



Roj: **STS 8311/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8311**

Id Cendoj: **28079110012012100732**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2012**

Nº de Recurso: **1336/2010**

Nº de Resolución: **740/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 4730/2010,**  
**STS 8311/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Diciembre de dos mil doce.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario en solicitud de declaración de nulidad de pagos y compensaciones posteriores a la época a que se han retrotraído los efectos de la quiebra ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Coslada.

El recurso fue interpuesto por la Sindicatura de la Quiebra de Otaysa, representada por la procuradora Dª. Cristina Deza García.

Es parte recurrida la entidad Azata Patrimonio S.A., representada por la procuradora Dª. Susana Escudero Gómez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. El procurador D. José Montalvo Torrijos, en nombre y representación de la Sindicatura de la Quiebra de la mercantil Otaysa, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario en solicitud de declaración de nulidad de pagos y compensaciones posteriores a la época a que se han retrotraído los efectos de la quiebra ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Coslada, contra la entidad Azata, S.A., para que se dictase sentencia:

*"en la que acuerde:*

*1. Condenar al pago de 426.962,65 euros a Azata, S.A. en concepto de devolución de las cantidades percibidas y compensadas durante el periodo de retroacción de la quiebra a la masa de la misma, representada por la Sindicatura.*

*2. Condene a la parte demandada al pago de los intereses de demora y legales que se deriven desde la interposición de la demanda y los legales desde que se dicte la Sentencia condenatoria.*

*3. Condene al pago de las costas procesales a la demandada."*

2. La procuradora Dª. María Concepción Iglesias Martín, en nombre y representación de la entidad Azata, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:



*"por la que se declare no haber lugar a la citada demanda; se absuelva a mi poderdante de todas las pretensiones contra el mismo ejercitadas; condenándose al actor a estar y pasar por dicha resolución, con expresa imposición de las costas procesales."*

3. El Juez de Primera Instancia núm. 1 de Coslada dictó Sentencia con fecha 21 de septiembre de 2007 , con la siguiente parte dispositiva:

*"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador de la Sindicatura de la quiebra de Otaysa, S.A., debo absolver y absuelvo a Azata S.A. de los pedimentos efectuados en su contra, con expresa condena en costas a la demandante."*

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de la Sindicatura de la Quiebra de Otaysa, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia 15 de enero de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"FALLO: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Sindicatura de la Quiebra de Otaysa, S.A. contra la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Coslada en el juicio ordinario nº 581/2006 del que este rollo dimana, por lo que confirmamos dicha resolución e imponemos a la parte recurrente las costas derivadas de esta segunda instancia."*

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

5. La procuradora Dª. Cristina Deza García, en representación de la Sindicatura de la Quiebra de Otaysa, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

*"1º) Infracción de los arts. 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ."*

El motivo del recurso de casación fue:

*"1º) Infracción de los arts. 878.2 del Código de Comercio ."*

6. Por Diligencia de Ordenación de fecha 16 de julio de 2010, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la Sindicatura de la Quiebra de Otaysa, representada por la procuradora Dª. Cristina Deza García; y como parte recurrida la entidad Azata Patrimonio S.A., representada por la procuradora Dª. Susana Escudero Gómez.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 25 de enero de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN por oposición a la doctrina de esta Sala , interpuesto por la representación procesal de la SINDICATURA DE LA QUIEBRA DE OTAYSA, S.A. contra la sentencia dictada con fecha 15 de enero de 2010, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, en el rollo de apelación 161/2009 , dimanante de los autos de procedimiento nº 581/2006, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Coslada."*

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Azata, S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 15 de noviembre de 2012, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **Resumen de antecedentes**

1. El 4 de febrero de 1994, Otaysa, S.A. firmó con Azata, S.A. un contrato de arrendamiento del edificio sito en la calle María de Molina 41-43 por un plazo de quince años.



El 1 de marzo de 2000, cuando todavía quedaban nueve años de contrato, Otaysa y Azata convinieron la resolución del contrato de arrendamiento y la liquidación de las deudas pendientes, mediante la fianza entregada en su día por Otaysa (318.536,41 euros) y un cheque por 108.426,24 euros que se libró a favor de Azata. También se concertó el alquiler de una parte del edificio para continuar con el negocio.

El día 15 de marzo de 2000, quince días después de la resolución del contrato de arrendamiento, Otaysa solicitó su declaración en estado de suspensión de pagos.

Por auto de 23 de julio de 2001, el Juzgado que conocía de la suspensión de pagos acordó su archivo y la apertura de la quiebra. En ese mismo auto fijó como fecha de retroacción el día 1 de enero de 2000.

2. La sindicatura de la quiebra, el 23 de noviembre de 2006, interesó la "nulidad" de los pagos realizados por Otaysa a Azata, al liquidar las deudas pendientes del contrato de arrendamiento, que ascendían a un total de 426.962,65 euros. La demanda justificaba la nulidad porque estos pagos habían sido realizados durante el periodo de retroacción de la quiebra, al amparo de lo prescrito en el art. 878.II Ccom .

3. El Juzgado de Primera Instancia, en primer lugar, interpreta el art. 878.II Ccom , a la luz de la moderna jurisprudencia y de la actual Ley Concursal, y entiende que la ineficacia de los actos realizados en el periodo de retroacción queda supeditada a que fueran perjudiciales para la masa de la quiebra. Después analiza la prueba, y advierte que el acto impugnado, que es el pago de las rentas adeudadas, iba ligado a la resolución del alquiler sobre todo el edificio y su sustitución por otro que afectaba sólo a dos plantas, lo que suponía además reducir el precio del arrendamiento de 318.000.000 Ptas. anuales a 120.000.000 Ptas. anuales. A la vista de lo cual, el Juzgado entiende que no existió perjuicio que fundamentara la ineficacia del pago impugnado.

4. La Audiencia que conoce de la apelación ratifica la interpretación realizada sobre el alcance de la ineficacia prevista en el art. 878.II CCom , para los actos realizados dentro del periodo de retroacción, y, después analiza las circunstancias que rodean al pago impugnado, para valorar si puede considerarse que ocasiona un perjuicio para la masa de la quiebra. La sentencia de la Audiencia pone de relieve el carácter beneficioso de la resolución del primer contrato de arrendamiento y su sustitución por otro que afectaba sólo a la planta baja de locales y a la primera planta de sótano-aparcamiento y la zona descubierta que lo rodea. Este segundo contrato permitía a la arrendataria que otras sociedades del grupo pudieran domiciliarse allí, así como la facultad de subarrendar total o parcialmente ese inmueble arrendado. El nuevo contrato se firmó por un periodo de tiempo de diez meses, prorrogable por otros periodos sucesivos de un año, siendo la primera prórroga potestativa para la arrendataria y obligatoria para la arrendadora. El precio de la renta era sensiblemente inferior.

La sentencia de la apelación entiende que el pago de las rentas adeudadas constituye un acto propio del giro y tráfico ordinario de la quebrada, necesario para continuar con su actividad, y además no reportó ningún perjuicio para la masa de la quiebra, a la vista de las circunstancias en que fue realizado.

5. La sindicatura de la quiebra interpone frente a la sentencia de apelación sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

6. El recurso extraordinario por infracción procesal se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , esto es, en la infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, por existir un error en la valoración de la prueba, "pues no separó el hecho concreto del pago y la extinción del crédito de Azata, respecto de la relación arrendaticia en general".

En el desarrollo del recurso argumenta que el fallo de la sentencia de apelación infringe los arts. 216 y 218 LEC , porque obvia todas las circunstancias que concurrieron en el pago realizado al acreedor del inmueble arrendado en detrimento del resto de los acreedores. En concreto, se denuncia la infracción del art. 216 LEC porque la sentencia olvida los hechos aportados por las partes, en concreto, los que se refieren al carácter extraordinario de la liquidación del crédito de Azata quince días antes de la solicitud de suspensión de pagos. Y la infracción del art. 218 LEC se refiere a que en ambas instancias, los tribunales "han obviado la trascendencia de las circunstancias que determinaban lo peculiar del pago a un acreedor, olvidando la aplicación del principio general de la universalidad de los juicios de quiebra". También se imputa a la sentencia de apelación que no haya enfocado el asunto desde la perspectiva del interés de los acreedores. Además, el recurso considera una contradicción interna de la sentencia que entienda acreditado que la suscripción del segundo contrato de arrendamiento vino condicionada a la resolución del contrato de arrendamiento y al pago de las rentas pendientes, y que este pago constituyera un acto ordinario propio del giro mercantil de la quebrada.

El recurso debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.

8. Debe desestimarse porque lo que se impugna, bajo la referencia al ordinal 3º del art. 469.1 LEC , es la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia. Incluso cuando el recurso hace referencia a la



incongruencia interna de la sentencia, que no es tal, porque no existe ninguna disparidad entre lo argumentado en la fundamentación jurídica y lo resuelto en el fallo, en realidad muestra una disconformidad con la valoración de la prueba y de los hechos o circunstancias fácticas que rodeaban el pago.

Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la Sentencia 326/2012, de 3 de mayo, la valoración de la prueba es función de instancia y, aunque excepcionalmente cabría justificar un recurso extraordinario por infracción procesal en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comportara una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( Sentencia 196/2010, de 13 de abril ), debía haberse planteado al amparo del apartado 4º del art. 469.1 (" *vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitucional* ") y no del apartado 2º ( Sentencias 432/2009, de 18 de junio ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ). Y, en cualquier caso, el recurrente tendría que haber mostrado, por una parte, la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba y, por otra, que fuera relevante para la resolución, y no queda constancia que concurra ninguno de los dos requisitos.

### **Recurso de casación: retroacción de la quiebra**

**9.** El único motivo del recurso de casación se basa en la incorrecta aplicación al caso del art. 878.II Ccom y de la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el acto impugnado que era el pago de una deuda importante por rentas adeudadas, quince días antes de la solicitud de suspensión de pagos, dentro del periodo de retroacción fijado con posterioridad en el auto de apertura de la quiebra consecutiva a la suspensión de pagos.

En el desarrollo del recurso, se parte de la siguiente interpretación legal: "el art. 878.2 Ccom predica la nulidad absoluta de los actos de disposición del quebrado dentro del periodo de retroacción, si bien la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en la interpretación del citado precepto, excluye la sanción de nulidad radical en aquellos casos en que quede acreditada la concurrencia de dos elementos: que se trate de un acto del giro ordinario y que no resulte perjudicial para la masa de acreedores". De ahí concluye, a continuación, que el análisis de la cuestión debe partir de la nulidad radical del acto y, sólo si se prueba la concurrencia de estos dos elementos, cabría eludir dicha nulidad. Es decir no se debe partir de la no nulidad, exigiendo prueba a la actora del carácter extraordinario y del perjuicio causado. Después, el recurso analiza lo acaecido para mostrar que no concurre ninguna de aquellas dos circunstancias, el pago supone una extinción selectiva de un crédito a favor de un determinado acreedor y en perjuicio del resto que más tarde se constituyeron en masa pasiva de la quiebra.

El recurso debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.

**10.** En primer lugar, conviene enmarcar la interpretación del art. 878.II Ccom dentro de la evolución sufrida por la jurisprudencia.

La jurisprudencia de esta Sala, desde la Sentencia de 7 de marzo de 1931, y por mucho tiempo, interpretó literalmente el art. 878.II CCom (" *todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos* "), entendiendo que las palabras empleadas por el legislador eran suficientemente claras y bastaba una interpretación literal o gramatical. De acuerdo con ello proclamaba la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, *ipse legis potestate et auctoritate*, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados.

Esta interpretación jurisprudencial, que se reiteró en resoluciones posteriores [ Sentencias de 17 de marzo de 1958 ; 22 de febrero de 1963 ; 26 de marzo de 1974 ; 17 de marzo de 1977 ; 13 de julio de 1984 ; 24 de octubre de 1989 ; 15 de noviembre de 1991 ; 19 de diciembre de 1991 ; 1075/1993, de 11 de noviembre ; 869/1996, de 28 de octubre ; 244/1997, de 26 de marzo ; 1043/1999, de 2 de diciembre ; 498/1998, de 22 de mayo de 2000 ; 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 ], llegó incluso en alguna ocasión 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 1991 ].

No obstante, incluso en aquella época en que se interpretaba la ineficacia del art. 878.II como una nulidad absoluta, en alguna ocasión esta Sala había desestimado la pretensión de ineficacia del acto impugnado por advertir una clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra. Así fue como excluyó de la retroacción las operaciones de descuento de efectos, ya fuera quebrado el comerciante descontatario [ Sentencia de 28 de mayo de 1960 ] ya lo fuera el banco descontante [ Sentencias de 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977 ], por entender que no ocasionaban ningún perjuicio y en el segundo caso también atendiendo las perniciosas consecuencias sociales que traería consigo una aplicación estricta del art. 878.II CCom sobre operaciones propias del tráfico y giro comercial de la quebrada. Esta doctrina jurisprudencial está en el origen



del actual art. 71.5.1º LC , que excluye de la rescisión concursal, " *los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales* ".

En el ámbito de las operaciones inmobiliarias, entremezcladas con la mayoría de sentencias de esta Sala que seguían manteniendo la tesis de la nulidad absoluta, aparecieron otras que relativizaron los efectos de esta ineficacia, refiriéndose a la necesidad del fraude [ Sentencia 205/1993, de 12 de marzo ] o del perjuicio [ Sentencia 870/1993, de 20 de septiembre ]. Incluso la Sentencia 665/1998, de 7 de julio llegó a reconocer expresamente que no podía interpretarse literalmente este precepto ( art. 878.II CCom ), y supeditó la ineficacia a la concurrencia del perjuicio, que vendría representado por un detrimento patrimonial o disminución del haber de la masa.

La realidad de las cosas permite constatar que la ineficacia de los actos realizados por el quebrado en el periodo de retroacción no responde a la naturaleza propia de la nulidad, pues desde el punto de vista dogmático, la nulidad aparece referida a los negocios jurídicos que padecen una ineficacia estructural 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 entendió la doctrina al afirmar, hace ya algunos años, que el análisis de la realidad constata que la ineficacia del art. 878.II CCom no responde a ninguno de los caracteres propios de la nulidad: no es automática, ni originaria ni estructural.

Esta tesis ha acabado siendo admitida por la jurisprudencia de la Sala, sobre todo a partir de la sentencia de 951/2005, de 13 de diciembre que, haciendo una reflexión sobre la naturaleza jurídica de esta ineficacia, argumentaba en el mismo sentido: "La nulidad que se produce en base a la aplicación de la regla del art. 878.II CCom no es automática, ni absoluta, ni originaria ni estructural, toda vez que, en cuanto al carácter automático, se requiere decisión judicial al menos cuando se oponga o resista el actual poseedor a la entrega de los bienes, que por otra parte no pueden ser ocupados por los síndicos, que tampoco pueden, con la sola base del auto que fija la retroacción, cancelar o anular los asientos registrales causados por las transmisiones realizadas durante el periodo de retroacción; o que puede inscribirse una compraventa presentada antes que un auto de declaración de quiebra que retrotraiga sus efectos a fecha anterior; o que en los folios de las fincas enajenadas por el quebrado durante el periodo de retroacción no puede ser anotada la declaración de quiebra acordada en un procedimiento en que no son citados ni oídos los titulares registrales actuales de aquéllas. La tal nulidad tampoco afecta por igual a todos los actos, pues vienen excluyéndose aquéllos que, por corresponder al giro y tráfico ordinario del quebrado, el buen sentido tiene por válidos. No puede, finalmente, concebirse esta nulidad ni como originaria, pues el acto del quebrado nació correctamente, y no ha podido solicitarse la nulidad hasta la declaración de quiebra y la determinación del periodo de retroacción, ni cabe tampoco calificarla como estructural, pues no proviene de un defecto en origen, sino que se trata de las consecuencias posteriores de un negocio estructuralmente regular ".

Esta doctrina ya es, en la actualidad, unánime e incontrovertida, pues aparece reiterada con los mismos o parecidos términos en las sentencias posteriores: [ Sentencias 299/2006, de 30 de marzo ; 433/2006, de 12 de mayo ; 630/2006, de 19 de junio ; 359/2007, de 19 de marzo ; 330/2007, de 28 de marzo ; 587/2007, de 23 de mayo ; 597/2007, de 1 de junio ; 993/2007, de 13 de septiembre ; 999/2007, de 27 de septiembre ; 1185/2007, de 6 de noviembre ; 362/2008, de 7 de mayo ; 802/2009, de 10 de diciembre ; 82/2010, de 8 de marzo ; 496/2010, de 29 de julio ; 586/2010, de 29 de septiembre ; 676/2010, de 10 de noviembre ; 801/2010, de 14 de diciembre ; 224/2011, de 23 de marzo ; y, la más reciente, 557/2012, de 1 de octubre ].

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. Lo que se acomoda mejor al art. 1366 LEC 1881 que, al legitimar a los síndicos " *para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo inhábil* ", presupone que la ineficacia de los actos realizados en periodo de retroacción afecta sólo a aquéllos que sean perjudiciales para la masa. De este modo procede interpretar conjuntamente ambos preceptos ( art. 878.II CCom y art. 1366 LEC 1881 ) y considerar ineficaces sólo los actos comprendidos en el periodo de retroacción que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra.

**11.** Esta interpretación es acorde con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 22/2003, de 9 de julio , cuando prescribe que los " *tribunales interpretarán y aplicarán 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* ". La Ley Concursal deroga el sistema de reintegración previsto en el Código de Comercio para la quiebra, y en concreto la retroacción del art. 878.II CCom , e idea una acción de reintegración propiamente concursal, que nace y se extingue con el concurso de acreedores, de naturaleza rescisoria, que funda la ineficacia de los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, en el perjuicio para la masa activa ( art. 71.1 LC ).





La concepción de la ineficacia del art. 878.II CCom como una rescisión basada en el perjuicio para la masa de la quiebra, se acomoda mejor al espíritu y finalidad de la actual rescisión concursal.

### **Actos de disposición propios del tráfico y giro comercial de la sociedad quebrada**

11. Como hemos adelantado, aunque el art. 878.II no distinguía ni exceptuaba actos de administración y disposición que queden al margen de los efectos de la retroacción, la jurisprudencia de la Sala había excluido los actos o negocios que constituyen una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio ( Sentencias de 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1976 ). El alcance de esta exclusión puede ahora articularse en la práctica teniendo en cuenta la previsión contenida en el art. 71.5 LC , según el cual, " *en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales* ". De este modo, en el ámbito de la retroacción de la quiebra, cabría excluir de los efectos del art. 878.II CCom aquellos actos de disposición del deudor quebrado que sean ordinarios de su actividad empresarial y hayan sido realizados en condiciones normales.

En nuestro caso, el pago de 71.040.808 Ptas. en concepto de rentas pendientes de un arrendamiento de un edificio, con una renta anual de 318.000.000 Ptas. anuales, ligado a la resolución anticipada del contrato de arrendamiento sobre la totalidad del edificio y su sustitución por otro arrendamiento sobre dos plantas del edificio, con una renta muy inferior, 120.000.000 Ptas. anuales, no puede acogerse a esta exclusión. El pago de la rentas de las instalaciones donde la quebrada desarrolla su actividad empresarial puede considerarse como un acto ordinario de su actividad empresarial, pero para que pueda quedar excluido de la retroacción, sin necesidad de entrar a analizar el perjuicio, es necesario que el pago de las rentas se haya realizado en condiciones normales, esto es, de forma periódica y regular. En nuestro caso, el pago de algunas rentas acumuladas, en su mayor parte con cargo a la fianza constituida en su día, quince días antes de solicitar la suspensión de pagos, y para lograr la novación del contrato de arrendamiento, no puede considerarse que haya sido realizado en condiciones normales.

### **Perjuicio para la masa de la quiebra**

12. Pero el hecho de que el pago impugnado no pueda considerarse un acto ordinario de la actividad empresarial de la quebrada realizado en condiciones normales, no impide confirmar que el tribunal de instancia apreció acertadamente la ausencia de perjuicio, al analizar, como debía y en contra de lo argumentado en el recurso, todas las circunstancias que rodeaban al acto impugnado.

La Audiencia analiza correctamente el acto o negocio impugnado, que es el pago de la rentas, y lo hace atendiendo a todas las circunstancias, no sólo las que el recurrente pretende que sean valoradas (la proximidad en el tiempo del pago con la solicitud de suspensión de pagos y su vinculación con la resolución del contrato de arrendamiento), sino también el resto, como es la novación del contrato de arrendamiento en condiciones más beneficiosas para el quebrado.

En conclusión, si la Audiencia parte de una interpretación del art. 878.II CCom conforme a la jurisprudencia actual y la valoración que entraña su enjuiciamiento se acomoda a dicha interpretación jurisprudencial, no cabe volver a revisar su enjuiciamiento como si de una tercera instancia se tratase, pues excede del ámbito de la casación.

### **Costas**

13. Desestimados los dos recursos, el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación, procede imponer al recurrente las costas generadas por cada uno de estos recursos ( art. 398.1 LEC ).

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

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación formulados por la Sindicatura de la quiebra de Otaysa, S.A., frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de fecha 15 de enero de 2010 (rollo de apelación 161/2009 ), que resuelve un recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Coslada de 21 de septiembre de 2007 (juicio ordinario 581/2006). Imponemos a la parte recurrente las costas generadas por sus recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Rios.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-



Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y Rubricado.  
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,  
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