



Roj: **STS 1919/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1919**

Id Cendoj: **28079110012018100299**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2018**

Nº de Recurso: **723/2017**

Nº de Resolución: **326/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 721/2016,**  
**STS 1919/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 326/2018**

Fecha de sentencia: 30/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 723/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Ourense, Sección Primera

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 723/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 326/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 30 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 412/2016 de 30 de noviembre, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ourense, como consecuencia de autos de incidente concursal núm. 189/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense, sobre rescisión concursal.

El recurso fue interpuesto por Obras Caminos y Asfaltos S.A. (OCASA), representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Mercedes Caro Bonilla y bajo la dirección letrada de D. Joaquín González Vila.

La Administración Concursal representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María González Nespereira y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Rodríguez Manzano manifestó su conformidad con los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos.

Es parte recurrida el Abogado de Estado en defensa y representación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El Abogado del Estado en nombre y representación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, interpuso demanda incidental de rescisión contra Obras, Caminos y Asfaltos S.A. y Grúas y Tratamientos Rescon S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] en su día, acordando:

» 1.- Rescindir la escritura de cesión en pago de deuda nº 422 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 Tratamientos Rescon S.L., 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 Tratamientos Rescon S.L., 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 119, 120 y 121, situadas en los aparcamientos ubicados en Getafe.

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

2.- La demanda fue presentada el 11 de septiembre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense, fue registrada con el núm. 189/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- El Letrado de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social presentó escrito adhiriéndose a la demanda formulada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

D. Hernan en representación de Legal y Económico Administradores Concursales S.L.P., administrador Concursal de OCASA, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

El procurador D. Francisco Pérez Pérez, en representación de Obras, Caminos y Asfaltos S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación con imposición de costas a la actora.

La procuradora D.<sup>a</sup> Mónica Vázquez Blanco en representación de Tratamientos Rescon S.L, presentó escrito formulando allanamiento parcial a la demanda, solicitando el reconocimiento de crédito por importe de 57.724,89 euros.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense, dictó sentencia 304/2015, de 16 de diciembre, que desestimó la demanda y condenó a los demandantes al pago de las costas causadas.

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



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el Abogado del Estado. La representación de Tratamientos Rescón, S.L., Obras Caminos y Asfaltos S.A. y de Legal y Económico Administradores Concursales S.L.P se opusieron al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ourense, que lo tramitó con el número de rollo 128/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 412/2016, de 30 de noviembre, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Agencia Estatal de Administración Tributaria contra la sentencia, de fecha 16 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Cuatro de Ourense, en autos de Inc.Conc.Resci/Impug.Actos.Perj,Masa (72 ) 189/2013 0028, en consecuencia, con estimación de la demanda formulada por la apelante se rescinde la escritura de cesión en pago de deudas de fecha 27 de febrero de 2013 otorgada por la concursada OCASA y la demandada Tratamientos Rescón SL, entidad ésta que habrá de 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 correspondientes a la actora a los demandados no allanados, sin expresa declaración respecto a las devengadas a instancia de la allanada y de las costas de la alzada».

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

1.- El procurador D. Francisco Pérez Pérez, en representación de Obras Caminos y Asfaltos S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.2 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de las sentencias del artículo 465.5 LEC, ya que, la Sentencia recurrida, resuelve sobre pretensiones que no han sido deducidas en el recurso de apelación, 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».

«Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4º 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 el art. 71.1 y 71.4 de la Ley Concursal (LC), con vulneración de derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de la Constitución. Doctrina del error patente».

«Tercero.- Al amparo del art. 469.1.2º 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».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.1 LEC, en relación con el art. 477.2.3º LEC, por infracción de la interpretación del art. 71.1 de la Ley Concursal (LC) núm. 22/2003, en relación con el art. 71.4 de dicha LC, por oponerse a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre el concepto jurídico indeterminado del perjuicio, relativo a la acción rescisoria concursal, establecida en las SSTS núm. 629/2012 de 26-octubre-2012, núm. 652/2012, de 8-noviembre-2012 y núm. 105/2015 de 10-marzo-2015 y sobre los pagos de deudas vencidas y exigibles, efectuados en el periodo sospechoso, establecida en las SSTS núm. 487/2013 de 10-julio-13 y núm. 692/2012, de 26-octubre-2012, núm. 105/2015 de 10-marzo-15; núm. 642/2016 de 26-octubre-16 y núm. 653/16 de 4-noviembre ».

«Segundo.- Al amparo del art. 477.1 LEC, en relación con el art. 477.2.3º LEC, por infracción de la interpretación del art. 71.1 de la Ley Concursal (LC), en relación con el art. 71.4 de dicha LC, por oponerse a la Doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre la situación de insolvencia, relativa a la acción rescisoria concursal, conforme se establece en las SSTS núm. 629/2012 de 26-octubre-12; núm. 340/2015, de 24-junio-15 ».

«Tercero.- Al amparo del art. 477.1 LEC, en relación con el art. 477.2.3º LEC, por infracción de la interpretación del art. 71.5 de la Ley Concursal (LC) núm. 22/2003, y oponerse a la Doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre la no rescisión de los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado, realizadas en condiciones normales, establecida en las SSTS núm. 487/2013 de 10-julio-2013, núm. 629/2012 de 26-October-12 y núm. 642/16 de 26-October-2016 ».



La procuradora D.<sup>a</sup> María González Nespereira en representación de la Administración Concursal presentó escrito adhiriéndose a los recursos interpuestos.

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 esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de septiembre de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- El Abogado del Estado se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes del caso

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 de la Ley Concursal (en lo sucesivo, 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., 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 cedió el derecho de uso exclusivo de tres plazas de aparcamiento sitas en Getafe, a la compañía mercantil Tratamientos Rescon S.L., en pago de la deuda que había contraído con esta entidad por un importe de 54.450 euros. Se pactó un precio de transmisión de 18.150 euros para cada plaza de garaje y la cancelación de la deuda con renuncia de la acreedora a cualquier tipo de reclamación judicial y extrajudicial. El valor de mercado de las 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 una cooperativa, en virtud de las escrituras de cesión.

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 ejercitó acciones rescisorias respecto de las cesiones de plazas de garaje ubicadas en Getafe en pago de deudas contraídas con distintos acreedores por un importe global de 4.428.600 euros.

vii) 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 Tratamientos Rescon S.L., por importe de 54.450 euros. Alegó como causa de pedir el perjuicio para la masa activa ocasionado por esa dación en pago, en cuanto que se había vulnerado la *par condicio creditorum*. Como efecto consiguiente a la rescisión solicitada, solicitó 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 de 18.150 euros, muy superior al precio de mercado, lo que supone una quita de la deuda



entre un 58,67% y un 64,74%, superior a la del 50% establecida en la propuesta anticipada de convenio para la que la concursada contaba con más adhesiones que las necesarias para su aprobación.

**4.-** Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y acordó 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, concluyó que en este caso la cesión debía considerarse «injustificada y perjudicial para la masa activa», por las siguientes razones.

La Audiencia resaltó que la dación en pago objeto de rescisión se había hecho 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 declarase el concurso de acreedores. En el contexto de esta operación, la Audiencia, con cita de otra sentencia anterior, declara:

«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 conditio 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 deberán soportar 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. [...]

» 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 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».

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

«El artículo 71.5.1º excluye de la posibilidad de rescisión "los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".

» Atiende esta exclusión al principio de normalidad y a la necesidad de otorgar seguridad al tráfico jurídico. No entran dentro de este supuesto aquellos actos que excedan del tráfico o giro ordinario, esto es, ha de tratarse de operaciones ordinarias o corrientes e ineludibles para el ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional puesto que como afirma la STS de 26 de octubre de 2012 "la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración del concurso que 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".





» 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. De nuevo ha de reiterarse el razonamiento de la sentencia recaída en el rollo 316/16 del siguiente tenor "Si bien el precepto parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales las habituales o usuales en el propio tráfico mercantil, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos. El análisis del concepto de normalidad no parece que deba efectuarse desde una perspectiva jurídico negocial, es decir, si en el acto se produce o no un equilibrio en las prestaciones de las partes. Más bien habrá de hacerse desde una perspectiva económica, es decir, si se corresponde con la manera habitual de llevar a cabo ese tipo de actos en ese sector del tráfico. Y ello analizando conjuntamente el negocio jurídico realizado, ponderando si existe o no elemento o característica que lo singularice en relación tanto al modo de efectuarse este tipo de operaciones en ese sector del mercado cuanto a la propia operativa observada previamente por esa concreta empresa. También habrán de tenerse en cuenta en esa valoración factores como la inmediatez o no de la realización del acto con la solicitud de concurso, la situación económica en que se encontrase la empresa en el momento, los vínculos o relaciones con otras partes o afectados en el negocio, el propio conocimiento que el deudor pudiera tener de su situación de insolvencia, la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación, etc." Como allí se decía, 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».

Como consecuencia de los anteriores razonamientos, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la AEAT, acordó 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, OCASA formuló recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

#### **SEGUNDO.-** *Formulación del motivo primero*

1.- El encabezamiento del motivo expresa que se formula al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia contenidas en el art. 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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».

2.- 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:

- 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.

-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 antedicha Propuesta Anticipada de Convenio.

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 existió una situación de insolvencia y que existe perjuicio para la masa sobre la base de consideraciones no invocadas de contrario.

**TERCERO.-** *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.*



1.- 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 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.

2.- 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.

3.- 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 dación 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.

#### **CUARTO.-** *Formulación del motivo segundo.*

1.- El motivo se formula al amparo del ordinal 4.º del art. 469. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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».

2.- Los razonamientos que se contienen en el desarrollo del motivo se refieren a la valoración del perjuicio para la masa y del estado de insolvencia del deudor.

#### **QUINTO.-** *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.*

1.- Aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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.

2.- 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 4.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por considerarse errónea. En su caso, la impugnación de esta valoración jurídica debería realizarse por medio del recurso de casación.

3.- 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.

#### **SEXTO.-** *Formulación del motivo tercero.*



1.- En el encabezamiento se indica que el motivo se ampara en el ordinal 2.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por infracción de las normas procesales relativas al reparto de la carga de la prueba del art. 217, apartados 1, 2 y 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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».

2.- En el desarrollo del motivo se alega que en la sentencia recurrida se realizan dos pronunciamientos sobre cuestiones de hecho, que son susceptibles de prueba y, sin embargo, a juicio del recurrente, no han sido objeto de práctica de prueba:

i) 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.

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

#### **SÉPTIMO.-** *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- 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, sin perjuicio de que se apoye en la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas.

2.- El recurso denuncia la infracción de las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 ).

#### **Recurso de casación**

##### **OCTAVO.-** *Formulación del motivo primero*

1.- 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.

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

El recurso parte de que los créditos satisfechos mediante las daciones en pago estaban vencidos y eran exigibles. Y luego explica cómo para el acreedor cesionario, la dación en pago ha supuesto una quita real sobre sus créditos 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.

##### **NOVENO.-** *Decisión del tribunal. El perjuicio patrimonial como requisito de la rescisión concursal*

1.- 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 los dos actos de disposición objeto de rescisión (daciones en pago), en atención a las concretas circunstancias en que fueron realizadas.

2.- 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».

**3.-** Los actos de disposición objeto de rescisión concursal son daciones en pago: OCASA cedió los derechos de uso exclusivo de varias plazas de aparcamiento a Tratamientos Rescon S.L., en pago de una deuda que tenía con esta 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 Tratamientos Rescon S.L., 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).

**4.-** En las sentencias 175/2014, de 9 de abril, y 715/2014, de 16 de diciembre, hemos entendido que «la 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 aparcamiento y la satisfacción convenida de los créditos 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 Tratamientos Rescon S.L., 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.

**6.-** Es únicamente desde el punto de vista de la satisfacción de los créditos que se extinguían 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*» .

**7.-** La dación en pago se realizó para pagar unos créditos algunas semanas después de que la cedente, OCASA, hubiera realizado la comunicación del art. 5 bis LC, que conlleva la suspensión de las ejecuciones singulares, y algunos meses antes de que se hubiera declarado su concurso de acreedores. Ligado al hecho de que esta



dación en pago no se realizó de forma aislada, sino que en ese periodo (primeros meses 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 al importe de los créditos.

Las circunstancias temporales en que se realizaron las daciones en pago hubieran podido ser muy relevantes si el importe de los créditos hubiera sido 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 la cesión supuso que el acreedor cesionario recibió 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 hubieran sido pagados en detrimento de aquellos otros que no se beneficiaron de la cesión de pagos.

**8.-** 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 permitan 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.

**9.-** 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.

#### **DÉCIMO.-** Costas y depósitos

**1.-** No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, pero procede condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que ha sido desestimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Respecto de las costas del recurso de apelación, al resultar desestimado, procede condenar a la apelante a su pago.

**2.-** Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y se acuerda la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

## **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 y estimar el recurso de casación interpuesto por Obras, Caminos y Asfaltos S.A., contra la sentencia núm. 412/2016 de 30 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ourense, en el recurso de apelación núm. 128/2016 .



**2.º**- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra la sentencia 304/2015, de 16 de diciembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense , y condenamos a la apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

**3.º**- No imponer las costas del recurso de casación y condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

**4.º**- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación y acordar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ