

Roj: STS 2493/2013
Id Cendoj: 28079110012013100270
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1249/2008
Nº de Resolución: 316/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Mayo de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad "ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, .S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Juan Teodomiro Navarrete Ruiz contra la sentencia núm. 177/2008, de 8 de mayo de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, en el recurso de apelación núm. 171/(M-59)08, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 338/2004, seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Benidorm (antes Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2), en relación con la quiebra voluntaria núm. 15/91, seguida ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benidorm. Ha sido parte recurrido Raimunda, representado por la procuradora D^a Rosa María Martínez Virgili.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO .- El procurador D. Juan Fernández De Bobadilla Fernández, en representación de Sindicatura de la Quiebra de la Mercantil "IMOVA S.A." formuló demanda de juicio ordinario, mediante escrito de 16 de julio de 2004, que tuvo entrada en el registro de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Benidorm el 27 de julio del mismo año, contra las entidades "PROMOBLANCA, S.A." y "A.C.S. ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.", cuyo suplico dice textualmente:

«PRIMERO.- Se dicte sentencia por la que se acuerde la nulidad radical, por estar celebrados dentro del periodo de retroacción de la quiebra necesaria de IMOVA S.A., de la escritura de compraventa otorgada el 11 de agosto de 1988 ante el notario de Benidorm Don José Ramón Rius Mestre entre IMOVA S.A. y PROMOBLANCA S.A., sobre el piso NUM000 NUM001 de la Torre NUM002 del Complejo DIRECCION000 de Benidorm, e inscrita como finca registral núm. NUM003 del Registro de la Propiedad núm. 1 de Benidorm.

SEGUNDO.- Como consecuencia del anterior pronunciamiento, se dicte sentencia por la que se declaren nulos y cancelados los correspondientes asientos de inscripción de dominio que causaron tal escritura de compraventa de la finca NUM003 del Registro de la Propiedad nº 1 de Benidorm.

TERCERO.- La condena a los demandados a que reintegre a la masa activa de la quiebra necesaria de IMOVA S.A., la finca objeto de este pleito y antes descritas, posesión que se concederá por el Juzgado si no lo hicieran las demandadas.

CUARTO.- Condene en costas a las demandadas.»

SEGUNDO.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benidorm y fue registrada con el núm. 338/2004. Una vez admitida ésta a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

TERCERO.- Antes de contestar la demanda, PROMOBLANCA S.A deduce cuestión de competencia por declinatoria, desestimada por Auto de 29 de noviembre de 2004.

CUARTO.- Mediante escrito de 7 de diciembre de 2004, presentado el 10 de diciembre del mismo año, el procurador D. Luis Roglá Benedito, en representación de la entidad "PROMOBLANCA, S.A.", contestó, a la demanda, cuyo suplico decía textualmente: «[...] *dictar resolución, por la que, estimando las excepciones procesales planteadas, acuerde el archivo o sobreseimiento del presente juicio o, en cualquier otro caso dicte sentencia por la que se desestime la demanda en su integridad, absolviendo a mi representada de las pretensiones deducidas en la demanda, y condenando expresamente en costas a la demandante*».

QUINTO.- 1. Por escrito de 9 de noviembre de 2004 el codemandado "ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A.", compareció en los autos interesando el emplazamiento y la intervención en el proceso de Don Sergio y Raimunda , a quienes había transmitido la finca objeto de la litis, y todo ello con suspensión, desde dicha solicitud, del plazo para contestar la demanda.

2. Por Auto de 4 de marzo de 2005, se acuerda emplazar a Sergio y Raimunda por considerar que son terceros con interés directo y legítimo en el presente procedimiento, acordando su notificación y también la suspensión del plazo para contestar la demanda, respecto del demandado.

3. Por Providencia de 26 de abril de 2005, se acordó tener por personada a la Procuradora D^a Teresa Cortes Claver en nombre y representación de Sergio y, por escrito de 13 de mayo de 2005 éste contestó la demanda.

4 . Por Providencia de 28 de abril de 2005, se acordó emplazar a la codemandada Raimunda por Edictos, declarándose por Providencia de 30 de mayo de 2005 en situación de rebeldía procesal.

5.- Por escrito de 6 de octubre de 2005, del procurador D. Juan Fernández de Bobadilla en representación de IMOVA, S.A., se amplió la demanda a los codemandados Sergio y Raimunda .

6.- Con fecha 9 de noviembre de 2005 se presentó nuevo escrito de contestación a la demanda por el codemandado Sergio .

7.- Por escrito de 25 de noviembre de 2005 el codemandado "ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A"., contestó la demanda.

SEXTO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Benidorm se inhibió a favor del Juzgado de Instrucción núm. 1 (anterior Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2) de la misma localidad.

SEPTIMO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Benidorm dictó sentencia el 8 de marzo de 2006 con la siguiente parte dispositiva: «*Debo de ESTIMAR y ESTIMO la demanda formulada por el procurador Sr. Fernández Bobadilla en representación de la Sindicatura de la Quiebra de la mercantil Imova S.A. contra Promoblanca S.A. representada por el procurador Sr. Roglá Benedito y contra Actividades de Construcciones y Servicios S.A. representada por el procurador Sr. Flores y se declara la nulidad radical por estar celebrados dentro del periodo de retroacción de la quiebra necesaria de IMOVA S.A. de la escritura notarial de compraventa otorgada el 11 de agosto de 1988 entre Imova SÁ. y Promoblanca S.A. respecto la vivienda NUM000 NUM001 del Bloque NUM002 del Complejo DIRECCION000 de Benidorm e inscrita como finca registral NUM003 del Registro de la Propiedad n^o. 1 de Benidorm y la transmisión entre Promoblanca y Actividades de Construcciones y Servicios S.A. por estar igualmente celebrado dentro del periodo de retroacción de la quiebra y en consecuencia se declaran nulos y cancelados los correspondientes asientos de inscripción de dominio que causaron tales escrituras de compraventa de la finca NUM003 del Registro de la Propiedad n^o. 1 de Benidorm procediéndose, en consecuencia, la reciproca restitución de las prestaciones con los intereses desde las fechas respectivas **con desestimación de las pretensiones respecto de D. Sergio y D^a Raimunda** . Con expresa imposición de las costas procesales devengadas por la demanda a las codemandadas Promoblanca S.A. y Actividades de Construcciones y Servicios S.A .*

No procede la imposición de costas devengadas por los codemandados, Sr. Sergio y Sra. Raimunda .»

Tramitación en segunda instancia

OCTAVO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el procurador D. Luis Roglá Benedito, en representación de "PROMOBLANCA, S.A." y por el procurador D. Vicente Flores Feo en representación de "ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS S.A.".

Por el Procurador D. Juan Fernández de Bobadilla en representación de la SINDICATURA DE LA QUIEBRA DE IMOVA, S.A y por la Procuradora D^a Teresa Cortes Claver en representación de Sergio , se impugnaron sendos recursos de apelación.

NOVENO.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el rollo núm. 171 (M-59) 08, y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia el 8 de mayo de 2008, cuya parte dispositiva dispone: «*FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación entablado tanto por la mercantil "Promoblanca SA", representada ante este Tribunal por el Procurador Don José Antonio Saura Ruiz como por la también mercantil "A.C.S. Actividades de Construcción y Servicios, S.A." (en lo sucesivo ACS), representada ante este Tribunal por el procurador Don Juan Teodomiro Navarrete Ruiz, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción número 1 de los de Benidorm (antiguo mixto 2) de fecha 8 de marzo de 2006, debemos confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida; y con expresa imposición de las costas de esta alzada a las partes apelantes..*»

En efecto, la Audiencia Provincial, abandona el criterio rigorista sobre la nulidad prevista en el art. 878.2º del Código de Comercio, al menos desde finales del año 2005, según señala, pues sólo aplica los efectos de la rescisión a que con la misma se restablezca el principio de igualdad de trato de los acreedores y se defienda la integridad de la masa activa, así como sancionar las actuaciones fraudulentas dirigidas a eludir los principios anteriores. Sus razonamientos para aplicar al caso concreto los efectos de la rescisión son los siguientes:

a) Sobre el recurso de apelación de PROMOBLANCA, en el *Fundamento de Derecho TERCERO*, la Sentencia razona: " *Trasladada esta situación a la interpretación del artículo 878-2 del Código de Comercio en relación con el caso que nos ocupa, debe ser suficiente como para aplicar la consecuencia sancionadora del artículo 878-2 CCo, no por entender el acto rescindible por fraude de acreedores cuando, como es el caso, la acción del art. 1297 CC no se ejercita, (acción que además - art. 1299 CC - estaría caducada), sino porque en la interpretación del precepto mercantil, la sospecha de connivencia en la perfección de un acto dispositivo oneroso, se torna aquí en elemento suficiente a los efectos de la interpretación del precepto mercantil.*

>> *Y entendemos que este es el caso, porque las condiciones en que tienen lugar las transmisiones, de naturaleza onerosa, primero a favor de la mercantil, Promoblanca S.A., que como hemos dicho en nuestra Sentencia de 9 de enero de 2008, aparece constituida apenas unos meses antes (el 25 de abril de 1988) de que la compraventa tuviera lugar a su favor (el 3 de enero de 1989), y luego de ésta última a favor de terceros en pago de deuda ajena, demuestra una comunidad de intereses de ambas mercantiles más que evidente, producido en el periodo de sospecha.*

>> *[...] los actuantes que comparecen en las operaciones en representación de Imova y Promoblanca, aparecen como intercambiables por pertenecer, al tiempo de las operaciones, a ambas mercantiles, tal y como señalábamos en el relato fáctico del fundamento primero de esta Sentencia, hechos que, en cuanto ponen de relieve una comunidad de intereses entre los contratantes, entendemos, constituyen elementos más que suficientes como para considerar producido perjuicio para los terceros acreedores que se enfrentan a una pérdida del patrimonio inmobiliario que constituye, sin duda, el valor económico supremo.*

>> *Negamos por tanto que no haya perjuicio a la masa de acreedores, que el recurrente funda en el beneficio obtenido por la reducción de deuda con uno de los acreedores y por tanto de la masa pasiva, y en la extinción de la hipoteca, por subrogación de terceros, que gravaba la vivienda, lo que la hacía inalcanzable al resto de acreedores porque, como hemos visto, la compraventa celebrada el día 11 de agosto de 1988 en relación con los actos posteriores, no sólo ponen de relieve la relación íntima entre Imova y Promoblanca, sino que finalmente, en ese marco, Promoblanca constituye primero, una garantía por deuda (objetivamente) ajena y luego, la paga mediante un acto de dación en pago de las viviendas sin que tengamos, como hemos dicho ya en anteriores resoluciones en este Tribunal conocimiento justificativo distinto a la comunidad de intereses descrita. Todos estos datos revelan lo que, hemos venido recordando ha dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de noviembre de 2007, cuando afirma que la acción fraudulenta es merecedora de sancionarse con nulidad: "así como la relación subjetiva entre las sociedades y la subsiguiente recíproca intervención en los respectivos órganos de administración, junto con la inferencia que, a partir de tales circunstancias, conduce a la apreciación de una finalidad fraudulenta". En consecuencia, ha de confirmarse la sanción de nulidad de la compraventa celebrada el día 11 de agosto de 1980 respecto de la finca registral número 26.983".*

b) En cuanto a la segunda operación, la dación en pago, que justifica el recurso de apelación de ACS, y a los efectos del presente recurso de casación, interesa destacar de la Sentencia de la Audiencia Provincial lo siguiente:

1.- En cuanto el error en la valoración de la prueba: " *En efecto, aunque el contrato de ejecución de obra preveía diversos mecanismos de garantía del precio, en concreto, la paralización de la obra -cláusula 11-, la afectación al pago de la obra ejecutada -cláusula 12ª- con retención de la posesión de la obra, la consideración del constructor como acreedor refaccionario - cláusula 12ª-, la cesión de crédito hipotecario -cláusula 12-2-*

y la cláusula expresa de resolución -cláusula 20-, es lo cierto que en absoluto entre estos medios estaba la atribución de la propiedad de lo construido. De hecho, las garantías, en especial, la referenciada por el apelante como la "afectación al pago de la obra ejecutada", tenía un sentido claramente obligacional, no real y no tanto, las actividades posteriores para traspasar el precio en dinero, que es lo pactado en todo caso, y a cuyo abono respondían todas y cada una de las garantías, por un pago en cosa distinta, en este caso, mediante la dación de viviendas, no son sino consecuencia de nuevas y posteriores relaciones jurídicas con origen, en cuanto al crédito que las ampararía, en el contrato de ejecución señalado, pero con fuente, en cuanto al pago, en una diferente relación jurídica, al punto que el iter seguido hasta la dación en pago pasa por, primero, la atribución en garantía no prevista en el contrato, otorgada por Promoblanca y, segundo, por la ejecución de esta garantía.

>> [...] Es evidente por tanto, que no se trata de una operación que estuviera prevista en el contrato de ejecución entre Imova y ACS. Al contrario, la fuente de la transmisión inmobiliaria es una garantía de pago concedida por tercero. Promoblanca para ser más concretos. No puede por tanto admitirse que la fecha de la operación, para eludir el periodo de sospecha, sea el contrato de ejecución sino en todo caso, el de la concesión de la opción de compra del que la dación dimana que está, desde luego, inserto en el periodo de sospecha.

>> Por último, como ya hemos dicho en resoluciones anteriores, no puede excusarse la recurrente en que la concesión de la opción de compra y la adjudicación en pago fue realizada por "Promoblanca", persona jurídica distinta de su deudora, ("Imova, S.A."), pues no puede desconocer que la satisfacción de su crédito (el derecho al precio de la obra ejecutada) se obtiene mediante la adjudicación de viviendas construidas para "Imova S.A." que después está vendió a "Promoblanca S.A.", cuyo representante legal coincide con la anterior y, que esta última le adjudica en pago de una deuda ajena sin especificar ninguna razón para ello".

(Fundamento de Derecho Quinto)

2.- En cuanto a la pretensión de que se le declare tercero hipotecario del art. 34 LH, la Sentencia de la Audiencia Provincial señala: " Ha de desestimarse esta alegación utilizando los mismos argumentos ya expuestos en la Sentencia número 75/06 (reiterada después) de esta Sección, de fecha 14 de febrero de 2006 donde se suscitó idéntica cuestión: "Nulidad que alcanza no solamente a esa primera transmisión sino también a las posteriores a favor del codemandado, ACS ya que no apreciamos que puedan quedar protegidos por el artículo 34 LH en el entendimiento de que en realidad, no es tercero en la adquisición respecto de Imova y, por tanto, no puede ampararse en el requisito de la buena fe.

>> En efecto, la transmisión a favor primero de OCISA, en la modalidad de dación en pago, y luego a ACS, como aportación social, no constituye modalidad transmisión en la que esté ausente el requisito de la onerosidad (la transmisión lo es en pago de deuda, que no es objeto de cuestión), pero sí el de la buena fe en el tercero, que lo es en realidad ficticio respecto de Promoblanca y que por tanto, no ha de ser mantenido en su adquisición.

>> El propio iter expuesto por el co-demandado pone de relieve que, sin solución de continuidad en el periodo de retroacción, el inmueble accede al patrimonio social. Y es que, partiendo de que una cosa era el derecho de crédito de ACS, derivado de una relación obligacional con la hoy quebrada, -el contrato de ejecución de obra- contrato fechado ciertamente antes del periodo de retroacción -el día 22 de enero de 1987-, y otra la adquisición de su dominio, que tiene lugar en periodo de retroacción de la quiebra como hemos señalado, resulta que dicha adquisición se produce mediante un acto de reconocimiento del derecho por el adquirente intermedio, Promoblanca, que asume la vinculación en pago de deuda del inmueble adquirido, otorga primero opción de compra y luego, ejercitada aquella, dación en pago de deuda aparentemente de derecho, de la deuda de Imova con OCISA (ACS), sin explicación o razón alguna.

>> Estamos por tanto ante acto de dominio y disposición a través de la primera adquirente mediante, primero, el reconocimiento de un derecho de opción de compra el día 14 e julio de 1989 y, después, el día 15 de octubre de 1990, mediante el ejercicio de aquella opción, de la transmisión en pago de la deuda mantenida con Imova, demostrativos de que Promoblanca actúa como auténtico testaferra de Imova, interponiéndose entre Imova y su acreedora, OCISA, sin solución de continuidad respecto de la adquisición en pago de aquella deuda.

>> Y dado que en el caso que nos ocupa, la conclusión que se obtiene desde el examen de la documental aportada con relación a las propias alegaciones de las partes en lo relativo a las relaciones que los vinculan, es que el inmueble se transmite a OCSA (ACS), acreedora de Imova, en periodo de retroacción de la quiebra valiéndose de un tercero, Promoblanca, cuyo administrador lo era también de la transmitente (tal y como

aparece en los documentos notariales aportados como 2 y 3 por ACS), usando por tanto de persona intermedia, instrumentalización que no puede tener como efecto el dar cobertura legal a un acto dispositivo que es nulo y totalmente eficaz por razón de una situación económica padecida por el vendedor original, conocida pro OCISA, tan conocida en realidad por el adquirente final, la citada OCISA; que tuvo que cobrar parte de su crédito en especie. Vendió efectivamente quien figuraba como titular registral, pero sólo aparentemente, pues detrás e incluso interviniendo por sí o por medio de un socio o administrador en los actos prenegociables, estaba la mercantil quebrada sin que la acreedora de aquella, OCISA pudiera permanecer totalmente extraña a todas estas actividades de la que era beneficiaria, de modo que falta el requisito de la buena fe, actuando la nulidad con efectos definitivos y con proyección a los actos posteriores a los que no cabe aplicar la protección registral" **(Fundamento de Derecho Sexto)**.

"[...] la sanción de nulidad cuando el acto dispositivo perjudique a la masa de acreedores y, en el caso de la recurrente, a quien se ha declarado subadquirente de mala fe, no protegida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la adjudicación de las viviendas, inicialmente propiedad de "Imova S.A.", para pago de su derecho de crédito (derecho al precio de la obra), atenta contra la integridad de la masa activa de la quiebra y lesiona el principio de igualdad de trato de los acreedores". **(Fundamento de Derecho Séptimo)**.

3.- Por último, en cuanto a la recíproca restitución de prestaciones, reproduce el razonamiento aplicado a la misma alegación de Promoblanca en los siguientes términos: " No puede atenderse esta alegación porque la obligación recíproca a cargo de "Promoblanca, S.A." de la entrega del valor de la finca cuando se perdió (en términos del artículo 1.307 del Código Civil) no puede hacerse efectiva de manera simultánea a la entrega del precio recibido con sus intereses a cargo de "Imova S.A.", habida cuenta de la especial situación, en quiebra, en la que se encuentra esta mercantil, pues lo contrario provocaría la ruptura del principio de la igualdad de trato de los acreedores". **(Fundamento de Derecho Cuarto)**

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

DÉCIMO.- El procurador D. Juan Teodomiro Navarrete Ruiz, en representación de "ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS S.A.", interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, contra la citada sentencia.

a) El recurso de casación se fundamentó en la infracción:

1.- Del artículo 878.2 del Código de Comercio, con vulneración de la jurisprudencia sobre la inexistencia de nulidad de los contratos al haberse perfeccionado con anterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra, aunque consumados después.

2.- Del artículo 878.2 del Código de Comercio, con vulneración de la jurisprudencia cuando los actos de transmisión no afecten a los intereses de los acreedores.

3.- Del artículo 1303 del Código Civil, en relación con los supuestos de nulidad absoluta del artículo 878 del Código de Comercio.

b) Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal se basaron:

1.- En infracción de las normas reguladoras de las sentencias, por vulneración de los artículos 218.1.2 y 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

UNDÉCIMO.- La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante tuvo por interpuestos por parte de la entidad "A.C.S., ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A." el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, ordenando la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y emplazando a las partes ante la misma.

Recibidas las actuaciones en esta Sala y personada ante la misma la recurrente, por medio de sus representantes, se dictó Auto de 10 de noviembre de 2009, mediante el cual la Sala acordó lo siguiente:

«1.- **NO ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL**, interpuesto por la representación procesal de la mercantil "ACS. ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.A." contra la Sentencia dictada, con fecha 8 de mayo de 2008, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Octava) en el rollo de apelación nº. 171-M59/2008, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 338/2004 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Benidorm (antiguo mixto núm. 2).

2.- **ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de la mercantil "ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.A." contra la Sentencia dictada, con fecha 8

de mayo de 2008, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Octava) en el rollo de apelación nº. 171-M59/2008, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 338/2004 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Benidorm (antiguo mixto núm. 2).

3.- Y entréguese copias del escrito de interposición del RECURSO DE CASACION formalizado por "ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS S.A.", con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala para que formalicen su oposición por escrito, en el plazo de VEINTE DIAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

DÉCIMO TERCERO.- Por escrito de 1 de febrero de 2010, la Procuradora D^a Rosa María Martínez Virgili en representación de Raimunda presentó escrito de oposición al recurso de casación.

Por diligencia de ordenación de 23 de diciembre de 2010 se acordó no tener por personada a la SINDICATURA DE LA QUIEBRA IMOVA, S.A., quedando el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

DECIMO CUARTO.- Mediante providencia de 5 de marzo de 2013 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 17 de abril de 2013, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Sebastian Sastre Papiol**, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.- La Sindicatura de la Quiebra de la entidad mercantil IMOVA, S.A. (en adelante IMOVA) promovió juicio ordinario interesando la declaración de nulidad, al amparo de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, (i) de la compraventa celebrada el 11 de agosto de 1988 entre la quebrada y PROMOBLANCA, S.A. (en adelante PROMOBLANCA), de la vivienda NUM000 NUM001 del Bloque NUM002 del Complejo DIRECCION000 de Benidorm, inscrita como finca número NUM003 del Registro de la Propiedad nº 1 de Benidorm, al haberse celebrado durante el periodo de retroacción de la quiebra de la vendedora, IMOVA, (ii) de la dación de la misma finca en pago de deudas de IMOVA, realizada por PROMOBLANCA a favor de OCISA, actualmente ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A. (en adelante ACS), instrumentada mediante escritura otorgada el día 11 de agosto de 1988, así como también la nulidad (iii) de la compraventa mediante la que adquirieron la finca los últimos titulares registrales Don Sergio y D^a Raimunda en escritura otorgada el día 20 de abril de 1994; y como resultado de tales pretensiones (iv) la nulidad y cancelación de los asientos causados por la inscripción de esas escrituras y de todas las posteriores; y la condena a la reintegración de la finca a la masa activa de la quiebra, así como el pago de las costas del juicio.

2.- De los titulares de la finca NUM003, compareció en el proceso don Sergio, declarándose a Raimunda en rebeldía procesal por providencia de 30 de mayo de 2005.

3.- PROMOBLANCA, don Sergio y ACS, contestaron en tiempo y forma la demanda, interesando la desestimación de la misma.

4.- La Sentencia de primera instancia, de 8 de marzo de 2006, como se ha reproducido en el Antecedente de Hecho SEPTIMO, estimó la demanda declarando la nulidad de la venta celebrada el 11 de agosto de 1988 por la quebrada con PROMOBLANCA y la dación en pago concertada entre ésta última y ACS, y desestimó las pretensiones deducidas contra don Sergio, imponiendo las costas procesales a los codemandados PROMOBLANCA y ACS.

5.- Las dos partes demandadas, PROMOBLANCA Y ACS, interpusieron sendos recursos de apelación contra la Sentencia de primera instancia, que fueron impugnados por la Sindicatura de IMOVA.

6.- La Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, en el Rollo 171/ (M-59) 08, el 8 de mayo de 2008, dictó sentencia, confirmando todos los pronunciamientos de la primera instancia, de acuerdo con los razonamientos que se han dejado expuestos literalmente en el Antecedente de Hecho Noveno, a los efectos de resolver el presente recurso. Así, en breve síntesis:

a) Sobre la primera transmisión -en que descansa el recurso de PROMOBLANCA- la Sentencia de la Audiencia destaca la existencia de elementos fácticos de los que se deduce un interés entre la quebrada y la adquirente que ocasiona un perjuicio para terceros acreedores (i) IMOVA es accionista de PROMOBLANCA, (ii) en la constitución de ésta última sociedad intervino como representante de IMOVA la misma persona que

después ha sido representante de PROMOBLANCA (iii) la vivienda es adjudicada en pago de una deuda a cargo de IMOVA y a favor de un acreedor de ésta (ACS), sin explicar la causa de esa dación en pago de deuda ajena, todo lo cual, concluye, supone una finalidad fraudulenta merecedora de sancionarse con la rescisión, por lo que debe confirmarse la sentencia de la primera instancia.

b) ACS trata de justificar la dación en pago porque ya estaba previsto en el contrato de ejecución de obra de 22 de enero de 1987 (no afectado por la retroacción de la quiebra), como mecanismo del sistema de pago del precio a cargo de IMOVA. Pues bien, la Audiencia Provincial señala que de la lectura del contrato (i) no se deduce tal operación de dación en pago, sino la cesión de los derechos de cobro de los préstamos con garantía hipotecaria, lo que se lleva a cabo el 23 de octubre de 1987 (tampoco afectado por la retroacción), (ii) sí se establece un reconocimiento a favor del contratista del derecho a retener la posesión de la obra hasta que no hubiera percibido el total precio, así como (iii) el reconocimiento a la contratista de su condición de acreedor refraccionario, con carácter puramente obligacional, pero cuestión distinta es la adjudicación de la propiedad de la vivienda como pago del precio y, menos aún, procedente de un tercero, lo que evidencia, todavía más el carácter de testaferrero de PROMOBLANCA (iv) la constructora no era ajena a las operaciones descritas en momentos en los que IMOVA ya atravesaba dificultades económicas, razón por la cual no puede hablarse de una adquisición de buena fe sobre la que pueda extenderse la protección del art. 34 de la Ley Hipotecaria (v), por último, la doctrina actual que proyecta la Audiencia es la de ser partidaria de la sanción de ineficacia cuando el acto dispositivo perjudique a la masa de acreedores y, como en el presente caso, a quien se ha declarado subadquirente de mala fe, no protegido por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, y supone un perjuicio para la masa activa de la quiebra, (vi) por lo que no procede la restitución pretendida por la recurrente invocando para ello el art. 1307 Cc. Por todo ello, confirma la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- Sobre la cuestión planteada entre las mismas partes, la Sindicatura de IMOVA, como actora, y PROMOBLANCA y ACS, como demandadas, respecto de otras fincas de la misma promoción, esta Sala se ha pronunciado en numerosas sentencias, siendo las más recientes las de 28 de febrero de 2013, y 1, 4, 5, 6, 7, 8, 11 y 12 de marzo de 2013.

Como el resultado probatorio alcanzado es sustancialmente coincidente y los argumentos impugnatorios utilizados por ACS en el presente recurso son prácticamente los mismos a los empleados en los anteriores recursos e idénticos a los de los recursos números 869-2008 y 903-2008 de los que fue ponente el que lo es en el presente, es por lo que, no encontrando la Sala razones para apartarse de lo resuelto en todas las sentencias citadas, la solución que deba darse es la misma, y los argumentos coincidentes con la de 10 de mayo de 2013 que resolvió el recurso 869-2008 y con la de 13 de mayo de 2013 que resolvió el recurso 903-2008.

TERCERO.-Común a los tres motivos de casación: el régimen jurídico de la rescisión concursal.

Distintas son las referencias que hace la recurrente, en los tres motivos del recurso, sobre la pretendida vulneración de la Sentencia recurrida de la doctrina sentada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación del art. 878.2 del Código de Comercio y los efectos de la nulidad que proyecta sobre los actos y contratos realizados por el deudor dentro del periodo de retroacción. Mientras que la Audiencia Provincial, en su Sentencia destaca que, a finales de 2005, ha seguido la corriente "flexible" frente a la "rigorista", la parte recurrente entiende que la sentencia recurrida aplica esta última, en lugar de la primera. Sin embargo, la Audiencia Provincial señala que aún aplicando el régimen flexible debe aplicar los efectos de la rescisión cuando se trata de actos que perjudican la masa de la quiebra o conculcan el principio de igualdad de los acreedores, o se trata de dejar sin efecto aquellos realizados de mala fe, con resultado perjudicial para el patrimonio de la quebrada (Fundamento de Derecho Segundo).

En apoyo de la sentencia de la Audiencia Provincial debemos manifestar que la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en la interpretación del citado precepto excluye de la sanción de nulidad radical aquellos casos en que quede acreditada la concurrencia de dos elementos: que se trate de un acto de giro ordinario de la actividad del quebrado y que no resulte perjudicial para la masa de acreedores.

En efecto, siguiendo la línea expositiva de la STS 740/2012, durante muchos años, desde la Sentencia de 7 de marzo de 1931 la jurisprudencia de esta Sala interpretó literalmente el art. 878.2 del Código de Comercio, proclamando la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados. Esta interpretación jurisprudencial aparece en numerosas resoluciones, entre las más recientes las SSTs 608/2000, de 12 de junio; 91/2001, de 8 de febrero; 286/2002, de 3 de abril; 874/2002, de 30 de septiembre; 194/2003, de 28 de febrero; 21/2004, de 29 de enero; 214/2004 de 26 de marzo, incluso, en alguna ocasión, llegó a dejar sin efecto la eficacia protectora para el tercero hipotecario de la fe pública registral (Sentencias de

17 de marzo de 1958 y 15 de noviembre de 1991). Ello no obstante, ciertamente, durante esta época en la que se predicaba la nulidad absoluta, esta Sala había desestimado la pretensión de ineficacia del acto impugnado por advertir, en unas ocasiones, *una clara ausencia de perjuicio para la masa* de la quiebra (en operaciones de descuento bancario, porque se trata de sustituir un activo financiero por otro líquido del quebrado, STS de 28 de mayo de 1960 , 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977) y, en otras ocasiones, porque una aplicación rigorista del art. 878 del Código de Comercio *sobre operaciones propias del tráfico y giro comercial de la quebrada* supondría una inseguridad jurídica para la economía y unas perniciosas consecuencias sociales. Otras sentencias, dentro de esta misma época, relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo *la necesidad del fraude* (STS 2005/1993, de 12 de marzo) o *del perjuicio* (STS 870/1993, de 20 de setiembre) que vendría representado por un detrimento patrimonial.

Es cierto que la nulidad a que se refiere el art. 878.2 del Código de Comercio no supone una nulidad radical, más propia de la ineficacia estructural en origen derivada de una irregularidad en la formación del contrato que se produce " *ipso iure* " y " *erga omnes* ", de forma definitiva e insubsanable, sin posibilidad de confirmación. Así lo ha entendido la doctrina que ya, desde antiguo, señaló que la ineficacia del art. 878.2 del Código de Comercio no responde a ninguno de los caracteres propios de la nulidad: ni es originaria ni es estructural, sino funcional y sobrevenida. Y así, finalmente, ha sido admitida por la Jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS 951/2005, de 13 de diciembre , y, en la actualidad, unánime e incontrovertida, entre las más recientes las STS de 8 de marzo , 29 de julio , 29 de septiembre , 10 de noviembre y 14 de diciembre de 2010 , 23 de marzo de 2011 , 1 de octubre de 2012 y, la invocada, 740/2012 de 12 de diciembre, y las que en ella se citan).

Una ineficacia de estas características responde a la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en el perjuicio para la masa activa, lo que se acomoda a lo que preceptuaba el art. 1366 de la LEC de 1998 que legitimaba a los síndicos " *para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo hábil*", lo que presuponía que la ineficacia debía predicarse de los actos realizados por el deudor que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra realizados dentro del periodo de retroacción.

Esta interpretación es la que contempla la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que abandona el sistema " *perturbador* " de la retroacción y, en su lugar, contempla otro integrado por las acciones de reintegración de naturaleza rescisoria, como antes se contempló en el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo , de regulación del mercado hipotecario; la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero , reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras, en relación con la disposición denegatoria de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores, reformada por la citada Ley 25/2005. Pues, en efecto, el art. 71 establece que serán rescindibles los actos realizados por el deudor que hayan ocasionado un perjuicio a la masa activa; excluye de la rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales (art. 71, apartado 5. 1 º) y reconoce la restitución de las prestaciones a quien contrató con el deudor como crédito contra la masa (art. 73.3), salvo que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado (último inciso del art. 73.3).

El actual régimen rescisorio que contempla la vigente Ley Concursal obliga a los tribunales a interpretar y aplicar las normas legales que " *hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad*" (Disposición Adicional Primera de la Ley Concursal).

Ha sido necesario hacer ésta breve referencia sobre el régimen rescisorio concursal para desestimar todos y cada uno de los motivos de casación formulados por la recurrente, y confirmar los acertados razonamientos de la Sentencia recurrida, facilitando de este modo la comprensión de las consideraciones que se harán sobre cada uno de ellos.

CUARTO.- Primer motivo de casación.

La recurrente, ACS, plantea el primer motivo de casación en los siguientes términos: " *Infracción del art. 878.2 del Código de Comercio y vulneración de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, sobre inexistencia de nulidad de los contratos al haberse perfeccionado con anterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra, aunque consumados después*".

Se alega, en síntesis: (i) que el cobro en especie es una modalidad habitual en el negocio inmobiliario; (ii) que no implica que la recurrente conociera la situación de insolvencia de la quebrada; (iii) que las operaciones descritas, venta de los inmuebles a PROMOBLANCA y dación en pago de ésta a favor de la recurrente, son

garantías previstas en el contrato de ejecución de obra, concretamente en la cláusula 12, y constituye la consumación de dicho contrato, pues, que previamente se había concertado una opción de compra a favor de ACS el 22 de enero de 1987, teniendo en cuenta que "lo que realmente se estipula en la escritura de opción de compra (en el fondo, es una opción de dación)"; (iv) que no concurren los dos requisitos que contempla el artículo 872.2 del Código de Comercio, ya que la transmisión no se hizo con la quebrada, sino con otra entidad - PROMOBLANCA- y ello supuso la consumación de los efectos de un contrato de ejecución de obra que se había perfeccionado con anterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra, si bien la materialización del pago se ha producido después, por lo que, se dice, vulnera la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en las sentencias citadas; (v) que no se ha acreditado que la transmisión de la vivienda mediante la dación en pago se hiciera por persona interpuesta o testaferro de la quebrada, ni tan siquiera por aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo".

QUINTO.- Desestimación del primer motivo de casación.

1. Nos centraremos en los distintos argumentos impugnatorios que no necesariamente han de seguir el orden de los que han sido objeto de exposición para fundamentar el motivo.

2. En primer lugar, el primer motivo no es más que una nueva versión razonada del recurso de apelación sin que aporte nuevas argumentaciones sobre las ya examinadas en profundidad por las sentencias de las instancias. Incluso el modelo de recurso utilizado hace referencia (página 5) a los documentos 1, 2 y 3 del "escrito de contestación de la demanda", cuando en el presente caso, ACS no la contestó, circunstancia que ya advirtió la sentencia de la Audiencia Provincial (Fundamento de Derecho Tercero). Si se contrasta la síntesis que se ha descrito en el anterior Fundamento de Derecho Primero (apartado 7.b) con los argumentos que tuvo la Audiencia Provincial para rechazar el recurso de apelación, que se han dejado reproducidos en el Antecedente de Hecho Décimo extensamente, se observará que ningún argumento nuevo aporta, que justifique que la sentencia que deba resolver el presente recurso corra distinta suerte que las anteriores.

3. Porque, en efecto, el eje central que fundamenta la desestimación de este motivo, así como los restantes, según se verá, es la inexistencia de buena fe en la recurrente, dado el conocimiento que tenía de las dificultades económicas por las que atravesaba, IMOVA, de la transmisión de la finca a favor de PROMOBLANCA, para pretender, a continuación, que se trataba de una dación en pago realizada por persona distinta a la quebrada; cuando en la sentencia recurrida, en consideración a un conjunto de indicios de diversa índole, y de cuya ponderación razonada se obtiene la conclusión de que se ha utilizado una sociedad interpuesta, como testaferro, es clara la finalidad perseguida de eludir la sanción de ineficacia que predica el artículo 878 del Código de Comercio.

4. La ineficacia de la compraventa realizada por la quebrada a favor de la Sociedad interpuesta PROMOBLANCA, dentro del periodo de retroacción, no es dudosa, con los efectos del art. 878.2 del Código de Comercio, porque atenta contra la integridad de la masa activa, y fué realizada para evitar las consecuencias que proyecta el citado precepto, transmitiendo a ACS, mediante una dación en pago, lo que supone un claro propósito, que excluye la buena fe de la recurrente, al conculcar el principio de igualdad de trato cobrando en especie el crédito que ostentaba contra IMOVA.

5. La misma declaración de ineficacia debe predicarse de la dación en pago, como consumación de un contrato, el de ejecución obra, que se había perfeccionado fuera del periodo de retroacción y en ejecución de las garantías previstas en el propio contrato (Cláusula 12), según se alega. Basta con examinar la referida cláusula para deducir que no existe la previsión de la dación en pago. Existen otras suertes de garantías, como la cesión de derechos de cobro de préstamos con garantía hipotecaria que finalmente fueron cedidos, derecho a retener la obra hasta no percibir totalmente el precio pactado, la consideración de acreedor refraccionario, incluso posteriormente, un derecho de opción de compra que, como reconoce la propia recurrente, "(en el fondo, [es una] opción de dación)".

6. En definitiva, la dación en pago de deudas ajenas no es más que la última manifestación del perjuicio de la masa activa y la lesión al principio de la *par conditio creditorum* (igualdad entre los acreedores), pues el bien -la vivienda-, originariamente de la quebrada se incorpora finalmente en el patrimonio de un acreedor en pago de un crédito que ésta ostentaba de aquella.

7. Las alegaciones relativas a la no aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y a la falta de prueba sobre confusión de patrimonios carecen de fundamento ya que para la declaración de la existencia de mala fe no es imprescindible recurrir a la aplicación de dicha doctrina, siendo suficiente exponer los hechos determinantes que fundamentan aquella ausencia de buena fe y que han quedado probablemente expuestos en los antecedentes y en el presente fundamento de derecho.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEXO.- Segundo motivo del recurso de casación.

La recurrente formula el segundo motivo de casación en los siguientes términos: " *Vulneración de la doctrina y jurisprudencia relativa a la aplicación del artículo 878, párrafo segundo del Código de Comercio , cuando los actos de transmisión no afecten a los intereses de los acreedores*".

1. A pesar de que este segundo motivo está íntimamente relacionado con el primero, y algunas de las consideraciones que se realizarán han sido anticipadas, daremos respuesta a las alegaciones jurídicas que sustentan el motivo.

2. Tras destacar la evolución que ha seguido la doctrina científica y la jurisprudencial en torno a la nulidad que se predica del artículo 878 del vigente Código de Comercio , pasando de un criterio rigorista a otro más flexible (y aún con vacilaciones desde 1993 a 2001), así como las excepciones a la nulidad absoluta prevista en la legislación del mercado hipotecario (art. 10 de la Ley 25 de marzo de 1981 y Disposición Adicional Séptima de la Ley 31/1994, de 14 de abril, de adaptación a la segunda Directiva de Coordinación bancaria en materia de entidades de crédito), concluye que la vigente Ley 22/2003 Concursal, sustituye el " *perturbador* " sistema de retroacción por las acciones de reintegración, destinadas a rescindir actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la Ley presume y en los demás debe probarse, que no se dan en el presente supuesto, y el apartado 5 del art. 71 de la Ley Concursal excepciona que, *en ningún caso pueden ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales* , como en el presente caso.

3. A la vista de tales antecedentes la recurrente trata de esforzarse en justificar la dación en pago efectuados a su favor por PROMOBLANCA para saldar la deuda que tenía contraída IMOVA con ACS, presentando la operación como pago de unas obras ya realizadas fuera del periodo de retroacción y que se enmarcan plena y perfectamente en el tráfico normal; que esta forma de obrar, lejos de causar perjuicio a los acreedores, supuso liberar unas deudas hipotecarias de la masa, que recaían sobre los bienes transmitidos y de no hacerlo, se habrían ejecutado, ACS habría acreditado un mayor crédito frente a IMOVA, y con el privilegio de estar calificado de refaccionario.

SEPTIMO.- Desestimación del segundo motivo de casación.

1. Según hemos razonado, la Audiencia Provincial opta por seguir el criterio "flexible", abandonando el criterio "rigorista" como así se destaca en la sentencia recurrida (Fundamento de Derecho Segundo)-, pues sólo aplica los efectos de la rescisión cuando la operación perjudica la masa activa, o lesiona el principio de igualdad de trato de los acreedores, o persigue un fraude de acreedores. Y es obvio que la dación en pago, ni es un operación propia del tráfico ordinario, ni la que es objeto de examen estuvo realizada en condiciones de mercado, ni la doble transmisión -antes de la dación, la venta a PROMOBLANCA- es una actividad normalizada en el tráfico jurídico-mercantil, sino todo lo contrario (por su coste, cuanto menos). Y no es necesario insistir en los hechos declarados probados que abonan las anteriores consideraciones, examinadas, en la presente resolución y en todas las sentencias que le han precedido, citadas en el Fundamento de Derecho Segundo. La apreciación de los hechos, la resultancia fáctica, no es motivo de casación (STS 797/2011, de 18 de noviembre), y el perjuicio exigido para que proceda la ineficacia del acto de disposición realizado en el periodo de retroacción es el perjuicio objetivo, sin que sea necesaria la concurrencia de ánimo de causarlo (STS de 8 de marzo de 2010).

2. En segundo lugar, en el presente caso, la buena fe de la recurrente fue negada por las sentencias de instancia: ACS obtuvo para el pago de su crédito un bien inmueble que salió del patrimonio de la quebrada, ocasionó un perjuicio para la masa en perjuicio del resto de los acreedores a los que se sustrae la posibilidad de resarcimiento sobre el inmueble; la existencia de la hipoteca no excluye la existencia de perjuicio, pues tal interpretación daría pie a interpretar que cualquiera que fuera su precio, la transmisión de un bien hipotecado no sería susceptible de rescisión siempre que cubriera la hipoteca y, en fin, en caso de pública subasta, habrá que admitir que es el acto procesal que permite obtener el mejor precio, consecuencia natural del principio de libre concurrencia (STS de 6 de noviembre de 2007). Pero para sustraerse de la ineficacia que pudiera sobrevenirle, como consecuencia del ejercicio de la acción de reintegración que se ejercita por parte de la Sindicatura de IMOVA, con carácter previo, se conviene una transmisión a favor de una Sociedad testaferro de la quebrada, para poder, finalmente, tratar de encontrar amparo en el tercero de buena fe (ex art. 34 de la Ley Hipotecaria).>>

3. La buena fe tiene un aspecto fáctico cuyo examen no corresponde al recurso de casación, pues como ha señalado esta Sala en SSTs de 10 de octubre de 2006 y 22 de junio de 2011 y las más recientes SSTs de 13 de enero y 20 de febrero de 2012, la concurrencia de unos hechos que se han declarado probados en la sentencia recurrida, deben ser respetados en el recurso de casación. Sólo permitiría una revisión en casación (STS de 13 de mayo de 2010) si la conducta sometida a enjuiciamiento no se subsume con la significación jurídica de los hechos probados. Las afirmaciones de naturaleza fáctica realizadas en la sentencia de instancia han de ser mantenidas en casación, y su valoración jurídica, como constitutivos de una actuación de mala fe, es correcta, a los efectos de no considerar a la recurrente subadquirente de buena fe, con la protección que brinda el art. 34 de la Ley Hipotecaria .

Por todas estas razones el motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.- Tercer motivo de casación.

Por último, la recurrente formula el tercer motivo de casación en los términos que siguen: " *vulneración de la doctrina y jurisprudencia relativa a la aplicación del art. 1303 del Código Civil en los supuestos de nulidad absoluta del art. 878 del Código de Comercio* ".

1. Se alega, en síntesis, que: (i) la reciente jurisprudencia del TS aplica el instituto de la restitución de las prestaciones previsto en el art. 1303, 1304 y 1308, todos del Código Civil, en los supuestos de nulidad absoluta relacionados con el art. 878 del Código de Comercio cuando se trata de contratos sinalagmáticos; (ii) por tal razón, si se le condenara a pagar el valor de la vivienda, la masa activa de IMOVA debe quedar obligada a restituirle el mismo valor de la vivienda a la recurrente, con el fin de que se coloque en una situación patrimonial idéntica al momento en el que se produjo la transmisión a su favor, pues, en caso contrario, si no se acuerda la restitución, supondría un enriquecimiento injusto para la masa de la quiebra en perjuicio de la recurrente.

NOVENO.- Desestimación del tercer motivo de casación

1. El motivo debe ser desestimado por las razones siguientes:

Si bien es cierto que la Jurisprudencia más reciente reconoce la restitución de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos en caso de nulidad de un acto dispositivo del quebrado realizado dentro del periodo de retroacción, y el derecho de quien contrató con el quebrado a la restitución como una deuda de la masa (SS del TS de 29 de julio de 2012 y las que en ella se citan) en línea de lo previsto en el art. 73.3 de la Ley 22/2003, Concursal, según se ha dejado expuesto, sin embargo, no puede atenderse en este caso, la pretensión de la recurrente.

Lo realizado por las partes no fue una compraventa en la que la recurrente ACS hubiera entregado una cantidad que deba ser objeto de restitución. Se trató de una dación en pago recibido de un tercero (testaferro), en pago de un crédito que la recurrente ostentaba contra la quebrada. La restitución impone que el bien retorne a la masa de la quiebra (salvo que, como en el presente caso, hubiera sido transmitido a un tercero de buena fe y ACS no logre adquirirlo de nuevo, en cuyo caso habrá de abonar a la masa el precio que obtuvo del tercero, conforme previene el art. 1295 del Código Civil) y ACS vuelva a ser titular de un crédito contra IMOVA por el importe que ostentaba con anterioridad a la dación en pago, como crédito concursal.

2. Por consiguiente, como se ha anunciado, el motivo del recurso también debe ser desestimado, y con ello el recurso de casación en su totalidad.

DÉCIMO.- Costas.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada y la imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el art. 398.1 en relación con el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

1. **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A., contra la Sentencia nº 177/08, de 8 de mayo de 2008, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, en el rollo de apelación nº 171/(M-59)08.

2. **No ha lugar** a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.



3. Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Fdo: D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Fdo: D. Antonio Salas Carceller.- Fdo: D. **Sebastian Sastre Papiol**.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Sebastian Sastre Papiol**, 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ