

REINTEGRACIÓN DEL PATRIMONIO DEL CONCURSADO¹

JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ CAMPOS
*Profesor Titular de Derecho Civil*²
Universidad de Murcia
juanfern@um.es

SUMARIO: I. Introducción. II. La reintegración en la legislación anterior: la retroacción. III. Sistema actual: las acciones de reintegración (arts. 71 a 73 de la Ley Concursal). 1 Naturaleza jurídica de la acción rescisoria concursal. 2. Requisitos: objetivo y subjetivo (art. 71 LC). 3. La presunción de perjuicio de los actos realizados con personas especialmente relacionadas con el deudor. 4. Efectos (art. 73 LC).

RESUMEN: La regulación de las acciones de reintegración debe conjugar el binomio de suficiente reintegración de la masa activa para procurar máxima satisfacción a los acreedores concursales; junto a la atención a la seguridad del tráfico jurídico, traducido normalmente en limitación de los actos que van a ser atacados sea atendiendo al criterio de su naturaleza sea en función del tiempo en que fueron realizados.

Las acciones para la reintegración del concurso a través de la impugnación de los actos perjudiciales realizados por el deudor antes de la declaración del concurso son varias pero especialmente, la acción rescisoria concursal (artículos 71 a 73 LC). Podemos concluir (1º) que la acción del art. 1111 no es distinta de la del 1291.3º del Código Civil, sino la misma acción de rescisión por fraude de acreedores; (2º) que la acción del art. 71 es una acción rescisoria «concursal», señalando su naturaleza de rescisión y precisando con el adjetivo «concursal» sus especialidades de régimen frente a la rescisoria civil de los artículos 1290 a 1299, (sin que dichas especialidades comporten otra naturaleza), lo cual permite acudir al régimen de la rescisión civil para salvar las lagunas de los arts. 71 y 73 Ley Concursal.

PALABRAS CLAVE: Concurso, reintegración, acción rescisoria concursal, créditos subordinados.

1 Ponencia presentada al *I Congreso Italo-español de Derecho Patrimonial*, celebrado en la Universidad de Murcia, en colaboración con la Universidad Roma Tre (Italia), 22 febrero 2007.

2 El presente trabajo se adscribe al Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia /Los privilegios crediticios como mecanismo de protección del crédito/ (SEJ2005-07603), cuyo investigador principal es el Dr. D. Antonio Reverte Navarro.

RESUMEN EN ITALIANO: L'evoluzione della reintegrazione del patrimonio del fallito ci offre due modelli di attuazione: fissare un periodo di tempo dentro del quale tutti gli atti compiuti dal debitore poi fallito verranno annullati, ovvero, cercare di scoprire una certa data dopo la quale il patrimonio del debitore non era già in grado di soddisfare tutti i creditori. La regolazione della reintegrazione deve cercare di compaginare la ricostituzione del patrimonio del debitore in una percentuale sufficiente per soddisfazione dei creditori senza cagionare eccessivi pregiudizi al traffico giuridico. La nuova legge fallimentare spagnola svolge un sistema che offre delle facilitazioni per l'esperimento della revocatoria fallimentare, fissando un periodo dove è possibile impugnare gli atti compiuti affinché vengano eliminati gli effetti pregiudizievoli. La regolazione della cosiddetta «acción rescisoria civil» degli articoli 1290 a 1299 del codice civile permettono, poiché ha la stessa natura giuridica, di coprire i vuoti della «rescisorias concursual» degli articoli 71 a 73 della nuova legge fallimentare (Ley Concursal 2003).

PAROLE CHIAVI: Fallimento, reintegrazione, azione revocatoria fallimentare, crediti subordinati.

I. INTRODUCCIÓN

Una constante histórica y universal revela que el deudor, antes de declararse o ser declarado en concurso, suele realizar actos que empobrecen su patrimonio, enajenando bienes, constituyendo garantías o realizando pagos indebidos en perjuicio de sus acreedores.

Por ello, para que el procedimiento de liquidación universal en que deviene el concurso (si no se alcanza el acuerdo mediante convenio) alcance su finalidad de satisfacer a los acreedores insinuados en la masa pasiva, no basta con poner a su disposición los bienes que al tiempo de la declaración del concurso integraban el patrimonio del deudor, sino que hace falta reintegrar aquellos bienes y derechos que pertenecieron al deudor concursado pero salieron de su patrimonio indebidamente.

Toda regulación de la reintegración del patrimonio del concursado debe compaginar intereses contrapuestos: el de los acreedores aún no satisfechos frente a los terceros que se relacionaron con el deudor concursado, especialmente, los que adquirieron en un tiempo anterior a la declaración del concurso bienes o derechos del mismo. Se trata, por tanto, de conjugar el binomio de suficiente reintegración del patrimonio para procurar total o máxima satisfacción a los acreedores concursales; junto a la atención a la seguridad del tráfico jurídico, traducido normalmente en limitación de los actos que van a ser atacados ya sea atendiendo al criterio de su naturaleza ya sea en función del tiempo en que fueron realizados.

Esa conjugación de intereses ha tenido diversa articulación en nuestra legislación concursal; el sistema derogado por la Ley Concursal de 2003 venía a establecer un sistema de retroacción absoluta, en la que, fundándose en que la insolvencia consta-

tada al momento de la declaración de quiebra, en realidad existía antes de ese momento, retrotrae los efectos del auto declarativo a un período anterior no prefijado por el legislador sino establecido en cada caso por el juez ad hoc (art. 878.II del Código de Comercio) afectando indiscriminadamente a todos los actos realizados por el deudor durante ese período más o menos extenso, y además con una sanción radical como es la nulidad absoluta. En cambio, en el sistema actualmente en vigor, no sólo se limita el período de tiempo de la reintegración sino que también se seleccionan los actos o contratos afectados, debiendo ser solo aquellos «perjudiciales» tanto para el patrimonio del deudor como para la par conditio creditorum (más exactamente, que no respetan el orden legal de pagos que para los supuestos de concurso establece la ley, especialmente, atendiendo en la práctica a la posición y derechos de los acreedores con privilegios, y ahora cuidando también de los intereses de los acreedores ordinarios).

Salta a la vista que el sistema actual representa una notable mejora técnica respecto del anterior, pero para que se alcance a comprender lo desproporcionado que resultaban los mecanismos de reintegración de la masa activa bajo la legislación derogada, conviene (aunque solo sea para aquilatar mejor el sistema actual) que nos entretengamos brevemente en señalar algunos rasgos del que, a pesar de la constante crítica de la mejor doctrina³, ha sido el régimen de reintegración hasta el 1 de septiembre de 2004 en los procedimientos concursales⁴, al no haber prosperado los sucesivos proyectos normativos de reforma⁵.

3 ROJO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *Revista de Derecho Mercantil*, 1979, pp. 37-100; MASSAGUER, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Bosch, 1986; DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad de los actos del quebrado en el periodo de retroacción de la quiebra. La s. de 12 marzo 1993 y la jurisprudencia del último decenio», *Aranzadi Civil*, 1993-II, pp. 2489-2511; FERNÁNDEZ CAMPOS, «Última jurisprudencia en materia de retroacción de la quiebra», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, nº 18, 1994, pp. 47-63; MARTÍN REYES, *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, 1995; ALCOVER GARAU, *La retroacción de la quiebra*, McGraw-Hill, 1996; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, 1997.

4 Durante la tramitación parlamentaria de la LC, se propuso (enmienda 581, grupo catalán, CiU) introducir una disposición transitoria para no aplicar la retroacción a los procedimientos concursales pendientes de tramitación: «se trata de acabar de forma urgente y de una vez por todas, con la nulidad de pleno derecho que viene anudándose a los actos y contratos celebrados dentro del período de retroacción» (GIL RODRÍGUEZ, 2004, p. 839, nota 26).

5 En el último de ellos, la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal (PALC, 1995) elaborada por el profesor Rojo, y siguiendo el criterio básico del Ministerio de Justicia de suprimir la retroacción absoluta, se articularon una acciones de impugnación de actos gratuitos otorgados dentro de los 2 años previos, y de actos onerosos que perjudiquen a acreedores; facilitando la impugnación de éstos con unas presunciones de que la contraparte conocía o debía haber conocido el estado de insuficiencia patrimonial del deudor. Como recoge GIL RODRÍGUEZ (2004, p. 838, nota 26) es fácil rastrear influencia en esa propuesta de la regulación portuguesa de 1993 y, sobre todo, de la *Insolvenzordnung* alemana de 1994.

II. LA REINTEGRACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR: LA RETROACCIÓN

El sistema para la reintegración del patrimonio del deudor quebrado en la regulación anterior combinaba dos remedios: la retroacción de efectos del auto que declaraba la quiebra (con el efecto de resultar nulos todos los actos realizados por el deudor durante ese período: art. 878.II Co.Co) más una serie de acciones de impugnación de determinados actos realizados antes de la declaración del concurso (arts. 879 a 882 Co.Co). Aunque literalmente los arts. 879 y 881 hacían referencia a 15 días o 1 mes antes de la declaración de la quiebra, la doctrina convino que el dies a quo no era el de la declaración de la quiebra, sino el límite anterior del período de retroacción fijado en el auto declarativo de la quiebra. Este sistema era denominado por la doctrina como «mixto», aunque en realidad habría que denominar «doble»⁶, en la medida en que no se trata de un sistema intermedio entre retroacción e impugnación, sino que suma ambos, de modo que además del periodo de retroacción absoluta y radical cuya duración fijaba el juez, se añade un periodo de impugnación selectiva de ciertos actos (este sí, señalado en la ley).

Vamos a señalar las principales perversiones del sistema anterior:

- 1ª.— Se consideran «nulos de pleno derecho» todos los actos realizados durante la fecha de retroacción, tanto los de disposición como los de gestión, sean o no perjudiciales para la masa⁷. La doctrina del Tribunal Supremo lo consagraba: «no es posible negar que el párrafo segundo del art. 878 del Texto Mercantil sanciona el principio de retroacción absoluta (...) y semejante nulidad es absoluta o de pleno derecho, tanto desde el punto de vista subjetivo, frente a todos, como objetivo, afecta a la totalidad de los actos de dominio y administración del deudor, haciendo volver a la masa de la quiebra, ipso iure, aquellos bienes que salieron del patrimonio de aquél como consecuencia de esos actos nulos, cuya nota de nulidad radical constituye doctrina consolidada de esta Sala»⁸.

6 GIL RODRÍGUEZ, 2004, p. 833. O sistema de reintegración «intermedio», donde se juxtaponen un período de retroacción y un período sospechoso (FERNÁNDEZ RIVERA, *Reintegración y Concurso de Acreedores*, 2005, p. 21).

7 A pesar de la amplitud con que el legislador extiende los efectos de la retroacción, existen exclusiones legales (y otras jurisprudenciales) de ciertos actos que escapaban a ese régimen radical de ineficacia: CERDÀ ALBERO/SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho Concursal*, Colex, 2000, pp. 149-151.

8 SS.T.S. 11 noviembre 1993 (R.J.Ar. 8960), 14 junio 2000 (R.J.Ar. 5286), o 30 septiembre 2002 (R.J.Ar. 8490). Durante las últimas décadas, fueron varios los esfuerzos de la doctrina por alejar la nulidad radical y absoluta como ineficacia propia de la retroacción (aunque algunos autores la se-

- 2ª.- Esa ineficacia radical vence, incluso, a la protección que el ordenamiento dispensa a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso (en particular, vence a la protección que depara el art. 34 de la Ley Hipotecaria)⁹.
- 3ª.- Los jueces declaraban unos períodos de retroacción muy extensos en el tiempo, con la evidente merma de la necesaria seguridad jurídica del tráfico¹⁰.
- 4ª.- Las acciones de impugnación de los arts. 879 a 882 del Código de Comercio no se utilizaban. En la práctica esa extensión desmesurada del periodo de retroacción absorbía el recurso a las acciones impugnatorias.

En relación con la impugnación de todo tipo de actos realizados por el quebrado, aunque no fueran perjudiciales, es cierto que el art. 878.II del Código de Comercio no menciona expresamente el perjuicio como requisito para la impugnación, pero tampoco hacía falta pues el perjuicio al patrimonio del deudor es un elemento inherente y esencial a la propia reintegración de la masa y se deduce de los otros artículos del Código, y del art. 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula la legitimación de los síndicos para impugnar los actos del quebrado¹¹.

Por otro lado, en relación con la no relevancia de la buena fe del adquirente del bien enajenado por el quebrado, parte del acto afectado por la retroacción, aunque la línea tradicional de la jurisprudencia señalaba que la nulidad del régimen de retroacción se imponía a la protección de la buena fe, no obstante, se pudo vislum-

guían manteniendo: GARCIA VILLAVERDE), apostando por una nulidad «relativizada» (ROJO, GARCÍA CRUCES, FÍNEZ RATÓN, SÁNCHEZ CALERO), una ineficacia atípica (DELGADO ECHEVERRÍA), la anulabilidad (ALCOVER, MARTÍN REYES) o, fundadamente, por la rescisión (MASSAGUER, ABRIL CAMPOY, SANCHO GARGALLO, y ya en los años 1958-59, JIMÉNEZ ESCÁRZAGA y JUSTE IRIBARREN) como nosotros mismos hicimos (FERNÁNDEZ CAMPOS, 1994). Recoge esa exposición GUTIÉRREZ GILSANZ, *La fecha de retroacción*, Tirant lo Blanch, 2001, nota 79, pp. 68-69. Vid. las excelentes consideraciones al respecto de JIMÉNEZ-HORWITZ, «La reintegración de la masa de la quiebra: régimen de ineficacia de los actos de enajenación perjudiciales para los intereses concursales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 658, 2000, pp. 1258-1297.

9 Por ejemplo, la sentencia 15 de noviembre de 1991 afirma que «la nulidad afecta a todos los actos realizados por el deudor en aquel periodo de tiempo, aunque el contrato lo celebrase con terceros de buena fe; se trata de una nulidad absoluta, intrínseca y radical que se produce sin necesidad de expresa declaración judicial» (R.J.Ar. 8406). Vid. también SS.T.S. 14 junio 2000 (R.J.Ar. 5286), o 22 enero 1999 (R.J.Ar. 415).

10 Al respecto señala BUSTILLO SAÍZ («Razones de derogación de la retroacción judicial absoluta en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Pons, 2005, p. 3991) que «llama la atención la frecuencia de retroacciones de dos o tres años que en algunos casos se extiende a seis y siete años previos a la declaración de quiebra, seguramente motivados por un deseo excesivo de proteger a los acreedores».

11 ROJO, 1979, pp. 69-72; FERNÁNDEZ CAMPOS, 1994, pp. 54-55. Un completo estudio de las últimas sentencias del Tribunal Supremo en RIVERA FERNÁNDEZ, 2005, pp. 23-41.

brar algún atisbo de crítica al excesivo rigor de tal doctrina, apuntando diversos remedios para atenuar el mismo y orientarlo por unos cauces técnicamente más correctos¹².

En cambio, examinando otras resoluciones, vemos como el Alto Tribunal indaga en dicho elemento de la buena fe, normalmente para constatar que el adquirente era de mala fe, conocía o debía conocer la situación del quebrado. A nuestro juicio no se puede prescindir de examinar ese requisito (particularmente, en los actos onerosos) porque el ordenamiento no puede desconocer la necesaria protección del tercero adquirente de buena fe y a título oneroso, uno de los pilares de la necesaria seguridad del tráfico jurídico.

La intención de nuestros tribunales de procurar al máximo la reintegración del patrimonio del deudor a través de la retroacción extensa era respetable, pero dentro del respeto de otros intereses legítimos (no solo las expectativas de los acreedores merecen protección)¹³. No se olvide que la retroacción procura la reintegración pero no era el único medio dedicado a tal fin: daba la sensación de que de los códigos de comercio que manejaban nuestros jueces y magistrados habían desaparecido los artículos 879 a 881 reguladores de las acciones revocatorias concursales¹⁴, tal era su escasa o nula aplicación en la práctica¹⁵.

12 La admisión de la buena fe como factor corrector de la aplicación rigurosa y automática de la nulidad de la retroacción hubiera permitido a los jueces un amplio juego para valorar las circunstancias de cada caso en relación con el efectivo o posible conocimiento que el sujeto afectado tenía de la situación de insolvencia.

13 Lo subraya GARCÍA-CRUCES («La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», en *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, 2005, p. 376): «la interpretación judicial del artículo 878.2 CCom logrando un efecto restitutorio de bienes [la retroacción salva la quiebra, ha asegurado antes] sacrifica el valor que representa la seguridad jurídica ... Frente a esta situación resulta más acertada la composición de intereses por la que opta la Ley Concursal».

14 Cuyo propio estudio estuvo huérfano de suficiente atención doctrinal salvo algunas honrosas excepciones: ESCRIBANO GAMIR, *Las acciones impugnatorias en la quiebra: Derecho vigente y reforma*, 2001. Con buen criterio, OLIVENCIA RUIZ («Reflexiones sobre la reforma de la legislación concursal», en *Estudios de Derecho Concursal*, 2006, p. 477) las llama «paulianas concursales», para resaltar su naturaleza jurídica.

15 Ya lo denunciaba MARCOS GONZÁLEZ («El período de retroacción en el proceso de quiebra» en *Revista de Derecho Procesal*, 1995-3, pp. 957-958): «con demasiada frecuencia han preferido sucumbir ante la fácil tentación de realizar una aplicación simplista y repetitiva del art. 878.2 C.Com, eludiendo, de este modo, la tarea de elaborar un sistema de reintegración de la masa más coherente con los principios jurídicos básicos de nuestro ordenamiento».

III. SISTEMA ACTUAL: LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN (arts. 71-73 Ley Concursal)

Antes de abordar las cuestiones seleccionadas en los epígrafes, debemos proceder a un pequeño apunte en relación con la ubicación sistemática de los artículos 71 a 73 reguladores de las acciones de reintegración; al respecto, aunque la LC las trata en sede de «efectos de la declaración del concurso» (Título III, «de los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa») hubiera sido preferible ubicarla en Título IV («Determinación de la masas activa y pasiva»)¹⁶. En esta línea, la propia LC señala que una de las secciones del concurso, la tercera, se refiere a la determinación de la masa activa, centrándose en la sustanciación y ejecución de las acciones de reintegración (art. 183.3° LC).

1. La naturaleza jurídica de la acción rescisoria de reintegración concursal

Las acciones para la impugnación de los actos perjudiciales realizados por el deudor antes de la declaración del concurso y que persiguen la reintegración del patrimonio del concursado (convertido ahora en masa activa) tienen naturaleza de rescisión, como la propia LC en numerosas ocasiones señala; con el epíteto de «concursal» para diferenciarla de su homónima y matriz, la rescisoria civil contra el fraude de acreedores¹⁷, regulada en algunos de los arts. 1290 a 1299 del Código Civil, con la que comparte fundamento, finalidad y presupuestos, sin perjuicio de que alguno de los requisitos se deban acomodar a las diferentes circunstancias (introduciendo la LC, por ejemplo, una generosa presunción de perjuicio, no necesidad de probar el perturbador elemento subjetivo¹⁸, una importante limi-

16 GIL RODRÍGUEZ (2004, p. 842) señala que con esta ubicación sistemática (que trae causa del Anteproyecto de Ley Concursal) se abandona la tradicional en nuestro Derecho (que aborda la revisión de los actos de disposición del deudor como una operación de delimitación de la masa por contraste con la operación de reducción de la misma) y se opta por enfocar la reintegración como un efecto de la declaración de concurso. A nuestro juicio ese enfoque responde a la institución de la retroacción que suponía eso mismo, retroacción de los efectos de la declaración de concurso, más que a una reintegración basada en una reconstitución no general sino seleccionada del patrimonio del deudor, impugnando aquellos actos jurídicos que resultan perjudiciales para los acreedores (la propia rúbrica del capítulo lo indica), con el fin de equilibrar cuanto sea posible las masas activa y pasiva del concurso.

17 Que no es otra sino la conocida como «acción pauliana» enunciada, sin esa denominación, en el art. 1111 Código Civil, mal llamada «revocatoria» por parte de la doctrina (vid FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998, pp. 285 ss).

18 Por otra parte, también para la rescisión civil alguna presunción de fraude o perjuicio contempla el art. 1297, en sus párrafos primero y segundo, que demuestra que tampoco resultan ajenas esas facilidades probatorias en el régimen jurídico del Código Civil.

tación del periodo de tiempo de impugnación situada en 2 años)¹⁹ y que los efectos varíen.

La explicación de los diferentes efectos tiene su razón de ser en que el ejercicio de la acción pauliana es individual (la legitimación corresponde a cualquiera de los acreedores perjudicados) y su finalidad es permitir al acreedor impugnante volver a embargar el bien enajenado por el deudor en fraude de su crédito (efecto denominado «repristinatorio» por la doctrina), sin que ello suponga restitución del bien enajenado al patrimonio del deudor (efecto denominado «revocatorio»). En cambio, en la rescisoria concursal, en la medida en que se trata de remover el perjuicio que el acto ahora impugnado representa para todos los acreedores concursales, permite la vuelta del bien enajenado al patrimonio del deudor (convertido ahora en masa activa), para poder satisfacer al máximo número de acreedores mediante la liquidación del mismo y posterior reparto entre los insinuados en la masa pasiva.

No hay lugar a la restitución al patrimonio del deudor del bien enajenado en fraude en la acción pauliana o «rescisión civil», primero, porque no es necesaria para alcanzar su finalidad ya que para la ejecución del bien enajenado no hace falta restablecer la propiedad del deudor²⁰; y, segundo, porque el deudor no debe verse beneficiado por el ejercicio de la acción: los efectos de la impugnación pauliana solo deben beneficiar al acreedor impugnante (tampoco a otros posibles acreedores del deudor), y la rescisión debe dejar intactos o subsistentes todos los efectos posibles que no haga falta remover para remediar el daño sufrido por el acreedor (de modo que satisfecho el crédito del impugnante, será el adquirente y no el deudor el destinatario del sobrante que en su caso pueda quedar)²¹.

19 Ese plazo de 2 años parece haber encontrado el punto de equilibrio entre la necesaria protección a los acreedores concursales por un lado, y los adquirentes de buena fe del concursado por otro: «coincidiendo no sólo con otros intentos autóctonos de reforma, sino con el periodo de sospecha vigente en otros modelos extranjeros» (GIL RODRÍGUEZ, 2004, p. 849). Aunque cabe objetar que el *dies a quo* de dicho plazo no debiera ser la declaración de concurso, sino la solicitud de la misma, para evitar maniobras dilatorias del deudor que logran poner a cubierto de la rescisoria concursal algunos actos localizados en el límite de dicho plazo (GIL RODRÍGUEZ, 2004, p. 850); y que dicho único periodo «peca de rigidez y de falta de matices necesarios: dos años pueden ser un periodo desmesurado para actos perjudiciales a título oneroso, pero puede quedarse corto con los actos de disposición a título gratuito» (CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, 2004, p. 313), aunque en este caso, quedaría todavía el recurso al ejercicio de la rescisión civil en el concurso (ex art. 71.6 LC).

20 MONTÉS PENADÉS, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, 1998, p. 231; FERNÁNDEZ CAMPOS, «Actuación de la acción pauliana», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson-Civitas, 2003, pp. 1827 y 1833-1835; LINACERO DE LA FUENTE, *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, 2005, p. 234.

21 Es decir, un régimen de ineficacia parcial y relativa: ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Volumen 1, sub art. 1111, EDERSA, 1989, p. 980; FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 219-241; JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria o pauliana*, 2001, pp. 47-55; LINACERO DE LA FUENTE, 2005, p. 236.

En relación con la naturaleza de la acción rescisoria concursal se ha vertido, por parte de autorizada doctrina, algunas opiniones que merecen ser comentadas. Se ha afirmado que «los artículos 71 a 73 contienen un régimen suficientemente completo de la acción que regulan, en general, más detallado que el común sobre rescisión contenido en los artículos 1291.3 y concordantes del Código Civil o que el de la revocatoria del escueto art. 1111 del mismo Código»²². En consecuencia, parece que para nuestro autor en el Código Civil están la acción rescisoria del art. 1291, y la acción revocatoria del art. 1111, lo cual es un error, puesto no se trata de acciones distintas, sino que la acción (sin denominación) enunciada en el art. 1111 junto a la «acción subrogatoria», luego recibe una regulación más completa en sede de rescisión de contratos, porque el modelo francés (art. 1167, precedente de nuestro art. 1111) carecía de ella, y porque Proyecto 1851, con buen criterio, asemeja el fraude de acreedores a la lesión, y ambas dentro de rescisión²³. Por consiguiente, la acción rescisoria del art. 1291.3º y la acción del art. 1111 no son acciones distintas, ni hay diferentes requisitos²⁴.

Se afirma, además, que «la acción ex art. 70 [rectius, 71] es una acción que está configurada con un régimen jurídico particular que tiene caracteres específicos y, por ende, tiene una naturaleza jurídica propia y diferenciada. Ahora bien, de los tres tipos de ineficacia que se regulan en el Código Civil, nulidad, anulabilidad y rescisión, es obvio que con el que guarda mayor parecido es con este último, por lo que sus reglas y en concreto las de la rescisión por fraude de acreedores, pueden aplicarse de forma subsidiaria a la acción ex art. 71»²⁵. Afirmación esta última algo paradójica después de haber dicho que los arts. 71 a 73 contienen un régimen suficientemente completo y en todo caso más detallado que el común de la rescisión por fraude (a la que ahora acude para completarlo).

Luego, habrá que concluir (1º) que la acción del 1111 no es distinta de la del 1291.3º del Código Civil, sino la misma: acción de rescisión contra los actos del deudor realizados en fraude de acreedores²⁶; (2º) que la acción del art. 71 no es

22 ALCOVER, «Comentarios a los arts. 71 a 73 de la Ley Concursal», en *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Dykinson, 2004, p. 770. En cambio ESCRIBANO GAMIR (2005, p. 4024) aplaude el sencillo tratamiento normativo dispensado pues se ha establecido un régimen que solo consigna aquellas particularidades precisas para la eficiencia de la reintegración.

23 Solo que en el proyecto de Código Civil de 1851 la regulación de la rescisión por lesión frente a la de la rescisión por fraude estaba bien diferenciada (FERNÁNDEZ CAMPOS, «Subsidiariedad de la acción pauliana y las obligaciones solidarias», en *Revista La Ley*, 1996-3, p. 1451; JORDANO FRAGA, 2001, pp. 76-85).

24 ¿Cuál es el régimen de la acción enunciada en el art. 1111 sino el señalado en los artículos 1290 y siguientes del Código Civil?

25 ALCOVER, 2004, p. 770.

26 Acción a la que habrá que denominar, con propiedad, «rescisoria concursal» porque esa es su apelación legal y porque es la denominación que se corresponde con su naturaleza. Respecto a la denominación legal, vid. GIL RODRIGUEZ, 2004, p. 843, nota 38.

simplemente «de reintegración», porque hay otras de reintegración (aludidas en art. 71.6)²⁷: Es una acción rescisoria (por fraude o perjuicio a acreedores)²⁸, y además, una «rescisoria concursal», señalando su adscripción (naturaleza de rescisión: fundamento, el perjuicio) y precisando con el adjetivo «concursal» sus especialidades de régimen (sin que dichas especialidades comporten llegar a otorgar otra naturaleza a la acción)²⁹, lo cual permite acudir al régimen de la rescisión

27 También ESCRIBANO GAMIR, 2005, p. 4016, y MASSAGUER, «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, 2005, p. 4216.

28 Para ESCRIBANO GAMIR (2005, pp. 4020 y 4027) estamos ante una «rescisoria concursal por lesión»: la LC se aparta de la revocatoria por fraude del Código Civil porque acentúa la importancia del elemento objetivo, produciendo la ruptura con el linaje pauliano basado en el fraude (2005, p. 4024; recientemente en «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007-1, pp. 15-21). No podemos compartir estas afirmaciones: el perjuicio es también el fundamento y el elemento esencial de la acción rescisoria civil: ya hemos señalado en otro lugar, que desde sus orígenes, el fraude, pero entendido como perjuicio o daño, fue el fundamento del remedio contra los actos del deudor realizados en fraude de acreedores. Es cierto que durante una etapa la doctrina se centró desmesuradamente en el elemento subjetivo de la acción, desnaturalizando el instituto, pero tanto en otros ordenamientos (alemán e italiano especialmente) como en el nuestro desde hace unas décadas, doctrina (ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1992; FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, 1998; JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, 1999; JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria o pauliana*, 2001; TORRES PEREA, *Presupuestos de la acción rescisoria*, 2001) y jurisprudencia han vuelto a acentuar la importancia del requisito objetivo (llámesele daño, perjuicio o *eventos damni*). También hemos advertido que el propio Código Civil al regular la acción pauliana se aparta del modelo francés (donde se la llama revocatoria y da lugar a la nulidad de los actos impugnados) la incardina orgánicamente entre los supuestos de rescisión (art. 1291.3º, ubicación legal inadvertida tanto tiempo por nuestra doctrina patria que siguió llamándola «revocatoria», eligiendo un arquetipo de ineficacia más ajustado a su fundamento y finalidad: la eliminación no del acto, sino del perjuicio que el acto provoca al acreedor. Acaso podamos acuñar la expresión «rescisoria por lesión a los acreedores» para señalar su fundamento común (la lesión o perjuicio) pero su régimen especial: protección del crédito (desterrando el término «fraude» que resulta equívoco): vid. LÓPEZ LÓPEZ, «La acción revocatoria concursal: perfiles generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Pons, 2005, p. 4163.

29 Recientemente, GUILARTE (Cristina, «Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007-1, pp. 76-77) frente a la tendencia doctrinal que sostiene que la acción de reintegración responde al fundamento de la rescisión por lesión, concluye que se trata de una «rescisión especial y distinta». Por su parte LINACERO DE LA FUENTE (2005, pp. 53 y 55) señala que aunque la rescisoria concursal tiene similitudes con la rescisoria por fraude, tiene rasgos y naturaleza jurídica propios resultantes de su especial regulación en los arts. 71-73 LC, enunciando hasta 6 especialidades. En cualquier caso, estamos en presencia de una rescisión, categoría de ineficacia apropiada para reducir la eficacia del acto impugnado hasta eliminar el perjuicio que provoca (rescisión puesta en valor por DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Instituto de Estudios Jurídicos, 1971, pp. 517-525) una impugnación que no anula sino que reduce la eficacia de un acto válido pero perjudicial (FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 285-288; no habría una «patología contractual, sino una fisiología contractual que provoca patología del tráfico jurídico», LÓPEZ LÓPEZ, 2005, p. 4163).

sión civil (por fraude de acreedores) para salvar las lagunas de los arts. 71 y 72 LC³⁰.

2. Requisitos: objetivo y subjetivo

La clave del sistema actual de reintegración a través del ejercicio de la acción rescisoria concursal en cuanto a los requisitos es la supresión de la exigencia de fraude como presupuesto subjetivo de la impugnación. Lo señala el art. 71.1 LC: «Declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta»³¹.

Prescindir del elemento subjetivo entre los requisitos de la rescisión concursal parece señalar un progreso técnico con el que nuestro legislador concursal recoge una tendencia moderna de los ordenamientos jurídicos hacia la objetivación de los remedios contra el fraude³², pero que no es sino propio de la tradición de diferenciar los requisitos propios de la acción rescisoria «concursal» frente a la rescisión civil³³.

30 Esa es también la opinión de GIL RODRÍGUEZ (2004, p. 845): «una vez que se han subrayado las peculiaridades –por lo que hace a alguno de los presupuestos y al resultado– no se adivinan otros inconvenientes para mantener el parentesco y la proximidad apreciables entre la rescisión concursal y la rescisoria común. Por el contrario, acaso debamos retornar a la regulación de la acción rescisoria por fraude de acreedores a fin de completar los vacíos que siempre se advierten en una reglamentación especial». Como, por cierto, hace el propio ALCOVER (2004, pp. 778, 780, 783, 784) para determinar varios aspectos de la rescisoria concursal. Insiste en esta línea ESCRIBANO GAMIR (2005, pp. 4016 y 4017): la regulación de la LC «ciñe los términos de la especialidad mercantil, que en nuestra opinión debe ser estricta» y «no modifica ni la estructura ni la naturaleza de aquellas acciones, pero, adjetivamente, las beneficia en aras de la eficiencia del sistema reintegratorio».

31 En relación con el plazo legal de dos años, el llamado «período sospechoso», que viene a sustituir al sistema de retroacción judicial con período incierto, se ha dicho que «aunque comparte la dosis de arbitrariedad de todo plazo legal, debe haberse establecido en atención a una máxima de la experiencia conforme a la cuál las situaciones de insolvencia ... suelen ser el resultado de un proceso durante el cual el deudor ha podido preparar la situación patrimonial para quedar lo más indemne posible» (FARIAS BATLLE, M.: «La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 251, 2004, p. 124).

32 Lo señalaba Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen II, Civitas, 1993, p. 731: «La ineficacia frente a los acreedores de los actos del deudor no resulta tanto del designio fraudulento como del carácter objetivamente perjudicial». «Una de las mayores dificultades que el ejercicio de la acción pauliana supone para los acreedores es probar la mala fe o el ánimo fraudulento que movió a su deudor y al tercero en el momento de realizar el acto jurídico que se pretende impugnar» (JERÉZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, Centro de Estudios Registrales, 1999, p. 33).

33 Vid. RIVERA FERNÁNDEZ, *Reintegración y concurso de acreedores*, 2005, p. 43.

El legislador concursal ha estimado oportuno facilitar el ejercicio de las acciones de impugnación para la reintegración del patrimonio del concursado eliminado el requisito subjetivo para todo tipo de actos (y no sólo para los actos gratuitos, como sucede en el régimen de la rescisión común). ¿Prescinde, entonces, el legislador concursal de atender a la buena o mala fe de los terceros que adquieren del o, en general, se relacionan jurídicamente con el deudor? Es importante señalar que aun cuando el fraude (como denominación generalizada, aunque etimológicamente incorrecta, del elemento subjetivo de la rescisión) no sea requisito necesario para el ejercicio de la rescisión concursal, sigue siendo un elemento importante del sistema de reintegración pues determina el régimen de los efectos; en concreto, el art. 73 de la LC distingue (al señalar el diferente alcance de la restitución, una vez que la sentencia declara la ineficacia del acto impugnado), si la contraparte o tercero demandados en rescisión fueron de buena fe, en cuyo caso la restitución ha de ser recíproca y simultánea, y el crédito será contra la masa; o si la sentencia aprecia la mala fe de la contraparte o del tercero (propietario del bien enajenado en fraude) en cuyo caso su prestación la recibirá como crédito subordinado (además, el de peor rango: art. 92.6º LC).

En consecuencia, en el sistema de reintegración de la masa de la nueva LC, el perjuicio es el fundamento de la acción rescisoria (art. 71.1 LC)³⁴. Se ha convertido en el requisito principal, cuya regla general es que será la administración concursal (o en su caso, los legitimados subsidiarios: art. 72 LC) los que deberán probarlo (art. 71.4: «el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria»). A este principio general, hay que apuntar las excepciones: por un lado, para facilitar el ejercicio de la rescisión concursal, cabe presunción del perjuicio sin admitir prueba en contrario, en los actos del art. 71.2 (actos de disposición a título gratuito y extinción de obligaciones con vencimiento posterior a declaración de concurso); o presunción del perjuicio admitiendo ahora sí prueba en contrario para los actos enunciados en el art. 71.3, que recoge: 1º los actos dispositivos a título oneroso con personas especialmente relacionadas con el deudor concursado; 2º la constitución de garantías reales por obligaciones preexistentes)³⁵.

La otra excepción al principio la sanciona el art. 71.5 LC, cuando dispone que ciertos actos, aun cuando hubieran causado perjuicio, no podrán «en ningún caso ser objeto de rescisión», señalando: a) «los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales»; b) «los actos com-

34 MUÑIZ ESPADA, *La acción revocatoria como una vicisitud del concurso*, 2006, pp. 91-93.

35 Esta discriminación en el tratamiento de los diversos actos susceptibles de resultar perjudiciales para la masa, fue resultado de la enmienda 619, del Grupo canario, «dirigida a la minoración de la consistencia presuntiva del perjuicio» en ciertos actos, y de la enmienda 23, del grupo mixto, contraria a la general presunción *iuris et de iure* contenida en el Anteproyecto (GIL RODRÍGUEZ, 2004, pp. 840-841, notas 27 y 28).

prendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados»³⁶.

Habiendo elevado a requisito único, determinante o no de la rescisión concursal, al perjuicio, debemos preguntarnos en qué consiste el perjuicio «concursal»³⁷. En la rescisión civil por fraude de acreedores, el perjuicio es la lesión de la garantía patrimonial que impide (o dificulta extraordinariamente³⁸) la realización ejecutiva del crédito (por tanto, no comporta insolvencia patrimonial sino empobrecimiento que impide realización)³⁹. En materia de concurso, para la doctrina autorizada perjuicio sería que sin el acto que se impugna la masa activa tendría mayor valor⁴⁰.

36 El alcance de esta excepción lo señala MASSAGUER, 2005, pp. 4226-4229. Para GARCÍA SANZ («El sistema de reintegración de la masa en la Ley Concursal», en *Estudios de Derecho Concursal*, Marcial Pons, 2006, p. 392) no deberían rescindirse, por estar justificados, actos tales como pago de cuotas a la Seguridad Social, el pago de arriendo de locales ocupados por la empresa, los pagos periódicos... aunque reconoce que en otros casos, la calificación de justificados o no resulta difícil y su valoración dependerá de las circunstancias. Salvando la literalidad del art. 71.5 que habla de «actividad profesional o empresarial del deudor», LACASA GARCÍA («Apuntes sobre el concurso de las fundaciones», en *Estudios de Derecho Concursal*, 2006, pp. 524-525) propone que también se pueda beneficiar de esta exclusión actos de otros deudores, como las fundaciones, cuando reúnan los requisitos exigidos en el precepto.

37 Para GULLÓN BALLESTEROS («La acción rescisoria concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Pons, 2005, p. 4127) «como concepto jurídico indeterminado, el perjuicio patrimonial tiene una zona clara, pequeña, y muchas oscuras y dudosas». Por su parte, ESCRIBANO GAMIR (2007, p. 21) denuncia que aunque sobre el perjuicio descansa el sistema reintegratorio, el legislador concursal [con evidente negligencia, apostillamos nosotros] ha declinado la tarea de identificarlo y precisar su contenido.

38 Esta es la concepción del Derecho italiano (dibujada por MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, CEDAM, 1970, pp. 23 ss, y LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Giuffrè, 1995, pp. 162-165; vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, «Algunas consideraciones sobre la acción revocatoria en Derecho italiano», en *Anuario de Derecho Civil*, 1997-II, pp. 644-648) acogida por parte de nuestra doctrina y que ha influido en la moderna doctrina del Tribunal Supremo y, curiosamente, acogida también por el legislador del Código Penal de 1995 al dibujar el nuevo tipo penal de alzamiento de bienes (art. 257 C.P.; vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, «Consecuencias civiles del alzamiento de bienes», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1998, pp. 3-6).

39 «La alteración desfavorable del estado de la garantía patrimonial del deudor (soporte de su responsabilidad patrimonial) que contra el interés del acreedor afecta a la satisfacción de su derecho de crédito» (ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1992, p. 161); «la disminución o transformación del patrimonio del deudor que lesiona la garantía patrimonial» (FERNÁNDEZ CAMPOS, 1994, p. 66).

40 ALCOVER, 2004, p. 771, distinguiendo perjuicio particular y perjuicio general. Por su parte ESCRIBANO GAMIR para intentar justificar la regulación de la LC, poco clarificadora como ella misma reconoce, debe concluir que «existe perjuicio concursal cuando el acto en cuestión reduzca, dificulte o imposibilite la satisfacción colectiva de los acreedores» (2007, pp. 24 y 27). A nuestro juicio, una mayor dificultad de la ejecución no justifica la impugnación del acto realizado; debe tratarse de una «razonable» imposibilidad (FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, p. 44).

Con esa definición de perjuicio, ¿se pueden rescindir los pagos de deudas vencidas? Para la doctrina estos pagos ciertamente perjudican a resto de acreedores ya que el acreedor satisfecho escapa a la ley del dividendo, recibe lo que se le debe, pero más de lo que habría obtenido en el concurso⁴¹. ¿Los pagos realizados en estado de insuficiencia patrimonial, presupuesto objetivo del concurso, escapan a la reintegración si se realizan antes de la efectiva declaración del mismo? Lógicamente, no debería ser así. ¿No habría que impedir esos pagos, o mejor, reintegrar el patrimonio del concursado impugnando el pago realizado, por ejemplo, un mes antes de la declaración del concurso, de un crédito vencido, pero que tendrá la consideración de subordinado en la calificación del concurso? La insuficiencia patrimonial si justifica la declaración de concurso es para poder proceder al pago ordenado de los créditos. Si ese pago «adelantado» lesiona el orden legal de pagos de la Ley Concursal (o el acordado en el convenio) debe ser reintegrado. Para ello habrá que definir el perjuicio «concursal» no solo como empobrecimiento de patrimonio del concursado sino también como lesión del orden legal de pagos⁴².

3. La presunción de perjuicio de los actos realizados con personas especialmente relacionadas con el deudor

Entre los casos en los que el art. 71 de la LC presume (salvo prueba en contrario) que ha habido perjuicio patrimonial, se encuentra los «actos de disposición a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado». Esas personas son las enumeradas en art. 93 LC⁴³.

La categoría de «personas especialmente relacionadas» con el deudor concursado se utiliza en la LC, por un lado, para presumir el perjuicio patrimonial a la hora de ejercer la acción rescisoria concursal; y, por otro lado, considerando como créditos subordinados los que ostenten estas personas⁴⁴: se trata de una nueva categoría de

41 ALCOVER, 2004, p. 772.

42 En este sentido GIL RODRIGUEZ, 20004, p. 852 cuando señala que en la medida en que el perjuicio ya no solo afecta a la realización del crédito singular sino que perjudica al colectivo de acreedores del concursado, ha de ser sensible a la «alteración de la *par condicio creditorum*, por eso suele considerarse que el perjuicio concurre desde el momento en que el acto ha acarreado una disminución del patrimonio realizable del deudor o ha provocado una alteración injustificada de las preferencias de cobro que pudieran corresponder a los acreedores concurrentes».

43 Conclusión común en la doctrina a pesar de que no hay una remisión expresa del art. 71.3 (y sí la hay, en cambio, en el art. 92.5º, más próximo al art. 93) y de que tampoco el art. 93 proclama su carácter general (MASSAGUER, 2005, p. 4233).

44 Esta nueva categoría de créditos subordinados tiene su precedente en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitadas, respecto de los llamados «préstamos internos» o concedidos por los socios a la propia sociedad. Aunque hay importantes diferencias entre la regulación final de la ley concursal y la contenida en el Anteproyecto de 1993: éste art. 311 se refería a «créditos

créditos (junto a los tradicionales créditos con privilegios y créditos ordinarios) cuyos titulares vienen a ser sancionados por el legislador concursal al quedar postergados a la hora de cobrar, por detrás de los acreedores privilegiados y de los ordinarios; es más, entre los créditos subordinados, ocupan el quinto lugar (solo por delante de los terceros de mala fe afectados por la rescisión concursal: art. 158 LC)⁴⁵. La finalidad de la norma es la de evitar que se falsee la composición de la masa pasiva del concurso, e indirectamente, evitar que se aprueben convenios contrarios a los intereses de los acreedores al incluir entre estos a personas naturales o jurídicas próximas al concursado.

Resulta extraño que esa cercanía o relación entre deudor concursado y persona que se relaciona con él se articule como una presunción de perjuicio patrimonial (elemento objetivo fácilmente cuantificable, en la mayoría de los casos, basta una sencilla operación aritmética⁴⁶) en el acto realizado y no como una presunción de fraude o elemento subjetivo, que es su configuración en otras legislaciones extranjeras⁴⁷ y, por cierto, tal como la contemplaba nuestro Tribunal Supremo respecto de la rescisión civil o pauliana⁴⁸.

contraídos por necesidades de financiación que un ordenado empresario hubiera cubierto mediante aportaciones de capital» (SÁNCHEZ CALERO, «La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 3899); es decir, solo contemplaba la postergación respecto de los supuestos de financiación interna en las sociedades de capital (para evitar la infracapitalización de sociedades), y además dependía de la mala fe del acreedor titular del crédito (SÁNCHEZ CALERO, 2005, p. 3898). Al respecto vid. PAZ-ARES, «La infracapitalización. Una aproximación contractual», en *La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Revista de Derecho de Sociedades, 1994, pp. 253-269.

45 La doctrina da cuenta de la discusión prelegislativa entre la concepción societaria (que la sanciona con una postergación fundada en la equidad) y la concursal (que preconiza la subordinación automática) respecto de los préstamos a la sociedad realizada por socios (ÁVILA DE LA TORRE/ CURTO POLO: «La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Pons, 2005, p. 3546). La solución adoptada en la ley concursal optando por la subordinación automática, busca evitar la discrecionalidad de los juzgados y tribunales al aplicar la medida (GARRIDO GARCÍA, «La graduación de créditos», en *La reforma de la legislación concursal*, director A. Rojo, Marcial Pons, 2003, p. 242).

46 Como señala MUÑIZ ESPADA (2006, p. 102) «las presunciones no son necesarias cuando el sistema es absolutamente objetivista, por ello, la actual Ley concursal podría haber prescindido de ellas».

47 En este sentido hay que apuntar el art. 138 de la ley alemana de Insolvencia (InO de 1994) en la que estos sujetos no aparecen incluidos en sede de créditos subordinados sino en sede de impugnación de actos perjudiciales, presumiendo que estas personas (participantes en el acto perjudicial que ahora se impugnan) conocían al tiempo del acto la insolvencia del deudor (SÁNCHEZ CALERO, 2005, p. 3897).

48 Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, «La acción pauliana en el Derecho español», en *La protección del crédito en Europa: la acción pauliana*, Bosch, 2000, pp. 60-61 y 69. Esa es la opción que propone la mejor doctrina, considerando que la subordinación del crédito «es una solución excesivamente drástica para un problema que probablemente debería haberse abordado a través de la previsión de una acción rescisoria basada en la prueba efectiva del fraude o en una presunción iuris tantum del mismo» (DÍEZ SOTO, *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Reus, 2006, pp. 77-78).

En cualquier caso, la relación de personas «especialmente relacionadas con el concursado» se halla en el art. 93 LC, a continuación de la enumeración de los créditos que tendrán la consideración de subordinados, distinguiendo entre concursado «persona natural» (recuperando la denominación legal del Código Civil frente a la denominación doctrinal importada de Alemania de persona «física») y concursado «persona jurídica».

Cuando el deudor concursado es persona natural, se consideran personas especialmente relacionadas:

- 1º El cónyuge o quien lo hubiera sido dentro de los 2 años anteriores a la declaración de concurso, o la pareja o conviviente («persona que convivan con análoga relación de afectividad»⁴⁹, recuperando la perífrasis utilizada en las primeras manifestaciones legales del fenómeno de las llamadas parejas de hecho, durante la década de los años ochenta)⁵⁰ o personas que hubieran convivido habitualmente con él dentro de los 2 años anteriores.
- 2º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de las personas referidas en el número anterior.
- 3º Los cónyuges de los ascendientes, de descendientes o de hermanos del concursado.

Respecto de las personas incluidas en este último apartado, cabe preguntarse por la razón de dos elisiones: en primer lugar, ¿por qué solo cónyuges, ahora, y no «parejas» como se hace en el apartado 1º?⁵¹; y, en segundo lugar, ¿por qué no se extiende también a los que hayan sido cónyuges 2 años antes de declaración de concurso?⁵²

49 La doctrina ha advertido que al no aludir a la heterosexualidad, se incluiría también a la pareja homosexual (CORDERO LOBATO, *Comentarios a la Ley Concursal*, sub art. 93, coordinados por R. Bercovitz, Volumen I, Tecnos, 2004, p. 1104).

50 Hay que señalar que al incluir el legislador concursal entre las personas especialmente relacionados con el deudor, a las llamadas «parejas de hecho», lo hace con inusual extensión, al no exigir estabilidad de la convivencia (dos años exige la LAU), ya que la convivencia habitual durante los 2 años anteriores se refiere no a la duración de la relación sino al periodo en el cual se desarrolló dicha convivencia, cualquiera que fuera su duración.

51 En los antecedentes legislativos (ALC y PALC) los convivientes estaban incluidos en núm. 4º, pero durante la tramitación parlamentaria se incorpora al núm. 1º, equiparando cónyuge y conviviente pero con el resultado añadido de que se incorpora no sólo al conviviente del concursado, sino a los convivientes de otros familiares del concursado (SASTRE PAPIOL, «Los créditos subordinados», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Pons, 2005, p. 21, nt. 19). «La incorporación de los convivientes y de sus parientes se solicitó porque de lo contrario se discriminaba a la familia, con el efecto boomerang de que en vez de liberar a la familia, se vinculó a la familia de los convivientes, incluso más o menos episódicos» (MONTÉS PENADÉS, «El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm 1, 2004, p. 77).

52 Como sería el caso del cuñado bien avenido con el deudor pero divorciado 1 mes antes del concurso (incluso, acaso, con un divorcio que busca escapar del ámbito de aplicación de la norma).

Además de la crítica referida a la deficiente técnica legislativa empleada al determinar el ámbito subjetivo de aplicación, y de la posibilidad de que la lista sea demasiado extensa⁵³, cabe objetar que, en cualquier caso (con una relación más o menos extensa de personas) hubiera sido prudente haber establecido la presunción con carácter de *iuris tantum*, es decir, admitiendo la prueba en contrario, ya que el fundamento de la medida es suponer que la cercanía al deudor permite un conocimiento de su situación financiera y patrimonial, cosa que puede no ser cierta (como veremos a continuación respecto de las personas jurídicas). En conclusión, como ha denunciado autorizada doctrina⁵⁴, «el tema es grave y acaso sólo a través de correcciones que no establece la norma pudiera ser adaptado a la realidad social, ya admitiendo la prueba de que el crédito existe y es lícito, o bien dejando que la administración concursal realice la subordinación pero entendiendo que es revisable ante el juez en el incidente concursal»⁵⁵.

Entre las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, se incluyen los siguientes grupos:

- 1º Los socios de sociedades personalistas, y los socios «significativos» en las sociedades de capital⁵⁶.
- 2º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores y apoderados generales (actuales o durante los 2 años anteriores)
- 3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo, y sus socios.

53 Crítica en la que coincide la mayoría de la doctrina; por todos: GARRIDO GARCÍA, «La graduación de créditos», 2003, p. 242; MONTÉS PENADÉS (2004, p. 77) quien señala que la enumeración contiene a personas que no son parientes según el concepto del Código Civil (arts. 915 y siguientes) a los que llama quasiparientes, y con la que la LC vuelve a la idea de grupo familiar amplio. Por su parte, DÍEZ SOTO (2006, p. 75) apunta las críticas hacia la propia existencia de esta causa de subordinación, la extraordinaria amplitud con que ha sido diseñada, las rigurosas consecuencias que se vinculan a su constatación, y los negativos efectos que para el interés general puede producir su aplicación.

54 MONTÉS PENADÉS, 2004, p. 81. Coincide en la crítica del precepto ROGEL VIDE, «Concurrencia y prelación de créditos en el Código Civil y en la Legislación concursal», en *Aspectos de la nueva Ley Concursal*, Reus, 2004, p. 53.

55 Como defiende ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El Registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso (especial estudio de la nueva Ley Concursal)*, Comares, 2004, p. 243. De lo contrario se transformaría en una expropiación sin indemnización, provocando un enriquecimiento injusto a favor del concurso. Por otro lado, DÍEZ SOTO (2006, p. 76) señala que tal como aparece configurada la norma no puede atribuirse un carácter propiamente sancionador, lo cual redundaría en la pérdida de las garantías que serían exigibles en el ámbito del Derecho sancionador.

56 «Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera».

Al respecto de este último apartado, la doctrina se ha planteado si debemos entender comprendidos a todos los socios de las sociedades del grupo, o, por el contrario, solo los socios con las características del apartado 1^o⁵⁷. Para evitar este problema, autorizada doctrina propone la supresión de ese último inciso del apartado 3^o («y sus socios») o una interpretación del término «socios» de modo que se exija los requisitos del apartado 1^o y además, que de algún modo ejerza el control de la sociedad⁵⁸.

La LC se aparta de su precedente extranjero (la ley alemana de insolvencias) al presumir, sin admitir prueba en contrario, que esas personas «cercanas» conocían la insolvencia, lo cual produce, como ha señalado la doctrina más autorizada, resultados injustos: «no nos parece aceptable tal justificación basada en una norma rígida que presume algo que puede no ser cierto, cual es que esas personas tengan completa información sobre la situación económica de la sociedad»⁵⁹.

La intención del legislador ha sido «evitar que los sujetos con información completa sobre las finanzas del deudor, o que hubiesen debido aportar medios financieros al deudor, disfruten de posición de acreedores privilegiados u ordinarios y logren desplazar las pérdidas económicas a los demás acreedores del deudor»⁶⁰. Pero no todos los acreedores subordinados tienen esa información y en cambio, algunos acreedores privilegiados sí la tienen y no resultan postergados, como las entidades de créditos, que disponen de información reservada, superior a la de un socio: «además

57 Por esta segunda opción, siguiendo un criterio de interpretación sistemática del precepto, se inclinan tanto SASTRE PAPIOL («su obviedad no merece mayores comentarios», sostiene, 2005, p. 30) como AVILA DE LA TORRE/CURTO POLO (2005, p. 61), pues de lo contrario se les estaría tratando con más rigor que a los socios de una empresa aislada. En cualquier caso, el Juez del concurso habrá de resolver la delicada cuestión de la existencia o no del grupo de sociedades si se impugna la calificación del crédito (SASTRE PAPIOL, 2005, p. 30).

58 MONTÉS PENADÉS, 2004, p. 80.

59 SÁNCHEZ CALERO, 2005, p. 3901. Por eso se ha propuesto que «la subordinación solo debería operar cuando exista una situación de patente injusticia entre los acreedores internos y los externos por la situación de información asimétrica que se produce; cuando efectivamente, las «personas conocedoras» hubieren actuado en perjuicio de los acreedores o hubieren obtenido un beneficio injustificado para sí» (ALONSO LEDESMA, *Comentarios a la legislación concursal*, sub art. 92, Tomo I, Dykinson, 2004, p. 929); porque los «créditos de los *insiders* no son objetivamente perversos e incluso es fórmula habitual en determinados ámbitos pues generan una reducción de los costes y utilizan información disponible que hará más económica la financiación» (MONTÉS PENADÉS, 2004, p. 78).

60 SÁNCHEZ CALERO, 2005, p. 3901. Es más, la financiación interna presenta ventajas sobre las aportaciones de capital por razones de diferente tratamiento fiscal de los intereses y de los dividendos, mejora el rendimiento empresarial y no altera la representatividad y poder de los accionistas (ALEMANY EGUIDAZU, «Subordinación contractual y subordinación concursal», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, p. 1900).

de la información previa que solicitan antes de la concesión del crédito, tienen acceso, no ya a las cuentas anuales de la sociedad depositadas en el Registro Mercantil, sino a la Central de Información de Riesgos, gestionada por el Banco de España, al Registro de Aceptaciones Impagadas, al Servicio SERINBAN o al Registro de Morosidad de la Asociación Nacional de Entidades de Financiación»⁶¹.

En consecuencia, es posible apuntar que, por un lado no están todos los que son (pues tienen información privilegiada las entidades de crédito que conceden préstamos con garantía real)⁶² y por otro lado no son todos los que están (algunos socios pueden no conocer tal situación, y no tienen posibilidad de prueba en contrario, que en cambio, sí se concede a los cesionarios en el art. 93.3 LC)⁶³.

4. Efectos de la rescisión concursal

El régimen de efectos de la rescisión concursal regulado en el art. 73 LC depende de dos variables; que la restitución de la prestación sea o no posible; y que el demandado o demandados sean o no de mala fe. En función de estas dos variables, son cuatro los supuestos que se pueden presentar: 1º, que la restitución siga siendo posible, y que el demandado sea de buena fe; 2º, restitución posible, pero siendo el demandado de mala fe; 3º, imposibilidad de la restitución (por las causas que en su momento analizaremos), pero el demandado es de buena fe; y, por último, 4º, que la restitución no sea posible y, además, el demandado es de mala fe⁶⁴. Analicemos por

61 SÁNCHEZ CALERO, 2005, p. 3902. O, respecto del concursado personal natural, lo mismo cabe objetar: «se sanciona a los familiares del deudor (que acuden en su auxilio en situaciones apuradas) y no a las personas que guardan una estrecha relación de amistad con el deudor y, por tanto, estando igual que sus familiares, o aún más en la mayoría de los casos, al corriente de la situación del deudor» (ALONSO LEDESMA, 2004, p. 932).

62 Aunque la norma, en función de su naturaleza sancionadora («restrictiva del ámbito de libertad o de autonomía privada») en palabras de MONTÉS PENADÉS, 2004, p. 75), es de interpretación restrictiva y no admite su aplicación por analogía.

63 Para evitar fraudes, también se considerarán personas especialmente relacionadas, las personas subrogadas, es decir, «los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas». Cuál sea la prueba en contrario que deban presentar los cesionarios la señala CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, 2004, pp. 60-61. Entre los cesionarios se ha apuntado que no debería incluirse a las entidades que se dedican a este tipo de operaciones profesionalmente o como medio instrumental de otras operaciones de mercado (MANZANARES SECADES/VILLORIA RIVERA, «Algunos apuntes sobre los crédito subordinados en la nueva ley concursal», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, p. 1835), pero creemos que les queda el recurso general de la prueba en contrario como al resto de cesionarios o adjudicatarios. Sí parece que deban excluirse los supuestos de transmisión mortis causa o los de fusión de sociedades, según autorizada doctrina (DÍEZ SOTO, 2006, p. 82; GARRIDO GARCÍA, «Comentario a los artículos 89 a 97», en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigidos por ROJO/BELTRÁN, Madrid, 2004, Tomo I, p. 1680).

64 Siguiendo la exposición de ALCOVER (2004, pp. 782-785), con su habitual claridad.

separado cada uno de estos supuestos y añadiremos un comentario sobre los efectos de la rescisión concursal cuando el acto jurídico impugnado no comportó la entrega o transmisión de bienes.

1º. Restitución posible, demandado de buena fe

En este caso procederá la restitución recíproca y simultánea de las prestaciones que cada una de las partes hubiera recibido: la administración concursal deberá devolver, en consecuencia, lo que el deudor concursado hubiera recibido del ahora demandado en rescisión concursal⁶⁵.

La contraparte, demandado y condenado a la restitución, tiene derecho a la restitución de lo que entregó al deudor concursado; y esa «devolución de la prestación entregada» tendrá la consideración de «crédito contra la masa» (tal y como dispone el art. 73.3 LC) que «habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido» (en efecto, dentro del art. 84.2, que relaciona los créditos contra la masa, aparece enumerado en el ordinal 8º este supuesto: «tienen la consideración de créditos contra la masa ... los que en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el titular de este crédito»).

Como el acto ahora rescindido había sido, por propia naturaleza de la acción rescisoria, perjudicial para el patrimonio del deudor concursado, esa recíproca devolución de prestaciones debe favorecer a la masa (y contribuir, así, a su reintegración): la prestación obtenida fruto de la rescisión será de mayor valor que la que la administración concursal deba satisfacer en moneda de crédito contra la masa. Esto será así, singularmente, cuando los actos objeto de rescisión concursal sean donaciones u otras enajenaciones a título gratuito, en cuyo caso la administración concursal no deberá reintegrar nada al demandado.

Esta mecánica de restituciones pudiera dar lugar a un caso hipotético. Pensemos en un concurso donde sea posible la rescisión de cuantiosas donaciones realizadas por el deudor a favor de personas cercanas, con la intención de poner a salvo su patrimonio de la agresión de los acreedores; como el donatario demandado con la rescisión no recibe nada (pues nada recibió en su momento el deudor concursado como contraprestación a su enajenación) habrá lugar a un importante incremento de la masa activa de modo que pudiera darse (hipotéticamente) un caso donde con los bienes reintegrados se pudiera satisfacer a todos los acreedores concursales insi-

65 Un acierto del legislador, según la doctrina, contra la regulación anterior en la cual el demandado sufría la ley del dividendo, nueva excepción al régimen general de recíproca restitución señalado en el art. 1303 C.C. (GIL RODRÍGUEZ, p. 898).

nuados. Como la rescisión concursal opera contra las enajenaciones gratuitas realizadas en los dos años anteriores a la declaración de concurso, pensemos en un caso en que sobren bienes en la masa activa después de satisfacer a todos los acreedores. ¿Cuál será el destino de éstos?⁶⁶

Ante un supuesto semejante nuestra doctrina concursalista más autorizada⁶⁷ vuelve a acudir a la rescisión civil ante el silencio del artículo 73 LC: como la finalidad y naturaleza de la «reintegración concursal» y la «rescisión civil» son la misma, esa recíproca restitución no debe beneficiar al deudor «reintegrado», sino que deben volver al donatario «rescindido». Pero no señala el autor cómo se realiza esa devolución al donatario; esto es, cuando la reintegración ha afectado a varios donatarios, cómo se reparte los bienes «sobrantes» entre ellos: ¿se reparten proporcionalmente a la cuantía de cada una de las donaciones, o, por el contrario, se restituyen los bienes por orden de antigüedad, sobre la base de que habiendo sido realizadas varias donaciones en ese periodo de dos años, no fueron las primeras sino las últimas, las que provocaron la insuficiencia patrimonial que condujo a la declaración de concurso?. Ciertamente, con ese exceso se constata que aunque la donación en sí misma sí comportaba un perjuicio concreto (individual) no había un perjuicio genérico como presupuesto que legitima la impugnación de los actos del deudor⁶⁸: de modo que al decaer el fundamento de la rescisión respecto de las primeras donaciones, deben ser devueltos los bienes a sus legítimos propietarios.

2º. Restitución posible, demandado de mala fe

En este segundo caso, habrá reintegración de la masa con la devolución a cargo del demandado de la prestación recibida, y a cambio, el demandado será titular de un crédito para recuperar lo que a su vez, él había entregado al deudor concursado, sólo que en este caso no se tratará de un crédito contra la masa, como en el caso anterior, sino de un crédito subordinado, art. 92.6º. El hecho se aparecer menciona-

66 Un supuesto semejante se planteaba, en la doctrina italiana, RAGUSA MAGGIONRE («Restituzione delle somme residue dall'esercizio della revocatoria fallimentare: a chi?», en *Diritto Fallimentare*, 1987, II, pp. 11-14) y MICCIO («La revocatoria fallimentare nel caso di suficienza dell'attivo al pagamento dei debiti», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1959, II, pp. 454-463). El supuesto es posible porque el sistema de reintegración del concursado, tanto en la regulación italiana como en la española, pretende una reconstrucción ex post del patrimonio del deudor, estableciendo un periodo de tiempo dentro del cual podrán ser impugnados todos los actos realizados pertenecientes a los grupos incluidos.

67 ALCOVER, 2004, p. 782.

68 En este sentido, PAJARDI/BOCCHIOLA, *La revocatoria fallimentare*, Giuffrè, 1993, p. 30: «l'azione revocatoria sarebbe inammissibile ove tutti i creditori concorsuali e di massa e lo stesso curatore fossero soddisfatti o vi fossero già sicuramente elementi patrimoniale sufficienti a soddisfarli. In tale caso è certo che il danno, ove già in precedenza sorto, non sussisterebbe».

do en el último de los ordinales del artículo 92 tiene una importante trascendencia: dentro del rango de créditos subordinados, estos créditos contra quien actuó de mala fe en el acto rescindido (o en sucesivos actos también impugnados) ocupan el último puesto a la hora del cobro (art. 158.2 LC)⁶⁹.

Pero volviendo a la regulación de los efectos como consecuencia del ejercicio de la acción rescisoria concursal ante demandados que hubieran actuado de mala fe (debiendo ser apreciada ésta por la sentencia), nos debemos preguntar qué se debe entender por mala fe. No lo aclara el propio artículo 73, de modo que nos hallamos ante una nueva «laguna» de la Ley Concursal, que nuestra autorizada doctrina (pese a haber predicado que la LC contenía un régimen suficientemente completo) colma acudiendo a la rescisión ordinaria y a la doctrina civilista para la cual mala fe significa conocer o deber conocer que el acto realizado era perjudicial, y que el deudor estaba en situación de crisis o insolvencia⁷⁰.

Esta construcción de nuestro legislador concursal nos recuerda a la articulación que el legislador italiano del codice civile de 1942 dio a la disciplina de la acción

69 En consecuencia, el último de los últimos. La formulación negativa del art. 158 («El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios») revela que el legislador creía que el pago a estos acreedores sería improbable (SÁNCHEZ CALERO, 2005, p. 3910). Aunque los titulares de crédito subordinados no satisfechos podrían dirigirse contra los administradores condenados en sentencia por concurso culpable (según predica el art. 172.3 LC).

Esta nueva categoría de «créditos subordinados» (o antiprivilegios, según la doctrina) son una novedad importante de la Ley Concursal de 2003, puesta de relieve en la propia Exposición de Motivos. El legislador necesitaba soluciones «innovadoras e imaginativas» en materias clave como la graduación de créditos (IGLESIAS PRADA/ VAQUERIZO ALONSO, «Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Pons, 2005, p. 3732). Para reforzar la posición de los acreedores ordinarios se reduce, por un lado, el número de privilegios y, por otro, se crea la categoría de subordinados, nueva excepción –negativa– al principio de *par conditio creditorum* (SASTRE PAPIOL, 2005, p. 3913). Se protege así a los acreedores ordinarios, evitando la concurrencia de los subordinados (AVILA DE LA TORRE/ CURTO POLO, 2005, p. 3740).

La categoría de créditos subordinados ya aparecía en la Propuesta de 1995, pero incluyendo sólo 3 clases de créditos: los intereses, las multas y sanciones pecuniarias, y los créditos de personas especialmente relacionadas.

Además de esa postergación legal en el orden de pago, la calificación de un crédito como subordinado comporta la merma de algunos derechos a su titular en la LC: no formar parte de la administración concursal (art. 27), que se extingan las garantías de cualquier clase que tuvieran, con la consiguiente cancelación de las garantías registradas, y la restitución posesoria (art. 97), no tener derecho de voto en la junta de acreedores (art. 122), y estar vinculados por el convenio aunque no voten a favor (art. 134). Vid con detalle FERRÉ FALCÓN, Los créditos subordinados, Thomson-Civitas, 2006, pp. 611-670; LÓPEZ APARCERO, «Reflexiones sobre el estatuto jurídico del acreedor que titula créditos subordinados», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, 2006, pp. 279-305.

70 ALCOVER, 2004, p. 783; o en situación económica comprometida (GIL RODRÍGUEZ, p. 892).

revocatoria ordinaria (nuestra acción pauliana), recogiendo las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia italianas anteriores, en orden a diseñar una figura adecuada a la necesaria tutela del crédito⁷¹. Esto es lo decisivo y es aquí, para facilitar que prospere la acción, donde tiene su juego natural las presunciones referidas a «las personas especialmente relacionadas con el deudor» del art. 71.3.1º en relación con la enumeración del art. 93; no como presunción de perjuicio (que lo habrá o no, depende del balance de prestaciones del acto, pero que resulta fácilmente determinable), sino como presunción iuris tantum de conocimiento, o, en la versión del legislador concursal, presunción de mala fe en ciertas personas. Esta era la doctrina del Tribunal Supremo en relación con acción pauliana⁷², y este es el enfoque que se le ha dado en la legislación concursal extranjera.

3º. Restitución no es posible, pero demandado de buena fe

En ocasiones no será posible la devolución a la masa del concurso del bien o derecho enajenado por el deudor concursado. El supuesto de imposibilidad de restitución contemplado por el art. 73.2 LC es que el bien pertenezca al tiempo de ejercer la acción rescisoria a un tercero no demandado (después de ordenar el art. 72.2 que se dirija contra estos terceros la demanda de rescisión cuando el bien que se pretende reintegrar le hubiera sido transmitido por quien fue contraparte del concursado), «o que conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral», en cuyo caso la pretensión de restitución del bien se transformará en pretensión de resarcimiento pecuniario, una indemnización, dirigida contra la contraparte del concursado como causante de la imposibilidad al transmitir el bien a un tercero que escapa a la acción de la rescisión concursal⁷³. La cuantía de esa indemnización variará en función de que la sentencia haya apreciado o no mala fe por parte de quien transmitió al tercero (como a continuación detallaremos).

Sorprende la regulación de los supuestos de imposibilidad de la restitución del bien salido del patrimonio del deudor concursado que dan lugar a la pretensión de indemnización, ya que además de excluir algunas causas tradicionales de imposibilidad (los supuestos de imposibilidad material por destrucción, perecimiento o pérdida del bien que se ha de restituir), incluye entre los supuestos de «imposibilidad jurídica» no sólo la imposibilidad procesal (no haber sido demandado el actual propietario del bien en

71 FERNÁNDEZ CAMPOS, 1997, pp. 654-659.

72 Vid al respecto el detallado estudio de MARTÍN PÉREZ, *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*, sub art. 1111, Tomo II, dirigidos por Pasquau Liaño, Comares, 2000, pp. 1184-1188.

73 También en el régimen de efectos de la acción pauliana, cuando la devolución del bien enajenado en fraude no fuera posible, la pretensión de rescisión se articula como indemnización (art. 1298 C.C.) pero sólo sobre quien actuó de mala fe.

el proceso de rescisión), y los supuestos de enajenaciones inatacables por quedar amparadas por la protección registral o otros supuestos de irreivindicabilidad, sino que configura como un supuesto autónomo el caso en que el bien haya sido transmitido a un tercero que lo adquiere de buena fe.

Normalmente, esta buena fe es uno de los requisitos que confieren al tercero la especial protección que el ordenamiento le concede y que le permite vencer la pretensión de restitución (así, singularmente, el art. 34 de la Ley Hipotecaria para las adquisiciones de bienes inmuebles, y el art. 464 del Código Civil para la adquisición de bienes muebles). Requisito necesario pero no único: así, la legislación hipotecaria no confiere protección al tercero que adquiere de buena fe pero a título gratuito, pues en el conflicto de intereses dignos de tutela que se le plantea al ordenamiento, parece más merecedor de protección el acreedor defraudado que el donatario u otro adquirente a título gratuito.

Esta singular redacción nos plantea un dilema: o bien se trata de una deficiente redacción del precepto, de modo que a través de la correcta interpretación sistemática del mismo concluiríamos que no cabe hablar de un nuevo supuesto autónomo, o bien el legislador concursal ha establecido un régimen de efectos de la rescisión generoso con los terceros de buena fe (aún a título gratuito) en la esperanza de que la masa del concurso quedará igualmente reintegrada con la indemnización que el transmitente deberá abonar (en cuyo caso quedaría protegido el tercero que recibe el bien de buena fe, aunque sea a título gratuito, y deberá indemnizar, porque será condenado en la sentencia, quien le transmitió que, acaso, a su vez, recibió a título gratuito del deudor concursado e igualmente de buena fe). Si la primera adquisición (entre concursado y contraparte) no queda protegida aun habiendo sido de buena fe, ¿por qué se protege la segunda enajenación siendo de la misma naturaleza y en las mismas condiciones? ¿esa pretensión de indemnización cubre, igualmente, las expectativas de reintegración de la masa? Evidentemente no: pensemos que ese donatario que recibió del deudor y que luego donó a un tercero, puede resultar insolvente, en cuyo caso la reintegración quedará frustrada.

A nuestro entender, nos encontramos ante una deficiente redacción del art. 73.2 que obliga al aplicador de la ley a proceder a la correcta interpretación del precepto coherente con la propia finalidad de la rescisión concursal como medio de reintegración de la masa activa del concurso, que además sintoniza con el régimen de efectos de la rescisión ordinaria y, en general, con los principios generales que ordenan el ámbito de adquisiciones protegidas por el ordenamiento⁷⁴.

74 Acaso la participación en el proceso de elaboración de la LC de civilistas hubiera facilitado esa integración del régimen de efectos de la rescisión concursal en el conjunto del ordenamiento jurídico, que admite, por supuesto, especialidades atendidas las circunstancias, pero que evitaría singularidades disonantes y contrarias a principios generales de nuestro Derecho.

Hemos pasado de un sistema de reintegración basado en la retroacción de efectos de la declaración de quiebra, que daba lugar a una nulidad absoluta que desconoce la necesaria protección al tercero de buena fe, a un sistema que protege al tercero cualquiera que sea el título de su adquisición y, por tanto, produciendo resultados injustos y restando eficacia a las operaciones de reintegración de la masa (pues esa protección que el art. 73.2 depara al tercero puede ser el portillo a posibles transmisiones buscadas para hacer imposible la recuperación de los bienes por parte de la administración concursal).

En otro orden de cosas, si la restitución no es posible, sabemos que entonces la contraparte en el acto impugnado deberá indemnizar: tal indemnización difiere si hubo buena fe de la contraparte (en cuyo caso será equivalente al valor del bien cuando salió del patrimonio del concursado, más interés legal) o si hubo mala fe (indemnizará todos los daños y perjuicios).

Si la restitución no fuera posible debida a una nueva enajenación por la contraparte a un nuevo adquirente, tercero de buena fe, por mayor valor que cuando el deudor se la enajenó a él (por ejemplo, pensemos en un supuesto frecuente de enajenación de unos terrenos revalorizados considerablemente gracias a una recalificación urbanística) ¿no debería devolver algo más que el valor de entonces, más el interés legal?⁷⁵

¿Por qué no será posible la restitución a cargo del tercero? Varias son las causas de esa imposibilidad. La LC parece referirse solo a las causas que podemos calificar de «imposibilidad jurídica»: 1) porque el titular actual es un tercero que no ha sido demandado; 2) porque aunque el tercero haya sido demandado, es legal propietario, el ordenamiento ampara y protege su adquisición en aras de la necesaria seguridad del tráfico, de modo que la sentencia no puede condenarle a la restitución⁷⁶. Además de estas, existen otras posibles causas que impiden la restitución; causas no enunciadas por el art. 73.2 LC y que podemos calificar de «imposibilidad material» de la restitución: porque la cosa objeto de restitución se pierde, se destruye o perece⁷⁷. ¿Procede entonces que la contraparte indemnice el valor de cosa al

75 No se reprochar al adquirente demandado que enajena nuevamente, sino que en su momento adquiriera del concursado, por eso se referencia a ese momento el valor de la devolución (GIL RODRÍGUEZ, 2004, p. 896). Sobre el régimen de los frutos y las mejoras realizadas en la cosa, vid. JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria o pauliana*, Comares, 2001, pp. 291-302.

76 Con poco propiedad la LC menciona, por ser de buena fe, por gozar de irreivindicabilidad o de protección registral; ya hemos comentado que en estos dos últimos casos necesita tratarse también de buena fe, arts. 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, art. 464 C.C. y doctrina del Tribunal Supremo.

77 El Código Civil, al regular los efectos de la rescisión por fraude, art. 1298, sí alude a que la imposibilidad se deba a «cualquier causa». El art. 1182 del Proyecto de 1851, precedente del actual 1298, mencionaba las dos causas que impedirían la devolución: por haber pasado la cosa a un adquirente ulterior de buena fe, o por haberse perdido la cosa misma (FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, p. 253).

salir del patrimonio del concursado más el interés legal? Ante el silencio de la ley, parte de la doctrina rechaza en este caso la aplicación del art. 73.2 LC (que no menciona esa causa y además no procede la analogía porque la contraparte en ese supuesto de pérdida o destrucción no se ha enriquecido, pues al perder el bien salido del patrimonio del concursado no ha recibido nada) y propone aplicar 1298 Código Civil que solo condena a indemnizar al adquirente que actuó de mala fe⁷⁸. Por nuestra parte estimamos que habrá que atender a las circunstancias del caso, ya que es posible que el titular del bien sí haya recibido alguna compensación económica por la pérdida o destrucción, en la medida en que pudiera tener un seguro o pueda recibir una indemnización o reparación a cargo del causante de la pérdida o destrucción). En cuyo caso deberá restituir aquello en lo que se enriqueció⁷⁹.

Otro aspecto que el art. 73 de la LC no regula, pero que tampoco se contiene en el régimen específico de la rescisión civil o común, es la referida a las mejoras, los frutos o los incrementos de valor de la cosa que se ha de restituir, y para lo cual debemos acudir a las normas del Código Civil relativas a los efectos de la posesión, en especial las contenidas en los artículos 451 a 458 relativa a la denominada liquidación de los estados posesorios, cuyo régimen distingue claramente los efectos en función de la buena o mala fe del poseedor (en este caso, del demandado por la rescisoria concursal condenado luego a la restitución)⁸⁰.

¿Qué debe entenderse a estos efectos por buena fe? Según una autorizada doctrina «la buena o mala fe ha de establecerse por relación con el conocimiento de la causa de la ineficacia del acto en cuestión, de su carácter perjudicial para la masa activa del concurso, y no de las posibles dificultades económicas del ahora concursado o de su situación de insolvencia. Y ello, por supuesto, apreciado al tiempo de la realización del acto en cuestión»⁸¹. Con todo cabe preguntarse si quien adquirió de

78 ALCOVER, 2004, p. 784. Para MASSAGUER, 2005, p. 4235, tampoco procede aplicar la regla del art. 73.2 porque no hay en este caso ulterior transmisión; en consecuencia, en caso de pérdida o extinción del bien o derecho propone aplicar los arts. 457 y 1295.III del Código Civil; solo responderá si procedió con dolo. En nuestra opinión, no cabe eximir de responsabilidad al tercero si la pérdida o destrucción de la cosa se produjo porque él actuó con negligencia. Vid. con detalle JORDANO FRAGA, 2001, pp. 369-376.

79 El adquirente de buena fe no responde de la pérdida fortuita de la cosa que debe devolver porque la buena fe actúa como título de atribución de los frutos y de exoneración por pérdida fortuita (GIL RODRÍGUEZ, 2004, p. 894).

80 A tal régimen se refiere MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, 2005, p. 4203, y MASSAGUER, 2005, pp. 4234-4235. Pero acaso haya que adaptar alguna solución; así lo propone JIMÉNEZ-HORWITZ (2000, p. 1302): «la buena fe del adquirente que soporta la rescisión incita a una asimilación inconsciente con el poseedor de buena fe. Pero la *ratio* particular de la ineficacia matiza las soluciones posesorias».

81 MASSAGUER, 2005, p. 4233; y GIL RODRÍGUEZ, 2004, p. 892, aunque sin descartar, éste, la relevancia de la mala fe sobrevenida.

buena fe del deudor concursado, o de la contraparte, puede luego mutar su condición, es decir, si puede dejar de ser de buena fe. Dicha posibilidad se contempla con carácter general en el art. 435 del Código Civil, para cuando el poseedor no ignore que posee la cosa indebidamente⁸². En este escenario, adviértase que la declaración de concurso será de conocimiento o de acceso público (el art. 23 LC regula la publicidad de la misma, ordenando su anuncio, con la mayor urgencia, en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde radique el domicilio del deudor y el centro de sus principales intereses, incluyendo la publicidad registral el art. 24); luego en algún caso, como por ejemplo el donatario que ha recibido pocos meses antes de la declaración de concurso, podríamos plantearnos si tal tercero no ha dejado de ser de buena fe pues conoce o puede conocer que posee indebidamente, que su título de adquisición va a ser rescindido inexorablemente, pues ha adquirido de quien ahora ha sido declarado en concurso⁸³.

4º. Si restitución no es posible, pero demandado actuó de mala fe, deberá indemnizar todos los daños derivados (no valor pretérito más intereses legales, sino valor actual y todos los daños derivados). Es un régimen de efectos no desconocido en nuestro ordenamiento; atiéndase al régimen previsto para la rescisoria civil en el art. 1298 cuando el adquirente actuó de mala fe y por «cualquier causa» no es posible la devolución; o, por otro lado, la extensión de la indemnización en el régimen de responsabilidad contractual, cuando el incumplimiento se debe a dolo.

En general, no debe sorprender que el régimen de efectos de la acción rescisoria concursal pueda ser más severo que el de la rescisión civil. En esta última, la finalidad de la acción es solo eliminar el perjuicio individual que sufre el acreedor impugnante; cabe una solución equitativa del conflicto entre acreedor defraudado y adquirente que permite que éste (y no el deudor) sea el destinatario de lo que sobre una vez satisfecho el acreedor. En cambio, en la rescisoria concursal el objetivo es más ambicioso; la acción rescisoria es una (sin duda, la más importante) de las acciones de reintegración del patrimonio del concursado. Se busca la máxima reintegración para satisfacer al máximo de acreedores, por eso la devolución puede ser configurada por el legislador concursal de forma más intensa que la prevista para la rescisión civil y por las normas del Código Civil para la liquidación de estados posesorios⁸⁴.

82 En este mismo sentido, para la rescisión civil, MONTÉS PENADÉS, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 159.

83 O, al menos, que no se le pueda considerar de buena fe desde que sea demandado de rescisión.

84 Ya lo sugeríamos (FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, p. 257) apoyándonos en la redacción del art. 1298; con otros argumentos MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, sub art. 1298, dirigidos por Albaladejo, Tomo XVII, volumen 2, EDERSA, 1995, pp. 253-254, y CRISTOBAL MONTES, *La vía pauliana*, Tecnos, 1997, p. 209.

Más allá de esta combinación de efectos referidos a la restitución de los bienes salidos del patrimonio del deudor, hay que advertir que algunos de los actos jurídicos objeto de rescisión concursal no serán propiamente actos de enajenación y, por tanto, la ejecución de la declaración de ineficacia del acto impugnado proclamada en la sentencia, determinará unos efectos diferentes. En efecto, como ha advertido la doctrina, los efectos previstos por el art. 73 LC se aplicarán cuando el acto impugnado fuera una enajenación con prestaciones normalmente a cargo de ambas partes y ya ejecutadas⁸⁵. En cambio si el acto impugnado fuera, por ejemplo, la constitución de garantías reales, la declaración de ineficacia del acto se traducirá en otros efectos comportará la extinción de la garantía lo cual restituirá la posición de los otros acreedores y restaurará la disponibilidad del bien a la ejecución universal⁸⁶. Así, en el caso de que el acto impugnado hubiera sido la constitución de una hipoteca, el Juez del concurso no debe solo declarar la ineficacia de dicho gravamen, sino que deberá, en consecuencia, librar mandamiento al titular del Registro de la Propiedad donde la finca hipotecada radique para que proceda a la cancelación registral del asiento⁸⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: *Adquirentes, subadquirentes y retroacción de la quiebra*, Tirant lo blanch, 1996.
- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Comentarios a los arts. 71 a 73 de la Ley Concursal», en *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Dykinson, 2004, pp. 767 a 785.
- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo / CURTO POLO, Mercedes: «La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 3537 a 3567.

85 «La norma es a todas luces incompleta: solo contempla una de las facetas de las consecuencias de la declaración de ineficacia: la restitución de prestaciones, pero no los aspectos registrales, ni los relativos al restablecimiento de relaciones jurídicas en caso de rescisión de actos extintivos, y solo considera el supuesto de que el acto rescindido tuviere por objeto obligaciones de dar, y no de hacer o no hacer» (MASSAGUER, 2005, p. 4233).

86 La declaración de ineficacia de la hipoteca impugnada beneficiará directamente a los acreedores con garantías hipotecarias posteriores que avanzarán en rango, pero también a toda la masa del concurso en la medida en que va a desaparecer un crédito privilegiado, y, en su caso, se va a impedir una ejecución separada (SERRA RODRÍGUEZ, A.: «La constitución de hipoteca en fraude de acreedores y la declaración de concurso», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006, p. 104).

87 La sentencia firme que declara la ineficacia de la hipoteca acompañará al mandamiento de cancelación y constituirá el título apto para proceder el Registrador a la misma (SERRA RODRÍGUEZ, 2006, p. 106).

- BUSTILLO SAÍZ, M^a del Mar: «Razones de derogación de la retroacción judicial absoluta en la Ley Concursal», en Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 3971 a 4006.
- CARBALLO PIÑEIRO, Laura: Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional, Universidade de Santiago de Compostela, 2005.
- CERDÁ ALBERO/SANCHO GARGALLO: Curso de Derecho Concursal, Colex, 2000.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: Concurrencia y prelación de créditos: teoría general, en Colección de Derecho Concursal, Reus, Madrid, 2006.
- ESCRIBANO GAMIR, Rosario Cristina: «La reintegración de la masa activa del concurso», en Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 4009 a 4044.
- ESCRIBANO GAMIR, Rosario Cristina: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en Anuario de Derecho Concursal, núm. 10, 2007-1, pp. 7 a 59.
- FARIAS BATLLE, Mercedes: «La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales», en Revista de Derecho Mercantil, núm. 251, 2004, pp. 67 a 137.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «Última jurisprudencia en materia de retroacción de la quiebra», en Revista Jurídica de la Región de Murcia, nº 18, 1994, pp. 48 a 73.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: El fraude de acreedores: la acción pauliana, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1998.
- FERRÉ FALCÓN, Juan: Los créditos subordinados, Colección Estudios de Derecho Concursal, Thomson-Civitas, 2006.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa», en Anuario de Derecho Concursal, núm. 2, 2004, pp. 43-80.
- GARCÍA SANZ, Arturo: «El sistema de reintegración de la masa en la Ley Concursal», en Estudios de Derecho Concursal, Universidad de Jaen-Marcial Pons, 2006, pp. 381-393.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Las acciones de reintegración», en Comentarios a la Ley Concursal (Rodrigo Bercovitz: coordinador), sub arts. 71 a 73, Volumen I, Tecnos, 2004.
- GUILARTE, Cristina: «Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal», en Anuario de Derecho Concursal, núm. 10, 2007-1, pp. 61 a 114.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «La acción rescisoria concursal», en Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 4125 a 4135.
- IGLESIAS PRADA, Juan Luis / VAQUERIZO ALONSO, Alberto: «Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas

- especialmente relacionadas con el deudor», en Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 3731 a 3757.
- JIMÉNEZ-HORWITZ, Margarita: «La reintegración de la masa de la quiebra: régimen de ineficacia de los actos de enajenación perjudiciales para los intereses concursales», en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 658, 2004, pp. 1257 a 1328.
- JORDANO FRAGA, Francisco: La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente, Comares, 2001.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: Las acciones de reintegración en la Ley Concursal, en Colección de Derecho Concursal, Reus, Madrid, 2005.
- LÓPEZ APARCERO, Antonio: «Reflexiones sobre el estatuto jurídico del acreedor que titula créditos subordinados», en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 4, 2006, pp. 279 a 305.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.: «La acción revocatoria concursal: perfiles generales», en Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 4159 a 4174.
- MARTÍN REYES, María de los Ángeles: «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», en Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 4175 a 4191.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel.: «Sobre la protección de los adquirentes de buena fe en el sistema de reintegración contenido en la Ley Concursal», en Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 4193 a 4210.
- MASSAGUER FUENTES, José: «La reintegración de la masa», en Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 4211 a 4237.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: «El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal», en Anuario de Derecho Concursal, núm 1, 2004, pp. 49 a 85.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: La acción revocatoria como una vicisitud del concurso, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Reflexiones sobre la reforma de la legislación concursal», en Estudios de Derecho Concursal, Valenzuela Garach/Peinado García coordinadores, Universidad de Jaen-Marcial Pons, 2006, pp. 463-483.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: Reintegración y concurso de acreedores, Dilex, 2005.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Concurrencia y prelación de créditos en el Código Civil y en la Legislación concursal», en Aspectos de la nueva Ley Concursal, Colección Derecho Concursal, Reus, Madrid, 2004, pp. 33-58.

- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad», en Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 3893 a 3911.
- SASTRE PAPIOL, Sebastián: «Los créditos subordinados», en Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Pons, 2005, pp. 3913 a 1933.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La constitución de hipoteca en fraude de acreedores y la declaración de concurso», en Revista de Derecho Patrimonial, núm. 17, 2006, pp. 79 a 108.