

Id Cendoj: 28079110012010100610
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1924/2006
 Nº de Resolución: 548/2010
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x INCIDENTE CONCURSAL x
- x ACCIONES RESCISORIAS CONCURSALES x
- x DERECHO TRANSITORIO x
- x IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS x
- x CRÉDITOS CONCURSALES x
- x CLASIFICACIÓN (CRÉDITOS CONCURSALES) x

Resumen:

Incidente concursal. Acción rescisoria concursal. Calificación del crédito concursal como subordinado al apreciarse mala fe en el acreedor. Aplicación de las normas sustantivas de la Ley Concursal a operaciones anteriores a su vigencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Septiembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Palma, Sección Quinta, como consecuencia de autos de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de lo Mercantil Número Uno de Palma de Mallorca; cuyo recurso fue interpuesto por LA CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA -LA CAIXA-, representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira; y como parte recurrida, LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA ENTIDAD ROLLER STOCK S.L. y DE LA ADMINISTRACIÓN DE D. Luis Pedro y D^a. Carla , representadas por el Procurador D. Luis Fernando Granados Bravo. Autos en los que también ha sido parte el BANCO DE CREDITO BALEAR, S.A., que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Juan María Cerdo Frías, en nombre y representación de D. Juan Antonio , D. Juan Enrique y D. Pedro Jesús , como miembros de la Administración concursal de la entidad Roller Stock, S.L., de D. Luis Pedro y de D^a. Carla , interpuso demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción rescisoria concursal ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca, siendo parte demandada el Banco de Crédito Balear, S.A., la Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona "La Caixa", la entidad Roller Stock, S.L., D. Luis Pedro y D^a. Carla ; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que estimando íntegramente la demanda: CON CARÁCTER PRINCIPAL: A) Se declare la invalidez o en su caso ineficacia de la amortización anticipada del préstamo con garantía hipotecaria otorgada a favor de la entidad BANCO DE CREDITO BALEAR, S.A., y en consecuencia: a. Se acuerde la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, por lo que procede la devolución a la masa activa del concurso de los SRES. Luis Pedro - Carla de la suma de 239.867,96 #, importe por el cual se canceló el préstamo con fecha de 30 de abril de 2.003. b. Se declare subsistente en idénticas condiciones a las en su día existentes, el préstamo hipotecario otorgado por el BANCO DE CREDITO BALEAR, S.A., a los SRES. Luis Pedro - Carla , y en el estado en el que se encontraban en el momento en que fueron canceladas. B) Se acuerde la cancelación de la inscripción registra! relativa a la cancelación del préstamo con garantía hipotecaria otorgada a favor de la

entidad BANCO DE CREDITO BALEAR, S.A., en cada una de las fincas registrales descritas en el Hecho TERCERO, al objeto de que queden válidas y eficaces la inscripciones de la referida hipoteca (inscripción 6ª con el rango de 1ª Hipoteca, expidiéndose los oportunos mandamientos dirigidos al Registrador de la Propiedad. C) Se declare la ineficacia del íntegro negocio jurídico de privilegiación de crédito efectuada por la entidad CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, "LA CAIXA", que conlleva como efectos de la misma que: a. Se declare la rescisión del préstamo con garantía hipotecaria constituida por los Sres. Luis Pedro - Carla a favor de la entidad "LA CAIXA", en fecha 30 de abril de 2.003, instrumentada mediante escritura pública autorizada por el Notario de Palma, D. Andrés Isern Estela, sobre las fincas registrales descritas en el Hecho TERCERO. b. Se acuerde calificar como crédito subordinado el importe total del préstamo otorgado a favor de los SRES. Luis Pedro - Carla (338.796,00 #). c. Se declare la rescisión del pago efectuado por ROLLER STOCK, S.L., sobre las cantidades que adeudaba por diversos descubiertos en cuenta por importe de 95.539,08 #. d. Se condene a la devolución por parte de CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, "LA CAIXA" de las cantidades pagadas por ROLLER STOCK, S.L., en fecha de 30 de abril de 2.003 y por importe de 95.539,08 #. e. Se declare como crédito subordinado por importe de 95.539,05 # a favor de "LA CAIXA", el crédito que ostentará ésta, por la devolución del pago efectuado por ROLLER STOCK, S.L., rescindido en el punto d) anterior. f. Se declare la rescisión del préstamo otorgado por los SRES. Luis Pedro - Carla por importe de 95.539,08 #, con la oportuna devolución de la indicada suma por parte de ROLLER STOCK, S.L., a la masa activa del concurso de las personas físicas indicadas. D) Se acuerde la cancelación de la inscripción de la constitución del préstamo con garantía hipotecaria a favor de la entidad CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, "LA CAIXA" (inscripción 7ª) en cada una de las fincas registrales descritas en el Hecho TERCERO, expidiéndose los oportunos mandamientos dirigidos al Registrador de la Propiedad. E) Condenar a las demandadas al pago de las costas derivadas del preste procedimiento. si no se allanaren total e incondicionalmente a la presente demandada. CON CARÁCTER SUBSIDIARIO: En el supuesto de entenderse de aplicación cuanto se ha argumentado en el hecho SEXTO en la parte expositiva de la presente demanda, procede entender en súplica los siguientes: A) Se reproducen las peticiones A) y B) de la acción ejercitada con carácter principal, con respecto a la entidad BANCO DE CREDITO BALEAR, S.A. B) Se declare la rescisión de la garantía hipotecaria otorgada por los SRES. Luis Pedro - Carla a favor de CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, "LA CAIXA", y en consecuencia: a. Se declare la rescisión del préstamo con garantía hipotecaria constituida por los Sres. Luis Pedro - Carla a favor de la entidad "LA CAIXA", en fecha 30 de abril de 2.003, instrumentada mediante escritura pública autorizada por el Notario de Palma, D. Andrés Isern Estela, sobre las fincas registrales descritas en el Hecho TERCERO. b. En cuanto a la cantidad destinada de dicho préstamo a cancelar el préstamo preexistente otorgado en su día por el Banco de Crédito Balear a los Sres. Luis Pedro - Carla , esto es 239.867,96 #: procede, que se acuerde como contraprestación, la simultánea devolución de dicha suma como crédito contra la masa a favor de la "LA CAIXA". e. Respecto a la cantidad restante de dicho préstamo, esto es 98.928,04 #: procede su calificación como crédito subordinado, atendiendo a la mala fe que se predica de la actuación de la indicada entidad bancaria. d. Se condene a la indicada entidad "LA CAIXA" a la devolución a la entidad ROLLER STOCK, S.L., de la cantidad de 95.539,08 #, como consecuencia del pago efectuado por ésta, que igualmente se rescinde, declarando con respecto a dicha cantidad un crédito subordinado a favor de CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, "LA CAIXA" en el concurso seguido contra la entidad ROLLER STOCK, S.L. e. Igualmente se declare rescindido el préstamo otorgado por los SRES. Luis Pedro - Carla a la entidad ROLLER STOCK, S.L., por importe de 95.539,08 #, condenando a ésta a la devolución de dicho importe a la masa activa de los respectivos concursos de los SRES. Luis Pedro - Carla . C) Se acuerde la cancelación de la inscripción del préstamo con garantía hipotecaria a favor de la entidad CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, "LA CAIXA" (inscripción 7ª), en cada una de las fincas registrales descritas en el Hecho TERCERO, expidiéndose los oportunos mandamientos dirigidos al Registrador de la Propiedad. D) Condenar a las demandadas al pago de las costas derivadas del preste procedimiento si no se allanaren total e incondicionalmente a la presente demandada."

2.- La Procurador Dª. Catalina Salom Santana, en nombre y representación de la entidad Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona, contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que: estimando la excepción procesal de inadecuación de procedimiento y, además la caducidad de la acción, declare el sobreseimiento del proceso; -subsidiariamente, y para el supuesto de que no se estimaran las excepciones procesal y de fondo antes significadas, se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la demandante."

3.- El Procurador D. Jesús Molina Romero, en nombre y representación del Banco de Crédito Balear, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "declarando no haber lugar a la rescisión de la cancelación de hipoteca otorgada por Banco de Crédito Balear, S.A., el día 30 de abril de 2.003, absolviendo a esta parte de todos los pedimentos de adverso, con relación a la misma, con expresa

imposición de costas a la parte actora."

4.- Por Providencia de fecha 25 de octubre de 2.005, se declaró en rebeldía a los demandados D. Luis Pedro y D^a. Carla y la entidad Roller Stock, S.L., al no haberse personado en el plazo concedido para contestar a la demanda.

5.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de lo Mercantil Número Uno de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 12 de diciembre de 2.005 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO. Que con estimación de la demanda interpuesta por el Procurador D. Juan María Cerdo Frías, en nombre y representación de la administración concursal de Roller Stock S.L., de D. Luis Pedro y de D^{ña}. Carla , frente a Roller Stock, S.L., D. Luis Pedro , D^{ña}. Carla , Banco de Crédito Balear S.A., con domicilio en la plaza de España nº 1 de Palma de Mallorca, representada por el Procurador D. Jesús Molina Romero y defendido por el Letrado D. Mateo Isern Estela, y contra la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (La Caixa), con domicilio en la avenida Gabriel Alomar i Villalonga nº 35 de Palma de Mallorca, representada por el Procurador D^{ña}. Catalina Salom Santana y defendida por el Letrado D. Pedro A. Palmer Marqués, y en su virtud: a) Se declara la ineficacia de la amortización anticipada del préstamo con garantía hipotecaria otorgada a favor de la entidad Banco de Crédito Balear S.A. y en su consecuencia: a. Se acuerda la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, por lo que procede la devolución a la masa activa del concurso de los Srs. Luis Pedro Carla , de la suma de 239.867,96 #, importe por el cual se canceló el préstamo con fecha 30 de abril de 2.003. b. Se declara subsistente en idénticas condiciones a las en su día existentes, el préstamo hipotecario por el Banco de Crédito Balear S.A., a los Srs. Luis Pedro - Carla , y en el estado en que se encontraban en el momento en que fueron canceladas. b) Se acuerda la cancelación de la inscripción registral relativa a la cancelación del préstamo con garantía hipotecaria otorgada a favor de la entidad Banco de Crédito Balear S.A., en cada una de las fincas registrales descritas en el hecho tercero (la nº NUM000 , al folio NUM001 , tomo NUM002 , libro NUM003 de Palma VII, la nº NUM004 , al folio NUM005 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII, la nº NUM008 , al folio NUM009 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII, y la nº NUM010 , al folio NUM011 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII, todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad nº 6 de Palma de Mallorca), al objeto de queden válidas y eficaces las inscripciones de la referida hipoteca (inscripción sexta) con el rango de primera hipoteca, expidiéndose los oportunos mandamientos al Registrador de la Propiedad. c) Se declara la rescisión de la garantía hipotecaria otorgada por los Srs. Luis Pedro - Carla a favor de La Caixa, y en consecuencia: a. Se declara la rescisión del préstamo con garantía hipotecaria constituída por los Srs. Luis Pedro - Carla , a favor de la entidad La Caixa en fecha 30 de abril de 2003, instrumentada mediante escritura pública autorizada por el Notario de Palma, D. Andrés Isern Estala, sobre las fincas registrales descritas en el hecho tercero. b. En cuanto a la cantidad destinada de dicho préstamo a cancelar el préstamo existente otorgado en su día por el Banco de Crédito Balear a los Srs. Luis Pedro - Carla , esto es 239.867,96 #: se acuerda como contraprestación, la simultánea devolución de dicha suma como crédito contra la masa a favor de La Caixa. c. Respecto de la cantidad restante de dicho préstamo, esto es, 98.928,04 # se califica como crédito subordinado, atendido a la mala fe que se predica de la actuación de la indicada entidad bancaria. d. Se condene a la indicada entidad La Caixa a la devolución a la entidad Roller Stock S.L. de la cantidad de 95.539,08 #, como consecuencia del pago efectuado por ésta, que igualmente se rescinde, declarando con respecto a dicha cantidad un crédito subordinado a favor de La Caixa en el concurso seguido contra la entidad Roller Stock, S.L. e. Igualmente se declara rescindido el préstamo otorgado por los Srs. Luis Pedro - Carla , a la entidad Roller Stock SL, por importe de 95.539,08 #, condenado a ésta a la devolución de dicho importe a la masa activa de los respectivos concurso de los Srs. Luis Pedro - Carla . d) Se acuerda la cancelación de la inscripción del préstamo con garantía hipotecaria a favor de la entidad La Caixa (inscripción séptima) en cada una de las fincas registrales descritas en el hecho tercero (la nº NUM000 , al folio NUM001 , tomo NUM002 , libro NUM003 de Palma VII, la nº NUM004 , al folio NUM005 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII, la nº NUM008 , al folio NUM009 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII y la nº NUM010 , al folio NUM011 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII; todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad nº 6 de Palma de Mallorca); expidiéndose los oportunos mandamientos dirigidos al Registrador de la Propiedad. Todo ello con imposición de las costas de este incidente a los demandados."

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior resolución por las representaciones respectivas de las entidades Banco de Crédito Balear, S.A. y la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, la Audiencia Provincial de Palma, Sección Quinta, dictó Sentencia con fecha 6 de junio de 2.006 , cuya parte dispositiva es como sigue "FALLAMOS: 1º) DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora de los Tribunales D^a. Catalina Salom Santana, en representación de la "Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona" -La Caixa-, y por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Molina Romero, en representación de "Banco de Crédito Balear, S.A."; ambos contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de

2.005, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta Capital, en los autos de Incidente Concursal nº 9 , en los Concursos Voluntarios nº 1, 2 y 3/2004 acumulados, de que dimana el presente Rollo de Sala; y en su virtud, 2º) CONFIRMAR la totalidad de pronunciamientos que la resolución impugnada contiene. 3º) Se imponen a los apelantes las costas procesales devengadas en esta alzada, por el incidente concursal."

TERCERO.- Por la Procurador D^a. Catalina Salom Santana, en nombre y representación de la entidad Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona -La Caixa-, interpuso ante la Audiencia Provincial de Palma, Sección Quinta, recurso de casación respecto la Sentencia dictada en grado de apelación de fecha 6 de junio de 2.006 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO:** **PRIMERO.-** Se alega infracción del *art. 86.2 de la Ley Concursal*. **SEGUNDO .-** Se alega infracción del *art. 71.2* , en relación con el *art. 71.1 de la Ley Concursal* , con infracción del *art. 3.1 del Código Civil* en relación con los *arts. 1.091, 1.255 y 1.258 del Código Civil* ; infracción del *art. 2.3 CC* , infracción del *art. 1.292 del CC* en relación con la infracción de los *arts. 1.255 del Código y 326 de la LEC*. **TERCERO .-** Se denuncia infracción del *art. 71.3.2º LC* ; infracción por indebida aplicación de la doctrina del levantamiento del velo e infracción de los *arts. 1.255 del Código y 326 de la LEC*. **CUARTO .-** Se alega infracción del *art. 73 de la Ley Concursal* con infracción de los *arts. 209* , en relación con los *arts. 216, 217 y 218 de la LEC*. **QUINTO .-** Se alega infracción del *art. 2.3 del CC* y del principio "tempus regit actum" por hacer aplicación retroactiva de los *arts. 71 y 73 de la Ley Concursal* .

CUARTO.- Por Providencia de 19 de octubre de 2.006, se tuvo por interpuesto el recurso de casación anterior, y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en la Sala Primera del Tribunal Supremo, comparecen, como parte recurrente, LA CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA -LA CAIXA-, representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira; y como parte recurrida, LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA ENTIDAD ROLLER STOCK S.L. y DE LA ADMINISTRACIÓN DE D. Luis Pedro y D^a. Carla , representadas por el Procurador D. Luis Fernando Granados Bravo.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 2 de diciembre de 2.008 , cuya parte dispositiva es como sigue: "ADMITIR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA contra la Sentencia dictada, con fecha 6 de junio de 2006, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Quinta), en el rollo de apelación nº 163/06, dimanante de los autos de incidente concursal nº 1, 2 y 3/04 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca."

SEPTIMO.- Dado traslado, el Procurador D. Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de la Administración Concursal de Roller Stock S.L., D. Luis Pedro y D^a. Carla , presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de fecha 6 de abril de 2.010, votación y fallo para el día 11 de mayo de 2.010. La deliberación fue suspendida por Providencia de fecha 11 de mayo de 2.010, con el fin de que el presente recurso fuera examinado por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Por Providencia de 11 de junio , se señaló para votación y fallo el día 20 de julio de 2.010, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus Corbal Fernandez,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el incidente concursal, del que dimana el recurso de casación objeto de enjuiciamiento, se ejercitó la acción rescisoria que prevé el *art. 71 de la Ley Concursal* , *Ley 22/2.003, de 9 de julio* , por parte de los Administradores concursales de la entidad Roller Stock, S.L., y de los socios Dn. Luis Pedro y Dña. Carla , todos ellos declarados en concurso el 9 y el 27 de septiembre de 2.004 posteriormente acumulados, por la vinculación y confusión de patrimonios existente, el 25 de noviembre, haciendo referencia la rescisión a las operaciones realizadas en fecha 30 de abril de 2.003 con las entidades Banco de Crédito Balear S.A. y Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona -La Caixa-, sobre las fincas registrales números NUM000 , NUM004 , NUM008 y NUM010 .

Los hechos básicos que permiten centrar el asunto son los siguientes. El 12 de noviembre de 2.002 los cónyuges Srs. Luis Pedro - Carla suscribieron un préstamo hipotecario con el Banco de Crédito Balear, S.A. por importe de 240.000 euros constituyéndose el gravamen hipotecario sobre las fincas registrales número NUM000 , NUM004 , NUM008 y NUM010 , el cual fue objeto de cancelación anticipada el 30 de abril de 2.003, en la suma adeudada de 239.867,96 euros, mediante talón nominativo librado por La Caixa.

La entidad mercantil Roller Stock, S.L., de la que eran socios los mencionados cónyuges, tenía tres cuentas abiertas en La Caixa: una por la póliza de descuento de efectos hasta un máximo de 20.000.000 pts. ó de 120.202,42 euros, desde el 24 de enero de 2.000, siendo fiador el Sr. Luis Pedro ; otra, por el contrato de empresa-tarjeta de crédito, desde el 28 de enero de 2.000, hasta 500.000 pts.; y la tercera de depósito de dinero a la vista, desde el 3 de enero de 2.000, que a 30 de abril de 2.003 arrojaba un descubierto de 93.224,42 euros. El 30 de abril de 2.003 los cónyuges referidos concertaron con La Caixa un crédito con garantía hipotecaria -que se constituye sobre las fincas registrales referidas-; el cual sirve para cancelar el crédito hipotecario existente con el Banco de Crédito Balear (que se liquida con el talón nominativo ya expresado) y para garantizar la deuda existente de Roller Stock, S.L. con La Caixa, cuyo crédito se convierte de ordinario en privilegiado.

La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca el 12 de diciembre de 2.005, en los concursos 1, 2 y 3 de 2.004, Incidente Concursal número 9, estima la demanda interpuesta por la Administración Concursal de Roller Stock S.L., de Dn. Luis Pedro y Dña. Carla frente a dicha entidad y personas físicas y además frente al Banco de Crédito Balear, S.A. y La Caixa d'Estalvis y Pensions de Barcelona (La Caixa), y acuerda: «A) Se declara la ineficacia de la amortización anticipada del préstamo con garantía hipotecaria otorgada a favor de la entidad Banco de Crédito Balear S.A. y en su consecuencia: a. Se acuerda la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, por lo que procede la devolución a la masa activa del concurso de los Srs. Luis Pedro Carla , de la suma de 239.867,96 #, importe por el cual se canceló el préstamo con fecha 30 de abril de 2.003. b. Se declara subsistente en idénticas condiciones a las en su día existentes, el préstamo hipotecario por el Banco de Crédito Balear S.A., a los Srs. Luis Pedro - Carla , y en el estado en que se encontraban en el momento en que fueron canceladas. B) Se acuerda la cancelación de la inscripción registral relativa a la cancelación del préstamo con garantía hipotecaria otorgada a favor de la entidad Banco de Crédito Balear S.A., en cada una de las fincas registrales descritas en el hecho tercero (la nº NUM000 , al folio NUM001 , tomo NUM002 , libro NUM003 de Palma VII, la nº NUM004 , al folio NUM005 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII, la nº NUM008 , al folio NUM009 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII, y la nº NUM010 , al folio NUM011 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII, todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad nº 6 de Palma de Mallorca), al objeto de queden válidas y eficaces las inscripciones de la referida hipoteca (inscripción sexta) con el rango de primera hipoteca, expidiéndose los oportunos mandamientos al Registrador de la Propiedad. C) Se declara la rescisión de la garantía hipotecaria otorgada por los Srs. Luis Pedro - Carla a favor de La Caixa, y en consecuencia: a. Se declara la rescisión del préstamo con garantía hipotecaria constituida por los Srs. Luis Pedro - Carla , a favor de la entidad La Caixa en fecha 30 de abril de 2003, instrumentada mediante escritura pública autorizada por el Notario de Palma, D. Andrés Isern Estala, sobre las fincas registrales descritas en el hecho tercero. b. En cuanto a la cantidad destinada de dicho préstamo a cancelar el préstamo existente otorgado en su día por el Banco de Crédito Balear a los Srs. Luis Pedro - Carla , esto es 239.867,96 #: se acuerda como contraprestación, la simultánea devolución de dicha suma como crédito contra la masa a favor de La Caixa. c. Respecto de la cantidad restante de dicho préstamo, esto es, 98.928,04 # se califica como crédito subordinado, atendido a la mala fe que se predica de la actuación de la indicada entidad bancaria. D. Se condene a la indicada entidad La Caixa a la devolución a la entidad Roller Stock S.L. de la cantidad de 95.539,08 #, como consecuencia del pago efectuado por ésta, que igualmente se rescinde, declarando con respecto a dicha cantidad un crédito subordinado a favor de La Caixa en el concurso seguido contra la entidad Roller Stock, S.L. e. Igualmente se declara rescindido el préstamo otorgado por los Srs. Luis Pedro - Carla , a la entidad Roller Stock SL, por importe de 95.539,08 #, condenado a ésta a la devolución de dicho importe a la masa activa de los respectivos concurso de los Srs. Luis Pedro Carla . D) Se acuerda la cancelación de la inscripción del préstamo con garantía hipotecaria a favor de la entidad La Caixa (inscripción séptima) en cada una de las fincas registrales descritas en el hecho tercero (la nº NUM000 , al folio NUM001 , tomo NUM002 , libro NUM003 de Palma VII, la nº NUM004 , al folio NUM005 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII, la nº NUM008 , al folio NUM009 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII y la nº NUM010 , al folio NUM011 , tomo NUM006 , libro NUM007 de Palma VII; todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad nº 6 de Palma de Mallorca); expidiéndose los oportunos mandamientos dirigidos al Registrador de la Propiedad.».

La Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el 6 de junio de 2006 , en el Rollo número 163 de 2006, desestima los recursos de apelación interpuestos por La Caixa y por el Banco de Crédito Balear, S.A., confirmando íntegramente la resolución recurrida.

Por la entidad Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona -La Caixa- se interpuso recurso de casación articulado en cinco motivos por el cauce del *art. 477.2.3º LEC* , que fue admitido por Auto de esta Sala de 2 de diciembre de 2.008 .

SEGUNDO.- En el enunciado del *primer motivo* del recurso se alega infracción, por no aplicación, del *art. 86.2 de la Ley Concursal* , que supone inadecuación de procedimiento, ya que debió haberse seguido el

trámite del juicio ordinario, en lugar del incidental concursal, y cuya debida observancia debió dar lugar a que se declarase caducada la acción.

El motivo se desestima porque plantea una cuestión procesal -inadecuación de procedimiento- que no cabe formular en el recurso de casación, en el que sólo es posible suscitar cuestiones sustantivas civiles o mercantiles.

Aparte de ello, y con independencia de que no cabe hablar de caducidad respecto de una acción de nulidad radical por inexistencia de objeto o de causa, o por simulación contractual, y de que la parte recurrente crea su propia versión de los datos fácticos para configurar su visión del objeto del proceso, en cualquier caso, el hecho de que un relato histórico pueda permitir varias calificaciones determinantes de distintas acciones no excluye la facultad de la parte para elegir sólo una de ellas por entender que es la que mejor conviene a su oportunidad procesal, resultando claro -por la causa petendi y petitum, ratificado por la nominación- que en el caso se optó por la acción rescisoria, de reintegración, de los arts. 71 a 73 de la LC .

TERCERO.- El enunciado del *segundo motivo* del recurso se refiere a la rescisión decretada de la amortización del préstamo concertado con el Banco de Crédito Balear, y denuncia infracción del art. 71.2 en relación con el 71.1 de la Ley Concursal , con infracción asimismo del art. 3.1 del Código Civil en relación con los artículos 1091, 1.255 y 1.258 del propio CC; infracción del art. 2.3 CC ; e infracción del art. 1.292 CC en relación con la de los artículos 1.225 CC y 326 LEC, determinante de error en la valoración de la prueba documental que se indicará sobre el hecho que se entienda probado el estado de insolvencia de los Srs. Luis Pedro en abril de 2.003.

El motivo debe desestimarse porque mezcla cuestiones heterogéneas, y plantea cuestiones procesales que no cabe suscitar en un recurso de casación. Por otro lado, el presupuesto de recurribilidad que facilitó el acceso a la casación fue el de infracción de normas que no lleven más de cinco años de vigor, lo que no es aplicable a los preceptos del Código Civil, además de que la cita de los arts. 1.091, 1.255 y 1.258 del CC se hace en la perspectiva genérica de los preceptos, que, como tiene reiterado esta Sala, no puede fundamentar un recurso de casación.

No obstante lo expuesto, procede examinar, siquiera someramente, las alegaciones efectuadas, circunscritas a las relativas a los preceptos de la Ley Concursal.

La alegación relativa a que la sanción que el legislador establece en el art. 71.2 LC respecto de los pagos anticipados "no se refiere a los préstamos hipotecarios" no es relevante en el supuesto que se enjuicia porque la existencia del presupuesto del perjuicio, con sacrificio patrimonial injustificado, no deriva únicamente de la presunción -con independencia de que también se razone sobre ella en la resolución recurrida- sino de la propia realidad de su existencia al ampliarse la hipoteca convirtiendo un crédito ordinario en privilegiado y las condiciones más onerosas o gravosas de la nueva operación crediticia.

En cuanto a la alegación de inexistencia de insolvencia de los Srs. Luis Pedro - Carla en abril de 2.003, cuando tuvo lugar la operación, resulta inconsistente porque incurre en supuesto de la cuestión al contradecir una apreciación fáctica de la resolución recurrida no previamente desvirtuada, además de no ser necesaria a los efectos de que se trata porque la Ley sólo exige perjuicio.

Y por lo que respecta al planteamiento de que la aplicación del art. 71.2 LC se ha hecho con infracción del art. 2.3 CC y el principio "tempus regit actum" consagrado jurisprudencialmente nos referiremos a propósito del quinto motivo.

CUARTO.- El enunciado del *motivo tercero* se refiere a la rescisión del préstamo hipotecario concertado por los Srs. Luis Pedro con La Caixa decretada en aplicación del art. 71.3.2.º LC , y denuncia infracción de este artículo por indebida aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, e infracción de los arts. 1.255 CC y 326 LEC, determinante de error en la valoración de la prueba documental que se indicará sobre el hecho que se entienda probado de que el nuevo crédito era más gravoso y no había necesidad de constituir nueva hipoteca.

El motivo se desestima porque, además de mezclar cuestiones sustantivas con procesales, inadvirtiendo que bajo el nuevo sistema de recursos extraordinarios los temas de valoración probatoria están excluidos del recurso de casación, e incidir en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, al ser incontestable la existencia de interrelaciones económicas e incluso confusión de patrimonios entre los cónyuges Srs. Luis Pedro - Carla y la entidad Roller Stock S.L. no cabe desconectar las operaciones relativas a Banco de Crédito Balear S.A. y La Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (La Caixa) sino que hallándose entremezcladas integrando una operación compleja deben valorarse conjuntamente y en una

consideración unitaria, siendo por lo demás inconcusa la existencia de un perjuicio patrimonial, que hace innecesaria acudir al examen de la presunción aludida en el motivo.

QUINTO.- En el *cuarto motivo* se alega infracción del *art. 73 de la Ley Concursal* en cuanto a los efectos de la rescisión decretada (mala fe), con infracción de los *arts. 209, 216, 217 y 218* de la LEC.

El motivo se desestima por las razones siguientes:

El hecho de que el *art. 73.3 LC* prevea la calificación del crédito concursal como subordinado de apreciarse mala fe en el acreedor no genera ninguna cuestión en el motivo, porque éste basa su impugnación en la existencia del hecho normativo de la mala fe. De ahí que la cita como infringido de dicho precepto legal sea en la perspectiva del presupuesto de recurribilidad meramente artificiosa o instrumental.

Aparte de ello, incluso deteniendo la atención en el examen de la concurrencia o no de la mala fe, debe decirse: a) que la apreciación de la situación fáctica de la que se deriva la significación jurídica al respecto no es cuestionable en casación, en cuyo recurso no cabe traer a colación la hipotética infracción de preceptos procesales como los invocados en el motivo; y, b) que carece de sustento la alegación del motivo relativa a una supuesta falta de base fáctica en la sentencia recurrida para apreciar la mala fe, pues, entre otras alusiones, en el fto. de dº. quinto, B, ap. 4) se hace referencia a que La Caixa actuó a sabiendas de la delicadísima situación financiera de los concursados individuales y de la entidad concursada, y en el mismo fto., ap. 10, se afirma que La Caixa conocía sobradamente al contratar la insolvencia de los concursados; y si bien es cierto que para declarar la existencia de mala fe *ex art. 73.3 LC* no se estima suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia, sin embargo, en el caso, dadas las demás circunstancias concurrentes en la operación, ya aludidas, cabe considerar justificada la apreciación de la resolución recurrida. La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se efecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico.

SEXTO.- En el *quinto motivo* se aduce infracción del *art. 2.3 CC* y del principio "tempus regit actum" por hacer aplicación retroactiva de los *artículos 71 y 73 de la Ley Concursal*. Se alega que las operaciones que son objeto del incidente concursal se realizaron en fecha 30 de abril de 2.003, esto es, un año y cuatro meses antes de la entrada en vigor de la *Ley Concursal (1 de septiembre de 2.004)*, e incluso antes de su promulgación (6 de julio de 2.003); que la LC en su *Disposición final trigésima establece que "La presente Ley entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2.004 ..."* (con algunas excepciones que no afectan al incidente); y que ninguno de los artículos, ni en sus disposiciones finales, adicionales o transitorias, ni en ninguna otra ley, se ha establecido la retroactividad de los *arts. 71 y 73 LC* a los negocios y actos nacidos con anterioridad a su promulgación. Y, en consecuencia, -resume-, la regulación establecida en la *ley sobre las acciones de reintegración no puede ser aplicada para rescindir, en perjuicio de terceros*, negocios concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la repetida ley, puesto que tales negocios no eran rescindibles según el ordenamiento jurídico vigente en el momento de su concertación.

El motivo se desestima.

La *Disposición Transitoria Primera de la Ley Concursal*, bajo la rúbrica de "Procedimientos concursales en tramitación", dispone que "los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el Derecho anterior, sin más excepciones" que las que expresa, que aquí carecen de interés. La LC entró en vigor el 1 de septiembre de 2.004 (*Disposición Final 35ª*) salvo la modificación de los artículos de la LEC relativa a los emplazamientos en los recursos de apelación y extraordinarios que entró en vigor al día siguiente de la publicación en el BOE.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la *Ley Concursal es aplicable a todos los concursos instados a partir del 1 de septiembre de 2.004*, si bien debe resaltarse la importancia de la *Disposición Adicional Primera*, que, bajo el título de "Referencias legales a los procedimientos concursales anteriormente vigentes", dispone que "los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley, poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad". Sin embargo, como la LC tiene normas procesales y sustantivas, la aplicabilidad de éstas -especialmente- puede suscitar dificultades de derecho intertemporal, tal y como sucede en el caso, dado que, siendo aplicable la LC, la operación se produjo con anterioridad a la misma, pero se halla dentro del periodo de dos años anteriores a la declaración del concurso establecido para las acciones de reintegración en el *art. 71.1*.

Examinadas las alegaciones de las partes en relación con los *arts. 2.3 CC, 9.3 CE y Disposiciones transitorias del CC, singularmente las de los números segundo y tercero*, el criterio de la Sala es el de aplicación íntegra de la normativa de la nueva Ley Concursal, tal y como se hizo por la resolución recurrida.

Se acuerda así por las razones siguientes:

El supuesto de que se trata exige la aplicación en bloque de la normativa de la LC. Las circunstancias concurrentes impiden individualizar las distintas actuaciones, y darles un tratamiento separado. Nos encontramos, como ya se ha dicho, ante una operación compleja, de modo que las diversas operaciones que la integran se hallan íntimamente interrelacionadas y responden a una finalidad única; y es por ello que se impone un trato jurídico unitario.

Por otro lado, la aplicación de la nueva normativa es más favorable, o cuando menos no más rigurosa -dura o estricta-, que la anterior, sin que sea preciso discurrir acerca de los efectos o consecuencias de la retroacción judicial del sistema jurídico actualmente derogado (*arts. 1024 del Código de Comercio de 1.829 y 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1.885*).

Además, de aceptarse la tesis de la irretroactividad se daría lugar a lo que se denomina "resultado paradójico", que incluso podría incurrir en un fraude de ley. Habida cuenta que la retroacción judicial que establecía la normativa anterior fue sustituida por la retroacción legal de la acción de reintegración del *art. 71 LC*, de estimarse que no es aplicable este precepto por razones de derecho transitorio sucedería que quedarían indemnes conductas ilícitas, en cuanto reprobables con arreglo al mismo, como las del caso enjuiciado, dado que conforme al régimen procesal aplicable de la nueva Ley no habría posibilidad de acordar aquella retroacción judicial. De ahí que la norma nueva esté impregnada de una naturaleza intertemporal y opere con efecto retroactivo.

Finalmente, con carácter de refuerzo argumentativo, debe tenerse en cuenta también el contenido de la *Disposición Adicional 1ª LC* antes expresado, sin olvidar que nos hallamos ante una operación compleja que no agotó sus efectos y que la nueva normativa concursal en la materia ha tenido en cuenta para separarse de la derogada sólidas razones de seguridad jurídica.

SEPTIMO.- En el apartado sexto y último del recurso relativo a la cumplimentación de lo dispuesto en el *art. 481.3 LEC* no se contiene ningún motivo sino una argumentación en relación con el acceso al recurso de casación, y, concretamente, con el presupuesto de recurribilidad de hallarnos ante normas que no llevan cinco años en vigor, cuya alegación ya ha sido contemplada con anterioridad y no requiere ninguna otra respuesta en casación.

OCTAVO.- La desestimación de todos los motivos conlleva la del recurso, y la condena de la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas en el mismo, de conformidad con lo establecido en los *artículos 398 y 394 de la LEC*.

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

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA -LA CAIXA- contra la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el 6 de junio de 2.006, en el Rollo de Apelación número 163 del mismo año, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso. Publíquese esta resolución con arreglo 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 .- Juan Antonio Xiol Rios.- Roman Garcia Varela.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Francisco Marin Castan.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus Corbal Fernandez, 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.