



Roj: **STS 3794/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3794**

Id Cendoj: **28079110012015100469**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2015**

Nº de Recurso: **2207/2013**

Nº de Resolución: **490/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 1718/2013,**
STS 3794/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Septiembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto los recursos extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuestos por el procurador D. Juan Blanes Jaume en nombre y representación de Isba, SGR, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Quinta, dimanante del incidente concursal 8/2012, que a nombre de la administración concursal de D^a Sabina , se sigue ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca.

Son partes recurridas la administración concursal de D^a Sabina representada por el Procurador D. Jacobo Gandarillas Martos y D^a Sabina representada por la Procuradora D^a Teresa Castro Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La administración concursal de D^a Sabina , formuló demanda incidental en el ejercicio de la acción de reintegración del art. 71 de la LC , contra D^a Sabina , Isba, Sociedad de Garantía Recíproca, D. Dimas y Comercial Rafael Ribas, S.L., en la que suplicaba lo siguiente: "*[...] se dicte sentencia por la cual:*

A. Se declare la rescisión y consiguiente ineficacia de la hipoteca prestada por D. Dimas en nombre de D^a Sabina sobre la finca nº NUM000 propiedad de la concursada, frente a Isba, S.G.R. en la escritura de 23.02.2010 otorgada ante el Notario de Palma D. Enrique Terrasa (nº 222 de su protocolo), la cual viene referida a la póliza de préstamo concedido por la entidad Caja Madrid (ahora Bankia) a Comercial Rafael Ribas, S.L. de la misma fecha, por importe de 233.000.- €, declarándose en consecuencia, y en cualquier caso, que Doña Sabina no viene obligada a responder de dicha operación con su patrimonio frente a Isba, S.G.R, 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 restricción de prestaciones, toda vez que en su día no se efectuó prestación alguna a favor de Dña. Sabina como consecuencia de la hipoteca que se impugna.

B. Se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones; y,

C.- Se impongán las costas a quien/es se oponga/n a la presente demanda."

La procuradora D^a Joana Socías Reynes en nombre y representación de D^a Sabina , D. Dimas y de Comercial Rafael Ribas S.L., se allanó a la demanda.



2. El procurador D. Juan Blanes Jaume en nombre y representación de Isba, S.G.R., presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dicte sentencia por la que: 1º.- Se declare que la acción de reintegración ejercitada lo ha sido con manifiesto abuso de derecho y, por tanto, considere el ejercicio ilegítimo de la acción con expresa imposición de costas".

3. El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca, en el Procedimiento, Incidente concursal común 8/2012, dictó Sentencia número 462/2012 de fecha 10 de diciembre de 2012, con la siguiente parte dispositiva: "Que con estimación de la demanda interpuesta por la administración concursal de D^a Sabina, frente a D^a Sabina, Isba Sociedad de Garantía Recíproca, D. Dimas y Comercial Rafael Ribas S.L.:

a) Debo declarar y declaro la rescisión e ineficacia de la hipoteca prestada por D. Dimas en nombre de D^a Sabina sobre la finca nº NUM000 propiedad de la concursada, frente a Isba SGR en la escritura de 3 de febrero de 2010, otorgada ante el Notario de Palma D. Enrique Terrasa (nº 222 de su protocolo), la cual viene referida a la póliza de préstamo concedido por la entidad Caja Madrid a Comercial Rafael Ribas S.L. de la misma fecha, por importe de 233.000.-?, declarándose en consecuencia, y en cualquier caso, que D^a Sabina no viene obligada a responder por dicha operación con su patrimonio frente a Isba SGR, declarando la nulidad de todos los asientos registrales ocasionados por dicha hipoteca, ordenando su cancelación en el Registro de la Propiedad; 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 D^a Sabina como consecuencia de la hipoteca que se impugna.

b) Debo condenar y condeno a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y cancelación de la hipoteca.

Todo ello con condena en costas a Isba Sociedad de Garantía Recíproca y sin hacer especial declaración sobre las costas respecto a D^a Sabina, D. Dimas y Comercial Rafael Ribas, S.L."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Isba, S.G.R. Las representaciones de la administración concursal de D^a Sabina y D^a Sabina se opusieron al recurso de apelación interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Quinta, que dictó Sentencia número 304/2013 de fecha 11 de julio de 2013, cuya parte dispositiva decía:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Juan Blanes Jaime, en representación de Isba SGR, contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma, en el Incidente concursal dimanante del concurso voluntario número 8/2012, de que dimana el presente Rollo de Sala, confirmamos los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene, condenando a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada y con pérdida del depósito constituido para recurrir."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

6. La representación de Isba SGR, interpuso los recursos extraordinario por infracción procesal y el de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

" RECURSO DE CASACIÓN

PRIMERO.- De conformidad con el art. 481 LEC, al amparo del art. 477.2 apartado 3º LEC se denuncia la infracción del art. 7.2 CC y 11.2 LOPJ por inaplicación de los mismos en relación con la doctrina del abuso del derecho.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

PRIMERO.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determina la nulidad conforme a la ley o genere indefensión, conforme al art. 469.1.3 LEC. Se denuncia la infracción de los arts. 281, 283 y 460 LEC generando una total indefensión por la inadmisión de la prueba propuesta por esta parte en el presente procedimiento para el ejercicio de su defensa.

SEGUNDO.- Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, concretamente, se denuncia la infracción del apartado 1 del art. 24 de la CE, de conformidad con el ordinal cuarto del apartado 1 del art. 469 LEC, por vulneración del principio constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y prohibición de la indefensión."

7. Por Diligencia de Ordenación de 1 de octubre de 2013, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Quinta, tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación,



remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente el procurador D. Juan Torrecilla Jiménez en nombre y representación de Isba SGR. Y, como recurridas, la procuradora D^a Teresa de Jesús Castro Rodríguez en nombre y representación de D^a Sabina y el procurador D. Jacobo Gandarillas Martos en nombre y representación de la administración concursal de Sabina

9. Esta Sala dictó Auto de fecha 7 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuestos por la representación procesal de la entidad Isba, Sociedad de Garantía Recíproca, contra la sentencia dictada con fecha 11 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 193/2013 , dimanante del incidente concursal de reintegración, en el concurso voluntario nº 8/2012 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca.

2º) Y, de conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LEC 2000 , entréguense copias del escrito de interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, formalizados, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría."

10. Las representaciones de la Administración concursal de D^a Sabina y de D^a Sabina , presentaron escritos oponiéndose a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos de contrario.

11 . Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 1 de junio de 2015, para votación y fallo el día 22 de julio de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Son hechos acreditados en la instancia, los siguientes:

1. La administración concursal de D^a Sabina interpuso una demanda incidental en ejercicio de la acción de reintegración del art. 71 LC contra la concursada, su hermano D. Dimas y la entidad mercantil Comercial Rafael Ribas, S.L., que fundó en los siguientes hechos:

- Comercial Rafael Ribas, S.L. formalizó con la entidad Caja Madrid un préstamo personal por importe de 233.000.-? el día 23 de febrero de 2010.

- El préstamo fue avalado por Isba, S.G.R. (en adelante, Isba) el mismo día de la concesión del préstamo.

- Isba, como contragarantía del aval prestado, obtuvo el aval de D. Dimas y de las sociedades Utesma, S.L. y S.P.M. C., S.L., así como dos hipotecas sobre dos inmuebles, constituidas el mismo 23 de febrero de 2010. Uno de los inmuebles pertenecía a D^a Sabina y el otro a su hermano D. Dimas .

- D^a Sabina , religiosa, miembro de la congregación de las Misioneras Combonianas, fue declarada en concurso voluntario por Auto de 17 de enero de 2012.

Se argumenta que la hipoteca otorgada a favor de Comercial Rafael Ribas, S.L. es un acto gratuito, perjudicial para la masa; y, de forma subsidiaria, de ser oneroso, es perjudicial por haberse realizado a favor de personas especialmente relacionadas con la concursada.

2. Isba se opuso a la petición de rescisión de la hipoteca, alegando que D^a Sabina no es deudora de Isba; que el acto no fue gratuito porque merced al aval prestado se pudo obtener crédito; y que hubo beneficio para la concursada pues el préstamo fue destinado a una sociedad de su hermano. Finalmente, planteó una reconvencción por existir abuso de derecho en el ejercicio de la acción de reintegración, pues los acreedores de D^a Sabina ascienden a 3.551,44.-? y derivan de un piso propiedad de la concursada que ocupa en precario un hermano.

3. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca estimó íntegramente la demanda, desestimó la reconvencción e impuso las costas a la demandada Isba. Entendió que el préstamo concedido a una sociedad de su hermano y la concursada *"no recibió ningún euro del préstamo concedido y por el que Isba, S.G.R. condicionó el aval a la constitución de la hipoteca"* . Siendo la concursada una religiosa y no disponiendo de ingresos, *"no se entiende la existencia de una hipoteca para garantizar deudas ajenas"* . Respecto de la alegación del demandado en la reconvencción de que el ejercicio de la acción de reintegración es un abuso de derecho, entendió el



Juzgador que la acción de reintegración pretende preservar el estado del patrimonio del concursado frente a determinadas conductas realizadas por el concursado. Por ello, concluyó, no se puede hablar de abuso de derecho.

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por Isba, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca confirmó la sentencia de primer grado e impuso las costas al apelante. Estimó acertada la motivación de la sentencia del Juzgado Mercantil y *"por remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar la totalidad de los motivos de impugnación"*, conforme al art. 120.3 LEC. Citó sentencias de la propia Audiencia Provincial y las SSTs de 8 de noviembre de 2012 y 27 de octubre de 2010, para destacar que lo relevante son las características de la operación que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la misma, y si ha habido o no una real reciprocidad de intereses en que consiste la onerosidad o, por el contrario, un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución del acervo patrimonial. En el presente caso, señaló, *"no se desprende qué beneficio haya podido reportar a la concursada la constitución de la garantía impugnada, quien con la hipoteca constituida grava su patrimonio a favor de la recurrente y en garantía de un préstamo que se solicita para hacer frente a las dificultades económicas de su hermano y/o de sus empresas."*

>> *Tampoco cabe sostener que el ejercicio de la acción de reintegración [...] implique abuso de derecho, pues [...] la finalidad de la acción no es otra que preservar el estado del patrimonio del concursado ...; [c]uestión distinta es si, con la petición de la declaración de concurso, no se pretendía otra cosa que forzar el ejercicio de la acción de reintegración para dejar sin efecto la garantía hipotecaria, pero tal extremo no puede ser objeto de análisis en el presente incidente, sino a lo sumo, en sede de impugnación de la propia declaración de concurso".*

II. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- *Formulación de los motivos que fundan el recurso.*

En el **primer motivo** denuncia el recurrente la infracción de los arts. 281, 283 y 460 LEC, generando una total indefensión por la inadmisión de la prueba propuesta por la parte en el presente procedimiento para el ejercicio de su defensa.

Según se alega, desde el escrito de contestación a la demanda, se interesó una serie de medios de prueba para acreditar el claro abuso de derecho que supone la interposición de la demanda. Ante la inadmisión de la prueba en primera instancia, se formuló la debida protesta al suponer, según el recurrente, una clara vulneración de la tutela judicial efectiva, limitando las posibilidades de acreditación del abuso de derecho. En la segunda instancia, se propusieron los medios de pruebas inadmitidos en la primera instancia, siendo nuevamente inadmitidos frente al que se interpuso el correspondiente recurso de reposición, en el que se citaba como infringido el art. 460.2 LEC. El recurso de reposición fue desestimado por la Audiencia.

Señala la recurrente que la inadmisión de la prueba propuesta, encaminada a acreditar la existencia de abuso de derecho, ha supuesto una indefensión real y efectiva, toda vez que, además de haber planteado la correspondiente protesta y un recurso de reposición contra la inadmisión de la prueba, señala que también interpuso una reconvención interesando que se declarara que la acción de reintegración ejercitada por la Administración concursal de D^a Sabina se había realizado con manifiesto abuso de derecho. La demanda reconvencional fue desestimada por el Juzgado de lo Mercantil. Se pone de manifiesto que la parte recurrente se ha valido de todas las herramientas existentes en el ordenamiento jurídico para intentar que se admitiera la prueba que respaldaba el abuso de derecho, sin que tales esfuerzos se hayan visto recompensados.

En el **segundo motivo** se funda en la *"vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, concretamente, se denuncia la infracción del apartado 1 del art. 24 de la CE, de conformidad con el ordinal cuarto del apartado 1 del art. 469 LEC, por vulneración del principio constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y prohibición de la indefensión."*

Dicha vulneración, reconoce la recurrente, está íntimamente relacionada con la infracción expresada en el apartado anterior.

El hecho de inadmitir la prueba propuesta, la cual estaba destinada a acreditar la existencia de abuso de derecho, supone para la recurrente una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y prohibición de la indefensión consagrada en el art. 24 CE.

La prueba propuesta, dice, no sólo versa específicamente sobre el acto impugnado, sino que va más allá, porque la defensa de la parte recurrente se fundamenta en la aplicación de un principio general, el abuso de derecho. No se discute si el acto es gratuito o no, lo que verdaderamente se discute es si se ha utilizado la herramienta que la Ley Concursal ofrece para rescindir determinados actos realizados por el deudor de forma fraudulenta, con abuso de derecho y absoluta desproporcionalidad.



TERCERO.- *Desestimación de los motivos.*

Los motivos que fundan el recurso extraordinario por infracción procesal se desestiman por las siguientes razones que se exponen a continuación:

1. Esta Sala ha afirmado en sus sentencias núms. 231/2009, de 3 de abril y núm. 183/2009 de 27 de marzo, que *"la prueba ha de guardar relación con el objeto del proceso y ha de ser pertinente, esto es, legítima y relevante (SSTC 131/1995, de 11 de septiembre ; 164/1996, de 28 de octubre ; 165/2001, de 16 de julio ; 79/2002, de 8 de abril, etc.). La jurisprudencia constitucional, como ha destacado la doctrina más autorizada, ha identificado la prueba pertinente con aquella cuya denegación produce materialmente indefensión (SSTC 3/2005, 23/2006, etc.), lo que viene a traducirse en que la inadmisión de medios de prueba, aunque fuere irregular, sólo produce indefensión si es injustificada, arbitraria o irrazonable y, sobre todo, si priva al litigante de un medio de prueba decisivo para el éxito de su posición (SSTC 165/2001, de 16 de julio ; 168/2002, de 30 de septiembre ; 1/2004, de 14 de enero ; 88/2004, de 10 de mayo ; 359/2006 ; 60/2007, 208/2007, etc.; SSTS 20 de noviembre de 1991, 17 de mayo y 14 de noviembre de 2002, etc.). Hay que convenir con la Sala de instancia en que las pruebas rechazadas podían ser calificadas como inútiles, ya que se referían a hechos que ya la sentencia de primera instancia consideraba acreditados por otros medios"*.

La prueba, para que sea pertinente, requiere que verse sobre un hecho fundamental, controvertido y relevante para la resolución de la cuestión litigiosa. Contrariamente, son impertinentes los medios de prueba que no guardan relación con lo que sea objeto del proceso (art. 283.1 LEC), o que versen sobre hechos en los que las partes hayan mostrado su conformidad, o que se trate de hechos que *"no tienen influencia sobre la cuestión controvertida"* (SSTS de 15 de abril de 1991 y 25 de marzo de 1993).

2. En el presente caso, los dos medios inadmitidos de que intentaba valerse el recurrente para probar el abuso del derecho que suponía el ejercicio de la acción rescisoria instada por la administración concursal, estaba encaminada a: (i) probar que la concursada, la monja misionera, no tenía ingresos propios, vivía, de acuerdo con su voto de pobreza, a expensas de la Congregación que fue quien le sufragó los gastos de desplazamiento a España; y (ii) probar que la finca hipotecada, propiedad de la concursada, no producía rentas pues aparecía ocupada por una familia en situación de precario.

Ambos hechos han sido admitidos por las partes litigantes en sus respectivos escritos de oposición frente a los recursos planteados por la recurrente con ocasión de la inadmisión por los órganos de instancia de los medios propuestos, entre los que figuraba una comisión rogatoria al Chad, que podría alargar inútilmente el proceso.

Desde otro punto de vista, la inadmisión de los medios de prueba no han producido indefensión, al no haber sido arbitraria o irrazonable, por inútiles, al referirse a hechos ya reconocidos por las partes.

Cuestión distinta es que, admitidos los hechos que configuran el objeto del proceso, el ejercicio de la acción de reintegración suponga un abuso de derecho, proscrito por nuestro ordenamiento, lo que entraña una valoración jurídica propia exclusivamente de un recurso de casación, que es el que tiene interpuesto el recurrente.

Los motivos, pues, se desestiman.

II. RECURSO DE CASACIÓN

CUARTO.- *Formulación del único motivo que funda el recurso.*

El motivo de casación que se interpone al amparo del art. 477.2, apartado 3º LEC denuncia *"la infracción del art. 7.2 CC y 11.2 LOPJ, por inaplicación de los mismos en relación con la doctrina del abuso del derecho, y presenta interés casacional al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo"*.

Alega la recurrente que el importe de los créditos concursales reconocidos en el concurso abreviado de Dª Sabina es de 3.551,44.-?, de entre los que figuran, 112,10.-? en concepto de *"honorarios Consulta Tributaria"*, y otro, a nombre de su hermano Feliciano, de importe 2.620,64.-? en concepto de Ibi, tasas de basura, derivados de un piso propiedad de la concursada, en el que habita en régimen de precario un hermano de la misma (que supone más del 73 % del total pasivo ordinario).

Ante tal contexto, sorprende que se interponga, dice, la acción de reintegración por unas deudas que sólo el alquiler del inmueble podría sufragarlos. La administración concursal no ha hecho el más mínimo intento de rentabilizar el piso. Todo ello, concluye, supone la existencia de un abuso de derecho, al perseguirse exclusivamente en este concurso la rescisión de una hipoteca otorgada por D. Dimas en nombre de su hermana haciendo uso de un poder general. Invoca y reproduce las SSTS núms. 942/1998, de 17 de octubre, y la núm. 974/2007, de 21 de septiembre.



La recurrente alega que su actividad es la prestación de avales ante entidades de crédito para facilitar a pequeñas y medianas empresas la obtención de financiación, a cambio de contragarantizar el aval.

Ante todo, señala, habría que determinarse si el acto de obtener esta contragarantía es un acto gratuito o es un supuesto que admite prueba en contrario respecto del perjuicio que se predica.

QUINTO.- Estimación del motivo. El abuso del derecho en el ejercicio de la acción rescisoria

1. Establece el art. 7.2 CC : *"La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso "*.

Como criterio general, quien ejercita un derecho subjetivo, sea de la naturaleza que fuere, no ocasiona daño, según el principio *"sui iure suo utitur nomen taedit"* (el que ejercita su derecho no daña a nadie), o, en otras palabras, no causa un daño injusto, sino tolerado por el orden jurídico. La construcción del concepto *"abuso de derecho"* fue obra principalmente de la jurisprudencia, en la que debe destacarse la fundamental STS de 14 de febrero de 1944 . Como principio de carácter general, el concepto de abuso del derecho, tuvo entrada en nuestro ordenamiento con ocasión de la reforma del Título Preliminar del Código Civil operado por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, y su texto articulado aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974. En el Preámbulo de la primera Ley alude al *"expreso reconocimiento de algunos "principios generales" como el de la buena fe, el de la prohibición del abuso del derecho y el de la sanción del fraude de ley"* .

La Jurisprudencia posterior a la reforma de 1974 del Código Civil, ha conformado un cuerpo doctrinal al exigir para su apreciación la concurrencia de determinados requisitos. Unos, de *"carácter objetivo"* , el exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (SSTS de 28 de enero de 2005 , 7 de junio de 2011 y las más antiguas de 5 de abril de 1986 y 9 de febrero y 25 de junio de 1983) y otros, de *"carácter subjetivo"* , la intención de perjudicar o la falta de finalidad sería, la inmoralidad y la antisocialidad del daño. Es decir, el daño es antisocial, abusivo el acto que lo ocasiona y anormal el ejercicio del derecho. La antisocialidad, como señala la doctrina, justifica que se declare la nulidad del acto y se le prive de efectos.

2. En el presente caso, sin excesivo esfuerzo, puede colegirse que la solicitud voluntaria de la declaración de concurso y el ejercicio de la acción rescisoria ejercitada (ex art. 71 LC) iban dirigidas exclusivamente a la rescisión de la hipoteca que la hermana otorgó a favor de la recurrente, como contragarantía del aval prestado por ésta con ocasión de un crédito concedido a la sociedad de su hermano, Comercial Rafael Ribas, S.L.

Varios son los elementos que concurren en el presente supuesto: (i) el exiguo pasivo concursal de 3.551,44.-? obedece a una serie de gastos e impuestos que ocasiona el piso propiedad de la concursada, que si bien aparecen a nombre de las entidades suministradoras, no por ello se imputan al referido piso; (ii) el piso aparece ocupado, en régimen de precario, por un hermano (Feliciano), que, conforme queda acreditado en autos, se comprometió a atender aquellos gastos; (iii) la administración concursal no hizo gestión alguna para cobrar del precarista los gastos del piso, que constituye prácticamente todo el pasivo ordinario; (iv) tampoco la administración concursal intentó resolver la situación de precario del ocupante del piso, para, posteriormente, arrendarlo a tercero, lo que hubiera supuesto que el arrendatario se hiciera cargo de los gastos, y obtener unas rentas que acaso podrían permitir atender las cuotas del préstamo; (v) siendo debidos los gastos que integran el pasivo ordinario por el ocupante, propiamente la concursada, D^a Sabina , no se hallaba en situación de insolvencia (art. 2 LC), faltando el requisito objetivo para que fuera declarada en declaración del concurso; (vi) el recurrente no pudo oponerse a la declaración de concurso, al desconocer que posteriormente iba a dirigirse la administración concursal contra él, con el fin de obtener la rescisión de la garantía hipotecaria que gozaba como consecuencia del aval prestado en la operación de crédito concedido a una sociedad de su hermano Dimas ; y (vii) Isba no recibió de la administración concursal un requerimiento extrajudicial para tratar de alcanzar un acuerdo amistoso; (viii) la hipoteca fue constituida por Dimas usando un poder muy amplio concedido por la hermana monja, concursada; (ix) la hipoteca se concedió al banco como contragarantía del aval prestado por la hermana, ahora concursada, con ocasión de un crédito concedido a la sociedad de su hermano, comercial Rafael Ribas, S.L.

Ciertamente, las acciones rescisorias que contempla el art. 71 LC tratan de proteger la masa activa del concursado en beneficio de la masa pasiva. Pero en el presente caso, tanto la presentación del concurso de acreedores como, posteriormente, el ejercicio de la acción rescisoria, supone una anormalidad e inmoralidad en el ejercicio del derecho y una antisocialidad del daño a tercero que se hubiera evitado, empleando una mínima diligencia por parte del hermano de la concursada, D. Dimas , primero y, posteriormente, por parte de la administración concursal, en la gestión de la masa pasiva. Sencillamente reclamando el importe de las deudas del piso a su ocupante o resolviendo el precario.



Por ello, el motivo se estima y declaramos la nulidad por abuso de derecho del ejercicio de la acción rescisoria, privándole de los efectos perseguidos. La aplicación restrictiva, excepcional y extraordinaria de la institución (SSTS de 22 de junio de 2010), en el presente caso, queda sobradamente justificada.

SEXTO.- Costas.

Procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal al recurrente, con pérdida del depósito constituido.

No procede la imposición de costas del recurso de casación, que ha sido estimado, conforme al art. 398.1 LEC , con devolución del depósito constituido.

Procede la imposición de costas de la primera instancia a la administración concursal, y no hacemos pronunciamiento alguno de las originadas por el recurso de apelación que resulta estimado.

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

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Isba, SGR, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Quinta de fecha 11 de julio de 2013, en el Rollo 193/2013 .

2º.- Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal al recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir.

3º.-Estimar el recurso de casación interpuesto por Isba, SGR, contra la referida sentencia, que anulamos y dejamos sin efecto, y en su lugar, declaramos:

Primero.- La estimación del recurso de apelación y, consiguientemente, la desestimación de la demanda en la que se ejercita la acción rescisoria, con estimación de la reconvención formulada por ISBA, S.G.R. en la que se solicitaba que se declarara la existencia de un abuso de derecho.

Segundo.- No procede imponer las costas del recurso de casación, devolviéndose al recurrente el depósito. Procede imponer las costas de la primera instancia a la administración concursal. No se imponen las ocasionadas en el recurso de apelación, a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, 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.