

**Id. Cendoj:** 03014470012010100011  
**Órgano:** Juzgado de lo Mercantil  
**Sede:** Alicante/Alacant  
**Sección:** 1  
**Nº de Resolución:** 264/2010  
**Fecha de Resolución:** 07/05/2010  
**Nº de Recurso:** 980/2009  
**Jurisdicción:** Mercantil  
**Ponente:** RAFAEL FUENTES DEVESA  
**Procedimiento:** Apelación, Concurso de acreedores  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

**JUZGADO DE LO MERCANTIL NUM UNO DE ALICANTE** C/Pardo Gimeno, 43

TIno.965936093-4-5-6

Alicante

Procedimiento: **Incidente de reintegración** núm. 980/2009

Concurso Voluntario núm. 10/2009 BIS Parte demandante: ADMINISTRACION  
CONCURSAL Parte demandada:

OBRAS Y CONSTRUCCIONES COSTA DE ALICANTE SLU y CAJA DE AHORROS  
DE GALICIA Procurador: Daniel Dabrowski

Pernas, José Luis Córdoba Almela

Abogado: Oscar Peñalver Maestre, Miguel Liria Plañiol

SENTENCIA NUM 264/2010

En Alicante, a 7 de Mayo de dos mil diez Rafael Fuentes Devesa, Magistrado Juez del  
Juzgado de lo Mercantil núm. Uno de

Alicante, ha visto los presentes autos de incidente concursal nº 980/2009, dimanantes  
del concurso voluntario nº 10/2009 bis, promovidos por la Administración Concursal  
contra CAJA DE AHORROS DE GALICIA, representada por el procurador Sr. José  
Luis Córdoba Almela y asistido del letrado Sr. Miguel Liria Plañiol, y contra la  
concursada OBRAS Y CONSTRUCCIONES COSTA DE ALICANTE SLU,  
representada por el procurador Sr. Daniel Dabrowski Pernas y asistido de letrado Sr.  
Oscar Peñalver Maestre, sobre reintegración de la masa, y a la vista de los siguientes

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.-Que la meritada representación de la parte actora formuló demanda  
arreglada a las prescripciones legales en la cual, previa alegación de los hechos y  
fundamentos de derecho que estimo pertinentes, solicitaba que se dictara sentencia  
por la que " 1.- Se declare la ineficacia de la hipoteca constituida a favor de la entidad  
CAJA DE AHORROS DE GALICIA sobre la finca registral número 17.419 del Registro  
de la Propiedad Número Uno de Parla, Sección Primera, propiedad de la mercantil

OBRAS Y CONSTRUCCIONES COSTA DE ALICANTE S.L.U., formalizada en virtud de escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada en fecha 16 de abril de 2.008 ante el Notario de Alicante DON NICOLAS VAZQUEZ PICO, obrante al número 536 de su Protocolo, y se rescinda, por ser perjudicial para la masa activa de la concursada.

2.- Se ordene la cancelación de la inscripción registral de hipoteca sobre la finca 17.419 del Registro de la Propiedad Uno de Parla, Sección Primera, inscrita al Tomo 942, Libro 396, folio 171, causada en virtud de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria referida, a cuyo efecto procederá se libren los oportunos mandamientos dirigidos a dicho Registro de la Propiedad, siendo todos los gastos que pudieran derivarse de dicha cancelación registral de cargo de la entidad CAJA DE AHORROS DE GALICIA.

3.- Y todo ello con expresa condena en costas a las demandadas si temerariamente se opusieren a esta demanda"

Segundo - Que admitida a trámite, se dispuso el emplazamiento de la/s parte/s demandada/s para que en el término legal, compareciere/n en autos y contestara/n aquélla, y se notifico la incoación del incidente a todas las partes personadas a los efectos previstos en el art. 193.2 LC , verificándolo en tiempo y forma la demandada CAJA DE AHORROS DE GALICIA mediante la presentación de escrito de contestación, en el que solicitaron la desestimación de la demanda, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que consideraron aplicables en tanto que la concursada OBRAS Y CONSTRUCCIONES COSTA DE ALICANTE S.L.U. se allana Tercero -Precluido el trámite de contestación a la demanda y no solicitada prueba ni vista, conforme a lo previsto en el art 194 LC quedando los autos vistos para sentencia.

Cuarto.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos, excepto los plazos judiciales por la acumulación de señalamientos y asuntos concursales de preferente tramitación ascendiendo a 375 y 263 el número de asuntos registrados y de sentencias dictadas en 2010 hasta la fecha del presente resolución, que superan de manera considerable el módulo de asuntos previstos por el CGPJ para un órgano judicial de esta clase

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

Primero.- Planteamiento

Se formula demanda incidental por la administración concursal de la mercantil OBRAS Y CONSTRUCCIONES COSTA DE ALICANTE S.L.U. (en lo sucesivo OCCA) acción reintegradora de la masa por actos perjudiciales para el activo del concurso concretado en la hipoteca constituida sobre la finca de su propiedad inscrita en el Registro de la Propiedad nº Uno de Parla, Sección Primera, inscrita al Tomo 942, Libro 396, Folio 171 mediante escritura pública otorgada en fecha 16 de abril de 2.008, que garantiza la devolución del préstamo de 700.000€ concedido por CAJA DE AHORROS DE GALICIA concedió a INMOBILIARIA COSTA DE ALICANTE, S.A. (en adelante ICASA), que es socia única y administradora de OCCA Se alega, en esencia, que la constitución de la garantía real hipotecaria por OCCA es perjudicial por varios motivos: 1º) se trata de un "acto de disposición a título gratuito" de la concursada que se presume "iures et de iure" perjudicial para la masa activa, en virtud de lo dispuesto en el art. 71.2 de la LC , pues supone que un importante activo de OCCA quede afecto para responder de una deuda de tercero (la dominante ICASA), sin que OCCA haya recibido contraprestación de tipo alguno; 2º) en defecto de lo anterior, y en la hipótesis de no considerarse acto a título gratuito, la operación de préstamo hipotecario tenía

como finalidad refinanciar una deuda anterior que ICASA mantenía con CAJA DE AHORROS DE GALICIA, dimanante de Póliza de Crédito en Cuenta Corriente -Interés Variable-, suscrita el día 4 de abril de 2.007 al destinarse el importe de dicho préstamo hipotecario casi en su práctica totalidad a su cancelación, por lo que se trataría del supuesto previsto en el art. 71.3 apartado 2º de la LC ("constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas") que se presumen iuris tantum perjudiciales y 3º) aun cuando no resultará aplicable ninguna presunción del art 71.2 o 71.3 , el acto debe rescindirse por perjudicial para la masa activa de OCCA por aplicación del art. 71.4 de la LC.

Se aclara que lo que se solicita es la declaración de ineficacia y rescisión de la constitución de hipoteca por OCCA a favor de CAJA DE AHORROS DE GALICIA, en garantía del préstamo concedido por ésta a ICASA, pero del contrato de préstamo celebrado entre partes ajenas a la concursada.

La entidad de ahorro se opone a la estimación de la demanda de forma extractada por los siguientes motivos: 1º) la hipoteca constituida es irrevocable, de conformidad con lo dispuesto en el art 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Mercado Hipotecario (en adelante LMH) por no concurrencia de fraude; 2º) inexistencia de gratuidad en la constitución de la garantía hipotecaria por OCCA; 3º) no aplicación de la presunción del art 71.3.2 LC a OCCA al no ser financiación de deudas de OCCA; 4º) la financiación a ICASA no fue perjudicial al realizarse en condiciones financieras de mercado, aliviando las obligaciones bancarias e inyectando fondos al grupo

Por su parte, la concursada se allana

## Segundo: La **presupuestos de la acción rescisoria concursal**

La ley concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo) sino que opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede " aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato. En el caso presente el elemento temporal no ofrece problema alguno, ya que consta declarado el concurso de OCCA el 5/2/2009 y la hipoteca atacada como perjudicial se llevó a cabo el 16/4/2008 (doc num 1 y 8 de la demanda) En cuanto al requisito objetivo y atendiendo a la naturaleza y al beneficiario del acto impugnado (hipoteca a favor de entidad de ahorro) y el fundamento invocado con carácter preferente son dos las cuestiones que se suscitan: a) la aplicabilidad del régimen especial previsto en el art. 10 de Ley 2/1981 y b) la gratuidad del acto El art 10 de Ley 2/1981 dice que "Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe», redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre , por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de

Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia (en adelante LMH) y que ha «resucitado» una de las conocidas como «fugas de la retroacción», ya que había quedado tácitamente derogado tras la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, sobre la base del apartado 4 de la Disposición derogatoria única de la ley, ya que no se salvaba ese precepto entre la legislación especial vigente En relación al ámbito de aplicación del art. 10 LMH , la doctrina ha venido descartando la interpretación amplia comprensiva de cualquier hipoteca constituida por las entidades del art. 2 de la LMH , entre las que se encuentran las cajas de ahorro, como la demandada y se ha inclinado por una interpretación teleológica o finalista, según la cual se entendía que lo que la ley trataba de proteger con el art. 10 LMH, en conexión con el art. 1 del mismo texto legal, eran los títulos emitidos en el mercado hipotecario, haciendo inmunes de la retroacción la hipoteca que los garantizaba, por lo que no resultaba aplicable el art. 10 de la LMH si la hipoteca concreta de que se trataba, aunque hubiere sido contraída por las entidades enumeradas en el art. 2 de la LMH , no garantizaba títulos emitidos en el mercado hipotecario, debiendo cumplir además los requisitos objetivos que imponen la ley; exegesis que parece sostenible igualmente con la nueva redacción del art. 10 LMH en virtud de la Ley 41/2007 que se limita a adecuar las referencias al nuevo sistema concursal. En este sentido Pulgar Ezquerro (Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias, Diario La Ley)

Aunque se apunta por algún comentarista que tras la reforma de 2007 se abarca cualquier hipoteca constituida por las entidades del art. 2 , atendida la amplitud con que se definen la finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere la Ley tras modificación del art 4 , comprensivas no solo las de "de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria ordinaria o de máximo, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad " sino " así como cualesquiera otros préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en esta Ley , sea cual sea su finalidad" hay que indicar que esa tesis es descartada por la SAP de Pontevedra de 18 de noviembre de 2009 , que recuerda la jurisprudencia del TS (sentencia de 23 de enero de 1997) acerca del carácter excepcional de las normas de este precepto que imponen su interpretación restrictiva, y nada se dice en la escritura pública (doc num 1 de la demanda) de la finalidad del préstamo que permite su inclusión en el art 4 citado Pero aun considerando que la hipoteca a rescindir se ubica en el ámbito de aplicación del art 10LMV , no se estima que ello revista especial trascendencia en el caso particular que nos ocupa, pues tal normativa no supone un "escudo" inatacable en todo caso de las hipotecas que contempla sino que es posible su rescisión en caso de "fraude en la constitución del gravamen"

A la hora de delimitar ese "fraude" debemos acudir a las pautas legales y jurisprudenciales establecidas en sede de la acción pauliana prevista en el art 1111 y 1291 CC y especialmente relevante en el caso presente es el art 1297 CC que establece la presunción de fraude en caso de actos dispositivos a títulos gratuitos, que es precisamente la hipótesis fáctica invocada en la demanda Por tanto, ya se ha aplique el art 71.1. en relación con el art 71.2 LC (tesis de la actora) ya se aplique el art 10LMV (tesis de la caja demandada) lo relevante es determinar si la constitución de hipoteca por OCCA para garantizar el préstamo concedido a su matriz (ICASA) es gratuita o no

Tercero.- La hipoteca de deuda ajena intergrupo Para su análisis, de las alegaciones no controvertidas y de la documental aportada, podemos fijar los siguientes hechos relevantes:

i) en fecha 16 de abril de 2.008 CAJA DE AHORROS DE GALICIA concede a ICASA un préstamo por importe de 700.000,00 €, cuyas condiciones esenciales son (doc num 1 de la demanda):

a) se obliga a devolver en el plazo de 120 meses, computado a partir del 1 de mayo de 2.008, debiendo ser satisfecha la primera cuota el 1 de junio de 2.008 y la última el 1 de mayo de 2.018;

b) el tipo de interés remuneratorio hasta el 30 de abril de 2.009 se fija al tipo del 5,80%. A partir de esa fecha el plazo total de amortización del préstamo se divide en periodos de interés sucesivos, de duración anual, salvo el último, que se cerraría el día del vencimiento del préstamo. Durante cada uno de estos periodos el tipo de interés nominal anual es el Euribor a 12 meses más 1,25 puntos

c) el interés moratorio es el tipo de interés remuneratorio vigente en cada momento incrementado en seis puntos porcentuales, capitalizables los que no fueran satisfechos a su vencimiento, sin que a efectos hipotecarios pudiera superar el tipo del 18%.

ii) en garantía de la devolución de dicho préstamo, sus intereses y costas OCCA, constituye hipoteca a favor de CAJA DE AHORROS DE GALICIA sobre la finca de su propiedad, libre de cargas, inscrita en el Registro de la Propiedad nº Uno de Parla, Sección Primera, inscrita al Tomo 942, Libro 396, Folio 171, finca número 17.419 que se tasa a efectos de subasta en 1.190.000 € (doc num 1 de la demanda)

iii) ICASA mantenía con CAJA DE AHORROS DE GALICIA una deuda dimanante de Póliza de Crédito en Cuenta Corriente - Interés Variable-€ (doc num 4 de la demanda), suscrita el día 4 de abril de 2.007, por importe de 600.000 €, cuyas condiciones esenciales son:

a) no existían fiadores u otras garantías adicionales

b) el vencimiento inicial era el día 4 de abril de 2.008 con prórroga tácita por sucesivos periodos anuales siempre y cuando ninguna de las partes comunicara a la otra, con una antelación mínima de treinta días, su deseo de cancelar el contrato, con fecha límite del vencimiento el 30 de abril de 2.010

c) el tipo de interés remuneratorio inicial (para el primer año de vigencia del contrato) era del 4,4270 %. Para los sucesivos periodos anuales se pactó un interés variable, Euribor a tres meses más un 0,50%

d) el tipo moratorio era igual al remuneratorio pactado incrementado en seis puntos.

iv) CAJA DE AHORROS DE GALICIA en fecha 17 de marzo de 2.008 comunica a ICASA que la Póliza "no se prorroga y quedará cancelada el 30-4-2008" (doc num 5)

v) los 700.000€ se abonaron en la cuenta corriente de ICASA, de los que 3.500 € y 13.648,23 € se destinaron a atender los gastos derivados de la operación de préstamo hipotecario y la suma de 599.799,95 € a cancelar la póliza de crédito en fecha 18/4/2008 (doc num 6 de la demanda)

vi) CAJA DE AHORROS DE GALICIA no es acreedora de OCCA

vii) ICASA y OCCA forman parte de un mismo grupo empresarial, en el que la primera (promotora) es sociedad dominante al ser socia única y administradora única de OCCA (constructora creada para la ejecución de proyectos promovidos por la matriz), habiendo seguido un sistema de financiación conjunto siendo en la mayoría de los casos ICASA avalista de OCCA frente a entidades financieras, constituyendo en la práctica ICASA el único cliente de OCCA, lo que ha supuesto una excesiva dependencia de OCCA respecto de la empresa matriz (Informe de la Administración Concursal, doc num 7 de la demanda y doc num 2 y 3 de la contestación)

viii) ICASA y OCCA solicitan cada una su concurso el 22/12/2008 y se declara en enero de 2009 por separado, después acumulados (Informes de la Administración Concursal, doc num 2 y 3 de la contestación)

ix) las obras en curso de la promotora ICASA referidas en la Memorias de la solicitud de concurso no se desarrollan por OCCA sino por una tercera SL (folio 14 del Informe de la Administración Concursal, doc num 3 de la contestación)

Según la tesis de la admon concursal de OCCA la constitución de la garantía real hipotecaria es claramente perjudicial para la masa activa del concurso de OCCA, pues ha supuesto que un importante activo de la concursada haya quedado afecto para responder de una deuda de tercero, la mercantil dominante ICASA, sin que en consecuencia OCCA haya recibido contraprestación de tipo alguno, tratándose de un "acto de disposición a título gratuito" que se presume "iures et de iure" perjudicial (art. 71.2 de la Ley Concursal)

En cambio, la entidad de ahorros niega la gratuidad en la constitución de la garantía hipotecaria por OCCA, pues la actuación de ICASA (matriz) y OCCA (filial) se concibe como una unidad a la hora de obtener financiación, por su interdependencia, siendo ICASA único cliente de OCCA de manera que la financiación de ICASA repercute directamente en OCCA, pues su actividad - y supervivencia- depende de aquélla. Solo la mejor posición financiera de su matriz le permitía seguir operando. La tesis más generalizada es que para considerar que el acto de disposición es a título gratuito ha de tratarse de un acto realizado sin que medie contraprestación alguna a favor del garante, que puede proceder del deudor o del acreedor, pues hay que considerar siempre la relación jurídica trilateral y no limitarse a individualizar la pura relación de garantía entre acreedor y fiador (Carrasco Perera). En este sentido SJM 1 de Oviedo de 10 de diciembre de 2007 (constitución de hipoteca en garantía de deuda ajena sin contraprestación alguna para la después concursada, pues no puede merecer tal calificativo la evitación de una eventual derivación de responsabilidades por la TGSS) y SAP de Asturias de 18 de julio de 2008 o Sentencias del Juzgado de lo mercantil de Palma de Mallorca de 4 y 5 de junio de 2007 (libramiento de pagaré cambiario para pago de una deuda ajena sin contraprestación alguna). Como con carácter general la SAP de Pontevedra antes citada recuerda " En el supuesto de garantía real prestada a favor de un tercero, por obligación ajena, dicha garantía será onerosa si el garante ha recibido del deudor o del acreedor alguna contraprestación, la cual puede constar en el propio contrato que incluye la garantía o bien de forma independiente entre algunos de los integrantes de esa relación trilateral. Ahora bien, esta garantía, como el resto de negocios jurídicos, sin exigir un justo precio, si exige una contraprestación que despeje la apariencia de gratuidad"

En definitiva, para negar la gratuidad hace falta que el garante tenga algún interés económico en la operación y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase garantía y contraprestación deben ser congruentes entre sí o en palabras de la citada sentencia de AP de Pontevedra " en la constitución de una garantía hipotecaria por un

"no deudor" a favor de un tercero, no se aprecia, a priori y salvo que se acredite lo contrario, un equilibrio entre la salida que significa la constitución de una garantía y la entrada correlativa de un elemento del activo. El equilibrio sólo puede entenderse producido si se recibe una remuneración suficiente".

En el caso concreto de las garantías reales intragrupos la afirmación de que no pueden considerarse gratuitos los actos de garantía que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico-grupo- y actúan como una unidad, no parece que sea asumible sin más, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso.

Es pacífico entre la doctrina científica (entre otros R. Escribano y Carrasco Perera) que no cabe apreciar gratuidad cuando la garantía real la presta la matriz por deudas de la filial, por cuanto el crédito recibido por la filial es una atribución que beneficia a la matriz por el flujo de potenciales dividendos, sino que además el interés del grupo y su existencia implica o supone que la dominante tutele los activos de la filial. En cambio, la situación es distinta y más complicada en el caso inverso en el que la garantía real se presta por la filial por deudas de la matriz, en el que se dice que no basta el genérico interés de grupo, presumiéndose la gratuidad de la garantía salvo que se pruebe la existencia de alguna contraprestación a favor de la filial. Lógica prevención pues en caso de concurso de la filial, cuyas decisiones están sujetas al control de dirección de la matriz, y consecuencia de la autonomía de personalidades jurídicas, los acreedores de dicha filial solo pueden ver atendidos sus créditos con el patrimonio de la concursada, no de la matriz, salvo que se declare una solidaridad (por levantamiento del velo u otras figuras), por lo en una situación de dominación es evidente el riesgo de que dichos acreedores se vean perjudicados al comprobar como el patrimonio de su deudor, por mor de la voluntad de la dominante, se destina a satisfacer o garantizar deudas ajenas (las de la dominante) Consideración plenamente válida aunque se haya declarado también el concurso de la matriz ICASA, pues, formal y sustantivamente, son dos concursos de deudores distintos, por responder cada uno de ellos a la insolvencia de sujetos jurídicos diferentes, con personalidad jurídica propia y diferenciada, aunque se tramiten en un solo procedimiento concursal.

Por tanto y en supuestos de garantías intragrupo otorgada por la filial el perjuicio patrimonial por la constitución de la hipoteca debe ubicarse en la masa activa diferenciada de la hipotecante concursada, en este caso OCCA.

Con arreglo a estas consideraciones y atendidas las circunstancias fácticas antes descritas la conclusión es que la garantía real otorgada por OCCA objeto de rescisión hay que calificarla como gratuita, al no haber prueba de contraprestación a su favor, sin que se pueda decir que a cambio del gravamen de un inmueble valorado en más de 1 millón de euros ve protegida su propia actividad y patrimonio (tesis de la demandada) cuando escasos 6 meses después del gravamen se ve abocada al concurso, sin actividad alguna, desarrollando las promociones pendientes de ICASA una tercera sociedad distinta y haber estado destinada la operación crediticia, no a insuflar solvencia a la matriz y en conjunto al grupo, y a posibilitar nuevas oportunidades de negocio para OCCA como filial sino principalmente a saldar la deuda de ICASA (aproximadamente 600.000€), por lo que, descontados gastos, la entrada de "dinero fresco" se limita a un 10% más o menos del importe garantizado, convirtiendo la deuda sin garantías de ICASA en deuda con garantía inmobiliaria de OCCA En definitiva, los acreedores de OCCA si no se rescinde la hipoteca verán como con un inmueble de esta servirá para satisfacer el crédito de un tercero ajeno al concurso (la Caja demandada) en virtud de una operación realizada 6 meses antes de solicitarse el concurso, sin dato alguno fehaciente que permita afirmar que a través de dicha

operación de financiación obtuviera un interés económico OCCA o siquiera viera favorecida su continuidad, pues a la hora de examinar la controversia objeto de litis no debe perderse de vista que la finalidad del sistema de reintegración es la protección de los acreedores del concursado al ser ellos los beneficiarios y razón de ser del mismo, pivotando sobre el principio de que la masa pasiva de un concurso no tiene que soportar actuaciones que perjudiquen sus posibilidades de cobro, ya sea mediante la disminución de sus activos, el incremento sin contraprestación de su pasivo o la ruptura de la par conditio creditorum.

La calificación como gratuita conlleva la estimación de la demanda ya que en ese caso se presume iuris et iure el perjuicio (art 71.2LC) o si se quiere, se considera fraudulenta a los efectos del art 10LMV

Cuarto.- La renegociación de deuda previa

Aunque la estimación del supuesto anterior hace innecesario el análisis del otro fundamento de la acción, hay que indicar que éste no concurre.

El art. 73.3. 2 LC dice que "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas". Como se ha dicho en otras ocasiones por este Juzgado se establece por el legislador una presunción iuris tantum (modificando iniciales proyectos legislativos) de perjuicio, que libera al impugnante de su prueba, en los supuestos conocidos como "superposición de garantías" (garantías creadas después de la deuda) y "renegociación de deuda previa" (creación de garantías para nuevas obligaciones contraídas en sustitución de anteriores, que no gozaban de dicha protección). Estas operaciones realizadas en el periodo sospechoso vulneran el principio de la par conditio creditorum, buscando la ley evitar el favorecimiento por el concursado de uno o varios acreedores en detrimento de los restantes mediante la constitución de derechos reales de garantía que garanticen el cumplimiento de una obligación contraída con anterioridad, ya que tal constitución lleva aparejada que los bienes o derechos sobre los que recae la misma quedan afectos a un derecho de ejecución separada por parte del beneficiario (en su caso con las limitaciones del art. 56 y 57) y tendrá la consideración de crédito con privilegio especial (art. 90 y 155). Por ello se mantienen por la mayoría de la doctrina que el concepto de perjuicio para la masa activa no ha de ser interpretado en sentido estricto como disminución del activo patrimonial por la realización del acto (o no incremento como consecuencia de la omisión) sino en sentido amplio, atendiendo al carácter colectivo del procedimiento y a la finalidad del mismo de que se respete el principio de paridad del trato, de manera que el perjuicio sea referencia al conjunto de los acreedores y no al interés individual de un acreedor particular. Así se dice que existe perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales. Los supuestos del artículo 71. 2 y 3 patrocinan esta interpretación dado que los mismos contemplan actos que no necesariamente implican disminución del patrimonio del deudor sino que llevan aparejada simultánea disminución de activo y pasivo, y por tanto, mantenimiento de neto patrimonial.

Pero los hechos probados descritos anteriormente no son subsumibles en el supuesto de hecho del artículo 71.3.2º ya que la hipoteca se realiza no para garantizar deuda propia sino ajena por lo que no concurren los requisitos de la norma que presupone que la garantía hipotecaria se constituye por el deudor concursado sobre un bien de su propiedad para garantizar una deuda preexistente, o una nueva contraída en sustitución de ésta, de la que es titular el acreedor a quien se beneficia con la garantía hipotecaria. En este sentido SAP de Barcelona de 26/9/2007 Debe aclararse por ello

que la mención en el fundamento anterior a la finalidad de renegociación de la deuda no significa que se aplique el art 71.3.2 LC sino que para analizar la existencia o no gratuidad se ha atendido a la realidad comercial de la operación en su conjunto, en una visión trilateral, llamando la atención que en la contestación se enfatice la unidad de actuación de OCCA e ICASA para valorar si hay o no gratuidad (como si fueran uno solo), pero en cambio se mantenga una absoluta separación entre ambas sociedades (como totalmente distintas las deudas de uno y otra) cuando se trata de analizar la finalidad de la operación como instrumento de mutación de deuda previa, transformando una deuda ordinaria en privilegiada, pues a ello responde en esencia y de manera principal el préstamo con garantía hipotecaria, sin que el exceso del 10% haga desaparecer la noción de perjuicio patrimonial injustificado, pues esa escasa cuantía del incremento de activo por sí mismo difícilmente puede considerarse una inyección destinada a solventar la crisis económica Sexto. Las consecuencias de la reintegración El legislador toma como hipótesis los actos de disposición que comportan la enajenación de activos del deudor, indicando que la sentencia declarará la ineficacia del acto impugnado, condenando a la "restitución" de las prestaciones con sus frutos e intereses (art. 73.1) y la "reintegración" en la masa de los bienes (artículo 73.3).

Ello provoca, como ya se ha dicho en otras ocasiones, problemas a la hora de aplicar tales preceptos al caso de las garantías, ya en la garantía no se enajenan los bienes sino que se sujetan a un determinado crédito. Por ello la garantía revocada y cuya ineficacia se declara podemos decir que se "extingue" en todos sus efectos, pero no se "reintegra".

Ello no quiere decir que no tenga trascendencia, sino que lo que produce es liberar los activos gravados, sin que ello afecte a la operación de préstamo concertada entre la caja e ICASA, sin que se aprecie ruptura de las prestaciones cuando dicho préstamo no implica nueva aportación de capital sino refinanciación de deuda preexistente.

Finalmente y a modo aclaratorio, dado que el beneficiario del préstamo no es OCCA ni esta se compromete a su devolución no es deudora por lo que la declaración de ineficacia de la hipoteca no conlleva alteración del crédito, que no existe respecto de OCCA Por último, los gastos que pudieran derivarse de dicha cancelación registral de cargo de la entidad CAJA DE AHORROS DE GALICIA, pues la cancelación arrastra para la entidad que obtuvo la hipoteca los gastos que conlleva hacer desaparecer del tráfico jurídico ese acto ahora declarado ineficaz (SAP de Asturias de 17 de julio de 2008) Séptimo.-Costas Por las circunstancias concurrentes, y que no existe una jurisprudencia consolidada por tratarse de la materia novedosa, no se efectúa imposición de costas (art. 394 de la L.E.C.)

Vistos los preceptos legales y de más de aplicación al caso,

## **FALLO**

Que estimando la demanda interpuesta por la administración concursal debo declarar la ineficacia de la hipoteca constituida a favor de la entidad CAJA DE AHORROS DE GALICIA sobre la finca registral número 17.419 del Registro de la Propiedad Número Uno de Parla, Sección Primera, propiedad de la mercantil OBRAS Y CONSTRUCCIONES COSTA DE ALICANTE S.L.U., formalizada en virtud de escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada en fecha 16 de abril de 2.008 y se ordena la cancelación de la inscripción registral de hipoteca sobre la citada finca causada en virtud de la escritura pública dicha Firme esta resolución, líbrense los oportunos mandamientos dirigidos a dicho Registro de la Propiedad, a cargo de la entidad CAJA DE AHORROS DE GALICIA.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Llévase testimonio del fallo de la presente resolución a la sección tercera y quinta para constancia. Contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial a preparar ante este Juzgado en el plazo de cinco días (art. 197.4 LC). Para la apelación será necesario previo depósito de la suma de 50 Euros que deberá ingresar en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado abierta en el Grupo Banesto consignando como código 52 y como concepto "pago recurso de apelación", sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 451 y 452 de la LECn y Disposición adicional Decimoquinta de la LOPJ añadida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre).

Así por esta sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado Juez

PUBLICACIÓN.- A la presente resolución se le ha dado la publicidad prevista por las leyes. Doy fe.\_

PUBLICACIÓN.- A la presente resolución se le ha dado la publicidad prevista por las leyes. Doy fe.

✻