



Roj: **SAP MU 1418/2017 - ECLI: ES:APMU:2017:1418**

Id Cendoj: **30030370042017100388**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **199/2017**

Nº de Resolución: **383/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00383/2017

N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 968 229137 Fax: 968 229278

N.I.G. 30030 47 1 2015 0000856

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000199 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de MURCIA

Procedimiento de origen: CONCURSO ORDINARIO 0000386 /2015

Recurrente: Fernando , Tatiana

Procurador: INMACULADA DE ALBA Y VEGA, INMACULADA DE ALBA Y VEGA

Abogado: GUILLERMO JIMENEZ-CONDE GUIRAO, GUILLERMO JIMENEZ-CONDE GUIRAO

Recurrido: ADMINISTRACION CONCURSAL DE JUSTO Y MANOLI, S.L.

Procurador:

Abogado: JOSE FERNANDO GALINDO SAMPER

Ilmos. Sres.

Don Carlos Moreno Millán.

Presidente

Don Juan Martínez Pérez

Don Rafael Fuentes Devesa

Magistrados

En la ciudad de Murcia, a ocho de junio de dos mil diecisiete.

Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de incidente concursal de separación I-80-2 derivado del concurso nº 386/2015 , que se han tramitado en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia entre las partes, como actores y ahora apelantes, Fernando y Tatiana , representados por el/la Procurador/a Sr/a. De Alba y Vega y asistido del/a letrado/a Sr/a Jiménez-Conde



Guirao y como partes demandadas y ahora apeladas, la administración concursal de JUSTO Y MANOLI SL y la concursada JUSTO Y MANOLI SL, no personada esta última en ambas instancias. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Fuentes Devesa, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo mercantil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 23 de noviembre de 2016 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: " *Desestimar la demanda interpuesta por el procurador Sra. De Alba en nombre de Eric Cowie absolviendo a AC de Justo y Manoli s.l y a la mercantil Justo y Manoli s.l de los pedimentos formulados.*

Condenar en costas a la parte actora"

Por auto de 29 noviembre de 2016 se rectifica el error material y se hace constar correctamente los nombres de los demandantes

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación los demandantes interesando la revocación de sentencia y la estimación de la demanda, y subsidiariamente, la no imposición de las costas. Se dio traslado a las partes contrarias, habiéndose opuesto la Administración Concursal

TERCERO.- Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 199/2017, señalándose para votación y fallo el día 7 de junio de 2016.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Planteamiento

1. Fernando y Tatiana interponen demanda contra la concursada Justo y Manoli SL y la administración concursal (AC en abreviatura), que da lugar a este incidente, en la que se solicita al amparo del art 80 LC que se declare la plena y libre titularidad de la finca vivienda unifamiliar modelo DIRECCION000 NUM000 parcela NUM001 , finca NUM002 del Registro de Propiedad de Mazarrón N °1 a favor de los actores, el derecho de retención del mencionado inmueble y la separación de la masa activa del concurso hasta que se haga efectivo el crédito que ostentan frente a la concursada

Opuesta la AC, la sentencia desestima la demanda con imposición en costas al actor .Y lo hace con la siguiente argumentación

"... es difícil sostener que la finca en cuestión es propiedad del actor a la vista de la sentencia del juzgado de primera instancia 3 de Totana que dice claramente que declara nulo el contrato de compraventa entre las partes, que tenía como objeto la finca cuestionada, y como sabemos "quod nullum est nullum efectos produxit", es decir lo que es nulo no produce ningún efecto, por lo que la finca nunca fue propiedad del actor, en todo caso puede mantener en este momento la posesión pero no la propiedad de la misma, y ello lo dice la sentencia invocada de fecha 8 de junio de 2011 . Y ello lo ha reconocido así la actora, ejecutando o pidiendo la ejecución de la sentencia, y por otro lado insinuando su crédito en el concurso.

Es decir en ningún caso existe derecho de propiedad del actor, y si tuviera un derecho de retención, en base a esa bilateralidad que afirma la actora, nunca podría ejercitarse en el concurso, art.59 bis LC , "Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa".(sic)

2. Disconforme con la respuesta judicial, los actores piden la revocación de la sentencia por infracción de los arts 80 L.C ., 609 C.C ., 1.303 C.C . y 1.308 C.C ., y subsidiariamente, la no imposición de costas por las dudas que el caso presenta

La infracción legal denunciada se sustenta, en apretada síntesis, en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la sentencia parte de una premisa errónea, ya que el contrato de compraventa no es radicalmente nulo sino anulable, sin que sea predicable en este segundo caso la regla de "quod nullum est nullum effectum producit"

En segundo lugar, y conectado con lo anterior, al ser una ineficacia sobrevenida, y ser originariamente válido el negocio, los contratantes quedan vinculados, nacen obligaciones y, por tanto, en el contrato de compraventa, se transmite la propiedad de la cosa.



En tercer lugar, una vez anulado, la consecuencia es la restitución recíproca de prestaciones (exigir el pago del precio, los actores, y la concursada, exigir la entrega del inmueble), generándose entre sí acciones personales autónomas, con apoyo de reconocida doctrina civilista según la cual "... *si el vicio del negocio antecedente es una mera anulabilidad, este vicio de la justa causa no provoca la ineficacia de la transmisión. El tradente deja de ser dueño, no dispone de una acción real reivindicatoria y tiene solamente una acción de restitución (arts. 1.303-1.307)* ", de forma que conserva el actor la propiedad de la vivienda vendida, si se quiere como "claudicante"

En cuarto lugar, solo una vez abonado el precio por la concursada a los actores, se producirá la entrega de la vivienda y, con ella, la cristalización de la traditio: la transmisión de la propiedad a la concursada. Por ello, como tal entrega del inmueble no se ha producido, la concursada no es su propietaria

En quinto lugar, la obligación de restitución derivada de la anulabilidad es una obligación recíproca puesto que, de otro modo, se produciría un manifiesto fraude y enriquecimiento injusto de la concursada, pues sin haber satisfecho el dinero cobrado se quedaría también con la vivienda. Mantienen que no se trata de un "derecho de retención" (como reconocen que así lo denominaron en su demanda), sino que la consecuencia de dicha disposición legal (art 1.308CC) " *es similar a la de la exceptio non adimpleti contractus* ", que daría lugar a la separación del inmueble del activo del concurso por este motivo.

Finalmente añaden que si confirma el parecer judicial, y a fin de evitar el enriquecimiento injusto, devendría ineludible considerar el crédito de los actores como un crédito contra la masa, entendiendo que en la presente relación jurídica bilateral (derivada del art 1.303 C.C) estamos frente a dos créditos jurídica y económicamente insolubles, manteniéndose el incumplimiento de restitución por parte de la concursada después de la declaración del concurso, siendo su obligación de tracto único, por lo que merece la calificación de contra la masa por el principio de "equivalencia de resultados"

3. La AC se opone y pide la confirmación de la sentencia al considerar : 1º) acertada la apreciación de los efectos derivados de la nulidad del contrato; 2º) ausencia de los requisitos de la acción de separación del art 80LC e improcedencia del derecho de retención ex art 59 bis LC ; 3º) actos propios; 4º) preclusión por falta de impugnación de la lista de acreedores e inventario; 5º) alteración de la demanda en cuanto a la calificación crediticia como crédito contra la masa y 6º) inexistencia de dudas a afectos de costas

Segundo.- Marco fáctico relevante

1. La comprensión de las cuestiones suscitadas impone que dejemos constancia previamente de los antecedentes fácticos siguientes, que se desprenden de la documental aportada:

i) en febrero de 2003 los actores celebra con Justo y Manoli SL un contrato de compraventa de una vivienda DIRECCION000 NUM000 parcela NUM001 en una urbanización sita en Mazarrón en el POLÍGONO000 , habiendo pagado su precio y tomada posesión de la misma en 2006

ii) en 2010 instan acción de nulidad del contrato por error - debido a la calificación urbanística del terreno- que es estimada por sentencia de 8 de junio de 2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Totana , que establece con arreglo al art 1.303 CC la restitución de las prestaciones, de manera que los compradores devolverán la vivienda y la vendedora es condenada a pagar a aquéllos 103.389,77€ más intereses correspondientes

Posteriormente es instada la ejecución de la sentencia por los actores que es acordada en diciembre de 2011

iii) en 2015 se declara el concurso de Justo y Manoli SL

En la lista de acreedores se reconoce a los actores un crédito ordinario, que era la calificación solicitada en la comunicación de créditos que, a través de una letrada que le asiste, se verifica, con remisión a esa ejecución de títulos judiciales, en tanto que en el inventario aparece incluida la vivienda que fue en su día objeto de la compraventa en 2003; textos no impugnados

2- No obsta a lo anterior el que los apelantes no reconozcan los correos electrónicos de comunicación de créditos, pues no solo no se impugnan en la instancia, lo cual es posible, pues precisamente no se celebra vista por ausencia de impugnación (art 194.4 párrafo segundo LC), sino que además no bastaría la sola impugnación para privarles de validez cuando no se dice en qué resultan inciertos o manipulados

Tercero.- Preclusión. La acción ejercitada

1. Antes de examinar el recurso de los actores procede verificar la alegación de preclusión invocada por la AC en su oposición, al considerar que no cabe la modificación del inventario con arreglo al art 97.1LC por no haberse impugnado en plazo. Motivo defensivo encaminado al fracaso por las siguientes razones



2. En primer lugar, no hay obstáculo alguno en admitir la acción de separación ex art 80LC tras los textos definitivos del art 96LC , ya que la LC no impone su ejercicio de forma previa y es perfectamente posible con posterioridad por la naturaleza del inventario, que es esencialmente mutable y estrictamente informativa. Así lo dijimos en nuestra sentencia de 16 de junio de 2016 , sin que la sentencia de este Tribunal invocada recaída en un caso de oposición a la conclusión del concurso sea aplicable, pues el supuesto enjuiciado era distinto

De esta manera, según recoge la SAP Barcelona, Secc 15ª, de 1 de junio de 2006 "

(es) compatible la inclusión de estos bienes y derechos dentro del inventario con el posible litigio sobre dichos derechos, en un juicio declarativo dentro del concurso o incluso fuera de él...",

3. En segundo lugar, no obsta a ello el efecto preclusivo del art 97LC . El TS en la sentencia de 28 de Septiembre de 2010 pone de manifiesto la divergencia entre la lista de acreedores e inventario de manera que

" (n)o cabe extender el efecto preclusivo derivado de la falta de impugnación mediante el incidente concursal a las personas incluidas por la Administración concursal en la relación de deudores del concursado, ni cabe equiparar estos deudores con los acreedores a los efectos del art. 97.1 LC , ni siquiera en el caso de que los deudores conozcan la inclusión en la masa activa del concurso."

4. En tercer lugar , no estamos ante una acción de impugnación de inventario del art 96 LC , sin perjuicio del efecto reflejo que su estimación pudiera acarrear

Los actores invocan el art 80 LC como sustento de su pretensión; precepto que regula el llamado derecho de separación, correlato del art. 76.1 LC según el cual constituyen la masa activa los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor, sin que la Ley señale plazo para su ejercicio, pues a diferencia de la masa pasiva, que sí debe ser fijada de modo definitivo, en el patrimonio del concursado pueden entrar y salir bienes durante todo el procedimiento concursal

Según este precepto

" Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos.

Contra la decisión denegatoria de la administración concursal podrá plantearse incidente concursal "

Aquí no se cuestiona el requisito procesal, consistente en la reclamación previa a la administración concursal y su negativa a dicha separación, ya que es contra esa decisión contra la que se plantea el incidente de separación. Y aunque desde el punto de vista objetivo la hipótesis legal parte de que la cosa cuya entrega se reclama (además de identificada) esté en poder del concursado, no apreciamos especial inconveniente en admitir también el caso de que dicha cosa no esté en su posesión, pretendiendo en ese caso la separación jurídica, es decir la exclusión de la masa activa. Y ello porque, en definitiva, el sustrato esencial de la acción del art 80LC es fijar de manera definitiva la titularidad dominical sobre la cosa, que es objeto de controversia

Aun en la hipótesis de acoger una interpretación literalista, en todo caso estaríamos ante una acción declarativa de dominio frente a la concursada, cuya competencia objetiva correspondería al juez del concurso (art 86ter LOPJ y 8 LC), a resolver por los cauces del incidente concursal (art 192LC), que es el aquí seguido, por lo que ninguna indefensión se produce ni obsta a la decisión de fondo el dato de que la finca la posean los actores y no la concursada

Se rechaza, pues, de esta manera también este motivo defensivo alegado en la oposición al recurso

Cuarto. Error en la aplicación del derecho: la posición jurídica del actor frente a la concursada

1. La controversia esencial en este litigio se centra en la legitimación de los actores, es decir, si los mismos son titulares dominicales de la vivienda cuya separación peticiona. Respuesta que no la da la LC, sino que habrá que estar al derecho sustantivo para determinar si los bienes son de propiedad del que ejercita la acción

En este caso la infracción de los arts 80 L.C ., 609 C.C ., 1.303 C.C . y 1.308 C.C denunciada se sustenta, según se recoge en el fundamento primero, en considerar que los actores siguen siendo dueños de la vivienda adquirida en virtud del contrato de compraventa suscrito con la concursada, a pesar de que dicho contrato ha sido declarado nulo, en tanto la concursada no restituya el precio abonado por aquél

2. La Sala no participa de esta tesis, y la sentencia debe ser confirmada, al no apreciarse indebida aplicación de las normas jurídicas atendiendo a las siguientes apreciaciones



2.1. En primer lugar, la sentencia no yerra al aplicar la regla "quod nullum est nullum effectum producit", pues aunque el contrato de compraventa no es radicalmente nulo sino anulable, una vez estimada la anulabilidad, la ineficacia que supone tiene efectos retroactivos o "ex tunc"

Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, cuya aplicación a los supuestos de anulabilidad o nulidad relativa no ofrece duda alguna, pues precisamente es la hipótesis que el legislador prevé (art. 1.300 CC), habiéndose extendido jurisprudencialmente también a los casos de nulidad absoluta o radical (sentencias de 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996, entre otras)

Una completa exégesis del alcance del art. 1.303 se contiene en la sentencia del TS de 15 de abril de 2009 según la cual

" La Sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2005, por remisión a la anterior de 11 de febrero de 2003, relaciona extensamente la jurisprudencia en relación al artículo 1303 del Código Civil, en el que se establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Recuerda la antedicha Sentencia que « el precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (sentencias de 22 de septiembre de 1989, 30 de diciembre de 1996, 26 de julio de 2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (sentencias de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 30 de diciembre de 1996 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (sentencias de 18 de enero de 1904, 29 de octubre de 1956, 7 de enero de 1964, 22 de septiembre de 1989, 24 de febrero de 1992, 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 19889, 28 de septiembre de 1996, 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973). El art. 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, 23 de junio de 1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales ».

En lo que aquí ahora interesa, matiza la Sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2000 que « el precepto anterior puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas (como la propia parte recurrente implícitamente reconoce), de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y sgs.) y los relativos a la liquidación del estado posesorio, (arts. 452 y sgs), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto ».

2.2. En segundo lugar, si bien es cierto que los actores, en virtud de esa compraventa de la vivienda DIRECCION000 NUM000 parcela NUM001 unida a la posesión de la misma, adquirieron su propiedad, con arreglo al art. 609 CC (que junto al art. 1.095 CC consagra la teoría del título y modo seguida en nuestro derecho), una vez declarada la nulidad del título, frente al vendedor dejan de serlo, y a lo que tiene derecho es a la restitución del precio pagado con sus intereses (art. 1.303CC)

Frente al parecer doctrinal invocado por el recurrente, la mayoría de la doctrina civilista considera que en nuestro sistema de transmisión de propiedad basado en la teoría del título y modo (y asumido por la jurisprudencia, sentencias de 20 octubre 1989, 4 enero 1991, 25 octubre y 2 noviembre 1993, 9 marzo y 6 mayo 1994, 18 febrero y 20 febrero 1995, 31 mayo y 7 junio 1996, entre otras), la transmisión de la propiedad es causal. No solo no sigue el sistema francés de la transmisión convencional sino que tampoco asume el alemán del acuerdo real abstracto. La expresión "a consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición" contenida en el art. 609CC implica que la tradición está causalizada, es decir, unida claramente a los "ciertos contratos", de manera que siendo nulo el contrato o título a consecuencia del que se hace la tradición, ésta no produce el efecto traslativo, y el tradente conserva la propiedad. Así, entre otros, Parra Lucán indica que "si tras pasa la posesión no pierde la propiedad si demuestra que el contrato antecedente es inexistente o nulo"



Compartimos dicha opinión, que entendemos que es la asumida por la jurisprudencia al reseñar la finalidad y alcance del art 1.303 CC . No casa con el mantenimiento de efectos pretendido por los actores (seguir siendo propietario tras la declaración de nulidad de su título) la extinción retroactiva (ex tunc) que el art 1.303 CC impone, que prevé reponer el estado de cosas modificado contractualmente al momento que tenían cuando se celebró el negocio nulo. El desplazamiento patrimonial operado en virtud de un contrato inválido carece de causa o fundamento jurídico

En definitiva, si no es posible adquirir la propiedad sobre un bien por la mera traditio del mismo (artículo 609 del Código Civil), sino que su antecedente lógico es un contrato válido, si se anula éste, difícilmente podremos seguir considerando al comprador frente al vendedor como propietario del bien. Cuestión distinta es la protección de terceros de buena fe por concurrir los supuestos del art 464CC y 34LH

Además de lo reseñado, la STS de 16 de abril de 2014 remarca que la finalidad del art 1.303 CC es

" conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidados", tal como dice la sentencia de 15 abril 2009 que cita otras muchas anteriores y reitera la de 5 marzo 2010 ."

Por su parte afirma la STS 118/2012, de 13 marzo , que se trata

" [...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente" (remarcado añadido)

Idea que reluce en la STS de 8 de enero de 2007 al decir

"(l)a frustración de la relación priva de causa a los desplazamientos patrimoniales y determina la necesidad de la restitución. En este campo se encuentran las prestaciones derivadas de un contrato nulo o de un contrato anulado"

Finalmente la jurisprudencia que declara la aplicabilidad de los arts. 1101 y siguientes del CC o de las normas sobre liquidación del estado posesorio a los casos de nulidad o anulabilidad contractual en que el contrato haya llegado a producir efectos, ya que el régimen específico de los arts. 1303 a 1308 CC puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas derivados de la nulidad contractual (STS 26-7-00 , con cita de otras muchas, y STS 5-3-10 entre las más recientes), lo que viene a asumir es que la posición del comprador, una vez anulado el título, es la de poseedor, no la de propietario, en sintonía con la doctrina civilista mayoritaria.

Por tanto, y en conclusión, anulada la compraventa, lo que los actores tienen frente a Justo y Manoli SL no es un derecho real de propiedad sobre la vivienda sino un crédito fijado en la sentencia de junio de 2011, y así lo entendieron los propios actores cuando instaron su ejecución; crédito que ahora figura reconocido en la lista de acreedores como crédito concursal, al haber nacido antes de la declaración de concurso

2.3 En tercer lugar, tal conclusión no implica, a juicio de esta Sala, fraude y enriquecimiento injusto de la concursada

Es cierto que la restitución de prestaciones derivada de la anulabilidad es recíproca, pues como dice el art 1.308CC *"(m)ientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumbe "*. Pero ello no significa que siga siendo propietario el comprador (aquí, los actores) en tanto no sea abonado el precio por la vendedora (aquí la concursada) y producida la devolución de la vivienda, en una suerte de traditio inversa. Lo que el precepto prevé es un mecanismo de garantía que habilita o faculta la suspensión del propio cumplimiento mientras la otra parte no cumpla lo que le corresponde. Se dice que es un remedio defensivo estrictamente temporal para evitar el riesgo de incumplimiento de contrario, pero el que no se atiende no significa que el contrato nulo siga desplegando sus efectos propios (aquí la transmisión de la propiedad), pues sería contradictorio con la propia declaración de nulidad

El problema se suscita cuando se trata de conjugar este mecanismo con el principio de paridad de trato en caso de concurso de uno de los contratantes. Y ello porque en el concurso no se presumen privilegios (art 89.2 LC) y desde su declaración queda suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes o derecho integrados en la masa activa (art 59 bis), al que se puede asimilar la regla de cumplimiento recíproco y simultáneo del art 1.308 CC .

Trasladado al caso que nos ocupa, el crédito que ostentan los compradores (los actores) en el concurso del vendedor (la concursada) no les habilita para retener el bien integrado en la masa activa del concurso, cuya titularidad dominical ostenta la concursada al carecer de título los actores



Además, no podemos perder de vista que a estos últimos sí se le ha reconocido su crédito en el concurso. Si después tal crédito no es total o parcialmente satisfecho, ello no supone enriquecimiento injusto sino la consecuencia inherente al concurso al que están también sujetos los compradores como acreedores ordinarios

Admitir la tesis del recurso (condicionar al pago total de su crédito la integración de la vivienda al concurso) implicaría otorgar una preferencia al crédito de los actores, sin cobertura legal, con quiebra de los derechos de los restantes acreedores

2.4 Finalmente el remedio pretendido para evitar el enriquecimiento injusto consistente en considerar el crédito de los actores como un crédito contra la masa, no puede prosperar

En primer lugar, por una razón procesal, al ser una cuestión nueva suscitada en la apelación, no permitida por el art 456LEC que consagra el principio pendente appellatione nihil innovetur (entre otras, STS de 30 de enero de 2007 y de 30 de octubre de 2008)

En segundo lugar, porque no cabe alterar ahora la calificación crediticia ya fijada de manera definitiva en la lista de acreedores, por exigencias del art 97LC , máxime cuando fue la pedida por la propia parte (STS 19 de julio de 2016 y 12 de mayo de 2017)

En tercer lugar, porque antes de la declaración de concurso el contrato estaba ya anulado, por lo que no resulta de aplicación el art 61.2 LC invocado al amparo del principio de "equivalencia de resultados", que parte de un contrato vigente con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes

Por último no es trasladable la SAP de Madrid, de 29 de abril de 2013 invocada, pues el supuesto es distinto, ya que la misma lo que contemplaba era la aplicación del art 1.308 CC a una acción de nulidad acordada con arreglo al art 878CCo derogado, sin que tampoco proceda la aplicación extensiva de la solución dada por el art 73LC , ya que ni concurre identidad de razón (en ese caso se trata de créditos contra la masa) ni es posible la analogía para reconocer una posición contraria a la paridad de trato de los acreedores jurídica (art 4CC en relación con el art 89LC)

3.La falta de la condición de propietarios de los actores implica la desestimación de su recurso, que hace innecesario examinar los restantes argumentos expuestos en la oposición al recurso

Quinto - Costas de la primera instancia

1.De modo subsidiario se impugna el pronunciamiento relativo a la condena de las costas en primera instancia, y ello en cuanto a la existencia de serias dudas de derecho

2. Entendemos que aquí sí llevan razón los recurrentes. La inexistencia de pronunciamientos judiciales concretos sobre la cuestión controvertida en el seno de un proceso concursal, unida a la polémica doctrinal sobre las consecuencias que la nulidad del título acarrea en cuanto a la titularidad real, permiten apreciar la existencia de serias dudas de derecho, y por ende, que cada parte asuma las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad

Sexto- Costas de la segunda instancia

1.La estimación parcial de la apelación conlleva la no imposición de las costas de la apelación (art 398 y 394LEC)

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por Fernando y Tatiana contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº Uno de Murcia en fecha 23 de noviembre de 2016 en el incidente concursal I-80 (2) dimanante del concurso nº 386/2015 debemos revocar la condena en costas, que se deja sin efecto, confirmando los demás extremos de dicha sentencia, sin imposición de las costas de la apelación

Devuélvase el depósito para recurrir al apelante

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días



desde que sea **no** tificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ