



Roj: **STS 723/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:723**

Id Cendoj: **28079110012018100113**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2018**

Nº de Recurso: **337/2017**

Nº de Resolución: **115/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 766/2016,**
STS 723/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 115/2018

Fecha de sentencia: 06/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 337/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE OURENSE. SECC 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 337/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 115/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 6 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ourense, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Ourense. Es parte recurrente la entidad Obras, Caminos y Asfaltos, S.A., representada por la procuradora D.ª Mercedes Caro Bonilla y bajo la dirección letrada de Joaquín González Vila. La administración concursal, como coadyuvantes del recurrente, representada por la procuradora D.ª María González Nespereira y bajo la dirección letrada de Miguel Ángel Manzano Rodríguez. Es parte recurrida la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, representada por el Abogado del Estado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El Abogado del Estado, en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, interpuso demanda incidental de rescisión ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Ourense, contra la entidad Obras, Caminos y Asfaltos S.A. (en concurso) y la mercantil Inversiones Segura Sarria, S.L., para que se dicte sentencia:

«acordando:

1.- Rescindir la escritura de cesión en paso de deuda nº 418 del protocolo del Notario del Ilustre Colegio de Madrid Don Vicente Nieto Olano, otorgada el 27 de febrero de 2013, suscrita por la concursada y la mercantil Inversiones Segura Sarria, Sociedad Limitada, declarando su ineficacia jurídica, de tal manera que tal mercantil ostente dentro de la masa pasiva del concurso un crédito concursal ordinario contra OCA, S.A., por importe de 54.450,00 euros, y se reintegre simultáneamente al patrimonio y masa activa del presente concurso las 3 plazas de garaje objeto de la cesión en pago de deuda documentada en la escritura pública referida.

2.- Declarar la inclusión, como consecuencia de la rescisión acordada, del crédito de la mercantil Inversiones Segura Sarria, Sociedad Limitada, por importe de 54.450,00 euros, como crédito ordinario en el presente concurso 189/2013.

3.- Declarar la inclusión, como consecuencia de la rescisión acordada, dentro de la masa activa del presente concurso e inventariadas dentro del mismo, de las 3 plazas de garaje identificadas con los números 229, 230 y 231, situadas en los aparcamientos ubicados en Getafe.

4.- Imponer las costas a la parte demandada si formulase oposición».

2. El procurador Francisco Pérez Pérez, en representación de la entidad Obras, Caminos y Asfaltos S.A. (OCASA), contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«por la que se desestime dicha demanda, con imposición de costas a la actora».

3. La procuradora María González Nespereira, en nombre y representación de la entidad Legal y Económico Administradores Concursales S.L.P., en su condición de administrador concursal de la entidad Obras, Caminos y Asfaltos S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«por la que desestime en su totalidad lo solicitado de contrario, todo ello con expresa imposición de costas a quien se opusiere a lo solicitado»

4. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, presentó escrito por el que se adhería a la demanda planteada por la Agencia Estatal Tributaria.

5. Por providencia de 14 de diciembre de 2015, se declara en rebeldía a la entidad Inversiones Seguros Sarria S.L., al no haberse personado en el plazo concedido para contestar a la demanda.

6. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (A.E.A.T.) contra la concursada Obras,



Caminos y Asfaltos S.A., y contra la mercantil Inversiones Segura Sarria Sociedad Limitada a quien se absuelve de todos los pedimentos.

»Con imposición de costas a Agencia Estatal de la Administración Tributaria (A.E.A.T.) así como a la Tesorería General de la Seguridad Social».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ourense, mediante sentencia de 1 de diciembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra la sentencia, de fecha 16 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Cuatro de Ourense en autos de INC.CONC.RESCI/IMPUG.ACTOS PERJ.MASA (72) 189/2013 0013. En consecuencia con estimación de la demanda formulada por la apelante se rescinde la escritura de cesión en pago de deudas de fecha 8 de febrero de 2013 otorgada por la concursada OCASA y la demandada Inversiones Segura Sarria SL, entidad ésta que habrá que figurar en la masa pasiva del concurso con un crédito ordinario de 54.450 euros, debiendo reintegrar a la masa activa los derechos cedidos relativos a las plazas de garaje objeto de la escritura mencionada.

»Se imponen las costas de la instancia a los demandados, sin expresa condena respecto a las devengadas en la alzada».

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

1. El procurador Francisco Pérez Pérez, en representación de la entidad Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. (OCASA), interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.^a.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 465.5 LEC , con vulneración de los arts. 216 y 218.1 LEC .

»2º) Infracción de los arts. 326 y 348 LEC , en relación con el art. 71.1 y 71.4 de la LC , con vulneración de los derechos fundamentales recogidos en el art. 24 CE .

»3º) Infracción del art. 217, apartados 1 , 2 y 6 LEC , en relación con el art. 71.4 LC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 71.1 en relación con el art. 71.4 LC , y la jurisprudencia sobre el perjuicio para la masa activa contenida en las sentencias de esta sala 629/2012, de 26 de octubre , 652/2012, de 8 de noviembre , y 105/2015, de 10 de marzo , así como la jurisprudencia sobre los pagos de deudas vencidas y exigibles, efectuados en el periodo sospechoso, contenida en las sentencias 487/2013, de 10 de julio , 692/2012, de 26 de octubre , 105/2015, de 10 de marzo , 642/2016, de 26 de octubre , y 653/16, de 4 de noviembre .

»2º) Infracción del art. 71.1, en relación con el art. 71.4 LC y la jurisprudencia contenida en las sentencias 626/2012 de 26 de octubre y 340/2015, de 24 de junio .

»3º) Infracción del art. 71.5 LC y jurisprudencia contenida en las sentencias 487/2013, de 10 de julio y 629/2012, de 26 de octubre ».

2. Por diligencia de ordenación de 4 de enero de 2017, la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.^a, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Obras, Caminos y Asfaltos, S.A., representada por la procuradora D.^a Mercedes Caro Bonilla y como parte recurrida la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, representada por el Abogado del Estado. Y la administración concursal, como coadyuvantes del recurrente, representada por la procuradora D.^a María González Nespereira.

4. Esta sala dictó auto de fecha 4 de octubre de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil Obras, Caminos y Asfaltos, S.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección Primera) de fecha 1 de diciembre de 2016, en el rollo de apelación n.º 141/2016



dimanante de los autos de incidente concursal n.º 189/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense».

5. Dado traslado, la representación procesal de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de febrero de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como son expuestos por la sentencia recurrida.

i) El 31 de octubre de 2012, Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. (en adelante, OCASA) comunicó al juzgado mercantil correspondiente, a los efectos previstos en el art. 5 bis LC, el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de financiación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. En ese escrito manifestaba que se hallaba en estado de insolvencia.

ii) OCASA fue declarada en concurso de acreedores necesario por auto de 28 de mayo de 2013 (concurso 189/2013), a instancia del acreedor Sistemas Técnicos de Encofrados, S.A. (en adelante, STEN), quien lo había solicitado en abril de 2013. A esta petición habían sido acumuladas otras provenientes de otros acreedores.

iii) Con anterioridad a la declaración de concurso, OCASA otorgó una escritura pública, el 27 de febrero de 2013, por la que cedía el derecho de uso exclusivo de tres plazas de aparcamiento sitas en la calle Leganés de Getafe a Inversiones Segura Sarria, S.L. (en adelante, ISS), en pago de la deuda que había contraído con esta entidad por un importe de 54.450 euros. El valor real de las tres plazas de garaje era estimativamente inferior a la mitad del importe de la deuda.

iv) OCASA era titular de esos derechos sobre las plazas de garaje por adjudicación de la cooperativa Gabriel y Galán 2005, en virtud de las escrituras de cesión de 20 de diciembre de 2012.

v) Por las mismas fechas, también antes de que fuera solicitado y declarado su concurso de acreedores, OCASA llevó a cabo otras cesiones de derechos sobre plazas de aparcamiento a otras acreedoras, en pago de sus respectivos créditos.

vi) La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), como acreedor concursal de OCASA, interpeló a la administración concursal para que ejercitara acciones rescisorias concursales sobre todas esas cesiones en pago. Ante la inactividad de la administración concursal, y en el ejercicio de la legitimación subsidiaria que prevé el art. 72 LC, la AEAT presentó 34 demandas en las que ejercitaba acciones rescisorias respecto de las cesiones de plazas garaje ubicadas en Getafe en pago de deudas contraídas con distintos acreedores por un importe global de 4.428.600 euros.

En el concurso de acreedores de OCASA se aprobó un convenio en el que se estableció una quita del 50% del importe de los créditos y una espera conforme a la cual el primer año se abonaba el 10% de los créditos novados, el segundo el 10%, el tercero el 20%, «y el resto el cuarto y quinto año».

2. En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, la AEAT pidió la rescisión concursal de la cesión de los derechos sobre las plazas de garaje en pago de los créditos de ISS, por importe de 54.450 euros. Se alegaba como causa de pedir el perjuicio para la masa activa ocasionado por esa dación en pago, en cuanto que vulneraba la *par condicio creditorum*. El efecto consiguiente a la rescisión solicitada fue que se dejara sin efecto la cesión, se ordenara la restitución de los derechos cedidos y se incluyera el crédito de la cesionaria en la lista de acreedores de OCASA.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por entender que con la operación realizada, si bien se había minorado la masa activa del concurso, a su vez se había reducido el pasivo en el importe de las cuotas y gastos de mantenimiento, además de que el precio fijado para la cesión del uso de cada plaza de garaje había sido muy superior al precio de mercado (26.859'99 euros), lo que supone una quita de la deuda superior a la quita del 50% establecida en la propuesta anticipada de convenio, para cuya aprobación la concursada contaba con las adhesiones necesarias.

4. Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia estima el recurso y acuerda la rescisión concursal de la dación en pago objeto de impugnación.



La sentencia de apelación, después de reseñar la jurisprudencia de la sala sobre qué debe entenderse por perjuicio para la masa activa, y su aplicación a los pagos de créditos y a la dación en pago, concluye que en este caso la cesión debe considerarse «injustificada y perjudicial para la masa activa», por las siguientes razones.

La Audiencia resalta que la dación en pago objeto de rescisión se hizo el 27 de febrero de 2013, después de que OCASA se hubiera acogido al procedimiento del art. 5 bis, en un momento en que se encontraba en estado de insolvencia, con muchos procedimientos judiciales de reclamación pendientes en aquel momento, y poco antes de que se solicitara (abril de 2013) y luego de acordara (mayo de 2013) el concurso de acreedores. En el contexto de esta operación, la Audiencia razona:

«La cesión objeto de este incidente supuso sustraer del patrimonio de la concursada los derechos de explotación de tres plazas de garaje de las que era titular, con lo cual se benefició a uno de los acreedores en perjuicio de los restantes integrantes de la masa pasiva, con alteración, por tanto, de la "pars condicio creditorum". La vulneración resulta patente si se tiene en cuenta que la operación, lejos de ser aislada, se enmarca en un conjunto de cesiones en pago a distintos acreedores de un elevado número de derechos de uso de más de 200 plazas de garaje cuya rescisión, interesada por la Abogacía del Estado en más de 30 demandas, incrementaría la masa pasiva en torno a 4.500.000 euros, cifra que, de otra parte, debido a su volumen, podría tener relevancia en la conformación de las necesarias mayorías y, por ende, en el resultado del concurso.

[...]

»Para determinar si el pago así realizado mediante la cesión tiene carácter perjudicial para la masa ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en el momento en que el negocio se celebró, sin tener en cuenta datos o hechos acaecidos con posterioridad como es la aprobación provisional de un convenio en el seno del concurso en el que se admitió una quita de más del 50%, a la que ya se ha adherido el 57,654% del pasivo ordinario. Y es que en el momento en que la concursada decidió realizar el pago mediante la transmisión de activos se desconocían las condiciones del convenio tanto por parte de la cedente como por parte de la cesionaria y además, el convenio no incluye solamente una quita sino también un aplazamiento en el pago, en cinco años naturales sucesivos a contar desde de la firmeza de la resolución aprobatoria del mismo, de forma que el primer y segundo año se abonaría un 10%, un 20% el tercer año y el resto el cuarto y quinto año, por lo que en términos de valor actualizado neto la quita, de cumplirse el convenio, sería muy superior al 50%. Si tal circunstancia carece de virtualidad, a estos efectos, aunque se hubiesen valorado el uso de las plazas de garaje en una cantidad superior al valor de mercado, el principio *pars condicio creditorum* ha de entenderse vulnerado al anteponerse a un acreedor sobre otros ante el inminente concurso, viendo satisfecho ese acreedor, al menos parcialmente, su crédito, al margen del mismo, frente a los demás que habrán de esperar a su resolución, sin saber si en algún momento llegarán a cobrar sus deudas o en qué cuantía. En cualquier caso la entidad cesionaria junto con todas las demás entidades cesionarias de derechos similares al de litis, han podido sufrir una pérdida aproximada de un 50% de su crédito, pero los restantes acreedores, en caso de que el convenio llegara a aprobarse, además de la misma quita un aplazamiento en el pago de su crédito que determina una pérdida de valor muy superior, debido al transcurso del tiempo. De esta forma se considera existente un perjuicio indirecto por quebrantamiento del principio de trato igualitario, por razón de que el pago realizado, unido a los otros treinta y cuatro que dieron lugar a los correspondientes incidentes concursales, se ha favorecido injustificadamente a unos acreedores en detrimento de otros". En relación con los gastos de mantenimiento, (...) no se comparte el argumento vertido en la resolución apelada relativo a que si bien el activo de la entidad concursada disminuyó con las cesiones realizadas, no se minoró también en 205.289,16 euros que serían las cuotas y gastos de mantenimiento de todas las plazas de garaje cuyo uso se cedió desde el ejercicio 2013 hasta la actualidad, gastos que tendrían la consideración de créditos contra la masa, lo que redundaría en beneficio de los acreedores concursales. Y ello porque si bien la titularidad del uso de las plazas y su mantenimiento obviamente tiene un coste para su titular, obviamente también ha de producir un rendimiento derivado de su explotación, pues de otra manera no podía entenderse que la concursada hubiera aceptado tales derechos en pago de sus créditos, no pudiendo tampoco considerarse que se trata de derechos de uso de difícil comercialización pues, realmente, si así fuera iría contra toda lógica mercantil que al menos treinta y cuatro entidades, acreedores de la concursada los hubieran aceptado en pago de sus deudas y con una reducción importante».

También rechaza que esta dación en pago pudiera estar excluida de la rescisión concursal por virtud del art. 71.5.1º LC, por no reunir los requisitos exigidos para ello:

«La operación cuestionada no reúne la doble condición exigida por el precepto: no consta que fuese necesaria para el ejercicio de la actividad profesional de la concursada; no se aportó la mínima prueba sobre la necesidad de la cesión para continuar la actividad empresarial de la concursada, por más que alguno de los acreedores perteneciesen al mismo ramo empresarial; ni puede hablarse de condiciones normales vista la fecha en que se produjo la cesión.



«(...) no puede considerarse un acto ordinario de comercio el pago de una deuda de elevada cuantía, en el momento justamente anterior a la declaración de concurso y tras haber puesto en conocimiento del Juzgado al que correspondía su conocimiento el inicio de negociaciones para obtener un convenio; operación que ha de observarse en relación a otras treinta y tres, en las que la concursada procedió de idéntica forma, que en modo alguno se compadece con la actuación regular de la deudora, y mucho menos se puede admitir que se hubiera realizado en condiciones normales, pese a que la deuda estaba vencida y era exigible».

En consecuencia, la Audiencia estima el recurso de apelación de la AEAT, acuerda la rescisión de la dación en pago y, como efecto consiguiente, ordena a la cesionaria reintegrar a la masa los derechos cedidos y declara que el importe del crédito de la cesionaria debe ser incluido en la lista de acreedores como crédito concursal ordinario.

5 . Frente a la sentencia de apelación la demandada OCASA formuló recurso de casación, sobre la base de tres motivos, y recurso extraordinario por infracción procesal, articulado también en tres motivos.

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia contenidas en el art. 465 LEC , ya que la sentencia recurrida resuelve sobre pretensiones que no han sido deducidas en el recurso de apelación. Y añade: «con vulneración de los artículos 216 y 218.1 LEC , al no respetar la sentencia recurrida el principio de justicia rogada y estimar que la sentencia no es clara, precisa ni congruente con las pretensiones deducidas».

En el desarrollo del motivo se explica que «la sentencia de apelación únicamente podría entrar a valorar la ilógica o irracional argumentación en orden a las dos cuestiones planteadas en el recurso: i) si la sentencia de primera instancia argumenta de forma irracional o ilógica, prejuzgando la "ineludible aprobación judicial" de la Propuesta Anticipada de Convenio presentada por la concursada; y ii) si la sentencia de instancia argumenta de forma irracional o ilógica la existencia de error matemático en relación con el verdadero quebranto económico sufrido por los acreedores en la Propuesta Anticipada de Convenio antedicha». Y sin embargo, separándose de estas cuestiones, y sin que se hubiera cuestionado en el motivo segundo de apelación la singularidad de las daciones en pago firmadas, su cercanía en el tiempo a la declaración de concurso o la existencia de sociedades especialmente relacionadas con la concursada, que sí se invoca en su motivo primero desestimado, la Audiencia concluye que existe perjuicio para la masa sobre la base de esas consideraciones no invocadas en el motivo segundo.

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

2. *Desestimación del motivo primero* . El recurrente confunde el ámbito de conocimiento del tribunal de apelación con el propio del tribunal de casación, en relación con el juego de los motivos de apelación y los motivos de casación.

El recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal son recursos extraordinarios, que deben necesariamente fundarse en motivos taxativamente previstos en la Ley, que son los que delimitan a priori los límites del ámbito de conocimiento del tribunal encargado de resolverlos.

No ocurre lo mismo en el recurso de apelación que, sin perjuicio de lo previsto en el art. 465.5 LEC , se permite una revisión de la totalidad de las cuestiones que constituían el objeto litigioso resuelto en primera instancia. Es cierto que dentro de este conocimiento propio de un tribunal de instancia, la Audiencia queda constreñida únicamente por la regla prevista en el art. 465.5 LEC , según la cual «el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461». Pero esto no significa que los motivos que se formulan en el recurso de apelación cumplan la misma función que en el recurso de casación y en el extraordinario por infracción procesal.

El art. 465.5 LEC ha de entenderse como que el tribunal de apelación debe resolver sólo las cuestiones controvertidas en el recurso de apelación y, en su caso, en el de impugnación del recurso, en cuanto que las partes pueden haberse conformado con algunos de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia y haber ceñido la controversia en apelación a unas determinadas cuestiones.

Como dijimos en la sentencia 714/2016, de 29 de noviembre, la Audiencia Provincial tiene plenas facultades para revisar la valoración fáctica y jurídica realizada por el tribunal de primera instancia, puesto que ese es precisamente el objeto del recurso de apelación, como establece expresa y terminantemente el art. 456.1 LEC («nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo»).

Lo anterior no significa que el recurso de apelación deba articularse en motivos cuyo análisis y resolución haya de realizarse de forma independiente unos de otros, de tal forma que lo alegado en uno no pueda ser



tenido en cuenta en otros. El recurso de apelación debe analizarse en su conjunto, sin perjuicio de que puedan distinguirse distintas razones que fundamentan el recurso y que se analicen sistemáticamente unas detrás de otras.

En nuestro caso, el escrito de apelación impugna la desestimación de la acción rescisoria y reitera la procedencia de su estimación, para lo que vuelve a insistir en que la cesión en pago de deudas realizada por OCASA es perjudicial para la masa. Razón por la cual, al margen de que de forma innecesaria y un tanto confusa el escrito de apelación haga referencia a motivos más propios en su formulación de los de casación, eso no impide al tribunal de apelación analizar globalmente la cuestión controvertida en toda su extensión, en cuanto que no fue expresamente reducida por el apelante.

3. Formulación del motivo segundo . El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469. 1 LEC , «por infracción de las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, por errónea y arbitraria valoración de la misma e infringirse los arts. 326 y 348 LEC , relativo al perjuicio para la masa activa y la supuesta insolvencia, en relación con los arts. 71.1 y 71.4 de la Ley Concursal LC , con vulneración de derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de la Constitución ».

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

4. Desestimación del motivo segundo . Aunque la jurisprudencia de esta sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo ; y 58/2015, de 23 de febrero), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados.

El perjuicio para la masa es un concepto jurídico y su apreciación, aunque pueda apoyarse en la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas, encierra una valoración jurídica, que no puede impugnarse, como pretende el motivo, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC por considerarse errónea. En su caso, la impugnación de esta valoración jurídica debería realizarse por medio del recurso de casación. Del mismo modo, la apreciación del estado de insolvencia, tal y como se concibe en el art. 2 LC , sin perjuicio de que se apoye su acreditación en una serie de circunstancias fácticas, encierra una valoración jurídica que tampoco puede ser impugnada por el recurso extraordinario por infracción procesal.

5. Formulación del motivo tercero . El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , «por infracción de las normas procesales relativas al reparto de la carga de la prueba del art. 217, apartados 1 , 2 y 6 LEC , en relación con el art. 71.4 de la Ley Concursal (LC) , ante la ausencia de prueba sobre el perjuicio para la masa activa y a la supuesta insolvencia de la recurrente».

En el desarrollo del motivo se razona lo siguiente:

«En la sentencia recurrida se realiza «dos pronunciamientos sobre cuestiones de hecho, que son susceptibles de prueba y sin embargo, a juicio de esta parte (del recurrente), no han sido objeto de práctica de prueba (...):

»1º Se afirma que las operaciones de dación en pago con las cesionarias resultan perjudiciales para la masa activa, por suponer un mayor sacrificio patrimonial para los acreedores concursales que para los acreedores-cesionarios.

»2º Se afirma igualmente que la concursada, en las fechas de formalización de las escrituras de dación en pago, se encontraba en situación de insolvencia».

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

6. Desestimación del motivo tercero . El motivo debe desestimarse porque parte en su planteamiento de dos premisas equivocadas.

La recurrente entiende que el perjuicio y la insolvencia son dos cuestiones de hecho, cuando, como ya hemos expuesto al resolver el motivo segundo, se trata de dos conceptos jurídicos cuya apreciación conlleva una valoración jurídica, aunque se apoye en la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas.

El recurso denuncia la infracción de las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC , cuando no han sido empleadas. Como hemos afirmado en otras ocasiones, «las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria» (Sentencias 333/2012, de 18 de mayo , y 26/2017, de 18 de enero).

**TERCERO. Recurso de casación**

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción del art. 71.1 en relación con el art. 71.4 LC, y la jurisprudencia sobre el perjuicio para la masa activa contenida en las sentencias de esta sala 629/2012, de 26 de octubre, 652/2012, de 8 de noviembre, y 105/2015, de 10 de marzo, así como la jurisprudencia sobre los pagos de deudas vencidas y exigibles, efectuados en el periodo sospechoso, contenida en las sentencias 487/2013, de 10 de julio, 692/2012, de 26 de octubre, 105/2015, de 10 de marzo, 642/2016, de 26 de octubre, y 653/16, de 4 de noviembre.

En el desarrollo del motivo se razona por qué la sentencia de apelación ha apreciado de forma errónea el perjuicio y la existencia de un sacrificio patrimonial injustificado.

El recurso parte de que el crédito satisfecho mediante la dación en pago estaba vencido y era exigible. Y luego explica cómo para el acreedor cesionario, la dación en pago ha supuesto una quita real sobre su crédito superior al quebranto patrimonial de los acreedores-concursales, en relación con la quita del 50% aprobada en el convenio.

Por último, el recurso expresa las razones que justificaban la operación, tales como la quita sufrida por los cesionarios y la difícil comercialización de los derechos de uso cedidos.

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

2. Estimación del motivo. El motivo denuncia la infracción de los apartados 1 y 4 del art. 71 LC porque, conforme a la jurisprudencia de esta sala, los actos de disposición objeto de rescisión concursal no habrían conllevado perjuicio para la masa activa.

Para resolver el motivo, en primer lugar, hemos de partir de la jurisprudencia sobre «perjuicio para la masa activa», para examinar después cómo se proyecta esta doctrina sobre el acto de disposición objeto de rescisión (la dación en pago), en atención a las concretas circunstancias en que fue realizado.

3. En la actualidad, existe una jurisprudencia consolidada que concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado.

Esta jurisprudencia, invocada por el recurrente, se contiene en la sentencia 629/2012, de 26 de octubre, cuya doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores (entre otras, sentencias 652/2012, de 8 de noviembre; 100/2014, de 30 de abril; 363/2014, de 9 de julio; 428/2014, de 24 de julio; 631/2014, de 1 de noviembre; 41/2015, de 17 de febrero; 58/2015, de 23 de febrero; 112/2015, de 10 de marzo; 124/2015, de 17 de marzo; 199/2015, de 17 de abril; 340/2015, de 24 de junio; 642/2016, de 26 de octubre):

«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, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, 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».

4. El acto de disposición objeto de rescisión concursal es una dación en pago: OCASA cedió los derechos de uso exclusivo de tres plazas de aparcamiento a ISS, en pago de una deuda que tenía con esta sociedad de 54.450 euros, deuda que estaba vencida y era exigible. El valor de los derechos cedidos era inferior a la mitad del crédito de ISS, que se extinguía con la cesión.

La dación en pago fue acordada el 27 de febrero de 2013, en el periodo posterior a que OCASA realizara la comunicación del art. 5 bis LC (31 de octubre de 2012) y anterior a su declaración de concurso a instancia de algunos de sus acreedores (28 de mayo de 2013).



En las sentencias 175/2014, de 9 de abril , y 715/2014, de 16 de diciembre , hemos entendido que «(l)a dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que éste consiente recibir, con carácter solutorio, un *aliud pro alio* (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria».

Se trata de un negocio complejo, pues participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación.

De tal forma que lo que puede ser objeto de rescisión concursal es el acuerdo de dación en pago contenido en la escritura pública, materializado en la entrega de los derechos sobre las plazas de parking y la satisfacción convenida del crédito del cesionario. Y la procedencia de la rescisión viene determinada por la acreditación de que este acuerdo era perjudicial para el patrimonio del deudor concursado, en la medida en que conllevaba un perjuicio patrimonial injustificado.

5. Si nos ajustamos a la relación entre el valor de los derechos sobre las plazas de parking cedidos por OCASA y el importe de la deuda que esta tenía con ISS, tal y como ha quedado acreditado en la instancia por la sentencia recurrida, no habría perjuicio, en cuanto que el valor de los derechos cedidos era inferior a la mitad del importe de los créditos extinguidos. Desde el punto de vista del acuerdo de transmisión de bienes o derechos que supone la dación en pago, el importe por el que se transmitían era el doble de su valor, razón por la cual no habría propiamente sacrificio patrimonial.

Es únicamente desde el punto de vista de la satisfacción del crédito que se extinguía con la dación, que podría existir alguna duda sobre el perjuicio, en atención al momento y las circunstancias en que se realizaron, de acuerdo con la jurisprudencia contenida en las sentencias 629/2012, de 26 de octubre , y 487/2013, de 10 de julio :

«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*» .

La dación en pago fue realizada cuatro meses después de que la cedente, OCASA, hubiera realizado la comunicación del art. 5 bis LC , que conlleva la suspensión de las ejecuciones singulares, y tres meses antes de que se hubiera declarado su concurso de acreedores. Ligado al hecho de que esta cesión no se realizó de forma aislada, sino que en esas semanas (febrero-mayo de 2013) OCASA cedió plazas garaje ubicadas en Getafe en pago de deudas contraídas con distintos acreedores por un importe global de 4.428.600 euros, y en todas ellas, según declara probado la Audiencia, el valor de las plazas era inferior a la mitad del importe de los créditos.

Esas circunstancias temporales en que se realizaron las daciones en pago hubieran podido ser muy relevantes si el importe de los créditos fuera equivalente o inferior al valor de los derechos cedidos y si hubieran concurrido circunstancias excepcionales respecto de la naturaleza del crédito o la condición de su acreedor que hubieran determinado la naturaleza injustificada de la diferencia de trato, como fue el caso objeto de la sentencia 487/2013, de 10 de julio .

Pero en nuestro caso la regla general ha sido que con estas cesiones el acreedor cesionario recibía en pago de sus créditos unos derechos que valían menos de la mitad del importe de esos créditos. Y no se aprecian circunstancias excepcionales respecto de la naturaleza de los créditos o la condición del acreedor. Es más, consta que hubo un ofrecimiento por parte de la deudora a una generalidad de acreedores para realizar la dación en pago en estas condiciones, de modo que no se trató de una operación aislada sino que estuvo acompañada de otras realizadas con otros acreedores y en similares condiciones, con las que se extinguieron deudas por importe de 4.428.600 euros.

Bajo estas condiciones, es difícil apreciar la concurrencia del sacrificio patrimonial injustificado, que como ya apuntábamos no puede quedar reducido a que unos créditos fueran pagados en detrimento de aquellos otros que no se beneficiaron de la cesión de pagos.

Si bien la concurrencia del perjuicio debe juzgarse de acuerdo con las circunstancias concurrentes al tiempo de ser realizados los actos de disposición objeto de rescisión (las daciones de pago), en este caso en que el perjuicio se funda en la alteración de la *par condicio creditorum* , es muy ilustrativo advertir que los créditos sujetos al concurso sufrieron una quita del 50%, cuyo pago se fraccionó y demoró entre uno y cinco años. De tal forma que los acreedores que percibieron las cesiones recibieron en pago unos derechos de difícil



comercialización cuyo valor era inferior a la mitad de sus créditos y los acreedores que se sometieron al concurso vieron reducidos sus créditos a un 50%, aunque fuera demorado su cobro cinco años.

Estas circunstancias ponen en evidencia que cuando se realizaron las daciones en pago, pese a la proximidad de la declaración de concurso, por las condiciones en que se hicieron no conllevaban un perjuicio en cuanto que el sacrificio patrimonial que suponían no era injustificado. Fundamentalmente porque se extinguieron pasivos por el doble del valor de los derechos cedidos, con lo cual no existió un detrimento de la masa activa, y porque la novación sufrida por los créditos concursales afectados por el concurso les permitió cobrar sus créditos, más tarde, pero en similar proporción y en dinero. Todo ello sin que se aprecien circunstancias excepcionales en la naturaleza de los créditos o la condición del acreedor que permitieran afirmar el carácter injustificado de la diferencia de trato entre los acreedores que vieron satisfecho parcialmente su crédito. Además, la cesión de unos derechos de difícil explotación en esos momentos ahorró a la concursada los gastos de mantenimiento.

6. Estimado el motivo primero resulta innecesario entrar a analizar los otros dos restantes. La estimación del recurso supone dejar sin efecto la sentencia de apelación y en su lugar dictar otra por la que se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia de primera instancia.

CUARTO. Costas

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A., imponemos a la recurrente las costas ocasionadas por su recurso (art. 398.1 LEC).

2. Estimado el recurso de casación interpuesto por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A., no hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

3. Desestimado el recurso de apelación interpuesto por Agencia Estatal de la Administración Tributaria, le imponemos las costas causadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) de 1 de diciembre de 2016 (rollo núm. 141/2016).

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) de 1 de diciembre de 2016 (rollo núm. 141/2016), que dejamos sin efecto.

3.º- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense de 16 de diciembre de 2015 (incidente concursal 189/2013-13), cuya parte dispositiva confirmamos.

4.º- Imponemos a Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. las costas ocasionadas por el recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

5.º- No hacemos expresa condena de las costas causadas por el recurso de casación de Obras, Caminos y Asfaltos, S.A., con devolución del depósito constituido para recurrir.

6.º- Imponemos a Agencia Estatal de la Administración Tributaria las costas ocasionadas con su recurso de apelación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.