



Roj: **STS 7265/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:7265**

Id Cendoj: **28079110012012100641**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2012**

Nº de Recurso: **672/2010**

Nº de Resolución: **629/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Octubre de dos mil doce.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga.

El recurso fue interpuesto por la entidad Postventa Digital Servicio 10 S.L., representada por la procuradora Dª. Elena Martín García.

Es parte recurrida la Administración Concursal de la entidad Vitelcom Mobile Technology, S.A., representada por el procurador D. Ramiro Reynolds Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La Administración Concursal del Concurso necesario de la entidad Vitelcom Mobile Technology, S.A., interpuso demanda incidental de rescisión ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga, contra las entidades Vitelcom Mobile Technology S.A. y Postventa Digital Servicio 10, S.L., para que se dictase sentencia:

"declarando la ineficacia del acto impugnado, el pago por parte de la concursada a favor de la codemandada para extinción de su crédito, condenando a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses, concretamente la suma de 272.272,50 euros de principal, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

2. Emplazada la entidad concursada se allanó a la demanda interpuesta.

3. El procurador D. Jesús Olmedo Cheli, en representación de la entidad Postventa Digital Servicio 10, S.L., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"se desestime íntegramente la demanda formulada, con expresa condena en costas a la actora."

4. El Juez de lo Mercantil núm. 1 de Málaga dictó Sentencia con fecha 21 de abril de 2007, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que estimo totalmente la demanda presentada por la Administración Concursal del Concurso de Vitelcom, contra la concursada y Postventa Digital Servicio 10 SL, representada por el procurador Sr. Berbel Cascale y el Sr. Olmedo Cheli y en consecuencia:

Primero: Declaro la ineficacia del pago por parte de la concursada a la codemandada para la extinción de su crédito, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración.



Segundo: Debo condenar y condeno a la codemandada, Postventa Digital Servicio 10 SL a que restituya a la masa activa los 272.272,50 euros recibidos, con sus frutos e intereses.

Tercero: Con expresa imposición de costas a Postventa Digital Servicio 10 SL."

Tramitación en segunda instancia

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Postventa Digital Servicio 10 SL.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, mediante sentencia de 9 de diciembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Jesús Olmedo Cheli en nombre y representación de Postventa Digital Servicio 10 S.L. contra la sentencia dictada el 21 de abril de 2008 (sic) por el Juzgado Mercantil nº 1 de Málaga en la Pieza Separada nº 63.3.1/2007, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas causadas en esta alzada."

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

6. El procurador D. Jesús Olmedo Cheli, en representación de la entidad Postventa Digital Servicio 10 SL, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 218.1 LEC , al no ser la sentencia congruente, ya que mientras la Administración Concursal promueve su demanda rescisoria al amparo del art. 71.2 LC y 73.3 LC , se condena a la representada por la acción del art. 71.1 y 71.4 LC . Se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 de la CE .

2º) Infracción del art. 218.2 LEC , al no valorarse en la sentencia las pruebas presentadas que inciden directamente en los elementos fácticos del pleito. Se vulnera además el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 de la CE ."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 71.1 y 71.4 y 71.5 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal . La acción de reintegración concursal.

2º) Infracción del art. 73.3 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal . Los efectos de la acción de reintegración concursal."

7. Por Providencia de fecha 8 de abril de 2010, la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, 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 con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Postventa Digital Servicio 10 S.L., representada por la procuradora Dª. Elena Martín García; y como parte recurrida la Administración Concursal de la entidad Vitelcom Mobile Technology, S.A., representada por el procurador D. Ramiro Reynolds Martínez.

9. Esta Sala dictó Auto de fecha 22 de marzo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.- ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de la entidad "POSTVENTA DIGITAL SERVICIO 10 S.L" contra la Sentencia dictada, el 9 de diciembre de 2009, por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), en el rollo de apelación nº 923/2008 , dimanante de los autos de juicio incidental concursal nº 6331/2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga."

10. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Vitelcom Mobile Technology, S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

11. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de octubre de 2012, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Resumen de antecedentes

1. Para comprender mejor la controversia conviene partir de los hechos probados en la instancia:

i) El 4 de diciembre de 2006, Postventa Digital Servicio 10, S.L. (en adelante, Postventa) solicitó el concurso necesario de la entidad Vitelcom Mobile Technology, S.A. (en adelante, Vitelcom)

ii) El 12 de enero de 2007, Vitelcom entregó un cheque a Postventa, para el pago de su crédito de 272.272,50 euros.

iii) El 19 de enero de 2007, Postventa presentó un escrito en el juzgado en el que comunicaba que había cobrado el crédito que se le adeudaba y que justificaba la petición de concurso de Vitelcom, y por eso pedía el sobreseimiento de su solicitud. El 24 de enero de 2007, el juzgado proveyó esta petición y acordó el sobreseimiento del procedimiento.

iv) El 5 de marzo de 2007, Vitelcom pidió su propio concurso voluntario. Y el 16 de marzo de 2007, fue declarada en concurso de acreedores con la consideración de necesario, en atención a la proximidad en el tiempo de la anterior petición de concurso por un acreedor (Postventa) y de su desistimiento.

2. La administración concursal de Vitelcom formuló una demanda de reintegración, en la que pedía la rescisión del pago de aquel crédito de 272.272,50 euros. La demanda se dirigió contra la propia concursada y contra la destinataria del pago, Postventa.

El Juzgado Mercantil estimó la demanda, acordó la rescisión del pago y condenó a Postventa restituir a la masa la suma de 272.272,50 euros, y al pago de las costas. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia, que desestimó el recurso de apelación.

3. Frente a la sentencia de apelación, la demandada Postventa interpuso sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en dos motivos. El primer motivo se formula al amparo tanto del apartado 2º del art. 469.1 LEC, como del apartado 4º, y se basa en que la sentencia no es congruente, pues se pidió la rescisión por concurrir alguno de los supuestos contenidos en los apartados 2 y 3 del art. 71, y ha sido acordada aplicando el apartado 4 del art. 71 LC.

El segundo motivo, que se refiere a la valoración de la prueba, se divide en dos submotivos: i) al amparo del art. 469.1.2º LEC se denuncia la infracción del art. 218.2 LEC, porque la sentencia no valora las pruebas practicadas, y en concreto la documental aportada por la demandada que justifica la naturaleza y el origen del crédito satisfecho con el pago objeto de rescisión; y ii) al amparo del art. 469.1.4º LEC, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida por el art. 24 CE, como consecuencia de la valoración de la prueba llevada a cabo por la sentencia.

Por su parte, el recurso de casación se articula también en dos motivos. En el primer motivo se denuncia la infracción de los apartados 1, 4 y 5 del art. 71 LC, que se refieren a la acción rescisoria concursal. En concreto se argumenta que la rescisión viene justificada por el perjuicio para los acreedores, entendido como sacrificio patrimonial injustificado, y en este caso no está injustificado el pago de un crédito vencido.

El segundo motivo de casación se basa en la infracción del art. 73.3 LC, relativo a los efectos de la reintegración, pues, una vez acordada, conforme al citado precepto, deberían restituírseles los servicios de reparación de telefonía móvil y *call center* que constituía la contraprestación del pago rescindido.

En este caso, nos parece más conveniente invertir el orden lógico de resolución de los recursos y empezar por el de casación.

Rescisión concursal de pagos realizados por el concursado antes de la declaración de concurso

4. El primer motivo del recurso de casación versa sobre la interpretación del art. 71 LC, en relación con los pagos realizados por el deudor concursado en un tiempo relativamente próximo a la declaración de concurso. El recurso cuestiona la interpretación que de los apartados 1, 4 y 5 ha realizado el tribunal de instancia, al haber apreciado que el pago realizado por la concursada a la codemandada Postventa era perjudicial para la masa, por una genérica vulneración de la *par condicio creditorum*. El recurso sostiene que el pago no ocasionó ningún sacrificio patrimonial injustificado, pues era debido, vencido y exigible; y, en todo caso, este pago debe ser considerado un acto ordinario de la actividad económica de la deudora concursada, que fue realizado en condiciones normales, a los efectos previstos en el apartado 5 del art. 71 LC, que excluye estos actos de la rescisión concursal.

El recurso debe desestimarse por las razones que analizaremos a continuación.



5. El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.

El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.

El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la *par condicio creditorum*, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.

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.

La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, 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 le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

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

Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum*.

Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en la sentencia 855/2007, de 24 de julio, donde negamos la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio *qui suum*



receptit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido.

7. En el presente supuesto no se cuestiona que el crédito satisfecho por la concursada a Postventa fuera un crédito real, vencido y exigible. El problema radica en que las circunstancias que rodean al pago ponen en evidencia su injustificación.

El acreedor (Postventa) había pedido el concurso de su deudora (Vitelcom), el 4 de diciembre de 2006, y Vitelcom, para lograr el desistimiento del instante antes de que se llegara a declarar el concurso, pagó el crédito de 272.272,50 euros (el 12 de enero de 2007).

Este pago que, en principio, sería válido, al ser debido y exigible, se ve afectado por que, no mucho más tarde (el 5 de marzo de 2007), la propia deudora (Vitelcom) solicitó su propio concurso de acreedores, que fue declarado el 16 de marzo de 2007, pero con la consideración de necesario, pues el art. 22.2 LC prevé que " *el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiere presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque este hubiere desistido ...*" Detrás de esta consideración legal, aplicada al caso por el magistrado de lo mercantil que declaró el concurso de acreedores, se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió.

Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la *par condicio creditorum*, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto.

8. El recurrente también argumenta que el pago constituye un acto ordinario, realizado en condiciones normales, para eludir los efectos de la rescisión concursal, tal y como prevé el art. 71.5 LC .

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

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

En este caso, podemos entender que para una sociedad como la deudora concursada, que explota un negocio de fabricación de aparatos de telefonía móvil, el pago de los servicios de reparación y asistencia técnica, como son los prestados por Postventa, es un acto normal ligado a su actividad empresarial. Pero no cabe concluir que fuera realizado en condiciones normales, pues está reconocido que el pago del crédito se hizo después de que la acreedora hubiera solicitado su concurso de acreedores, para conseguir el desistimiento, y sin que ello evitara que al cabo de pocas semanas se volviera a pedir el concurso, esta vez a instancia de la propia deudora.

Efectos de la rescisión concursal de un pago

9. El segundo motivo de casación se basa en la infracción del art. 73.3 LC , como consecuencia de que estimada la rescisión del pago, se ha dejado sin efecto, sin acordar la restitución de los servicios prestados por Postventa que constituían la contraprestación del pago.

El motivo debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.

10. El recurrente confunde los efectos derivados de la rescisión de un negocio bilateral, con los efectos de la rescisión del acto unilateral que supone el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio. Lo que fue objeto de la acción rescisoria no fue el contrato o negocio sino el acto de pago de la beneficiaria del servicio de reparación y asistencia técnica.

La previsión contenida en el apartado 3 del art. 73 LC (" *El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado* "), invocado por el recurrente como infringido, presupone que, conforme al apartado 1, que regula



los efectos de la rescisión del acto impugnado, se hubiera condenado " a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses ".

Si se hubiera rescindido en contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC , tampoco cabe apreciar mala fe en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito.

Recurso extraordinario por infracción procesal

11. El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, que se formula tanto al amparo del ordinal 2º como del 4º del art. 469.1º LEC , cuestiona que la acción rescisoria concursal fue formulada sobre la base de lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC , y la sentencia de instancia ha condenado aplicando los arts. 71.1 y 71.4 LC . Tal y como se formula el recurso, se denuncia que la sentencia resuelve una acción, la prevista en los apartados 1 y 4 del art. 71 LC , distinta de la realmente ejercitada, la prevista en los apartados 2 y 3 del mismo precepto legal. Esto es, para el recurso, la sentencia habría alterado las razones aducidas que justificarían la rescisión solicitada, incurriendo en el vicio de incongruencia.

Este motivo debe ser desestimado pues, a la vista de la demanda, puede apreciarse que la rescisión de los reseñados pagos, realizados por Vitelcom a favor de Postventa, se basaba en los mismos hechos considerados relevantes por la sentencia recurrida para apreciar la rescisión, y por las mismas razones jurídicas, pues expresamente argumenta que "(...) la justificación del perjuicio patrimonial para la masa activa que impone el nº 4 del citado artículo (art. 71 LC) queda acreditada por el hecho de percibir cantidades a cuenta sin someterse al principio de la " *par condicio creditorum* " y sustrayendo su crédito a las incidencias del resto de los acreedores, en perjuicio de los mismos, privando al propio tiempo a la masa activa de una considerable suma de dinero e impidiéndole el cumplimiento de otras obligaciones..."

Conviene aclarar que toda acción rescisoria concursal presupone, ya se invoque expresamente o no, la aplicación del art. 71.1 LC , sin perjuicio de que la *causa petendi* venga condicionada por los hechos narrados para justificar el carácter perjudicial o la aplicación de alguna de las presunciones de perjuicio previstas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC . En nuestro caso es claro que la sentencia recurrida resuelve la acción ejercitada, sin separarse de la *causa petendi* esgrimida en la demanda.

12. En el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, se denuncia tanto la falta de valoración de la prueba, como la violación del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión para el recurrente, por la arbitrariedad en la valoración de la prueba y la infracción de normas de prueba legal y tasada. Ambas cuestiones también se formulan al amparo de los ordinales 2º y 4º del art. 469.1º LEC .

El motivo debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.

Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la Sentencia 326/2012, de 3 de mayo , la valoración de la prueba es función de instancia, aunque excepcionalmente cabría justificar un recurso por infracción procesal en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comportara una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia 196/2010, de 13 de abril). Pero para ello es preciso que se cumplan ambos presupuestos, un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, y no una mera discrepancia; y, además, que sea relevante, pues haya determinado el sentido del fallo.

En este caso, el motivo debe desestimarse por la falta de relevancia de los vicios denunciados, porque, aunque se hubiera declarado probado lo que el recurrente manifiesta que pretendía con la prueba propuesta, no por ello el acto impugnado hubiera dejado de considerarse perjudicial para la masa del concurso, a la vista de las razones expuestas en los fundamentos 5, 6, 7 y 8 de esta sentencia. Ninguno de estos hechos (el origen de la deuda satisfecha con el pago objeto de impugnación, que traería causa de servicios de reparación y asistencia técnica prestados a Vitelcom por parte de Postventa; la relación comercial continuada y de buena fe que unía a ambas partes, en el curso de la cual se prestaron los servicios; la existencia de un crédito mayor no satisfecho con aquel pago, reconocido en el concurso de acreedores; el acuerdo de las partes de acabar liquidando el resto de las cuentas pendientes en un posterior convenio arbitral; y el desistimiento de la solicitud de concurso necesario), aisladamente ni en su conjunto, alteran la calificación jurídica realizada para justificar la procedencia de la rescisión del pago.



En cuanto al desistimiento de la solicitud de concurso necesario y el archivo acordado por el juzgado mercantil, basta aclarar que este último es una consecuencia del desistimiento y no supone ninguna declaración de que el deudor no está en estado de insolvencia.

Costas

13. Desestimados los dos recursos, el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación, procede imponer al recurrente las costas generadas por cada uno de estos recursos (art. 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación formulados por la representación procesal de Postventa Digital Servicio 10, S.L., frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (sección 6ª) de fecha 9 de diciembre de 2009 (rollo de apelación 923/2008), que resuelve el recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Málaga de 21 de abril de 2007 (incidente concursal 63.3.1/2007). Imponemos a la parte recurrente las costas generadas por sus recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- **Ignacio Sancho Gargallo**.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.