



Roj: **STS 1084/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1084**

Id Cendoj: **28079110012021100154**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/03/2021**

Nº de Recurso: **4306/2018**

Nº de Resolución: **170/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 170/2021

Fecha de sentencia: 25/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4306/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4306/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 170/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 25 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 329/2018, de 5 de julio, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia



Provincial de Oviedo, como consecuencia del incidente concursal n.º 73/2015 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo, sobre rescisión concursal.

Es parte recurrente D. Jose Daniel , representado por el procurador D. Ignacio López González y bajo la dirección letrada de D. José Luis Rebollo Álvarez.

Son parte recurrida las entidades Analytica Laser International, Inc. y Laser Europe Ltd., representadas por la procuradora D.ª Visitación Rivera Díaz y bajo la dirección letrada de D. Alejandro Rey Suañez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Ignacio López González, en nombre y representación de D. Jose Daniel , interpuso demanda de incidente concursal contra administración concursada Bap Health Outcomes Research, S.L., y contra Laser Europe LTD y Analytic Laser International INC en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se declare la rescisión de los actos de compensación de créditos que se describen en el cuerpo del escrito y por importe de 189.688,31 €, modificando el inventario de bienes y derechos y la lista de acreedores en el sentido de incluir como derechos de cobro de la concursada frente a las codemandadas LASER EUROPE LTD y ANALYTIC LASER INTERNATIONAL INC respectivamente las cantidades de 132.399,64 € y 57.288,67 € cantidades que correlativamente se consignarán como créditos subordinados en la lista de acreedores, y ello con imposición de las costas del incidente a las codemandadas".

2.- La demanda de incidente concursal fue presentada el 7 de diciembre de 2016 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo, fue registrada con el n.º 73/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Antonio Álvarez Arias de Velasco, en representación de la concursada Bap Health Outcomes Research, S.L. contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

La procuradora D.ª María Visitación Rivera Díaz, en representación de las entidades Analytica Laser International INC y Laser Europe LTD, presentó sendos escritos de contestación a la demanda solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo dictó sentencia de 17 de julio de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por la representación de Jose Daniel frente a la concursada Bap Health Outcomes Reserch, S.L., y frente a Láser Europe LTD y Analytica Láser Internacional Inc, debo declarar y declaro, nulas las compensaciones de crédito operadas entre la concursada y el resto de codemandadas y, en su consecuencia, se acuerda incluir en el inventario de la masa activa un crédito a favor de la concursada y frente a Láser Europe LTD y Analytica Láser Internacional Inc por importes respectivos de 132.399,64 y 57.288,67 euros, incluyendo iguales cantidades en la lista de acreedores como créditos a favor de éstas últimas y frente a la concursada con la calificación de subordinados.

"Se imponen las costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la concursada Bap Health Outcomes Research, S.L. y por la representación de las entidades Analítica Laser Internacional INC y Laser Europe LTD. La representación de D. Jose Daniel se opuso a los recursos formulados de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 485/2017 tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 329/2018, de 5 de julio, cuyo fallo dispone:

"Que estimando los recursos de apelación presentados por "Laser Europe Ltd" y "Analytica Láser Internacional Inc" y por la concursada "Bap Health Outcomes Research, S.L. frente a la Sentencia de fecha 17 julio 2017 dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo, debemos acordar y acordamos revocarla para en su lugar declarar no haber lugar a realizar ninguno de los pronunciamientos solicitados en la demanda presentada por Don Jose Daniel . Se imponen a la parte demandante las costas causadas en la primera instancia, sin haber lugar a realizar expresa imposición de las causadas en esta alzada".

**TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

1.- El procurador D. Ignacio López González, en representación de D. Jose Daniel , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero. Al amparo del artículo 469.1 LEC, apartado cuarto, al haberse producido vulneración de derechos fundamentales (artículo 24 CE), por presentar la sentencia un error material patente y verificable, o bien arbitrariedad manifiesta, al no haberse advertido la literalidad de un documento aportado con la demanda cuyo texto entraña evidente contradicción con lo establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial, sin que haya sido posible hasta esta instancia la denuncia de tal cuestión que produce evidente indefensión por el rechazo de la pretensión sin fundamento alguno en la prueba documental aportada.

"Segundo.- Al amparo del artículo 469.1 LEC, apartado segundo, al haberse infringido el artículo 218.2 LEC en relación al contenido de la sentencia, ya que ésta carece de motivación al no referirse su razonamiento a prueba alguna que sustente la unilateralidad de la compensación realizada y la ausencia correlativa de acto del deudor".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y al presentar la resolución del recurso interés casacional (oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo): infracción de los artículos 2.2, 58, 92.5 y de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, y de la jurisprudencia aplicable, y asimismo en relación al artículo 71 de la misma ley. La existencia de acto del deudor viene derivada de la existencia de una identidad de control a los efectos del artículo 71 de la ley concursal. Es aplicable al supuesto la doctrina de la identidad de control efectivo de una sociedad acreedora y otra deudora que implicaría la identidad de la persona que realiza el acto de compensación de créditos y que por tanto actuaría por la sociedad concursada existiendo con ello acto del deudor a los efectos de la estimación de la acción de rescisión. La realización de una compensación de créditos por sociedades de un grupo sometidas al mismo control efectivo, en estado de insolvencia, implica la naturaleza heterogénea de los créditos sometidos a compensación y asimismo determina la viabilidad de la acción de rescisión del artículo 71 de la ley concursal. El acto del deudor como requisito de la rescisión concursal debe entenderse en sentido amplio.

"Segundo.- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y al presentar la resolución del recurso interés casacional (oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo): infracción de los artículos 1.195, y 1.196 del Código Civil, así como del artículo 58 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, así como de la jurisprudencia relativa a la compensación. La no consideración del negocio jurídico examinado en la sentencia recurrida y definido como "cesión intragrupo de derechos de crédito", como una compensación de créditos y la consideración de la compensación como un negocio jurídico unilateral (ya que la sentencia concluye la inexistencia de acto del deudor) infringen los preceptos citados y la jurisprudencia de la Excm. Sala en la materia. De haberse considerado correctamente los conceptos de compensación y de la bilateralidad de ésta se habría concluido la existencia de acto del deudor y con ello prosperaría la acción de rescisión ejercitada en la demanda.

"Tercero.- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y al presentar la resolución del recurso interés casacional (oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo): infracción del artículo 1.275 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el mismo, en relación con el principio de *par condicio creditorum*. La consideración por la Audiencia Provincial de que el negocio jurídico examinado es una "cesión intragrupo de los derechos de cobro y de deudas" y por tanto un negocio de carácter conjunto o complejo implica que deba ser examinado bajo el prisma de la motivación última y real de éste también en su conjunto".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 2 de diciembre de 2020, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Analytica Laser International, Inc. y Laser Europe Ltd., se opuso a los recursos. Bap Health Outcomes Research presentó escrito de adhesión a los términos de la oposición formulada por Analytica Laser International, Inc. y Laser Europe Ltd.



4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de marzo de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia.

i) En marzo de 2015, la sociedad "Bap Health Outcomes Research, S.L." (en adelante "Bap Health") presentó en el juzgado mercantil solicitud de negociación con los acreedores al amparo del art. 5 bis de la Ley Concursal (LC), manifestando su estado de insolvencia.

ii) En junio de 2015, se declaró el concurso de acreedores de "Bap Health", con carácter voluntario.

iii) Con anterioridad a la declaración del concurso, "Bap Health" tenía entre sus acreedores a "Laser Alpha Group" con un crédito de 242.817,22 euros y a "L.A. Sante Epidemiologie, Evaluation et Recherche Laser", con un crédito de 272.858,49 euros.

iv) Asimismo, antes de la declaración del concurso "Bap Health" era titular de un crédito frente a "Analytica Laser International Inc" (en adelante, "Laser International") por importe de 57.289 euros y de otro crédito frente a "LA-Ser Europe Ltd" (en adelante, "Laser Europe") de 132.399,64 euros.

v) El 14 abril 2015 (es decir, después de la presentación de la solicitud del art. 5 bis LC y antes de la declaración del concurso), las citadas sociedades, pertenecientes al Grupo LASER, llevaron a cabo una cesión intragrupo de los derechos de crédito y de las deudas que mantenían frente a "Bap Health", a resultas de la cual surge una nueva situación en la que "Laser International" pasa a ser acreedora de la ahora concursada por un importe de 8.235 euros y "Laser Europe" deviene también acreedora por un importe de 797,86 euros.

vi) Las citadas operaciones de cesión intragrupo fueron comunicadas a la concursada por aquellas sociedades mediante burofax de 15 abril 2015. Dos de esos burofaxes fueron remitidos por las sociedades demandadas ("Laser Internacional" y "Laser Europe") a la concursada (dirigidos a la persona de su consejero-delegado, Sr. Armando), cuyos últimos párrafos, respectivamente, eran del siguiente tenor literal:

"Dado que Analytica LA-SER INTERNATIONAL INC (USA) mantenía una obligación frente a Vds. por importe de CINCUENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE EUROS (57.289 €) tras la referida cesión y compensación de saldos acreedores le comunicamos de conformidad con el artículo 1.156 del Código Civil, que Analytica LA-SER INTERNATIONAL INC (USA) ostenta la única condición de acreedor frente a BAP HEALTH OUTCOMES RESEARCH SL. por importe de OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS (8.235. €)"

"Dado que LASER EUROPE LTD (UK) mantenía una obligación frente a Vds. por importe de CIENTO TREINTA Y DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS CON SESENTA Y CUATRO CENTIMOS (132.399,64 €) tras la referida cesión y compensación de saldos acreedores le comunicamos de conformidad con el artículo 1.156 del Código Civil, que LASER EUROPE LTD (UK) ostenta la única condición de acreedor frente a BAP HEALTH OUTCOMES RESEARCH SL por importe de SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS CON OCHENTA Y SEIS CÉNTIMOS (797,86 €)"

2.- En el seno del concurso de "Bap Health", D. Jose Daniel , como acreedor y legitimado subsidiario ex art. 72.1 LC, presentó demanda incidental ejercitando una acción de reintegración, en la que solicitó sentencia en la que se declarase "la rescisión de los actos de compensación de créditos que se describen en el cuerpo del escrito y por importe de 189.688,31 €, modificando el inventario de bienes y derechos y la lista de acreedores en el sentido de incluir como derechos de cobro de la concursada frente a las codemandadas LASER EUROPE LTD y ANALYTIC LASER INTERNATIONAL INC respectivamente las cantidades de 132.399,64 € y 57.288,67 €, cantidades que correlativamente se consignarán como créditos subordinados en la lista de acreedores, y ello con imposición de las costas del incidente a las codemandadas".

3.- El juzgado de lo mercantil estimó la demanda, declaró la ineficacia de las compensaciones de crédito operadas entre la concursada y el resto de las codemandadas y, en su consecuencia, acordó incluir en el inventario de la masa activa un crédito a favor de la concursada y frente a "Laser Europe" y "Laser Internacional" por importes respectivos de 132.399,64 y 57.288,67 euros, y la inclusión de iguales cantidades en la lista de acreedores como créditos a favor de éstas últimas y frente a la concursada con la calificación de subordinados.

La sentencia analiza separadamente las operaciones de cesión de créditos entre las sociedades del "grupo Laser" y las correlativas operaciones de compensación de aquellos créditos y los ostentados frente a las



demandadas cesionarias por la concursada. En cuanto a las cesiones de créditos descarta la posibilidad de su rescisión, que razona así:

"se ha de comenzar por recordar la irrevocabilidad de aquellos actos realizados por terceras mercantiles distintas de la concursada. En este sentido, si bien, la cesión de crédito es un negocio jurídico torticero que sirve como instrumento para a los fines espurios de los contratantes, que les permite posteriormente compensar los créditos así adquiridos con aquellos otros que la sociedad tiene contra él y hacerse pago de su deuda mediante la compensación, hurtando con ello a la hoy concursada la posibilidad de recuperar su crédito. mediante la reclamación de la deuda a las mercantiles, cesionarias, no cabe la rescisión de un acto de disposición realizado por persona distinta al deudor".

Después, pasa a analizar si procede la acción de reintegración respecto de las operaciones de compensación, únicas impugnadas en la demanda, a la luz de la jurisprudencia recaída en interpretación de los arts. 58 y 71 LC, análisis que concluye en sentido estimatorio. Sus argumentos fueron los siguientes: (i) el supuesto de hecho es el de un pago por compensación, realizado a persona especialmente relacionada con el deudor, respecto del que el art. 71.3.1º LC establece la presunción de perjuicio para el deudor, salvo prueba en contrario; (ii) en el caso esa prueba no se ha producido; (iii) los créditos de los que son titulares "Laser Internacional" y "Laser Europe" traen causa de una operación concebida como el instrumento para que estas sociedades pudieran ser titulares de sendos créditos frente a la hoy concursada con la única finalidad de poder obtener la compensación aquí analizada; (iv) esto lleva a concluir que el pago por compensación, a persona especialmente relacionada con el deudor, no se produjo en condiciones normales, sino más bien extraordinarias e incluso fraudulentas, puesto que de no mediar la cesión de deuda, nunca hubiera sido posible su cobro por compensación; (v) los mismos administradores de la concursada y de las cesionarias fueron quienes arbitraron el mecanismo de la cesión, negocio jurídico que no solo perjudicaba gravemente a la masa activa ante la imposibilidad de la concursada de obtener el cobro de las cesionarias, y procuraba un beneficio manifiesto a las cesionarias que, mediante la compensación, se hacían pago de un crédito frente a la concursada, que, en el seno del concurso, sería calificado como subordinado, dada la especial vinculación entre las mercantiles afectadas; (vi) vistas las circunstancias en las que se produjo la operación de cesión-compensación es claro que el pago de una deuda mediante la compensación ha sido perjudicial para el concurso y ha afectado a la *par conditio*, por lo que concurren los requisitos del art. 71 de la LC para estimar la acción de reintegración.

4.- La sentencia fue apelada por "Laser Internacional", por "Laser Europa" y por la concursada "Bap Health". La Audiencia estimó los recursos con base en las siguientes razones: (i) el ámbito de la acción de reintegración prevista en el art. 71 LC viene delimitado en su apartado 1º a los "actos perjudiciales para la masa realizados por el deudor", motivo por el que el art. 172-3 L.C regula un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario propio al imponer que la demanda deberá ser dirigida necesariamente contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el negocio o acto impugnado; (ii) en el caso de la litis nos encontramos ante una operación descrita como una cesión intragrupo de los derechos de cobro y de deudas que las sociedades del "Grupo Laser" pudieran mantener frente a la concursada; (iii) se trata, por tanto, de operaciones de reestructuración financiera y contable llevadas a cabo entre las sociedades del grupo, pero cuyo contenido no le puede ser opuesto a la concursada precisamente por haberse mantenido ajena a quienes han intervenido como parte en dicho negocio jurídico, motivo por el que tampoco puede ser calificado como un pago por compensación precisamente por la ausencia de aquélla; (iv) frente a la concursada constituye una *res inter alios acta* que ningún perjuicio le puede deparar por aplicación del principio de eficacia relativa de los contratos, pues se trata de "un acuerdo carente de heteroeficacia"; (v) la operación descrita no puede ser atacada por la vía de la reintegración concursal al no aparecer como un acto del deudor.

5.- El Sr. Jose Daniel ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, y un recurso de casación, articulado en tres motivos, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo.*

1.- El primer motivo del recurso se formula al amparo del art. 469.1 LEC, apartado cuarto, y denuncia "vulneración de derechos fundamentales (artículo 24 CE), por presentar la sentencia un error material patente y verificable, o bien arbitrariedad manifiesta, al no haberse advertido la literalidad de un documento aportado con la demanda cuyo texto entraña evidente contradicción con lo establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial".

2.- En su desarrollo, y refiriéndose al texto de los burofaxes transcritos *supra*, alega que en ambos documentos se utilizaba la palabra "compensación" y esos documentos "contradicen de forma clara y directa la manifestación de la Audiencia Provincial de que "... tampoco puede ser calificado como un pago por compensación precisamente por la ausencia de aquella", lo que abre dos posibilidades, o bien estamos ante



un error en la valoración de la prueba patente y evidente, lo que combatimos a través del presente motivo de recurso extraordinario por infracción procesal; o bien la sala *a quo* ha considerado que la compensación no es un negocio bilateral y que por tanto comporta la participación de la concursada, existiendo por tanto acto del deudor, cuestión ésta que debe ser abrazada a través del pertinente motivo de casación".

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

TERCERO.- *Decisión de la sala. Error en la valoración de la prueba. Desestimación.*

1.- Conviene recordar, como hemos hecho en innumerables ocasiones, que "en nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación" (por ejemplo, en las sentencias 535/2015, de 15 de octubre, 153/2016, de 11 de marzo, y 26/2017, de 18 de enero).

Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, 411/2016, de 17 de junio, y 229/2019, de 11 de abril (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- Además, aunque la jurisprudencia ha admitido, dentro de los estrictos límites citados, 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 (sentencia 26/2017, de 18 de enero).

3.- El error en la valoración de la prueba denunciado, en relación con los dos burofaxes que se citan en el motivo primero, se formula de forma abierta admitiendo la recurrente una doble posibilidad alternativa: "la prueba o no fue valorada por un error patente y grave o bien lo fue de forma arbitraria pues su claridad es nítida, como nítida aparece la existencia de una compensación entre créditos de la concursada y las sociedades de su grupo empresarial".

Sin embargo, bajo ninguna de estas hipótesis puede ser estimado el recurso. En la instancia ha quedado acreditado tanto la existencia como el contenido de los dos documentos referidos, y su autenticidad no ha resultado controvertida. Ni la Audiencia ni las recurridas niegan la existencia de esos documentos ni que en su contenido figure el término "compensación". Por tanto, ningún error en la valoración de la prueba en cuanto a la fijación de tales hechos cabe advertir. En cuanto a las apreciaciones sobre el carácter de negocio jurídico bilateral o unilateral de la compensación, la ajenidad o no respecto del mismo de la concursada, y el debate sobre si esa "compensación" implica o no jurídicamente un "pago por compensación" entre las deudas y créditos recíprocos entre la concursada y las demandadas, son valoraciones jurídicas que no pueden ser revisadas en este cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, correspondiendo tal función fiscalizadora, en su caso, al cauce propio del recurso de casación, en cuyo ámbito el recurrente reproduce la cuestión.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo.*

1.- El segundo motivo del recurso se formula al amparo del art. 469.1 LEC, apartado segundo, y denuncia la infracción del art. 218.2 LEC, en relación con el contenido de la sentencia, "ya que ésta carece de motivación al no referirse su razonamiento a prueba alguna que sustente la unilateralidad de la compensación realizada y la ausencia correlativa de acto del deudor".

2.- En su desarrollo alega que "la Audiencia Provincial debiera haber fundamentado su decisión no sólo, que lo hace, en la mera argumentación de que la no existencia de acto del deudor excluye el ejercicio de la acción de rescisión ejercitada, sino que debería haber establecido y justificado el por qué no existe acto del



deudor, atendiendo y justificando el por qué ello no es así frente al documento aportado por la actora y su alegación de que la misma persona física es presidente del grupo La-Ser y de las sociedades que notificaron la compensación y también presidente de la concursada que la aceptó".

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

QUINTO.- *Decisión de la sala. Falta de motivación. Desestimación.*

1.- Es jurisprudencia reiterada (por todas, sentencia 484/2018, de 11 de septiembre), que la motivación debe permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, lo que implica la exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo su comprensión. Pero dicha exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla (SSTS 294/2012, de 18 de mayo, y 774/2014, de 12 de enero de 2015).

Como hemos afirmado en otras ocasiones, "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla" (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, 759/2015, de 30 de diciembre, 26/2017, de 18 de enero y 10/2018, de 11 de enero).

2.- En este caso la sentencia expresa la motivación o justificación de su decisión. Afirma, en esencia, que nos encontramos ante una cesión intragrupo de los derechos de cobro y de deudas que las sociedades del "Grupo Laser" frente a la concursada, como una operación de reestructuración financiera y contable cuyo contenido no le puede ser opuesto a la concursada por haberse mantenido ajena a quienes han intervenido en dicho negocio jurídico, motivo por el cual concluye que no puede ser calificado como un pago por compensación, pues frente a la concursada constituye una *res inter alios acta*. En consecuencia, satisface suficientemente la exigencia de motivación. Cuestión distinta es que esta motivación sea correcta y encierre un enjuiciamiento adecuado de la controversia, cuestión que, en su caso, debe ser impugnada por el cauce del recurso de casación.

Recurso de casación

SEXTO.- *Formulación de los motivos primero y segundo. Resolución conjunta.*

1.- El primer motivo del recurso, formulado por la vía del interés casacional en su modalidad de oposición a la jurisprudencia de esta sala, denuncia la infracción de los arts. 2.2, 58, 71 y 92.5 y de la disposición adicional sexta de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (LC), con cita de las sentencias 46/2013, de 18 de julio, 190/2017, de 15 de marzo, 10/2018, de 11 de enero y 391/2018 y 21 de junio, 437/2018, de 11 de julio.

2.- En su fundamentación, se alega, en resumen, que la infracción denunciada se habría producido porque, frente a lo que concluye la Audiencia, la "existencia de acto del deudor viene derivada de la existencia de una identidad de control a los efectos del artículo 71 de la Ley concursal. Es aplicable al supuesto la doctrina de la identidad de control efectivo de una sociedad acreedora y otra deudora que implicaría la identidad de la persona que realiza el acto de compensación de créditos y que por tanto actuaría por la sociedad concursada existiendo con ello acto del deudor a los efectos de la estimación de la acción de rescisión. La realización de una compensación de créditos por sociedades de un grupo sometidas al mismo control efectivo, en estado de insolvencia, implica la naturaleza heterogénea de los créditos sometidos a compensación y asimismo determina la viabilidad de la acción de rescisión del artículo 71 de la ley concursal. El acto del deudor como requisito de la rescisión concursal debe entenderse en sentido amplio".

Estas conclusiones se apoyan en las siguientes razones: (i) la diferenciación entre las operaciones de cesiones de crédito, por un lado, y las operaciones de compensación entre las respectivas posiciones deudoras y acreedoras de las sociedades "Laser Internacional" y "Laser Europa" y la concursada "Bap Health", en la que sí interviene ésta; (ii) el hecho de que tanto aquellas sociedades como ésta pertenecen al mismo grupo de sociedades ("Grupo Laser"), destacando que la misma persona, Armando, es el consejero-delegado de la concursada y el presidente del "Grupo Laser"; (iii) los actos realizados por sociedades del mismo grupo deben considerarse realizados por todas las sociedades del grupo por la existencia de un centro de decisión y control común; (iv) no resulta procedente la compensación dentro del concurso de deudas recíprocas de sociedades del mismo grupo, pues las adeudadas por la concursada serán calificadas como subordinadas y sometidas al concurso y a la *par conditio creditorum*, mientras que las que sean créditos a favor de la concursada deben ser percibidas e incorporadas a la masa activa del concurso; (v) la cesión de los créditos fue notificada a la concursada el 15 de abril de 2015, en el periodo comprendido entre el momento en que la concursada declaró su insolvencia e instó la aplicación del art. 5 bis LC y la solicitud y declaración de concurso, que se produjo sólo



dos meses después; y (vi) el acto de disposición del deudor debe entenderse en sentido amplio, incluyendo los pagos (también los realizados por compensación).

En su escrito de oposición, las recurridas no niegan la pertenencia al mismo grupo de las sociedades citadas (cesionarias de los créditos y concursada), pero alegan que es un tema introducido novedosamente en grado de casación; además, aducen el carácter automático o *ipso iure* de la compensación por la mera concurrencia de las circunstancias exigidas legalmente, con independencia de la voluntad de los sujetos de las obligaciones compensadas, que esas circunstancias concurren en un momento anterior a la declaración del concurso, y que, a los efectos de la acción rescisoria, es "irrelevante que las cesiones entre sociedades diferentes al concursado fueran acometidas por personas especialmente relacionadas con el deudor".

3.- El segundo motivo, también articulado por la misma vía de interés casacional, se basa en la infracción de los arts. 1.195, y 1.196 CC y 58 LC, así como de la jurisprudencial relativa a la compensación contenida en las sentencias de 25 de marzo de 1927, 1094/2007, de 25 de octubre, 229/2016, de 8 de abril, y 437/2017, de 20 de julio.

4.- En su desarrollo, se alega que esa infracción se habría producido por el hecho de "la no consideración del negocio jurídico examinado en la sentencia recurrida y definido como "cesión intragrupo de derechos de crédito", como una compensación de créditos y la consideración de la compensación como un negocio jurídico unilateral". Razona que: (i) la sentencia recurrida ha desconocido el concepto y la regulación de la compensación, al considerarla como un negocio jurídico unilateral y sin intervención de la concursada, obviando su carácter bilateral; (ii) la compensación es un negocio jurídico bilateral, en el que existen dos partes con obligaciones recíprocas; además de esa reciprocidad, los créditos deben ser de igual condición, válidos y lícitos, vencidos y por derecho propio; (iii) esa bilateralidad ha sido afirmada por la jurisprudencia desde la sentencia de 25 de marzo de 1927: "la compensación es una forma de pago que solo puede surtir efectos desde el momento en que se acepta por el acreedor o se declara procedente por decisión judicial"; (iv) en este caso la propia concursada, el 23 de noviembre de 2015, interpuso incidente contra el inventario de bienes y derechos en el que solicitó la modificación de la masa activa del concurso en el sentido de detraer los derechos de cobro frente a "Laser Europa" por valor de 132.399,64 € y frente a "Laser Internacional" por valor de 57.288,67 €; lo que dio lugar a la modificación del inventario con reducción de las citadas cantidades; (v) por tanto, en la compensación existen dos actos recíprocos de pago, uno a cargo de la concursada; se puede discutir si ese acto es expreso o tácito, voluntario o por ministerio de la ley, pero el acto existe; (vi) cuestión distinta es si se cumplen o no todos los requisitos del art. 1195 CC para la compensación, lo que se niega, pero eso no excluye la existencia del acto de compensación en los términos de los burofaxes descritos en los antecedentes de hecho, cuya ausencia constituyó la *ratio decidendi* de la sentencia, y que es lo que en el recurso se combate; (vii) termina invocando la *par conditio creditorum* como idea fuerza que restringe la eficacia de la compensación en el concurso.

5.- La estrecha relación jurídica y lógica que presentan ambos motivos, en los que subyace una misma cuestión jurídica, aconseja su resolución conjunta.

Procede la estimación del recurso por las razones que exponemos a continuación.

SÉPTIMO.- *Decisión de la sala. Pagos por compensación hechos en estado de insolvencia en fecha próxima a la declaración del concurso. Rescindibilidad. Estimación.*

1.- *Delimitación del objeto del litigio.* Se ejercita en la presente litis, a través del incidente concursal, una acción de reintegración al amparo del art. 71 LC respecto de las operaciones de compensación de créditos realizadas por la concursada y otras dos sociedades del "Grupo Laser", en cuya virtud estas habrían cobrado, por compensación, determinados créditos, cuyo reconocimiento con la calificación de subordinados se interesa, al considerar el demandante que esas compensaciones constituyen un acto perjudicial para la masa del concurso y contrario a la *par conditio creditorum*.

2.- *La prohibición de compensación de deudas en el concurso: alcance y excepciones.*

Al abordar la cuestión controvertida, debemos tener presente la doctrina jurisprudencial sobre el significado y alcance de la prohibición de la compensación prevista en el art. 58 LC, contenida en las sentencias 46/2013, de 18 de febrero, y 428/2014, de 24 de julio:

"En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la *par conditio creditorum*, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación



hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".

Como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, aunque los efectos de la compensación se producen de forma automática o *ipso iure*, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia *ex tunc*, este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.

Esta prohibición no se aplica (i) a los créditos contra la masa, que no se integran en la masa pasiva del concurso, no se sujetan a las reglas de la *par conditio creditorum*, y pueden ser pagados al margen de la solución concursal, ya sea el convenio o la liquidación (sentencia 181/2017, de 13 de marzo); (ii) tampoco se aplica después de la aprobación del convenio, mientras no haya declaración de cumplimiento ni incumplimiento, respecto de las cantidades novadas (por la quita) y vencidas (art. 133.2 LC y sentencia 229/2016, de 8 de abril); (iii) ni a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual de la que han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración del concurso de una de las partes (sentencias 188/2014, de 15 de abril y 428/2014, de 24 de julio).

3.- En nuestro caso, no se discute sobre la concurrencia de estas excepciones, ni sobre el hecho de que los créditos y deudas compensados son anteriores a la declaración del concurso. La controversia se centra en si concurren o no los requisitos legales para el ejercicio de la acción de reintegración del art. 71 LC de esas compensaciones y, en particular, si supusieron o no un "pago por compensación", si puede identificarse o no en las mismas un acto dispositivo del deudor y si las deudas y créditos compensables cumplían el requisito de la "homogeneidad" (art. 1.196.2º CC).

4.- Rescisión concursal de los actos dispositivo realizados por el concursado antes de la declaración de concurso . Doctrina jurisprudencial.

4.1. El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta. Al interpretar este precepto debemos partir de la jurisprudencia de la sala fijada, primero, en la sentencia 629/2012, de 26 de octubre, y 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; y 391/2018, de 21 de junio), para examinar después cómo se proyecta esa doctrina sobre los actos dispositivo objeto de la acción de rescisión (compensación de créditos), en atención a las concretas circunstancias en que fueron realizados.

4.2. El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados en los dos años anteriores a la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. Dos son, por tanto, los requisitos para que prospere la rescisión: que el acto sea perjudicial para la masa activa y que haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiera habido intención fraudulenta.

En la reseñada Sentencia 629/2012, de 26 de octubre, establecimos la doctrina acerca de qué debía entenderse por perjuicio para la masa activa:

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



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

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

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

"La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización".

4.3. En principio, el perjuicio debe ser acreditado por quien insta la rescisión del acto impugnado (art. 71.4 LC), salvo que sea uno de los contemplados en el apartado 2 del art. 71 LC, en los que se presume el perjuicio *iuris et de iure*, o de aquellos otros supuestos que regula el art. 71.3 LC, que admiten prueba en contrario, pero, en este último caso, a cargo de los demandados, prueba que debe ir dirigida a que el acto impugnado no perjudica a la masa activa (SSTS 105/2015, de 10 de marzo, 629/2012, de 26 de octubre y 199/2015, de 17 de abril, entre otras).

5.- Rescisión concursal de pagos realizados por el concursado, antes de la declaración de concurso, no justificados.

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

Por ello, como afirmamos 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, como precisábamos entonces, "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*". Resultan determinantes, pues, el momento y las circunstancias en que se realiza el pago, como acto dispositivo objeto de una posible acción de reintegración,

5.2. En la sentencia 855/2007, de 24 de julio, razonábamos que:

"el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio *qui suum recepit nullum videre fraudem facere* (quien cobra lo que es suyo no defrauda)".

Esta doctrina la aplicamos analógicamente en la 629/2012, de 26 de octubre, al ámbito de la rescisión concursal y declaramos, como corolario moderno de aquel principio y criterio justificativo de la rescisión, que si bien como regla general "cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor", sin embargo, dicha regla se exceptúa en el caso de que "al tiempo de satisfacer el crédito [el deudor] estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido".



6.- La compensación es una forma de extinción de obligaciones (art. 1156 CC) que opera *ope legis* cuando se dan los presupuestos de los arts. 1195 y 1196 CC, y con los efectos que establece el art. 1202 CC (sentencias 188/2014, de 15 de abril, de 30 de diciembre de 2011, 30 de marzo de 2007 y 4 de julio de 2005, entre otras).

La compensación evita la duplicidad de pagos, mediante la extinción, en la cantidad concurrente, de las deudas a cargo de personas que sean recíprocamente, y por derecho propio, acreedoras y deudoras. El efecto extintivo se produce desde el momento en que concurren los requisitos exigidos por la ley para que tenga lugar (art. 1202 CC), siempre que alguno de los interesados la haga valer (sentencia 249/2014, de 30 de mayo). Como afirmó la sentencia 373/2012, de 20 de junio, compensar deudas supone "sustituir dos actos de cumplimiento, con efectivas transferencias de fondos, por una mera operación contable". Es una forma de satisfacción, o subrogado del pago, que libera a los deudores recíprocos sin necesidad de ejecución de las respectivas prestaciones (*crediti et debiti inter se contributio*).

Aunque se trate de una forma de pago o satisfacción de un crédito su tratamiento concursal no es equivalente al del pago. Así, en principio, no cabe el pago de un crédito concursal después de la declaración de concurso, si no es mediante la solución concursal por la que se opte (convenio o la liquidación y pago, sujeto al orden de prelación aprobado con la clasificación de créditos), y sin embargo cabe la compensación fuera de los supuestos prohibidos en el art. 58 LC.

Este distinto tratamiento de la compensación en el concurso tiene un efecto reflejo respecto del tratamiento que merece la rescisión concursal de los pagos hechos por compensación antes de la declaración de concurso.

En principio, si la compensación legal practicada justo antes de la declaración de concurso cumplía todos los requisitos legales que la hubieran hecho válida al amparo del art. 58 LC de haberse practicado después de la declaración de concurso, en ese caso no podría ser objeto de rescisión concursal, a no ser que concurriera alguna circunstancia extraordinaria que pusiera en evidencia la injustificación del sacrificio patrimonial que conllevaba para la masa del concurso. Y en este caso, como veremos, esta circunstancia radica no sólo en el momento en que se realiza la compensación (después de la comunicación del art. 5 bis LC) y en el efecto perseguido de que se extingan créditos que en el concurso hubieran merecido la consideración de créditos subordinados, sino también y sobre todo en el hecho de que quienes practicaron la compensación no eran las originarias titulares de los créditos compensados, sino otras sociedades de mismo grupo que les cedieron los créditos para asegurarse el pago por compensación.

7.- No se cuestiona que los créditos compensados, que ostentaban recíprocamente los acreedores *in bonis* y la concursada, fueran créditos existentes y anteriores a la declaración del concurso. Aunque en la instancia la concursada alegó la falta de vencimiento de los créditos de las demandadas "Laser Internacional" y "Laser Europa", no ha llegado a esta sede casacional la controversia sobre si dichos créditos estaban o no vencidos y eran o no exigibles en una fecha anterior a la declaración del concurso, vencimiento y exigibilidad previas que la Audiencia parece presuponer y el recurso no rebate.

El debate actual consiste en si resultan o no susceptibles de rescisión las compensaciones de créditos y, en concreto, se centra en dilucidar si esas compensaciones pueden considerarse actos dispositivos de la concursada, si constituyen pagos justificados y, en relación con ello, si los créditos compensados cumplen la regla de la homogeneidad que exige el art. 1196.2º CC.

8.- La tesis de la Audiencia y de las sociedades demandadas se basa en que las compensaciones no son actos propios del deudor, faltando así una de las premisas exigidas por el art. 71.1 LC, que se refiere a "los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor". Afirma la Audiencia que "la operación descrita en el escrito de demanda no puede ser atacada por la vía de la reintegración concursal al no aparecer como un acto del deudor". Apoya esta conclusión en el siguiente razonamiento:

"En el caso presente resulta indiscutido que nos encontramos ante una operación descrita como una cesión intragrupo de los derechos de cobro y de deudas que las sociedades del Grupo LASER pudieran mantener frente a la ahora concursada "BAP HEALTH OUTCOMES RESEARCH, S.L.". Se trata por tanto de operaciones de reestructuración financiera y contable llevadas a cabo entre las sociedades del grupo pero cuyo contenido no le puede ser opuesto a la concursada precisamente por haberse mantenido ajena a quienes han intervenido como parte en dicho negocio jurídico, motivo por el que tampoco puede ser calificado como un pago por compensación precisamente por la ausencia de aquélla. Frente a la concursada constituye una *res inter alios acta* que ningún perjuicio le puede deparar por aplicación del principio de eficacia relativa de los contratos consagrado en el art. 1257 C.Civil, pues se trata de un acuerdo carente de heteroeficacia".

Este razonamiento adolece de una evidente confusión entre las dos operaciones que se describen en la demanda: la cesión de los créditos que ostentaban dos sociedades del "Grupo Laser" a favor de las demandadas "Laser Internacional" y "Laser Europa", por un lado, y su inmediata compensación con los créditos



que contra las cesionarias ostentaba la concursada, por otro. Es esta última operación de compensación de tales créditos, a las que se ciñe la impugnación y la petición de rescisión concursal.

La cesión de créditos y demás derechos incorporeales son contratos traslativos que se perfeccionan por el mero consentimiento de cedente y cesionario (arts. 1526 y siguientes CC y 347 y 348 Ccom), sin necesidad de acto alguno de entrega o traspaso posesorio del derecho cedido para dejar de ser titular del mismo (sentencia 19/2009, de 14 de febrero) - sin perjuicio de los requisitos necesarios para que produzca efectos frente a terceros, conforme al art. 1526 CC -. Tampoco es necesario el consentimiento del deudor cedido, ni siquiera es preciso su conocimiento, para que se produzca el efecto traslativo de la titularidad del crédito, sin perjuicio de que el pago hecho por aquél al cedente antes de tener conocimiento de la cesión le libere de la obligación (art. 1527 CC).

Las cesiones de los créditos hechas por las acreedoras originarias y notificadas a la concursada el 15 de abril de 2015 sí son *res inter alios acta* para ésta, y en consecuencia no es posible su rescisión por la vía del art. 71 LC. Pero no son las cesiones de los créditos los actos dispositivos respecto de los que se pide la rescisión. El objeto de la acción es la subsiguiente compensación de los créditos que pasan a ostentar las cesionarias con los acreditados por la concursada, sin perjuicio de que las previas cesiones puedan en este caso incidir en la valoración de la concurrencia del requisito del perjuicio para la masa activa.

9.- Las demandadas tratan de apuntalar el argumento de la Audiencia invocando el carácter automático de la compensación, como efecto directo de la ley, y completamente ajeno a la voluntad de los respectivos deudores/acreedores. Pero este argumento tampoco puede ser acogido. Como recordamos en la sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, aunque los efectos de la compensación se producen de forma automática o *ipso iure*, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia *ex tunc*, "este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma". De forma que el efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, sin perjuicio de que en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas (en la cantidad concurrente).

Por eso, una amplia parte de la doctrina autorizada ha defendido que se trata de una facultad jurídica y no de un efecto extintivo desencadenado de forma automática por el ministerio de la ley. La compensación, para ser eficaz, exige o presupone una voluntad de actuarla por una de las partes, como lo demuestra que cabe su renuncia, no es apreciable de oficio por los tribunales y el pago de la deuda susceptible de compensación no es pago indebido. En este sentido se ha recordado que el Código civil habla reiteradamente de "oponer la compensación" (arts. 1197, 1198 y 1200), y que el art. 1202 no incorpora la expresión "por ministerio de la ley" que figuraba en el art. 1123 del Proyecto de 1851, procedente del Código francés. Es cierto que, a partir del momento en que concurren todos los requisitos de la compensación (arts. 1195 y 1196 CC), su alegación, por vía de acción o de excepción, por el acreedor que es a su vez deudor de su deudor, que lo es por derecho propio y a título principal, genera el resultado extintivo previsto en la ley (art. 1156 CC) con efectos retroactivos a la fecha en que aquellos requisitos concurren.

Pero para que esa "compensación legal" opere en el ámbito extrajudicial es preciso que el deudor/acreedor recíproco, frente a quien se alega, acepte los presupuestos en que se basa la compensación (créditos recíprocos, líquidos vencidos y exigibles, por derecho propio, a título principal, prestaciones debidas de la misma especie y calidad - homogeneidad de las obligaciones -, ausencia de retención o contienda sobre ninguna de las obligaciones promovida por terceros). La aceptación de estos presupuestos expresa o tácita, a través, en su caso, del aquietamiento a la alegación o declaración de la compensación por parte de quien quiere hacerla valer, son actos u omisiones, respectivamente, imputables al acreedor/deudor frente a quien se hace valer aquella, que expresan una voluntad de aceptación o no oposición que, a los efectos concursales, son subsumibles en el concepto amplio de "actos del deudor" a que se refiere el art. 71.1 LC, de acuerdo con la finalidad a que responde el precepto. Por tanto, no puede afirmarse que la compensación sea ajena al deudor concursado. Tampoco pueda sostenerse que la compensación, en caso de resultar procedente y no rescindible, no sea oponible al concursado. El error de esta afirmación de la Audiencia se muestra en los efectos que en el inventario de la masa activa ya se produjeron al dar de baja los créditos que "Bap Health" ostentaba frente a las dos sociedades cesionarias, situación que la acción de rescisión trata precisamente de revertir.

En consecuencia, una vez que hemos concluido en que en la compensación litigiosa concurre, en el sentido expresado, un "acto del deudor", queda por dirimir es si esos pagos por compensación han resultado perjudiciales para la masa activa, en los términos exigidos por el art. 71.1 LC tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia.

10.- Ya hemos dicho que, en principio, un pago debido (también el pago por compensación) realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que la deuda a la que se



aplique esté vencida y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, 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*.

Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal, el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. Esta prueba en contrario consistiría en la justificación de por qué el pago por compensación en este caso entrañaba un sacrificio patrimonial justificado, en atención a las especiales circunstancias en que fue realizado.

En el presente caso las circunstancias que privan de justificación al sacrificio patrimonial que comporta para la masa las compensaciones litigiosas son: (i) el momento en que se produce la alegación de la compensación, en el breve intervalo de tiempo que medió entre la comunicación de la sociedad concursada del art. 5 bis LC y la declaración del concurso, es decir en un momento muy próximo a esta declaración, en el que ya era conocida la situación de insolvencia; (ii) las sociedades cedentes, cesionarias y concursada/cedida, están integradas en un mismo grupo de sociedades, en que el presidente o consejero-delegado es una misma persona; (iii) la previa cesión de créditos entre sociedades del grupo para provocar la compensación; y (iv) la circunstancia de que los créditos contra la concursada, que desaparecen del pasivo a cambio de la supresión en el activo de los correlativos créditos de la concursada, dada la especial relación de las sociedades acreedores con ésta, tendrían carácter subordinado (art. 92.5º y 93.2.3º LC).

11.- Finalmente, tampoco puede ampararse la posición de las demandadas en la regla del art. 71.5 LC, que salva de la rescisión a "los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales". El tribunal de primera instancia declaró:

"los créditos de los que son titulares Analytica Láser y Láser Europe traen causa de una operación concebida como el instrumento para que aquellas pudieran ser titulares de sendos créditos frente a la hoy concursada con la única finalidad de poder obtener la compensación aquí analizada. Lo anterior nos lleva necesariamente a concluir que el pago por compensación, a persona especialmente relacionada con el deudor, no se produjo en condiciones normales, sino más bien extraordinarias e incluso fraudulentas, puesto que de no mediar la cesión de deuda nunca hubiera sido posible su cobro por compensación. En este caso, los mismos administradores de la hoy concursada y de las cesionarias fueron quienes arbitraron el mecanismo de la cesión, negocio jurídico que no solo perjudicaba gravemente a la masa activa ante la imposibilidad de la concursada de obtener el cobro de las cesionarias sino que evitaban igualmente que éstas hubieran de atender dicho pago y procuraba un beneficio manifiesto a las cesionarias que, mediante la compensación, se habían pago de un crédito frente a la concursada, que, en el seno del concurso, sería calificado como subordinado dada la especial vinculación entre las mercantiles afectadas y cuyo cobro, en el seno de concurso, es notorio, resulta imposible en la mayoría de los casos".

A la vista de tales circunstancias, el conjunto de las operaciones de cesiones de crédito y compensaciones analizados no pueden ser considerados como actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones de normalidad.

La rescisión de las operaciones de compensación (en las que se yuxtaponen tantos actos de pago como deudas concurrentes se extinguen) no alcanza por sí misma a los negocios jurídicos de cesiones de créditos, del mismo modo en que los efectos de la rescisión del acto unilateral que supone el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio, no afecta a la validez y eficacia del contrato o negocio del que nace aquella (sentencia 629/2012, de 26 de octubre).

12.- La estimación de los dos primeros motivos del recurso, hace ya innecesario que abordemos el estudio del tercero. Al estimar el recurso de casación, con el efecto de revocar la sentencia de la Audiencia, por los mismos argumentos expresados, al asumir la instancia desestimamos el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmamos la sentencia de primera instancia.

OCTAVO.- Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso extraordinario por infracción procesal se imponen al recurrente. No procede imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos de casación, que ha sido estimado. Las del recurso de apelación, que ha sido desestimado, se imponen a las sociedades apelantes.



2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, y devolver el depósito correspondiente al recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso casación interpuesto por D. Jose Daniel contra la sentencia n.º 329/2018, de 5 de julio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 485/2016, que casamos y anulamos.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 67/2017, de 17 de julio, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, dictada en los autos de incidente concursal 73/2015, que confirmamos.

3.º- Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal al recurrente. No imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes. Condenar a las sociedades apelantes al pago de las costas causadas por la apelación.

4.º- Acordar la devolución al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación y la pérdida del constituido para formular el recurso extraordinario por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.