



Roj: **STS 1876/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1876**

Id Cendoj: **28079110012018100292**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2018**

Nº de Recurso: **459/2017**

Nº de Resolución: **307/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 746/2016,**
STS 1876/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 307/2018

Fecha de sentencia: 24/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 459/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIA DE OURENSE. SECC. 1.ª

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 459/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 307/2018

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 recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, como consecuencia de autos de juicio incidental de rescisión seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Obras, Caminos y Asfaltos, S.A., representada por la procuradora Mercedes Caro Bonilla y bajo la dirección letrada de Joaquín González Vila. Interviene la administración concursal de la entidad Obras, Caminos y Asfaltos, S.A., como coadyuvante del recurrente, representada por la procuradora María González Nespereira y bajo la dirección letrada de Luis Puertas Pedrosa. Es parte recurrida la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, representada por el Abogado del Estado. También ha sido parte la entidad mercantil Ojaba 2012, S.L., que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El Abogado del Estado, en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, interpuso demanda incidental de rescisión ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense, contra la entidad Obras, Caminos y Asfaltos S.A. (en concurso), y la entidad Ojaba 2012, S.L., para que se dicte sentencia:

«acordando:

1.- Rescindir la escritura de cesión en pago de deuda nº 1017 del protocolo del Notario del Ilustre Colegio de Madrid Don Eduardo Torralba Arranz, otorgada el 30 de abril de 2013, suscrita por la concursada y la mercantil Ojaba 2012 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 18.150,00 euros, y se reintegre simultáneamente al patrimonio y masa activa del presente concurso las 1 plaza 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 Ojaba 2012, S.L., por importe de 18.150,00 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 1 plaza de garaje identificadas con los números 95, situadas en los aparcamientos ubicados en Getafe.

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

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

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

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

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

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

5. La procuradora Marta Trillo González, en representación de la entidad Ojaba 2012, S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

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

6. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:



«Fallo: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (A.E.A.T.) contra la concursada Obras, Caminos y Asfaltos S.A., y contra la mercantil Ojaba 2012, S.L. 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 representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ourense, mediante sentencia de 16 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado-Jefe D. José M.^a Pérez Álvarez, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra la sentencia, de fecha 1 de diciembre de 2015, aclarada por Auto de fecha 10 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ourense, en autos de incidente concursal de rescisión, seguidos con el nº 189/2013 0003, Rollo de apelación núm. 87/16, que se revoca acordándose la rescisión de la escritura de dación en pago de fecha 30 de abril de 2013 suscrita por la concursada y Ojaba 2012, S.L., en consecuencia, esta entidad deberá figurar en la masa pasiva del concurso con un crédito ordinario contra OCA S.A., por importe de dieciocho mil ciento cincuenta euros (18.150 euros), debiendo reintegrar a la masa activa el valor que tuvieron los derechos cedidos cuando salieron del patrimonio de la concursada, más el interés legal; imponiendo a las demandadas las costas causadas en la instancia, 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 Francisco Pérez Pérez, en representación de la entidad Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. (OCASA), interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.^a.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

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

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

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

Los motivos del recurso de casación fueron:

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

»2º) Infracción del art. 71.1, en relación con el art. 71.4 LC y la jurisprudencia contenida en las sentencias 629/2012 de 26 de octubre y 340/2015, de 24 de junio.

»3º) Infracción del art. 71.5 LC y jurisprudencia contenida en las sentencias 487/2013, de 10 de julio, 629/2012, de 26 de octubre y 642/16, de 26 de octubre.»

2. Por diligencia de ordenación de 20 de enero de 2017, la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.^a, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Obras, Caminos y Asfaltos, S.A., representada por el procurador Francisco Pérez Pérez. Interviene la administración concursal de la entidad Obras, Caminos y Asfaltos, S.A., como coadyuvante de la entidad recurrente, representada por la procuradora María González Nespereira. Como parte recurrida comparece la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, representada por el Abogado del Estado.

5. Esta sala dictó auto de fecha 18 de octubre de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«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 87/2016



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

6. Dado traslado, la representación procesal de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

7. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

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

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

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

iii) Con anterioridad a la declaración de concurso, OCASA otorgó una escritura pública, el 30 de abril de 2013, por la que cedía el derecho de uso exclusivo de una plaza de aparcamiento en la localidad de Getafe, a Ojaba 2012, S.L., en pago de la deuda que había contraído con esta entidad por un importe de 18.150 euros. El valor real de la plaza de garaje era estimativamente inferior a la mitad del importe de la deuda.

iv) 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.

v) 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 la plaza de garaje en pago del crédito de Ojaba 2012, S.L., por importe de 18.150 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, 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 la plaza de garaje había sido de 18.150 euros, muy superior al precio de mercado (entre 6.400 y 7.500 euros), lo que supone una quita de la deuda superior a la del 50% establecida en la propuesta anticipada de convenio, para cuya aprobación la concursada contaba con las adhesiones necesarias.

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

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



La Audiencia resalta que la dación en pago objeto de rescisión se hizo el 30 de abril de 2013, después de que OCASA se hubiera acogido al procedimiento del art. 5 bis, en un momento en que se encontraba en estado de insolvencia, con muchos procedimientos judiciales de reclamación pendientes en aquel momento, y poco antes de que se declarara el concurso de acreedores (mayo de 2013). 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 una plaza de garaje de la que era titular, con lo cual se benefició a uno de los acreedores en perjuicio de los restantes integrantes de la masa pasiva.

«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 (...). 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 (...).»

En relación con los gastos de mantenimiento, razona:

«No se comparte el argumento vertido en la resolución apelada relativo a que si bien el activo de la entidad concursada disminuyó con las cesiones realizadas, no se minoró también en 205.289,16 euros que serían las cuotas y gastos de mantenimiento de todas las plazas de garaje cuyo uso se cedió desde el ejercicio 2013 hasta la actualidad, gastos que tendrían la consideración de créditos contra la masa, lo que redundaría en beneficio de los acreedores concursales. Y ello porque si bien la titularidad del uso de las plazas y su mantenimiento obviamente tiene un coste para su titular, obviamente también ha de producir un rendimiento derivado de su explotación, pues de otra manera no podía entenderse que la concursada hubiera aceptado tales derechos en pago de sus créditos, no pudiendo tampoco considerarse que se trata de derechos de uso de difícil comercialización pues, realmente, si así fuera iría contra toda lógica mercantil que al menos treinta y cuatro entidades, acreedores de la concursada los hubieran aceptado en pago de sus deudas y con una reducción importante».

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

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

5 . Frente a la sentencia de apelación OCASA formula recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

Los motivos de ambos recursos son los mismos a los formulados por OCASA en otros casos anteriores, en los que se recurrirían sentencias sustancialmente idénticas a la que ahora es objeto de recurso.

Mientras no concurren circunstancias específicas de este caso que justifiquen apartarnos de aquellos precedentes, seguiremos la argumentación contenidas en ellas, en concreto en la sentencia 125/2018, de 7 de marzo .

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal*

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

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



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

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

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

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

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

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

Lo anterior no significa que el recurso de apelación deba articularse en motivos cuyo análisis y resolución haya de realizarse de forma independiente unos de otros, de tal forma que lo alegado en uno no pueda ser tenido en cuenta en otros. El recurso de apelación debe analizarse en su conjunto, sin perjuicio de que puedan distinguirse distintas razones que fundamentan el recurso y que se analicen sistemáticamente unas detrás de otras.

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

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

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

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

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



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

En el desarrollo del motivo se razona lo siguiente:

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

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

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

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

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

TERCERO. Recurso de casación

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta jurisprudencia, invocada por el recurrente, se contiene en la sentencia 629/2012, de 26 de octubre , cuya doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores (entre otras, sentencias 652/2012, de 8 de noviembre ; 100/2014, de 30 de abril ; 363/2014, de 9 de julio ; 428/2014, de 24 de julio ; 631/2014, de 1 de noviembre ;



41/2015, de 17 de febrero ; 58/2015, de 23 de febrero ; 112/2015, de 10 de marzo ; 124/2015, de 17 de marzo ; 199/2015, de 17 de abril ; 340/2015, de 24 de junio ; 642/2016, de 26 de octubre):

«El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.

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

»El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación».

4. El acto de disposición objeto de rescisión concursal es una dación en pago: OCASA cedió los derechos de uso exclusivo de una plaza de aparcamiento a Ojaba 2012, S.L., en pago de una deuda que tenía con esta sociedad de 18.150 euros, deuda que estaba vencida y era exigible. El valor de los derechos cedidos era inferior a la mitad del crédito de Ojaba 2012, S.L., que se extinguía con la cesión.

La dación en pago fue acordada el 30 de abril de 2013, en el periodo posterior a que OCASA realizara la comunicación del art. 5 bis LC (31 de octubre de 2012) y anterior a su declaración de concurso a instancia de algunos de sus acreedores (28 de mayo de 2013).

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

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

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

5. Si nos ajustamos a la relación entre el valor de los derechos sobre la plaza de parking cedida por OCASA y el importe de la deuda que esta tenía con Ojaba 2012, 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.

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

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

La dación en pago fue realizada cinco meses después de que la cedente, OCASA, hubiera realizado la comunicación del art. 5 bis LC, que conlleva la suspensión de las ejecuciones singulares, y unas semanas antes de que se hubiera declarado su concurso de acreedores. Ligado al hecho de que esta cesión no se realizó de forma aislada, sino que en esas semanas (enero-mayo de 2013) OCASA cedió plazas de garaje ubicadas



en Getafe en pago de deudas contraídas con distintos acreedores por un importe global de 4.428.600 euros, y en todas ellas, según declara probado la Audiencia, el valor de las plazas era inferior a la mitad del importe de los créditos que se extinguían.

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

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

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

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

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

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

CUARTO. Costas

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

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

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

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (sección 1ª) de 16 de diciembre de 2016 (rollo núm. 87/2016).

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (sección 1ª) de 16 de diciembre de 2016 (rollo núm. 87/2016), que dejamos sin efecto.



3.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense de 1 de diciembre de 2015 (incidente concursal 189/2013-03), cuya parte dispositiva confirmamos.

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

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

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

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de 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