

Roj: **STS 2912/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2912**Id Cendoj: **28079110012017100436**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/07/2017**Nº de Recurso: **3271/2014**Nº de Resolución: **444/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BI 2548/2014,**
STS 2912/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Bilbao. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo. Es parte recurrida la sindicatura de la quiebra de la entidad Vinícola de Suroeste, S.A. y Nicanor, representados por el procurador Javier Rivas Pérez-Castaño.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Rafael Eguidazu Buerba, en nombre y representación de la Sindicatura de la Quiebra de Vinícola del Suroeste SA y Nicanor, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Bilbao, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, para que se dictase sentencia:

«por la que: A. Se declare la nulidad radical y absoluta y, por tanto, sin efecto alguno la Hipoteca de Máximo suscrita entre Banco Exterior de España (hoy BBVA) y Don Nicanor elevada a público con fecha 26 de junio de 1995 mediante Escritura otorgada ante el Notario de Orense Don Alvaro Moure Goyanes y sus posteriores modificaciones y novaciones.

B. Se declare la nulidad y se ordene la cancelación de todas y cada una de las inscripciones obrantes en el Registro de la Propiedad y/o en el Registro Mercantil, practicadas como consecuencia del citado préstamo hipotecario de máximo.

C. Se condene a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) a restituir a la masa de la quiebra el valor de la finca que se describe a continuación por el importe total de un millón quinientos treinta y ocho mil quinientos noventa euros con noventa y ocho céntimos (1.538.590'98 euros):

"Rústica.- Viñedo, monte, labradío, huerta y otros cultivos, a los nombramientos de Souto Do Naciente, Souto do Poniente, Campo de San Victorio y otras denominaciones, en términos de Santa Cruz de Arrabaldo, municipio de esta capital, de la superficie total de sesenta y tres mil ciento noventa y cuatro metros cuadrados. Dentro de esta finca ya comprendidos en la superficie consignada, existe las siguientes edificaciones: Casa de alto y bajo, que ocupa una extensión superficial de nos doscientos ochenta metros cuadrados; casa de alto y bajo, compuesta de varios departamentos en su alto y en su bajo, de la extensión superficial de ciento tres



metros cuadrados; casa de planta baja, de unos once metros cuadrados y capilla al nombre de Iglesia Vieja, de superficie de ciento cuarenta y siete metros cuadrados. Linda todo el conjunto: Norte, con propiedad de "La Patena, S.A.", camino, María Teresa , Jose Miguel y otros; Sur, Río Miño y diversos propietarios; Este, camino público, de Don Nicanor y otros; y Oeste, de "La Patena, S.A.", río Viñao y diversos propietarios. Está atravesada de Este a Oeste por la vía férrea y de Norte a Sur por camino".

D. Se condene a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) a restituir a la masa de la quiebra los intereses devengados por la anterior cantidad desde la fecha de la transmisión de la finca mediante adjudicación en subasta pública hasta la fecha de interposición de esta demanda que ascienden a ochocientos cuarenta y seis mil quinientos noventa y tres euros con treinta y cuatro céntimos (846.593,34 euros).

E. Se impongan expresamente las costas a la parte demandada en caso de oponerse a esta demanda».

2. El procurador Germán Apalategui Carasa, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«1. Desestime íntegramente la demanda interpuesta por la Sindicatura de la quiebra de Don Nicanor y Vinícola del Suroeste S.L., con imposición de costas a la parte actora.

2. Con carácter subsidiario y para el caso de que, por los motivos expresados se aprecie por ese Tribunal que ha de comparecer Bodegas Arnoya de Orense S.A. en el proceso, se estima la excepción de litisconsorcio pasivo tras lo cual, previos los trámites previstos en el artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se conceda plazo a dicha sociedad para contestar a la demanda. Tras lo cual solicitamos se dicte sentencia por lo que se desestime íntegramente la demanda interpuesta por la Sindicatura de la quiebra de Don Nicanor y Vinícola del Suroeste S.L. con imposición de costas a la parte actora.

3. Con carácter subsidiario y para el improbable caso de que se declare la retroacción de la hipoteca de máximo constituida por Don Nicanor es escritura de 26 de junio de 1995, se declaren como efectos de la retroacción los siguientes:

- La obligación de Bodegas Arnoya de Orense S.A. de restituir la finca número NUM000 del Registro de la Propiedad número 2 de Orense con sus frutos e intereses; y los demás que pudieran producirse ex lege consecuencia de la declaración de nulidad.

- Que para el caso de que se estime por ese Tribunal la imposibilidad de restitución de la referida finca, se declare que la cantidad que esta Entidad debe resarcir a la masa de la quiebra ascendería a 73.660.000 pesetas equivalentes a 442.705,52 euros; y se reconozca a esta entidad en el procedimiento de quiebra un crédito por importe de 1.010.652,29 euros, (equivalentes a los 168.158.392 pesetas), al ser esta la cantidad por la que se despachó la ejecución hipotecaria».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Bilbao dictó sentencia con fecha 15 de mayo de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Rafael Eguidazu Buerba en nombre y representación de la Sindicatura de la Quiebra de Vinícola del Suroeste S.A. y de D. Nicanor , contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., con Procurador Germán Apalategui Carasa, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, absolviendo a la citada demandada de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, y con imposición a la parte actora de las costas procesales causadas».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la Sindicatura de la Quiebra de Vinícola del Suroeste SA y Nicanor .

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, mediante sentencia de 3 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Sindicatura de la quiebra de Vinícola del Suroeste S.A. y de D. Nicanor contra la sentencia dictada el día 15 de mayo de 2014 , por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número nueve de Bilbao, en el Juicio Ordinario nº 103 de 2012, del que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud y con estimación de la demanda interpuesta contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., se declara:

A) La nulidad radical y absoluta y, por tanto, sin efecto alguno la Hipoteca de Máximo suscrita entre Banco Exterior de España (hoy BBVA) y Don Nicanor elevada a público con fecha 26 de junio de 1995 mediante Escritura otorgada ante el Notario de Orense Don Alvaro Moure Goyanes y sus posteriores modificaciones y novaciones.



B) La nulidad y se ordena la cancelación de todas y cada una de las inscripciones obrantes en el Registro de la Propiedad y/o en el Registro Mercantil, practicadas como consecuencia del citado préstamo hipotecario de máximo.

C) Se condena a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) a restituir a la masa de la quiebra el valor de la finca que se describe a continuación por el importe total de un millón quinientos treinta y ocho mil quinientos noventa euros con noventa y ocho céntimos (1.538.590'98 euros):

"Rústica.- Viñedo, monte, labradío, huerta y otros cultivos, a los nombramientos de Souto Do Naciente, Souto do Poniente, Campo de San Victorio y otras denominaciones, en términos de Santa Cruz de Arrabaldo, municipio de esta capital, de la superficie total de sesenta y tres mil ciento noventa y cuatro metros cuadrados. Dentro de esta finca ya comprendidos en la superficie consignada, existe las siguientes edificaciones: Casa de alto y bajo, que ocupa una extensión superficial de nos doscientos ochenta metros cuadrados; casa de alto y bajo, compuesta de varios departamentos en su alto y en su bajo, de la extensión superficial de ciento tres metros cuadrados; casa de planta baja, de unos once metros cuadrados y capilla al nombre de Iglesia Vieja, de superficie de ciento cuarenta y siete metros cuadrados. Linda todo el conjunto: Norte, con propiedad de "La Patena, S.A.", camino, María Teresa , Jose Miguel y otros; Sur, Río Miño y diversos propietarios; Este, camino público, de Don Nicanor y otros; y Oeste, de "La Patena, S.A.", río Viñao y diversos propietarios. Está atravesada de Este a Oeste por la vía férrea y de Norte a Sur por camino".

D) Se condene a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) a restituir a la masa de la quiebra los intereses devengados por la anterior cantidad desde la fecha de la transmisión de la finca mediante adjudicación en subasta pública hasta la fecha de interposición de esta demanda que ascienden a ochocientos cuarenta y seis mil quinientos noventa y tres euros con treinta y cuatro céntimos (846.593,34 euros).

E) Se impone a la parte demandada las costas de la primera instancia y no se hace especial imposición respecto de las de esta alzada».

TERCERO. Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1. El procurador Germán Apalategui Carasa, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5.ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

1º) Infracción de los arts. 319 , 326 , 328 , 370.4 y 376 de la LEC y art. 24 de la CE .

2º) Infracción de los arts. 218 , 319 , 326 , 370.4 y 376 de la LEC .

3º) Infracción del art. 218 de la LEC .

4º) Infracción del art. 218 de la LEC y arts. 24 y 120.3 de la CE ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 878, párrafo 2º, del Código de Comercio .

2º) Infracción del art. 1307 del Código Civil ».

2. Por diligencia de ordenación de 15 de diciembre de 2014, la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo; y como parte recurrida la sindicatura de la quiebra de la entidad Vinícola de Suroeste, S.A. y Nicanor , representados por el procurador Javier Rivas Pérez-Castaño.

4. Esta sala dictó auto de fecha 8 de marzo de 2017 , con la siguiente parte dispositiva:

«1º.- No admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 236/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 103/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Bilbao.

2º.- Admitir el motivo segundo del recurso de casación, y el recurso extraordinario por infracción procesal, interpuestos por la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 5.ª), en el



rollo de apelación n.º 236/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 103/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Bilbao».

5. Dado traslado, la representación procesal de la sindicatura de la quiebra de la entidad Vinícola de Suroeste, S.A. y Nicanor , presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de junio de 2017, que posteriormente fue suspendida. Por providencia de 14 de junio de 2017 se señaló para votación y fallo el día 28 de junio de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

La sociedad Vinícola del Suroeste, S.A. y Nicanor , administrador y único accionista, fueron declarados en quiebra necesaria por auto de 26 de enero de 1998.

Como consecuencia de la solicitud de modificación de la fecha de retroacción, está quedó finalmente fijada el día 1 de enero de 1994.

El día 26 de junio de 1995, Nicanor suscribió con el Banco Exterior de España, S.A. (en la actualidad BBVA) una hipoteca de máximo sobre las fincas denominadas Souto Do Naciente, Souto de Orense y Campo de San Victorio, que conforman la finca registral núm. NUM000 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Ourense. La garantía se constituía, hasta un límite de 200.000.000 Ptas. de principal, 36.000.0000 Ptas. de intereses remuneratorios y 20.000.000 Ptas. para costas y gastos, para cubrir el cumplimiento de las obligaciones surgidas frente al banco de los siguientes contratos de financiación:

- Una póliza de préstamo de 168.000.000 Ptas. (aproximadamente 1.009.700 euros), concedida el 29 de diciembre de 1994, por Banco Exterior de España, S.A. (en la actualidad, BBVA) a favor de Vinícola del Suroeste, S.A.
- Una póliza de crédito documentario de importación, concedida el 21 de junio de 1995 por Banco Exterior de España, S.A. a favor de Vinícola del Suroeste, S.A., por un importe de 1.316.0250.000 Liras Italianas (aproximadamente, 676.334,53 euros).
- Una póliza de compromiso de concesión de avales y garantías, concertada también el 21 de junio de 1995, por la que Banco Exterior se comprometía a garantizar las obligaciones que pudiera asumir Nicanor , por un importe máximo de 75.000.000 Ptas. (aproximadamente, 450.759,08 euros).
- Y una póliza de apertura de crédito documentario, concedida el 21 de junio de 1995 por Banco Exterior de España, S.A. a favor de Nicanor y su esposa Mónica , por un importe de 75.000.000 Ptas. (aproximadamente, 450.759,08 euros).

El 4 de julio de 1996, se modificó la hipoteca de máximo, para ampliar la garantía a otras deudas anteriores: las derivadas de una póliza de negociación de efectos de 1 de agosto de 1994, por un importe de 15.000.000 Ptas.; una póliza global de Comercio Exterior de 1 de agosto de 1994, por un importe de 150.000.000 Ptas.; una póliza de negociación de efectos de 14 de marzo de 1992, por 100.000.000 Ptas., que el 30 de diciembre de 1992 había sido ampliada en 100.000.000 Ptas., y el 14 de mayo de 1993 lo había sido en 150.000.000 Ptas.

Con posterioridad, el 26 de junio de 1997 se prorrogó la garantía por siete años más. En la escritura se dejó constancia de que el saldo deudor en ese momento era de 164.000.000 Ptas.

2. El 24 de enero de 2012, la sindicatura de la quiebra interpuso una demanda en la que pidió la nulidad de la escritura otorgada el 26 de junio de 1995, y de sus posteriores modificaciones y novaciones. También pedía la condena al BBVA a restituir a la masa de la quiebra el valor de la finca hipotecada, que cifraba en 1.538.590,98 euros, más los intereses devengados desde que la finca fue transmitida mediante la ejecución de la garantía hipotecaria, que hasta la presentación de la demanda cifraba en 846.593,34 euros.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda, porque no se había acreditado en el procedimiento que hubiera habido fraude en la constitución de la hipoteca de máximo.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estima el recurso. La sentencia de apelación, después de traer a colación la jurisprudencia actual sobre la ineficacia de la retroacción, interpretada conforme a la disposición adicional 1ª de la Ley Concursal , de acuerdo con el espíritu y finalidad de la rescisión concursal,



que funda la ineficacia en el perjuicio para la masa, concluye que en este caso la hipoteca de máximo se había constituido para garantizar obligaciones preexistentes, sin que se hubiera acreditado la ausencia de perjuicio. Esta conclusión se razona del siguiente modo:

«Siendo pues doctrina jurisprudencial consolidada que la naturaleza rescisoria de la acción de ineficacia basada en el artículo 878.2 del Código de Comercio se funda en el perjuicio para la quiebra, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude, tiene asimismo declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de octubre de 2012 y 9 de abril de 2014 que "una consecuencia de la disposición adicional primera de la Ley Concursal, que impone interpretar las normas sobre la retroacción de la quiebra de acuerdo con el espíritu y la finalidad de las normas contenidas en dicha ley sobre la rescisión concursal es, que debe interpretarse el "perjuicio para la quiebra" conforme a la interpretación jurisprudencial del "perjuicio para la masa activa" de la rescisión concursal y así en esta sentencia de 26 de octubre de 2012 se entendió que "el perjuicio de rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso"... y como dice la sentencia del TS de 9 de abril de 2014, lo que es perfectamente aplicable al supuesto que analizamos, uno de los casos en que el acto de disposición podría constituir un perjuicio para la masa, en cuanto que conlleva una alteración de la *par condicio creditorum* injustificada, es el previsto en el actual art. 71.3.2 LC ("constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas"), en la medida en que presume el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario. Se pretende evitar que el deudor favorezca injustificadamente a un acreedor en perjuicio de otros constituyendo una garantía real sobre alguno de sus bienes. La presunción es salvo prueba en contrario, ya que pudiera ser que, por las circunstancias que rodearan al negocio, éste tuviera una justificación, porque la constitución de la garantía fuera ligada a la ampliación sustancial del crédito y a la concesión de un nuevo término en caso de vencimiento del crédito preexistente, que constituirían su causa y que podrían poner en evidencia la ausencia del perjuicio".

»Pues bien, ninguna de estas excepciones a que se refiere la doctrina jurisprudencial se han acreditado que concurrieran y por ello, estando acreditado suficientemente el perjuicio para la masa activa de la quiebra, como antes se ha pormenorizado, resulta obligada la estimación de la demanda íntegramente».

5. Frente a la sentencia de apelación, BBVA formula recurso extraordinario por infracción procesal sobre la base de cuatro motivos, y recurso de casación, articulado en dos motivos. El primero de los motivos de casación ha sido inadmitido.

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo primero*. El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, y denuncia la infracción de los arts. 319, 326, 328, 370.4 y 376 LEC y del art. 24 CE y del derecho a la tutela judicial efectiva, «al incurrir la sentencia en un error patente consistente en omitir cualquier valoración sobre la concesión de crédito nuevo como consecuencia de la constitución de la hipoteca de máximo».

Como explica a continuación el recurrente, «la infracción que se denuncia (...) deriva de la ausencia de consideración de los elementos de prueba obrantes en los autos que demuestran que la constitución de la hipoteca de máximo estuvo vinculada a la concesión de crédito nuevo por BBVA y que conllevó la ampliación del crédito disponible para el Sr. Nicanor y empresas bajo su control, lo que resulta a la postre imprescindible para determinar la falta de concurrencia de perjuicio para la masa de la quiebra».

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

2. *Estimación del motivo primero*. Con frecuencia hemos insistido en que la valoración de la prueba corresponde a los tribunales de instancia sin que el recurso extraordinario por infracción procesal sea el cauce ordinario para la revisión de esta valoración probatoria como si se tratara de una tercera instancia. Pero también hemos advertido que, de manera excepcional, cabría justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva» (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero).

Lo único que puede justificar la apreciación de este motivo, en relación con la valoración de la prueba que ha determinado la base fáctica sobre la que el tribunal de instancia ha realizado las necesarias valoraciones jurídicas que requiere la resolución del caso, es que haya incurrido en un error notorio o en arbitrariedad, o también que haya vulnerado una regla tasada de valoración de la prueba. En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre:



«la selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial».

En nuestro caso el error es notorio y se advierte con la simple lectura de la escritura pública en que se instrumentó la constitución de la hipoteca de máximo, el 26 de junio de 1995, y también de las pólizas en las que se documentaron los contratos financieros en garantía de los cuales se constituyó la hipoteca de máximo. La escritura pública y las pólizas mercantiles intervenidas por fedatario público constituyen prueba plena de la fecha en que se otorgaron.

En un caso en el que la propia Audiencia reconoce que debe valorarse si la constitución de la garantía vino motivada por la concesión de nuevo crédito, negar que fuera así cuando tres de las cuatro pólizas son contemporáneas en el tiempo -en cuanto que se firmaron cinco días antes- a la constitución de la hipoteca de máximo es un error notorio.

Como hemos dejado constancia en la relación de hechos relevantes, la hipoteca de máximo garantizaba la devolución de un préstamo anterior de 168.000.000 Ptas., otorgado el 29 de diciembre de 1994, pero también las obligaciones que derivaran de otros tres contratos financieros otorgados el 21 de junio de 1995: una póliza de crédito documentario por un importe de 1.316.0250.000 Liras Italianas; otra póliza de crédito documentario por un importe máximo de 75.000.000 Ptas.; y una línea de avales por un importe de 75.000.000 Ptas.

Distinto hubiera sido que la sentencia de apelación hubiera razonado que al no haberse realizado exactamente el mismo día, la concesión de la garantía no vino justificada por aquella concesión de crédito que ahora se garantizaba y que había sido concedida cinco días antes. Pero en nuestro caso no se discute esto. La Audiencia se limita a negar que junto con la constitución de la garantía hubiera habido una ampliación del crédito, cuando de la documentación reseñada por la propia sentencia este hecho se desprende de forma no contradictoria. Dicho de otro modo, es un hecho tan claro que no podía negarse. Cuando además la negación del hecho ha supuesto que el tribunal no valorara si esa ampliación de crédito era tan significativa que contradecía la presunción de perjuicio.

3. La consecuencia de estimar el recurso extraordinario por infracción procesal es que asumamos la instancia.

TERCERO. Resolución del caso asumiendo la instancia

1. *Jurisprudencia aplicable al caso* . Como muy bien advirtió la sentencia de apelación, un resumen de la jurisprudencia aplicable al caso se encuentra en la sentencia 173/2014, de 9 de abril . En síntesis, en esa sentencia concluimos que procedía «interpretar conjuntamente ambos preceptos (art. 878.II CCom y art. 1366 LEC 1881) y considerar ineficaces sólo los actos comprendidos en el periodo de retroacción que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra». Y añadimos que esta «concepción de la ineficacia del art. 878.II CCom como una rescisión basada en el perjuicio para la masa de la quiebra, se acomoda mejor al espíritu y finalidad de la actual rescisión concursal»:

«Esta interpretación es acorde con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 22/2003, de 9 de julio , cuando prescribe que los " 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 ". La Ley Concursal deroga el sistema de reintegración previsto en el Código de Comercio para la quiebra, y en concreto la retroacción del art. 878.II CCom , e idea una acción de reintegración propiamente concursal, que nace y se extingue con el concurso de acreedores, de naturaleza rescisoria, que funda la ineficacia de los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, en el perjuicio para la masa activa (art. 71.1 LC)».

También razonamos en aquella sentencia 173/2014, de 9 de abril , que «una consecuencia de la reseñada disposición adicional primera de la Ley Concursal , que impone interpretar las normas sobre la retroacción de la quiebra de acuerdo con el espíritu y finalidad de las normas contenidas en dicha Ley sobre la rescisión concursal, es que interpretemos el "perjuicio para la quiebra" conforme a la interpretación jurisprudencial del "perjuicio para la masa activa" de la rescisión concursal». Y añadimos, en relación al tipo de operaciones respecto del que ahora se cuestiona si era perjudicial para la masa, lo siguiente:



«Uno de los casos en que el acto de disposición podría constituir un perjuicio para la masa, en cuanto que conlleva una alteración de la *par condicio creditorum* injustificada, es el previsto en el actual art. 71.3.2 LC ("constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas"), en la medida en que presume el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario. Se pretende evitar que el deudor favorezca injustificadamente a un acreedor en perjuicio de otros constituyendo una garantía real sobre alguno de sus bienes. La presunción es salvo prueba en contrario, ya que pudiera ser que, por las circunstancias que rodearan al negocio, éste tuviera una justificación, porque la constitución de la garantía fuera ligada a la ampliación sustancial del crédito y a la concesión de un nuevo término en caso de vencimiento del crédito preexistente, que constituirían su causa y que podrían poner en evidencia la ausencia del perjuicio».

2. En un caso como este en que se ha constituido una hipoteca de máximo en garantía de obligaciones anteriores, el recurso de apelación tiene razón cuando denuncia que la prueba del perjuicio no le correspondía a la sindicatura de la quiebra, sino que era el banco demandado quien debía acreditar la ausencia de perjuicio para la masa en la realización del acto de disposición impugnado (la constitución de la garantía).

De tal forma que correspondía al banco acreditar la ausencia del perjuicio, de acuerdo con los parámetros fijados por la jurisprudencia de esta sala, en sus sentencias 124/2015, de 17 de marzo, y 143/2015, de 26 de marzo: para analizar en qué medida la ampliación del crédito y el cambio o modificación de las condiciones de la obligación pueden justificar la ausencia de perjuicio, «es necesario examinar y analizar las circunstancias en que se concierta la operación, las ventajas que pudo suponerle al concursado para desarrollar su actividad, económica o profesional...», y en concreto si una ampliación significativa del crédito aportó liquidez para seguir operando en el mercado.

Es en este contexto en que debemos analizar si el acto de disposición impugnado, que es la constitución de la hipoteca de máximo el 26 de junio de 1995, era perjudicial para la masa. Como explicita la propia escritura pública, la hipoteca de máximo cubría una obligación preexistente frente al banco (préstamo de 168.000.000 Ptas., que son aproximadamente 1.009.700 euros), pero también las obligaciones que surgieran de las tres operaciones de crédito que el banco acababa de conceder a quienes luego fueron declarados en quiebra: un crédito documentario por 1.316.025.000 Liras Italianas (aproximadamente, 676.334,53 euros); otro crédito documentario por 75.000.000 euros (aproximadamente, 450.759,08 euros); y una línea de avales por otros 75.000.000 euros (aproximadamente, 450.759,08 euros).

Esto es: a la par que se constituía la hipoteca para garantizar una deuda con el banco anterior de, aproximadamente 1.009.700 euros, se concedió nuevo crédito de aproximadamente 1.577.852 euros, que también quedó garantizado con la hipoteca de máximo. Se amplió el crédito en más del 150%. Dicho de otro modo, de toda la deuda inicialmente garantizada con la hipoteca, aproximadamente el 60% era crédito nuevo.

Esta ampliación sustancial del crédito es la que permite contradecir la presunción de perjuicio por la constitución de una garantía sobre obligaciones preexistentes, y por ello confirmar la desestimación de la demanda.

3. Conviene advertir que en la demanda se pidió la ineficacia de la escritura de constitución de la hipoteca de máximo de 28 de junio de 1995; y de sus posteriores modificaciones y novaciones. Pero las razones por las que se pedía la ineficacia se referían a la constitución de la hipoteca de 28 de junio de 1995. Si se pedía la nulidad o ineficacia de las posteriores modificaciones y novaciones era debido a la ineficacia de la constitución de la hipoteca.

Dicho de otro modo, no se adujo ninguna razón específica para impugnar esas posteriores modificaciones y novaciones, razón por la cual una vez desestimada la pretensión de ineficacia de la constitución de la hipoteca, no podemos entrar a analizar la validez de las posteriores modificaciones y novaciones, porque propiamente no han sido objeto de enjuiciamiento.

Al respecto, resulta muy significativo que la sentencia de primera instancia tan sólo analizara la validez de la constitución de la hipoteca de máximo, y no sus posteriores modificaciones y novaciones. Y lo hizo para declarar que no era ineficaz y desestimar íntegramente la demanda.

La sindicatura de la quiebra al recurrir en apelación tan sólo argumenta sobre la procedencia de la ineficacia de la constitución de la hipoteca, sin hacer mención específica a la ineficacia de las posteriores modificaciones y novaciones en atención a razones propias, distinta de la ineficacia de la constitución de la hipoteca.

Razón por la cual hemos de concluir que no fue objeto del pleito ni mucho menos de la apelación la pretensión de ineficacia de las posteriores modificaciones y novaciones de la hipoteca, por razones distintas a la ineficacia de la propia constitución de la hipoteca.



CUARTO. Costas

1. Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no hacemos expresa condena en costas, conforme al art. 398.2 LEC . En la medida en que la estimación de ese recurso hace innecesario que entremos a resolver el recurso de casación, tampoco hacemos expresa condena de las costas generadas por este recurso.
2. Desestimado el recurso de apelación, imponemos a la parte apelante las costas de su recurso.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta

sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 5ª) de 3 de noviembre de 2014 (rollo 236/2014), que dejamos sin efecto, sin hacer expresa imposición de las costas de este recurso. Tampoco hacemos expresa condena de las costas del recurso de casación. 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la sindicatura de la quiebra de Vinícola del Suroeste, S.A. y Nicanor contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Bilbao de 15 de mayo de 2014 (juicio ordinario 103/2012), con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.