

Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia de 19 Abr. 2012, rec. 923/2011

Ponente: Andrés Cuenca, Rosa María.
Nº de Sentencia: 141/2012
Nº de RECURSO: 923/2011
Jurisdicción: CIVIL

PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Acción de reintegración a la masa. Pagos anticipados de deuda no vencida. Exclusión del importe que fue cancelado anticipadamente para liberar cargas del local hipotecado. La venta del bien hipotecado es un negocio jurídico que la sentencia declara "rescindible" pero tal pronunciamiento no había sido postulado, en tal forma, ya que la demanda interesaba directamente el reintegro de la suma percibida, pero sin petición de rescisión de la venta, sino como una consecuencia de la rescisión del préstamo. El acto de disposición dominical efectuado por el hipotecante no deudor, tampoco concursado, y que determina la cancelación anticipada de parte del préstamo no es rescindible. Con la venta de un bien inmueble a terceros, que no son parte del incidente, se cancelaron los gravámenes que pesaban sobre el mismo, con lo que si el bien no formaba parte de la masa activa del concurso, y tampoco puede pretenderse el reintegro del fruto obtenido por su venta.

Normativa aplicada

TEXTO

En Valencia a diecinueve de abril de dos mil doce.

ROLLO NÚM. 000923/2011

M

SENTENCIA NÚM.: 141/12

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA, el presente rollo de apelación número 000923/2011, dimanante de los autos de , promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 3 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelantes a ADMINISTRACION CONCURSAL y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, representados por los Procuradores de los Tribunales don MIGUEL ANGEL VIVES DE BLAS y don IGNACIO ARBONA LEGORBURO, y asistidos de los Letrados don JORGE MUÑOZ ROIG y doña MARÍA JESÚS MARTÍNEZ MAQUEDA, respectivamente, y de otra, como apelados a Camilo , Violeta , AMPARO MARI SL, Brigida , Fermina y PROMOCIONES CARRER ALAQUAS SL representados los dos primeros por la Procuradora de los Tribunales doña SANDRA MARTINEZ IZQUIERDO, en virtud del recurso de apelación interpuesto por ADMINISTRACION CONCURSAL y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 3 DE VALENCIA en fecha 20 de julio de 2011, contiene el siguiente FALLO: "Que estimando parcialmente la demanda incidental en ejercicio de acción de reintegración a la masa activa formulada por el Procurador de los Tribunales, D. MIGUEL ÁNGEL VIVES DE BLAS, en nombre y representación de la Administración Concursal, contra la mercantil concursada, AMPARO MARÍ, S.L., y contra D. Camilo , D^a Violeta , D^a Brigida , D^a Fermina así como contra la mercantil, PROMOCIONES CARRER ALAQUÁS, S.L. y contra el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), debo declarar y declaro la ineficacia parcial del acto impugnado, relativo a que deberán quedar fuera del amparo o protección de la hipoteca de fecha uno de abril de 2009, otorgada por el Notario de Aldaia, D. Manuel González-Lliberos Casanova, bajo el nº 772 de su protocolo, las cantidades por importes de 7.071 €, 14.784 € y 18.000 €. Asimismo, y respecto al importe de 28.180,90 euros, préstamo con garantía hipotecaria concedido por BBVA y que fue cancelado anticipadamente para liberar cargas del local hipotecado como consecuencia de la venta, debo declarar y declaro que se trata de un pago anticipado de deuda no vencida. Y por ende rescindible. Finalmente, con relación a la cantidad 5.865 euros, en concepto de gastos ocasionados por la hipoteca, procederá aplicar las reducciones oportunas como consecuencia de la minoración de las cantidades que han quedado fuera de la garantía hipotecaria. Firme que sea la sentencia, deberá librarse mandamiento al Registro de la Propiedad para la anotación de la presente sentencia."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por ADMINISTRACION CONCURSAL y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Juzgado mercantil 3 de Valencia dictó sentencia, con fecha 20-7-11 que estimaba parcialmente la demanda incidental en ejercicio de acción de reintegración a la masa activa formulada por la administración concursal, contra la mercantil concursada, AMPARO MARÍ SL y contra D. Camilo , D^a Violeta , D^a Brigida , D^a Fermina , así como contra la mercantil PROMOCIONES CARRER ALAQUÁS SL y contra el BBVA SA, declarando la ineficacia parcial del acto impugnado, relativo a que deberán quedar fuera del amparo o protección de la hipoteca de fecha 1-4-09 otorgada ante el Notario de Aldaia con el número 772 de su protocolo, las cantidades por importes de 7.071, 14.784 y 18.000 Euros; asimismo, en cuanto al importe de 28.180'90 Euros, préstamo con garantía hipotecaria concedido por BBVA y que fue cancelado anticipadamente para liberar cargas de uno de los locales hipotecados como consecuencia de su venta, declaraba que se trataba de pago anticipado de deuda no vencida y por ende rescindible. Y en cuanto a la cantidad de 5.865 Euros en concepto de gastos derivados de la hipoteca, deberán aplicarse las reducciones oportunas como consecuencia de la minoración de las cantidades que han quedado fuera de la garantía hipotecaria. La sentencia concluía que el préstamo hipotecario concedido el 1.4.09 a la sociedad AMPARO MARÍ SL por BBVA refunde las deudas de la propia sociedad, del Sr. Camilo y de D^a Violeta a título personal, y que estas deudas se garantizan con hipoteca meses antes de la declaración concursal, con lo que pasan a tener un régimen privilegiado y mucho más favorable que el que gozaban en el momento de sus vencimientos. Y lo mismo se aplica al préstamo hipotecario de 28.180'90 Euros que se cancela anticipadamente por mor de la compraventa del local hipotecado por terceros, que entrarían en la presunción de perjuicio del artículo 71,3, 2º LC , y de ello se obtiene un beneficio claro, porque permite el cobro directo y exclusivo sobre el bien hipotecado, sin compartir a prorrata el derecho al pago con otros acreedores. Ahora bien, el Juzgado concluye que como en el préstamo hipotecario concedido y otorgado el 1.4.09 a la sociedad AMPARO MARÍ SL por BBVA, se refunden otras deudas ajenas a BBVA, no puede plantearse ni aceptarse la rescisión de la hipoteca, ni su rescisión parcial, sino limitar el crédito por ella amparado. No aprecia, tampoco cosa Juzgada en relación con el incidente seguido con el 823/10 ante el propio Juzgado, por falta de identidad entre las pretensiones de ambos procedimientos.

Frente a dicha resolución planteó recurso de apelación, por una parte, la administración concursal:

En primer lugar, afirma que la entidad BBVA tiene un crédito frente a los concursados, que no llega a alcanzar los 3/5 del pasivo del deudor, que es un requisito para refinanciar la deuda.

Entiende la recurrente que se dan los dos requisitos del artículo 71 LC, al tratarse de acto realizado en los dos años anteriores a la declaración concursal (la solicitud de concurso se produce seis meses después) y con perjuicio para la masa (se sujeta el bien al pago del crédito hipotecario y el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución separada). Hay presunción de perjuicio, conforme el artículo 71,3, 2 LC ya que se realiza dentro del período *sospechoso*, se destina a extinguir deuda preexistente, sustituyendo deuda existente sin ninguna garantía real por deuda con esta garantía. Debía conocerse la situación delicada de la mercantil -sin que ello sea equivalente a predicar mala fe-, lo que admite prueba en contrario -carga del demandado- porque la presunción es *iuris tantum*.

Los efectos de la rescisión comportan que hay que volver a la situación "ex tunc": La sentencia afirma que existe el fraude que permite la rescisión de la operación, y la consecuencia habría de haber sido el levantamiento de las hipotecas y la calificación del crédito del BBVA como ordinario. Hay que devolver además los gastos que ocasionó a la deudora concursada la constitución de la garantía real declarada ineficaz. Solicita que se declare la rescisión de la hipoteca en cuestión, del préstamo hipotecario contenido en la misma, la cancelación registral de la hipoteca, el levantamiento de las cargas que se hayan generado, condenando a BBVA a reintegrar a la masa activa del concurso el importe de 28.180'90 Euros que cobró anticipadamente, más el importe de 5.865 Euros por gastos ocasionados por la hipoteca, con expresa condena en costas.

Contra dicha resolución recurrió, asimismo, BBVA SA que incidió en que la hipoteca objeto de análisis no es un acto perjudicial a los efectos del artículo 71, 3, 2º LC, que prevé la existencia de prueba en contrario, pues con la concesión del nuevo préstamo por 187.000 Euros se novan los plazos de todas las obligaciones que las personas físicas habían contraído anteriormente, ya que la mercantil AMPARO MARÍ SL es sucesora de aquellas, y que se habían concertado no sólo con BBVA, sino con otras entidades financieras y se hallaban próximas a su vencimiento, lo que hubiera impedido a tales entidades progresar económicamente. Que lo obtenido no se destina íntegramente a cancelar deudas anteriores, sino que hay dinero nuevo a disposición de la mercantil, lo que aporta liquidez y no genera perjuicio, antes al contrario. Que las tres fincas garantía de la operación tenían cargas anteriores y, en concreto, la finca NUM000 de Cullera no puede valorarse como acto perjudicial a la masa activa de este concurso, porque PROMOCIONES CARRER ALAQUÀS SA, a la que pertenecía, no es prestatario, ni esa finca forma o ha formado parte de la masa activa del deudor, sino de PROMOCIONES, que es tercero ajeno al matrimonio y mercantil concursada. No es aplicable el artículo 71 LC, y, además, tenía otra carga anterior. Por la misma razón y habiéndose transmitido en Noviembre de 2009 a terceros, no es reintegrable la suma abonada a la entidad BBVA tras esa transmisión, porque si la finca es ajena a la concursada, también lo es el producto obtenido con su venta. Se indica asimismo que concurre cosa juzgada respecto de incidente concursal precedente que instó la resolución.

Las mismas partes se opusieron, respectivamente, a los recursos planteados de adverso, quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.

SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida en cuanto no se oponga a lo que seguidamente pasamos a exponer.

Cuestión previa será el análisis de la cosa juzgada, que invoca la entidad bancaria recurrente.

Argumentaba dicha parte, en el recurso, que concurría tal excepción por cuanto esta demanda es la segunda planteada como reintegración a la masa, y reproduce el mismo *petitum* de la primera, habiendo recaído sentencia -de 28/3/11- en que se hacía expresa referencia a la imprecisión en el suplico de la demanda, y se aludía a que se había acudido, "inexplicablemente... a una acción *resolutoria*, con un tratamiento y régimen jurídico absolutamente diferente de las acciones rescisorias". Dicha parte, al

contestar la demanda de este procedimiento, con invocación del artículo 222 LEC , afirmó que resultaba patente la concurrencia de la excepción, por cuanto la primera sentencia dictada, que devino firme, ya se había pronunciado sobre todos los puntos del *petitum* -a excepción del primero- recogidos en la segunda demanda, lo que rechazó la sentencia recurrida -fundamento jurídico séptimo- argumentando que aquella "daba solución a pretensiones y suplico muy distintos a los planteados en este incidente", remitiéndose a la misma.

El motivo de recurso debe decaer por varios motivos. Desde un punto de vista meramente procesal, la parte recurrente se limita, nuevamente, a alegar la concurrencia de la excepción, remitiéndose a la coincidencia de parte del suplico, sin analizar que, en aquel caso -se desprende de su propia cita- lo planteado era una acción resolutoria y no la acción de reintegración aquí promovida. A ello cabe añadir que, rechazada en la sentencia tal alegada coincidencia respecto del primer procedimiento, tampoco el recurrente combate el razonamiento de aquella, limitándose a reproducir, nuevamente, su alegación de coincidencia entre ambos suplicos, sin examinar la acción en cada caso ejercitada, lo que resulta claramente insuficiente, teniendo en cuenta que el objeto del recurso es la revisión de lo actuado en primera instancia. La lectura de la sentencia precedente pone de manifiesto que lo allí pretendido era la resolución del contrato de préstamo, en lo esencial, y no la rescisión de la hipoteca, ni del préstamo. De hecho, si bien se afirma en principio en la propia sentencia anterior que la administración concursal " *ejercita una acción de reintegración del artículo 71 LC* ", continúa indicando que " *contradictoria e incongruentemente, sus peticiones quedan constreñidas a la declaración de la resolución del préstamo hipotecario unilateral con afianzamiento personal otorgado por el BBVA SA a favor de la mercantil AMPARO MARI SL en escritura de 1.4.09, quedando por ello liberados los avalistas, así como otras solicitudes más o menos incardinadas en aquella inicial petición. Item más: en modo alguno solicita la ineficacia del acto impugnado*".

La redacción del artículo 71,6 LC -entiéndase texto vigente al tiempo de iniciar las actuaciones- expresaba la compatibilidad entre las acciones rescisorias y otras acciones de impugnación, habiéndose puntualizado posteriormente por la administración concursal a los efectos del 71,5 -redacción vigente en aquel momento- en relación con la D. Adicional cuarta conforme RD 3/2009 de 27 de Marzo , que no nos hallamos ante *refinanciación* de acreedor cuyos créditos representen, al menos, tres quintos del pasivo que, con los requisitos que el propio precepto establece, ante la mención contenida en la propia sentencia -fundamento jurídico tercero- que, en cualquier caso, descartaba la aplicación de tal normativa a la situación analizada -folio 275-, todo ello a los efectos de examinar la pertinencia, en general, de la acción planteada.

El motivo de recurso debe, por todo lo expuesto, parecer, al no apreciarse la identidad necesaria, tal y como concluye la sentencia de primera instancia, entre las acciones planteadas en ambos incidentes.

TERCERO.- Esta Sala, en sentencia de 14 de Noviembre del 2011 (ROJ: SAP V 5948/2011) Recurso: 477/2011 en supuestos de constitución de hipoteca declaró lo siguiente:

Regula el artículo 71 de la Ley Concursal las acciones de reintegración, indicando que "1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta". A los efectos del ejercicio de tal acción, la parte demandante citaba además del apartado 1 del artículo 71, el apartado 3.2º que regula la presunción de perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario, para el supuesto de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, mientras que la sentencia apelada viene a referirse al supuesto de gratuidad que como presunción iuris et de iure (sin admitir prueba en contrario) regula el apartado 2 del referido artículo 71 . Sin embargo, y bajo la premisa del ejercicio de la acción rescisoria del repetido precepto, dados los hechos relatados y la fecha de interposición de la demanda incidental, dos son las normas a tener en cuenta por esta Sala a los efectos de la presente resolución:

Primera.- El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas Urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica (BOE 31 de marzo de 2009) - en vigor al día siguiente de su publicación- que introdujo una

nueva disposición adicional cuarta en la Ley Concursal bajo el título "acuerdos de refinanciación", considerando por tales los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, debiendo tales acuerdos responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo. Tal supuesto, refinanciación, es el de autos en tanto el Banco Popular concede sendos préstamos a Serratable con la garantía hipotecaria que ofrece Promotora Juan Sanjosé a fin de saldar la deuda que derivaba de las pólizas de crédito antes indicadas. No obstante ello, y en tanto este acuerdo de refinanciación no cumple los requisitos que se establecen en el apartado 2 de la referida Disposición Adicional Cuarta para impedir el ejercicio de la acción de rescisión del artículo 71, ha de estarse a la norma que a continuación se indica.

Segunda.- El Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que entró en vigor al día siguiente de su publicación (BOE 02/05/2009), por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, determina en su artículo 4.5 que "Las hipotecas inscritas a favor de las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario 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", incluyendo su artículo 2 como una de las entidades que puede participar en el mercado hipotecario a los bancos. Con arreglo a esta norma, en el caso de hipotecas constituidas a favor de un banco, el ejercicio de la acción rescisoria del artículo 71 de la Ley Concursal corresponde en todo caso a la administración concursal y, al margen de las presunciones que contiene el referido precepto, habrá de demostrarse la existencia de fraude en la constitución del gravamen. Por tanto, concurriendo tal supuesto legal -constitución de gravamen, hipoteca, a favor de una entidad bancaria-, procede examinar a continuación si concurre fraude o no en la constitución del mismo.

TERCERO.- La Administración Concursal venía a configurar el fraude en su escrito rector por razón de la alteración que en la condición de acreedor se había producido respecto del Banco Popular, al haber cambiado la titularidad de una deuda ordinaria (pólizas de crédito de la mercantil Serratable) por una deuda privilegiada (garantía hipotecaria constituida por el hipotecante no deudor, Promotora Juan Sanjosé), que determina una mejora en su posición respecto del resto de los acreedores, tesis esta que la Sala comparte a tenor de la doctrina que al efecto se viene manteniendo a propósito del artículo 71 de la Ley Concursal por las distintas Audiencias Provinciales (jurisprudencia menor).

Así, la SAP de La Coruña (Cendoj: 1298/2011), de 14 de abril de 2011, establece: "El fraude, a los efectos que aquí nos interesan, radica en utilizar una forma jurídica lícita para obtener un resultado no querido por el ordenamiento jurídico. Que en el caso se evidencia por el hecho de conceder una hipoteca para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya la anterior, lo que debe considerarse en principio injustificado, pues además de la merma del valor para el patrimonio de la entidad concursada, y ello aun cuando es cierto como se afirma en el recurso la finca estaba ya hipotecada si bien en un mínimo importe en relación a la valoración de su tasación, lo que se deduce claramente de la cantidad adeudada a la entidad bancaria sin que conste que estuviere vencida y el importe del préstamo concedido en escritura pública con garantía hipotecaria, lo que no es más que la refinanciación de la deuda, y ello supone una alteración de la regla de paridad de trato en el concurso de acreedores, al obtenerse con aquellos actos un privilegio a favor de un acreedor en el concurso frente a los demás acreedores con clara alteración de la "par conditio creditorum". Resulta en el caso difícil admitir que la acreedora, aquí parte apelante, desconociese la difícil situación económica de la entidad concursada en ese momento, dadas las habituales y normales exigencias por las entidades financieras de previa acreditación de la situación económica de la persona o entidad que solicita la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria, sustituyendo con la mayor parte de su importe deudas preexistentes propias, transformando las deudas personales en otra con garantía hipotecaria sobre el patrimonio del deudor, obteniendo de tal modo un crédito privilegiado sobre los demás acreedores en la posible situación concursal próxima de la deudora".

En similares términos la SAP de Vizcaya (Cendoj: 1972/2010), de 14 de octubre de 2010 : "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro"; también la SAP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2009), de 15 de octubre de 2009 , indica "Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2009) en demandas que la Administración Concursal ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En la sentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009 , se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC , en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona - citada por la anterior- de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71de la LC en relación con el n º 1 del mismo precepto legal .

Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC , y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.

Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.

Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal".

En aquel supuesto se trataba, por una parte, de un grupo de empresas y, por otra, se había cambiado una deuda ordinaria, de la propia entidad, en una deuda privilegiada, por la hipoteca de otra de las empresas del propio grupo.

CUARTO.- Distinta es la situación que nos encontramos en el presente supuesto. De un lado, la constitución de hipoteca en garantía del préstamo concedido por el BBVA a la entidad concursada AMPARO MARI SL en período que cae íntegramente en el que alude el artículo 71,1 LC . Este préstamo se destinó al pago de deudas previas de los socios de la mercantil y de otra entidad que titulaba uno de aquellos que venía arrastrando pérdidas, pero contraídas no sólo con la entidad otorgante (BBVA), sino con otras entidades bancarias que vieron satisfechas, mediante la concesión de este nuevo préstamo, las distintas deudas que tenían. Para garantizar la devolución del préstamo se constituyó hipoteca sobre tres fincas, una de ellas -la NUM000 de Cullera- , que respondía, exclusivamente, de la devolución de 28.180'90 Euros, de titularidad de PROMOCIONES CARRER ALAQUÀS SL (hipotecante, no deudor, no concursado) que la transmitió a terceros poco tiempo después de la declaración en concurso de AMPARO MARI SL. De este modo con el precio obtenido por la venta, la finca se transmitió libre de cargas, cancelándose las que gravaban este concreto inmueble -con la CAIXA y con BBVA, aquí demandado- por la suma cuya reintegración insta la administración concursal en su recurso respecto de la última entidad.

Tal petición no puede ser acogida. El bien en cuestión -hablamos, exclusivamente, de la finca de Cullera- no forma parte de la masa activa de la concursada, sino que es un bien de otra persona jurídica afecto al pago de una deuda. Nada se ha alegado en relación a la concurrencia de un grupo de empresas o de relaciones filial/matriz o de alzamiento del velo que justificaran otra conclusión. Con la venta del bien inmueble a terceros -que no son parte en este incidente concursal- se cancelaron los gravámenes que pesaban sobre el mismo, con lo que si el bien no formaba parte de la masa activa del concurso, tampoco puede pretenderse el reintegro del fruto obtenido por su venta, con lo que el pago de la suma garantizada con hipoteca obedece a la transmisión ya efectuada, operación que es posterior a aquella en que se constituye el préstamo objeto de rescisión, con la garantía hipotecaria aludida, entre otras.

Hemos de partir, mutatis mutandi, de las afirmaciones contenidas en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero del 2012 (ROJ : STS 1316/2012) Recurso: 459/2008 , Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL, si bien en aplicación de la regulación anterior y en relación con actos de transmisión efectuados por quien adquirió, en aquel caso, de la quebrada:

"Como indicamos en la sentencia 572/2011, de 5 de septiembre , no es aplicable directamente el artículo 878, párrafo segundo, del Código de Comercio a la transmisión dominical efectuada por P..., SA a favor de la ahora recurrente, ya que no se trató de un acto de dominio de la quebrada, I ..., SA, sino de quien había adquirido de ella.

...Por lo tanto, no se trata de examinar si la dación en pago reúne o no los requisitos precisos para merecer directamente la sanción que aquella norma establece - sobre ello, sentencia 572/2011, de 5 de septiembre -, sino de examinar si la ineficacia del contrato de compraventa que celebró la quebrada con P, SA dentro del periodo de retroacción de la quiebra - que nadie discute -, ha de repercutir, extenderse o propagarse a la dación en pago realizada por la compradora a favor de ACS, SA ."

En el supuesto presente se trataría de valorar si el acto de disposición dominical efectuado por el hipotecante no deudor, tampoco concursado, y que determina la cancelación anticipada de parte del préstamo concedido por BBVA -los 28.180'90 Euros cuyo reintegro solicita la administración concursal- al hallarse garantizada su devolución con la finca que se transmite a terceros, sería rescindible al amparo del precepto invocado por la administración concursal demandante y hoy recurrente, que es exclusivamente, el artículo 71, y la referencia a la presunción iuris tantum contenida en el propio precepto 71,3,2º ha de tener los efectos prevenidos en el artículo 73,2 LC . La respuesta a tal cuestión entendemos que ha de ser negativa, por las siguientes razones:

El artículo 73 LC , al referirse a los efectos de la rescisión, claramente establece se producen "ex tunc", partiendo, como principio general, de la restitución de las prestaciones y, en segundo lugar, como excepción, establece las consecuencias de que los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que conforme a la sentencia hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, en cuyo caso se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal, estableciendo, seguidamente, las consecuencias en el supuesto de que la sentencia

apreciara mala fe. Tal y como afirma la sentencia arriba citada, de 20-2-12:

" por un lado, el artículo 1295 del Código Civil deja fuera de las consecuencias restitutorias derivadas de la estimación de una acción rescisoria a las " terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe " - sentencias 261/2005, de 18 de abril , y 166/2006, de 2 de marzo , y las que en ellas se citan - y, por otro lado, la irreivindicabilidad de los bienes puede traducirse en una adquisición a " non domino ", que deja a salvo los negocios de adquisición de la propagación de la ineficacia del que hubiera sido su precedente -artículos 34 de la Ley hipotecaria, 464 del Código Civil (sentencia 36/2002, de 22 de enero) y 85 del Código de Comercio -.

II. Un requisito necesario para la protección, registral y extraregistral, del tercer adquirente es, en estos casos, su buena fe, en el sentido de estado psicológico de desconocimiento de los defectos de que adolece el derecho del transmitente....

...Pero además, ha de recordarse - con las sentencias 1264/2001, de 28 de diciembre , 1211/2002, de 16 de diciembre , 827/2003, de 17 de septiembre , 409/2006, de 6 de abril , 462/2009, de 30 de junio , 414/2011, de 22 de junio , 988/2011, de 13 de enero de 2012 , entre otras muchas - que la afirmación o negación de la buena fe constituye, a los efectos del extraordinario recurso de casación, una cuestión de hecho cuya determinación compete a los juzgadores de las instancias.

Es cierto - como señala la citada sentencia 988/2011 - que, a partir de los siempre respetables hechos probados, la buena fe constituye un concepto jurídico indeterminado en el que ha de quedar subsumida la conducta de que se trate, mediante una operación que puede ser sometida a la revisión casacional. Y, consecuentemente, que la apreciación de mala fe, en la perspectiva de la fijación de los datos de hecho, corresponde a la valoración de la prueba, pero la significación jurídica de dichos datos, una vez demostrados, forma parte de un juicio técnico jurídico que la casación permite valorar de nuevo - sentencia 278/2010, de 13 de mayo -.

En el presente supuesto, y en relación con la venta posterior del inmueble, por el hipotecante no deudor (no concursado) que comporta la satisfacción, en segundo lugar, del crédito garantizado a la entidad bancaria BBVA por la hipoteca sobre la nombrada finca de Cullera, no puede ser acordado el reintegro, como persigue el recurso planteado por la administración concursal de la suma percibida por la demandada, ya que deriva de una venta posterior al préstamo y a la constitución de la hipoteca en escritura pública de 1 de Abril de 2009, cuya rescisión se pretende, exclusivamente. Y, sobre todo ello, y como elemento esencial, porque entendemos, conforme afirma la propia entidad bancaria, que sobre este negocio en concreto -la venta de la finca de Cullera- que determina, a su vez, la cancelación de la carga hipotecaria que ostentaba a su favor, entre otros, la entidad BBVA, ni se ha instado la rescisión en debida forma, separando en forma pertinente los efectos de ambas operaciones, ni se ha dirigido contra los eventuales adquirentes (o se ha manifestado no hacerlo, conforme resulta del artículo 72,2 LC) ni concurre el requisito esencial, sobre tal venta, que resulta del apartado segundo del artículo 73 LC , cual es que los bienes y derechos hayan salido del patrimonio del deudor .

La sentencia recurrida declara que "el importe de 28.180'90 Euros, préstamo con garantía hipotecaria concedido por BBVA y que fue cancelado anticipadamente para liberar cargas del local hipotecado como consecuencia de la venta" se trata de un pago anticipado de deuda no vencida y por ende rescindible". No acuerda, sin embargo, el reintegro de tal cantidad, como se pedía en la demanda -y reitera el recurso de la administración concursal- provocando, al tiempo, el recurso de la demandada, que considera que tal actuación no entra en los actos rescindibles del artículo 71 LC .

La Sala considera que esta es la tesis que debe prosperar. La venta del bien hipotecado es un negocio jurídico que la sentencia declara "rescindible" pero tal pronunciamiento no había sido postulado, en tal forma, ya que la demanda interesaba directamente el reintegro de la suma percibida por el BBVA, sin petición de rescisión de la venta, sino como una consecuencia (conforme el artículo 73,2 LC) de la rescisión del préstamo y de las hipotecas constituidas por escritura de 1 de Abril de 2009.

La consecuencia pretendida en la demanda -la entrega del valor percibido por el BBVA- no encuentra acomodo en el texto legal,

pues no nos hallamos ante bienes "salidos" de patrimonio del deudor, no se habla de su irreivindicabilidad o de su protección registral, y ni siquiera se alude a las consecuencias conforme a la buena o mala fe, ya que las referencias a tal extremo efectuadas, no están vinculadas a la norma a la que ahora nos referimos (artículo 73,2 LC) .

Por todo ello, entiende la Sala que el recurso en tal aspecto planteado por BBVA ha de prosperar, dejando sin efecto la referencia efectuada en la sentencia recurrida a la posibilidad de rescisión de tal actuación, al considerar, por el contrario, que el supuesto examinado no se halla incurso en el invocado por la parte demandante, ya que el bien en cuestión no formaba parte del patrimonio de la concursada y, en consecuencia, tampoco el fruto obtenido, y que, por la venta del inmueble se canceló, exclusivamente, la parte de préstamo garantizada con el citado bien. Ello no es un acto perjudicial para la masa activa del concurso, porque no afecta a bienes de la concursada, y, por el contrario, se cancelan deudas de ésta con el producto de bienes de un tercero. Nada se ha alegado sobre levantamiento de velo, ni sobre relación entre empresas que pudiera llevar a otra solución, que tampoco procede, en consecuencia examinar.

Se acoge, por tanto, el motivo de recurso vinculado a tal cuestión que planteó la representación de BBVA, lo que determina, por ser antitético, que decaiga, sin mayor razonamiento, el recurso promovido por la administración concursal para el reintegro de la suma percibida anticipadamente por la entidad bancaria demandada.

QUINTO.- La segunda cuestión a examinar, a la luz del recurso planteado por la administración concursal, es la relativa a la rescisión del préstamo y de la garantía hipotecaria constituida por escritura de uno de abril de 2009, otorgada ante el Notario de Aldaia Sr. González-Lliberos Casanova, con el número 772 de su protocolo. La sentencia considera que no procede la rescisión de tal operación, porque en la misma se han refundido otras deudas ajenas al BBVA, ni cabría tampoco la rescisión parcial de la hipoteca, razón por la que concluye que lo único pertinente sería limitar el crédito por ella amparado y así lo efectúa, dejando fuera del "amparo o protección de la hipoteca" las cantidades que reseña (7.071 Euros, 14.784 Euros, y 18.000 Euros) por ser cantidades afianzadas directamente por BBVA frente a otros y que quedaron englobadas en la operación refinanciada.

Ha de mantenerse, en primer lugar, la conclusión obtenida por el Juzgador, en cuanto a que la operación analizada no está comprendida entre los acuerdos de "refinanciación" inmunes a las acciones de reintegración, que han de reunir los requisitos establecidos en la D.A. 4ª de la LC según RD 3/2009 de 27 de Marzo, y que, obviamente, no concurren en este caso, además de haberse efectuado, como se ha dicho, tal precisión por la administración concursal, no contradicha por la entidad bancaria igualmente recurrente.

Asimismo considera la Sala que no procede la rescisión de la operación en su totalidad, que la parte postula. Se aceptan, al respecto, las consideraciones que recoge el Juzgador y que pueden resumirse en que la suma objeto de préstamo a la persona jurídica fue por importe muy superior a las deudas previas que las personas físicas integrantes de aquella y la otra persona jurídica precedente, tenían contraídas con la entidad BBVA, por lo que no puede considerarse en abstracto y en forma genérica que proceda aplicar la norma y los efectos rescisorios derivados de los artículos 71 y ss LC . Igualmente, como concluye la sentencia recurrida, si bien el préstamo hipotecario, al refundir esas deudas personales, garantizándolas con hipoteca pocos meses antes de la declaración concursal, aquellas pasan a tener un régimen privilegiado y más favorable, con lo que entrarían en la presunción de perjuicio para la masa activa recogida en el artículo 71,3,2 LC , no procede tal conclusión en general porque en aquel préstamo se han refundido deudas -la mayor parte- ajenas a BBVA. De ahí la limitación del crédito amparado por la hipoteca a que finalmente se da lugar, al considerar que tampoco era factible la rescisión parcial de la hipoteca.

Sobre la indivisibilidad de la hipoteca se pronuncia la STS 13 de Diciembre del 2010 (ROJ: STS 7163/2010) expresando lo que sigue:

...- En el enunciado del motivo cuarto se alega infracción del art. 1.860 del Código Civil sobre la indivisibilidad de la hipoteca en relación con los arts. 123 LH y 217 RH , con indebida aplicación del art. 73 LC .

...Con carácter previo procede señalar que la regla de la indivisibilidad de la hipoteca, cuya configuración se efectúa

correctamente en la sentencia recurrida y resulta ocioso reproducir, supone que la misma "persiste entera e idéntica aunque el crédito, o la finca, se dividan" -"est tota in toto et tota in qualibet parte"- . No se trata de un principio estructural o institucional, pues tiene como paliativo la distribución que en ocasiones se establece y en otras se permite por la normativa legal a fin de equilibrar o coordinar los intereses contrapuestos, dado que en tanto la indivisibilidad beneficia al acreedor, la determinación beneficia al deudor (hipotecante). La indivisibilidad crea, en su caso, una especie de solidaridad, mientras que la distribución se corresponde con la especialidad.

El sistema que resulta del Código Civil (art. 1.860) y de la legislación hipotecaria (la primera regulación afectada y completada por la segunda) se resume en que: (a) Cuando se hipoteca una sola finca rige la indivisibilidad; si bien, si la finca se divide en dos o más, cabe convenir por el acreedor y el hipotecante la distribución (arts. 1.860 CCy 122 y 123 LH); (b) Cuando se hipotecan varias fincas rige de modo ineludible el principio de distribución (arts. 119 LH y 216 RH), de modo que prevalece la especialidad sobre la indivisibilidad. La determinación de la cantidad de que cada finca, porción o derecho debe responder tendrá lugar por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso (art. 216 RH); y (c) Cuando se hipotequen varios derechos integrantes del dominio (o cuotas indivisas), los titulares respectivos podrán acordar la indivisibilidad; esto es, "para los efectos del artículo anterior, la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución" (art. 217 RH); cuya alternativa data de la Reforma de 1.915.

Ciertamente en el caso no hay convenio entre las partes, pero ello no impide que pueda acordarse la modificación por mandato judicial, lo que puede obedecer a la ineludible protección de terceros, o la limitación de los propios derechos de los hipotecantes, ya que, si bien la hipoteca recae sobre la cosa, no puede exceder de la extensión que en ella corresponde al hipotecante, pues nadie puede hipotecar más de lo que tiene -"nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet"- . Por otra parte, la modificación por reducción parcial no afecta a la regulación legal, y entra dentro de las posibilidades del principio de determinación, y además, está justificada en el caso en la perspectiva de aplicación del efecto más débil que favorece la conservación del negocio, y responde, desde luego mejor que la nulidad, a la protección de todos los intereses económicos en juego, lo que no sucedería con cualquier otra solución a adoptar, que desequilibraría la situación en favor de uno u otro de los interesados.

Esta última sería la situación aquí concurrente. No procede la declaración pretendida por la administración concursal, en los apartados 1º a 4º del suplico del escrito de interposición de recurso, por las razones expuestas en la sentencia de primera instancia, al no ser pertinente ni la resolución total, ni la parcial, aunque la resolución parcialmente transcrita *supra* parece aceptar la posibilidad recogida en la sentencia recurrida. No combatiéndose expresamente la misma, deberá mantenerse en igual forma en que aquella la recoge, puesto que no se efectúan alegaciones al efecto, más allá de mantener las partes recurrentes su inicial posición.

La parte demandada y recurrente, BBVA SA, mantiene, por su parte, la validez y vigencia del préstamo hipotecario en su totalidad, así como de todo lo pactado, de las garantías, los avalistas y la correspondiente anotación en el registro de la Propiedad, así como la clasificación de créditos en la forma solicitada (escrito de 6-10-10). Sobre este último aspecto, indicar que sólo será objeto de este procedimiento, en cuanto se refiera a la limitación de cobertura de la garantía hipotecaria a que se da lugar en la sentencia objeto de recurso, que se mantiene en sus propios términos, pero no en su totalidad -comunicación de créditos que se dice efectuada por escrito de 6/10/10- pues el incidente concursal que nos ocupa tenía por finalidad la rescisión de unas determinadas operaciones y las consecuencias de aquella, pero no la clasificación de créditos en sentido estricto, más allá de lo que fueran, evidentemente, consecuencias de la rescisión pretendida.

En cuanto a los gastos de constitución de garantía y apertura de préstamo, han de asumirse por la deudora, excepción hecha, como ya indicaba la sentencia recurrida, de la parte proporcional no cubierta por la hipoteca, que deberá calcularse y ser objeto de reintegro.

SEXTO.- No PROCEDE especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada. En cuanto al recurso de BBVA porque se ESTIMA parcialmente, y respecto del planteado por la administración concursal, porque la cuestión suscitada, es de difícil encaje y valoración, siendo una situación específica sobre la que no existen suficientes resoluciones para entender que concurre una línea resolutoria indubitada. Todo ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el 394 LEC .

Vistos los preceptos legales citados, demás concordantes y de general aplicación,

FALLO

SE ESTIMA, en parte, el recurso de apelación interpuesto por la representación de BBVA SA y se DESESTIMA el interpuesto por la administración concursal contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 3 de Valencia con fecha 20 de Julio de 2011 , que se revoca, en parte, únicamente en cuanto a la declaración relativa al importe percibido por la entidad bancaria recurrente, BBVA SA de 28.180'90 Euros, que se DEJA sin efecto, manteniendo, en lo demás, la resolución recurrida, sin expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia. Se acuerda reintegrar el depósito para recurrir a la representación de BBVA SA y la pérdida del mismo respecto de la otra parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.