

## Jurisprudencia

### Reseña jurisprudencial e-Dictum 79

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora doctora de Derecho mercantil de la Universidad CEU San Pablo.

#### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

#### SENTENCIA DE LA SALA OCTAVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 31 DE MAYO DE 2018 [Asunto C-537/17]

*El artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91, debe interpretarse en el sentido de que el Reglamento se aplica al transporte de pasajeros realizado con arreglo a una única reserva y que entre la salida de un aeropuerto situado en territorio de un Estado miembro y la llegada a un aeropuerto situado en territorio de un tercer Estado incluye una escala programada, fuera de la Unión Europea, con cambio de aeronave.*

«La Sra. Wegener celebró en su día con Royal Air Maroc un contrato de transporte aéreo, concretado en una única reserva con la que desplazarse desde Berlín (Alemania) hasta Agadir (Marruecos) y que preveía una escala con cambio de aeronave en Casablanca (Marruecos).

Tras haber recibido confirmación de su reserva y facturado en el aeropuerto de Berlín para el conjunto del trayecto, la Sra. Wegener embarcó en la aeronave de Royal Air Maroc con destino a Casablanca, despegando con retraso. A su llegada a Casablanca se presentó al embarque de la aeronave cuyo destino era Agadir, pero Royal Air Maroc le denegó el embarque, indicándole que se había reasignado su asiento a otro pasajero. Al final, la Sra. Wegener embarcó en otra aeronave de Royal Air Maroc y llegó a Agadir con un retraso de cuatro horas respecto del horario previsto inicialmente.

Con posterioridad, la Sra. Wegener instó a que se la compensase por el retraso. No obstante, Royal Air Maroc se negó a ello, alegando que no podía invocar

los derechos a compensación del Reglamento n.º 261/2004.

Así las cosas, el Landgericht Berlin (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín, Alemania) acordó suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Debe considerarse que existe un vuelo en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), del [Reglamento n.º 261/2004] cuando la operación de transporte de un transportista aéreo incluya interrupciones programadas (escalas) fuera del territorio de la [Unión] Europea con un cambio de aeronave?»

Sobre la cuestión prejudicial

Habida cuenta de la cuestión planteada por el tribunal remitente, procede, para empezar, señalar que, a tenor del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 261/2004, este será de aplicación a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en territorio de algún Estado miembro.

Además, la resolución de remisión indica que el transporte de pasajeros que es controvertido en el litigio principal se realizó, tal como se señala en el apartado 5 anterior, con arreglo a una única reserva.

Teniendo en cuenta ese dato, ha de entenderse que, mediante su cuestión, lo que el tribunal remitente en esencia pregunta es si el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 261/2004 se interpretará en el sentido de que el Reglamento se aplica al transporte de pasajeros realizado con arreglo a una única reserva y que entre la salida de un aeropuerto situado en territorio de un Estado miembro y la llegada a un aeropuerto situado en territorio de un tercer Estado incluye una escala programada, fuera de la Unión, con cambio de aeronave.

De la resolución de remisión del presente asunto se desprende, para empezar, que el transporte a que se refiere el apartado 5 anterior está formado por dos

vuelos que discurrieron entre Berlín y Casablanca y entre Casablanca y Agadir, respectivamente.

Por otra parte, el punto de partida del primero de esos vuelos era un aeropuerto situado en territorio de un Estado miembro, mientras que los puntos de partida y llegada del segundo eran aeropuertos situados en territorio de un tercer Estado.

Por último, el retraso de cuatro horas subido por la demandante del asunto principal se constató a la llegada del segundo de esos vuelos.

Siendo así, ha de señalarse que si se considerara que un vuelo como el segundo de los citados, realizado íntegramente fuera de la Unión, constituye una operación separada de transporte, no entraría en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 261/2004. Por el contrario, si se considerara que transportes como el controvertido en el asunto principal constituyen un conjunto único que tiene su punto de partida en un Estado miembro, el Reglamento sí sería de aplicación.

El Tribunal de Justicia ya ha declarado sobre el particular que la pérdida irreversible de tiempo que constituye el inconveniente que da lugar al derecho a compensación establecido en el Reglamento n.º 261/2004 es la que se materializa a la llegada de los pasajeros en cuestión a su destino final (sentencia de 26 de febrero de 2013, Folkerts, C-11/11, EU:C:2013:106, apartados 32 y 33).

Pues bien, el concepto de «destino final» se define en el artículo 2, letra h), del Reglamento como el del destino que figura en el billete presentado en el mostrador de facturación o, en caso de vuelos con conexión directa, el destino correspondiente al último vuelo que cojan los pasajeros de que se trate (sentencia de 26 de febrero de 2013, Folkerts, C-11/11, EU:C:2013:106, apartados 34 y 35).

De la expresión «último vuelo» se deduce que debe entenderse que el concepto de «vuelo con conexión directa» presupone la existencia de dos o más vuelos que forman un conjunto a los efectos del derecho de los pasajeros a la compensación establecido por el Reglamento n.º 261/2004, al igual que el vuelo con conexión directa controvertido en el asunto en que se dictó la sentencia de 26 de febrero de 2013, Folkerts (C-11/11, EU:C:2013:106), apartados 17 y 18.

Así sucede cuando dos o más vuelos son objeto de una única reserva, tal como se daba en el asunto en que se

dictó la sentencia de 26 de febrero de 2013, Folkerts (C-11/11, EU:C:2013:106), apartado 16.

Por ello, debe entenderse que una operación de transporte como la controvertida en el asunto principal constituye un vuelo con conexión directa, al igual que el vuelo controvertido en el asunto en que se dictó la sentencia de 26 de febrero de 2013, Folkerts (C-11/11, EU:C:2013:106), apartados 35 y 38.

Cierto es que, según se desprende del tenor de su cuestión, el tribunal remitente señala que el segundo de los vuelos controvertidos en el asunto principal se realizó con una aeronave distinta de la del primer vuelo.

Sin embargo, en el Reglamento n.º 261/2004 ninguna disposición supedita la calificación de vuelo con conexión directa a que todos los vuelos que a su vez lo formen se realicen con una misma aeronave.

En consecuencia, el cambio de aeronave que pueda darse en un vuelo con conexión directa no incide en esa calificación.

Por consiguiente, debe considerarse que un transporte como el controvertido en el asunto principal forma, en su conjunto, un vuelo con conexión directa. De ello se sigue que estará comprendido en el ámbito del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 261/2004.

Teniendo en cuenta todos los razonamientos anteriores, procede responder a la primera cuestión planteada que el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 261/2004 debe interpretarse en el sentido de que el Reglamento se aplica al transporte de pasajeros realizado con arreglo a una única reserva y que entre la salida de un aeropuerto situado en territorio de un Estado miembro y la llegada a un aeropuerto situado en territorio de un tercer Estado incluye una escala programada, fuera de la Unión, con cambio de aeronave».

## TRIBUNAL SUPREMO

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3675/2015] DE 7 DE JUNIO DE 2018 [Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán]**

*Contrato de arrendamiento de local de negocio: alcance de la indemnización por desistimiento unilateral sin respetar el plazo de preaviso pactado. La prórroga convencional, libremente pactada, es plazo de duración del contrato, vinculante para las partes, de modo que, si la arrendataria omite el preaviso en el plazo convenido, se debe entender prorrogado el contrato. Sobre los límites de la doctrina de la revisión en casación de la interpretación del contrato: no procede revisar la interpretación del contrato realizada por las sentencias de las dos instancias si no es arbitraria, ilógica, irrazonable, absurda ni contraria a las reglas de interpretación contractual que se invocan como infringidas.*

«El litigio causante de los presentes recursos versa, en primer lugar, sobre el alcance de la indemnización que debe pagar la arrendataria de un local que desiste del contrato de manera unilateral sin respetar el plazo de preaviso pactado. La arrendadora, ahora recurrente, considera que, como consecuencia de ello, tuvo lugar la prórroga del contrato por un año más y que la arrendataria debe pagar completa la renta correspondiente a ese año.

Se plantea también, en segundo lugar, la interpretación del contrato celebrado por las partes por lo que se refiere a la obligación de la arrendataria de restituir los locales diáfanos, suprimiendo todos los elementos que en su momento incorporó.

Por lo que interesa para la resolución del recurso, los hechos más relevantes son los siguientes:

1.-El 30 de junio de 2005, Metrovacesa S.A. celebró con la Comunidad de Madrid un contrato de arrendamiento por el que la primera cedía a la segunda, en régimen de arrendamiento, los locales de un edificio de los que era propietaria. Se estableció como plazo contractual el 30 de junio de 2010. El contrato preveía prórrogas anuales si ninguna de las partes comunicaba a la otra su voluntad de resolución con una antelación de tres meses, al menos, a la fecha de finalización del plazo contractual o en su caso a la del vencimiento de la prórroga correspondiente.

Literalmente, la cláusula tercera del contrato era del siguiente tenor:

«Se establece un plazo contractual de obligado cumplimiento para ambas partes, desde el 1 de julio de 2010 hasta el 30 de junio de 2011.

»Vencido el plazo establecido en el párrafo anterior, el contrato se prorrogará por períodos anuales de obligado cumplimiento, si ninguna de las partes comunica a la otra su voluntad de resolución del presente contrato con una antelación de tres meses al menos, a la fecha de finalización del plazo contractual o en su caso, a la del vencimiento de la prórroga correspondiente.

»Al término de la vigencia del contrato, la subarrendataria deberá desalojar y dejar libre y a disposición del subarrendador el local objeto de este contrato».

El 30 de enero de 2009, Metrovacesa S.A. vendió los locales a Financiera Leasing S.A. EFC, que el mismo día celebró con Los Jardines de Valderas S.L. (en adelante Jardines) un contrato de arrendamiento financiero que tenía por objeto los mencionados locales.

El 1 de julio de 2010, Jardines celebró con la Comunidad de Madrid un nuevo contrato en el que manifestaron su voluntad de dar por extinguido el contrato celebrado en 2005 y la celebración por las partes de un nuevo contrato sobre los mismos locales.

El 25 de mayo de 2012, la Comunidad de Madrid comunicó por correo electrónico a Jardines su voluntad resolutoria, ofreciendo una compensación económica de pago de la renta de tres meses, esto es, hasta septiembre de 2012. Jardines rechazó la propuesta y la Comunidad de Madrid formuló nueva propuesta de pago de rentas hasta el 31 de diciembre de 2012, que fue igualmente rechazada por Jardines, por entender que el contrato se había prorrogado hasta el 30 de junio de 2013 y debían pagarse las rentas correspondientes hasta esa fecha.

El 3 de julio de 2012, la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid acordó mediante Orden la extinción del contrato con efectos del 31 de diciembre de 2012, por no precisar continuar con el uso de los locales, lo que comunicó a Jardines el 4 de julio.

En fechas sucesivas, la Comunidad de Madrid puso los locales a disposición de Jardines, quien se negó a recibirlos hasta que se le pagara lo que se le debía y hasta que se repusieran los locales al estado en el que se encontraban cuando fueron recibidos por la arrendataria, dejándolos diáfanos y retirando todos los elementos instalados en las diferentes plantas. Finalmente, Jardines recibió las llaves de los locales el 31 de julio de 2013.

El 24 de septiembre de 2013, Jardines interpuso demanda contra la Comunidad de Madrid en la que alegó que la demandada no había abonado rentas desde el mes de diciembre de 2012 (este mes excluido), y solicitó la condena al abono de la suma de 310.633,69 € en concepto de rentas debidas de enero a julio de 2013, e igualmente solicitó el pago de 39.671,54 €, importe correspondiente a las obras que debía acometer Jardines para dejar el local diáfano.

2.-La sentencia de primera instancia condenó a la Comunidad a abonar a la actora las rentas devengadas entre los meses de enero a junio de 2013 en concepto de indemnización por resolución anticipada, pero desestimó la pretensión de que repusiera el local al estado previo del contrato de fecha 30 de junio de 2005.

La demandada recurrió en apelación solicitando la revocación de su condena. La demandante se opuso al recurso e impugnó la sentencia, solicitando la condena a la demandada al pago de la cantidad reclamada por el coste de reposición del local al estado en el que se encontraba en el momento de suscribir el contrato.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación, desestimó la impugnación de la demandante y desestimó íntegramente la demanda.

Por lo que se refiere al pago de las rentas reclamadas, la sentencia recurrida consideró, en síntesis, que el pago por parte de la arrendataria de la renta correspondiente hasta diciembre de 2012 suponía que hubo por su parte un incumplimiento parcial de su obligación y que, por tanto, debía moderarse la pena al amparo del art. 1154 CC . Argumentó también que, en el caso, la resolución anticipada estaba justificada, pues el destino de los locales era servir de ubicación a las sedes judiciales y que la falta de necesidad de dichas sedes por parte de la Administración arrendataria determinaba la carencia de objeto del contrato, al no servir a la finalidad perseguida. Concluyó que el abono de las rentas correspondientes a siete meses a pesar de no usar los locales era suficiente para paliar los posibles daños y perjuicios. Añadió que la tardía recepción del local en julio de 2013 era imputable a la voluntad de la arrendadora, que se negó a recibirlo con anterioridad, a pesar de las continuas puestas a disposición realizadas por la arrendataria.

Por lo que se refiere al pago de las obras necesarias para reponer los locales al estado en que se encontraban cuando se entregaron tras la perfección

del contrato de 2005, la sentencia recurrida consideró que el razonamiento del Juzgado era correcto en este punto y añadió que, tal y como resultaba del tenor literal de la estipulación primera del contrato de 2010, las partes expresamente extinguieron el contrato de 2005, que en 2010 los juzgados llevaban instalado en los locales cinco años, que el representante legal de la demandante declaró no haber comprobado en qué situación estaba el local cuando celebraron el contrato, que no se ha acreditado que Metrovacesa no prestara su consentimiento para adecuar el local al destino pactado y que si la demandante, durante el año transcurrido desde la firma del contrato, no hizo objeción al estado del local, consintió tácitamente las instalaciones realizadas.

La demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.-El recurso se funda en dos motivos.

1.º- En el primer motivo, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, la parte recurrente denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE , porque considera que se ha producido una arbitraria apreciación de los hechos declarados probados en la primera instancia. En su desarrollo argumenta que la sentencia recurrida modifica de forma injustificada la valoración realizada por la de primera instancia; en particular, destaca que, en contra del criterio del Juzgado, la sentencia justifica la resolución contractual y valora positivamente el ofrecimiento de la demandada de devolverlo.

2.º- En el motivo segundo, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, la parte recurrente denuncia la infracción del art. 376 LEC, por error patente en la apreciación fáctica, al obviar la declaración testifical de D. Amador, trabajador de Los Jardines de Valderas S.L. En el desarrollo del motivo la recurrente argumenta que la sentencia recurrida obvia la declaración del empleado de la entidad, que el Juzgado sí tuvo en cuenta, y de la que resultaría que el plazo fue valorado como dato para fijar un precio inferior al mercado.

Los dos motivos deben ser desestimados por las siguientes razones.

1.ª) La sentencia recurrida valora los hechos de una manera diferente a como lo hizo el Juzgado porque la

ley le autoriza a realizar un nuevo examen de las actuaciones (art. 456 LEC) y lo hace motivando las razones por las que revoca la sentencia de primera instancia y por las que adopta un fallo diferente.

2.ª) El primer motivo del recurso no se encamina a impugnar la fijación de hechos sobre los que se proyecta la valoración jurídica, sino que impugna la misma valoración jurídica de la prueba, lo que según ha declarado reiteradamente esta sala no es objeto de este recurso (sentencias 613/2015, de 10 de noviembre, y 615/2016, de 10 de octubre, entre otras). Lo que se impugna realmente es el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para determinar si estaba justificada la resolución de la arrendataria y si estaba justificada la falta de recepción por la arrendadora, lo que no es propio de este tipo de recurso extraordinario.

3.ª) En el segundo motivo del recurso lo que se hace es impugnar la valoración conjunta de la prueba, lo que según ha declarado la sala no cabe por medio del recurso de infracción procesal (sentencias 336/2015, de 9 de junio, y 195/2016, de 29 de marzo, entre otras). La Audiencia Provincial consideró que no estaba probado que se fijara un precio inferior al mercado, lo que significa que no consideró decisivo el testimonio del empleado de la demandante, y lo que no puede la recurrente es que se dé prioridad a un medio concreto probatorio para obtener unas conclusiones interesadas y diferentes.

Recurso de casación

TERCERO.-Motivos del recurso

El recurso de casación se funda en los seis motivos que aparecen recogidos en los antecedentes de esta sentencia.

Los cinco primeros motivos se dirigen de forma conjunta a impugnar la desestimación de la pretensión de la demandante ahora recurrente de condena a la demandada al pago de toda la renta correspondiente al año por el que se produjo la prórroga del contrato.

El sexto motivo se dirige a impugnar la desestimación de la pretensión de condena a la demandada al pago de la cantidad necesaria para reponer el local al estado en que se encontraba con anterioridad a la celebración del primer contrato (el 30 de junio de 2005).

Dada la íntima conexión entre los cinco primeros motivos, se analizan en primer lugar de modo conjunto y, después, de modo separado, se analiza el motivo sexto.

CUARTO.-Indemnización que debe pagar el arrendatario que abandona el local durante el año de prórroga.

1.-En los cinco primeros motivos del recurso de casación la demandante ahora recurrente alega que en los contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda, como es el litigioso, rige lo acordado por las partes (art. 4.3 LAU) y que los contratos son vinculantes y obligatorios y deben cumplirse conforme a lo acordado, sin que una de las partes pueda extinguirlos de forma unilateral al margen de lo pactado (arts. 1091, 1256 y 1258 CC). Alega también que la duración del contrato es un elemento esencial del arrendamiento (art. 1543 CC) y que la voluntad unilateral del arrendatario de poner fin al contrato supone un incumplimiento esencial que impide moderar la indemnización que debe pagar, conforme a la jurisprudencia que declara la improcedente aplicación del art. 1154 CC en los casos de incumplimiento total.

Los motivos se estiman por las razones que se exponen a continuación.

2.-La sentencia recurrida, tras considerar probado que la arrendataria no hizo a la arrendadora el preaviso de oposición a la prórroga contractual hasta el 25 de mayo de 2012 cuando el plazo para ello, según lo pactado en el contrato, había terminado el 30 de marzo de 2012, razona que la arrendataria cumplió parcialmente su obligación, pues pagó varias rentas tras abandonar los locales y, en consecuencia, procede aplicar la jurisprudencia sobre moderación de la pena prevista en el art. 1154 CC. En particular, considera que con los meses pagados se indemnizan los posibles daños que el incumplimiento hubiera podido ocasionar a la arrendadora.

Este razonamiento no es correcto. La prórroga convencional, libremente pactada, es plazo de duración del contrato, vinculante para las partes, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 4.3 LAU y 1091 y 1258 CC.

Omitido por la arrendataria el preaviso en el plazo convenido, el contrato se prorrogó por un año, sin que el hecho de que ya no le interesara continuar con el contrato para alojar los juzgados por la política de

reducción de gastos sea un motivo que le facultara para incumplir el plazo de duración contractual.

Lo que pretendió la demandada fue desvincularse del contrato por su sola voluntad, sin que en el contrato se le reconociera facultad alguna de desistimiento unilateral para extinguir el contrato. De acuerdo con lo pactado, la arrendataria consintió que se iniciara una prórroga anual y está obligada al pago de la renta correspondiente a todo el año de duración del contrato.

No existe cláusula penal que moderar, por lo que no es aplicable el art. 1154 CC. No se trata tampoco de fijar la indemnización por el incumplimiento contractual, sino de una acción de cumplimiento del plazo convenido de duración del contrato.

Esta sala considera, en consecuencia, que deben estimarse los cinco primeros motivos del recurso de casación y que debió desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de primera instancia que le condenó a pagar las rentas devengadas entre los meses de enero a junio de 2013 ambos incluidos.

QUINTO.-Obligación de la arrendataria de reponer el local al estado en el que se encontraba cuando le fue entregado por la primera arrendadora en el año 2005.

1.-La pretensión de la demandante de que se declarara que la arrendataria debía restituir los locales diáfanos, como cuando los recibió en 2005, y en consecuencia fuera condenada a pagar las obras precisas con ese fin, fue rechazada en las dos instancias. La Audiencia hizo suyo el razonamiento del Juzgado y añadió otras argumentaciones.

En síntesis, esta decisión se basó: en que el contrato de 2005 quedó extinguido por el celebrado en 2010, que así lo disponía expresamente; que cuando se celebró el contrato de 2010 la arrendataria ya llevaba ocupando cinco años los locales y no quedó probado que la anterior propietaria arrendadora, Metrovacesa, no autorizara las obras; que la demandante reconoció que no comprobó cómo estaban los locales cuando firmó el contrato en 2010; que las partes, tras exigir autorización escrita del arrendador para realizar obras, excluyeron la aplicación del art. 23 LAU, lo que debía entenderse referido al párrafo segundo, que permite exigir al arrendatario que reponga las cosas al estado anterior o conservar la modificación efectuada en el caso de obras no consentidas; que la actora no hizo objeción alguna al estado del local cuando firmaron el

contrato de 2010, por lo que aceptó tácitamente las instalaciones realizadas por la demandada. Estos argumentos de la sentencia de primera instancia, fueron asumidos por la Audiencia, que insistió en la interpretación literal de la cláusula primera del contrato de 2010, en la que se decía que se extinguía el contrato de 2005 y en la cláusula que excluía la aplicación del art. 23 LAU.

En el motivo sexto del recurso de casación, la demandante recurrente denuncia infracción del art. 23 de la Ley 29/1994 de arrendamientos urbanos, en relación con los arts. 1203 CC, sobre la novación del contrato, 1561 CC, sobre la devolución de la finca al fin del arrendamiento, 1562 CC, sobre la presunción del buen estado de la finca al inicio del arrendamiento y 1281 CC y 1282 CC, sobre la interpretación de los contratos e intención de los contratantes.

En el desarrollo del motivo sostiene la recurrente que el contrato de 2010 fue una novación impropia, que el único cambio fue la persona del arrendador, pero que se mantenía el contrato de 2005 con sus mismas cláusulas y obligaciones, por lo que la arrendadora debía restituir los locales al estado originario en que se encontraban cuando los recibió en 2005.

El motivo debe ser desestimado por las razones que se exponen a continuación.

2.-. La interpretación realizada por las sentencias de las dos instancias de la cláusula del contrato en la que se declara que las partes dan por extinguido el contrato de 2005 y que debe estarse al contrato de 2010 no es arbitraria, ilógica, irrazonable, absurda ni contraria a las reglas de interpretación contractual que se invocan como infringidas, lo que impide a esta sala modificar la interpretación acogida por la sentencia recurrida, de acuerdo con la doctrina sobre los límites de la revisión en casación de la interpretación del contrato (por todas, sentencia 197/2016, de 30 de marzo).

A ello hay que añadir que son perfectamente lógicos los demás razonamientos vertidos en la instancia en el sentido de que, a la vista de los hechos probados, no ha quedado acreditado si Metrovacesa autorizó las obras, que cuando se inició el contrato de 2010 la arrendataria ya llevaba cinco años utilizando los locales con el mismo destino, sin que la demandante comprobara en qué estado se encontraban y que en todo caso la exclusión pactada de la aplicación del art. 23 LAU solo podía interpretarse como exclusión de lo dispuesto en el apartado segundo, de modo que el

arrendador renunciaba a la posibilidad de exigir que se repusiera el local al estado que se encontraba anteriormente».

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3518/2015] DE 13 DE JUNIO DE 2018 [Ponente: Pedro José Vela Torres]**

*Contratación con consumidores: concepto de consumidor. A diferencia de lo que sucede con las personas jurídicas o los entes sin personalidad, en el caso de las personas físicas, el ánimo de lucro no es incompatible con la cualidad legal de consumidor. Por tanto, la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque pueda tener un ánimo de lucro. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria considera que la actividad inversora con intención lucrativa no debe ser necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor. De ahí que, la adquisición de un inmueble para su arrendamiento a terceros, aunque implique la intención de obtener un beneficio económico, no deje de ser un acto de consumo cuando esa actuación no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza.*

«El recurso de casación se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, en su modalidad de interés casacional por existencia de resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales. Se basa en un único motivo, en el que se denuncia la infracción de los arts. 3.1, 82 y 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU).

En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que el hecho de que la vivienda no se destinara a domicilio del adquirente, sino que la comprara para destinarla a alquiler, no quiere decir que la operación se realizara en un marco empresarial o profesional.

2.-La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, alegó la inadmisibilidad del mismo, porque su único motivo altera la base fáctica que la Audiencia Provincial considera probada (art. 483.2.4º LEC).

Tales alegaciones no pueden ser compartidas, porque la parte recurrente no cuestiona la base fáctica (de hecho, la propia parte recurrida comienza su escrito de oposición haciendo suyo el resumen de hechos efectuado por el recurrente), sino que discute la valoración jurídica que sobre esos hechos hace la Audiencia Provincial en relación con el concepto

jurídico de consumidor. Es precisamente el objeto del recurso de casación.

TERCERO.-Condición legal de consumidor. Legislación comunitaria y nacional. Interpretación jurisprudencial.

1.-En la fecha en que se firmó el contrato de préstamo todavía estaba vigente el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGCU), que establecía en su art. 1, apartados 2 y 3: «2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

»3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

2.-Posteriormente, conforme al art. 3 del TRLGCU, se establece que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Este concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007. Por ello, el TRLGCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la LGCU de 1984, para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

No obstante, aunque en la fecha de celebración del contrato litigioso el criterio era el del destino final y no el de la actividad profesional, que se introdujo en el TRLGCU unos meses después, la jurisprudencia comunitaria ya aplicaba este último criterio (verbigracia, SSTJCE de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95; y de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01).

Por lo que el art. 1 LGCU debe ser interpretado a la luz de esa jurisprudencia comunitaria anterior a la promulgación del TRLGCU, conforme al principio de

primacía del Derecho de la Unión (sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017, de 19 de junio, que contiene una amplia cita jurisprudencial al respecto, tanto del propio TC, como del TJUE). En concreto, con cita de la STC 145/2012, de 2 de julio, dice: «[E]l Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que 'los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de estas sentencias sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno' (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, antes citada, apartado 16, y de 5 de marzo de 1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 95)».

3.-La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

(i) El concepto de «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de «consumidor» se define por oposición al de «operador económico» y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la

representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de «consumidor».

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

4.-Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; y 594/2017, de 7 de noviembre.

5.-La sentencia recurrida considera que el prestatario/recurrente no tenía la condición legal de consumidor cuando concertó el préstamo, porque lo solicitó para financiar la adquisición de una vivienda que iba a destinar, no a la satisfacción de sus propias necesidades habitacionales, sino al mercado de alquiler. Por lo que concluye que el prestatario es un inversor y no puede acogerse a la legislación protectora de los consumidores.

6.-Sin embargo, lo relevante no es que invirtiera con ánimo de lucro, sino que la operación la realizara como operador económico, en un ámbito profesional.

A diferencia de lo que sucede con las personas jurídicas o los entes sin personalidad, en el caso de las personas físicas el ánimo de lucro no es incompatible con la cualidad legal de consumidor, puesto que cuando el art. 3 TRLGCU se refiere a personas físicas no hace mención a dicha intencionalidad lucrativa, sino que únicamente atiende al carácter empresarial o profesional de la actividad. Es decir, introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque pueda tener un ánimo de lucro. Idea que subyace, por ejemplo, en la



Ley de Contratos de Crédito al Consumo, o en la regulación de la compraventa mercantil -art. 326 CCom.-. Y más específicamente, en la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, cuyo art. 1.3 dice: «3. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

»No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

La jurisprudencia comunitaria considera que la actividad inversora con intención lucrativa no debe ser necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor. Por ejemplo, en la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de un contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión.

7.-Solamente cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad, ya que, de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom (sentencia del pleno de la sala 16/2017, de 16 de enero). Circunstancia que no concurre en el supuesto que nos ocupa.

8.-En consecuencia, lo relevante en este caso no es tanto que el Sr. Carlos Alberto tuviera un ánimo lucrativo al comprar la vivienda, no para habitarla, sino para arrendarla a terceros, como que esa actividad supusiera una actuación empresarial o profesional.

Es evidente que la adquisición de un inmueble para su arrendamiento a terceros implica la intención de obtener un beneficio económico, pero si esa actuación no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, no deja de ser un acto de consumo.

9.-La Audiencia Provincial no afirma que el préstamo se solicitara para la satisfacción de actividades empresariales o profesionales. Al contrario, asume expresamente que el demandante no se dedica a la actividad de arrendamiento de inmuebles. Pese a lo cual, le niega la cualidad de consumidor, porque tiene «perfil inversor en tanto en cuanto está destinando la vivienda adquirida al alquiler y obteniendo unos rendimientos económicos por su actividad arrendaticia».

Al pronunciarse así, se opone a la jurisprudencia comunitaria y nacional expuesta, por lo que estimamos el recurso de casación, anulamos la sentencia recurrida y asumimos la instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad prestamista.

CUARTO.-Asunción de la instancia. Desestimación del recurso de apelación

1.-El recurso de apelación interpuesto por el Banco Popular se basaba en dos grupos de alegaciones. El primero, referido a que el demandante no es consumidor y por tanto no cabía hacer un control de transparencia de la cláusula litigiosa, debe entenderse resuelto, en sentido desestimatorio, por remisión a lo ya expuesto al resolver el recurso de casación.

2.-En cuanto al segundo grupo de argumentos, se refieren a la información facilitada al consumidor y a que fue asesorado por un experto inmobiliario.

La valoración de la prueba practicada en primera instancia no permite afirmar que el prestatario pudiera tener conocimiento real de la carga jurídica y económica que suponía la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés. Al contrario, el correo electrónico remitido por la entidad al cliente, en el que se resumen las condiciones del préstamo y en el que tanto se insiste en el recurso de apelación, no es precisamente un ejemplo de transparencia: se dice que el interés será de Euribor + 0.90%, con bonificaciones del 0,20% o 0,45% en función de la contratación de otros productos complementarios; y fuera del párrafo relativo al interés remuneratorio, mezcla entre diversas menciones a comisiones, se

contiene una frase que dice «Acotación mínima: 4%», que resulta a todas luces insuficiente para ilustrar sobre que, bajo la apariencia de un interés variable, realmente se imponía un interés fijo mínimo del 4% solo variable al alza. De hecho, no se sabe bien si esa acotación se refiere al interés o a las comisiones.

En cuanto al asesoramiento, no fue realmente tal, sino que en el acto de la firma de la escritura el cliente estuvo representado por una empleada de la inmobiliaria a la que había encargado la gestión de la compra del piso.

Por lo demás, que el Sr. Carlos Alberto sea ingeniero de telecomunicaciones nada aporta sobre la posible existencia de conocimientos financieros, sobre su conciencia previa de que en determinados préstamos se utilizaba una cláusula como la litigiosa, o que, sin necesidad de información, tuviera que ser consciente de sus consecuencias jurídicas y económicas».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3418/2015] DE 15 DE JUNIO DE 2018 [Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán]**

*Contratación con consumidores: contratación de producto financiero complejo. Hay que descartar la nulidad del contrato por error vicio cuando, ante la información prestada por la entidad, los contratantes conocían las características de los productos y los riesgos que conllevaban y, además, resulta acreditada su experiencia inversora en productos semejantes al contratado.*

«D.ª Diana y D. Daniel (en adelante, los demandantes o la parte demandante) interpusieron demanda contra Banco de Santander (en adelante, el banco o la parte demandada) en la que alegaron que el día 4 de mayo de 2007 las partes suscribieron un producto llamado «estructurado tridente» así como un contrato de préstamo con la finalidad de financiar la inversión. Para paliar las consecuencias derivadas de los malos resultados de la inversión, el 18 de marzo de 2010 las partes suscribieron una reestructuración, para lo que el banco exigió una garantía hipotecaria y la pignoración de valores de los que eran titulares los demandantes. Alegaron que el producto contratado en 2007 era de carácter complejo y que no se adecuaba a su perfil inversor y que si lo contrataron fue debido a la errónea información facilitada y al negligente asesoramiento del banco. Solicitaron la declaración de nulidad radical de los contratos suscritos el 4 de mayo de 2007 y el 18 de marzo de

2010, denominados «producto estructurado», así como de los contratos de préstamo suscritos las mismas fechas, con retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de las partes a la situación anterior a la firma de los contratos. La demanda se basó en la nulidad radical de los contratos, nulidad por inexistencia, ilicitud o falsedad de la causa, subsidiaria anulabilidad por dolo o por error vicio del consentimiento. Subsidiariamente solicitaron que se declarara que el banco había realizado una defectuosa y negligente prestación del servicio de asesoramiento y, en consecuencia, se declararan resueltos los contratos mencionados y se condenara al banco a indemnizar los daños sufridos.

2. El juzgado dictó sentencia por la que estimó la demanda, declaró la nulidad de los contratos y ordenó que los contratantes quedaran en la situación jurídica y económica anterior a la perfección del primero de los contratos celebrados. En síntesis, el juzgado consideró que el banco no advirtió a los demandantes del riesgo de la inversión y que se endeudaron en exceso ante la perspectiva de obtener mayores beneficios. Añadió que la reestructuración de 2010 no confirmó el contrato de 2007 porque no comportaba una voluntad confirmatoria de la inversión anterior ni una renuncia a una acción de anulación, habida cuenta de que en ese momento los demandantes la aceptaron como la única alternativa para no perder todo el capital invertido.

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte demandada. La Audiencia estima el recurso y desestima la demanda.

Advierte la Audiencia, en primer lugar, que la sentencia de primera instancia, al estimar la acción anulatoria por error, aunque no lo diga expresamente, rechaza la de nulidad absoluta por falta de causa, y añade que tal nulidad no puede prosperar porque los contratos litigiosos, al igual que los anteriores celebrados por las partes, tienen causa cierta y lícita. En segundo lugar, rechaza, por carente de todo fundamento, la acción de nulidad por dolo, por no existir prueba alguna del mismo. A continuación, tras advertir que el recurso se centra en la existencia de error esencial, excusable e invalidante, y destacar la exigencia del deber de información impuesto a la entidad bancaria, la Audiencia lleva a cabo una valoración de la prueba distinta a la del juzgado de primera instancia y entiende que: «Hubo información adecuada a las características del producto, que se detallan en la documental que ambas partes aportan

en términos lo suficientemente claros para determinar su naturaleza y operatividad, tanto para el caso de que las acciones alcancen el valor del que deriva obtener rentabilidad como en lo que se refiere a los cálculos de la devolución con resultado negativo si la cotización de aquellas baja. En segundo lugar y al margen de señalar, de acuerdo con lo manifestado por la apelante, que de la documental resulta que la información fue correcta y adecuada, la supuesta omisión de aquella en ningún momento provoca un error esencial, que si lo hubo es vencible e inexcusable de haber actuado los actores con la debida diligencia, habida cuenta de su perfil inversor detallado en la contestación y que pone de relieve la entidad bancaria con la documental que aporta y que viene a completar la patente omisión en la demanda la reseña de todos los productos suscritos por ambos litigantes y el resultado de los test de idoneidad y conveniencia practicados para conocer su perfil y el iter de las relaciones interpartes, que en síntesis se resume de la forma siguiente: poco después de suscribir el primero de los contratos D. Daniel pasa el primer test de idoneidad en el que se define (documento 2 de la contestación) como un inversor dinámico que invierte sus ahorros de manera puramente especulativa (noviembre de 2007), lo que se ve ratificado por un test de idoneidad posterior (documento 3) y un test de conveniencia que detalla su perfil adecuado y apto para suscribir y comprender con exhaustividad un producto como el que nos ocupa, y finalmente con resultado similar a la codemandante se le practican los test de idoneidad y conveniencia en junio de 2010 y junio de 2011 (documento 5). Con mayor claridad aún se desprende la inexistencia del error a través de la serie de inversiones llevadas a cabo por los actores. D. Daniel, de profesión ingeniero y con formación y actividad laboral en EEUU es un inversor experto (como también lo es su mujer y codemandante) y así lo demuestra la documental (documentos 12 y siguientes de la contestación), de la que resulta que llevaban invirtiendo en productos estructurados del tipo que nos ocupa desde el año 2006, en productos de renta variable al menos desde el 2005, en fondos de inversión de renta variable, seguros -inversión y participaciones de sociedad de renta variable, incluso en operaciones de mayor ingeniería financiera como opciones call americana sobre tipos de cambio de divisa en el año 2006, todas ellas a través del banco de Santander y otras con otras entidades, como Merrill Lynch desde 1998. Por todo lo anterior y reiterando dicha doctrina habida cuenta del perfil de ambas partes se les suministra la información adecuada a su conocimiento sin que haya error alguno, ni en el

contrato inicial ni en su ulterior reestructuración. El hecho del apalancamiento o la obtención de un préstamo para la inversión de 1.500.000 euros sin garantías en el que se apoya también la recurrida para inferir de ello la responsabilidad de la demandada, no representa un motivo para fundamentar por si la nulidad por imponer a los clientes un endeudamiento excesivo y sin garantías, en primer lugar porque la reestructuración del producto evidencia que contaba con patrimonio para garantizar el crédito y en todo caso porque la ausencia de condiciones de solvencia en el prestatario, para quien supone un riesgo es para la entidad bancaria, que en este caso, a diferencia de otros analizados por esta Sala que corresponden a la conversión de los depósitos de pequeños ahorradores en participaciones preferentes, en el que el único que arriesga su capital es el consumidor, es el banco quien concede un crédito y asume principalmente el riesgo de la insolvencia del prestatario y de la falta de garantías de devolución, por lo que el apalancamiento no puede tener la consecuencia que señala la recurrida ni ser determinante ni coadyuvante de la nulidad declarada que debe revocarse».

Finalmente, la Audiencia se pronuncia sobre la resolución contractual amparada en la falta de asesoramiento, y entiende que: «Al igual que en la sentencia [de la Audiencia] de fecha 4 de abril de 2014 [...], "no apreciándose error invalidador del consentimiento, tampoco se aprecia en este caso incumplimiento por el banco de su deber de información, susceptible de provocar la resolución del contrato pues, ni en la fase precontractual, ni durante la ejecución del contrato ha omitido obligación alguna de la que se haya derivado un perjuicio para las demandantes que los suscriptores de los valores no hubiesen podido prever empleando una mínima diligencia, dado que, como hemos visto, los suscriptores habían invertido ya antes en acciones, conocían o debían conocer los riesgos derivados de su volatilidad, y los riesgos derivados de la subordinación no eran en este caso relevantes", doctrina ésta más aplicable aún al supuesto enjuiciado, dado el perfil inversor de los recurrentes que aparece detallado en la sentencia apelada y en la presente resolución y que obliga a rechazar la existencia de vicio invalidante alguno en el caso enjuiciado e igualmente de la resolución, pues contiene información suficiente sobre la naturaleza del producto de menor riesgo que las preferentes, según hemos argumentado, que tal y como se describen en el anexo 2 del requerimiento que se acompaña a la demanda, constituyen información suficiente habida cuenta de la naturaleza

de los valores y del conocimiento de los inversores apelantes sobre este tipo de productos, lo que diferencia este supuesto del contemplado por la sentencia de 27 de marzo de 2014 de esta Sala, pues la experiencia de los demandantes que venían invirtiendo a través de la demandada y con otras entidades en éste y otros productos más complejos y la información suministrada han sido correctas sin que conste que hubiese incumplimiento culposo de sus obligaciones por recomendar un producto inidóneo o intereses contrapuestos entre el banco y los clientes en la forma propugnada en la demanda, sino que lo único que se ha producido dentro de una dinámica hasta esta fecha de inversiones de riesgo rentables para los accionantes, es un resultado negativo en las que se pretenden resolver, en el que no se puede fundamentar la resolución postulada».

4. Contra la sentencia de apelación, la parte demandante interpone recurso de casación, que se funda en tres motivos.

#### SEGUNDO.-Recurso de casación

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia, al amparo del art. 469.1.4 LEC, vulneración del art. 218.2 LEC en relación con el art. 24 de la Constitución por valoración arbitraria, ilógica o absurda.

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

2. Desestimación del motivo primero.

Como dice la parte recurrida, el motivo debió ser inadmitido, pues pretende fundar el recurso de casación en uno de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1.4 LEC) y denuncia la infracción del art. 218.2 LEC (falta de motivación). De acuerdo con la doctrina uniforme de esta sala, las causas de inadmisión se convierten en este momento en causas de desestimación. Por lo demás, la sentencia no adolece de falta de motivación. La motivación, como derecho incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, es un requisito de la sentencia que exige que se hagan saber a las partes y se exterioricen las razones que conducen al fallo de la resolución, por lo que solo una motivación arbitraria o ilógica porque en la sentencia no se entiendan las razones por las que se sientan las conclusiones del litigio o su fallo podrían ser revisadas por falta de motivación (sentencias 790/2013, de 27 de diciembre, y 294/2012, de 18 de mayo, entre otras

muchas). En el caso no sucede eso, puesto que con independencia de que la recurrente no comparta los argumentos, la sentencia permite conocer perfectamente las razones de su fallo, como diremos al resolver el motivo tercero del recurso de casación.

En definitiva, puesto que en este motivo primero del recurso de casación interpuesto que ahora se analiza no se menciona qué norma sustantiva aplicable al caso habría sido vulnerada por la sentencia recurrida, el motivo debió ser inadmitido y ahora es desestimado.

3. Formulación del motivo segundo. El motivo segundo denuncia infracción del art. 1726 CC, relativo al contrato de mandato, en relación con la infracción de los arts. 255 y 264 del Código de Comercio, relativos al contrato de comisión mercantil, en relación con el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores.

En el desarrollo del motivo afirma que la demandada se extralimitó en el mandato recibido como asesor financiero porque, según dice, de los test realizados, resultaría que la parte demandante solo estaba dispuesta a asumir una pérdida del diez por ciento de la inversión y la demandada le recomendó un producto en el que perdió la totalidad de lo invertido.

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

4. Desestimación del motivo segundo. Como ha puesto de manifiesto la parte recurrida, al plantear en casación la infracción de las normas reguladoras del contrato de mandato y de la comisión mercantil se introduce una cuestión nueva, ya que nunca se ha planteado en el procedimiento la existencia de una infracción de ningún contrato de mandato o comisión. En la demanda no se alegó que a la demandada se le hubiera encargado llevar a cabo inversiones en nombre de la actora, sino que el planteamiento efectuado desde el primer momento, y lo que se ha enjuiciado en primera y segunda instancia, ha sido si ha existido o no una información suficiente en la contratación que permitiera, en su caso, anular los contratos celebrados por las partes o, subsidiariamente, resolver tales contratos.

Por tanto, la cita como infringidos de los artículos a que se refiere la parte recurrente no puede llevar ni a la declaración de nulidad por error de los contratos celebrados ni a su resolución.

5. Formulación de motivo tercero. El motivo tercero denuncia infracción del art. 1266 CC, en relación con el

art. 1265 y los arts. 1300 y ss. CC. En el desarrollo del motivo la parte recurrente alega que suscribió el producto estructurado y los contratos de préstamo con una creencia equivocada de los riesgos de dicho producto.

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

6. Desestimación del motivo tercero. En el desarrollo de este motivo no se explican las razones por las que la sentencia recurrida infringiría los preceptos cuya infracción denuncia, lo que supone una defectuosa interposición del recurso que, por sí misma, debería llevar a su desestimación. Pero es que, además, esta sala no advierte en el enjuiciamiento de la Audiencia vulneración de las normas legales que regulan el error vicio del consentimiento.

La sentencia recurrida parte de que el banco venía obligado a aportar información previa a la contratación del producto estructurado, por ser un producto de inversión y de riesgo, pero aprecia que no hay error que funde la nulidad del contrato ni que justifique el reproche de negligente información porque considera probado, a la vista de la documental aportada por ambas partes, que sí hubo información adecuada a las características del producto y sobre todo porque la supuesta omisión de información no provocaría el error denunciado. Tiene en cuenta para ello el perfil inversor detallado de la parte demandante, los contratos de inversión en productos de riesgo que habían celebrado antes y después de las inversiones ahora impugnadas, así como los resultados de los tests de idoneidad y conveniencia practicados a los demandantes y de los que resultan contestaciones como la de inversor dinámico que invierte sus ahorros de manera puramente especulativa.

En definitiva, esta sala debe partir de los hechos fijados por la sentencia de la Audiencia Provincial que, para descartar que existiera error y considerar probado que cuando los demandantes prestaron su consentimiento para contratar conocían las características de los productos y los riesgos que conllevaban, no solo tiene en cuenta la información prestada sobre las características del producto sino, también y sobre todo, la acreditada experiencia inversora en productos semejantes al contratado con anterioridad al ahora impugnado, tanto con la entidad demandada como con otros bancos.

A la vista de lo anterior, no puede contrariarse la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin

contradecir la base fáctica, razón por la cual se desestima el motivo del recurso de casación».

### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1935/2015] DE 15 DE JUNIO DE 2018 [Ponente: Eduardo Baena Ruiz]**

*Propiedad horizontal: limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble destinado, según el título constitutivo de división horizontal, a oficina. La limitación de las facultades dominicales no puede presumirse. Según la jurisprudencia, la eficacia de la prohibición exige una cláusula que así lo prevea de modo expreso.*

«Doña Francisca formuló demanda de juicio ordinario contra la mercantil Gestión de Empresas Palomares S.L.U. por haber modificado el destino del local sito en planta baja, siendo ella titular de la planta NUM001 destinada a vivienda.

Suplicaba que se dictase sentencia por la que se condenase a la demandada a proceder a la inmediata reposición de la finca sita en planta NUM000, conforme al título constitutivo de división horizontal, a su destino de oficina, con cese inmediato de cualquier otra actividad distinta a la establecida en dicho título constitutivo registralmente inscrito.

La parte demandada se opuso a la demanda.

2.-La sentencia de primera instancia estimó la demanda en los estrictos términos suplicados en ella, si bien en la fundamentación jurídica hacía valoraciones sobre alteración de elementos comunes que no traspuso a la parte dispositiva, al no ser objeto del suplico de la demanda.

3.-La anterior sentencia motiva su decisión con los siguientes argumentos:

(i) De la prueba practicada queda acreditado que Celso (fallecido) padre de la ahora actora Doña Francisca, era propietario de la vivienda -urbana sita en la PLAZA000 n. NUM001 , NUM001 .º- y el demandado es propietario de la finca sita en la planta NUM000 del mismo edificio.

Según consta en la escritura y nota simple registral de división horizontal, «la planta baja se destina a local de oficina y la planta NUM002 a vivienda; (...) y a efectos de su constitución en régimen de propiedad horizontal, describe el local y el piso en que la divide y

que son: Uno.- local para oficina en planta baja de la casa (...) Dos. Piso en planta NUM001 (...). Son elementos comunes: Un patio, que a efectos de uso se atribuirá a la planta NUM000, los constructivos y aquellos que menciona el artículo 396 del C.C. La Comunidad se registrará por el artículo 398 del C.C. con la única salvedad de que los acuerdos se tomarán por unanimidad y que el dueño de la planta NUM000 está autorizado para hacer toda clase de obras de reforma y adaptación (doc n.º 3).»

(ii) Si examinamos la documental aportada podemos concluir que la planta baja está destinada, según el propio título constitutivo, a oficina. Si bien nada impediría cambiar el uso del local, lo cierto es que debió hacerse mediante la modificación del título constitutivo, y en tal caso, según estipularon expresamente las partes, a través de acuerdo unánime, hecho no llevado a cabo por las mismas, por cuanto la alteración del uso del local se efectuó unilateralmente por la entidad demandada.

(iii) Si como alega la demandada el destino era oficina porque el anterior titular era una entidad bancaria, lo cierto es que el título y los estatutos están inscritos, accesible a todo comprador, por lo que perfectamente conocía el uso del local así como el mecanismo para su posible modificación.

Si bien el suplico de la demanda no recogía ningún extremo sobre elementos comunes, la sentencia, que como hemos adelantado no lo traspone a su parte dispositiva, afirma en la fundamentación jurídica que el «cartel luminoso con el indicativo "Seuruga Cervecería", instalado en la fachada (elemento común) y por tanto, debió hacerse por acuerdo unánime».

4.-La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y correspondió conocer de él a la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia el 12 de mayo de 2015 por la que desestimó el recurso.

5.-La Audiencia reconoce como correcta la doctrina relativa a que el derecho de propiedad de los elementos privativos en el régimen de la propiedad horizontal permite, en lo que aquí importa, el uso del bien adecuado a su naturaleza cualquiera que sea mientras no vulnere los límites genéricos de toda propiedad y los específicos de la propiedad horizontal y que no puede ser limitado por la mera descripción que de los pisos o locales se realice en el título constitutivo.

Sin embargo entiende que en este caso el título constitutivo no solo se limita a describir los dos elementos privativos con los que cuenta el edificio el piso y el local, señalando que este se dedica a oficina, sino que además, después de referirse a esa descripción señala, respecto al edificio, «que a efectos de su constitución en régimen de propiedad horizontal del local ubicado en la planta baja lo es para oficina, destino declarado que no se compadece con la mera descripción del local a efectos de su identificación, descripción que ya se ha efectuado anteriormente, sino que prevé su uso futuro limitando a ese uso las facultades del propietario del mismo que si quisiera mutarlo, lo que no ha realizado, habría de cumplir con los requisitos establecidos en el título que en este caso precisa el acuerdo unánime de todos los copropietarios, el del local y el de la vivienda sita en la NUM001 planta, únicos elementos privativos existentes».

Ratifica lo decidido en la sentencia de primera instancia sobre el cartel luminoso, aunque reconoce que su retirada va implícita en la ilicitud del cambio en el uso o destino del local.

6.-La representación procesal de la parte demandada interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional al amparo de lo dispuesto en el apartado 3.º del art. 477.2 de la LEC.

El recurso se desarrolla en dos motivos:

Motivo primero: art. 5 párrafo 3.º LPH, y SSTs 23 de febrero de 2006, 20 de octubre de 2008 y 3 de diciembre de 2014. Las limitaciones o prohibiciones de uso exige para que sean eficaces que consten de manera expresa, han de interpretarse de modo restrictivo y han de constar en el título constitutivo o en los estatutos, no siendo suficiente la mera o simple descripción.

Motivo segundo: art 12 LPH en relación con el art. 7 y 1964 C.C.; SSTs 12 de diciembre de 1985 y 16 de julio de 1987, doctrina de los actos propios. Se ha consentido la existencia de un cartel publicitario en fachada.

7.-La sala dictó auto el 14 de febrero de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso.

SEGUNDO.-Decisión de la Sala.

El recurso gira, en esencia, sobre el motivo primero, pues el segundo sería consecuencia concatenada a aquél, si es que se estimase.

Se ha de declarar (sentencia 728/2011, de 24 de octubre) que: «Con carácter general se debe tener en cuenta que el artículo 12 LPH en relación con la regla primera del artículo 17 LPH exige la unanimidad de la Junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, por constituir una modificación del título constitutivo (SSTS de 22 de octubre de 2008 [rec. 245/2003 ]; 1.182/2008, de 15 de diciembre de 2008, rec. 861/2004 y 18/2010, de 17 de febrero de 2010, rec. 1958/2005). Si bien esta doctrina general ha sido matizada por la jurisprudencia de esta Sala, que ha resuelto interpretar de un modo flexible las exigencias normativas en materia de mayorías, en los supuestos en los que las obras se ejecutan en locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal, las razones que lo justifican, se centran en facilitar el desarrollo de la actividad comercial que se llevará a efecto en el inmueble». En tal sentido la sentencia de 7 de enero de 2012.

De ahí que se mantenga el cartel que previamente existía pero ahora adaptado al nuevo destino empresarial del local.

1.-Sobre las limitaciones o prohibiciones referidas a la atención del uso de un inmueble y su eficacia, existe un cuerpo de doctrina de esta sala que es prácticamente unánime:

(i) El derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (artículo 33 C.E.), concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. No obstante, en el ámbito de la propiedad horizontal, se considera posible y aceptable establecer limitaciones o prohibiciones a la propiedad, que atienden a la protección del interés general de la comunidad. Dentro de estas limitaciones se encuentra la prohibición de realizar determinadas actividades o el cambio de uso del inmueble, pero para su efectividad deben constar de manera expresa y, para poder tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad.

(ii) También es doctrina de esta Sala (sentencia 30 de diciembre de 2010; 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008) considerar que la mera descripción

del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige de una estipulación clara y precisa que la establezca. Así lo reconocía la sentencia de 21 de diciembre de 1993.

Los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria.

Es por ello que la citada sentencia 728/2011, de 24 de octubre, afirma que: «Se reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal exigen, para que sean eficaces, que consten de manera expresa».

(iii) La interpretación de las limitaciones, y ello es relevante para el recurso, debe ser siempre de carácter restrictivo, como cualquier menoscabo del derecho de propiedad, siendo contundente la jurisprudencia (sentencias de 6 de febrero de 1989; 7 de febrero de 1989; de 24 de julio de 1992; de 29 de febrero de 2000; de 21 de abril de 1997).

(iv) No empece a que el comunero, en aras a su derecho de propiedad, pueda modificar el uso o destino de su elemento privativo, con la posibilidad de que el destino que elija o el uso que haga, pueda ser dañoso, molesto, insalubre, peligroso o inmoral, cuestión a decidir en otro ámbito normativo.

(v) El derecho de cambio no implica autorización de hacer obras en elementos comunes (sentencia 9 de octubre de 2009), pues en tal caso será preciso que lo conceda la Junta de Propietarios, a salvo lo que se prevea en los Estatutos o en el título constitutivo.

2.-La aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado conlleva la estimación del recurso.

La Audiencia lleva a cabo una interpretación extensiva y forzada para deducir de la mera descripción del inmueble una prohibición en la alteración del uso.

Cuando a los efectos de la constitución en régimen de propiedad horizontal se describe el local y el piso en que se divide el inmueble, se afirma: «Uno. Local para oficina en la planta baja de la casa...» No se recoge que sea exclusivamente para oficina, en cuyo supuesto

el destino sería expreso y claro. De ahí, que la interpretación más favorable al derecho de propiedad sea que se dijo «para oficina», por ser lo instalado, pero sin excluir cualquier otro destino, siempre y cuando se acomodase éste y su uso a las normas de la propiedad horizontal, a que se ha hecho mención.

La interpretación de la Audiencia implica una limitación de las facultades dominicales, que no puede presumirse, pues como se ha declarado la eficacia de la prohibición exige una cláusula que así lo prevea de modo expreso, según la jurisprudencia.

La sentencia 123/2006, de 23 de febrero, aplicó la doctrina consolidada y citada de la sala a un supuesto similar.

«En el supuesto del debate, el título constitutivo no contiene prohibición de que los propietarios de los locales de la planta primera pudieran dedicar los mismos a otra actividad distinta de la originariamente expresada de forma general como de "oficinas" en la escritura pública de obra nueva y de constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, y el cambio de destino, para el establecimiento de un gimnasio, entraba de lleno en el ámbito de las facultades dominicales de los demandados, sin que suponga alteración del título constitutivo, ni requiera el consentimiento de los demás integrantes de la Comunidad, salvo si incide en alguna de las prohibidas ("inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres"), lo que no ha sido demostrado en los autos».

La sentencia de 4 de marzo de 2013 reitera la doctrina antes expuesta, y añade que los propietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido. Es decir, que una disposición legal o la administración prohíba esa actividad, por lo que si el objeto social es correcto, se disponen de los permisos legales, no causa perjuicio a la comunidad y se adoptan medidas protectoras que eviten estos perjuicios no puede limitarse el objeto o destino del local».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2051/2015] DE 19 DE JUNIO DE 2018 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]**

*Publicidad ilícita por engañosa: publicidad financiera. La aptitud del mensaje publicitario para inducir al error y su idoneidad para afectar al comportamiento económico de los destinatarios se produce cuando,*

*con una clara inobservancia del deber de precisión o concreción, la ambigüedad calculada del mensaje publicitario, con referencias genéricas e indeterminadas, silencia datos fundamentales de los productos y servicios ofertados que inducen a error a los destinatarios, con una clara falta de transparencia acerca de la comunicación de estos datos fundamentales necesarios para que los clientes puedan adoptar un comportamiento económico correcto.*

«El 19 de septiembre de 2008, la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (en adelante, Ausbanc) interpuso una demanda de juicio verbal en ejercicio de una acción colectiva de cesación, en materia de publicidad ilícita, frente a las entidades Credit Services, S.A. y Asesores Financieros de Sevilla, S.L.U.

En síntesis, argumentó que las entidades demandadas, dedicadas a la intermediación financiera y crediticia, desarrollaron durante los meses de verano de 2008 una campaña publicitaria a través del periódico «Qué», edición de Sevilla, en donde se realizaba una publicidad ilícita dado que, entre otros extremos, se omitían las condiciones financieras fundamentales de los productos ofertados, los gastos y costes económicos de los mismos y se inducía a un error tanto respecto a la naturaleza del anunciante como entidad financiera o crediticia, como respecto del ahorro real de la operación de reunificación de deudas; todo ello con incumplimiento de la normativa en vigor sobre publicidad financiera (art. 13 apartado 2.º de la Orden de 12 de diciembre de 1989).

Los demandados se opusieron a la demanda.

2. El anuncio objeto de la presente Litis presenta el siguiente formato y contenido: [...]

3. El juzgado de lo mercantil desestimó la demanda. Consideró que, dada la falta de concreción del anuncio publicitario respecto de los productos y servicios ofertados, no se estaba ante un supuesto de publicidad engañosa.

4. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia del juzgado de lo mercantil. En este sentido, consideró lo siguiente: «[...] Por tanto, con independencia de que el anuncio incumpla una normativa dictada en todo caso con posterioridad a su emisión, su carácter esquemático y la falta de información sobre los productos que ofrece más allá de afirmaciones genéricas que no se han



demostrado que sean totalmente falsas, lo hace inhábil para inducir a error o modificar el comportamiento económico del consumidor, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada».

5. Frente a la sentencia de apelación, Ausbanc interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.-Publicidad engañosa. Oferta de préstamos personales y reunificación de créditos por entidades de intermediación financiera.

1.-La demandante, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 L.E.C., interpone recurso de casación que se articula en dos motivos.

En el primer motivo, la recurrente denuncia la infracción de los arts. 3 b), 4 y 5 de la ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en relación con los arts. 8 letra d) y 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con la normativa que regula la oferta comercial de bienes y servicios. En el desarrollo del motivo argumenta que la publicidad realizada induce a error a sus destinatarios y es idónea por afectar el comportamiento económico de los mismos. Entre otras razones, porque la publicidad llevada a cabo puede inducir, en un consumidor medio, a la siguiente representación errónea: que la entidad anunciante es una entidad bancaria, que presta directamente los productos y servicios que anuncia, que hay una gran facilidad o automatismo en la contratación de dichos productos o servicios y que en la reunificación de créditos se produce siempre un significativo ahorro para el cliente.

2. El motivo debe ser estimado.

Sin duda, la limitación del espacio publicitario de un anuncio como el que es objeto del presente caso entraña ciertas limitaciones a la hora de sintetizar la información que debe suministrarse.

Sin embargo, hay que señalar, de acuerdo con la normativa objeto de aplicación, que la limitación del espacio publicitario, lejos de amparar formulaciones ambiguas o genéricas, impone a la empresa anunciante un claro deber de concreción o precisión

sobre lo que es objeto de anuncio, aunque sea de un modo esquemático.

En el presente caso, el carácter ilícito de la publicidad en la doble vertiente exigida por la norma, es decir, aptitud del mensaje publicitario para inducir al error e idoneidad para afectar al comportamiento económico de sus destinatarios (art. 4 L.G.P.), se produce cuando con una clara inobservancia de este deber de precisión o concreción, la ambigüedad calculada del mensaje publicitario, con referencias genéricas e indeterminadas, silencia datos fundamentales de los productos y servicios ofertados que inducen a error a los destinatarios, con una clara falta de transparencia acerca de la comunicación de estos datos fundamentales necesarios para que los clientes puedan adoptar un comportamiento económico correcto.

En efecto, el tenor de las expresiones y referencias utilizadas en el anuncio, sin ninguna referencia a la actividad de mera intermediación financiera del anunciante, induce a pensar que la entidad demandada es una entidad bancaria que presta directamente los productos y servicios ofertados; todo ello en un contexto de clara facilidad y automatismo: «sin avales», «sin estar fijo», «rápidos » y «casi sin papeleo». En esta línea, además, el mensaje publicitario omite cualquier información o precisión mínima tanto sobre las condiciones económicas y jurídicas de los productos y servicios ofertados, como de los correspondientes gastos que puedan comportar dichos productos y servicios. Y cuando lo hace, con referencia al ahorro mensual en la reunificación de deudas, «hasta 50% de ahorro mensual», lo realiza sin precisión alguna acerca del aumento del período de amortización del crédito.

Por último, toda esa ambigüedad calculada para despertar el inmediato interés de los destinatarios, tiene la finalidad de conducirles a entrar en contacto directo con la entidad anunciante a través de una práctica especialmente idónea para una contratación rápida, de ahí el resalte con el que se anuncia el teléfono de la entidad.

3. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del art. 13, apartado segundo, de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación e información a clientes y publicidad de las entidades de crédito en la redacción vigente al tiempo de la emisión de la publicidad.

4.-El motivo debe ser estimado.

Conforme a lo expuesto, el anuncio infringe las exigencias de información acerca de mencionar la tasa anual equivalente (TAE) en las ofertas de préstamo hipotecario, así como de los gastos relacionados con la agrupación de distintos créditos en uno solo.

TERCERO.-Consecuencias de la estimación de los motivos.

1. La estimación de los motivos comporta la estimación del recurso de casación, por lo que procede casar la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Ausbanc.

El fundamento de esta estimación parcial radica en lo excesivo de la solicitud en el petitum de la demanda con relación a que se condene a los demandados a la publicación del fallo de la sentencia en el periódico de difusión local «Qué» y en el periódico «Mercado de dinero», edición de Sevilla, de forma que dicha publicación ocupe, al menos una página. Extremos que se consideran innecesarios para el conocimiento y difusión de la sentencia de esta sala. Siendo suficiente con la publicación de un resumen del fallo de la sentencia que expresamente señale el carácter ilícito o engañoso del anuncio y su publicación, sin necesidad de que ocupe una página, en el diario de difusión local «Qué», edición de Sevilla, así como en los tabloneros de anuncios de Credit Services, S.A. y en su correspondiente página web, de fácil acceso para los consultantes.

Tampoco procede estimar las pretensiones acerca del plazo en que deberán llevarse a cabo las anteriores actuaciones y, en su caso, la imposición de sanciones por el retraso de las mismas; pretensiones que deberán deducirse en la correspondiente fase de ejecución de sentencia».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1080/2017] DE 21 DE JUNIO DE 2018 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]**

*Concurso de acreedores: rescisoria concursal. El perjuicio y la insolvencia son dos conceptos jurídicos cuya apreciación conlleva una valoración jurídica, sin perjuicio de que se apoyen en la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas. La impugnación de esta valoración jurídica no puede realizarse por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal,*

*sino que debe realizarse por medio del recurso de casación. Según jurisprudencia consolidada, el perjuicio se identifica con un sacrificio patrimonial injustificado: el perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa, y, además, debe carecer de justificación. Cuando con la dación en pago se extinguen pasivos por el doble del valor de los derechos cedidos, de modo que no existe detrimento de la masa activa, y la novación sufrida por los créditos concursales afectados por el concurso les permite cobrar, más tarde, pero en similar proporción y en dinero, sin que se aprecien circunstancias excepcionales en la naturaleza de los créditos o la condición del acreedor que permitan afirmar el carácter injustificado de la diferencia de trato entre los acreedores, la dación en pago no conlleva un perjuicio en cuanto que el sacrificio patrimonial que supone no es injustificado.*

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

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

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

iii) Con anterioridad a la declaración de concurso, OCASA otorgó una escritura pública, el 25 de febrero de 2013, por la que cedió el derecho de uso exclusivo de dos plazas de aparcamiento, sitas Getafe, a la compañía mercantil Otto Construcciones y Contratas S.A., en pago de la deuda que había contraído con esta entidad por un importe de 36.300 euros. Se pactó un precio de transmisión de 18.150 euros para cada plaza de garaje y la cancelación de la deuda con renuncia de la acreedora a cualquier tipo de reclamación judicial y

extrajudicial. El valor de mercado de las plazas de garaje era estimativamente inferior a la mitad del importe de la deuda.

iv) OCASA era titular de esos derechos sobre las plazas de garaje por adjudicación de una cooperativa, en virtud de las escrituras de cesión.

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

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

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

2.-En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, la AEAT pidió la rescisión concursal de la cesión de los derechos sobre las plazas de garaje en pago de los créditos de Otto Construcciones y Contratas S.A., por importe de 36.300 euros. Alegó como causa de pedir el perjuicio para la masa activa ocasionado por esa dación en pago, en cuanto que se había vulnerado la par condicio creditorum. Como efecto consiguiente a la rescisión solicitada, solicitó que se dejara sin efecto la cesión, se ordenara la restitución de los derechos cedidos y se incluyera el crédito de la cesionaria en la lista de acreedores de OCASA.

3.-La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por entender que con la operación realizada, si bien se había minorado la masa activa del concurso, a su vez se había reducido el pasivo en el importe de las cuotas y gastos de mantenimiento, además de que el precio fijado para la cesión del uso de cada plaza de

garaje había sido de 18.150 euros, muy superior al precio de mercado, lo que supone una quita de la deuda entre un 58,67% y un 64,74%, superior a la del 50% establecida en la propuesta anticipada de convenio para la que la concursada contaba con más adhesiones que las necesarias para su aprobación.

4.-Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y acordó la rescisión concursal de la dación en pago objeto de impugnación.

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

La Audiencia resaltó que la dación en pago objeto de rescisión se había hecho después de que OCASA se hubiera acogido al procedimiento del art. 5 bis, en un momento en que se encontraba en estado de insolvencia, con muchos procedimientos judiciales de reclamación pendientes en aquel momento, y poco antes de que se declarase el concurso de acreedores. En el contexto de esta operación, la Audiencia consideró que existía perjuicio por el trato ventajoso que se dio a los acreedores que aceptaron la dación de pago frente a los que hubieron de pasar por el convenio, y negó que la dación en pago pudiera estar excluida de la rescisión concursal por virtud del art. 71.5.1.º de la Ley Concursal, por no reunir los requisitos exigidos para ello.

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

5.- Frente a la sentencia de apelación, OCASA formuló recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.-Formulación del motivo primero

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

2.-En el desarrollo del motivo se explica que la sentencia de apelación únicamente podría entrar a valorar la ilógica o irracional argumentación en orden a las dos cuestiones planteadas en el recurso:

-si la sentencia de primera instancia argumenta de forma irracional o ilógica, prejuzgando la "ineludible aprobación judicial" de la Propuesta Anticipada de Convenio presentada por la concursada.

-si la sentencia de instancia argumenta de forma irracional o ilógica la existencia de error matemático en relación con el verdadero quebranto económico sufrido por los acreedores en la antedicha Propuesta Anticipada de Convenio.

Y sin embargo, separándose de estas cuestiones, y sin que se hubiera cuestionado en el motivo segundo de apelación la singularidad de las daciones en pago firmadas, su cercanía en el tiempo a la declaración de concurso o la existencia de sociedades especialmente relacionadas con la concursada, que sí se invoca en su motivo primero desestimado, la Audiencia concluye que existe perjuicio para la masa sobre la base de esas consideraciones no invocadas en el motivo segundo.

TERCERO.-Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.

1.-El recurrente confunde el ámbito de conocimiento del tribunal de apelación con el propio del tribunal de casación, en relación con el juego de los motivos de apelación y los motivos de casación.

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

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

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

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

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

CUARTO.-Formulación del motivo segundo.

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

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

QUINTO.-Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.

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

2.-El perjuicio para la masa es un concepto jurídico y su apreciación, aunque pueda apoyarse en la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas, encierra una valoración jurídica que no puede impugnarse, como pretende el motivo, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por considerarse errónea. En su caso, la impugnación de esta valoración jurídica debería realizarse por medio del recurso de casación.

3.-Del mismo modo, la apreciación del estado de insolvencia, tal y como se concibe en el art. 2 LC, sin perjuicio de que se apoye su acreditación en una serie de circunstancias fácticas, encierra una valoración jurídica que tampoco puede ser impugnada por el recurso extraordinario por infracción procesal.

SEXTO.-Formulación del motivo tercero.

1.-En el encabezamiento se indica que el motivo se ampara en el ordinal 2.º del art. 469.1 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, «por infracción de las normas procesales relativas al reparto de la carga de la prueba del art. 217, apartados 1, 2 y 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 71.4 de la Ley Concursal (LC), ante la ausencia de prueba sobre el perjuicio para la masa activa y a la supuesta insolvencia de la recurrente».

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

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

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

SÉPTIMO.-Decisión del tribunal. Desestimación del motivo

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

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

Recurso de casación

OCTAVO.-Formulación del motivo primero

1.-El motivo denuncia la infracción del art. 71.1 en relación con el art. 71.4 LC, y la jurisprudencia sobre el

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

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

El recurso parte de que los créditos satisfechos mediante las daciones en pago estaban vencidos y eran exigibles. Y luego explica cómo para el acreedor cesionario, la dación en pago ha supuesto una quita real sobre sus créditos superior al quebranto patrimonial de los acreedores concursales, en relación con la quita del 50% aprobada en el convenio.

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

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

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

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

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

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

de julio; 428/2014, de 24 de julio; 631/2014, de 1 de noviembre; 41/2015, de 17 de febrero; 58/2015, de 23 de febrero; 112/2015, de 10 de marzo; 124/2015, de 17 de marzo; 199/2015, de 17 de abril; 340/2015, de 24 de junio; 642/2016, de 26 de octubre):

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

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

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

3.-Los actos de disposición objeto de rescisión concursal son daciones en pago: OCASA cedió los derechos de uso exclusivo de varias plazas de aparcamiento a Otto Construcciones y Contratas S.A., en pago de una deuda que tenía con esta de 36.300 euros, deuda que estaba vencida y era exigible. El valor de los derechos cedidos era inferior a la mitad del crédito de Otto Construcciones y Contratas S.A., que se extinguía con la cesión.

La dación en pago fue acordada el 25 de febrero de 2013, en el periodo posterior a que OCASA realizara la comunicación del art. 5 bis LC (31 de octubre de 2012) y anterior a su declaración de concurso a instancia de algunos de sus acreedores (28 de mayo de 2013).

4.-En las sentencias 175/2014, de 9 de abril, y 715/2014, de 16 de diciembre, hemos entendido que

«la dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que éste consiente recibir, con carácter solutorio, un aliud pro alio (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria».

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

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

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

6.-Es únicamente desde el punto de vista de la satisfacción de los créditos que se extinguían con la dación, que podría existir alguna duda sobre el perjuicio, en atención al momento y las circunstancias en que se realizaron, de acuerdo con la jurisprudencia contenida en las sentencias 629/2012, de 26 de octubre, y 487/2013, de 10 de julio: «en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en

la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum».

7.-La dación en pago se realizó para pagar unos créditos algunas semanas después de que la cedente, OCASA, hubiera realizado la comunicación del art. 5 bis LC, que conlleva la suspensión de las ejecuciones singulares, y algunos meses antes de que se hubiera declarado su concurso de acreedores. Ligado al hecho de que esta dación en pago no se realizó de forma aislada, sino que en ese periodo (primeros meses de 2013) OCASA cedió plazas garaje ubicadas en Getafe en pago de deudas contraídas con distintos acreedores por un importe global de 4.428.600 euros, y en todas ellas, según declara probado la Audiencia, el valor de las plazas era inferior al importe de los créditos.

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

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

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

8.-Si bien la concurrencia del perjuicio debe juzgarse de acuerdo con las circunstancias concurrentes al tiempo de ser realizados los actos de disposición objeto de rescisión (las daciones de pago), en este caso en que el perjuicio se funda en la alteración de la

par condicio creditorum, es muy ilustrativo advertir que los créditos sujetos al concurso sufrieron una quita del 50%, cuyo pago se fraccionó y demoró entre uno y cinco años.

De tal forma que los acreedores que percibieron las cesiones recibieron en pago unos derechos de difícil comercialización cuyo valor era inferior a la mitad de sus créditos y los acreedores que se sometieron al concurso vieron reducidos sus créditos a un 50%, aunque fuera demorado su cobro cinco años.

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

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

### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2504/2017] DE 21 DE JUNIO DE 2018 [Ponente: Pedro José Vela Torres]**

*Concurso de acreedores: rescisoria concursal. De contenido análogo a la anterior*

«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 22 de febrero de 2013, por la que cedía el derecho de uso exclusivo de tres plazas de garaje en la ciudad de Getafe, a la compañía mercantil Tecal Carpintería S.L. (en adelante, Tecal), en pago de la deuda que había contraído con esta entidad por un importe de 45.000 euros. Se pactó 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 Tecal, por importe de 45.000 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 era 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 tres plazas de garaje de las que era titular, con lo cual se benefició a uno de los acreedores en perjuicio de los restantes integrantes de la masa pasiva, con alteración, por tanto, de la "pars condicio creditorum". La vulneración resulta patente si se tiene en cuenta que la operación, lejos de ser aislada, se enmarca en un conjunto de cesiones en pago a distintos acreedores de un elevado número de derechos de uso de más de 200 plazas de garaje cuya rescisión, interesada por la Abogacía del Estado en más de 30 demandas, incrementaría la masa pasiva en torno a 4.500.000 euros, cifra que, de otra parte, debido a su volumen, podría tener relevancia en la conformación de las necesarias mayorías y, por ende, en el resultado del concurso.

[...]

»Para determinar si el pago así realizado mediante la cesión tiene carácter perjudicial para la masa ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en el momento en que el negocio se celebró, sin tener en cuenta datos o hechos acaecidos con posterioridad como es la aprobación provisional de un convenio en el seno del concurso en el que se admitió una quita de más del 50%, a la que ya se ha adherido el 57,654% del pasivo ordinario. Y es que en el momento en que la concursada decidió realizar el pago mediante la transmisión de activos se desconocían las condiciones del convenio tanto por parte de la cedente como por parte de la cesionaria y además, el convenio no incluye solamente una quita sino también un aplazamiento en el pago, en cinco años naturales sucesivos a contar desde de la firmeza de la resolución aprobatoria del mismo, de forma que el primer y segundo año se abonaría un 10%, un 20% el tercer año y el resto el cuarto y quinto año, por lo que en términos de valor actualizado neto la quita, de cumplirse el convenio, sería muy superior al 50%. Si tal circunstancia carece de virtualidad, a estos efectos, aunque se hubiesen valorado el uso de las plazas de garaje en una cantidad superior al valor de mercado, el principio pars condicio creditorum ha de entenderse vulnerado al anteponerse a un acreedor sobre otros ante el inminente concurso, viendo satisfecho ese acreedor, al menos parcialmente, su crédito, al margen del mismo, frente a los demás que habrán de esperar a su resolución, sin saber si en algún momento llegarán a cobrar sus deudas o en qué cuantía. En cualquier caso

la entidad cesionaria junto con todas las demás entidades cesionarias de derechos similares al de litis, han podido sufrir una pérdida aproximada de un 50% de su crédito, pero los restantes acreedores, en caso de que el convenio llegara a aprobarse, además de la misma quita un aplazamiento en el pago de su crédito que determina una pérdida de valor muy superior, debido al transcurso del tiempo. De esta forma e 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 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 constituirían 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 tres 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 tres plazas de aparcamiento a Tecal, 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 Tecal, 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 Tecal, 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».