



Roj: **STS 1874/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1874**

Id Cendoj: **28079110012018100290**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2018**

Nº de Recurso: **670/2017**

Nº de Resolución: **309/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 747/2016,**  
**STS 1874/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 309/2018**

Fecha de sentencia: 24/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 670/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE OURENSE. SECCIÓN 1.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 670/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 309/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 24 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Obras, Caminos y Asfaltos S.A. (OCASA), representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Mercedes Caro Bonilla, bajo la dirección letrada de D. Joaquín González Vila, contra la sentencia núm. 438/2016, de 16 de diciembre, dictada por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Ourense, en el recurso de apelación núm. 219/2016, dimanante de las actuaciones de incidente concursal núm. I 72 189/2013 0015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense. Sobre rescisión concursal de escritura de cesión en pago de deuda.

La Administración Concursal de OCASA, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María González Nespereira y bajo la dirección letrada de D. Luis Puerta Pedrosa, se personó en calidad de coadyuvante de la recurrente.

Ha sido parte recurrida la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, representada y defendida por la Abogada del Estado.

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

## 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 contra la mercantil Obras, Caminos y Asfaltos S.A. y contra la mercantil Cosmos Servicios Inmobiliarios, S.L.U., en la que solicitaba se dictara sentencia acordando:

«1.- Rescindir la escritura de cesión en pago de deuda n.º 1030 del protocolo del Notario del Ilustre Colegio de Madrid don Vicente Nieto Olano, otorgada el 28 de mayo de 2013, suscrita por la concursada y la mercantil COSMOS SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L. UNIPERSONAL, declarando su ineficacia, 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 72.600,00 euros, y se reintegre simultáneamente al patrimonio y masa activa del presente concurso las 4 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 COSMOS SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L. UNIPERSONAL, por importe de 72.600,00 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 4 plazas de garaje identificadas con los números 198, 199, 200 y 201, 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 n.º 4 de Ourense, fue registrada con el núm. I 72 189/2013 0015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a las partes demandadas y, en su caso, las demás partes personadas en el concurso.

3.- El letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, presentó escrito adhiriéndose a la demanda planteada por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Posteriormente presentó escrito desistiendo de tal adhesión.

4.- El procurador D. Francisco Pérez Pérez, en representación de Obras, Caminos y Asfaltos S.A., contestó a la demanda incidental mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la actora.

5.- La procuradora D.<sup>a</sup> María González Nespereira, en representación de la Administración Concursal de Obras, Caminos y Asfaltos S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de lo solicitado de contrario, con expresa imposición de costas a quien se opusiere a lo solicitado.

6.- La procuradora D.<sup>a</sup> María Garrido Vázquez, en representación de Cosmos Servicios Inmobiliarios S.L.U, presentó escrito allanándose a todas las pretensiones de la parte actora.

7.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense dictó sentencia n.º 34/2016 de 17 de febrero, con la siguiente parte dispositiva:

«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 COSMOS SERVICIOS INMOBILIARIOS S.L. UNIPERSONAL a quien se absuelve de todos los pedimentos.

»Con imposición de costas a la parte actora».

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

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Orense, que lo tramitó con el número de rollo 219/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 16 de diciembre de 2016 , cuya parte dispositiva dice:

«Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Letrado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra la sentencia, de fecha 17 de febrero de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Ourense , en autos de Incidente concursal de rescisión, seguidos con el n.º 189/2013 0015, que se revoca acordándose la rescisión de la escritura de dación en pago de 28 de mayo de 2013 suscrita por la concursada y la entidad Cosmos Servicios Inmobiliarios SL Unipersonal, y, en consecuencia, esta entidad deberá figurar en la masa pasiva del concurso con un crédito ordinario contra OCA S.A., por importe de setenta y dos mil seiscientos euros (72.600 €), debiendo reintegrar a la masa activa los derechos cedidos; imponiendo a las demandadas las costas causadas en la instancia, a excepción de la allanada, sin hacer expreso pronunciamiento en relación a las ocasionadas en esta 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. 469.1.2º 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 art. 326 y art. 348 LEC , relativo al perjuicio para la masa activa y a 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, apartado 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.- Por interés casacional, 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 concursal rescisoria concursal, establecida en las SSTs: Núm. 629/2012 de 26 de octubre-12 y Núm. 652/2012, de 8-noviembre-2012 y sobre los pagos efectuados en el período 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 y Núm. 642/2016 de 26-octubre-16 .

»Segundo.- Por interés casacional, 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, establecida en las SSTs: Núm. 626/2012 de 26-octubre-12 ; Núm. 340/2015, de 24-junio-15 .

»Tercero.- Por interés casacional, 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 y Núm. 629/2012 de 26-octubre-12 ».



2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de octubre de 2016, 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 SA, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección Primera) de fecha 16 de diciembre de 2016, en el rollo de apelación n.º 219/2016 dimanante de los autos de incidente concursal n.º 189/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense».

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

4.- Por providencia de 16 de abril de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de mayo, 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 28 de mayo de 2013, por la que cedía el derecho de uso exclusivo de cuatro plazas de garaje, sitas en la Avenida de los Reyes Católicos de la ciudad de Getafe, a la compañía mercantil Cosmos Servicios Inmobiliarios S.L. (en adelante, Cosmos), en pago de la deuda que había contraído con esta entidad por un importe de 72.600 euros. Se pactó un precio de transmisión de 18.150 euros más IVA al 21% 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 real 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 de construcción.

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, interpelló 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 Cosmos, por importe de 72.600 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 solicitado fue que se dejara sin efecto la cesión, que se ordenara la restitución de los derechos cedidos y que 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 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 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 pocos días antes de que se declarase 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 cuatro 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 estas cuatro daciones en pago pudieran estar excluidas 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 Provincial estima el recurso de apelación de la AEAT, acuerda la rescisión de las daciones 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.

Ha de advertirse, asimismo, que, sobre casos idénticos al presente, en relación con otras daciones en pago de plazas de garaje realizadas por OCASA a otros proveedores, se han dictado por esta sala las sentencias 115 , 116 y 117 de 2018, todas de 6 de marzo ; y 125 , 126 y 127 de 2018, todas de 7 de marzo .

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

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal.Facultades revisoras del tribunal de segunda instancia*

*Planteamiento :*

**1.-** El primer 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 se 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».

**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: 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.

*Decisión de la Sala :*

**1.-** La parte 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»).

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 las cesiones en pago de deudas realizadas por OCASA son perjudiciales 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.

4.- Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

#### **TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Valoración de la prueba**

*Planteamiento :*

El segundo motivo de infracción procesal 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 ».

*Decisión de la Sala :*

1.- 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.

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 art. 469.1.4º 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 , aunque se apoye su acreditación en una serie de circunstancias fácticas, encierre una valoración jurídica que tampoco puede ser impugnada por el recurso extraordinario por infracción procesal.

3.- En su virtud, este motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

#### **CUARTO.- Tercer motivo de infracción procesal. Carga de la prueba**

*Planteamiento :*

1.- El tercer motivo de infracción procesal 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».

2.- 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 practica 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».

*Decisión de la Sala :*

1.- El motivo debe ser desestimado 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.

2.- Además, 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 ).

3.- Por lo expuesto, este tercer motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

### **Recurso de casación**

**QUINTO.-** *Primer motivo de casación. Perjuicio que justifique la rescisión concursal*

*Planteamiento :*

1.- El primer motivo de casación 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 653/2016, 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.

La recurrente 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.

*Decisión de la Sala :*

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 trece plazas de aparcamiento a Cosmos, en pago de una deuda que tenía con esta, que estaba vencida y era exigible. El valor de los derechos cedidos era inferior a la mitad del crédito de Cosmos, que se extinguía con la cesión.

La dación en pago fue acordada después de que OCASA realizara la comunicación del art. 5 bis LC y antes de su declaración de concurso a instancia de algunos de sus acreedores.

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 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 significativo detrimento patrimonial injustificado.

**4.-** 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 Cosmos, 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 de los créditos que se extinguían con la dación, en 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*» .

**5.-** Las daciones en pago se realizaron para pagar unos créditos después de que la cedente, OCASA, hubiera realizado la comunicación del art. 5 bis LC, que conlleva la suspensión de las ejecuciones singulares, y antes de que se hubiera declarado su concurso de acreedores. Ligado al hecho de que estas cesiones no se realizaron de forma aislada, sino que en un periodo corto de tiempo 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.



Estas circunstancias temporales 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 la regla general fue que la cesión suponía que el acreedor cesionario recibía en pago de sus créditos unos derechos que valían menos de la mitad del importe de esos créditos. Tampoco 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 fueron pagados en detrimento de aquellos otros que no se beneficiaron de la cesión de pagos.

6.- Aunque la concurrencia del perjuicio debe juzgarse de acuerdo con las circunstancias existentes 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. Los acreedores que recibieron 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 y no se aprecian circunstancias excepcionales en la naturaleza de los créditos o la condición del acreedor que permita afirmar el carácter injustificado de la diferencia de trato entre los acreedores que vieron satisfecho parcialmente su crédito. Todo ello aparte de que, además, la cesión de unos derechos de difícil explotación en esos momentos, ahorró a la concursada los gastos de mantenimiento.

7.- Lo expuesto tiene como resultado la estimación del motivo primero del recurso de casación, por lo que resulta innecesario entrar a analizar los motivos restantes. A su vez, la estimación del recurso de casación 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.

#### **SEXTO.- Costas y depósitos**

1.- Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por OCASA, deben imponérseles las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.1 LEC .

2.- Estimado el recurso de casación interpuesto por OCASA, no hacemos expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC ).

3.- Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la 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 interpuestos por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. (OCASA) contra la sentencia n.º 438/2016, de 16 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (sección 1.ª), en el rollo de apelación núm. 219/2016 .

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. (OCASA) contra la indicada sentencia, que dejamos sin efecto.

3.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra la sentencia n.º 34/2016, de 17 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense , en el incidente concursal 189/2013-015, cuya parte dispositiva confirmamos.



4.º- Imponer a Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. (OCASA) las costas ocasionadas por el recurso extraordinario por infracción procesal.

5.º- No hacer expresa condena de las costas causadas por el recurso de casación de Obras, Caminos y Asfaltos S.A. (OCASA).

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

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ