

Id Cendoj: 28079110012010100611
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10/2007
Nº de Resolución: 662/2010
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DERECHO CONCURSAL. Acción de reintegración (art. 71 LC). Existencia de acto perjudicial para la masa activa del concurso (art. 71.1 LC). Mala fe del comprador: carácter subordinado del crédito (art. 73.3 LC).

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de dos mil diez.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuestos respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, como consecuencia de autos de demanda de rescisión seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil Número Cuatro de Barcelona; cuyos recursos fueron interpuestos por la entidad OPCIONS I PROMOCIONS INMOBILIARIES AVANT, S.L., representada por el Procurador D. Alfonso de Murga Florido; y como parte recurrida, LA ADMINISTRACION CONCURSAL DE ESTUDIO Y REALIZACION DE OBRAS, S.L., representadas por el Procurador D. Antonio Sorribes Calle. Autos en los que también ha sido parte la entidad ESTUDIO Y REALIZACION DE OBRAS, S.L., que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- Los Administradores concursales de la entidad "Estudio y Realización de Obras, S.L., sociedad unipersonal", interpusieron demanda de rescisión ante el Juzgado de lo Mercantil Número Cuatro de Barcelona, siendo parte demandada las entidades "Estudio y Realización de Obras, S.L. sociedad unipersonal" y "Opciones i Promocions Inmobiliaries Avant, S.L."; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "en la que se contengan los siguientes pronunciamientos: La ineficacia del contrato de compraventa de dos parcelas de fecha 31 de agosto de 2004, realizado por las codemandadas con los siguientes efectos: 1. Condene a OPCION I PROMOCIONS INMOBILIARIES AVANT, S.L. a la restitución de las parcelas, objeto del presente procedimiento, al activo del concurso con sus frutos e intereses; a saber: a) Urbana porción de terreno situada en el término de Rubí, Zona residencial Valles Park, procedente de la heredad denominada Barceló, que constituye la parcela nº 36 bis, de la manzada A, polígono 1, del plano de urbanización de la mayor finca, con una superficie de 615 m2 e inscrita al RP de Rubí, al tomo-libro 753, folio 189, finca nº 33423, inscripción 5ª y b) Urbana parcela de terreno identificada como F.38 b, sita en término de Rubí, con frente a la c/ H. Hesse, donde tiene asignado el nº 78-B, integrada en el Plan Parcial de Ordenación de Can Solá, formada por segregación de otra, ocupa una superficie de 550 m2 e inscrita al RP de Rubí, al tomo-libro 853, folio 31, finca nº 35271, inscripción 2ª. 2. Condene asimismo al concurso, ESTUDIO Y REALIZACIÓN DE OBRAS, S.L. Sociedad Unipersonal, a la restitución de las prestaciones de dicha operación, concretamente a la devolución del precio total de 114.556 # más 18.328,96 # en concepto de IVA, con sus frutos e intereses, con la consideración de dicho derecho como crédito contra la masa salvo que se apreciare mala fe en cuyo caso se considere como crédito concursal subordinado."

2.- El Procurador D. Ramón Feixo Bergada, en nombre y representación de la entidad "Estudio y Realización de Obras, S.L.U.", contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "desestimando íntegramente la demanda presentada en contra de mi representada, condenando en costas a la parte

actora; y, con carácter subsidiario se interesa, que para el caso de que se estimase la procedencia de la acción ejercitada por la Administración Judicial no se condene a esta parte a abonar a la parte compradora la suma de 22.556 euros como parte del precio, más la suma de 18.328,96 euros en concepto de IVA, cantidades no abonadas por la compañía OPCIONS I PROMOCIONS INMOBILIARIAS AVANT, S.L."

3.- La Procurador D^a. María Francisca Bordell Sarró, en nombre y representación de la entidad Opcions i Promocions Inmobiliaries Avant, S.L., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho pertinentes, suplicando al Juzgado dictase sentencia desestimando la demanda con condena en costas.

4.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de lo Mercantil Número Cuatro, de Barcelona, dictó sentencia con fecha 11 de julio de 2.005 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimar la demanda incidental formulada, y declarar la rescisión de la compraventa celebrada el día 31 de agosto de 2004 sobre: a) finca número 33423, inscrita en el Registro de la Propiedad de Rubí, tomo libro 753, folio 189, inscripción 7^a. b) Finca número 35271 tomo-libro 853, folio 31, inscripción 3^a, Registro de la Propiedad de Rubí. Entre Estudio y Realización de Obras, S.L. y Opcions i Promocions Inmobiliaries Avant, S.L., condenamos a Opcions i Promocions Inmobiliaries Avant, S.L. a devolver las fincas y a Estudio y Realización de Obras, S.L. devolver la suma de 92.000 euros, crédito que ha de ser calificado de subordinado. Asimismo debo de condenar a Avant a pagar las costas originadas por la administración concursal."

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior resolución, por las representaciones respectivas de las entidades Opcions i Promocions Inmobiliaries Avant, S.L. y Estudio y Realización de Obras, S.L.; la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, dictó Sentencia con fecha 19 de octubre de 2.006 , cuya parte dispositiva es como sigue: "DESESTIMAMOS el recurso interpuesto por la representación de OPCIONS Y PROMOCIONS INMOBILIARIAS AVANT, S.L. así como el interpuesto por ESTUDIO Y REALIZACIÓN DE OBRAS, S.L. por vía de impugnación, contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 4 de Barcelona, con fecha 11 de julio de 2005 , cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente, y CONFIRMAMOS dicha resolución, con imposición a la apelante del pago de las costas causadas en la alzada."

TERCERO.- La Procuradora D^a. María Francesca Bordell Sarro, en nombre y representación de la entidad Opcions i Promocions Inmobiliaries Avant, S.L., interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, con apoyo en los siguientes motivos; **MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: PRIMERO.-** Se alega infracción de los arts. 217 de la LEC y 71.4 de la Ley Concursal. **SEGUNDO.-** Se alega infracción del art. 218 de la LEC. **TERCERO .-** Se alega infracción del art. 348 de la LEC. **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO.-** Se alega infracción del art. 71.1 de la Ley Concursal. **SEGUNDO .-** Se alega infracción del art. 71.5 de la Ley Concursal. **TERCERO .-** Se alega infracción de los arts. 71.1, 73.3 y 92.6 de la Ley Concursal. **CUARTO .-** Se alega infracción del art. 73.1 de la Ley Concursal

CUARTO.- Por Providencia de fecha 18 de diciembre de 2.006, se tuvieron por interpuestos los recursos anteriores, y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente la entidad OPCIONS I PROMOCIONS INMOBILIARIAS AVANT, S.L., representada por el Procurador D. Alfonso de Murga Florido; y como parte recurrida, LA ADMINISTRACION CONCURSAL DE ESTUDIO Y REALIZACION DE OBRAS, S.L., representadas por el Procurador D. Antonio Sorribes Calle.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 12 de mayo de 2.009 , cuya parte dispositiva es como sigue: "ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de OPCIONS I PROMOCIONS INMOBILIARIAS AVANT S.L. contra la Sentencia dictada, con fecha 19 de octubre de 2.006, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a), en el rollo de apelación nº 39/2006, dimanante de los autos de incidente concursal sobre acción rescisoria de impugnación 52/2005 del Juzgado Mercantil nº 4 de Barcelona."

SEPTIMO.- Dado traslado el Procurador D. Antonio Sorribes Calle, en nombre y representación de la Administración Concursal de la Compañía Mercantil Estudio y Realización de Obras, S.L., presentó escrito de impugnación al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de octubre de 2.010, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus Corbal Fernandez,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre derecho concursal y concretamente sobre una acción de reintegración del art. 71.1 de la Ley Concursal ejercitada por la Administración del Concurso, planteándose en los recursos extraordinarios diversas cuestiones, unas, de índole procesal, referentes a la carga de la prueba, incongruencia y a la prueba pericial, y otras, en el de casación, de carácter sustantivo, que atañen, sustancialmente, a: la existencia del perjuicio para la masa activa; si concurre la prohibición de rescisión del art. 71.5.1º de la LC relativa a "actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor realizados en condiciones normales"; si hay o no mala fe del acreedor, con la consecuencia de que su crédito se califique como subordinado; y los efectos de la cancelación por el comprador (acreedor) de la hipoteca que gravaba la finca objeto de la compraventa que se rescinde en virtud de la acción de reintegración.

Por la Administración Concursal de ESTUDIO Y REALIZACIÓN DE OBRAS, S.L. se dedujo *demand*a de rescisión de contrato de compraventa, en ejercicio de la acción de reintegración del art. 71.1 LC, contra las entidades Estudio y Realización de Obras, S.L. y Opcions i Promocions Inmobiliaries Avant, S.L. en la que solicita se declare la ineficacia del contrato de compraventa de dos parcelas de fecha 31 de agosto de 2.004, realizado por los codemandados con los siguientes efectos: 1. Condene a OPCION I PROMOCIONS INMOBILIARIES AVANT, S.L. a la restitución de las parcelas, objeto del presente procedimiento, al activo del concurso con sus frutos e intereses; a saber: a) Urbana porción de terreno situada en el término de Rubí, Zona residencial Valles Park, procedente de la heredad denominada Barceló, que constituye la parcela nº 36 bis, de la manzana A, polígono 1, del plano de urbanización de la mayor finca, con una superficie de 615 m2 e inscrita al RP de Rubí, al tomo-libro 753, folio 189, finca nº 33423, inscripción 5ª, y b) Urbana parcela de terreno identificada como F.38 b, sita en término de Rubí, con frente a la c/ H. Hesse, donde tiene asignado el nº 78-B, integrada en el Plan Parcial de Ordenación de Can Solá, formada por segregación de otra, ocupa una superficie de 550 m2 e inscrita al RP de Rubí, al tomo-libro 853, folio 31, finca nº 35271, inscripción 2ª. 2. Condene asimismo al concurso, ESTUDIO Y REALIZACIÓN DE OBRAS, S.L. Sociedad Unipersonal, a la restitución de las prestaciones de dicha operación, concretamente a la devolución del precio total de 114.556 # más 18.328,96 # en concepto de IVA, con sus frutos e intereses, con la consideración de dicho derecho como crédito contra la masa salvo que se aprecie mala fe en cuyo caso se considere como crédito concursal subordinado.

La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona el 11 de julio de 2.005, en los autos de incidente concursal número 52 de 2.005 (Concurso número 15 de 2.004), estima la demanda incidental y acuerda declarar la rescisión de la compraventa celebrada el día 31 de agosto de 2.004 sobre: a) finca número 33423, inscrita en el Registro de la Propiedad de Rubí, tomo-libro 753, folio 189, insc. 7ª, y b) finca número 35271 del mismo Registro, tomo-libro 853, folio 31, insc. 3ª, entre Estudio y Realización de Obras, S.L. y Opcions y Promocions Inmobiliaries Avant, S.L., condenando a esta última entidad a devolver las fincas y a Estudio y Realización de Obras, S.L. a devolver la suma de noventa y dos mil euros, crédito que ha de ser calificado de subordinado.

La Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 19 de octubre de 2.006, en el Rollo número 30 de 2.006, desestima el recurso interpuesto por la representación de Opcions y Promocions Inmobiliaries Avant, S.L., así como el formulado por vía de impugnación por Estudio y Realización de Obras, S.L. contra la Sentencia del Juzgado, y confirma esta resolución.

Contra la Sentencia de la Audiencia se interpuso por la representación procesal de OPCIONS I PROMOCIONS INMOBILIARIES AVANT, S.L. *recursos extraordinarios por infracción procesal*, articulado en tres motivos, y *de casación*, estructurado en cuatro motivos, que fueron admitidos por Auto de esta Sala de 12 de mayo de 2.009.

SEGUNDO.- La Sentencia recurrida declara (fto. segundo, párrafo tercero), en relación con las premisas fácticas, que «no existe controversia sobre esta sucesión de acontecimientos: las dos fincas son adquiridas por Estudio y Realización de Obras, S.L. en diciembre de 2.003 y febrero de 2.004, por un precio de poco más de 60.000 euros la primera y por 49.000 euros la segunda; la adquirente carece de efectivo para la compra, para lo que la financia mediante sendas hipotecas, de 43.000 y 49.000 euros respectivamente, con vencimientos en febrero y diciembre de 2.005. Seis meses después, el 11 de agosto

de 2.004, en la mercantil OPCIONS Y PROMOCIONS INMOBILIARIES AVANT, S.L. se celebra junta general que adopta el acuerdo de doblar el capital social y, previa renuncia de los socios de su derecho de adquisición preferente, dar entrada en la sociedad a los hermanos Efrain , precisamente los hijos del socio y administrador de la concursada. Días después, el 31 de agosto de 2.004, se eleva a escritura pública esa nueva participación y, por otra parte, ESTUDIO vende a AVANT las fincas reseñadas por un precio global de 114.556 euros, más 16% de IVA. Poco después, el día 22 de septiembre de 2004, debemos suponer que mediando una mínima preparación de la documentación precisa, ESTUDIO presenta su solicitud de concurso voluntario, que es en efecto declarado el 4 de octubre».

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL

Se articula en tres motivos.

TERCERO.- En el enunciado del *primer motivo* se alega infracción de los *artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 71.4 de la Ley Concursal*.

El motivo hace referencia al particular de la escritura pública de compraventa de 31 de agosto de 2004 relativo al precio de venta pues en la misma se hace constar que, de la suma total de 114.556 euros, 92.000 euros los retenía la sociedad compradora para hacer pago de las hipotecas, y los restantes 22.556 euros más los 18.328,96 euros en concepto de IVA reconocía la sociedad vendedora haberlos recibido con anterioridad a dicho acto. Y en relación con este último extremo, se trata de combatir la apreciación por la Sentencia recurrida -en sintonía con la de primera instancia- de inexistencia de la entrega.

La impugnación del motivo se concreta en dos alegaciones diversas. Una se refiere a que el pago fue reconocido en la demanda, por lo que se trata de un hecho exento de prueba, que por ello no es precisa acreditar. La otra alegación consiste en que se atribuyen a la recurrente las consecuencias de la falta de prueba del hecho del pago, lo que infringe los *artículos 217.2 LEC, citándose además el 281.3 LEC y 71.1 y 4 de la LC*, porque la carga de la prueba correspondía a la Administración Concursal dado el reconocimiento en la escritura pública de haberse recibido con anterioridad por el vendedor, además de que el hecho fue introducido en el proceso por la actora, es a ella a quien beneficia la falta de pago -al no tener que reintegrarlo de decretarse la rescisión contractual- y, por último, por aplicación de la regla legal de carga de la prueba del *art. 71.4 LC*, a tenor del cual en el supuesto del *art. 71.1 LC* "el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria".

El motivo debe desestimarse .

Por lo que respecta a la supuesta existencia y desconocimiento de un hecho "admitido" y, por consiguiente, exento de prueba, no es un tema de carga de prueba. Y además no concurre el supuesto, pues el *art. 281.3 LEC* exige plena conformidad de las partes, y en el caso sucede que la parte actora claramente niega que la parte del precio que se dice pagada haya sido cobrada por la sociedad vendedora Estudio y Realización de Obras, S.L., dado que no entró la suma correspondiente en la contabilidad de la sociedad. Y si bien la actora manifiesta haberla cobrado Dn. Juan Manuel (a la sazón administrador y socio único de aquélla) con base en la manifestación de éste en la escritura de compraventa (en la que reconoce haberlo recibido), el mencionado lo niega, y en la contestación de la sociedad Estudio se sostiene que el pago no tuvo lugar, todo lo que convierte el hecho en controvertido, y como tal no admitido y, por ende, no exento de prueba.

Y en lo que atañe a al segunda cuestión -pago o no de la parte del precio-, es cierto que el reconocimiento de haber recibido el dinero crea la presunción de que fue así, pero nada obsta que se pueda probar que no tuvo lugar, dado que aquélla es, como toda presunción propia, "iuris tantum", admitiendo por lo tanto la prueba en contrario. Y como en el caso sucede que la sentencia recurrida declara probado la "inexistencia de la entrega", el hecho ha quedado plenamente fijado, sin que pueda haber infracción del *art. 217 LEC* sobre la carga de la prueba, que es el *precepto mencionado en el enunciado del motivo como conculcado, porque tal posibilidad exige como primera* premisa que el hecho controvertido relevante para la decisión del proceso no haya quedado probado, pues sólo en tal caso es dable verificar si las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba se han atribuido a quien no correspondía el "onus probandi".

CUARTO.- En el enunciado del *segundo motivo* se alega infracción del *art. 218 LEC* por haber incurrido la sentencia recurrida en una doble incongruencia, por no analizar ni resolver, ni explícita ni implícitamente, el primer motivo de apelación y partir en su sentencia de un hecho contrario al afirmado en la demanda y reconocido por ambas partes.

Los dos planteamientos carecen de consistencia por lo que debe desestimarse el motivo.

La primera alegación se refiere a que procedía inadmitir la acción ejercitada dado que las compraventas fueron "actos ordinarios de la actividad empresarial de la sociedad vendedora", y, por consiguiente, se hallan excluidos de la acción de reintegración con base en el *art. 71.5.1º de la LC*.

El tema suscitado constituye una cuestión con autonomía y sustantividad propia, que le distingue de las alegaciones- argumentos cuya finalidad es fundamentar un concreto planteamiento, de modo que en tanto la falta de respuesta a éstos no afecta al principio de congruencia de las resoluciones judiciales, no sucede lo mismo con las cuestiones, las que han de ser objeto de desestimación explícita o implícita, so pena de dar lugar a incongruencia omisiva o "ex silentio".

Sin embargo, el planteamiento del motivo debe ser rechazado porque se trata de una "cuestión nueva" que, precisamente por su entidad, debió haber sido planteada en la fase de alegaciones y no lo fue, por lo que le es aplicable la regla de "pendente appellatione nihil innovetur". La doctrina jurisprudencial veda el planteamiento de "cuestiones nuevas", salvo supuestos excepcionales entre los que no se halla el del caso, por contradecir principios esenciales del proceso -preclusión, contradicción y defensa-. Además, abunda en la desestimación del planteamiento que no se formuló denuncia por incongruencia en el recurso de apelación, a pesar de que no hay ninguna alusión al tema en la Sentencia del Juzgado, ni, de entenderse que hay incongruencia en la Sentencia de la Audiencia, se intentó el mecanismo previo subsanador del *art. 215.2 de la LEC* que debe entenderse aplicable a las cuestiones fundamentales del pleito, y que tiene carácter ineludible condicionando la procedencia del recurso extraordinario por infracción procesal de conformidad con el *art. 469.2 LEC*.

Por lo que respecta al segundo planteamiento, que se refiere al hecho de la falta de pago de parte del precio de la compraventa y del IVA (claramente se advierte en el recurso de apelación más preocupación por este segundo concepto, lo que no deja de ser significativo), la verdad es que la incongruencia no se denuncia con la formalidad y seriedad que resultan exigibles, pues solo a propósito de la impugnación de fondo se alude, en el apartado 4.2.1, a que "habría correspondido que hubiese sido esgrimida por la Administración Concursal en la demanda, y, por tanto, la introducción de aquel hecho por parte de la codemandada en su contestación, sin tramitar una reconvencción, produce indefensión y determina que la sentencia sea incongruente, *ex art. 218 LEC*". En cualquier caso, además de lo indicado en el fundamento de derecho tercero anterior con ocasión del primer motivo, y de ser aplicable *mutatis mutandis* lo antes dicho respecto del *art. 215.2* en relación con el *art. 469.2, ambos LEC*, procede señalar que el planteamiento no es razonable, porque la demandante no tenía porqué conocer las circunstancias del hecho y en cambio lo lógico es que el administrador de Estudio conociera lo que había sucedido y pudiera proporcionar pruebas al efecto - como sucedió-. Aparte de ello, y además de que no cabe desconocer las peculiaridades del incidente concursal, es aceptable que la codemandada ESTUDIO invocara únicamente una excepción, que si indirectamente afectaba a AVANT, en absoluto se ha producido indefensión para ésta que pudo rebatir en todas las fases del proceso -alegando y probando- el hecho controvertido perjudicial.

Por todo ello se desestiman los dos planteamientos, y con ello el motivo segundo.

QUINTO.- En el enunciado del *motivo tercero* se denuncia, al amparo del *número segundo del art. 469 LEC*, infracción del *art. 348 LEC*. En el extracto del motivo se alega: La sentencia recurrida concede un valor privilegiado al dictamen pericial aportado junto con la demanda frente al dictamen pericial de esta parte, sin tener en cuenta los múltiples defectos de forma y errores de fondo de dicho dictamen, al proceder de una persona jurídica, no haberse formulado juramento o promesa de exactitud de su contenido, haber reconocido el representante de dicha persona jurídica haber encargado a una empleada, cuyos conocimientos técnicos no constan, haber efectuado la inspección y la valoración de las parcelas, haber valorado inicialmente un terreno distinto al objeto de este proceso, y haber efectuado su valoración mediante un muestreo con una base de datos informática cuya corrección no ha sido acreditada. Si a ello unimos que dichas valoraciones suponen conceder un incremento a ambas fincas valoradas superior al doble de su valor en compra, efectuada ocho y seis meses antes, es manifiesto que la valoración de dicho dictamen por el Tribunal sentenciador es manifiestamente contraria a las reglas de la sana crítica, procediendo la casación de la sentencia para acto seguido prescindir de dicho dictamen pericial.

Tanto en el extracto como en el desarrollo del motivo se acumulan una serie de alegaciones, de las que, unas, hacen referencia a defectos formales del medio de prueba, o de su práctica, y, otros, concretamente a error en la valoración de la prueba.

Ninguna de las denuncias tiene encaje en el cauce del *ordinal 2º del art. 469.1 LEC*. Los defectos

formales deben ser acusados por la vía del ordinal 3º, o 4º en su caso, y su control en el recurso extraordinario por infracción procesal exige acreditar el cumplimiento de la previsión del *apartado 2 del art. 469 LEC*. Y en cuanto al error en la valoración probatoria la doctrina de esta Sala viene sosteniendo que sólo es denunciable al amparo del ordinal 4º, de modo que es preciso que se atente al derecho a la tutela judicial efectiva del *art. 24 LEC*, por incurrir la valoración en error de hecho, arbitrariedad o irracionalidad, que, en el caso, ni se denuncian, ni son en modo alguno apreciables, pues, con independencia de la consistencia que pudieran tener las alegaciones efectuadas en otras perspectivas, son completamente estériles en la que correspondería examinar.

Por ello, el motivo decae.

SEXTO.- La desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva: a) La desestimación del recurso; b) La condena en costas de la parte recurrente (*art. 398.1 en relación con el 394.1*, ambos de la LEC); y, c) Proceda examinar los motivos del recurso de casación (*Disposición Final 16ª.1, sexta LEC*).

RECURSO DE CASACION

Se estructura en cuatro motivos.

SEPTIMO.- En el *motivo primero* se acusa la infracción del *art. 71.1 de la Ley Concursal*. El fundamento del motivo se resume en que de los propios hechos declarados probados no resulta la existencia de perjuicio para el concurso, careciendo de cualquier valor por razones obvias -exceder del ámbito de un recurso de casación- las alegaciones que cuestionan dichos hechos o la valoración de la prueba pericial. Sin embargo, debe advertirse que se afecta a la base fáctica si se le pretende alterar, o complementar mediante consideraciones de tal carácter no recogidas en la sentencia, bajo el pretexto dialéctico de que no se toman en cuenta todas las circunstancias del caso concreto en orden a apreciar la existencia del perjuicio para la masa activa del concurso.

Es evidente que la venta se hizo por un precio notablemente inferior al del mercado lo que produjo una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora constituyendo un sacrificio patrimonial injustificado. Las circunstancias concurrentes no solo no justifican la venta, sino que incluso explican el porqué se realizó una operación que era perjudicial para la vendedora y sus acreedores, y muy beneficioso para la sociedad compradora AVANT, uno de cuyos socios -Dn. Benito - era acreedor de Estudio. Y a este respecto es especialmente significativo que el mismo día 31 de agosto de 2.004 en que se formalizó la compraventa, los hijos del administrador de ESTUDIO, Dn. Moisés, Dña. Raquel y Dña. Felicidad pactaron con la sociedad compradora AVANT entrar a formar parte como socios mediante una ampliación de capital. Todo ello se pone de manifiesto de modo irrefutable en las sentencias de primera instancia y de apelación, la que, aparte sus propios argumentos asume los de la resolución apelada. Y a todo ello aún cabe añadir la falta de pago de parte del precio y del IVA que puso al descubierto el incidente concursal.

Por todo ello se desestima el motivo.

OCTAVO.- En el *motivo segundo* se denuncia infracción del *art. 71.5 de la Ley Concursal* que prohíbe que sean objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad empresarial del concursado.

El motivo se desestima porque, como se dijo en el fundamento de derecho cuarto, a propósito del motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal, se trata de una "cuestión nueva".

NOVENO.- En el *motivo tercero* se denuncia infracción de los *artículos 71.1, 73.3 y 92.6 de la Ley Concursal*.

En el cuerpo del motivo se plantean cuatro cuestiones que se examinan con independencia pero que se dirigen a combatir la apreciación de existencia de mala fe en Opciones y Promociones Inmobiliarias Avant, S.L. y, como consecuencia, excluir la calificación del crédito en el concurso como subordinado.

La primera cuestión se refiere a la declaración de mala fe respecto de AVANT, S.L. Efectivamente, como sostiene la parte recurrente, la apreciación de mala fe a los efectos del *art. 73.3*, "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores. Pero tales presupuestos concurren en el caso. Así lo declara el Juzgador de 1ª Instancia -"hay dos datos (dice) que ponen de manifiesto la mala fe de los compradores, es decir, que los mismos eran conscientes de la grave crisis económica de la empresa y del perjuicio que podían sufrir el resto de los acreedores"-; así lo admite la de apelación; y, en cualquier caso, claramente se

deducen ambos presupuestos de los hechos. Por otro lado, las diversas circunstancias concurrentes revelan que, con la compraventa a un precio notablemente más bajo del valor de mercado, al tiempo que se perjudica el patrimonio de la sociedad, se beneficia a una entidad, Avant, de la que el socio Dn. Benito es un importante acreedor de ESTUDIO, y en cuya sociedad se efectúa una operación de ampliación de capital para que entrenen a formar parte los hijos del Sr. Juan Manuel, precisamente administrador y socio único de la vendedora, ESTUDIO, lo que supone una conducta que, en un aspecto objetivo, complementario de los presupuestos subjetivos expresados, merece la repulsa ética en el tráfico jurídico, y la sanción adoptada.

La segunda cuestión que se plantea se refiere a que de la interpretación conjunta de los *arts. 71 y 73.3 LC* se deriva que la mala fe determinante de la conversión del crédito en subordinado únicamente puede darse en los supuestos segundo y tercero de dicho *artículo 71*, pero en ningún caso en el supuesto del *art. 71.1 LC*. La alegación carece de fundamento alguno. No tiene ningún sentido que si se prueba el perjuicio (sin necesidad de presunción) no quepa apreciar mala fe, y, en cambio, si no se prueba, pero se presume, sí. La referencia del *art. 71.1*, inciso final, a "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" tiene carácter general y significa que la acción de reintegración, si bien requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, no precisa que haya el ánimo o propósito de defraudar.

La tercera cuestión se resume en que tanto la sentencia de primera instancia como la de la apelación prescinden de un circunstancia esencial tanto para calificar la conducta de AVANT -la recurrente- cuanto para la exclusión de cualquier perjuicio derivado de la mala fe de comprador y vendedor: la cancelación en fecha inmediatamente posterior a la venta de las dos hipotecas que gravaban la finca [hay que entender las fincas], actuación que es incompatible con la mala fe declarada en la sentencia de primera instancia y confirmada en la de segunda instancia.

La alegación se desestima por razones formales y de fondo. En la primera perspectiva el propio recurrente no advierte que está planteando en casación una cuestión de forma "per saltum", pues no consta denunciada en apelación la omisión de tratamiento en la Sentencia de primera instancia, y tal modo de proceder viene vedado por reiterada doctrina de esta Sala. En cualquier caso, a mayor abundamiento, desde la óptica de fondo, también debe rechazarse el motivo, dado que la recurrente retuvo una parte del precio para hacer efectivos los préstamos que garantizaban dichas hipotecas, y, por otro lado, no cabe olvidar que las cargas se cancelaron después de declarado el concurso con lo cual no se toma en cuenta la posibilidad de paralización de ejecución de garantías reales *ex art. 56 LC*.

Por último, se aduce que la declaración de subordinado del crédito de la demandada recurrente produce un enriquecimiento injusto para la masa del concurso, alegación que no cabe aceptar por ser novedosa, e inconsistente dado lo razonado anteriormente, y que, además, no se aviene con lo dispuesto en la ley al respecto -argumento que por esencia excluye la doctrina invocada-.

DECIMO.- En el *motivo cuarto* se alega infracción del *art. 73.1 de la Ley Concursal*, con base en que incluso de desestimarse los tres anteriores motivos de casación, la Sentencia recurrida hubiera debido condenar a la Administración Concursal a reintegrar totalmente a la recurrente de las sumas satisfechas con ocasión del contrato rescindido incluyendo en las mismas no sólo el importe del principal de la hipoteca, sino también el de los pagos realizados por intereses y gastos de su cancelación. Se hace referencia a la suma de 3.024,24 # en concepto de intereses vencidos y gastos de cancelación de dicha hipoteca.

El motivo se desestima por dos razones.

La primera razón se resume en que la recurrente no ha dado cumplimiento a lo previsto en los *arts. 215.2 y 469.2 LEC*. Si la sentencia recurrida no alude para nada a una petición como la del motivo se produce una incongruencia omisiva que requiere el planteamiento adecuado.

La segunda razón es que el tema tampoco aparece planteado en el recurso de apelación, y aunque se podría considerar una alusión implícita la reclamación de cantidad de 134.411,96 euros (que se relaciona con el hecho siete del escrito de contestación de la propia parte), sin embargo el carácter subsidiario de la petición se subordina a que, aún dándose lugar a la acción rescisoria, no se aprecie mala fe, y, en cambio, la subsidiariedad del presente motivo lo es para el caso de que se desestime la impugnación de la declaración de mala fe, lo que supone un planteamiento diferente.

UNDECIMO.- La desestimación de los motivos del recurso de casación conlleva la de éste y la condena de la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas (*art. 398.1* en relación con el *art. 394.1, ambos de la LEC*).

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Que desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de OPCIONS I PROMOCIONS INMOBILIARIES AVANT, S.L. contra la Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 19 de octubre de 2.006, en el Rollo de apelación número 39 del propio año, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas; y,

SEGUNDO.- Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la misma sociedad anterior contra la sentencia antedicha y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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