

Roj: STS 2451/2013
Id Cendoj: 28079110012013100262
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 903/2008
Nº de Resolución: 299/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece 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. Florencio Araez Martínez contra la sentencia núm. 57/08, de 6 de febrero de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, en el recurso de apelación núm. 16-M04/08, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 315/2004, 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.

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 8 de julio de 2004, que tuvo entrada en el registro de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Benidorm el 15 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. 315/2004. 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 Autos de 18 de octubre de 2004 y 21 de enero de 2005.

CUARTO.- Mediante escrito de 3 de noviembre de 2004, presentado el 11 de noviembre 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 o alguna de ellas, 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 providencia de 10 de enero de 2005 se acordó declarar a ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS S.A, en situación de rebeldía procesal, al no comparecer dentro del plazo para contestar a la demanda.

2. Por escrito de 25 de febrero de 2005 el codemandado "ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A"., compareció en los autos interesando su personación en los autos, acordandose la misma por Providencia de 1 de marzo de 2005.

SEXTO.- 1. Por escrito de 10 de marzo de 2005 el procurador D. Vicente Flores Feo, en representación de los codemandados Don Emiliano y D^a Carla y, en su condición de dueños de la finca objeto del litigio, solicitaron su personación en el proceso.

2. Por providencia de 23 de marzo de 2005 se acordó tener por ampliada la demanda frente a Don Emiliano y D^a Carla .

3. Mediante escrito de 11 de abril de 2003 (sic), presentado el 13 de abril de 2005, el procurador D. Vicente Flores Feo, en representación Don Emiliano y D^a Carla , contestó, a la demanda, cuyo suplico decía textualmente: «[...] *dictar sentencia, por la que venga a desestimar la demanda y absuelva libremente de la misma a sus poderdantes, con imposición de costas de esta parte a la actora*>>

SEPTIMO.- 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.

OCTAVO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Benidorm dictó sentencia el 28 de noviembre de 2005 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. y en consecuencia a declarar 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 de la Torre NUM002 del Complejo DIRECCION000 de Benidorm e inscrita como finca registral NUM003 del Registro de la Propiedad nº. 1 de Benidorm y entre Promoblanca y Actividades de Construcciones y Servivios S.A. en fecha 15 de octubre de 1990 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 nº. 1 de Benidorm debiendo restituir los demandados a la masa de la quiebra el valor de la vivienda en el momento de la primera transmisión con los intereses desde la misma fecha **desestimando las pretensiones deducidas contra D. Emiliano y D^a Carla** . Con expresa imposición de las costas procesales a los codemandados Promoblanca S.A. y Actividades de Construcciones y Servicios S.A. respecto de las costas devengadas por la actora y con expresa imposición de las costas procesales a PROMOBANCA S.A. respecto de las costas procesales devengadas por la acción dirigida contra D. Emiliano y D^a Carla .»

Con fecha 3 de marzo de 2006, se dictó Auto de aclaración de la sentencia respecto de los fundamentos de derecho segundo, fundamento de derecho segundo in fine y costas.

Tramitación en segunda instancia

NOVENO.- 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 Fernandez de Bobadilla en representación de la SINDICATURA DE LA QUIEBRA DE IMOVA, S.A y por el procurador Don Vicente Flores Feo en representación de D. Emiliano y D^a Carla se impugnaron sendos recursos de apelación.

DECIMO.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el rollo núm. 16-M04/08, y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia el 6 de febrero de 2008 , cuya parte dispositiva dispone: «**FALLAMOS: Con estimación parcial del recurso de PROMOBLANCA S.A. con desestimación del recurso de apelación de ACS y con desestimación**

de la impugnación de D. Emiliano y D^a Carla , deducidos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Benidorm (ant. Mixto-2) de fecha veintiocho de noviembre de dos mil cinco , aclarada mediante Auto de fecha tres de marzo de dos mil seis, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la mencionada resolución **en el único particular de que no deberán imponerse a ninguna de las partes las costas causadas en la instancia a los codemandados absueltos, manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la resolución impugnada** , con expresa imposición a ACS de las costas causadas en esta alzada originadas por su recurso y sin imponer a ninguna de las partes las costas causadas en esta alzada originadas por el recurso de Promoblanca, S.A: y por la impugnación de D. Emiliano y D^a Carla .»

En efecto, la Audiencia Provincial, abandonando 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 son los siguientes:

a) Sobre la primera transmisión, la venta de IMOVA a favor de PROMOBLANCA, el recurso de ésta se sustenta en base a que no hubo perjuicio para la masa sino que la masa activa de IMOVA se encontró beneficiada por los dos contratos porque: <<1.-) la finca estaba gravada con una hipoteca de manera que el titular del crédito garantizado era un acreedor con derecho de abstención que podía ejecutar de manera separada el bien en su propio beneficio, sin que los demás acreedores pudieran ejecutar ese bien, por lo que la salida de esa finca de la masa activa mediante la compraventa ningún perjuicio causó al resto de acreedores pues siempre pudo salir mediante la ejecución separada del acreedor hipotecario; 2.-) la quebrada quedó liberada de la obligación del pago de la deuda garantizada con hipoteca al haberse subrogado los dos adquirentes sucesivos en las obligaciones derivadas del contrato de préstamo; 3.-) la quebrada recibió de PROMOBLANCA parte del precio en la parte del valor asignada a la finca que no se correspondía con la subrogación del préstamo hipotecario, lo que provocó un incremento de la masa activa; 4.-) la deuda de OCISA (después, ACS) se vió sensiblemente reducida como consecuencia de la dación en pago de manera que en igual proporción se redujo la masa pasiva>>. **(Fundamento de Derecho Segundo)**

La Audiencia justifica la aplicación de los efectos de la rescisión del art. 878.2 del Código de Comercio en el caso de autos, y a los efectos de resolver el presente recurso de casación, la Sentencia de la Audiencia Provincial razona: <<En nuestro caso, nos encontramos que en la compraventa celebrada el día 11 de agosto de 1988; 1-) la vendedora (Imova, S.A.) es accionista de la compradora (Promoblanca, S.A.); 2.-) en la constitución de la sociedad Promoblanca, S.A., intervino como representante de la mercantil Imova, S.A. la misma persona que después ha intervenido como representante de aquella en los contratos cuya nulidad se ha declarado; 3.-) la vivienda es adjudicada por "Promoblanca S.A." en pago de una deuda a cargo de "Imova, S.A." y a favor de un acreedor de ésta, "Ocisa", sin ofrecer explicación alguna sobre la causa de esa dación en pago por una deuda ajena. Todos estos datos revelan lo que en la STS 6 de noviembre de 2007 denomina finalidad fraudulenta 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 1988 respecto de la finca registral número NUM003 .

<<A estos efectos, debe tenerse en consideración que el artículo 71.3.1º de la vigente Ley Concursal establece la presunción iuris tantum de perjuicio para la masa activa en el caso de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, situación coincidente con la examinada en nuestro caso.

<<Por otro lado, la alegación de que no se causaba perjuicio al resto de los acreedores al tratarse de un bien gravado con hipoteca cuyo acreedor gozaba del privilegio de la ejecución separada tampoco puede compartirse pues como dice la STS 6 de noviembre de 2007 : "la realización de la garantía en pública subasta es el modo en que generalmente se ha de obtener el mejor precio por los bienes sobre los que recae la prenda, consecuencia natural del principio de libre concurrencia, lo que sin duda beneficia a todos los acreedores concursales">>. **(Fundamento de Derecho Segundo)**

b) Respecto de la dación en pago, ACS estimó que hubo error en la valoración de la prueba, pues, según dice la apelante, el contrato de ejecución de obra de 22 de enero de 1987 prevé la transmisión de las viviendas ejecutadas como un sistema de pago del precio. Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial: << No puede atenderse esa alegación porque en el contrato de ejecución de obra se prevén mecanismos para

garantizar el cobro como es: la cesión de los derechos de cobro de los préstamos con garantía hipotecaria y así se acordó mediante escritura otorgada el día 23 de octubre de 1987; el reconocimiento a favor de la contratista del derecho a retener la posesión de la obra hasta tanto la propiedad le satisfaga el precio debido o le ofrezca garantías suficientes; incluso el reconocimiento a la contratista de su condición de acreedor refaccionario respecto de las obras ejecutadas. Sin embargo, una cosa es el reconocimiento de esas garantías sobre la obra ejecutada, así expresado en el contrato y, otra bien distinta es la adjudicación de la propiedad de las viviendas construidas las cuales garantizaban el derecho al pago del precio de la contratista. Además, esa adjudicación directa de la propiedad de los bienes que constituyen la garantía del pago del precio a favor de la contratista constituye una violación de la prohibición del pacto comisorio establecida en el artículo 1.859 del Código Civil .

<<Por otro lado, lo determinante no es la fecha del contrato de ejecución de obra sino la fecha de la concesión de la opción de compra y del contrato de dación en pago, verdaderos actos dispositivos, los cuales tuvieron lugar después de la fecha fijada para la retroacción de la quiebra.

<<Por último, no puede excusarse la recurrente en que la concesión de la opción de compra y la adjudicación en pago fue realizada por "Promoblanca S.A.", persona jurídica distinta de su deudora ("Imova S.A."), pues no puede desconocer que la satisfacción de su crédito (el derecho al precio por la obra ejecutada) se obtiene mediante la adjudicación de las viviendas construidas para "Imova S.A" que después ésta 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 Tercero)**

En cuanto a que no puede declararse la nulidad de su adjudicación -mediante la dación en pago- porque reúne el apelante la condición de tercero hipotecario a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria , la Audiencia Provincial señala: << ha de desestimarse esta alegación utilizando los mismos argumentos expuestos en la Sentencia número 75/06 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 un 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 de 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 tercero, de la deuda de Imova con OCISA (ACS), sin explicación o razón alguna.

<<Estamos por tanto ante actos de dominio y disposición a través de la primera adquirente mediante, primero, el reconocimiento de un derecho de opción de compra el día 14 de 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.

<<Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993 , "En casos ... en los que la posición del subadquirente no resulta totalmente extraña y con desconexión total de la actividad dispositiva que despliega el quebrado, bien por sí o valiéndose de otras personas, ha sostenido esta Sala en forma reiterada y actualizada, que el citado precepto mercantil contiene la sanción de nulidad radical, absoluta e intrínseca que se produce <<ope legis>> sin necesidad de expresa declaración judicial, al no establecer la Ley de Enjuiciamiento Civil ningún procedimiento para declarar judicialmente la nulidad de los actos que lleva a cabo el quebrado y refiere el precepto. No obstante ello, la declaración de los Tribunales procede en casos como el controvertido en estos autos, en que unas determinadas personas se opusieron a aquella irrevocable

nulidad. Todo lo cual ocasiona que los bienes salieron del patrimonio, al disponer en forma improcedente de los mismos, vuelvan <<ipso iure>> al mismo y la Sindicatura legitimada para su reivindicación ostenta su disponibilidad para afectarlos al pago de las correspondientes y procedentes deudas. Los efectos de la nulidad operan con radicalidad y no puede ser subsanada por la inscripción en el Registro de la Propiedad, arrastrando la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocerse a tales efectos la condición de terceros protegidos (SS. 17-3-1958 , 25-5-1982 , 28-1-1985 , 17 marzo y 9 mayo 1988 y 15-11-1991)".

<<Y dado que en el caso que nos ocupa, la conclusión que se obtiene desde el examen de la documental aportada en relación a las propias alegaciones de las partes en lo relativo a las relaciones que los vinculan, es que el inmueble se transmite a OCISA (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 ineficaz por razón de una situación económica padecida por el vendedor original, conocida por 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 las 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 Tercero) , de acuerdo con la mejor doctrina, invocando la STS de 12 de marzo de 1993 y las que en ella se citan .

En la última alegación (cuarta, porque la tercera es reiteración de las dos anteriores), ACS señala que se produciría un enriquecimiento injusto de la masa de la quiebra si al mismo tiempo no se le restituyera a la recurrente la contraprestación satisfecha en su día. La Sentencia de la Audiencia Provincial desestima esta alegación, igual que la anterior, en el sentido de que el acto transmisivo de la finca perjudicó la masa de la quiebra y la apelante no está protegida por el art. 34 de la Ley Hipotecaria , pues ha sido declarada subadquirente de mala fe, atenta contra la integridad de la masa activa de la quiebra y lesiona el principio de igualdad de trato.

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

UNDÉCIMO.- D. José Antonio Saura Ruiz, procurador de los tribunales y de la mercantil "PROMOBLANCA, S.A.", interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

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

- 1.- Del artículo 878.2º del Código de Comercio .
- 2.- Del artículo 7 del Código Civil en relación con la doctrina del "retraso desleal" en el ejercicio del derecho.
- 3.- De los artículos 1303 , 1307 y 1308 del Código Civil y del artículo 7 del Código Civil en relación con la doctrina del "enriquecimiento injusto" y de los artículos 9 y 14 de la Constitución Española .

b) La interposición del recurso extraordinario por infracción procesal se basó en:

- 1.- Vulneración del artículo 24.1 de la Constitución en relación con el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .
- 2.- Vulneración de los artículos 218.1 y 2 y 219 de conformidad con el artículo 469.1.2º, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

DUODÉCIMO.- 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 .

DÉCIMO TERCERO.- La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante tuvo por interpuestos por parte de las entidades "PROMOBLANCA, S.A." y "A.C.S., ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A." los recursos 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 personadas ante la misma las recurrentes, por medio de sus representantes, se dictó Auto de 6 de octubre de 2009, mediante el cual la Sala acordó lo siguiente:

«1.- *DECLARAR DESIERTOS LOS RECURSOS DE CASACION Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL, interpuestos por la representación procesal de PROMOBLANCA S.A. contra la Sentencia dictada, con fecha 6 de febrero de 2008, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Octava) en el rollo de apelación nº. 16-M04/2008 , dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 315/2004 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Benidorm (antiguo mixto núm. 2).*

2.- *NO ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL interpuesto por la representación procesal de "ACS. ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.A." contra la referida Sentencia.*

3.- *ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "ACS. ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.A." contra la indicada Sentencia.*

4.- *Y queden los presentes autos pendientes de señalamiento del día y hora para la celebración de la vista, o en su caso, para la votación y fallo del Recurso de Casación formalizado por "ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS S.A."»*

DÉCIMO CUARTO.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para que formalizara su oposición a la admisión del recurso de casación, sin haberlo hecho, quedó el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

DECIMO QUINTO- Mediante providencia de 15 de marzo de 2013 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 11 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 en pago de deudas de IMOVA de la misma finca, 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 15 de octubre de 1990, así como también la nulidad (iii) de la compraventa mediante la que esta última mercantil, ACS, transmitió la finca a Don Emiliano y Doña Carla mediante escritura otorgada el día 1 de agosto de 1994; y como resultado de tales pretensiones (iv) la nulidad y cancelación de los asientos causados por la inscripción de esas escrituras y; la condena a la reintegración de la finca a la masa activa de la quiebra.

2.- De los titulares de la finca NUM003 , los consortes Emiliano - Carla , con residencia en Suiza, comparecieron en el proceso, se les tuvo por personados, la Sindicatura de la Quiebra amplió la demanda contra los mismos que contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la actora.

3.- PROMOBLANCA, contestó en tiempo y forma la demanda, interesando la desestimación de la misma, y a ACS se le declaró en rebeldía procesal, si bien, se personó en el procedimiento, asistió a la audiencia previa en la que se permitió aportación de documentos sobre los que pretende fundar su derecho.

4.- La Sentencia de primera instancia, de 28 de noviembre de 2005 , como se ha reproducido en el Antecedente de Hecho OCTAVO, 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 el 15 de octubre de 1990, y desestimó las pretensiones deducidas contra don Emiliano y doña Carla , imponiendo las costas procesales a los codemandados PROMOBLANCA y ACS respecto de las devengadas por la actora, y con expresa imposición de costas procesales a PROMOBLANCA respecto de las devengadas por la acción dirigida contra los consortes Emiliano - Carla .

5.- El 3 de marzo de 2006, el propio Juzgado de Primera Instancia dictó Auto de aclaración de la sentencia, justificando la imposición a PROMOBLANCA de las costas causadas a los codemandados absueltos.

6.- 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 y por Don Emiliano y D^a Carla .

7.- La Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, en el Rollo 16-M04/08, el 6 de febrero de 2008, dictó sentencia , revocando tan sólo la imposición de costas a PROMOBLANCA respecto de las causadas al matrimonio Emiliano - Carla , que las deja sin efecto, pero confirma la sentencia en todos los restates pronunciamientos de la primera instancia, de acuerdo con los razonamientos que se han dejado expuestos expresamente en el Antecedente de Hecho Décimo, 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, 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. 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 del recurso número 869-2008 del 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.

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. 1º) 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 testarfero 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 testafierro, 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 (Clausula 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 aquélla.

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 razonablemente expuestos en los antecedentes y en el presente fundamento de derecho.

Por todo ello, el motivo se desestima

SEXTO.- 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 restituírle 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 27/08, de 17 de enero de 2008, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, en el rollo de apelación nº 624/2007 .

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. Ignacio Sancho Gargallo.- Fdo: D. Rafael Saraza Jimena.- Fdo: D. **Sebastian Sastre Papiol**.- Fdo: D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- FIRMADO Y RIBRICADO. 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.