédulas hipotecarias o títulos garantizados por los créditos hipotecarios previamente concertados.

9. El tribunal de instancia, que ha apreciado de oficio el régimen especial del art. 10 LMH, no justifica que la entidad de crédito demandada haya acreditado el cumplimiento de aquellos requisitos y condiciones que justificarían la aplicación del citado art. 10 LMH. Esto es, no consta que se haya justificado que la hipoteca otorgada en la escritura de 25 de abril de 2008 (ni la posterior de 30 de abril de 2009, que la sustituyó), reuniera las condiciones previstas en la sección II de la Ley 2/1981 (de acuerdo con la redacción vigente entonces), para justificar la emisión de cédulas hipotecarias u otros títulos garantizados con este crédito hipotecario.

La consecuencia de lo anterior es que los dos créditos hipotecarios objeto de rescisión estaban sujetos al régimen general de la rescisión **concurisal** del art. 71 LC, y por lo tanto no era exigible el requisito adicional del fraude que prevé el art. 10 LMH. Por ello casamos la sentencia y procedemos a juzgar sobre la rescisión de estos dos actos de disposición, de conformidad con este régimen general del art. 71 LC.

#### Rescisión **concurisal** de la constitución de la garantía

10. La propia audiencia, en la sentencia recurrida, analiza la concurrencia de los requisitos del art. 71.3.2º LC, y entiende que la primera hipoteca, la que se otorgó en la escritura de 25 de abril de 2008, lo fue para garantizar una obligación que sustituía a otro preexistente (un crédito de 601.012,10 euros) que carecía de esta garantía real. El tribunal de apelación argumenta que esta presunción *iuris tantum* de perjuicio podría destruirse «si se justificara que el sacrificio patrimonial que supuso la constitución de la hipoteca era adecuado a la operación crediticia, lo que probablemente resultaría del hecho de que en el caso la operación se fraguó como un instrumento crediticio necesario para la viabilidad de la empresa, abriéndole una línea de crédito y de liquidación de deuda anterior y, por tanto, como pieza esencial de la continuidad de la empresa». Pero como la razón por la que confirma la improcedencia de la rescisión **concurisal** es porque no concurría el requisito adicional del art. 10 LMH, que hemos declarado ahora que no resultaba de aplicación, la audiencia dejó en el aire la justificación del perjuicio, al manifestar que probablemente estaría justificada.

11. El planteamiento de la Audiencia sobre cómo opera la presunción de perjuicio del art. 71.3.2º LC se adecua a la doctrina de esta Sala 1ª del Tribunal Supremo, que se contiene en la reciente Sentencia núm. 58/2015, de 23 de febrero:

«Conforme al art. 71.3.2º LC, salvo prueba en contrario, se presume el perjuicio en el caso de "constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas". Esta presunción se justifica por la propia naturaleza del acto que encierra un sacrificio patrimonial injustificado y beneficia a uno de los acreedores en perjuicio del resto.

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

»El art. 71.2.3º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio en el caso de la concesión de garantías para asegurar la devolución de una obligación preexistente que no gozaba de esta garantía. Y extiende la presunción a los casos en que la garantía real se constituye a favor de una nueva obligación que sustituye a otras anteriores que tampoco gozaban de esta garantía».

La justificación va ligada a la ampliación significativa de crédito y/o a la modificación de la obligación, ordinariamente, mediante la concesión de un nuevo término, que prorrogue la exigibilidad de la obligación.

**12.** Conviene advertir que, respecto de la primera escritura de crédito hipotecario de 25 de abril de 2008, la hipoteca se constituye para garantizar las obligaciones derivadas de la línea de crédito concedida de 601.012,10 euros. En cierto modo, Eurohouse había dispuesto de esta línea de crédito, desde marzo de 2003, en que se había concedido por un plazo de un año y había sido renovada anualmente en los años siguientes.

A los efectos del juego de la presunción del art. 71.3.2º LC, las obligaciones garantizadas con la hipoteca serían las resultantes de lo realmente dispuesto del crédito concedido, al tiempo de renovarse la póliza de crédito que a partir de entonces se garantizaba con la hipoteca. De tal forma que para conocer si el otorgamiento de la garantía hipotecaria con la renovación de la póliza de crédito supuso garantizar una obligación que sustituía a otra preexistente, sería necesario conocer qué disponibilidad de crédito tenía antes de que se cancelara la que se renovaba y, consiguientemente, de cuánto se había dispuesto, que era la obligación que Eurohouse tenía, al tiempo de concederse la nueva póliza de crédito, frente al Caixabank. La ampliación de nuevo crédito sería la diferencia entre lo que ya se había dispuesto de la póliza anterior, y por lo tanto se adeudaba al banco, y la suma máxima concedida (601.012,10 euros). Si esta diferencia fuera significativa, en ese caso, esta ampliación de crédito, unido a la concesión de un nuevo término de un año para la devolución de lo finalmente dispuesto, justificaría el sacrificio patrimonial que suponía la concesión de la garantía hipotecaria. En otro caso, habría que considerarla perjudicial para la masa del concurso, y estimar su rescisión.

La prueba practicada, en concreto los extractos bancarios del movimiento de la cuenta de crédito, antes de que se renovará la póliza de crédito el 25 de abril de 2008, esta vez con garantía hipotecaria (ff. 173 y ss.), muestra que el crédito dispuesto por Eurohouse en el momento de la renovación era de 556.569,90 euros. Luego, propiamente, la ampliación de crédito respecto de lo ya dispuesto y adeudado fue de menos de 50.000 euros, en concreto, 44.442,20 euros, que es inferior al 8%. Aunque la renovación del crédito supuso la concesión de un nuevo término de un año, este respiro, ligado a la escasa ampliación del crédito, no justifican el sacrificio que conllevó la constitución de la hipoteca, razón por la cual procede confirmar la presunción de perjuicio que prevé el art. 71.3.2º LC.

Y, por lo que respecta a la escritura de 30 de abril de 2009, si partimos de la base de que la constitución de la hipoteca anterior (la de 25 de abril de 2008) era perjudicial para la masa, y que se renovaba el crédito concedido de 601.012,10 euros, del que ya se había dispuesto casi en su totalidad, no habría tampoco en esta segunda escritura una ampliación significativa del crédito que justificara el sacrificio que suponía la constitución de la garantía hipotecaria para cubrir la totalidad de las obligaciones derivadas de la póliza de crédito.

### **Efectos de la rescisión de la garantía hipotecaria**

**13.** En cuanto a los efectos de la rescisión, en principio, como hemos declarado en otros casos en que ha prosperado la rescisión de un acto de disposición del deudor concursado que consistía en la constitución de una garantía hipotecaria, procedería dejar sin efecto la garantía. Así lo declaramos en la Sentencia núm. 100/2014, de 30 de abril :

«El art. 73.1 de la Ley **Concursal** prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».

»Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión **concursal**, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción.

»Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía».

Ahora bien, en los casos en que la finca hipoteca hubiera sido enajenada antes de la declaración de concurso, y por ello o no pudiera ya ser cancelada la hipoteca o con dicha cancelación no se reparaba el perjuicio ocasionado en su día, al tiempo de constituir la garantía para la deudora hipotecante y luego concursada, en ese caso, el efecto de la rescisión no puede ser su cancelación, pues con ello no se satisface el interés de la masa con la rescisión **concurzal** en la medida en que el bien gravado no forma parte de la masa activa. Tampoco procede en estos casos, como pide la demanda, la declaración retroactiva de nulidad de todos los asientos posteriores a la constitución de la hipoteca objeto de rescisión, ni tampoco la nulidad de la ejecución hipotecaria, en la medida en que la rescisión es una ineficacia funcional y no opera *ex tunc*.

No siendo posible la cancelación de la hipoteca, como efecto consiguiente a la rescisión, la beneficiaria de la garantía debería restituir a la masa el importe de la deuda de la concursada que se cubrió con la constitución de la garantía, siempre que no conste que el valor de la garantía era inferior (en atención al valor de realización del bien en ese momento). Ese sería, de forma orientativa, el desvalor sufrido por el bien hipotecado, cuando se realizó el acto objeto de rescisión, que es la constitución de la hipoteca, y que debió ponerse de manifiesto al tiempo de enajenarse el bien hipotecado (6 de octubre de 2009), cuyo valor se vio minorado por la deuda garantizada.

En este caso, ya hemos declarado acreditado que el importe del crédito dispuesto al tiempo de la renovación del crédito el 25 de abril de 2008, con la garantía hipotecaria objeto de rescisión, era de 556.569,90 euros. Como no consta que al tiempo de realizar la garantía el banco no obtuviera un valor inferior, valoramos el perjuicio ocasionado con el acto rescindido en esta suma de 556.569,90 euros, a los efectos de condenar al banco a su reintegración a la masa del concurso, al no satisfacerse el interés de la rescisión con la cancelación de la garantía por las razones indicadas (la finca se había enajenado antes de la declaración de concurso, y más tarde Caixabank ejecutó la garantía).

#### Costas

14. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas, conforme a lo previsto en el art. 398.2 LEC .

La estimación del recurso de casación la conllevado la estimación del recurso de apelación, sin que tampoco, respecto de este último recurso, proceda hacer expresa imposición de costas ( art. 398.2 LEC ).

Y la estimación del recurso de apelación ha supuesto la estimación en parte de la rescisión **concurzal**, en la medida en que parte de los pronunciamientos de condena no han sido estimados, razón por la cual no imponemos las costas a ninguna de las partes ( art. 394 LEC )

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

#### FALLAMOS

Estimar el recurso de casación formulado por la representación de ASC Mergers & ADG, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª) de 9 de mayo de 2013 , que dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de ASC Mergers & ADG, S.L. contra la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Alicante de 24 de septiembre de 2012 (incidente **concurzal** 13/2012), y con estimación en parte de la demanda formulada por ASC Mergers & ADG, S.L. condenamos a Caixabank a reintegrar a la masa del concurso de acreedores de Promociones Eurohouse, 2010, S.L.U. la suma de 556.569,90 euros, más lo intereses devengados desde el día 6 de octubre de 2009, sin expresa condena de las costas ocasionadas en primera y segunda instancia.

Tampoco procede hacer expresa condena de las costas de casación.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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.