



Roj: **STS 4646/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4646**

Id Cendoj: **28079110012016100618**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2016**

Nº de Recurso: **966/2014**

Nº de Resolución: **642/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CS 84/2014,**  
**STS 4646/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 26 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Barnices Pinturas y Derivados EQ S.L., representada por la procuradora D.ª Nuria Munar Serrano, bajo la dirección letrada de D. Salvador Company Peris, contra la sentencia n.º 18/2014, de 17 de enero, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, en el recurso de apelación núm. 508/2013, dimanante de las actuaciones de Incidente Concursal núm. 500/2011, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Castellón. Ha sido parte recurrida la Administración Concursal de Dipolack S.L. representada por el procurador D. Evencio Conde de Gregorio y bajo la dirección letrada de D. Roque Gámbaro Royo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

**1.-** El administrador concursal de Dipolack S.L., interpuso demanda incidente concursal contra la concursada Dipolack S.L. y contra Barnices, Pintura y Derivados EQ S.L. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se declare:

»1.- Que la constitución de hipoteca mediante escritura otorgada el día 20 de mayo de dos mil diez ante el Notario de Valencia, Don Manuel Sierra Murcia, y la cesión de créditos en pago de débitos anteriores formalizada mediante escritura otorgada el 4 de Enero de 2011 ante el mismo notario, son perjudiciales para la masa activa y pasiva del concurso de la predicha sociedad, procediendo su rescisión.

»2.- Se ordene la realización cuantos actos y formalidades fueren precisos a para la extinción de la hipoteca a todos los efectos».

**2.-** La demanda fue presentada el 27 de junio de 2011, y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Castellón, fue registrada con el núm. 500/2011. Una vez admitida a trámite, se emplazó a las partes demandadas.

**3.-** La procuradora D.ª Pilar José Inglada rubio, en representación de Barnices, Pinturas y Derivados EQ S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte Sentencia, en virtud de la cual, desestime íntegramente las acciones rescisorias ejercitadas de contrario, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante».



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Castellón dictó sentencia n.º 183/2012, de 23 de abril , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por la Administración Concursal, contra Dipolack S.L y Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L., debo acordar y acuerdo:

Declarar perjudicial para la masa activa del concurso de Dipolack la hipoteca de máximo constituida mediante escritura otorgada el 20 de mayo de dos mil diez ante el notario de Valencia, D. Manuel Sierra Murcia y la cesión de crédito ante el mismo notario mediante escritura de fecha 4 de enero de 2011.

»Se declara su ineficacia procediéndose a la rescisión de las mismas.

»Se acuerda la realización de cuantos actos y formalidades sean precisos para la extinción de la hipoteca todos los efectos, para lo que se librarán los mandamientos oportunos de cancelación, siendo a cargo de Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L todos los gastos.

»Se condena por tanto a Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L a cancelar a su costa las inscripciones registrales a las que ha dado lugar, que deberá realizar todas las actuaciones precisas.

»Se acuerda la reintegración a la masa activa de la concursada del total del importe cobrado por la demandada Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L como consecuencia de la cesión de crédito rescindida.

»No se hace expresa imposición de costas respecto de la reclamación dirigida frente a la concursada.

»En cuanto a la pretensión ejercitada frente a demandada Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L se imponen las costas a la entidad demandada, que deberán incorporarse a la masa».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Barnices, Pintura y Derivados EQ, S.L.

2.- La resolución del recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, que lo tramitó con el número de rollo 508/2013 , y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia n.º 18/2014, de 17 de enero , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Desestimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Barnices, Pinturas y Derivados EQ S.L. contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón en fecha veintitrés de abril de dos mil doce, en autos de Juicio incidente concursal seguidos con el número 500 de 2011, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida e imponemos a la parte recurrente las costas causadas por su apelación.

»Se declara la pérdida de la cantidad consignada como depósito para recurrir, puesto que se desestima el recurso.

»Notifíquese la presente Sentencia y remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento».

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Pilar Inglada Rubio, en representación de Barnices, Pinturas y Derivados EQ S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC , infracción de las normas relativas al reparto de la carga de la prueba, en concreto del art. 217 apartados 1 , 2 y 6 , en relación con el art. 71.4 LC .

»Segundo.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC , infracción del art. 281.3 LC sobre los hechos exentos de prueba.

»Tercero.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , infracción de las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba por la existencia en la sentencia recurrida de un error patente o de una clara arbitrariedad en la valoración de la prueba al ser manifiestamente arbitraria e ilógica dicha valoración e infringir el art. 326 LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.2.3º LEC , por infracción de la interpretación del art. 71.1 LC en relación con el apartado 4 del mismo precepto, efectuada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación al concepto jurídico indeterminado del perjuicio relativo a la acción rescisoria concursal [...]



»Segundo.- Al amparo del art. 477.2.3º LEC , por infracción del art. 71.5 LC y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la protección de la rescisión de los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de "Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L." contra la Sentencia dictada en fecha 17 de enero de 2014, por la Audiencia Provincial de Castellón (Sección tercera), en el rollo de apelación nº 508/2013, dimanante de los autos de incidente concursal nº 500/2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 21 de julio de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de octubre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 20 de marzo de 2010, la compañía mercantil Dipolack, S.L. (en adelante, Dipolack) constituyó una hipoteca sobre una finca de su propiedad (finca registral nº 18.211 del Registro de la Propiedad de Vinaroz), «en seguridad y garantía del buen fin y completo pago» a la entidad Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L. (en adelante, Barnices), del precio de las ventas de barnices y similares que desde el mismo día y durante siete años efectuara Barnices a Dipolack, hasta un máximo de 500.000 ?.

2.- El 4 de enero de 2011, Dipolack otorgó escritura pública en la que reconoció adeudar a Barnices 306.909,91 ?, resultantes de facturas correspondientes a la venta de materias primas y mercancías durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2010; y cedió a Barnices créditos por importe de 219.049,29 ?, para el pago de dicha deuda, quedando pendientes 87.860,62 ?.

3.- El 7 de enero de 2011, Dipolack solicitó la declaración de concurso voluntario, que fue declarado por auto de 8 de marzo de 2011.

4.- La administración concursal presentó demanda incidental de rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, contra Dipolack y Barnices, en la que solicitó la rescisión de las mencionadas hipoteca y cesión de créditos.

5.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda incidental, por considerar resumidamente: (i) La hipoteca se constituyó para garantizar deudas preexistentes, sin contrapartida patrimonial para la deudora, por lo que supuso un perjuicio para la masa activa; (ii) La cesión de créditos para pago de deudas se hizo tres días antes de la solicitud de concurso, con intención manifiesta de alterar la *par conditio creditorum* en beneficio de la cesionaria y perjuicio de los demás acreedores; (iii) Tales actos, constitución de hipoteca y cesión de créditos, exceden de lo que pueden considerarse actos ordinarios de administración o disposición.

6.- Interpuesto recurso de apelación por Barnices, fue desestimado por la Audiencia Provincial, que consideró sintéticamente que: (i) La hipoteca litigiosa es una hipoteca de máximo en garantía de deudas futuras, regulada en los arts. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria , en concordancia con lo dispuesto en el art. 1861 CC y en los arts. 105 y 112.1 de la propia LH ; (ii) Es un acto perjudicial para la masa, porque sin contraprestación económica a favor de la concursada, da lugar a la directa sujeción del bien hipotecado al pago del crédito ( art. 155 de LC ) y otorga al acreedor hipotecario un derecho de ejecución separada ( arts. 55 y 56 LC ), de suerte que, además de privilegiar a un acreedor sobre la masa, tiene la consecuencia de minorar ésta en el valor del bien hipotecado; (iii) No es un acto ordinario de administración o disposición, porque aunque tiene relación con el objeto social de la concursada y con su actividad mercantil, implicó la constitución de una garantía real que no era necesaria para dicho tráfico, ya que con anterioridad las partes habían mantenido relaciones comerciales sin dicho requisito; (iv) Respecto de la cesión de créditos, se hizo tres días antes de la solicitud de concurso y para favorecer a un acreedor en detrimento de los otros, lo que no se justifica porque la favorecida fuera la principal proveedora y acreedora de la concursada.

**Recurso por infracción procesal.****SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal. Carga de la prueba del perjuicio para la masa activa.**Planteamiento :*

1.- Barnices formuló un primer motivo de infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.2.º LEC , por infracción de los apartados 1 , 2 y 6 del art. 217 LEC , en relación con el art. 71.4 LC .

2.- En el desarrollo del motivo, se aduce resumidamente que la sentencia recurrida afirma sin prueba alguna que la constitución de la hipoteca fue perjudicial para la masa activa, sin que el supuesto esté incluido en ninguna de las presunciones legales de perjuicio. E igual sucede con la cesión de créditos, respecto de la que se afirma que resultó perjudicial para la masa, sin justificar en qué consiste dicho perjuicio.

*Decisión de la Sala:*

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial no basa su decisión en una aplicación de las reglas de carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC . Tampoco fundamenta su consideración de que la hipoteca y la cesión de créditos son perjudiciales para la masa activa en cuestiones de hecho susceptibles de prueba (o en caso de ausencia de la misma, de aplicación de las reglas sobre distribución de la carga probatoria). Sino que concluye que ambos actos son perjudiciales por razones jurídicas. En el caso de la hipoteca, porque sujeta directamente el bien hipotecado al pago del crédito ( art. 155 LC ) y otorga al acreedor un derecho de ejecución separada ( arts. 55 y 56 LC ), por lo que además de privilegiar un acreedor sobre el resto, tiene la consecuencia de minorar la masa en el valor de la carga hipotecaria. Y en el de la cesión de créditos, aparte de resaltar lo sospechoso del escaso lapso temporal transcurrido entre la cesión y la solicitud de concurso, porque la cesión implica un trato más favorable a la cesionaria en relación con el resto de acreedores en caso de insuficiencia de la masa ( art. 157.2 LC ).

2.- En consecuencia, la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida no se basa en una infracción de la normativa de la carga de la prueba, ante la ausencia de prueba del perjuicio, sino en consideraciones jurídicas que, en su caso, habrán de ser combatidas en el recurso de casación, pero que son ajenas al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

**TERCERO.-** *Segundo motivo de infracción procesal. Inadmisibilidad.**Planteamiento :*

1.- El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC , por infracción del art. 281.3 de la misma Ley , en relación a los hechos exentos de prueba.

2.- Al desarrollar el motivo, se argumenta sintéticamente que es un hecho indiscutido por las partes que antes de la constitución de la hipoteca de máximo Barnices y Dipolack no habían mantenido relaciones comerciales; pese a lo cual, la Audiencia Provincial no da por cierto este hecho, sino que afirma que entre las partes sí existían relaciones comerciales previas.

*Decisión de la Sala:*

1.- El motivo está mal planteado y debe ser inadmitido. El art. 469.1.2.º LEC , a cuyo amparo se formula, se refiere a la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Sin embargo, la disposición procesal que se cita como infringida, el art. 281.3 LEC , no es una norma reguladora de la sentencia ( arts. 209 , 214 , 215 , 216 , 217 , 218 , 219 , 220 , 221 y 222 LEC ), sino una norma sobre la prueba.

2.- A ello no obsta que en su día este motivo de infracción procesal fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de dicha admisión inicial, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia ( sentencias núm. 97/2011, de 18 de febrero , y 548/2012, de 20 de septiembre ). El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos» (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero ; 204/2005, de 18 de julio ; 237/2006, de 17 de julio ; 7/2007, de 15 de enero ; 28/2011, de 14 de marzo ; 29/2011 de 14 de marzo ; 69/2011, de 16 de mayo ; y 200/2012, de 12 de noviembre ).

3.- En cualquier caso, lo aducido en el motivo es irrelevante, puesto que la razón decisoria de la sentencia recurrida no tiene nada que ver con unas supuestas relaciones comerciales previas entre las partes; y de hecho, argumenta claramente que el gravamen pactado era una hipoteca de máximo en garantía de deudas futuras.

**CUARTO.-** *Tercer motivo de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba documental.**Planteamiento :*



- 1.- El tercer motivo de infracción procesal se enuncia conforme al art. 469.1.4.º LEC , y denuncia error patente y arbitrariedad en la valoración de la prueba documental, con infracción del art. 326 LEC .
- 2.- En la argumentación del motivo se aduce que una valoración de la prueba documental ajustado a lo previsto en el art. 326 LEC no permite concluir que los actos impugnados fueran perjudiciales para la masa activa, ya que ambas operaciones estaban justificadas.

*Decisión de la Sala :*

1.- En nuestro sistema procesal civil, como regla general, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el art. 469 LEC . Sin perjuicio de lo cual, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE . En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero , 29/2005, de 14 de febrero , y 211/2009, de 26 de noviembre , destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración».

En nuestras sentencias núm. 101/2011, de 4 de marzo , 263/2012, de 25 de abril , 418/2012, de 28 de junio , 262/2013, de 30 de abril , 235/2016, de 8 de abril , y 460/2016, de 5 de julio , entre otras muchas, tras reiterar la admisibilidad de un excepcional control de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de la segunda instancia, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, recordamos que:

«[n]o todos los errores en la valoración de la prueba tienen relevancia constitucional [...], dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio , lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales».

2.- En este caso, se denuncia el error en la valoración de la prueba documental ( art. 326 LEC ). Hemos dicho que la valoración de los documentos privados debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba ( sentencias núm. 458/2009, de 30 de junio , y 163/2016, de 16 de marzo ). La Audiencia Provincial deduce del contenido de la escritura de constitución de la hipoteca, en relación con el restante acervo probatorio de carácter documental, que entre las partes ya existían relaciones comerciales anteriores al otorgamiento de dicha garantía, por lo que, entre otros razonamientos, descarta que la misma y la cesión de créditos pudieran tener la consideración de actos ordinarios propios de la actividad comercial de la concursada en condiciones normales.

Aparte de que dicha conclusión no contradice la propia literalidad documental, porque en el expositivo primero de la escritura pública de constitución de hipoteca se dice textualmente que «[l]a mercantil Dipolack, S.L. viene manteniendo relaciones comerciales con la mercantil Barnices y Derivados EQ, S.L.[...], se trata de una valoración jurídica, no de una conclusión fáctica. Es decir, el supuesto error denunciado no sería un error de hecho, que es el revisable excepcionalmente en el recurso extraordinario de infracción procesal, sino un error de valoración jurídica, pues se refiere a cuestiones de naturaleza estrictamente sustantiva y de interpretación de los requisitos para la estimación de la acción rescisoria concursal.

Como consecuencia de lo cual, este tercer motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

### **Recurso de casación.**

**QUINTO.-** *Primer motivo de casación. Planteamiento.*

1.- El primer motivo de casación se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC , por infracción del art. 71.4 LC , en relación con la jurisprudencia configuradora del concepto jurídico indeterminado del perjuicio en la acción rescisoria concursal ( SSTS núm. 629/2012, de 26 de octubre ; 652/2012, de 8 de noviembre ); y con la doctrina jurisprudencial sobre los pagos efectuados en el periodo sospechoso ( SSTS núm. 487/2013, de 10 de julio ; y 692/2012, de 26 de octubre ).

2.- En el desarrollo del motivo se alega resumidamente, respecto de la constitución de la hipoteca, que la misma era necesaria para la continuación de la actividad empresarial y, por tanto, no perjudicial. Y en cuanto





a la cesión de créditos, el mero hecho de haberse realizado en el periodo sospechoso no es suficiente para considerarla perjudicial para la masa, cuando no hay otros elementos de juicio para ello.

**3.-** Como el motivo se refiere a dos operaciones diferentes, constitución de hipoteca y cesión de créditos, se resolverá separadamente cada uno de los submotivos, tras hacer unas consideraciones comunes sobre la jurisprudencia de esta Sala en relación con el concepto de perjuicio en la acción rescisoria concursal, ya que se invoca la supuesta infracción de tal doctrina.

**SEXTO.-** *Concepto de perjuicio en la acción rescisoria concursal. Jurisprudencia.*

**1.-** Son distintos los casos en que un negocio jurídico puede resultar rescindible, a partir de la cláusula general del art. 71.1 LC y las presunciones establecidas en los apartados 2 y 3 del mismo precepto. Cuando no operan tales presunciones, como es el caso, para que el negocio se estime como un acto perjudicial para la masa activa, ha de probarse el perjuicio ( art. 71.4 LC ).

Existirá perjuicio cuando, de forma injustificada, haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal. En el caso de la constitución de garantías reales, debe partirse de la base de que las mismas tienen un carácter accesorio, se instituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal ( artículo 1.857 CC ) y, desde este punto de vista, la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia.

La sentencia de esta Sala núm. 629/2012, de 26 de octubre , declaró que:

«El perjuicio de la 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. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración 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» .

**2.-** La jurisprudencia, pues, concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado ( sentencias núm. 629/2012, de 26 de octubre ; 487/2013, de 10 de julio ; 100/2014, de 30 de abril ; 428/2014, de 24 de julio ; y 105/2015, de 10 de marzo ). 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 *iuris tantum* previstas en el art. 71.3 LC , que por admitir prueba en contrario, trasladan a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

Cuando el acto impugnado consiste en la constitución de garantías sobre bienes del deudor, la jurisprudencia ha concretado más el concepto de perjuicio, por ejemplo, en las sentencias núm. 58/2015, de 23 de febrero , y 143/2015, de 26 de marzo , al decir:

«La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva un sacrificio patrimonial para la masa activa porque "implica una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito" ( Sentencia 100/2014, de 30 de abril )».

**SÉPTIMO.-** *La constitución de la hipoteca en garantía de deudas futuras no supuso perjuicio para la masa.*

1.- Si aplicamos los criterios expuestos a la constitución de la hipoteca litigiosa, no podemos considerar que perjudicara a la masa, porque no supuso perjuicio patrimonial injustificado. Al contrario, al no garantizar el pago de deudas preexistentes, sino el de deudas futuras contraídas por la recepción de suministros imprescindibles para el mantenimiento de la actividad empresarial de Dipolack, lo que hacía era contribuir a la subsistencia de la empresa y a que siguiera funcionando, lo que supondría la generación de nuevos activos con los que cumplir con el resto de sus acreedores. Es decir, el sacrificio patrimonial que podría suponer la constitución del gravamen tenía como contrapartida el aseguramiento del suministro durante un largo periodo de tiempo - siete años- y, desde ese punto de vista, estaba justificado.

2.- La sentencia recurrida no toma en consideración dicha consecuencia económica, sino que desde un planteamiento formal llega a una conclusión que, llevada a sus últimas consecuencias, supondría que cualquier constitución de un gravamen debería ser considerado perjudicial para la masa. Es cierto que, en términos generales, la hipoteca desvaloriza el activo de la deudora, puesto que dificulta la enajenación del bien afectado o incluso su ofrecimiento en garantía si hiciese falta la obtención de crédito; pero ello es consustancial a cualquier gravamen de semejante naturaleza y no por ello es necesariamente perjudicial para la masa, sino que habrá que comprobar si ese sacrificio (la desvalorización) es justificado o no.

Del mismo modo, es también correcta la afirmación de que cualquier constitución de hipoteca, tras la declaración de concurso del deudor hipotecado, sujeta directamente el bien hipotecado al pago del crédito ( art. 155 LC ) y privilegia al acreedor mediante un derecho de ejecución separada ( arts. 55 y 56 LC ). Pero son consecuencias comunes a cualquier gravamen hipotecario y no implican, *per se* , que sea perjudicial para la masa, en los términos que ya hemos expuesto.

3.- Por ello, se opone a la jurisprudencia de esta Sala la conclusión de la sentencia recurrida de que la constitución de la hipoteca fue perjudicial para la masa activa del concurso, porque la minoración de la masa en el valor de la carga hipotecaria tuvo como contrapartida razonable el aseguramiento de la continuidad de los suministros necesarios para el mantenimiento de la actividad empresarial de Dipolack, lo que no puede considerarse un sacrificio patrimonial injustificado.

Razones por las que este primer submotivo de casación debe ser estimado, con las consecuencias que luego se dirán.

**OCTAVO.-** *La cesión de créditos y el perjuicio para la masa.*

1.- En cuanto a la cesión de créditos, es cierto que su mera realización en los dos años anteriores no conlleva *per se* que sea rescindible. Pero aparte de que el elemento temporal en este caso sí es muy significativo, puesto que la operación se realizó tres días antes de la solicitud de concurso, no es la razón decisiva por la que la Audiencia confirmó su rescisión, sino que lo determinante es que la deudora se desprendió de unos activos (los créditos) sin contrapartida suficiente, lo que redundaba en el sacrificio patrimonial injustificado que constituye el perjuicio.

Conforme a lo expuesto anteriormente, fuera de las presunciones legales ( art. 71.4 LC ), habrá perjuicio para la masa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto impugnado, la composición de la masa activa tendría un mayor valor.

2.- Según estos parámetros, en este caso la cesión de créditos en pago de deudas ya vencidas resulta perjudicial para la masa, porque el deudor cumplió una obligación vencida y exigible por un medio de pago que no fue el inicialmente pactado e inusual en su tráfico ordinario, lo que supuso a un tiempo privilegiar a unos acreedores frente a otros y extraer bienes de la masa. Además, cuando se realizó la operación la deudora ya estaba en situación de insolvencia y la cesión puso de manifiesto su intención de realizar una discriminación de pagos a favor de un concreto acreedor en detrimento de otros.

3.- En consecuencia, este segundo submotivo de casación debe ser desestimado.

**NOVENO.-** *Segundo motivo de casación. Actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor realizados en condiciones normales.*

*Planteamiento :*

1.- También al amparo del art. 477.2.3º LEC , en el segundo motivo de casación se denuncia la infracción del art. 71.5 LC y de la jurisprudencia que lo interpreta, citándose como infringidas las sentencias de esta Sala núm. 487/2013, de 10 de julio , y 629/2012, de 26 de octubre .

2.- En el desarrollo del motivo, se arguye resumidamente que no se han tenido en cuenta todas las circunstancias concurrentes en ambas operaciones - constitución de hipoteca y cesión de créditos-, lo que



contraría la doctrina de esta Sala sobre la realización de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, excluidos de la rescisión.

**3.-** Dada la estimación del submotivo referido a la constitución de la hipoteca, únicamente trataremos ya en la resolución de este segundo motivo casacional las alegaciones referidas a la cesión de créditos.

*Decisión de la Sala :*

**1.-** El art. 71.5 LC exige una doble condición para que los actos realizados por el concursado queden exentos de la rescisión: que sean actos ordinarios ligados a su actividad empresarial o profesional y que se hayan realizado en condiciones normales. Las sentencias de esta Sala núm. 740/212 de 12 de diciembre, 487/2013, de 10 de julio , y 488/2016, de 14 de julio , señalaron que el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.2 CCom , que en su formulación más reciente excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituirían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran perjuicio. Como advierte la sentencia núm. 41/2015, de 17 de febrero , con cita de la indicada 487/2013 :

«[p]ara ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional.

»La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate.

»Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales».

**2.-** Desde esta perspectiva, la cesión de créditos para pagar a unos de los acreedores, no puede considerarse un acto ordinario en los términos que hemos expresado, dadas las condiciones en que se realizó y que ya hemos explicado: sin que fuera un *modus operandi* habitual en la empresa, cuando ya estaba en insolvencia y para beneficiar a un acreedor que ya tenía garantizado su crédito con una hipoteca. Y no solo no fue un acto ordinario, sino que se realizó en un momento y de una forma que no puede calificarse de normal. La dación en pago es legítima, pero no es un acto ordinario, y llevada a cabo tres días antes de la solicitud de concurso, muestra que la satisfacción del crédito no se hizo en condiciones normales.

**3.-** Por lo que este segundo motivo casacional ha de ser desestimado.

**DÉCIMO.-** *Consecuencias de la estimación parcial del recurso de casación.*

La estimación parcial del recurso de casación supone también la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por Barnices, por lo que la estimación de la demanda deducida por la administración concursal se contrae a la rescisión de la cesión de créditos, quedando subsistente la constitución de la hipoteca.

**UNDÉCIMO.-** *Costas y depósitos.*

**1.-** Al haberse desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, deben imponerse a la recurrente las costas causadas por el mismo, según determinan los arts. 398.1 y 394.1 LEC .

**2.-** Por el contrario, al haberse estimado parcialmente el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas por él generadas, a tenor del art. 398.2 LEC .

**3.-** Del mismo modo, al haberse estimado parcialmente el recurso de apelación y la demanda, no corresponde hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias ( arts. 394.2 y 398.2 LEC ).

**4.-** Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario de infracción procesal y la devolución del constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

## FALLO

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

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L. contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, en el recurso de apelación núm. 508/2013 . **2.º-** Estimar parcialmente el recurso de casación





interpuesto por la misma recurrente contra dicha sentencia. **3.º**- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Castellón, con fecha 23 de abril de 2012, en el Incidente Concursal núm. 500/2011. Y en su virtud, dejar sin efecto la rescisión de la hipoteca de máximo constituida por Dipolack S.L., mediante escritura pública de 20 de marzo de 2010, sobre la finca registral nº 18.211 del Registro de la Propiedad de Vinaroz, en favor de Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L. Manteniendo la rescisión de la cesión de créditos realizada en escritura pública de 4 de enero de 2011, en la que Dipolack reconoció adeudar a Barnices 306.909,91 €, resultantes de facturas correspondientes a la venta de materias primas y mercancías durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2010 y le cedió créditos por importe de 219.049,29 €, para el pago de dicha deuda. **4.º**- Imponer a la expresada recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. **5.º**- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y de las causadas en ambas instancias. **6.º**- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso extraordinario por infracción procesal. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.