

Roj: STS 7163/2010
Id Cendoj: 28079110012010100798
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 824/2007
Nº de Resolución: 791/2010
Procedimiento: Casación
Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x ACCIONES DE REINTEGRACIÓN (CONCURSO) x
- x HIPOTECANTE NO DEUDOR x
- x VIGENCIA TEMPORAL DE LAS NORMAS x
- x PRESUNCIONES LEGALES x

Resumen:

Concurso de acreedores: acción de reintegración. Aplicación de la Ley Concursal a actos anteriores a su entrada en vigor. La presunción de perjuicio derivada de acto a título gratuito: hipoteca en garantía de deuda ajena. Indivisibilidad de la hipoteca.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Diciembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera, 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 Juicio Ordinario, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil Número Uno de Palma de Mallorca, sobre acción de reintegración; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad LA CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA -LA CAIXA-, representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira; siendo parte recurrida, LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL RELATIVA A LOS CONCURSADOS DÑA. Guillerma Y OTROS, representada por la Procurador Dña. Teresa Castro Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Administración Concursal de Dña. Guillerma , interpuso demanda incidental en ejercicio de acción de reintegración del *art. 71 LC, ante el Juzgado de lo Mercantil Número Uno* de Palma de Mallorca, siendo parte demandada la concursada Dña. Guillerma , la entidad Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona (La Caixa) y Dña. Rosaura ; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que: A) Declare la rescisión e ineficacia de la hipoteca constituida por Dña. Guillerma y la Sra. Rosaura sobre la finca registral nº NUM000 , cuya nuda propiedad es de la Sra. Guillerma , y en garantía de una deuda de Dña. Rosaura frente a La Caixa, declarando la nulidad de todos los asientos registrales ocasionados por dicha hipoteca, ordenando su cancelación en el Registro de la Propiedad, así como el resto de pronunciamientos inherentes; y sin que la masa del concurso deba efectuar ninguna restitución de prestaciones, toda vez que en su día no se efectuó prestación alguna a favor de la Sra. Guillerma como consecuencia de la hipoteca que se impugna. Subsidiariamente y para el supuesto de que se considerase que debe subsistir la hipoteca de La Caixa sobre el usufructo de la finca, el cual no pertenece a la concursada Sra. Guillerma , entonces suplico que se declare la rescisión de la hipoteca respecto de la nuda propiedad de la finca, que sí pertenece a la concursada Dña. Guillerma , con la declaración de nulidad de los asientos registrales ocasionados y demás pronunciamientos inherentes, así como la cancelación de las inscripciones registrales, y sin que la masa del concurso deba efectuar ninguna restitución de prestaciones, toda vez que en su día no se efectuó prestación alguna a favor de la Sra. Guillerma como consecuencia de la hipoteca que se

impugna. B) Declare la nulidad y/o deje sin efecto lo actuado en la ejecución hipotecaria 816/04 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Manacor, y en especial el despacho de la ejecución, así como todos los asientos registrales que haya podido ocasionar, ordenando su cancelación registral. C) Condene a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones y cancelación de la hipoteca. D) Imponga las costas a las demandadas."

2.- El Procurador D. Antonio Colom Ferrá, en nombre y representación de Dña. Guillerma , presentó escrito allanándose a las pretensiones formuladas por la parte actora.

3.- 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 de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la demandante.

4.- Por Providencia de fecha 25 de noviembre de 2.005, se declaró, respecto la demandada Dª. Rosaura , la preclusión del tramite de contestación 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 1 de Palma de Mallorca, dictó Sentencia con fecha 3 febrero de 2.006, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que con estimación parcial de la demanda interpuesta por la administración concursal de Dña. Guillerma y otros, frente a Dña. Guillerma , Dña. Rosaura , declarada en rebeldía, y contra la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (La Caixa) , con domicilio en la AVENIDA000 nº NUM001 de Palma de Mallorca, representada por el Procurador Dña. Catalina Salom Santana y defendida por el Letrado D. Pedro A. Palmer Marqués, debo declarar y declaro la rescisión e ineficacia parcial de la hipoteca constituida mediante la escritura otorgada entre Dña. Guillerma y La Caixa otorgada el 13 de febrero de 2.004, ante el Notario D. Enrique Terrasa Comasa modificando los pactos de la escritura de constitución de aquella y de la consiguiente inscripción registral, en el sentido que en el pacto octavo (denominada constitución de hipoteca), in fine, de la otorgada el 13 de febrero de 2.004, ante el Notario D. Enrique Terrasa Comasa donde dice "... sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de la parte acreditada y Dña. Guillerma , constituye hipoteca a favor de La Caixa sobre dicha finca...", debe decir "sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de la parte acreditada y de Dña. Guillerma hasta el límite de 78.270,52 #, constituye hipoteca a favor de La Caixa sobre dicha finca...". Con desestimación del resto de pronunciamientos de la demanda. Todo ello sin especial declaración sobre las costas del presente procedimiento."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de la entidad La Caixa, S.A.; la Audiencia Provincial de Palma, Sección Quinta, dictó Sentencia con fecha 26 de enero de 2.007 , cuya parte dispositiva es como sigue: "1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Dª. Catalina Salom Santana, en nombre y representación de La Caixa, contra la sentencia de fecha 3 de febrero de 2.006, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma, en los autos de Juicio de incidente de acción de reintegración en concurso, de los que trae causa el presente Rollo. 2) Debemos confirmar íntegramente dicha resolución. 3) Se imponen a la entidad codemandada recurrente las costas de esta alzada. No se hace especial pronunciamiento sobre costas derivadas del recurso interpuesto con carácter subsidiario por la Administración Concursal."

TERCERO.- La Procurador Dª. Catalina Salom Santana, en nombre y representación de la entidad "Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona", interpuso recurso de casación ante la Audiencia de Provincial de Palma, Sección Quinta, respecto la Sentencia dictada en grado de apelación de fecha 26 de enero de 2.007 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO:** *Primero.-* Se alega infracción del *art. 2.3 del CC* y del principio "tempus regit actum", por aplicación retroactivo de los *arts. 71 y 73 de la Ley Concursal*. *Segundo .-* Se alega infracción por inaplicación del *art. 3.1 del Código Civil* , e infracción por aplicación errónea del *art. 1.281 del Código Civil* y aplicación indebida del *art. 71.2 de la Ley Concursal*. *Tercero .-* Se alega infracción del *art. 71.2*. *Cuarto .-* Se alega infracción del *art. 1.860 del Código Civil* , en relación de los *arts. 123 Ley Hipotecario* y *art. 217 del Reglamento Hipotecario* , con aplicación indebida del *art. 73 de la Ley Concursal*. *Quinto .-* Se alega infracción del *art. 73 de la Ley Concursal* .

CUARTO.- Por Providencia de fecha 11 de abril de 2.007, se tuvo por interpuesto el recurso de casación anterior, y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente, la entidad LA CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA -LA CAIXA-, representada por el Procurador D. Ramón

Rodríguez Nogueira; siendo parte recurrida, LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL RELATIVA A LOS CONCURSADOS DÑA. Guillerma Y OTROS, representada por la Procurador Dña. Teresa Castro Rodríguez.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 10 de marzo de 2.009 , cuya parte dispositiva es como sigue: "ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de la entidad "CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA" contra la Sentencia dictada, con fecha 26 de enero de 2007, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca -Sección 5ª-, en el rollo de apelación nº 454/2006 , dimanante de los autos de incidente concursal nº 87/2005 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca.".

SEPTIMO.- Dado traslado, por la Procurador Dña. Teresa Castro Rodríguez, en representación de la Administración Concursal relativa a los Concursados Dña. Guillerma y otros, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de noviembre de 2.010, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El *objeto del proceso* versa sobre Derecho Concursal y concretamente sobre una acción de reintegración del *art. 71 de la LC 22/2003, de 9 de julio* , siendo objeto de debate: la aplicación de la normativa a actos anteriores a la entrada en vigor de la Ley; la presunción de perjuicio derivada de acto a título gratuito, y la concurrencia de éste, en relación con hipoteca constituida por nuda propietaria no deudora (*art. 71.2 LC*); la posibilidad de reducción parcial de la hipoteca en caso de hipoteca conjunta en que se pactó la indivisibilidad de conformidad con el *art. 217 del Reglamento Hipotecario* ; y la posibilidad de remitir al procedimiento de ejecución hipotecaria la distribución del porcentaje de gastos, intereses y costas, consecuencia de la reducción parcial de la hipoteca de la concursada.

Por la Administración Concursal de Dña. Guillerma y otros se dedujo *demand*a frente a Dña. Guillerma , Dña. Rosaura y contra La Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (La Caixa) en la que solicita:

a) Se declare la rescisión e ineficacia de la hipoteca constituida por Dña. Guillerma y Dña. Rosaura sobre la finca registral núm. NUM000 , cuya nuda propiedad es de la Sra. Guillerma , y en garantía de una deuda de Dña. Rosaura con La Caixa, declarando la nulidad de todos los asientos registrales ocasionados por dicha hipoteca, ordenando su cancelación en el Registro de la Propiedad, así como el resto de pronunciamientos inherentes; y sin que la masa del concurso deba efectuar ninguna restitución de prestaciones, toda vez que en su día no se efectuó prestación alguna a favor de la Sra. Guillerma como consecuencia de la hipoteca que se impugna.

b) Subsidiariamente, y para el supuesto de que se considerase que debe subsistir la hipoteca de La Caixa sobre el usufructo de la finca, el cual no pertenece a la concursada Sra. Guillerma , entonces se suplica que se declare la rescisión de la hipoteca respecto de la nuda propiedad de la finca, que sí pertenece a la concursada Dña. Guillerma , con la declaración de la nulidad de los asientos registrales ocasionados y demás pronunciamientos inherentes, así como la cancelación de los asientos registrales; y sin que la masa del concurso deba efectuar ninguna restitución de prestaciones, toda vez que en su día no se efectuó prestación alguna a favor de la Sra. Guillerma como consecuencia de la hipoteca que se impugna.

c) Se declare la nulidad y/o se deje sin efecto lo actuado en la ejecución hipotecaria 816/2004 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Manacor, y en especial el despacho de la ejecución, así como todos los asientos registrales que haya podido ocasionar, ordenando su cancelación registral.

La *Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca* el 3 de febrero de 2.006, en incidente concursal derivado de los autos de concurso núm. 87 de 2.005, estima parcialmente la demanda, y declara la rescisión e ineficacia parcial de la hipoteca constituida mediante escritura pública otorgada entre Dña. Guillerma y La Caixa el 13 de febrero de 2.004, modificando pactos de dicha escritura y la consiguiente inscripción registral, en el sentido de que en el pacto octavo (denominado constitución de hipoteca), "in fine", donde dice "...sin perjuicio de la responsabilidad personal e inmediata de la parte acreditada y de Dña. Guillerma , constituye hipoteca a favor de La Caixa sobre dicha finca...", debe decir "...sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de la parte acreditada y de Dña. Guillerma hasta el

límite de 78.270,52#, constituye hipoteca a favor de La Caixa sobre dicha finca...". Desestima el resto de pronunciamientos solicitados en la demanda.

Las cuestiones resueltas por la resolución del Juzgado de primer grado se resumen en los siguientes puntos: a) Se desestima, por las razones que se exponen, la alegación que sostiene la imposibilidad de aplicar el régimen de la Ley Concursal por no tener carácter retroactivo; b) En examen del requisito del perjuicio para la masa activa del concurso, se aprecia solo en parte la que denomina presunción "iuris et de iure" del *art. 71.2 LC* por estimar que la constitución de la hipoteca es acto a título gratuito únicamente en cuanto a una parte de la cantidad reclamada que asciende a 40.206,91 #, quedando excluida la restante de 78.279,52 euros, que engloba principal, gastos e intereses, porque la garantía comprende una deuda de la Sra. Guillerma ; y respecto de esta última cantidad se rechaza la aplicación de la presunción "iuris tantum" del *art. 71.3.2º LC* porque se sustituye una hipoteca anterior sin agravación de la situación de la deudora hipotecante, apreciando incluso mejores condiciones; y, c) En lo que atañe a los efectos acuerda rescindir parcialmente la hipoteca que grava la nuda propiedad con modificación de los pactos de la escritura pública e inscripción registral, sin necesidad de declarar nulo o sin efecto el procedimiento de ejecución hipotecaria número 816/2004 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Manacor.

La Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el 16 de enero de 2.007, en el Rollo número 454 de 2006 , desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la resolución recurrida.

En dicha resolución se establecen los siguientes antecedentes fácticos:

A) En fecha 13 de febrero de 2.004, La Caixa concedió a Dª. Rosaura un préstamo abierto con garantía hipotecaria por un importe de 99.000 euros de principal, y en garantía de dicho crédito se pactó una hipoteca sobre la finca NUM000 , tomo NUM002 , libro NUM003 sita en el término municipal de Capdepera, Registro de la Propiedad de Manacor, correspondiendo el derecho de usufructo sobre dicho inmueble a la prestataria, y la nuda propiedad a Dª. Guillerma . Esta última persona suscribió la escritura en concepto de hipotecante no deudora.

B) La suma de dinero antes indicada se ingresó en una cuenta de la Sra. Rosaura , pero de la misma 78.270 euros se destinaron al pago de un préstamo hipotecario a favor de la Sra. Guillerma que gravaba la indicada finca, abonándose para la extinción del mismo la suma antes indicada. En relación con el anterior préstamo, se incrementa el capital en concepto de principal de 77.000 a 99.000 euros, concede un plazo de amortización doce años superior y el interés es más bajo, al menos en los primeros años y se pasa de un 5% a un 3,9%.

C) El día 26 de mayo de 2.005 se declaró a Dª. Guillerma en situación de concurso, junto con otras ocho personas (físicas y jurídicas).

D) La entidad La Caixa insinuó en el concurso, entre otros créditos, la suma de 118.477,47 euros, de los cuales 97.430,36 euros corresponden al capital pendiente, y el resto a cuotas impagadas, intereses y gastos judiciales.

Las cuestiones resueltas por la resolución de apelación se resumen en los puntos siguientes: A) Se desestima la alegación relativa al principio general de irretroactividad con base en la Sentencia de la propia Sala de 6 de junio de 2.006 y demás razones que expone; B) Frente al planteamiento de la recurrente de que las presunciones "iuris et de iure" que establece el *art. 71.2 de la LC* merecen unas cautelas especiales en el caso de las garantías hipotecarias, atendido el *art. 3.1 CC* en la pluralidad de elementos interpretativos, argumenta entre otras consideraciones que "el Tribunal debe aplicar una presunción "iuris et de iure" que se estima subsumible en el caso concreto y, en su caso, corresponde al Legislador determinar las excepciones a la misma, y no al Juzgador" [...] "sin que la norma establezca una concesión de discrecionalidad al Juzgador para que la aplique o no según criterios determinados o las circunstancias del caso"; C) Frente a la alegación de la recurrente del principio de indivisibilidad de la hipoteca, con base en que una rescisión parcial de la hipoteca implica su división, y es improcedente, por imperativo de lo dispuesto en el *art. 1.860 CC* , la división de la hipoteca en su día concertada, única y afecta a una sola obligación, la Sala ratifica la conclusión del Juzgador de la primera instancia, y en atención a las circunstancias concurrentes considera que la repercusión de la rescisión parcial sobre la hipoteca se referirá sobre una cuantía o un porcentaje de la cuantía, lo que no es contrario al principio de indivisibilidad de la hipoteca. Y del mismo modo -añade- que es posible una distribución de crédito hipotecario entre ambas fincas cuando voluntariamente lo acuerden acreedor y deudor -supuesto del *artículo 122 de la Ley Hipotecaria* -, no se aprecia imposibilidad de la distribución de sumas dinerarias o porcentajes entre los titulares de uno y otro derecho integrantes de la hipoteca a los efectos de la aplicación al caso concreto del

artículo 71.2 de la LC, con la consecuente reducción de la cuantía objeto de la ejecución hipotecaria, del mismo modo que si se hubiese producido un pago parcial de la deuda; y, D) En cuanto al tema de distribución de intereses, gastos y costas consecuencia de la rescisión parcial se remite su práctica al procedimiento hipotecario.

Contra dicha resolución de la Audiencia Provincial se interpuso por la entidad CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA -LA CAIXA- *recurso de casación* articulado en cinco motivos que fue admitido por Auto de esta Sala de 10 de marzo de 2.009. Al respecto debe observar que si bien el recurso comprende un ordinal sexto, en el mismo no se recoge ningún motivo, sino únicamente un razonamiento en relación con el presupuesto de recurribilidad de interés casacional, lo que, por lo demás, de entenderlo de otro modo, tampoco resultaría relevante para fundamentar un hipotético éxito del recurso, dado que al referirse a un precepto procesal sería ajeno al ámbito de la casación, y habría de ser desestimado.

SEGUNDO.- En el *motivo primero* se alega infracción del *artículo 2.3 CC* y del principio "tempus regit actum" por hacer aplicación retroactiva de los *artículos 71 y 73 de la Ley Concursal* y, en consecuencia, infracción, por indebida aplicación, de estos preceptos.

En el cuerpo del motivo se vierten de forma asistemática una pluralidad de alegaciones entre las que, haciendo abstracción de las que inciden en cuestiones ajenas al presente proceso como la relativa a la calificación del crédito como subordinado, o incurrir en defectos de técnica casacional, como la relativa al carácter de no comerciante de las codemandadas que incurrir en el vicio de hacer supuesto de la cuestión, procede recoger las siguientes: (a) Los negocios que son objeto del incidente concursal se realizaron en fecha 13 de febrero de 2.004, esto es, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal (1-9-2.004); (b) En ninguno de los *artículos de la Ley Concursal*, ni en sus disposiciones finales, adicionales o transitorias, ni en ninguna otra ley, se ha establecido la retroactividad de los *arts. 71 y 73 de la LC* a los negocios y actos nacidos con anterioridad a su promulgación; (c) Los indicados negocios no eran rescindibles según el ordenamiento jurídico vigente en el momento de su concertación; y (d) La *Disposición Transitoria Primera* de la LC da salida a situaciones transitorias procesales y el principio de no retroactividad es un principio sustantivo que no se ve afectado por dicha Disposición.

El motivo se *desestima* por aplicación de la doctrina sentada por esta Sala en la Sentencia de 16 de septiembre de 2.010, número 548, cuyo contenido es aplicable plenamente al presente caso, tanto más que aquí no concurre un supuesto del *art. 73.3, inciso final, de la LC*.

Las razones que fundamentan la desestimación se pueden resumir en tres puntos: (a) La aplicación de la normativa de la LC en la materia debe hacerse de modo unitario, sin que sea factible diferenciar aspectos favorables o desfavorables respecto de la anterior, (b) El nuevo régimen legal de la LC en la materia es en términos generales menos riguroso que el anterior, debiendo observarse que precisamente la consolidación del criterio jurisprudencial "flexible", frente al "estricto", en la interpretación de la nulidad del *art. 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1.885*, se produjo por influencia de la nueva *Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio*; y, (c) La apreciación razonable de que la regulación de la LC en cuanto a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración está impregnada de naturaleza intertemporal y opera con efecto retroactivo. Ello se revela singularmente en que, de no aceptarse así, los actos del deudor dañados injustificadamente para su patrimonio, y con detrimento de los acreedores quedarían indemnes, pues, al ser de aplicación a los concursos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva *Ley el régimen de ésta (Disposición Transitoria Primera)*, no resultaría posible acordar la retroacción judicial de los *artículos 1024 del Código de Comercio de 1829 y 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1.885*, con lo que se produciría un resultado "paradójico", e incluso posiblemente fraudulento.

TERCERO.- En el enunciado del *motivo segundo* se alega infracción del *art. 3.1 del Código Civil*, por su no aplicación, e infracción del *art. 1.281* del mismo Cuerpo Legal por su aplicación errónea, determinantes ambas infracciones de una interpretación y aplicación indebida del *artículo 71.2 de la Ley Concursal*.

En el cuerpo del motivo se recogen una pluralidad de alegaciones que en buena medida carecen de interés por no afectar a la "ratio decidendi", aunque resulta oportuno resaltar la equivocación del motivo en la reflexión que efectúa sobre el régimen jurídico anterior a la Ley Concursal pues se olvida que el sistema de retroacción *ex arts. 1.024 del Código de Comercio de 1.829 -aspecto procesal- y 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1.885 -aspecto sustantivo-* responde a una defensa de la integridad del patrimonio del deudor como garantía de los acreedores y protección de la "pars condicio creditorum", requiriendo perjuicio pero no intención fraudulenta, todo ello en la versión jurisprudencial del criterio flexible, que terminó prevaleciendo por influencia del sistema de la nueva Ley Concursal, pues en la versión del

criterio estricto o riguroso todos los actos de dominio y administración del deudor sería nulos "ipso iure", -"ipse legis potestate et auctoritate"-, con nulidad radical o absoluta, y con independencia de la buena o mala fe.

Como la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida se centra en dos aspectos, consistentes en: (a) que no se discute que prestar garantía hipotecaria de un bien propio para una deuda ajena (hipotecante no deudor) es un acto gratuito que produce un perjuicio para la masa activa de la quiebra y (b) que el Tribunal debe aplicar una presunción "iuris et de iure" en que se estima subsumible el caso concreto, sin que la norma establezca una concesión de discrecionalidad al Juzgador para que la aplique o no según criterios determinados o las circunstancias del caso, a ellos debe limitarse el examen de la impugnación, la cual se resume en que cuando se trata de garantía hipotecaria no cabe aplicar automáticamente, como resultaría de la literalidad del precepto, la presunción "iuris et de iure" y que debe sustituirse por una interpretación que atienda preferentemente a elementos sistemáticos, históricos, sociológicos y, fundamentalmente, teleológicos. En definitiva, lo que se pretende, con base en el análisis de los plurales elementos interpretativos, es que, cuando se trata de examinar el perjuicio, como presupuesto de la acción de reintegración, en el caso de garantías hipotecarias habrá de hacerse un análisis concreto sin aplicación de las presunciones del *art. 71.2 LC*.

El motivo se *desestima* porque, con independencia de que la argumentación interpretativa de la recurrente no contiene de "lege data" un soporte consistente, -aunque haya algunas razones-, que permita mantener respecto de las garantías hipotecarias un trato distinto de los restantes actos a que se refiere el *apartado 2 del art. 71*, y de que la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente -en cierta terminología doctrinal una presunción "iuris et de iure", o presunción impropia-, en cualquier caso el planteamiento del motivo es artificioso.

La artificiosidad es un vicio casacional (*rectius*, de técnica casacional) que puede adoptar varias manifestaciones, y una de ellas consiste en plantear una cuestión irrelevante o estéril, en tanto que cualquiera que fuere la respuesta judicial no tendría ninguna incidencia para resolver el recurso. Ello es así, porque sentado que ha habido un acto a título gratuito no es de ver, sea la que sea la postura que se mantenga, como puede resultar excluida la previsión legal; salvo que se estimase que no están comprendidas las hipotecas constituidas a título gratuito, como lo es la constituida en garantía de deuda ajena -hipotecante no deudor- (S. 8 de marzo de 2.010), lo que por cierto la recurrente no afirma, ni en modo alguno resultaría aceptable.

Otra cosa es si la hipoteca litigiosa es o no un acto de disposición a título gratuito, pero este tema resulta ajeno al motivo por varias razones. En primer lugar, porque la alegación del hipotético carácter oneroso requiere soporte fáctico, que no cabe integrar por este Tribunal y menos en casación; en segundo lugar, porque se trata de una calificación contractual, y no de interpretación legal; y, finalmente, porque el rigor formal de la casación exige un enunciado de infracción legal diferente del que es objeto del motivo que se examina.

Por todo ello, el motivo decae.

CUARTO.- En el enunciado del *motivo tercero* se alega infracción del *art. 71.2 LC*, por considerar acto de disposición a título gratuito la constitución hipotecaria efectuada por la hipotecante no deudora.

El planteamiento de la parte recurrente adolece de un defecto formal de raíz.

La sentencia recurrida sienta la apreciación de que el acto de constitución de hipoteca por la hipotecante no deudora es un acto a título gratuito. Por otro lado, el *art. 71.2 LC* establece que el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trata de actos de disposición a título gratuito. Ergo, al aplicarse el precepto a la premisa sentada no cabe apreciar que existe una infracción del mismo.

Sucede, sin embargo, que lo que realmente se pretende combatir mediante el motivo es la calificación jurídica de gratuito del acto de constitución de hipoteca, pues se entiende por la recurrente que fue oneroso con base en que existió una hipoteca anterior que se canceló y sustituyó por otra con significativas contraprestaciones o ventajas económicas para las hipotecantes - nuda propietaria concursada y usufructuaria-. Pero ello supone un problema de interpretación y calificación contractual para cuya resolución nada dice el *art. 71.2 LC*, y como consecuencia se deriva que la utilización de la infracción de este precepto legal como pie del motivo resulta artificioso, y supone defecto de técnica casacional, que se produce, entre otros supuestos, cuando no hay relación entre el tema debatido -en el caso concreto, dilema

sobre si es acto de disposición oneroso o acto de disposición gratuito- y la norma legal que se alega como conculcada, cuya invocación resulta efectuada únicamente con carácter instrumental.

Dicho lo anterior, y solo a los efectos de agotar la respuesta casacional en aras a la plena efectividad de la tutela judicial, y en consideración al esfuerzo de exposición dogmática de la parte recurrente, procede añadir las reflexiones que siguen.

Ciertamente la disposición a título gratuito es un presupuesto de la aplicación del *art. 71.2, inciso primero, de la LC*, pero, sentada por la resolución recurrida la afirmación de que un acto de disposición es a título gratuito, su impugnación en casación solo puede tener lugar invocando defecto de fundamentación, o combatiendo o integrando los elementos fácticos, o refutando la apreciación sobre la significación jurídica de estos elementos. Los dos primeros aspectos son ajenos al recurso de casación. Sostener, como se hace en el recurso, que «no se argumentó suficientemente la naturaleza de "disposición a título gratuito"» supone desconocer que es tema de motivación; y formular alegaciones genéricas ("cariz de operación global de difícil singularización"; "operación compleja con significativas contraprestaciones") no es fundamentación adecuada sobre la que pueda operar el juicio casacional. Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-. La recurrente señala las ventajas patrimoniales, pero falta un soporte probatorio adecuado en la resolución recurrida. Por lo demás, "ex abundantia" y en el aspecto jurídico, las argumentaciones de la Sentencia del Juzgado asumidas por la de la Audiencia Provincial, toman en cuenta en la medida adecuada el alcance de la existencia de la hipoteca anterior y las mejores condiciones de la nueva (ftos. quinto y sexto), reduciendo la disposición gratuita a la garantía sobre la parte del préstamo (concedido a Dña. Rosaura) que excede de lo debido por Dña. Guillerma (préstamo anterior garantizado por hipoteca que se cancela), y manteniendo la responsabilidad hipotecaria de dicha concursada por la cantidad que garantizaba la hipoteca anterior. En definitiva, existe acto de disposición a título gratuito, en los términos reconocidos por la resolución recurrida, por cuanto se constituye una hipoteca sobre un bien propio (sobre el que se tiene la nuda propiedad) por una deuda ajena sin recibir nada a cambio.

Por todo ello, el motivo decae.

QUINTO.- 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*.

Se alega que la sentencia impugnada, al establecer la gratuidad parcial de la hipoteca prestada por la Sra. Guillerma en lo que excede de las cantidades del crédito de las que fue directamente beneficiaria, decreta una rescisión parcial de la hipoteca y materializa los efectos de dicho pronunciamiento en el sentido de introducir unas modificaciones en la escritura de la hipoteca referidas a una cuantía o porcentaje de la cuantía, señalando que no se aprecia imposibilidad de distribución de sumas dinerarias entre los titulares de los derechos integrantes de la hipoteca. Se reprocha a dicha resolución que se ha producido una verdadera división de hipoteca, porque se modifican, distinguen y diversifican las dos cantidades, que pasan a tener diferente consideración: una quedará afectada por la hipoteca, y la otra no, con todas las consecuencias que de ello se derivan, e infracción de los *artículos 1860 CC y 123 LH*. Con la solución adoptada -concluye el motivo- se llega a un resultado contrario a la voluntad de las partes colocando a la entidad prestamista en situación de desprotección; se rompe el equilibrio entre las prestaciones; y se altera la garantía que asegura el cumplimiento de la obligación, lo que fue determinante para la celebración del contrato.

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 CC y 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.

La hipoteca de autos corresponde al supuesto del *art. 217. Los derechos hipotecados fueron la nuda propiedad y el usufructo, el primero de los cuales puede hipotecarse de conformidad con el número segundo del art. 107 LH*, bien con la eventualidad expansiva derivada del principio de la elasticidad -fuerza centrípeta del dominio-, o sin ella, en tanto el derecho de usufructo es hipotecable conforme al *número primero del art. 107 LH*, ya se entienda hipotecado, según distintas posiciones doctrinales, el derecho a percibir los frutos, o ya el usufructo mismo.

Por consiguiente, cuando se hipotecan varios derechos integrantes del dominio, se habla en la doctrina de hipoteca conjunta, rige el principio de distribución -determinación-, pero puede pactarse la indivisibilidad. De ahí que, en tal perspectiva, no cabe entender afectado por la sentencia recurrida el principio de indivisibilidad, como tampoco hay cuestión por el hecho de que no resulte garantizado por uno de los derechos la totalidad de la obligación, pues cabe la garantía de una parte de una obligación, sin que obste a la unidad de ésta (RRDGRyN de 2 y 3 de enero de 1.996).

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.

SEXTO.- En el *motivo quinto* y último se alega infracción del *art. 73 de la Ley Concursal* en cuanto al importe de la rescisión decretada.

Se plantea en el cuerpo del motivo que por el juzgador "a quo" se ha olvidado de tomar en consideración y añadir la parte proporcional correspondiente a intereses (tanto ordinarios como de demora) y gastos y costas de que la hipoteca responde, pactados en la escritura en justa contraprestación por la concertación del negocio crediticio.

El motivo se desestima por las razones siguientes:

a) No concreta cuál de los *párrafos del art. 73 LC*, ha podido ser infringido.

b) Alega la existencia de una omisión de decisión judicial que es tema ajeno al recurso de casación.

c) Y, con independencia de si se podría haber efectuado o no la distribución que se alega en el presente proceso, el diferimiento de la cuestión al procedimiento de ejecución hipotecaria no es irrazonable, sin que sea función de la casación un examen de las diversas cuestiones, y porcentajes, que se plantean en el motivo.

SEPTIMO.- La desestimación de los motivos conlleva la del recurso de casación y la condena en costas de la parte recurrente de conformidad con lo establecido en los *artículos 394.1 y 398.1 LEC*.

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

FALLAMOS

Que desestimamos el 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 26 de enero de 2.007, en el Rollo de Apelación

número 454 de 2.006 , y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas procesales 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.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados. 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.