



Roj: STS 1095/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1095
Id Cendoj: 28079110012015100149
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1502/2013
Nº de Resolución: 105/2015
Procedimiento: Casación
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife como consecuencia de autos de juicio de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife.

El recurso fue interpuesto por la entidad NCG Banco S.A.(anteriormente Caixa de Aforros de Vigo e Orense e Pontevedra, Caixanova), representada por el procurador Antonio Ortega Fuentes.

Es parte recurrida la Administración Concursal de la entidad Construcciones JJ Alemán, S.A.

Autos en los que también han sido parte las entidades Construcciones J.J. Alemán, S.L. y José Luis de Promociones e Inversiones Galaico Canarias, S.L., que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La Administración Concursal de la entidad Construcciones J.J. Alemán S.L., interpuso demanda de incidente concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, contra las entidades Construcciones J.J. Alemán, S.L. y Caixa de Aforros de Vigo e Orense e Pontevedra, Caixanova, para que se dictase sentencia:

"estimatoria de la demanda por la que declare:

- *La rescisión de la ampliación de garantía hipotecaria formalizada en escritura pública otorgada ante el notario Don Luis Novoa Botas el día 24 de octubre de 2007, protocolo nº 2875, por la cantidad dispuesta de 4.500.000 euros, sobre finca número 51054 de Arona, Tomo 1635, Libro 806, Folio 46, inscripción segunda, del Registro de la Propiedad de Arona, y en su consecuencia la ineficacia del mismo, condenando a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración.*

- *La rescisión del pago/extinción de la obligación de la concursada a favor de Caixanova, realizado por subrogación del comprador, en virtud de escritura de compraventa formalizada el día 4 de abril de 2008, ante el notario Don Roberto J. Cutillas Morales, protocolo 1846, en la cuantía de 4.264.428,97 euros, diferencia entre el importe de la cantidad garantizada con hipoteca a fecha de formalización de la ampliación objeto de la anterior rescisión -11 de octubre de 2007- (10.916.571,03 euros) y el precio de la compraventa, IGIC incluido -15.181.000 euros-, condenando a Caixa de Aforros de Vigo e Orense e Pontevedra, Caixanova a reintegrar a la masa los 4.264.428,97 euros, más los intereses, sin perjuicio del reconocimiento del crédito concursal ordinario que pueda surgir a favor de la mencionada Caja como consecuencia de esta rescisión.*

- *Se condene a Caixa de Aforros de Vigo e Orense e Pontevedra, Caixanova, a reintegrar a la masa los gastos de formalización de los actos rescindidos, por importe de 224.200,15 euros, así como la comisión cobrada de 93.000 euros, más los intereses.*

- *Se declare que la entidad Caixa de Aforros de Vigo e Orense e Pontevedra, Caixanova ha actuado de mala fe y en fraude de acreedores en la formalización de la garantía objeto de rescisión.*

Y todo ello con expresa imposición de costas."

2. La procuradora Renata Martín Vedder, en representación de la entidad Caixa de Aforros de Vigo e Orense e Pontevedra, Caixanova, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"en la que se desestimen todas las pretensiones de la parte demandante solicitadas por la administración concursal en Incidente Concursal de Reintegración, con expresa condena en costas de la parte demandante."

3. La procuradora Ana María Hernández Oramas, en representación de la entidad Construcciones J.J. Alemán S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime la demanda incidental."

4. El procurador Miguel Andrés Rodríguez López, en representación de la entidad Jose Luis de Promociones e Inversiones Galaico Canarias, S.L., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"desestimando el incidente concursal en lo que afecte a la compraventa suscrita entre mi representado y la mercantil concursada elevada a pública en escritura de 4 de abril de 2008, número de protocolo 1846 del notario de Adeje, D. Roberto J. Cutillas Morales, declarando la conformidad a derecho de la citada operación mercantil, y resolviendo conforme a derecho en cuanto al resto de los pedimentos de la administración concursal que no afectan a esta parte, condenando al abono de las costas procesales generadas a mi representada a la parte que vea desestimadas sus pretensiones y/o solidariamente a la parte que haya traído al procedimiento a mi mandante."

5. El Juez de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia con fecha 19 de abril de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por la Administración concursal de Construcciones JJ Alemán SL, contra la concursada, contra Caixa de Aforros de Vigo e Orense e Pontevedra, Caixanova- y contra José Luis de Promociones e Inversiones Galaico Canarias SL y absuelvo a las demandadas de las pretensiones formuladas.

Todo ello sin expresa condena en costas."

Tramitación en segunda instancia

6. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la Administración Concursal.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, mediante Sentencia de fecha 8 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA DECIDE: 1. Se estima el recurso de apelación interpuesto por la administración concursal y, en consecuencia, se revoca la sentencia apelada que se deja sin efecto.

2. Se estima la demanda incidental deducida por la mencionada administración y en consecuencia:

(i) Se declara la rescisión de la ampliación de la garantía hipotecaria formalizada en escritura pública ante el Notario don Luis Novoa Botas el día 24 de octubre de 2007, bajo el número 2875 de su protocolo, por la cantidad dispuesta de 4.500.000 euros sobre la finca núm. 51054 de Arona, inscrita al tomo 1635, Libro 806, Folio 46, inscripción segunda del Registro de la Propiedad de esta Ciudad.

(ii) Se declara la rescisión del pago/extinción de la obligación de la concursada a favor de Caixanova, realizado por subrogación del comprador, en virtud de la escritura de compraventa formalizada el 4 de abril de 2008, ante el Notario don Roberto J. Cutillas Morales bajo el núm. 1846 de su protocolo, en la cuantía de 4.264.428,97 euros, diferencia entre la cantidad garantizada con hipoteca a fecha de la formalización de la ampliación objeto de la anterior rescisión (10.916.571,03 euros) y el precio de la compraventa IGIC incluido (15.181.000 euros)

(iii) Se condena a la entidad demandada, Caixa de Aforros de Vigo e Ourense e Pontevedra -Caixanova-, a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a reintegrar a la masa la cantidad de 4.264.428,97 euros, más los intereses de esta cantidad, como consecuencia de la rescisión anterior, reconociendo a dicha entidad un crédito concursal ordinario por dicha cantidad, y la cantidad de 204.830,61 euros por los gastos de formalización de los actos rescindidos así como la de 93.000 euros por la comisión cobrada, más sus intereses.

(iv) No se hace imposición especial sobre las costas de primera instancia.

3. No se hace imposición especial sobre las costas originadas con el recurso."

Interposición y tramitación del recurso de casación

7. La procuradora Renata Martín Vedder, en representación de la entidad NCG Banco, S.A. (entidad sucesora de Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra), interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) *Infracción del art. 71.5.1 de la LC.*

2º) *Infracción del art. 71.1 de la LC.*"

8. Por diligencia de ordenación de 12 de junio de 2013, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

9. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad NCG Banco S.A., representada por el procurador Antonio Ortega Fuentes; y como parte recurrida la Administración Concursal de la entidad Construcciones JJ Alemán, S.A..

10. Esta Sala dictó Auto de fecha 4 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de NGC BANCO S.A., contra la Sentencia dictada, con fecha 8 de abril de 2013, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Cuarto), en el rollo de apelación nº 465/12, dimanante de los autos de incidente concursal, nº 479/09 (sic) del Juzgado Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife."

11. Dado traslado, la Administración Concursal de la entidad Construcciones JJ Alemán S.L., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

12. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de febrero de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

i) El 31 de abril de 2007, Construcciones J.J. Alemán S.A. (en adelante, JJ Alemán) concertó con Caixa de Aforros de Vigo e Ourense e Pontevedra (en adelante, Caixanova) una póliza de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 10.900.000 euros, para financiar la compra de la finca registral núm. 51.054 de Arona, por un precio de 9.460.000 euros. Esta finca fue la que hipotecó.

ii) El 11 de octubre de 2007, JJ Alemán y Caixanova concertaron una póliza de novación y ampliación del préstamo, con la misma garantía, por un importe de 18.600.000 euros, y la finca paso a responder por la totalidad del préstamo (29.500.000 euros). Una parte de la cantidad objeto del nuevo préstamo, la suma de 4.500.000 euros, fue ingresada en la cuenta núm. 0040000409 que JJ Alemán tenía en Caixanova.

iii) Ese mismo día 11 de octubre de 2007, JJ Alemán y Caixanova concertaron una imposición a plazo fijo en la cuenta núm. 0010000652, por importe de 4.000.000 euros, que se traspasó a esta cuenta desde la anterior (la núm. 0040000409). Y sobre esta imposición a plazo fijo se constituyó una prenda para garantizar el cumplimiento de tres pólizas de descuento de efectos y certificaciones, que ya tenía JJ Alemán con esta entidad de crédito, de modo que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las pólizas de descuento legitimaba a Caixanova para dar por vencido el depósito y aplicar el crédito pignorado al pago de las obligaciones incumplidas en las pólizas de descuento.

iv) Ese mismo día 11 de octubre de 2007, con cargo a la suma depositada en la cuenta 0040000409, Caixanova cargó una comisión de 93.000 euros, se pagó a T12 Gestión Inmobiliaria, S.A. la cantidad de 224.220,15 euros por los gastos de la operación, y se traspasaron 300.000 euros a la cuenta 0550000485, para cancelar la póliza de crédito que tenía JJ Alemán con Caixanova.

v) Entre el 15 de noviembre de 2007 y el 4 de abril de 2008, se realizaron varias cancelaciones parciales de la imposición a plazo fijo en la cuenta núm. 0010000652, con las que se pagaron reclamaciones de efectos derivados de las pólizas garantizadas con derecho de prenda.

vi) El 4 de abril de 2008, JJ Alemán vendió la finca hipotecada a José Luis de Promociones e Inversiones Galaico Canarias, S.L., por un precio de 15.181.000 euros, que la compradora abonó mediante su subrogación en el préstamo hipotecario, lo que se formalizó con la escritura pública de 25 de abril de 2008, entre la compradora y Caixanova. Con ello se canceló el préstamo hipotecario con JJ Alemán.

vii) El día 28 de abril de 2008, se canceló la imposición a plazo fijo de la cuenta núm. 0010000652, y el saldo fue ingresado en la cuenta 0040000409.

viii) JJ Alemán fue declarada en concurso el día 23 de abril de 2008.

2. En su demanda de reintegración, la administración concursal de JJ Alemán solicitó la rescisión de cuatro actos: i) la ampliación de la garantía hipotecaria formaliza el 11 de octubre de 2007, por la cantidad dispuesta de 4.500.000 euros; ii) el pago o extinción de la obligación de la concursada a favor de Caixanova, realizado por subrogación del comprador, en virtud de la escritura de compraventa de 4 de abril de 2008, en la cuantía de 4.264.428,97 euros, que es la diferencia entre el importe de la cantidad garantizada con hipoteca a la fecha de la formalización de la ampliación objeto de la anterior rescisión (10.916.571,03 euros) y el precio de la compraventa (15.181.000 euros); iii) los gastos de formalización de la ampliación de la garantía, que ascienden a 224.220,15 euros; y iv) la comisión de 93.000 euros, cobrada por Caixanova.

En la demanda, cuando se aportan las razones de la rescisión de estos actos, se hace hincapié en que 4.500.000 euros, provenientes de la ampliación del préstamo, fueron destinados a pagar los gastos y comisiones de la escritura de ampliación del préstamo hipotecario, para cancelar una póliza de préstamo anterior y para cubrir las reclamaciones provenientes de las pólizas de descuento. De tal modo -se afirma literalmente- que «el único fin de la ampliación concedida fue cancelar una póliza de crédito anterior suscrita con Caixanova, reclamar efectos ya descontados con Caixanova y sufragar los gastos y comisiones de la propia operación de ampliación».

Y añade la demanda que «el perjuicio causado es evidente, toda vez que cuando el inmueble sobre el que se constituyó la garantía se transmite (una vez solicitado el concurso y apenas unos días antes de ser declarado), nada ingresa la concursada en la caja social, ya que el precio de la compraventa, IGIC incluido, fue exactamente el adeudado a Caixanova el día del otorgamiento de la escritura pública (4 de abril de 2008) 15.181.000 euros, préstamo en el que se subrogó la compradora José Luis de Promociones e Inversiones Galaico Canarias, S.L. Es evidente que el pago realizado por la entidad concursada a la codemandada mediante subrogación del comprador en el préstamo no es un pago ordinario sino que viene motivado por la previa ampliación de la garantía hipotecaria que es objeto de rescisión. De no haberse ampliado la garantía -añade a modo de conclusión- la concursada habría ingresado en la caja social, al menos, 4.264.428,97 euros, diferencia entre el saldo de la deuda garantizada a fecha de la formalización de la ampliación -11 de octubre de 2007- (10.916.571,03 euros) y el precio de la compraventa antes referido -15.181.000 euros-».

También se pedía que se declarara «que Caixanova había actuado de mala fe y en fraude de acreedores en la formalización de la garantía real objeto de rescisión».

3. El juzgado mercantil desestimó la demanda, al no apreciar que hubiera perjuicio para la masa activa del concurso.

Esta sentencia de primera instancia fue revocada en apelación, al estimar la Audiencia Provincial el recurso de la administración concursal. La sentencia de apelación parte de la consideración de que el perjuicio no puede presumirse o inferirse, por sí mismo, de la constitución de la garantía hipotecaria, porque esta ni se constituyó ni se amplió a favor de una obligación previa o preexistente, sino en virtud del incremento del préstamo que en la misma fecha se concedía. Sin embargo, la Audiencia entiende que la apertura de la cuenta con la imposición a plazo fijo con fondos provenientes de la ampliación del préstamo y el destino dado a esas cantidades con el pago de las obligaciones derivadas de las pólizas de descuento, hasta su cancelación, y la venta de la finca hipotecada mediante la subrogación del comprador en la deuda derivada del préstamo garantizada con la hipoteca, supone una minoración injustificada de la masa activa. Y razona que «se conviene la ampliación del préstamo hipotecario con la aparente finalidad de financiar la construcción de un edificio que no se lleva a cabo, y una parte de los fondos del préstamo ampliado (los únicos de los que se dispone) se destina a la cobertura de las obligaciones de la concursada con la entidad prestataria, en un momento en el que ya se había informado en los medios de comunicación de la provincia la situación de iliquidez de la

concurada, para finalmente proceder a la venta de la finca de ésta (cuando ya se había solicitado el concurso) por un precio que se corresponde con el importe del saldo del préstamo pendiente de amortizar, del que se había detruido la cantidad destinada a la imposición de plazo fijo con el que se hizo pago de las obligaciones de la concursada».

En consecuencia, la sentencia de apelación acuerda, según se había pedido en la demanda, la rescisión de la ampliación de la garantía hipotecaria sobre la finca núm. 51054 de Arona, por la cantidad dispuesta de 4.500.000 euros; así como la rescisión del pago/extinción de la obligación de la concursada a favor de Caixanova, realizado por subrogación del comprador, en la cuantía de 4.264.428,97 euros, diferencia entre la cantidad garantizada con hipoteca a fecha de la formalización de la ampliación objeto de la anterior rescisión (10.916.571,03 euros) y el precio de la compraventa (15.181.000 euros).

4. La sentencia de apelación es recurrida en casación por Caixanova, sobre la base de dos motivos.

Recurso de casación.

5. *Formulación del motivo primero*. El motivo denuncia la infracción de las normas aplicables al caso, en concreto, del art. 71.5.1 LC, pues la ampliación del crédito hipotecario y, posteriormente, los pagos realizados con cargo a parte de los fondos obtenidos se encuadraban dentro de la actividad ordinaria de la compañía, y, por lo tanto, quedaban dentro de la protección que otorga el art. 71.5 LC.

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

6. *Desestimación del motivo primero*. El art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso que, por formar parte de su giro y tráfico ordinario, se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.

El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.

No puede entenderse que la financiación de una promoción inmobiliaria, mediante la ampliación de un préstamo hipotecario, y el destino de una parte de los fondos a cubrir las deudas derivadas de tres pólizas de descuento y otra de crédito, sea un acto ordinario de la sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria.

Aunque las empresas inmobiliarias necesiten financiación para desarrollar su actividad empresarial, la promoción inmobiliaria, y no siempre se puede obtener mediante recursos propios, la obtención de un préstamo hipotecario o su ampliación, en sí mismo, no es un acto ordinario a los efectos del art. 71.5.1 LC, como tampoco lo es destinar parte del préstamo a pagar las deudas financieras que pudiera tener la promotora con una entidad de crédito, derivadas en este caso del impago de los efectos descontados con cargo a una póliza de crédito de descuento.

7. *Formulación del motivo segundo*. El motivo denuncia la infracción del art. 71.1 LC, pues la ampliación del préstamo hipotecario y que una parte de los primeros fondos puestos a disposición de la sociedad concursada fueran empleados para el pago de obligaciones vencidas y exigibles no podía reputarse un acto perjudicial para la masa activa.

En el desarrollo del motivo se razona que «la sentencia recurrida vulnera la correcta interpretación del art. 71.1 LC toda vez que sostiene una interpretación ilógica y arbitraria del concepto de perjuicio para la masa activa, sobre la base del hecho probado y no discutido de que las obligaciones pagadas estaban vencidas y eran exigibles», «por lo que -prosigue más adelante el recurrente- su pago no era perjudicial para la masa activa al tener un resultado neutro, dado que el incremento del pasivo como consecuencia de la ampliación hipotecaria quedó compensado por la reducción del pasivo mediante el pago de estas obligaciones».

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

8. *Estimación del motivo segundo*. Conforme al art. 71.1 LC, precepto que se denuncia infringido, «(d) eclarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta».

Para poder juzgar si la sentencia recurrida ha infringido este precepto, tal y como es interpretado por la jurisprudencia, es necesario partir de esta jurisprudencia y tener en cuenta los concretos actos de disposición que son objeto de impugnación.

La jurisprudencia concibe "el perjuicio para la masa activa" como un sacrificio patrimonial injustificado «en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación» (Sentencias 629/2012, de 26 de octubre ; 487/2013, de 10 de julio ; 100/2014, de 30 de abril ; y 428/2014, de 24 de julio). Fuera de los supuestos regulados en el apartado 2 del art. 71 LC en los que se presume *iuris et de iure* el perjuicio (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), «en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC , que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa» (Sentencia 629/2012, de 26 de octubre).

La sentencia recurrida acuerda la rescisión de la ampliación del préstamo hipotecario de 11 de octubre de 2007, por la cantidad dispuesta de 4.500.000 euros, y el pago/extinción de la obligación de la concursada a favor de Caixanova, realizado con la subrogación del comprador, en virtud de la escritura de 4 de abril de 2008, en la cuantía de 4.264.428,97 euros; y condena a pagar esta última cantidad, más 204.830,61 euros, por los gastos de formalización de los actos rescindibles, y 93.000 euros por la comisión cobrada.

9. La propia sentencia recurrida razona que la ampliación del préstamo hipotecario, de 11 de octubre de 2007 , no se veía afectada por la presunción del art. 71.3.2º LC , porque no se había constituido la garantía «a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas». En realidad se trata de una garantía contextual, que amplía la garantía hipotecaria ya existente al importe de la ampliación del préstamo.

Sin embargo, la Audiencia rescinde la ampliación del préstamo hipotecario, se supone que de forma parcial, en atención al destino que se da a una parte del crédito concedido, en concreto, 4.500.000 euros, pues con ellos se acaban pagando, en los meses siguientes, deudas de la concursada con la entidad bancaria derivadas de tres pólizas de descuento y una póliza de crédito. Es aquí donde radica el error de la Audiencia, pues en sí mismo el acto de disposición que supone la ampliación del préstamo hipotecario no sería perjudicial, máxime cuando la ampliación de la garantía es contextual a la ampliación del crédito (18.600.000 euros) y se ha descartado que esta nueva obligación garantizada hubiera sustituido a otra anterior, mediante su amortización.

En realidad, los actos en los que se basa la sentencia apelada para apreciar el perjuicio para la masa activa de la ampliación de la garantía hipotecaria, son posteriores, y se refieren al empleo de una parte de la ampliación del crédito concedido (4.500.000 euros), con la que se constituyó un depósito al que, directa o indirectamente (mediante la constitución de una imposición a plazo fijo pignorada al pago de las deudas derivadas de tres pólizas de descuento de la concursada), se acabaron cargando, durante los meses siguientes, deudas de la concursada con la entidad de crédito.

En puridad, se hubiera tenido que impugnar este acto de disposición (el destino de 4.500.000 euros), y no la ampliación del préstamo hipotecario. Y aunque se hubiera impugnado, bajo la jurisprudencia sobre la rescisión de los pagos contenida en la reseñada Sentencia 629/2012, de 26 de octubre , tampoco hubiera prosperado, pues los pagos lo fueron de deudas debidas, vencidas y exigibles.

Según la reseñada Sentencia 629/2012, de 26 de octubre :

«En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.

»Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la

condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum* .

Ni la demanda, ni la sentencia recurrida justifican qué circunstancias son las que concurren que privan de justificación unos pagos debidos, vencidos y exigibles. Es cierto que alguno de ellos fue muy próximo a la declaración de concurso, pero no basta la mera proximidad, ha de concurrir alguna otra razón que ponga en evidencia la alteración de la *par condicio creditorum* .

11. Además, se da la circunstancia de que la mayoría de estos pagos están excluidos de la rescisión concursal, en virtud del art. 15 Decreto Ley 5/2005, de 11 de abril , pues se hicieron mediante la satisfacción de una garantía financiera, cuya constitución no fue impugnada. La Audiencia no cayó en la cuenta que los pagos realizados con cargo a la imposición a plazo fijo de 4.000.000 euros, para satisfacer las obligaciones derivadas de las pólizas de descuentos, en garantía de las cuales se había pignorado la imposición a plazo fijo, no dejan de ser compensaciones mediante las cuales se ejecuta la garantía financiera. La ejecución de la garantía financiera, conforme a lo previsto en el art. 15 DL 5/2005 , no puede ser objeto de rescisión concursal, sino que, en todo caso, debería serlo la formalización o aportación de la garantía financiera.

Para que pudiera prosperar la acción rescisoria concursal sobre la formalización o aportación de la garantía financiera, el apartado 5 del art. 15 DL 5/2005 , en su redacción originaria, exigía que se hubieran «realizado en perjuicio de acreedores». Tras la reforma operada por la Ley 7/2011, de 11 de abril, se sustituye la exigencia adicional de que la formalización o aportación de las garantías financieras se hubieran realizado en «perjuicio de acreedores», por la exigencia de que se hubieran realizado «en fraude de acreedores». Al margen de lo que se deba entender por una u otra exigencia, en ambos casos se trata de un complemento que se añade a los requisitos generales de la rescisión concursal, y no consta en este procedimiento que se hubieran cumplido. Máxime cuando sí consta que el tribunal de instancia rechazó expresamente que los actos impugnados hubieran sido realizados con mala fe o en fraude de acreedores.

12. Una vez declarada la improcedencia de la rescisión de la ampliación del préstamo hipotecario, también debemos dejar sin efecto la rescisión del pago/extinción de la obligación de la concursada a favor de Caixanova, realizado con la subrogación del comprador, en virtud de la escritura de 4 de abril de 2008, por la vinculación que, respecto de su solicitud, se establecía en la demanda y en la sentencia recurrida que la estimó. Del mismo modo que quedan sin efecto los pronunciamientos de condena derivados de la estimación de ambas rescisiones.

Costas

13. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena de las costas generadas con este recurso (art. 398.2 LEC).

La estimación del recurso de casación ha supuesto la desestimación del recurso de apelación, razón por la cual procede imponer a la parte apelante las costas de la apelación (art. 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación formulado por la representación Caixa de Aforros de Vigo e Ourense e Pontevedra (Caixanova), hoy NCG Banco, S.A., contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4ª) de 8 de abril de 2013 (rollo núm. 465/2012), que dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación formulado por la administración concursal de Construcciones J.J. Alemán S.A. contra la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 19 de abril de 2011 (incidente concursal núm. 473/2009), con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. No hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con el recurso de casación.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- **Ignacio Sancho Gargallo**.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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.