



LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL

Tesis doctoral

Programa de Doctorado en Derecho Privado
Departamento de Derecho Privado
Área de Derecho Procesal

Directora: Cristina Riba Trepal

Doctoranda: Josefina-Coromoto Huelmo Regueiro

Universidad Autónoma de Barcelona
Setiembre de 2015



INTRODUCCIÓN	5
TÍTULO PRIMERO.- LA ACCION RESCISORIA CONCURSAL EN EL PROCESO CONCURSAL	8
CAPÍTULO I.- CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL.....	8
CAPÍTULO II.- LA LEY CONCURSAL Y LA RESCISORIA CONCURSAL.....	18
1.- Antecedentes legislativos de la LC. Necesidad de un cambio profundo en la regulación de la insolvencia y sus efectos.....	18
2.- La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal	23
2.1.- Finalidad de la nueva regulación.....	23
2.2.- Entrada en vigor. Posible aplicación retroactiva de la LC en materia de reintegración.....	26
3.- Reformas de la Ley concursal que afectan a la acción rescisoria.....	31
3.1.- RDL 5/2005, de 11 de marzo y Ley 41/2007, de 10 de diciembre	32
A) Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo.....	33
B) La Ley 41/2007, de 7 de diciembre	34
3.2.- El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, y la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.	34
A) RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.....	35
B) Ley 13/2009, de 3 de noviembre de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de nueva oficina judicial.....	38
3.3.- La Ley 38/2011, de 10 octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal	39
3.4.- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.....	44
3.5.- RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial	48
3.6.- Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.....	51
3.7.- Ley 17/14, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial	51
3.8.- RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social	52
3.9.- Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal....	54
3.10.- LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.	56
4.- La regulación de la acción rescisoria concursal en la LC	57
5.- La doctrina del Tribunal Supremo	62
5.1.- Concepto de perjuicio.....	64
5.2.- Rescisión de los acuerdos de refinanciación o reestructuración.....	75
5.3.- Rescisión de garantías	76
5.4.- Efectos de la reintegración.....	86

5.5.- Concepto de “mala fe”	90
5.6.- Cuestiones procesales	92
CAPÍTULO III.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL.....	99
TÍTULO SEGUNDO.- REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN.....	109
CAPÍTULO I.- REQUISITO TEMPORAL: ACTOS REALIZADOS DENTRO DEL PLAZO DE DOS AÑOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.....	111
1.- Establecimiento de un plazo legal.....	111
2.- El <i>dies a quo</i>	116
3.- Actos o negocios incluidos dentro del plazo legal.....	120
4.- Sólo los actos realizados con anterioridad a la declaración de concurso.....	120
CAPITULO II.- REQUISITO OBJETIVO: EL PERJUICIO. LAS PRESUNCIONES DE PERJUICIO LEGALMENTE ESTABLECIDAS.....	127
1.- Concepto de perjuicio para la masa activa.	128
1.1.- Concepto de perjuicio según la Jurisprudencia.....	129
A) Equiparación de perjuicio a disminución de la masa activa.	130
B) Extensión del concepto de perjuicio a la infracción del principio de la par conditio creditorum.....	132
C) Inexistencia de perjuicio	143
1.2.- Concepto de perjuicio según la doctrina mayoritaria.	144
2.- Las presunciones legales de perjuicio.	152
2.1.- Presunciones “ <i>iure et de iure</i> ”.	154
2.2.- Presunciones “ <i>iuris tantum</i> ”	160
TÍTULO TERCERO.- ACTOS Y NEGOCIOS OBJETO DE LA ACCIÓN.....	166
CAPÍTULO I.- ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS RESCINDIBLES.....	166
1.- Rescisión actos procesales.....	169
1.1.- Los actos procesales ordinarios.....	171
1.2.- Actos de disposición del proceso	172
1.3.- Los recursos	177
1.4.- Actos de ejecución judicial	178
2.- La rescisión de garantías	179
2.1.- Garantías en general	179
2.2.- Garantías entre sociedades de un grupo	184
3.- Rescisión de operaciones societarias	187
3.1.- Operaciones de reestructuración	187
3.2.- Rescisión de acuerdos societarios	192
4.- Actos rescindibles pero con un régimen especial	193
4.1.- RDL 5/2005, de 11 de marzo.....	194
4.2.- Ley 41/2007 de 7 de diciembre.....	199
CAPITULO II.- ACTOS Y NEGOCIOS JURIDICOS NO RESCINDIBLES.....	202
1.- Actos no rescindibles según el 71.5 LC	202

1.1.- Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.	202
1.2.- Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.....	209
1.3.- Garantías de los créditos de derecho público y a favor del FOGASA.....	210
1.4.- Actos sujetos a la ley de otro Estado.....	212
2.- Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago	213

TÍTULO CUARTO.- ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA ACCIÓN

RESCISORIA CONCURSAL.....	220
CAPÍTULO I.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.....	222
1.- Jurisdicción y competencia judicial internacional. Competencia territorial ...	222
1.1.- Fuero principal: centro de los intereses principales	222
1.2.- Legislación aplicable: Reglamento de Bruselas I (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial en materia civil y mercantil o el Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia. La doctrina del TJCE.	233
1.3.- Declinatoria.....	244
2.- Competencia objetiva y funcional	245
3.- Acumulación de acciones o procesos.....	248
3.1.- Acumulación de acciones	249
3.2 Acumulación de procesos	250
CAPITULO II.- PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA.....	253
1.- Existencia o no de plazo para su ejercicio.....	253
2.- Inexistencia de un plazo de caducidad o prescripción	256
3.- Las acciones rescisorias tras la aprobación de un convenio.....	259
CAPÍTULO III.- LA LEGITIMACION.....	263
1.- Legitimación activa.....	263
1.1.- Legitimación originaria o principal: la administración concursal.....	264
1.2.- Legitimación subsidiaria: los acreedores.....	271
1.3.- Tratamiento procesal de la legitimación activa.....	278
2.- Pasiva.	282
2.1.- El deudor y las personas que contrataron con él.	283
A) Listisconsorcio pasivo necesario	283
B) Postulación y posibilidades procesales	287
2.2.- Terceros adquirentes de buena fe o con protección registral.....	287
2.3.- Terceros no adquirentes afectados por el acto o negocio impugnado.....	288
CAPITULO IV.- LA DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN RESCISORIA.....	291
1.- Cesión de la acción rescisoria concursal	292
2.- Transacción, desistimiento, y renuncia de la acción.....	295
3.- Acuerdo pactado en el convenio	297
CAPÍTULO V.- MEDIDAS CAUTELARES.....	298

1.- Finalidad, competencia judicial y legitimación para su solicitud.....	298
2.- Presupuestos para su adopción.	301
2.1.- El “ <i>fumus boni iuris</i> ”.	302
2.2.- <i>Periculum in mora</i>	303
2.3.- Caución.	303
3.- Medidas cautelares aplicables en el incidente rescisorio concursal.....	306
CAPÍTULO VI.- EL INCIDENTE RESCISORIO CONCURSAL.....	307
1.- Fase de alegaciones: la demanda y la contestación a la demanda	309
2.- La vista del juicio oral. Fase de prueba.	315
2.1.- Proposición y admisión de los medios de prueba.	315
A) Celebración de la vista.....	315
B) Proposición y admisión de la prueba.....	319
2.2.- Medios de prueba.	323
2.3.- Las presunciones.	323
2.4.- Carga de la prueba.....	328
3.- Trámite de conclusiones.	329
4.- La sentencia	330
5.- Los recursos.....	335
6.- La idoneidad del procedimiento incidental	337
CAPÍTULO VII.- EFECTOS DE LA ESTIMACIÓN DE LA RESCISORIA CONCURSAL.....	341
1.- Consideraciones generales.....	341
1.1.- Efectos <i>ex tunc</i> o <i>ex nunc</i>	345
1.2.- Alcance y extensión.....	347
1.3.- Conceptos de buena y mala fe.....	348
2.- La restitución de las prestaciones	353
2.1.- Alcance de la restitución.....	354
2.2.- Calificación del crédito derivado de la restitución.....	363
A) Actos bilaterales:	363
B) Actos unilaterales:	364
3.- Imposibilidad de restitución	369
4.- Extensión de los efectos a los subadquirentes.....	370
 CONCLUSIONES	 373
 INDICE BIBLIOGRÁFICO.....	 384
 INDICE DE JURISPRUDENCIA.....	 398
 ABREVIATURAS.....	 416

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la acción rescisoria concursal desde la óptica del derecho procesal, poniendo por ello especial atención en los aspectos procesales, y en el análisis de las resoluciones judiciales dictadas en relación con esta materia, y la doctrina que de ellas se ha ido consolidando.

Desde la aprobación de la nueva Ley Concursal, numerosos autores han publicado estudios y comentarios sobre las diferentes materias y aspectos de la Ley Concursal, sin embargo, la inmensa mayoría lo han hecho desde la perspectiva del Derecho Mercantil, siendo el análisis de los aspectos procesales, en general, meramente tangencial o accesorio. Lo mismo ha ocurrido después de cada una de las numerosas reformas realizadas en estos últimos años, cuya finalidad ha sido, en mayor o menor medida, adaptar la ley a las necesidades reales de las personas físicas y jurídicas en situación de concurso, priorizando por ello las soluciones de los problemas de carácter sustantivo o material. La LC, elaborada y aprobada en los años de bonanza económica, no daba solución a muchos de los problemas que la grave crisis de los últimos años ha ido poniendo de manifiesto, por ello ha sido necesario ir adaptándola a la nueva realidad socio-económica del país.

La acción rescisoria concursal no escapa de esta realidad. Las importantes modificaciones realizadas en esta materia respecto de la anterior regulación justifica la atención que la doctrina ha dedicado a esta cuestión. Sin embargo, la mayoría de los autores que se han dedicado a su estudio, lo han hecho desde la perspectiva mercantil, y poniendo el acento más en los aspectos sustantivos o de fondo, que en los procesales.

Por ello, este trabajo pretende, por un lado, estudiar los aspectos procesales de la acción y los distintos problemas detectados; y por otro, analizar las respuestas que nuestros juzgados y tribunales han ido dando, tanto a los problemas materiales como a los procesales. Para ello, se ha considerado necesario analizar primero los presupuestos materiales legalmente exigidos para el ejercicio de la acción, así como la interpretación que desde la doctrina y la jurisprudencia se ha hecho de los mismos. Una vez delimitados estos conceptos materiales, nos adentramos en el estudio del concepto y la

naturaleza jurídica de esta acción, su tramitación y sus efectos desde una perspectiva propiamente procesal.

A lo largo del estudio hemos intentado poner de manifiesto las lagunas, incoherencias y problemas que la experiencia práctica de los últimos años ha permitido detectar en la regulación y tramitación del incidente rescisorio concursal, así como las diferentes soluciones, a veces contradictorias, dadas por la jurisprudencia. Algunos de los problemas detectados inicialmente ya han sido solucionados por alguna de las múltiples reformas llevadas a cabo en los últimos años, pero otros aún subsisten. Por ello, en este trabajo se sugieren algunas reformas que creemos mejorarían la tramitación y la defensa de los intereses de las partes en este incidente concursal. Todo ello con el objetivo de simplificar y mejorar la tramitación del incidente rescisorio. Finalmente, se defiende la necesidad de aplicar la regulación vigente sin perder de vista el origen y la finalidad de la acción de reintegración concursal, evitando con ello una interpretación extensiva que creemos no corresponde.

Para la realización de este estudio, hemos analizado los trabajos elaborados por los autores más representativos de la doctrina procesal y mercantil. También hemos dedicado una especial atención a la doctrina del Tribunal Supremo, de las Audiencias Provinciales (especialmente la de Barcelona), y en menor medida de los juzgados mercantiles, emanada de las resoluciones dictadas hasta el 31 de diciembre del 2104. Al ser la Ley Concursal una norma que ha modificado de forma muy sustancial la anterior regulación sobre esta materia, ha sido la jurisprudencia dictada desde su entrada en vigor la que ha ido delimitando sus conceptos, e integrando las lagunas de la ley. De ahí la extensión e importancia dada a esta fuente.

El trabajo se ha dividido en cuatro Títulos. En el Título Primero, titulado “*La acción de reintegración concursal en el proceso concursal*”, se analiza a lo largo de tres Capítulos, el concepto y la finalidad de esta acción, el marco normativo precedente y actual de la rescisoria concursal, realizando una breve reseña de cada una de las reformas realizadas, y de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y la doctrina contenida en la mismas; finalmente analizamos la naturaleza jurídica de la acción. El Título Segundo, denominado “*Requisitos para el ejercicio de la acción*”, tiene un contenido marcadamente mercantil, ya que en él se analizan los requisitos materiales

para su ejercicio, especialmente el requisito temporal en el Capítulo Primero, y el requisito objetivo de perjuicio para la masa en el Capítulo Segundo. En el título Tercero, titulado “*Actos objeto de la acción*”, analizamos en el Capítulo Primero los actos y negocios jurídicamente rescindibles, y en el Capítulo Segundo los actos y negocios jurídicos no rescindibles, con una especial reseña dedicada a los acuerdos de refinanciación. Por último, en el Título Cuarto, titulado “*Aspectos procedimentales de la acción rescisoria concursal*” se estudian las cuestiones propiamente procesales agrupadas en siete Capítulos. En el Capítulo Primero estudiamos la jurisdicción y la competencia judicial para conocer de esta acción, haciendo una breve referencia a los supuestos de competencia judicial internacional, y en concreto a la aplicación del Reglamento (CE) 1346/2000, de 20 de mayo sobre procedimientos de insolvencia, y a la doctrina del TJCE sobre esta materia. El Capítulo segundo lo dedicamos al estudio de las cuestiones relativas al plazo para el ejercicio de la acción. El Capítulo Tercero está dedicado al estudio de la legitimación, activa y pasiva, para su ejercicio. En el Capítulo Cuarto analizamos la disponibilidad de la acción rescisoria, y en el Capítulo Quinto las cuestiones relativas a las medidas cautelares aplicables en este incidente. El Capítulo Sexto es el dedicado al estudio del incidente rescisorio concursal especial regulado en la Ley Concursal, sus diferentes trámites procesales y su idoneidad para la tramitación de esta acción. En el Capítulo Séptimo se analizan los efectos de la estimación de la acción y los problemas que se plantean. Finalmente exponemos las conclusiones de este trabajo.

La pretensión de este trabajo ha sido, desde un principio, estudiar la acción rescisoria concursal desde una perspectiva global, teniendo en cuenta los intereses y derechos de todas las posibles partes implicadas, no sólo de los acreedores concursales, especialmente en supuestos en los que el equilibrio de los derechos de las partes, la seguridad jurídica, y la tutela judicial efectiva exigen la protección de los derechos de terceros.

LA ACCION RESCISORIA CONCURSAL

TÍTULO PRIMERO.- LA ACCION RESCISORIA CONCURSAL EN EL PROCESO CONCURSAL.

CAPÍTULO I.- CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL.

La acción rescisoria concursal es una acción que puede ser ejercitada para reintegrar a la masa activa del concurso los bienes o derechos que se consideran indebidamente salidos del patrimonio del deudor durante un plazo de tiempo legalmente determinado. Tal y como su denominación ya apunta, es una acción que sólo cabe en el seno de un proceso concursal, (proceso de ejecución universal¹ previsto para que el deudor responda con todo su patrimonio de la totalidad de sus deudas sometido al principio de la par conditio creditorum). Se trata de un instrumento esencial, regulado en la Ley Concursal (LC)², para preservar el patrimonio que conformará la masa activa destinada al pago de los acreedores del concursado. Así lo ha señalado de forma expresa el TS: *”Las acciones de reintegración son instrumentos esenciales para la satisfacción de los intereses de los acreedores, que constituye la finalidad primordial del concurso. Mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par conditio creditorum”*³. Así pues, el análisis de la acción rescisoria concursal debe hacerse partiendo del concepto, la finalidad y los principios y presupuestos, no sólo de esta acción, sino también del proceso concursal en el que necesariamente se incardina. Las especialidades propias del proceso concursal, y la necesaria adaptación que ello comporta tanto del derecho a la tutela judicial efectiva, como de los principios que

¹ Esta es la concepción casi unánime, si bien, GÓMEZ COLOMER, la matiza afirmando que teniendo en cuenta la naturaleza material de las pretensiones que se resuelven en el proceso concursal, estamos ante una mezcla de proceso declarativo y de ejecución, en concreto lo define como: *“... un proceso civil especial mixto, declarativo y ejecutivo a un tiempo”*, GÓMEZ COLOMER J.L., “El proceso concursal”, en MONTERO Y AROCA, J. y otros, *“Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil”*, 18ª ed. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2010, p. 867.

² La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, fue publicada en el BOE nº 164 de 10 de julio de 2003, y entró en vigor casi un año después, el 1 de septiembre de 2004.

³ STS de 30 de abril de 2014, DF Sexto, 1.

rigen el proceso, repercuten necesariamente en los incidentes que se tramitan en su seno, y por consiguiente, también en la acción rescisoria⁴. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ⁵ explica claramente qué es el concurso de acreedores y cuál es su finalidad: “... *el concurso no es más, ni menos, que un procedimiento de ejecución de carácter universal que ha de seguirse ante el estado de insolvencia del deudor, pues*

⁴ Así lo explicita de forma clara y sintética GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ: “(...) *las dificultades son indudables y la complejidad técnica del instituto concursal tiene cierto carácter necesario, pues son muchos y muy diversos los intereses en juego. Por ello, y esta idea no siempre es bien entendida, la legislación sobre crisis económica encierra soluciones técnicas particulares y que obedecen a las especificidades del supuesto de hecho. Así, la modulación de la tutela judicial efectiva y la imposición de ulteriores cargas que modulan su ejercicio (vid. art. 85 LC) son propias de este proceso, al igual que el hecho de que la voluntad de los acreedores se exprese no de forma individualizada sino a través de una decisión ‘de masa’. Estos y otros muchos ejemplos viene a poner de manifiesto las numerosas particularidades del Derecho Concursal.*

Esas singularidades del Derecho Concursal también deben referirse a un particular instituto como es el sistema de reintegración que fuera acogido en la concreta regulación del estado de insolvencia. Una ojeada al derecho comparado nos muestra la disparidad de modelos con que quiere afrontarse un problema común. Y este problema no es otro que el de la necesidad de anticipar en el tiempo la tutela que deben merecer los acreedores concursales mediante una revisión, actuada retroactivamente, de aquellos actos que viniera a realizar el deudor común. Repárese que la finalidad que se persigue con un sistema de reintegración es –y no puede ser otra– que una ordenada tutela del interés de aquellos acreedores que estén llamados a participar en el juicio universal. Sin embargo esa finalidad viene a actuarse de modo muy distinto en los diferentes sistemas de reintegración que se consagran en los ordenamientos más próximos al nuestro. En todo caso la experiencia pone de relieve que, sea cual sea el modelo por el que se opte, la regulación del proceso concursal requiere de la presencia, con mayor o menos acentuación, del instrumento reintegratorio.

Sin embargo, el expediente de la reintegración pone de manifiesto un delicado problema de extraordinaria importancia, pues su realización encierra un conflicto necesario entre la finalidad perseguida, -tutela de los acreedores concursales- y un básico principio de seguridad jurídica.”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., en AA.VV., “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 25-26.

Por su parte, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, cita el interés del concurso, como principio inspirador del concurso, y por tanto, también del proceso concursal: ““*El proceso concursal como proceso concursal que es, se halla asimismo informado por los principios procesales comunes (contradicción entre dos o más partes, audiencia e igualdad). Sin embargo, dada su particular idiosincrasia, el proceso concursal presenta, también en sede de principios, especificidades distintivas de cualquier otro orden procesal. La LC cita como principios los de unidad legal, de disciplina y de sistema. Sin embargo, los citados, más que principios del concurso, son principios o características de la legislación concursal. Por el contrario, el apartado X de la Exposición de Motivos hace referencia a las características de flexibilidad, rapidez y simplicidad como inspiradoras del procedimiento concursal, erigiéndose estas características en los auténticos principios del procedimiento. Si flexibilidad, rapidez y simplicidad son los principios rectores del procedimiento concursal, el denominado interés del concurso hace referencia no al procedimiento sino al concurso en sí mismo, institución que se desarrolla en un marco procesal pero que lo excede claramente (...) El concurso es, en efecto y en primer lugar un proceso judicial (...) Pero es evidente que el concurso es mucho más que su dimensión procesal(...) El concurso excede pues su dimensión procesal. Y es en ese contexto en el que debe situarse el principio del interés del concurso como principio inspirador del concurso y, por ende, del proceso concursal.”, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “El interés del concurso como principio inspirador del proceso concursal”, en AAVV., “Principios y garantías procesales”, (Dir. Picó Junio, J.), Ed. Bosch, octubre 2013, pp. 373-74.*

⁵ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores” en AA.VV., “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, (Dir. García-Cruces González, J.A.), Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, Cap. I, p. 28.

todos sus bienes quedan destinados, en principio, a satisfacer los créditos de la pluralidad de sus acreedores y de acuerdo con la solución que se diera al mismo. Conforme con este carácter, todos los bienes del concursado van a quedar afectados a favor de sus acreedores, pues con ellos y de acuerdo con las previsiones alcanzadas se dará cumplimiento a las exigencias del convenio o, por el contrario, esa masa de bienes será el objeto sobre el que recaiga la entera liquidación concursal”.

Para que el concurso pueda cumplir el objetivo de pago ordenado a los acreedores, una de sus funciones es delimitar la masa activa, el conjunto de bienes o derechos propiedad del deudor con los que pagar, total o parcialmente, al conjunto de sus acreedores. Por ello, el artículo 183 de la Ley Concursal divide el procedimiento concursal en seis secciones, reservando la sección tercera a “... *lo relativo a la determinación de la masa activa, a las autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, y a las deudas de la masa*”⁶. Asimismo, el art. 76.1 LC recoge el llamado principio de universalidad inherente al procedimiento concursal: “*Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento*”. Al respecto MERCADAL VIDAL⁷ (entre otros), afirma que resulta evidente la conexión de este artículo con el 1.911 CC que es el que recoge el principio de responsabilidad patrimonial universal; al incluir en la masa activa todos los bienes del deudor, presentes y futuros, éstos quedan sometidos a los fines y principios del concurso. También VILA FLORENSA⁸ destaca que la responsabilidad patrimonial universal recogida en el 1911 CC “*tiene un claro*

⁶ La redacción del apartado 3º del artículo 183 LC fue ligeramente modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, publicada en el BOE nº 245, el 11 de octubre de 2011.

⁷ Según el citado autor: “(...) *la responsabilidad patrimonial del deudor concursado respecto de sus acreedores es universal, pero se ajusta a las reglas peculiares del concurso, sacrificándose por el legislador ciertos intereses en beneficio de otros en atención a no ser dignos, del mismo grado de tutela ante la situación de insolvencia del deudor (art. 2 LC). En conclusión, todos los bienes y derechos del deudor concursado quedan afectos al pago de los créditos pero, a los efectos de precisar la concreta posición de cada acreedor respecto de dichos bienes y derechos, será fundamental atender al grado y al rango respectivo de cada uno de los créditos. Las diferencias de trato entre unos y otros son muy marcadas*”, vid. MERCADAL VIDAL, F., “Comentario al art. 76 LC”, en AA.VV. “*Nueva Ley Concursal*”, (Coord., Sala Reixachs, Mercadal Vidal, Alonso-Cuevillas Sayrol), Bosch, 2003, p. 395.

⁸ Vide VILA FLORENSA, M., “Comentarios a los art. 71 a 73 LC”, en AA.VV., “*Nueva Ley Concursal*”, (Coord., Sala Reixachs, Mercadal Vidal, Alonso-Cuevillas Sayrol), Bosch, 2003, p. 368.

exponente en el concurso, como procedimiento de ejecución universal y respuesta legal a una determinada situación patrimonial en caso de insolvencia del deudor, a través de la cual se procede a la afección de todos sus bienes a favor de sus acreedores". En este mismo sentido se pronuncia LINACERO DE LA FUENTE⁹.

No obstante ello, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, limita el alcance de esta responsabilidad patrimonial ilimitada regulada en el artículo 1911 CC. Esta norma reforma la LC introduciendo el denominado "mecanismo de segunda oportunidad", pero limitándolo a deudores persona física de buena fe. Para ello introduce un nuevo artículo 178 bis que regula el "*beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*", estableciendo que: "*El deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en este artículo, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa*"¹⁰.

La delimitación de la masa activa de un concurso exige incluir en la misma los bienes y derechos existentes en el patrimonio del deudor en el momento de la declaración del concurso, reintegrando a dicho patrimonio los bienes y derechos que se consideren indebidamente salidos del mismo, y excluyendo los que estando formalmente en el patrimonio del deudor no haya duda de que no le pertenecen¹¹. Es un

⁹ La autora considera que en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal de 1911 CC, la masa activa deben integrarla todos los bienes del deudor, presentes y futuros, sin que deba distinguirse entre patrimonio civil y mercantil, Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M., "*Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*", Ed. Reus S.A., Madrid, 2005, p. 39.

¹⁰ Según la exposición de motivos del RDL 1/2015: "I.- (...) *Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Y se trata igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por las razones de justicia hacia los acreedores que tan acertadamente expusieron autores como Manresa. Con ello se alcanza el debido equilibrio y la necesaria justicia que debe inspirar cualquier norma jurídica*".

¹¹ En este sentido, MERCADAL VIDAL opina que: "(...) *Parece innecesario aclarar que no se integran en la masa activa en sentido técnico-jurídico todos aquellos bienes y derechos que, estando en poder o en posesión del deudor al declararse el concurso o en un momento ulterior, sean propiedad de terceros. Respecto a tales bienes y derechos se ha reconocido tradicionalmente la facultad de separación ex iure domini ...*". Asimismo, afirma que deben excluirse de la masa del concurso los bienes y derechos que no tengan contenido patrimonial, además de los bienes con contenido patrimonial pero que resulten inembargables, MERCADAL VIDAL, F., op. cit., "Comentario al art. 76 LC ...", p. 396. En este mismo sentido se pronuncia VILA FLORENSA, M., op. cit., p. 368.

hecho habitual que las personas con dificultades económicas retrasen al máximo la solicitud de concurso, de manera que en el momento en el que éste se declara ya hace tiempo que el deudor está en situación de insolvencia real; raramente coinciden el inicio de la situación de insolvencia con la declaración de concurso. Asimismo, la experiencia histórica nos dice que, con relativa frecuencia, durante el período inmediatamente anterior a la declaración de concurso, el deudor intenta salvar la mayor parte de sus bienes, ocultándolos o sacándolos de su patrimonio realizando operaciones simuladas o favorables a familiares o personas con las que tiene una especial relación de confianza¹². Otra de las estrategias habituales es realizar algún negocio jurídico que beneficie a un acreedor determinado en perjuicio de los otros, ya sea para obtener un beneficio personal (p. ej., en el concurso de persona jurídica, porque ese crédito lo tiene afianzado personalmente el administrador social), o porque con ello obtiene más crédito o tiempo para intentar remontar sus dificultades económicas. Es esta realidad la que justifica que prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno hayan regulado acciones, instituciones o sistemas para conseguir reintegrar al patrimonio del concursado los bienes salidos de su patrimonio en perjuicio de acreedores. Así, la acción rescisoria concursal nace como un medio o instrumento para reintegrar o devolver al patrimonio del concursado los bienes o derechos salidos del mismo de manera “indebida”, durante el plazo legalmente establecido. ESCRIBANO GÁMIR¹³, lo enuncia del modo siguiente: *“Como trámite concursal, la reintegración es el conjunto de las operaciones dirigidas a traer al patrimonio del deudor común*

¹² En palabras de SANCHO GARGALLO: *“Constituye un hecho de experiencia que el deudor común en un tiempo previo a la declaración de concurso (...) con frecuencia trata de eludir algunos bienes de esta suerte o de favorecer a alguno de sus acreedores en perjuicio de los otros”*, SANCHO GARGALLO, I., “Las acciones de reintegración”, en AA.VV. *“Tratado judicial de la insolvencia”*, (Dir. Prendes Carril y Muñoz Paredes), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 1142. En este mismo sentido se pronuncia claramente GARCÍA-CRUCES: *“El origen de todo sistema de reintegración de masa en el concurso descansa en la experiencia contrastada que antecede al renacimiento jurídico del estado de insolvencia. La realidad nos muestra cómo, ante el riesgo de una situación de insolvencia, el deudor puede –y suele– llevar a cabo una ‘huída hacia delante’ que agrave aún más aquel estado, con grave perjuicio de sus acreedores (...)*

Surgen así los distintos sistemas de reintegración concursal cuya finalidad, que se realizará a través de modos muy distintos y con consecuencias bien diferentes, no es otra que la de preservar la integridad, tanto cuantitativa como cualitativa, del patrimonio del ahora concursado”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de perjuicio”, en AA.VV., *“La reintegración en el Concurso de Acreedores”*, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 34-35.

¹³ ESCRIBANO GAMIR, R.C., “La reintegración de la masa activa del concurso”, en AA.VV., *“Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia”*, Tomo IV, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., Madrid 2005, p. 4009.

concurado, aquellos bienes que salieron de él indebidamente. La distancia temporal, generalmente, entre el estado de insolvencia patrimonial y su declaración judicial, así como las más que probables consecuencias que para los acreedores se desatan en ese espacio es, precisamente, lo que trata de resolverse con el instituto de la reintegración". En este mismo sentido se han venido pronunciando otros muchos autores¹⁴. Por su parte, LEON SANZ¹⁵ partiendo de la misma idea, la reformula afirmando que las acciones de reintegración son "*medidas específicas establecidas por el Derecho para la tutela del crédito en virtud de las cuales se prevé la facultad de impugnar ante el órgano judicial determinados actos realizados por el deudor antes de la declaración del concurso*".

No compartimos la opinión de SILVETTI y VILA FLORENSA¹⁶ cuando afirman que mediante los mecanismos de reintegración se pretende traer a la masa activa los bienes indebidamente salidos del patrimonio del deudor, en una época anterior a la declaración de concurso pero cuando ya estaba en situación de insolvencia. Puede admitirse como ratio subyacente a la creación del instituto, según ya hemos indicado, pero no como requisito exigible tras su implementación legal en nuestro

¹⁴ Vide, p. ej. DÍAZ MARTÍNEZ: "*En este periodo intermedio entre la situación de insolvencia del empresario y su declaración judicial, el deudor suele realizar actos dispositivos perjudiciales para los acreedores en orden a frustrar la realización de sus derechos de crédito, bien mediante el intento de retrasar las consecuencias legales de dicha irregularidad, asumiendo unos riesgos que en una situación saneada se rechazarían, bien mediante operaciones tendentes a sustraer determinados bienes en beneficio propio o de personas allegadas al mismo o en el de algunos de los acreedores en perjuicio de los demás. Ante este hecho han reaccionado todos los ordenamientos jurídicos, desde el Derecho romano hasta nuestros días, estableciendo distintos sistemas de reintegración...*", DÍAZ MARTÍNEZ, M., "Presente y futuro de las acciones de reintegración" *Diario La Ley*, nº 5640, 24-10-2002, Año XXIII, Ref. D-225, Tomo 5, p. 1816.; ALCOVER GARAU: "*Los artículos 71 a 73 de la ley concursal contienen las normas básicas de la que sin duda es una de las piezas esenciales de cualquier sistema concursal, la de las acciones de reintegración de la masa activa, cuya función es la de ser uno de los instrumentos jurídicos para configurar la masa activa de derecho trayendo en concreto a la misma bienes y derechos que no deberían de haber salido en la forma en que lo hicieron del patrimonio del deudor*", ALCOVER GARAU, G., "Aproximación al Régimen Jurídico de la Reintegración Concursal" en AA.VV., "*Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal.*" (Dir. García Villaverde, R, Alonso Ureba, A., Pulgar Ezquerro, J.), Ed. Dilex, S.L., 2003, p. 325; y LINACERO DE LA FUENTE, M., que considera la acción regulada en el art. 71 LC "*la pieza principal del sistema de reintegración regulado en la LC*", op. cit., p. 60.

¹⁵ LEON SANZ, F. J., "El sistema de reintegración concursal", *Revista del poder judicial*, ISSN 1139-2819, número especial XVIII, 2004, p. 254.

¹⁶ Vid. SILVETTI, E., "Comentarios a los artículos 71 a 73 LC" en AA.VV., "*Comentarios a la Ley Concursal*", (Dir. Cordón, F.), actualizado para la 2ª edición por Eduardo Valpuesta Gastaminza, Tomo I, 2ª ed., Ed. Aranzadi, S.A. Navarra 2010, p. 796; y VILA FLORENSA, M., op. cit., p. 368. Sobre esta cuestión véase también la SAP Barcelona (Sección 15) 22.05.2008 (Rollo 646/2007).

ordenamiento. Consideramos que esta posición vincula indebidamente reintegración concursal con insolvencia. La LC y la jurisprudencia no vinculan reintegración con insolvencia sino con perjuicio a la masa activa, y ello con total independencia de que en el momento en el que se realizaron los actos cuya resolución se pretende, el deudor estuviera ya en situación de insolvencia o no. Cuestión distinta es que en la mayoría de los casos los actos, omisiones o negocios jurídicos rescindibles se realizaran estando ya el deudor en situación de insolvencia, pero creemos que este hecho no permite generalizar hasta el punto que lo hacen las autoras citadas.

Visto el concepto y el ámbito de ejercicio de la acción rescisoria concursal, la primera cuestión que plantea su estudio es dilucidar si se trata de una única acción o de varias. Tanto la LC en el título del artículo 71, como la doctrina¹⁷ y la jurisprudencia¹⁸ se refieren, de forma reiterada, a las acciones de reintegración, en plural. La propia exposición de motivos de la LC, en el último párrafo de su punto III indica que: *“La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa (...)”*.

Pues bien, el examen de la LC, la doctrina y la jurisprudencia, nos lleva a afirmar, ya de entrada, que la LC no sólo regula una acción de reintegración sino un verdadero sistema de reintegración que incluye la acción rescisoria concursal propiamente dicha, y el resto de acciones de impugnación de actos del deudor ejercitables dentro del concurso con el objeto de reintegrar a la masa activa los bienes y

¹⁷ P. ej., LINACERO DE LA FUENTE, se refiere a las acciones rescisorias concursales definiéndolas como: *“aquéllas que permiten declarar la ineficacia de un negocio válidamente celebrado por el futuro concursado durante el periodo sospechoso (dos años anteriores a la declaración de concurso), en razón del perjuicio causado, no a una de las partes, sino a un tercero (la masa de acreedores), y sólo en la medida en que el negocio afectado por la rescisión perjudique a los acreedores”*, LINACERO DE LA FUENTE, M., op. cit., pp. 18-19, y 56; En este mismo sentido Vide VIGUER SOLER, P. L., "La masa activa: determinación y acciones de reintegración", en *Cuadernos de derecho judicial*, XVIII, 2003, (Dir. Garnica Martín, J.F.), p. 384.

¹⁸ Vid. entre otras, SAP Pontevedra 22-7-2009 (Rollo 406/2009), sentencia 369/2009; SAP Girona 28-10-2009 (Rollo 392/2009), sentencia 384/2009; SJM-1 Alicante de 5-5-2008, sentencia 59/2008, incidente concursal 637/2007.

derechos salidos del patrimonio del deudor en perjuicio de la masa o los acreedores¹⁹. En este sentido se pronuncian, entre otros, SANCHO GARGALLO²⁰, según el cual “*El sistema de reintegración diseñado por la Ley concursal es plural, pues –además de la específica acción rescisoria concursal ideada en el art 71 LC- alcanza también a cualquiera de las acciones de ineficacia que podrían ejercitarse de no existir el concurso –pauliana, nulidad absoluta o relativa...-, al prever expresamente que ‘el ejercicio de las acciones rescisorias concursales no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho (...)*”. Por su parte, MASSAGUER FUENTES²¹ afirma que es precisamente la pluralidad de acciones que componen el nuevo sistema de reintegración lo que justifica la redacción en plural (acciones rescisorias) del art. 71.LC. En esta misma línea se pronuncian la ya citada LINACERO DE LA FUENTE, quien además de aludir al “*sistema de reintegración regulado en la LC*”, sostiene que dentro de la rúbrica “*acciones de reintegración*” deben incluirse la acción rescisoria concursal, considerada la principal, y el resto de

¹⁹ Acciones de declaración de nulidad absoluta (generalmente por simulación de contrato para dar cobertura a desplazamientos patrimoniales injustificados) o relativa, acciones rescisorias entre las que destaca la acción Pauliana, la acción de impugnación prevista en el 86.2 LC etc. LINACERO DE LA FUENTE enumera las siguientes: “*En cuanto a las ‘acciones de impugnación’ que pueden ejercitarse, aunque el texto legal no lo explicita, pueden citarse, la acción subrogatoria, la acción rescisoria ordinaria o pauliana y demás acciones rescisorias, la nulidad absoluta, especialmente, la nulidad por simulación, la pretensión de anulabilidad del negocio impugnado, y, en general, aquellas acciones de impugnación de actos del deudor que impliquen una reintegración de bienes o derechos a la masa activa*”, LINACERO DE LA FUENTE, M., op. cit., p. 193. por su parte MUÑOZ DE BENAVIDES, enumera como acciones no concursales que pueden ejercitarse en el procedimiento concursal la acción de nulidad por contratación en nombre de tercero sin su autorización, por vicio de consentimiento (arts. 1265 CC), por recaer el negocio jurídico sobre cosa o servicio imposible (art. 1272 CC), o por estar fundado en causa falsa (arts. 1276 CC), MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “Las acciones de reintegración concursales”, *Diario La Ley* nº 6967, sección Tribuna, 13 junio 2008, Año XXIX, Ed. La Ley (La Ley 23082/2008).

²⁰ Vide. SANCHO GARGALLO, I., “Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 2006, p. 10. En similares términos se pronuncia el mismo autor en “Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2004, p. 161.

²¹ El citado autor lo expresa en los términos siguientes: “*En efecto, el sistema de reintegración diseñado por la Ley Concursal no sólo consta de la acción de rescisión establecida en el artículo 71 de la Ley Concursal o acción de rescisión concursal (que sin duda constituye la acción principal de reintegración, a la que por lo demás se refiere el grueso de las previsiones de este artículo y de los siguientes). También consta, del modo en que se establece en su último apartado, de las ‘otras acciones de impugnación de actos del deudor que puedan proceder conforme a derecho’.* Dentro de las denominadas “*otras acciones de impugnación*”, este autor incluye no sólo las de derecho común, sino también las que denomina especiales, previstas en la legislación concursal: aquéllas a las que remite la Disposición Adicional segunda de la LC, y la derivada de la presunción del art. 78 LC., Vid., MASSAGUER FUENTES, J., “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa”, en AA.VV., “*Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*”, Tomo IV, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., Madrid 2005, pp. 4216-4217.

acciones impugnatorias ejercitables conforme a derecho²²; y MORALEJO MENÉNDEZ, que se refiere directamente a “*un sistema de acciones rescisorias*”²³. También la jurisprudencia hace referencia a la existencia de un sistema de reintegración²⁴. Otros autores como GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, VARGAS BENJUMEA, VIGUER SOLER, RIPOLL OLAZÁBAL o MARTÍNEZ GUTIÉRREZ²⁵ también se refieren a un sistema de reintegración, aunque de una forma más genérica. Por su parte, ESCRIBANO GAMIR²⁶, afirma que las acciones impugnatorias de derecho común se pueden ejercitar junto con la acción rescisoria concursal “*aunadas dogmáticamente bajo el criterio teleológico*”. En esta misma línea se pronuncian GÓRRIZ LÓPEZ y MORRAL SOLDEVILA que se refieren a la acción de impugnación como complementaria de la acción de reintegración²⁷. Finalmente,

²² Concretamente la autora considera que: “*Las acciones de reintegración incluyen tanto la acción de reintegración concursal (que es sólo una a pesar de que doctrina y legislador hablen a veces en plural) como las demás acciones de impugnación del 71.6. Estas últimas se rigen por su propio régimen salvo legitimación y procedimiento (yo diría competencia objetiva)*”, Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M., op. cit., p. 46 y 60.

²³ Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, nº 17 parte Estudios, Ed. Civitas, Pamplona 2009 (consultada en versión digital. Thomson Reuters Aranzadi, de 28 de enero de 2014, p. 2: “*El régimen legal ahora vigente se sustenta, sin embargo, sobre un sistema de acciones rescisorias cuyo pertinente ejercicio por la administración concursal, o por quién legalmente se encuentre legitimado para ello, necesita de la concurrencia de un presupuesto objetivo y temporal*”.

²⁴ Se citan a modo de ejemplo, entre otras, SAP Badajoz (secc. 2ª) de 2-10-2008, (Rollo 837/2007), sentencia 231/2008; sentencias del JM-1 Málaga de 12-10-2007 (JUR 2008/148575), y de 21-4-2008 (Incidente concursal 63.3. 1/2007).

²⁵ Vide., RIPOLL OLAZÁBAL, G., “Comentario al art. 71 LC”, AA.VV., “*Proceso concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*” (coord. por Fernández Ballester, M.A.), Ed. La Ley, Madrid 2004, p. 378; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., op. cit. “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, ed 2009, p. 22; VARGAS BENJUMEA, I., “*La acción de reintegración concursal*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 15-27; VIGUER SOLER, P.L., op. cit., pp. 383 y 394; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sobre la protección de los adquirentes de buena fe en el sistema de reintegración contenido en la Ley concursal”, AA.VV., “*Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*”, Tomo IV, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 4194.

²⁶ La argumentación de esta autora es la siguiente: “... *la acción rescisoria concursal es, en puridad estructural y dogmática, una. Sin embargo, junto a ésta se contempla el posible ejercicio de otras acciones de impugnación (...) que procedan conforme a derecho (71.6). A nuestro parecer es aquí donde haya su razón de ser el título del art. 71 LC: se contempla junto a la acción rescisoria concursal, de carácter especial, el ejercicio de otras impugnatorias de Derecho común, aunadas dogmáticamente bajo el criterio teleológico*”, Vid. ESCRIBANO GAMIR, R.C., op. cit., p. 4016.

²⁷ Vid. GÓRRIZ LÓPEZ, C., y MORRAL SOLDEVILA, R., “Declaración y conclusión del concurso por insuficiente de masa activa”, AAVV., “*Problemas procesales del concurso de acreedores*”, (Coor. Cachón Cadenas, M., Picó Junoy, J., Riba Trepat, C., y Ruíz de la Fuente, M.C.), Ed. Atelier, 2013, p. 212: “*La acción de impugnación, complementaria a la anterior (la acción de reintegración), permite igualmente reintegrar a la masa bienes del concursado. Se pueden ejercitar en cualquier momento del proceso y se trata de hipótesis o situaciones que pueden no tener encaje en la acción de reintegración.*

debemos reseñar el estudio de PARRA²⁸ en el que analiza el “*ámbito en el que el artículo 71.6 estaría llamado a desplegar su eficacia*”.

Ciertamente, creemos que la LC regula un sistema de reintegración en el que la acción rescisoria concursal es la acción principal del sistema, pero no la única. Cada una de ellas por separado cubre alguno o algunos de los supuestos posibles, pero no todos; así, la cobertura jurídica contra los actos perjudiciales para la masa no recae en una sola de estas acciones, sino en el sistema en su conjunto. La mayoría de los actos o negocios perjudiciales impugnables por haber sido realizados durante los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, podrán ser atacados mediante el ejercicio de la acción rescisoria concursal, acción especialmente creada para declarar ineficaces estos actos. Los supuestos que queden fuera del ámbito de aplicación de esta acción pueden, en su caso, ser anulados o privados de eficacia mediante el ejercicio de las otras acciones impugnatorias previstas en nuestro ordenamiento jurídico, de forma independiente o conjunta con la acción de reintegración, y en el seno del propio proceso concursal. Este sistema de reintegración permite una mejor concreción y delimitación de

Tales serían los casos, por ejemplo, de la acción revocatoria o pauliana del art. 1911CC o la acción de rescisión por lesión ultra dimidium, muy característica del Derecho civil catalán”.

²⁸ Señala esta autora que: “(...) puede ser oportuno llamar la atención sobre el eventual ámbito en el que el artículo 71.6 estaría llamado a desplegar su eficacia:

a) ... las acciones generales de impugnación presentan interés especialmente para los actos realizados por el deudor de forma previa a los dos años anteriores a la declaración del concurso (artículo 71.1) ... Naturalmente, siempre que concurran los requisitos específicos de cada acción y no haya transcurrido el tiempo para hacerla valer (la pauliana caduca a los cuatro años, la acción de nulidad no está sometida a plazo, la de restitución derivada de la anulabilidad a un plazo de cuatro) ... la rescisoria concursal facilita la impugnación, pues no requiere fraude ...

b) Hay que tener presente que, fuera de la Ley concursal, y para sectores específicos, la Ley exige expresamente para la impugnación de los actos del deudor, la prueba del fraude, contra la regla del artículo 71.1 de la Ley concursal. Así sucede, conforme al artículo 10 de la Ley del mercado hipotecario (redacción otorgada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre) ... Lo mismo sucede, en caso de concurso de la entidad emisora, con el negocio de emisión de participaciones hipotecarias, puesto que el artículo 15 de la Ley del mercado hipotecario se remite para su impugnación al artículo 10 de la misma.

c) Las acciones generales de impugnación de los actos del deudor están llamadas a jugar un papel decisivo en relación con los actos que el artículo 71.5 de la Ley concursal excluye de la rescisoria concursal.

d) Finalmente, las acciones generales de impugnación de los actos del deudor anteriores a la declaración de concurso tendrán un ámbito de actuación en relación con los acuerdos de refinanciación (...) excluida la rescisoria concursal por el propio legislador, si se admite expresamente que la administración concursal pueda impugnar estos acuerdos, habrá de ser cuando concurran los presupuestos de otras acciones reconocidas de impugnación. Ahora bien, en principio, si se repara en el ámbito de los acuerdos de refinanciación que la Ley excluye de la rescisión concursal, es difícil imaginar en qué circunstancias podría prosperar una acción de impugnación con arreglo a otras acciones”, PARRA LUCÁN, M.A., “La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 19/2010 parte Estudios, Ed. Civitas, Pamplona, 2010, pp. 6-7.

cada una de las acciones que lo integran, haciendo innecesarias interpretaciones forzadas o extensivas de la acción rescisoria concursal, a la que una parte de la doctrina pretende “exigir” la cobertura de todos los supuestos que hayan podido causar un perjuicio a la masa activa del concurso²⁹. Partir de la concepción de un sistema de reintegración, condiciona el examen y análisis de determinados presupuestos fijados por la LC, como por ejemplo, el presupuesto temporal para el ejercicio de la acción de reintegración, y hace innecesario que una sola de las acciones de reintegración deba cubrir por sí misma, todos los supuestos fácticos posibles. La acción rescisoria concursal tiene su ámbito de aplicación (suficientemente amplio a nuestro juicio), y el resto de acciones de impugnación el suyo, siendo precisamente la suma de todas ellas la que crea un sistema de protección, no perfecto, pero sí lo suficientemente amplio, equilibrado y seguro para todas las partes implicadas en el proceso.

Por todo ello, consideramos plenamente acertada la constitución por parte de la LC de este sistema de reintegración que facilita la protección a los acreedores, a la vez que -en comparación con el régimen preexistente- otorga mayor seguridad jurídica a los terceros que contrataron con el deudor en un plazo inmediatamente anterior a la declaración de concurso.

CAPÍTULO II.- LA LEY CONCURSAL Y LA RESCISORIA CONCURSAL

1.- Antecedentes legislativos de la LC. Necesidad de un cambio profundo en la regulación de la insolvencia y sus efectos.

La acción de reintegración concursal está expresamente regulada en los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal dentro del Capítulo IV “*De los efectos sobre los actos*”

²⁹ Sobre esta cuestión VILLORIA RIVERA ha declarado, acertadamente, que: “(...) un uso indiscriminado de la acción rescisoria podría llegar a pervertir el sistema. El concursado no puede lucrarse por este cauce, con la ayuda de la Administración Concursal, obteniendo una ventaja tan inesperada como injusta a costa de su contraparte. Lo único que quiere la Ley es que su patrimonio sea restablecido cuando se ha visto perjudicado”, VILLORIA RIVERA, I., “La rescisión de las garantías prestadas por deuda a cargo de sociedades del grupo”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía, Antequera, 19-21 abril 2012.

perjudiciales para la masa activa”, del Título III “*Efectos de la declaración de concurso*”³⁰.

El análisis de los antecedentes legislativos de la regulación de las acciones rescisorias que, según LEON SANZ³¹ tienen su origen ya en el derecho Romano, excede al ámbito de este estudio, por ello nos limitaremos a realizar una breve reseña de los antecedentes más inmediatos, en concreto, de la regulación inmediatamente anterior de la entrada en vigor de la Ley concursal.

Antes de la entrada en vigor de la actual LC, no había una regulación unitaria de los procedimientos concursales debido, en parte, a la tradición histórica de regular por separado las cuestiones sustantivas y las procesales de una misma materia o institución. La dispersión legislativa en esta materia se agravó con el distinto tratamiento legal dado a los comerciantes y los no comerciantes, y por la distinción entre insolvencia definitiva y provisional. La combinación de estos elementos determinó el establecimiento de

³⁰ Parte de la doctrina critica esta ubicación, considerando más adecuada su inclusión en el Cap. II (*de la determinación de la masa activa*) del Tit. IV (*Del informe de la administración concursal y de la determinación de la masa activa y pasiva del concurso*). En este sentido se pronuncian, entre otros, ALCOVER GARAU, G., op. cit., pp. 325 y 326; VARGAS BENJUMEA, por su parte, considera un punto de originalidad su ubicación con los efectos de la declaración de concurso, si bien cree preferible su regulación en el Cap. II del Tit IV, vid. VARGAS BENJUMEA, I., op. cit., pp. 12-13.

³¹ Según este autor: “*En el Derecho romano se desarrollaron distintas medidas y recursos dirigidos a evitar que se frustraran las legítimas expectativas de los acreedores como consecuencia de actos realizados por el deudor de manera fraudulenta en perjuicio de sus intereses y que impidieran la plena satisfacción de sus créditos. Los remedios previstos (nota 6: La primera referencia a esta materia se encuentra en la Lex Aelia Sentia que declara nulas las manumisiones de esclavos en fraude de acreedores) evolucionaron tanto en el plano sustantivo como en el procesal y fueron más o menos enérgicos según los casos y las épocas. Las diferentes medidas quedaron refundidas en la época de Justiniano en la que se denominó como acción pauliana. La configuración de la acción pauliana en el Derecho romano trataba de proteger los intereses de los acreedores en la satisfacción del crédito, respetando en lo posible la autonomía individual del deudor y de los terceros que con él se relacionan (...)*

La acción pauliana prolongó su vigencia en el Derecho común durante el Derecho intermedio. En el tráfico mercantil en cambio, en la quiebra de los comerciantes se apreció la necesidad de establecer medidas de protección de los acreedores más efectivas que las previstas en el Derecho común. Esta cuestión se trató en primer lugar en el Derecho estatutario de las ciudades italianas y su influencia se extendió al resto de Europa

*En el régimen mercantil de la quiebra confluyen la tradición que procede de la acción pauliana del Derecho romano y la institución del secuestro del Derecho germánico (...) La ordenación mercantil implicaba, sin duda, un endurecimiento del régimen general de Derecho común, que expresaba el rigor inherente a este tráfico con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva de la protección de la confianza del crédito. Subrayaba, además, que la impugnación de los actos realizados por el deudor en caso de quiebra tiene como fundamento el principio de igualdad de trato en la satisfacción colectiva de los créditos según las reglas del concurso.”, LEON SANZ, F.J., “La finalidad y estructura de la acción rescisoria”, *Anuario de Derecho Concursal* num.11/2007 parte Estudios, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2007, versión digital ICAB, p. 3-5, (28.01.14).*

cuatro procedimientos distintos: en el caso de los comerciantes el de quiebra para insolvencias definitivas, y el de suspensión de pagos para insolvencias provisionales (al menos formalmente), mientras que en el caso de los no comerciantes los procedimientos aplicables eran el concurso de acreedores para la insolvencia definitiva y el de quita y espera para las insolvencias provisionales. El resultado de todo ello era que la regulación sobre esta materia se encontraba dispersa a lo largo de cuatro normas: el Código de Comercio de 1885 (arts. 1 a 41, 326 y del 869 a 941), el Código de Comercio de 1829 (arts. 1.001 al 1.177), la Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922, y la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 63, 524 al 679, 744 al 761, 1053, 1130 al 1396)³². Todo ello agravado por las numerosas contradicciones que se daban entre algunos preceptos de estas normas, y la dificultad de determinar la norma vigente aplicable a cada uno de los supuestos concretos que se planteaban en la práctica. Ante este panorama, no debe extrañar que la Exposición de Motivos de la LC afirme que la reforma global del derecho concursal era una de las más importantes tareas legislativas pendientes en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que respecta a la concreta regulación de la llamada retroacción de la quiebra (aplicable también a la suspensión de pagos cuando la insolvencia devenía definitiva, en virtud de lo establecido por el art. 21 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922), hay que tener en cuenta, además de lo ya dicho, que la regulación sustantiva, bajo la premisa de trasladar los efectos del concurso formalmente declarado al momento real en el que se produjo la insolvencia, estableció como regla general un sistema de nulidad absoluta cuyos efectos alcanzaban incluso a los terceros de buena fe. Si a esta regulación le añadimos una aplicación rigorista y maximalista por parte de los

³² A esta cuestión se refiere BARÓ CASALS al afirmar, en relación a la antigua regulación de la quiebra: *“La vigente regulación de la quiebra se caracteriza por su arcaicidad, dispersión y descoordinación. Las normas básicas aplicables son la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (tanto en materia específica de quiebra como la regulación supletoria del concurso de acreedores), el derogado Código de Comercio de 1829 a cuyos preceptos remite éste y el Código de Comercio de 1885. Por otra parte, esta confusión e inadecuación normativa propicia una jurisprudencia intrincada y a veces contradictoria”*, Vid. BARO CASALS, A. y PEDREÑO MAESTRE, F., *“Derecho concursal. La Quiebra”*, Tomo II, 1ª ed., Cedecs Editorial, Barcelona 1999, p.119; En términos parecidos se expresa en relación a la antigua regulación de la suspensión de pagos: *“La suspensión de pagos, a diferencia de la quiebra, se halla regulada, en sus aspectos esenciales, por un solo texto legal, siendo éste, además, relativamente reciente. No obstante, si bien no existen normalmente en el ámbito de la suspensión de pagos dudas sobre cual sea la disposición legal aplicable a un concreto supuesto, la jurisprudencia recaída en su interpretación y aplicación se muestra muchas veces confusa y contradictoria, situación propiciada por el escaso rigor terminológico de la ley, que en ocasiones utiliza la misma denominación para designar momentos o realidades distintas.”*, BARO CASALS, A. y PEDREÑO MAESTRE, F., *“Derecho concursal. La suspensión de pagos”*, Tomo I, 1ª ed., Cedecs Editorial, Barcelona 1998, Nota Preliminar, p. LIII.

tribunales españoles el resultado era un sistema injusto, que provocaba una grave inseguridad jurídica, y que llevaba años siendo duramente criticado por la doctrina³³.

Esta regulación, según la doctrina más especializada³⁴, configuraba un sistema mixto que combinaba la nulidad absoluta con la anulabilidad o nulidad relativa, a pesar de que la regulación contenida en el CCo no sistematizaba los supuestos en términos de nulidad o anulabilidad. Existía unanimidad respecto de la inclusión, dentro de la llamada retroacción o nulidad absoluta, de todos los actos realizados por el deudor en el periodo de retroacción (art. 878.2 CCo) fijado libremente por el juez (sin un límite temporal legalmente establecido), extendiendo sus efectos incluso sobre los terceros de buena fe. En relación a esta cuestión la doctrina mantenía ligeras diferencias. RAMÍREZ³⁵, incluía dentro de los supuestos de nulidad absoluta no sólo los supuestos contenidos en el citado 878.2 CCo, sino también los incluidos en el 879 y el 880 del CCo (actos realizados en unos plazos concretos inmediatamente anteriores a la fecha de la retroacción), a pesar de que la ley no hacía ninguna mención a la nulidad sino a la

³³ Sobre esta cuestión resulta interesante la STS de 8 de abril del 2014 (ponente Sancho Gargallo), que hace un resumen de la jurisprudencia dictada en relación a la nulidad de los actos realizados durante el periodo de retroacción (Roj: STS 1629/2014; Id Cendoj: 28079110012014100179).

El sentir mayoritario de la doctrina en relación a esta cuestión lo describe muy bien OLIVENCIA RUIZ cuando afirma: “...soluciones injustas al problema de la insolvencia, lesión de intereses dignos de tutela y de la igualdad de trato de los acreedores. Ese es el resultado de una legislación cuyos defectos permiten injusticias, el peor de los males que pueden afectar a la ley. Tales pueden ser la etiología y el diagnóstico del estado del Derecho concursal, temas en que la coincidencia es pacífica (...) La reforma se propone corregir los defectos, remediar las deficiencias denunciadas...”, Vide. OLIVENCIA RUIZ, M., “Los principios de la reforma concursal”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4 de 2004, p. 11. En esta misma línea se pronuncian, entre otros muchos, GÓMEZ COLOMER: “La regulación de la tutela procesal de los acreedores frente a un deudor común ... era caótica, asistemática, vetusta, dispersa, ineficaz e inadecuada a la realidad económica actual, hasta que en 2003 se afrontó su reforma radical, modernizando las instituciones concursales”, GÓMEZ COLOMER, J.L., op. cit., p. 860; y ESCRIBANO GAMIR, para la que: “No sorprende, pues, que la doctrina haya sido unánime en calificar el sistema español de reintegración de la masa de caótico y desolador, instando al legislador a procurar su reforma (...) La LC da un nuevo tratamiento a la espinosa materia de la reintegración de la masa, desmontando el perturbador y deficiente sistema del CCo...”, ESCRIBANO GAMIR, R.C., op. cit., pp. 4012-4013. El propio legislador, consciente de la situación, excepcionó ya antes de la reforma operada por la LC la aplicación de esta regulación a determinados supuestos muy concretos, modificando p. ej., la Ley del Mercado de Valores y la Ley del Mercado Hipotecario.

³⁴ Véase como doctrina de referencia en relación a la anterior regulación de la quiebra y las suspensiones de pagos, RAMÍREZ, J. A. “Derecho Concursal Español. La quiebra”, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, pp. 408 y ss; y URÍA, R, “Derecho Mercantil”, 25ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1998, pp. 1060 -1063. Como doctrina más reciente véase, entre otros, GARCÍA-CRUCES GONZALEZ, J.A., op. cit., “Presupuestos y finalidad ...”, 2009, pp. 30-31; SANCHO GARGALLO, I. “Operaciones de reintegración de la masa de la quiebra”, en AA.VV. “Derecho Concursal II”, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 5, 1996, (pp. 417-506), versión digital ICAB, pp. 1-47; y VIGUER SOLER, P.L., op. cit., pp. 370-371.

³⁵ RAMIREZ, J.A., op. cit., p. 408-409.

declaración de ineficacia; por otra parte, consideraba supuestos de nulidad relativa o anulabilidad los de los artículos 881 y 882 CCo (actos realizados durante el llamado periodo sospechoso). URÍA³⁶, descomponía el sistema de retroacción en tres grupos: los actos nulos del 878.2 CCo; los actos ineficaces comprendidos en los artículos 879 y 880 (nulos sin admitir prueba en contrario); y los actos anulables si se probaba el ánimo de defraudar a los acreedores regulados en los artículos 881 y 882 CCo. Por su parte, SANCHO GARGALLO³⁷ se refería, por un lado a la retroacción absoluta, en la que incluía los supuestos de nulidad del 878.2, y por otro, a una serie de acciones de impugnación que permitían revocar actos, aplicando una presunción de fraude *iure et de iure* en los supuestos del 879 y 880 CCo, o previa prueba del fraude en los supuestos del 881 y 882. Finalmente, PRENDES CARRIL³⁸ distinguía entre reintegración o retroacción absoluta (los supuestos de nulidad del 878.2 CCo), y la llamada reintegración o retroacción relativa o periodo sospechoso, referido a las acciones de impugnación incluidas en los arts. 879-882 CCo.

Son estos antecedentes los que, según la Exposición de Motivos de la LC, explican la sustitución del sistema de retroacción, por unas específicas acciones de reintegración: *“La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la Ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irrevindicabilidad o de Registro”*.

³⁶ URÍA, R., op. cit., p. 1061.

³⁷ Vide SANCHO GARGALLO, I., op. cit., “Operaciones de reintegración”, p. 3. En este mismo sentido se pronuncia RIPOLL OLAZÁBAL, G., op. cit., p. 378 y SILVETTI, quien además señala que la retroacción absoluta no era aplicable a los supuestos de suspensión de pagos en los que había una declaración de insolvencia definitiva (art. 21 LSP), SILVETTI, E., op. cit., p. 798.

³⁸ Vid. PRENDES CARRIL, P. y otros, “*Guía Práctica Concursal*”, 3ª ed, Editorial Aranzadi S.A., Navarra 2009, p. 211; En este mismo sentido se pronuncia LINACERO DE LA FUENTE, M., op. cit., p. 23.

2.- La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

2.1.- Finalidad de la nueva regulación

La Exposición de Motivos de la LC se inicia haciendo referencia a la inaplazable necesidad de una reforma en profundidad de toda la materia concursal, describiendo crudamente la situación en la que se encontraba esta materia: *“Esta ley persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal. Las severas y fundadas críticas que ha merecido el derecho vigente no han ido seguidas, hasta ahora, de soluciones legislativas, que, pese a su reconocida urgencia y a los meritorios intentos realizados en su preparación, han venido demorándose y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente (...) la falta de coherencia de un conjunto normativo carente de los principios generales y del desarrollo sistemático que caracterizan a un sistema armónico, y permitió corruptelas muy notorias.”* .

Así pues, la nueva LC nació con la pretensión de llevar a cabo, no propiamente una ruptura, pero sí una profunda modificación del derecho vigente, estableciendo un sistema regido por los principios de unidad legal (regulando en una única ley los aspectos materiales y los procesales), de unidad de disciplina (aplicable a todos los deudores, comerciantes o no), y unidad de sistema (fijando un único procedimiento flexible para todo tipo de insolvencia, definitiva o provisional)³⁹. La LC además,

³⁹ La anterior regulación, además de una serie de actividades previas, establecía hasta 3 procedimientos distintos para reintegrar bienes a la masa en el procedimiento de suspensión de pagos, dependiendo de la causa en la que se fundara la pretensión de reintegración: el procedimiento regulado en los artículos 1.371 a 1.374 de la antigua LEC cuando la retroacción se fundaba en el art. 879 CCo, el trámite del interdicto de recobrar cuando la retroacción se fundaba en el art. 880 CCo, y el procedimiento declarativo que correspondiera según la cuantía (mayor cuantía, menor cuantía, cognición o verbal) cuando la retroacción

prescinde del concepto de fraude de acreedores como requisitos para el ejercicio de la acción rescisoria concursal pasando a fundamentarla en la existencia de un perjuicio para la masa activa⁴⁰. Lamentablemente, a día de hoy debemos decir que las sucesivas reformas de la LC han acabado por quebrar, en mayor o menor medida, esta unidad, siendo cada vez más las voces que están poniendo de manifiesto este hecho⁴¹.

se fundaba en el art. 881 y 882 CCo. Sobre esta cuestión ver MASCARELL NAVARRO, M.J., "Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos", Ed. Comares, 1994, pp. 216-226.

⁴⁰ Las ideas recogidas en este apartado aparecen condensadas en la SAP Castellón (Sección 3) 27.04.2009 (JUR 2009/304131; Sentencia 134/2009; Rollo 586/2008): "*Resulta conveniente recordar en este sentido, abundando en lo que se expone el propio Juez Mercantil, el contenido de la Sentencia nº 229 de 26 de abril de 2007, de la Sección 15ª, de la Audiencia Provincial de Barcelona cuando en su fundamento de derecho quinto expone: 'La necesidad de salvaguardar la eficacia y función del tratamiento legal de la insolvencia mediante el proceso concursal, protegiendo a los acreedores de las actuaciones del deudor común en período próximo al concurso (en el que ya concurría o era inminente, por lo menos previsible, su presupuesto objetivo), tendentes a disminuir la garantía patrimonial de los créditos o a favorecer a algún acreedor vulnerando el trato paritario, justifica el régimen legal de reintegración, orientado a preservar la integridad del patrimonio que constituye la garantía de satisfacción de los acreedores. A tales efectos, el nuevo ordenamiento concursal, alejándose del ambiguo y problemático esquema normativo de la retroacción absoluta, opta por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, en la que se sustituye el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz. El remedio, por tanto, no es otro que el de la rescisión por perjuicio a la masa, y así el art. 71 declara que 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 (del concurso), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo a continuación presunciones iuris e de iure de la lesividad patrimonial de determinados actos que enumera*".

⁴¹ Citamos, a modo de ejemplo, a GARCÍA VICENTE: "*La unidad normativa propugnada por la propia Ley concursal ha quedado en agua de borrajas: el legislador, a trompicones, ha promulgado normas dentro de la propia ley (DA 4ª), o fuera de ella (RDL 5/2005, Ley 41/2007, y la Ley 30/ 2007, de 30 de octubre) que rompen la unidad. El régimen general de la rescisoria concursal, fundado, al parecer en el 'perjuicio' y en la irrelevancia para su éxito de la 'intención fraudulenta' de la contraparte (art 71.1 LC) se conjuga en otros casos con la 'existencia de fraude' (art.10 LMH), con el 'conocimiento del estado de insolvencia (DA 3ª.4 Ley 1/ 1999) o con el que denomina 'perjuicio de acreedores' (art 15.5 RDL 5/2005).*

Por si esto fuera poco, son 'determinantes' en la configuración de la concesión de crédito garantizado (y señaladamente en las operaciones de refinanciación) las obligaciones impuestas a la entidades financiera por varias Circulares del Banco de España, sobre clasificación de créditos, provisiones y coberturas, que en buena medida están en el origen de la nueva regulación de los acuerdos extrajudiciales de refinanciación y que no se acomodan explícitamente al régimen de la rescisoria concursal (...) Probablemente el punto de fuga más importante que sufre el régimen de las garantías reales en el concurso sea el RDL 5/2005, en razón de su generoso ámbito de aplicación que puede conducir a la generalización de lo que parece un régimen rescisorio especial en aquellos casos en los que el concedente del crédito garantizado es, como ocurre en la mayoría de las ocasiones, una entidad financiera. Tampoco es irrelevante la interpretación que se propugna del artículo 10 LMH y su concordante artículo 4.5 RMH, que supone la inmunidad concursal, salvo que se acredite el 'fraude' en la constitución de la hipoteca, de toda garantía cuyo beneficiario, sea una entidad de las allí mencionadas, con independencia de si tales hipotecas sustentan o no la emisión de títulos hipotecarios, sin principal de esta norma (del mercado hipotecario)", GARCÍA VICENTE, J. R., "La rescisión concursal de las garantías reales: algunas observaciones", en AA.VV., "Créditos, Garantías y concurso", (Cood. Veiga Copo, A.B.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, ed. septiembre 2010, pp. 115-17.

Respecto del poco conocido régimen de dotaciones, y la incidencia que pueden tener en materia concursal (muy especialmente en caso de refinanciación), ver los artículos publicados por BARÓ CASALS, A., en la *Revista de derecho concursal y paraconcursal*: "Régimen de dotaciones en caso de refinanciación de

En el caso de las acciones rescisorias el cambio ha sido favorable y tan profundo que, sí ha supuesto, de hecho, una ruptura con el sistema anteriormente establecido⁴². Resulta significativo que a raíz de la nueva regulación y de la jurisprudencia dictada al amparo de la misma, el Tribunal Supremo modificara su posición, pasando a realizar interpretaciones de la anterior regulación (al resolver los recursos de casación a los que aún les era aplicable ésta) más favorables al principio de seguridad jurídica⁴³. No

créditos bancarios”, nº19, 2013, pp. 397-402; “Las dotaciones para la cobertura del riesgo de insolvencia en el sistema financiero español”, nº 20, 2014, pp. 385-403; y “Régimen de dotaciones en caso de refinanciación de crédito bancarios tras el RDL 4/2004, y la Ley 17/2014”, nº 22, 2015, pp. 261-270.

⁴² No obstante todo ello, LEON SANZ considera que la LC tiene deficiencias relevantes, tanto desde la perspectiva de los fines pretendidos, como en la configuración técnica. Afirma que: “*La regulación continua siendo desproporcionadamente favorable a los intereses de los acreedores concursales y poco considerada con el principio de seguridad en el tráfico. En este sentido conviene destacar que resulta irrelevante la buena fe del tercero para la LC lo mismo que sucedía en el CCo. El régimen es todavía más riguroso en la Ley al permitir el ejercicio de las acciones de reintegración concursal respecto de actos realizados cuando el deudor todavía no era insolvente, mientras que en el CCo la fecha de la retroacción debía señalarse a partir del momento en el que deudor se encontrara en una situación d crisis...*”, véase LEON SANZ, F.J., op. cit., “El sistema...”, p. 252. En términos similares se manifiesta el mismo autor en LEON SANZ, F.J., op. cit., “La finalidad y estructura...”, p. 2.: “*Pese a la trascendencia de la reforma, el régimen de la Ley Concursal todavía queda lejos de satisfacer plenamente los fines que informan la regulación de las acciones de impugnación para la protección de acreedores en el marco del procedimiento concursal. La ineficacia de los actos realizados durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, a pesar de que no hubiera habido intención fraudulenta (art. 72.1 LC), resulta poco respetuosa con el principio de seguridad del tráfico. La consideración del derecho que resurge a favor de la contraparte como una deuda de la masa parece contrario al principio de la par condicio creditorum. La ordenación de esta materia refleja una concepción no del todo correcta y acabada de las especialidades de esta categoría de ineficacia, revela una defectuosa comprensión de la configuración de esta clase de acciones y tampoco parece haber reparado en el fundamento específico de las acciones rescisorias de ámbito general y en caso de concurso, que explica las diferencias en la regulación de los presupuestos y de los efectos en uno y otro caso*”; Por su parte, y en contra de la muy mayoritaria doctrina, PALAO UCEDA, J. defiende la anterior regulación afirmando que “*la LC rompe definitivamente con este sistema de igualdad de trato que es el principio capital y configurador del concurso... El planteamiento de las acciones de rescisión, tal y como se realiza en la actual LC, prioriza intereses particulares frente al interés general del mercado que está representado por los acreedores cuando el trato debía ser idéntico para todos. Si los acreedores no ven satisfechas, aun en un mínimo porcentaje, sus expectativas de cobro a costa de unos pocos, la falta de confianza terminará por minar el tráfico comercial, ralentizando las relaciones comerciales y frenando el crecimiento de la economía*”, vid PALAO UCEDA, J., “Las acciones de rescisión en el concurso de acreedores” *Diario La Ley* nº 7820, sección Tribuna, 16 marzo 2012 (La Ley 2481/2012), p. 4.

⁴³ Se cita a modo de ejemplo, la STS (Sala 1ª), de 10-12-2009 (nº 802/2009, rec.1990/2005) que desestima el recurso de casación interpuesto por la sindicatura de la quiebra contra la sentencia de la AP de Palma de Mallorca, que revocando la sentencia de instancia, declara que no procede la nulidad del contrato de compraventa efectuado por la quebrada a favor de un tercero también codemandado durante el periodo de retroacción de la quiebra, al no haberse acreditado el perjuicio y primar la seguridad del tráfico mercantil, de conformidad con la más moderna jurisprudencia: “*... es cierto que la jurisprudencia se ha orientado recientemente en la dirección apuntada por la Audiencia Provincial al interpretar el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio (sentencias de 30 de marzo de 2006, 6 de noviembre de 2007, 7 de mayo de 2008, y 11 febrero de 2009, entre otras), y valorar la dificultad técnica de calificar como nulidad lo que se muestra como la ineficacia sobrevenida de un negocio que, en el momento de su celebración, no adolecía de defecto alguno; así como los inconvenientes que para la seguridad jurídica generan los sistemas de reintegración de la masa activa de la quiebra, en cuanto se sirven de la sanción de nulidad absoluta para aplicarla indiscriminadamente a todos los actos de administración y dominio*”

obstante ello, debemos reconocer que, tal y como señalaremos a lo largo de este trabajo, la LC no ha solucionado todos los problemas de la regulación anterior, y como era casi inevitable en una normativa tan compleja, ha dado lugar a otros problemas nuevos. La larga y dura crisis económica ha puesto de manifiesto sus deficiencias, siendo una de las más importantes, que no está siendo (en contra de lo esperado) un instrumento para reflotar las empresas sino para su liquidación. Las sucesivas reformas, especialmente las últimas, han intentado corregir las lagunas y problemas que se han ido poniendo de manifiesto, pero sin conseguirlo del todo. Asimismo, centrándonos en el objeto de este trabajo, debemos señalar que las interpretaciones que de ella han venido haciendo los tribunales, han planteado nuevos problemas que, de no corregirse, pueden llegar a desvirtuar el concepto y la finalidad de la acción rescisoria concursal.

2.2.- Entrada en vigor. Posible aplicación retroactiva de la LC en materia de reintegración.

La disposición Final Trigésima Quinta de la LC establece que entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2004, excepcionando la modificación de los artículos 463, 472 y 482 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (relativos a los emplazamientos en los recursos de apelación y extraordinarios), y el mandato de la disposición Final Trigesimosegunda (relativa al proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos), que entraron en vigor al día siguiente de la publicación de la ley en el BOE (10 de julio de 2003). El establecimiento de esta “*vacatio legis*” de más de un año se justifica por la magnitud de la reforma y los cambios que su aplicación comportaban.

Por su parte, en la disposición Transitoria Primera de la Ley Concursal, titulada "*Procedimientos concursales en tramitación*", se estableció que: "*Los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el Derecho anterior, sin más excepciones que las siguientes ...*".

realizados por el deudor con posterioridad a la fecha a la que se retrotraen los efectos de aquella –el legislador en la exposición de motivos de la Ley 22/2003 los califica de perturbadores- y la innecesariedad desde el punto de vista empírico de una tan generalizada sanción para asegurar la par conditio creditorum y preservar los valores patrimoniales del quebrado, que no se ponen en peligro con todos los actos mencionados en el precepto de que se trata. En conclusión, no ha infringido el Tribunal de apelación el artículo 878, pfo 2º, del CCo, al darle un sentido adecuado al que le atribuye la jurisprudencia”.

Ninguna de las excepciones se refiere al ejercicio de la acción rescisoria concursal⁴⁴. Así pues, salvo las excepciones reseñadas que afectan a cuestiones muy puntuales, la LC no es aplicable de forma retroactiva a los procedimientos de quiebra, suspensión de pagos, concursos de acreedores y quita y espera iniciados y tramitados con la anterior regulación.

No obstante la literalidad de la norma, se han dictado algunas sentencias que consideran aplicable la nueva regulación de la LC a actos del concursado realizados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, es decir, el 1 de septiembre de 2004. En este sentido se ha pronunciado de forma reiterada la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, fundamentando su decisión en que la LC es más beneficiosa que el antiguo sistema de retroacción de la quiebra. No obstante admitir que las leyes no pueden tener efecto retroactivo si no se establece expresamente lo contrario, y que la Constitución Española no permite la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, en la medida en que la Disposición transitoria 3ª del CC establece que cuando *“la falta esté penada por la legislación anterior se aplicará la legislación más benigna”*, esta Audiencia ha considerado aplicable retroactivamente la LC a los actos anteriores a su entrada en vigor en tanto que ley más benigna⁴⁵. Si partimos de la lógica del razonamiento, a pesar de que la Audiencia no se

⁴⁴ Estas excepciones son, en síntesis: la inmediata aplicación de los artículos 176 a 180 (relativos a la conclusión y reapertura del concurso) salvo los incisos 1 y 2 del apartado 1 del artículo 176; la fase de liquidación que debe abrirse de oficio cuando la resolución que declara el incumplimiento de un convenio gane firmeza después de la entrada en vigor de la LC, se regirá por la regulación contenida en ésta; en contra de lo establecido en la regulación anterior, se establece que no podrá aprobarse ninguna proposición de convenio antes de que haya concluido el trámite de reconocimiento de créditos; las proposiciones de convenio formuladas con posterioridad a la entrada en vigor de la LC deberán cumplir los requisitos de ésta (arts 99 y 100) y su tramitación y aprobación se regirá por lo establecido en el art. 103, el 118.3 y el 121.4.2º de la LC, afectando también al cómputo del plazo para la presentación de adhesiones escritas; las resoluciones dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LC serán recurribles según las especialidades reguladas en el 197 LC.

⁴⁵ SAP Barcelona (Secc. 15ª) de 2-5-2006 (Rollo 47/2006): *“Este periodo sospechoso, en los concursos declarados dentro de los dos primeros años de entrada en vigor de la Ley Concursal, necesariamente afectará a hechos anteriores al 1 de septiembre de 2004, pero no por ello debe dejar de aplicarse en aras del principio invocado de irretroactividad de las leyes. Es cierto que según el art. 2 CC las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no se dispusiere lo contrario, y que a tenor del art. 9.3 CE, no cabe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Este principio general, tiene especificaciones en las disposiciones transitorias del Código Civil, y aunque ninguna de ellas se corresponde exactamente con el presente caso, en que se juzga sobre la aplicación de un régimen de reintegración o ineficacia de actos o negocios jurídicos, puede aplicarse la disp. trans. 13ª CC, y resolver el presente caso conforme a los principios que sirven de fundamento a dichas disposiciones transitorias. A ellas subyace, sobre todo la que regula la cuestión más afín a la presente, relativa a las disposiciones que sancionan con penalidad civil o privación de derecho acciones u omisiones (disp. trans. 3ª CC), el principio general de irretroactividad*

pronuncia expresamente, parece claro que deben quedar fuera de la aplicación retroactiva aquellos actos para los que la LC no resulte ley más benigna o favorable.

Sin embargo, la sentencia del TS de 16 de septiembre de 2010, a pesar de declarar que la LC es aplicable a todos los concursos instados a partir del 1 de septiembre de 2004, acaba aplicando retroactivamente la regulación de la LC sobre la acción rescisoria a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor, aún no siendo la nueva regulación más favorable. Los argumentos en los que fundamenta su decisión son, en síntesis, los siguientes: la necesidad, según la disposición adicional primera de la LC, de aplicar la regulación que haga referencia a los antiguos procedimientos concursales poniéndolas en relación con la nueva regulación contenida en la LC, y de conformidad con su espíritu y finalidad (argumentación también aplicada por la AP de Barcelona en la sentencia anteriormente reseñada); el trato jurídico unitario que debe darse al caso concreto (operación compleja que impide individualizar los distintos actos), y que a su juicio, exige la aplicación en bloque de la regulación contenida en la LC; considera la aplicación de la nueva normativa más favorable en términos generales; asimismo afirma que la irretroactividad podría llevar al fraude de ley, ya que, en la medida en que la retroacción judicial que establecía la regulación anterior ha sido sustituida por la acción rescisoria del art. 71 LC, la inaplicación de este art. 71 LC por cuestiones de derecho transitorio, dejaría indemnes actos ilícitos, de ahí que considere esta norma impregnada de una naturaleza intertemporal y por tanto, que opere con efecto retroactivo; además, alega que se trata de una operación compleja que no agotó sus efectos; y finalmente, aduce motivos de seguridad jurídica. Por la importancia de la misma, reseñamos literalmente los argumentos extractados⁴⁶. Esta posición la reitera en

de la norma más desfavorable. La referida disp. trans. 3ª CC, previene expresamente que cuando la falta esté penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna...

De ahí que siendo el régimen de reintegración actual, cuya aplicación se pretende con la demanda, más beneficioso para las partes intervinientes en el negocio objeto de impugnación que el sistema anterior de la retroacción de la quiebra, en aplicación de los principios que subyacen a las disposiciones transitorias del Código Civil procede declararlo aplicable respecto de actos del concursado anteriores al 1 de septiembre de 2004". De forma idéntica se pronuncia la misma sección de la Audiencia en la sentencia de 22.05.2008 (Rollo 646/2007).

⁴⁶ STS (Sala de lo Civil) 548/2010, de 16 de septiembre de 2010 (nº de recurso 1924/2006): "En el quinto motivo se aduce infracción del art. 2.3 CC y del principio "tempus regit actum" por hacer aplicación retroactiva de los artículos 71 y 73 de la Ley Concursal. Se alega que las operaciones que son objeto del incidente concursal se realizaron en fecha 30 de abril de 2.003, esto es, un año y cuatro meses antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal (1 de septiembre de 2.004), e incluso antes de su promulgación (6 de julio de 2.003); que la LC en su Disposición final trigésima establece que "La presente Ley entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2.004...." (con algunas excepciones que no afectan al incidente); y que

la sentencia TS de 13 de diciembre del 2010⁴⁷, habiendo por tanto ya dos sentencias en este mismo sentido. Consideramos que los argumentos del TS en esta sentencia no son correctos, ni en cuanto a su admisión de la aplicación retroactiva de la LC, ni (aún cuando se estuviera de acuerdo con la retroactividad en tanto que ley más beneficiosa), ni en cuanto a los argumentos en los que basa o fundamenta esta decisión,

ninguno de los artículos, ni en sus disposiciones finales, adicionales o transitorias, ni en ninguna otra ley, se ha establecido la retroactividad de los arts. 71 y 73 LC a los negocios y actos nacidos con anterioridad a su promulgación. Y, en consecuencia, -resume-, la regulación establecida en la ley sobre las acciones de reintegración no puede ser aplicada para rescindir, en perjuicio de terceros, negocios concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la repetida ley, puesto que tales negocios no eran rescindibles según el ordenamiento jurídico vigente en el momento de su concertación...

(...) De lo anteriormente expuesto (la disposición Transitoria Primera de la LC) se deduce que la Ley Concursal es aplicable a todos los concursos instados a partir del 1 de septiembre de 2.004, si bien debe resaltarse la importancia de la disposición Adicional Primera, que, bajo el título de "Referencias legales a los procedimientos concursales anteriormente vigentes", dispone que "los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley, poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad". Sin embargo, como la LC tiene normas procesales y sustantivas, la aplicabilidad de éstas -especialmente- puede suscitar dificultades de derecho intertemporal, tal y como sucede en el caso, dado que, siendo aplicable la LC, la operación se produjo con anterioridad a la misma, pero se halla dentro del periodo de dos años anteriores a la declaración del concurso establecido para las acciones de reintegración en el art. 71.1.

Examinadas las alegaciones de las partes en relación con los arts. 2.3 CC, 9.3CE y Disposiciones transitorias del CC, singularmente las de los números segundo y tercero, el criterio de la Sala es el de aplicación íntegra de la normativa de la nueva Ley Concursal, tal y como se hizo por la resolución recurrida. Se acuerda así por las razones siguientes:

El supuesto de que se trata exige la aplicación en bloque de la normativa de la LC. Las circunstancias concurrentes impiden individualizar las distintas actuaciones, y darles un tratamiento separado. Nos encontramos, como ya se ha dicho, ante una operación compleja, de modo que las diversas operaciones que la integran se hallan íntimamente interrelacionadas y responden a una finalidad única; y es por ello que se impone un trato jurídico unitario.

Por otro lado, la aplicación de la nueva normativa es más favorable, o cuando menos no más rigurosa -dura o estricta-, que la anterior, sin que sea preciso discurrir acerca de los efectos o consecuencias de la retroacción judicial del sistema jurídico actualmente derogado (arts. 1024 del Código de Comercio de 1.829 y 878, párrafo segundo, del código de Comercio de 1.885).

Además, de aceptarse la tesis de la irretroactividad se daría lugar a lo que se denomina "resultado paradójico", que incluso podría incurrir en un fraude de ley. Habida cuenta que la retroacción judicial que establecía la normativa anterior fue sustituida por la retroacción legal de la acción de reintegración del art. 71 LC, de estimarse que no es aplicable este precepto por razones de derecho transitorio sucedería que quedarían indemnes conductas ilícitas, en cuanto reprobables con arreglo al mismo, como las del caso enjuiciado, dado que conforme al régimen procesal aplicable de la nueva Ley no habría posibilidad de acordar aquella retroacción judicial. De ahí que la norma nueva esté impregnada de una naturaleza intertemporal y opere con efecto retroactivo.

Finalmente, con carácter de refuerzo argumentativo, debe tenerse en cuenta también el contenido de la disposición Adicional 1ª LC antes expresado, sin olvidar que nos hallamos ante una operación compleja que no agotó sus efectos y que la nueva normativa concursal en la materia ha tenido en cuenta para separarse de la derogada sólidas razones de seguridad jurídica". El ponente de esta sentencia es el magistrado Jesús Corbal Fernández.

⁴⁷ STS 13.12.2010: "... se alega infracción del artículo 2.3 CC y del principio "tempus regit actum" por hacer aplicación retroactiva de los artículos 71 y 73 de la Ley Concursal y, en consecuencia, infracción, por indebida aplicación, de estos preceptos. El motivo se desestima por aplicación de la doctrina sentada por esta Sala en la Sentencia de 16 de septiembre de 2.010, número 548, cuyo contenido es aplicable plenamente al presente caso, tanto más que aquí no concurre un supuesto del art. 73.3, inciso final, de la LC ". El ponente de esta sentencia es también el magistrado Jesús Corbal Fernández.

especialmente el de que la inaplicación del art. 71 LC por cuestiones de derecho transitorio dejaría indemnes actos ilícitos. Este argumento parece justificar la aplicación retroactiva de disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales, lo que resultaría contrario al artículo 9.3 de la Constitución. Seguramente, se hubiera podido llegar al mismo resultado, la ineficacia o nulidad del acto considerado perjudicial, ejercitando las otras acciones de impugnación prevista por la propia LC, y el Código Civil sin necesidad de “reinterpretar” el principio de irretroactividad de las normas. Por ello, creemos que esta sentencia es un ejemplo de la tendencia de una parte de nuestros juzgados y tribunales a forzar la interpretación de la LC en el ámbito de la rescisoria concursal, para justificar la aplicación del régimen rescisorio concursal a supuestos a los que, en principio, no les serían aplicables.

Por su parte, la sentencia del TS dictada el 4 de septiembre del 2014⁴⁸, pese a las dos sentencias anteriormente reseñadas, afirma, no sólo que la LC no es aplicable retroactivamente, sino además, que la Sala nunca lo ha declarado así: “Tercero.- *La Sala no ha aplicado retroactivamente el art. 71 LC a supuestos en los que regía la normativa concursal anterior, en este caso, la retroacción de la quiebra, sino que ha aplicado esta normativa anterior pero interpretándola ‘atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad’ , tal como prevé la Disposición adicional primera de la LC “.* En este caso, el TS alega que: “*el principio general que inspira nuestro ordenamiento ‘tempus regit actum’ supone la irretroactividad de las normas, tal como establece el art. 2.3 CC en aras al principio de seguridad jurídica que informa nuestra Constitución (art. 9.3), que impide someter al imperio de la norma las relaciones jurídicas anteriores, ni cabe una interpretación extensiva a supuestos no contemplados en ellas (STS 30 de junio y 22 de julio de 2010 , 24 de noviembre de 2006 , 17 de noviembre de 2006 , entre otras), por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (STS de 17 de noviembre de 2006)”.* Seguidamente, también rechaza la aplicación de la Disposición transitoria tercera del CC (que establece como excepción a la irretroactividad que la nueva norma sancione “*con penalidad civil o privación de derechos, actos y omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores cuando se ejecutó el acto, o cuando la falta, estando penada por la legislación anterior, la nueva*

⁴⁸ STS de 4 de septiembre de 2014, (Sentencia nº 451/2014; Recurso 3060/2012), [Roj: STS 3748/2014 ; Id Cendoj: 28079110012014100444], de la que es ponente Sebastian Sastre Papiol.

norma fuera más benigna”), por cuanto *“la ineficacia de la prenda como consecuencia del ejercicio de la acción rescisoria concursal no es una sanción civil, sino el resultado de los efectos propios de aquella”*. Finalmente, considera correcto que la sentencia recurrida aplique la norma especial que declara aplicable al caso, el RDL 5/2005, art. 15.5, pero en su redacción originaria, no en la redacción dada por la Ley 7/2011, al haberse realizado el acto al que se aplica en el 2009, por tanto, dos años antes de que se aprobara la redacción que se pretendía aplicable.

Así pues, respecto de la aplicación retroactiva de la LC a supuestos anteriores a su entrada en vigor el TS ha dictado 3 sentencias, rechazando la última la doctrina recogida en las dos anteriores. A pesar de que después de 11 años de la entrada en vigor de la norma, la incidencia práctica de esta cuestión puede ser ya muy pequeña, sí nos parece importante a los efectos de doctrina general en materia de aplicación retroactiva de las normas, por lo que sería deseable que si el TS se vuelve a pronunciar sobre esta cuestión lo haga en la línea de la última sentencia reseñada.

3.- Reformas de la Ley concursal que afectan a la acción rescisoria

Hoy en día ya casi nadie discute que la LC, redactada en una época de bonanza y crecimiento económico, no contenía los mecanismos necesarios para que las empresas en crisis pudieran resolver sus problemas de insolvencia y mantenerse en el mercado. Por ello, pese al poco tiempo transcurrido, esta norma ya ha sido reiteradamente reformada⁴⁹. Siendo alguna de las reformas irrelevantes al objeto de este trabajo,

⁴⁹ Las disposiciones que, en mayor o menor medida han reformado la LC son las siguientes:

- Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (BOE nº 271, de 12 de noviembre de 2003) que afecta a la DA 2ª, 3.
- Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE nº 267, de 5 noviembre 2004), que deroga la DF 27ª.
- Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros (BOE nº 267, de 5 noviembre 2004), que deroga la DF 26ª.
- El RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE nº 62, de 14 de marzo de 2005).
- Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (BOE nº 282 de 25 de noviembre de 2005) que reforma la DA 2ª,2º.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE nº 261 de 31 de octubre de 2007).

seguidamente haremos una breve reseña de las más importantes desde el punto de vista de la rescisoria concursal.

3.1.- RDL 5/2005, de 11 de marzo y Ley 41/2007, de 10 de diciembre

Las primeras modificaciones relevantes a efectos de la acción rescisoria concursal se producen con el RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, y la Ley 41/2007, de 10 de diciembre, que modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de

-
- Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero (BOE nº 294, de 8 de diciembre de 2007).
 - Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE nº 78, de 31 de marzo de 2009).
 - Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (BOE nº 155, de 27 junio 2009), adiciona un apartado k) a la DA 2ª, 2º.
 - Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (BOE nº 266, de 4 de noviembre).
 - Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso (BOE nº 61, de 11 marzo 2010), que reforma el art. 98 LC).
 - Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 245, de 11 de octubre de 2011).
 - Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, (BOE nº 233, de 28 de septiembre de 2013).
 - Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorro y Fundaciones Bancarias (BOE nº 311, de 28 de diciembre de 2013), que introduce un nuevo apartado i) a la DA 2ª,2, y modifica la DA 4ª, 1ª.
 - Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE nº 58, de 8 marzo 2014).
 - RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgente en materia concursal (BOE nº 217, de 6 de septiembre de 2014).
 - Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgente en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (resultado de la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo), (BOE nº 238, de 1de octubre de 2014)
 - RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE nº 51, de 28 de febrero).
 - Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE nº 101, de 28 de abril de 2015).
 - Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (BOE nº 125, de 26 de mayo de 2015).
 - Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE núm. 146 de 19 de Junio de 2015)
 - Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras, y reaseguradoras (BOE nº 168, de 15 de julio de 2015).
 - LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial (BOE nº 174, de 22 de julio de 2015).
 - Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE nº 180, de 29 de julio de 2015).

Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, que incorporan modificaciones al sistema de reintegración de la LC.

A) Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo.

El RDL 5/2005, de 11 de marzo⁵⁰, transpone en su Título I, Capítulo II, la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera⁵¹. En su Disposición adicional tercera, modifica el apartado 2 de la Disposición adicional segunda de la LC, estableciendo en su apartado i), que el Capítulo II de este RDL debe ser considerado legislación especial a los efectos previstos en la disposición adicional segunda de la LC. Esta normativa resulta relevante a efectos de la rescisoria concursal, porque al exigir la concurrencia de fraude, restringe (o en determinados casos excluye de facto) el ejercicio de la acción en determinados actos y negocios jurídicos que sí serían rescindibles atendiendo únicamente a la regulación contenida en la LC (art 71.1, 2 y 5 LC)⁵².

⁵⁰ El RDL 5/2005, de 11 de marzo fue publicado en el BOE nº 62, de 14 de marzo de 2005. En el apartado II de su Exposición de motivos se explican alguna de las finalidades de esta norma: “*En segundo lugar, en el capítulo II del título I se traspone la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, al ordenamiento jurídico español. Con la aprobación de esta directiva se persigue conseguir una amplia armonización comunitaria para todas las garantías financieras que formalicen las partes autorizadas, estableciendo ciertas limitaciones al determinarse que, por un lado, una de las partes ha de ser una entidad financiera, sujeta a autorización y supervisión pública, y por otro lado, se determina su aplicación, con carácter general, para las personas jurídicas (...) Por otra parte, se pretende ordenar y sistematizar la normativa vigente aplicable a los acuerdos de compensación contractual y a las garantías de carácter financiero. Se establecen, además, los efectos derivados de las disposiciones de insolvencia sobre dichos acuerdos y garantías. Asimismo, se establece la posibilidad de disponer del objeto de la garantía (dinero, valores e instrumentos financieros) y la ejecución directa de las garantías cuando se produzca incumplimiento, sin intervención de ningún tipo de fedatario o de autoridad pública, e incluso la apropiación directa del bien aportado en garantía por el propio acreedor*”. Este RDL fue ampliamente reformado por la Ley 7/2011, de 11 de abril. Asimismo, la Disposición adicional primera del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, establece que: “*A los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo*”.

⁵¹ Sobre esta cuestión, Vide GONZÁLEZ NAVARRO, B.A.: “... el mencionado RDL trataba de responder a los postulados comunitarios en torno a la incompatibilidad con el Derecho Comunitario de los sistemas automáticos de retroacción (...) fue objeto de preocupación específica de la Directiva (Considerando núm. 16) la necesidad de proteger los acuerdos de garantías financieras de determinadas normas de nulidad automática (...) El propósito se concretó en los arts. 7 y 8 de la Directiva 2002/47”, GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “Reintegración concursal y normas especiales: el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo”, en A.A.V.V., “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 1ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, p. 406 y 409.

⁵² Este punto se desarrolla más ampliamente en el punto 4 (“Actos rescindibles pero con un régimen especial”), del Cap. I, del Tít. III, de este trabajo.

B) La Ley 41/2007, de 7 de diciembre

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre⁵³, modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. En su Capítulo VI “*Mejora y flexibilización del mercado hipotecario*”, incluye la modificación del artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, para restringir la aplicación del régimen de reintegración contenido en la LC, en el caso de las hipotecas inscritas a favor de las entidades de crédito reseñadas en el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo⁵⁴, exigiendo para ello la prueba de fraude en su constitución: “*Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe*”⁵⁵.

3.2.- El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, y la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Las primeras reformas relevantes de la LC propiamente dicha, son las realizadas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de nueva oficina judicial, y especialmente, la realizada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica⁵⁶. Con esta última, se

⁵³ La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, sobre sistemas de pago y de liquidación de valores, publicada en el BOE nº 294, de 8 de diciembre de 2007.

⁵⁴ Art. 2 de la Ley 2/1981: “*Las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen:*

a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,
b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros,
c) las cooperativas de crédito,
d) los establecimientos financieros de crédito”.

⁵⁵ Sobre esta cuestión ver el desarrollo realizado en el apartado 4, del Cap. I, del Tit. III de este trabajo.

⁵⁶ La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de nueva oficina judicial fue publicada en el BOE nº 266, de 4 de noviembre de 2009. El Real Decreto-ley

intentó dar respuestas a las disfunciones y los problemas más urgentes que la grave crisis económica había puesto de manifiesto⁵⁷, pero sin que finalmente, dicha reforma obtuviera el resultado esperado.

A) RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica

El objetivo de esta norma (auténtico cajón de sastre), expresamente recogido en el preámbulo de la misma, en el ámbito concursal, es: *“facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de, agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos”*. Es un hecho notorio que muy poco después de iniciarse el periodo de crisis económica que atravesamos, ya se constató la necesidad de reformar la LC para adaptarla a la nueva realidad económico-empresarial. Una de las reformas más urgentes era facilitar los acuerdos de refinanciación de las empresas en crisis, además de abaratar el coste del

3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica fue publicado en el B.O.E. nº 78 de 31 marzo de 2009.

⁵⁷ El legislador justifica en el preámbulo la necesidad de reforma: *“La evolución de la crisis económica global y su impacto en la economía española hacen necesaria una rápida reacción legislativa para adecuar a la nueva situación algunas de las normas que inciden directamente sobre la actividad empresarial (...)*

Con respecto a la legislación concursal, la vigente ley se dictó en el año 2003 en un entorno económico completamente distinto al actual, y no ha sido hasta que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones. Sin perjuicio de que en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis, en este momento es preciso acometer ya una serie de reformas en aquellos aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente. Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de, agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos”. De entre la doctrina, citamos a modo de ejemplo a GÓMEZ COLOMER, según el cual: *“La grave crisis económica detectada en todo el mundo y particularmente en España a partir de 2008 ha hecho necesario modificar aspectos de gran trascendencia de la legislación concursal, muy complejos técnicamente, por el RD Ley 3/2009, de 27 de marzo, a efectos de facilitar la refinanciación de las empresas con dificultades financieras para evitar su insolvencia. Aunque parezca que la reforma se concreta en lo procesal... constituye una revisión a fondo de la legislación concursal aprobada sólo seis años antes”*, GÓMEZ COLOMER J. L., op. cit., p. 862; y SÁNCHEZ-CALERO, J., "Refinanciación y reintegración concursal", Anuario de Derecho de Derecho Concursal, nº 20, 2010, p. 14-17.

propio proceso concursal, inasumible para muchas pequeñas y medianas empresas y las personas físicas no comerciantes⁵⁸.

Las modificaciones en materia concursal están agrupadas en el Capítulo II del RDL, y en concreto las que afectan a la materia objeto de este trabajo, en el artículo 8.- “Reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación”, en el artículo 12 “Normas procesales”, y en las Disposiciones transitorias 4ª y 8ª.

a) El primer cambio relevante a reseñar es la modificación apartado 5º del artículo 71, añadiendo un tercer supuesto, ampliando de esta forma los actos o negocios jurídicos no rescindibles por ley a los denominados créditos de derecho público en sentido amplio: “3º *Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica*”. Esta ampliación nunca ha sido debidamente explicada, más allá del obvio interés del Estado en proteger sus créditos frente a los del resto de acreedores, interés a priori de difícil conciliación con el principio de la par conditio que impregna toda la normativa y jurisprudencia concursal.

Sin embargo, la importancia de esta reforma radica en la nueva disposición adicional cuarta, que introduce en la LC la regulación de los acuerdos de refinanciación

⁵⁸ La evolución de la regulación de los acuerdos de refinanciación la resume FERNÁNDEZ SEIJO: “*El RDL 3/2009 rompe el modelo inicial de la LC y abre las puertas a esos acuerdos extrajudiciales que, a lo largo de sucesivas reformas culminan con el RDL 4/2014 (...) Las refinanciaciones extrajudiciales no disponían de un marco legal, ni establecían garantía para partícipes y ajenos a los acuerdos, era imprescindible un marco legal que se ha articulado en tres fases:*

1º) *La inicial, marcada por el RDL 3/2009, en la que se introduce una primera regulación fundamentalmente protectora de los acuerdos en la medida en la que se pretende evitar que sean reintegrados si reúnen determinadas condiciones (...)*

2º) *Fase de estabilización, refrendada por la reforma de la Ley 38/2011, no sólo se incorporan los acuerdos de refinanciación al texto articulado de la Ley, reconduciéndose al art. 71, y regulando por primera vez los acuerdos extrajudiciales que evitan el concurso y requieren homologación judicial. Esta fase de consolidación se cierra con la Ley de Emprendedores al permitir también acuerdos extrajudiciales a pequeños empresarios y autónomos.*

3º) *Fase de consolidación, referida al RDL 4/2014 (...) se introduce un nuevo artículo, el 71 bis LC, que pretende blindar los acuerdos de refinanciación frente a las reintegraciones concursales, solventando muchos de los problemas tanto teóricos como prácticos que planteaban algunos acuerdos de refinanciación que no cumplían todos los requisitos legales (...)*

En la redacción actual de la LC (...) se amplían los supuestos en los que un acuerdo de refinanciación no podrá ser cuestionado en sede concursal y destierra el riesgo de la subordinación del crédito. Sólo en supuestos de mala fe y voluntad de fraude de deudor y acreedores se podrán rescindir los acuerdos de refinanciación, ese es el criterio del legislador”, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal”, en AA.VV., “La reintegración en el concurso de acreedores” (Dir. GARCÍA-CRUCES J.A.), Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, ed. 2014, pp. 326-28.

con la finalidad de establecer un marco de mayor seguridad jurídica a los negocios jurídicos realizados para refinanciar a empresas en crisis, pero con perspectivas razonables de mantenerse en el mercado. El objetivo era “blindar” las verdaderas operaciones de refinanciación frente a las acciones de reintegración concursal, por cuanto en la práctica, la prevención ante una posible impugnación que este tipo de operaciones estaba impidiendo refinanciaciones económicamente viables (perjudicando con ello, no sólo al deudor concursado, sino al conjunto de acreedores y a los intereses públicos)⁵⁹. Así, en esta Disposición adicional cuarta se regulan los requisitos que los acuerdos de refinanciación deben cumplir para que dichos acuerdos así como los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos no puedan ser rescindidos de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la LC. Como complemento, en su apartado 3º se restringe la legitimación para instar una rescisoria concursal contra acuerdos de refinanciación sólo a la administración concursal, eliminando la legitimación subsidiaria de los acreedores.

Esta norma también modifica la letra a) del apartado 2º de la Disposición adicional segunda de la LC haciéndola más completa y precisa: “a) *Artículos 10, 14 y 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias*”.

La Disposición transitoria cuarta de este RDL establece que el nuevo 71.5º y la Disposición adicional 2º, a): “*serán de aplicación a los procedimientos concursales que estén en tramitación a su entrada en vigor, salvo que a esa fecha se hubiera interpuesto demanda de rescisión contra las garantías constituidas que se resolverá conforme a la regulación sustantiva anterior*”. Asimismo, prevé que la Disposición adicional cuarta introducida en la LC:

⁵⁹ Según FERNÁNDEZ SEIJO: “*El legislador ha explicitado su voluntad de que las operaciones analizadas en este epígrafe, realizadas por entidades financieras, queden fuera del ‘circuito’ de las rescisorias concursales.*

Y no sólo se pretende evitar el riesgo de reintegración de algunos acuerdos de refinanciación (de las entidades), sino que la propia reforma reduce también riesgos en otros supuestos habitual en los acuerdos de refinanciación: el de la toma de participaciones por parte de los acreedores que convierten parte de la deuda en acciones de la sociedad deudora (...) se establece un nuevo redactado del art. 93.2,1º de modo que sólo se subordinarán los créditos de los socios cuando fueran socios en el momento del nacimiento del crédito, de modo que si la condición de socio se adquiere con posterioridad el crédito no se vería postergado. En consonancia ...se modifica el pfo 3º del mismo precepto y apartado en lo referido a las deudas entre sociedades de un mismo grupo, sólo se subordinará el crédito si el nacimiento de la deuda se produce cuando ya existe o se puede considerar existente un grupo de sociedades”, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., op. cit. “Acuerdos de refinanciación y ...”, ed. 2014, pp. 333-334.

“será aplicable a los acuerdos de refinanciación celebrados antes de su entrada en vigor, así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, siempre que, sin haberse solicitado el concurso del deudor, se cumplieren los requisitos establecidos en el apartado segundo de la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En otro caso, a tales acuerdos así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos les resultará de aplicación la regulación anterior al presente Real Decreto-ley, en especial lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”.

b) En materia propiamente procesal, el art. 12 de este RDL dedicado a las normas procesales, modifica el apartado 4º del artículo 194 LC para excepcionar la celebración de la vista en el incidente concursal en aquellos supuestos en los que no sea necesaria. Sin embargo, la nueva redacción (que responde a la necesidad práctica de evitar la celebración de numerosas vistas consideradas innecesarias), técnicamente muy deficiente, provocó problemas de interpretación que obligaron a reformarlo de nuevo apenas dos años después. Esta nueva regulación, según la Disposición transitoria octava, 7ª: *“será de aplicación a los incidentes que se encuentren en tramitación en los que no se haya celebrado la vista a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley”.*

Esta reforma no consiguió su objetivo, especialmente en relación a los acuerdos de refinanciación. Los requisitos necesarios para hacerlos inmunes a la rescisoria concursal eran de difícil cumplimiento para la mayoría de las empresas en dificultades, y su coste demasiado elevado, lo que hizo que su aplicación fuera escasa, manteniéndose el problema de fondo que dio lugar a la reforma.

B) Ley 13/2009, de 3 de noviembre de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de nueva oficina judicial

Las modificaciones introducidas por esta norma son de carácter procesal y tienen como finalidad adecuar la normativa concursal a la denominada “nueva Oficina Judicial”, motivo por el que muchos de los cambios son meras adecuaciones técnicas sin trascendencia sobre la regulación material del tema. Ciñéndonos estrictamente a los artículos que regulan la rescisoria concursal, o el procedimiento incidental, las

modificaciones de los apartados 2º y 3º del art. 194 LC los adaptan a las nuevas competencias de los Secretarios Judiciales, mientras que la modificación de la Disp. final 5ª, amplía la remisión a la LEC como norma supletoria en materia de “*documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido*”. Más relevante es la reforma del art. 197 LC por cuanto afecta, aunque poco, al régimen de los recursos.

3.3.- La Ley 38/2011, de 10 octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Casi inmediatamente después de la entrada en vigor de la reforma del 2009 se inició un nuevo proceso de reforma, de mayor calado que los anteriores, que culminó con la denominada en su momento Gran Reforma Concursal de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁶⁰. A pesar de no ser, según su Preámbulo, una reforma radical, sí la califica de global por su extensión y porque “*pretende tanto corregir errores de enfoque detectados en la práctica como colmar las lagunas de la ley*”⁶¹. Entre los objetivos de la reforma, cita expresamente,

⁶⁰ Publicada en el BOE nº 245, de 11 de octubre de 2011, y que no entró en vigor (salvo algunos preceptos) hasta el 1 de enero de 2012. Anteriormente se elaboraron otras tres propuestas de reforma, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal de 29 de mayo de 2010, la de 16 de julio de 2010, y la de 16 de diciembre de 2010.

⁶¹ En los apartados I y II del Preámbulo de la Ley 38/2011 el legislador justifica la necesidad de la reforma: “*La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, instauró en nuestro país un sistema concursal moderno y unitario, de aplicación tanto a personas jurídicas como naturales, con independencia de que sean empresarios y profesionales. Un sistema que se rige por los principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento. Esta ley representa un importante hito en nuestro Derecho de la insolvencia, al que incorporó soluciones económicas razonables, acompañadas de diversas garantías y de la creación, a través de la ley orgánica complementaria aprobada junto a aquella, de una jurisdicción especializada y ampliamente reclamada, constituida por los jueces de lo Mercantil.*

Sin embargo el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Hoy por hoy, la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores. Realidad que tensiona el sistema legal, al que se acude menos y, en su caso, más tarde que en otros países, habida cuenta del estigma que pesa todavía sobre el concurso, como consecuencia de una concepción histórica y cultural, y sin que se haya conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios (...) La reforma de la Ley Concursal que ahora se lleva a cabo no es una reforma radical de la misma ni supone un giro copernicano del texto legal vigente, sino que parte del reconocimiento de sus principios esenciales, en concreto, la triple unidad legal, de disciplina y de procedimiento, ya señalada. Ello no impide que la reforma pueda considerarse global pues introduce una serie de importantes modificaciones que pretenden tanto corregir errores de enfoque detectados en la práctica como colmar las lagunas de la ley. En suma, supone una actualización integral de nuestro Derecho concursal a la vista de la corta pero intensa experiencia y aplicación de la Ley del 2003, del Derecho Comparado y de su evolución. La

promover y facilitar las “*alternativas*” al concurso ofreciendo mediante los acuerdos de refinanciación una solución más ágil y económica⁶²; y simplificar y agilizar el procedimiento concursal (anticipación de la liquidación, modificación del procedimiento abreviado y del incidente concursal, etc) para evitar que la solución de la insolvencia se retrase.

Tanto los jueces como la doctrina habían puesto de manifiesto la necesidad de una reforma de la Ley Concursal para intentar cumplir su finalidad conservativa de la norma concursal, evitando así la liquidación masiva de empresas y todo lo que ello conlleva⁶³. Para conseguir estos objetivos se consideraba esencial mejorar la regulación

reforma toma como referencia la situación económica actual tanto para la adopción de las medidas como para la valoración de su implementación....”.

Los objetivos más importantes de esta reforma son según su Preámbulo: promover y facilitar las “*alternativas*” al concurso ofreciendo mediante los acuerdos de refinanciación una solución más ágil y económica; simplificar y agilizar el procedimiento concursal (anticipación de la liquidación, modificación del procedimiento abreviado y del incidente concursal, etc) para evitar que la solución de la insolvencia se retrase; mejorar el régimen de la publicidad registral del concurso y del Registro Público Concursal; favorecer la solución conservativa del concurso reforzando la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso, otorgando la consideración de créditos contra la masa a los nacidos después de la aprobación de un convenio si se llegara a la liquidación, y suprimiendo la prohibición de voto de las entidades sometidas a supervisión financiera que adquieran créditos concursales; mejorar notablemente la protección de los trabajadores afectados e incorporar la subrogación legal del FOGASA en los créditos salariales e indemnizaciones que anticipe por cuenta de la concursada; mejorar el régimen de la administración concursal realizando sus funciones y responsabilidad, buscando a su vez una mayor profesionalización; armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles que pueden convivir durante la tramitación del concurso; reforzar el régimen de los concursos conexos, especialmente en el caso de los grupos de sociedades; regular la insuficiencia de la masa activa; y establecer un régimen especial para las entidades deportivas.

⁶² En palabras de FERNÁNDEZ SEIJO: “*La reforma integral de la LC llevada a efecto por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, introduce importantes modificaciones en el régimen del RDL 3/2009 primero porque el paraguas de protección de los acuerdo de refinanciación pasa de la DA 4ª al texto articulado de la LC, convertido en un nuevo pfo del artículo 71 LC –dedicado a las acciones de reintegración-, con algunas mejoras técnicas. Además la Ley 38/2011 permite que la comunicación del artículo 5.3 –actual artículo 5bis- permita al deudor llegar a acuerdo no sólo para propuesta de convenio, sino también para acuerdos de refinanciación. El nuevo texto de la Ley además incluye algunos incentivos a los acuerdos de refinanciación al permitir que el llamado ‘dinero nuevo’ que sea fruto de esos acuerdos pueda considerarse en parte un crédito contra la masa si finalmente la sociedad es declarada en concurso – artículo 84.2.11ª LC- y en otra crédito con privilegio general del artículo 91 LC.*

Finalmente la nueva DA 4ª establece un mecanismo de homologación de acuerdos de refinanciación con efectos muy limitados pero que permite extender algunos efectos de esos acuerdos a acreedores financieros disidentes. Son efectos limitados porque sólo comprometen a las entidades financieras y porque en principio no debieran incidir sobre créditos con garantías reales”, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M, op. cit. “Acuerdos de refinanciación y ...”, ed. 2014, pp. 324-325.

⁶³ Entre la doctrina podemos citar, a modo de ejemplo a GONZÁLEZ CANO, que al referirse a las funciones de la LC afirma que: “*Lo que sí debe potenciarse, según entendemos, es la finalidad conservativa, es decir, el reflotamiento de la empresa o la continuidad de la actividad económica, de manera que el proceso concursal deje de ser simplemente esa especial de ‘exequias’ del deudor, y pase a ser un medio efectivo para garantizar la continuidad de la empresarial y del empleo.*

de los acuerdos de refinanciación, “blindando” en lo posible la protección de los acreedores que accedan a refinanciar deudas, cuando el deudor está en una difícil situación económica pero tiene expectativas razonables de superarla con la refinanciación⁶⁴.

Tradicionalmente el derecho concursal tenía una finalidad eminentemente liquidatoria, que, trasladada al proceso concursal, culminaba con la expulsión del empresario o comerciante del mercado, y además, en el ‘destrozo’ o malbaratamiento del negocio o empresa. En el Derecho moderno, sin embargo, además de la necesaria distinción entre el deudor y el negocio, se ha observado la dicotomía en el ámbito del proceso concursal entre la finalidad liquidatoria patrimonial o la conservación de la empresa. Casi todas las legislaciones concursales de nuestro entorno comienza en este sentido su articulado, poniendo de manifiesto una de estas dos finalidades o una combinación de ambas. Así la Ley francesa L. 85-98, incluida en el Code de Commerce, a. 620-1º, habla de la ‘sauvegarde de l’entreprise’, o en Italia, el Decreto legislativo 270/1999, sobre la ‘amministrazione straordinaria delle grande imprese in stato di insolvenza’, se refiere a la finalidad conservativa del patrimonio productivo, y en Alemania la ley de insolvencia, Insolvenzordnung de 1994, vigente desde 1999, habla también de la conservación de la empresa. La Ley española de 2003, guarda silencio sobre la proclamación de estas finalidades, aunque bien es cierto, como veremos, que la finalidad conservativa está presente en el articulado de la misma”, GONZÁLEZ CANO, M. I., “El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 19; Por su parte, los Jueces Mercantiles de Catalunya en las conclusiones del seminario celebrado el 5 de julio de 2013 sobre la Homologación judicial de acuerdos de refinanciación, concluyeron que : “1.- A pesar de que la Ley Concursal concibe el proceso concursal cuya solución normal sería un convenio con los acreedores para continuar con la actividad empresarial, la liquidación -solución extraordinaria- se ha convertido en la regla general incluso en empresas recuperables. Las estadísticas demuestran que la gran mayoría de los concursos tienen como destino la liquidación representando más de 90% del total. Este rasgo tiene en España un carácter estructural. La problemática es grave. El aumento incesante de los concursos declarados en nuestro país abocados a la liquidación está representando la destrucción de gran parte del tejido empresarial y sobre todo de miles de puestos de trabajo. Afecta, en suma, a la creación de riqueza, al crecimiento económico y a la cifra de paro que en España, como es sabido, es preocupante. 2.- Una forma de evitar el concurso es, naturalmente, la refinanciación de la deuda (...)”.

⁶⁴ Los problemas que la regulación de esta materia planteaba en la práctica, los resumen los Jueces mercantiles de Cataluña: “3.- (...) las operaciones de refinanciación de aquellos deudores que luego entran en concurso son operaciones que pueden ser tratadas con severidad en la LC, pues existe la posibilidad de que puedan ser rescindidas o anuladas por medio de una acción de reintegración concursal (art 71 LC), es decir, que el acuerdo de refinanciación será declarado ineficaz. Es más, como la mayoría de acuerdos de refinanciación se articulan a través de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, tenían en su contra la presunción iuris tantum de perjuicio para la masa activa del art. 71.3,2º LC (...)

También en la medida que se aprecie que se incumplió con la obligación de solicitar al Juzgado el concurso (art. 165.1º LC), estos acuerdos podrían constituir actos fraudulentos del deudor cometidos con la complicidad de la entidad financiera que causan daños y perjuicios al resto de acreedores con la consiguiente responsabilidad. Estos riesgos, en fin la falta de protección en el proceso concursal de los acuerdos de refinanciación, determinan en la práctica que las entidades financieras no concedan o sean muy reacios a conceder financiación a empresas viables que pasan por un momento de dificultad obligándolas a solicitar el concurso con la negra perspectiva de la liquidación. Por tanto, hay una necesidad de financiación para la empresa viable que el ordenamiento jurídico español dificultaba o directamente impedía.

4.- En este contexto, advertido el problema, el legislador español ha tratado de promover y facilitar que se alcancen acuerdos de refinanciación de las empresas adoptando ciertas medidas en un primer momento con un RDL 3/2009 de 27 de marzo urgente y con la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la LC (...), Ibidem.

Esta reforma, entre otras cuestiones, cambia significativamente la regulación de la acción rescisoria concursal. Así, modifica la redacción del art. 71. 2º (para excluir de la presunción *iure et de iure* de perjuicio los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso que contasen con garantía real); del art. 71. 3º (para incluir en la presunción *iuris tantum* de perjuicio “*los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso*”); y ajusta la redacción del 71. 4º (cambia la referencia a dos apartados por los tres existentes con la nueva regulación). Asimismo traslada (con ligeras modificaciones) la regulación de los acuerdos de refinanciación (introducida en la reforma del 2009 en la Disposición adicional cuarta) al art. 71.6º, renumerando el anterior apartado 6º como 7º.

También introduce un nuevo apartado 2º en el artículo 72 al que traslada la limitación de la legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria contra acuerdos de refinanciación sólo a la administración concursal: “*Sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71.6. Para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el apartado anterior*”. Consecuentemente, se renumeran los iniciales art. 72.2 y 72.3 como art. 72.3 y 72.4. Finalmente, regula la homologación de los acuerdos de refinanciación en la Disposición adicional cuarta que había quedado sin contenido⁶⁵ (regulación posteriormente modificada de nuevo).

Sorprende la desaparición de la modificación de la rúbrica del Capítulo V y del apartado 1º del art. 71 que contenían los dos anteproyectos de mayo y julio del 2010, en los que se sustituía la rúbrica “*De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa*”, por la de “*De los efectos sobre los actos perjudiciales para los acreedores*”. Este cambio facilitaba adaptar la redacción de la ley a la doctrina y la jurisprudencia

⁶⁵ En relación a la homologación judicial, desde el punto de vista procesal, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., advierte que: “*este trámite específico de la DA 4ª no es un trámite concursal ni actúa como antesala o actuación previa a la solicitud de concurso; la atribución de la competencia de la homologación al juez mercantil no convierte este trámite excepcional en un procedimiento de insolvencia, de hecho en la práctica judicial estos acuerdos no suponen un antecedente al juez que lo homologa para tramitar el concurso posterior (...)*”, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., op. cit. “Acuerdos de refinanciación y ...”, ed. 2014, pp. 342-343.

que, de forma mayoritaria interpretan que el perjuicio, en última instancia, es de los acreedores que cobran sus créditos con cargo a la masa activa del concurso, no de la masa propiamente dicha (que además, no existía en el momento de realizar el acto que se pretende rescindir)⁶⁶.

En relación con esta cuestión también debe destacarse que la reforma del 2011 modificó el apartado 4º del art. 194 que regula la demanda incidental y su admisión a trámite, resolviendo uno de los problemas planteados por la regulación anterior en relación con el momento de proposición y práctica de la prueba⁶⁷, pero sin conseguir una regulación clara y completa de todas las cuestiones procesales que plantea la vista y la finalización del incidente concursal. Finalmente, la reforma también modificó el régimen de recursos regulado en el art 197 LC⁶⁸, concretando qué debe considerarse

⁶⁶ A esta cuestión respondía la Enmienda nº 35 presentada durante el procedimiento de tramitación del Proyecto de Ley de Reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, enmienda de modificación al Artículo único. Cincuenta, que propone modificar el apartado cincuenta del artículo único del Proyecto para dar una nueva redacción al apartado 1 del artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, con el siguiente texto: «1. Declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para los acreedores realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.» En relación a este punto, justifican la enmienda afirmando que: “*en lugar de referirse el perjuicio a los acreedores — como hacen las legislaciones más significativas— lo hace a la «masa activa» (cuando, en el momento de realización del acto, esa masa no existe). Esta peculiar referencia ha dado lugar a muy importantes discrepancias a la hora de la aplicación judicial de la norma, con soluciones tan divergentes que afectan frontalmente a la seguridad jurídica. Por esta razón, se propone seguir el criterio tradicional de las legislaciones más representativas (art. 66.1 Legge fallimentare italiana; § 132 Insolvenzordnung alemana)*”, BOE nº 110, de 13 de septiembre de 2011.

⁶⁷ Art 194.4: “*Sólo se citará a las partes para la vista cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa la declaración de su pertinencia y utilidad. Esta vista se desarrollará en la forma prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales.*

En otro caso, el juez dictará sentencia sin más trámites. Lo mismo hará cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando sólo se hayan aportado informes periciales, y ni las partes ni el juez soliciten la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe.

En cualquiera de los supuestos previstos en el párrafo anterior, si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales o se suscitaran por el demandante a la vista de este escrito en el plazo de cinco días desde que se le dio traslado del mismo, el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario. Si la decisión fuera la de continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días.”

⁶⁸ La Ley 38/2011, adiciona al art. 197.4º un segundo párrafo: “*A estos efectos, se considerará apelación más próxima la que corresponda frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada de convenio. Se exceptúan las sentencias dictadas en los incidentes a que se refiere el artículo 72.4 y el artículo 80.2, que serán apelables directamente. Este recurso de apelación tendrá carácter preferente*”; elimina del apartado 5º: “*...y en la forma prevista para la apelaciones de sentencia dictadas en juicio ordinario*”; y da una nueva redacción del apartado 6º: “*El juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente al admitir el recurso de apelación la suspensión de aquellas actuaciones que*

“apelación más próxima” a efectos de recurso, e introduciendo de forma clara y expresa, la apelación directa y preferente para las sentencias dictadas en incidentes rescisorios (cuestión que había generado una gran polémica a nivel doctrinal y jurisprudencial), y en el incidente de separación de bienes regulado en el art. 80.2 LC.

Estas reformas, si bien afrontaron los aspectos más criticados de la anterior regulación, no consiguieron los objetivos pretendidos, por lo que poco después de su entrada en vigor, se encadenaron una serie de nuevas reformas de la LC⁶⁹.

3.4.- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

La siguiente reforma fue la realizada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización⁷⁰. Resulta significativo que todos los artículos de la LC modificados por esta ley⁷¹, salvo el art 3.1, ya habían sido reformados en el 2011. En el artículo 1 de la Ley se destaca que el objeto de la misma es *“apoyar al emprendedor y la actividad empresarial, favorecer su desarrollo, crecimiento e internacionalización y fomentar la cultura emprendedora y un entorno*

puedan verse afectadas por su resolución. Su decisión podrá ser revisada por la Audiencia Provincial a solicitud de parte formulada mediante escrito presentado ante aquella en los cinco días siguientes a la notificación de la decisión del juez del concurso, en cuyo caso esta cuestión habrá de ser resuelta con carácter previo al examen del fondo del recurso y dentro de los diez días siguientes a la recepción de los autos por el tribunal, sin que contra el auto que se dicte pueda interponerse recurso alguno. Si se hubiera solicitado la suspensión del convenio al recurrir, el juez podrá acordarla con carácter parcial.»

⁶⁹ Sobre los aspectos aún sin resolver BELTRAN, que considera las acciones rescisorias uno de los grandes pilares del Derecho de la insolvencia, afirma que habiendo transcurrido en el 2013 ya unos años desde la gran reforma del 2011, se podía constatar la insuficiencia del sistema diseñado para poner fin a lo que considera excesos interpretativos. Por ello, considera que hay aspectos que deben ser resueltos por el legislador, citando entre ellos: La noción de perjuicio, debiendo concretar si busca sólo la reintegración de la masa activa o si se quiere declarar ineficaces también los actos que atente contra la par conditio; vincular la reintegración de los actos a la situación de insolvencia; precisar con más detalle las categorías de actos rescindibles; discriminar los presupuestos para el ejercicio de la rescisoria en función de la naturaleza del acto (siguiendo la recomendación del Parlamento europeo a la Comisión para la armonización del derecho de la insolvencia); y finalmente, establecer que el afectado por una acción rescisoria debe ser calificado como acreedor concursal por el crédito de restitución; BELTRAN, E., Prólogo de *“Concurso y rescisión”* (SEBASTIAN, R.), Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2013, edición en e-book, formato epub, pp 12-13.

⁷⁰ Publicada en el BOE nº 233, de 28 de septiembre de 2013, y que entró en vigor al día siguiente de su publicación (salvo algunos de sus artículos, básicamente los que afectan a materias societarias y fiscales).

⁷¹ Concretamente, esta ley modifica los artículos de la LC 3.1; 5 bis 1º, 3º y 4º; 15.3º; 71.6º,2; 178.2º; 198.1º y nuevamente la disposición adicional cuarta.

favorable a la actividad económica, tanto en los momentos iniciales a comenzar la actividad, como en su posterior desarrollo, crecimiento e internacionalización.”

A los efectos de este estudio, interesa destacar la modificación de nuevo del art 71.6, (relativo al necesario informe favorable al acuerdo, de un experto independiente designado por el registrador mercantil) y de la Disposición adicional cuarta (reduciendo del 75% al 55% el pasivo suscrito por entidades financieras necesario para poder homologar dichos acuerdos)⁷²; la introducción del nuevo artículo 71 bis que regula el nombramiento por el Registrador Mercantil del experto independiente que debe verificar los acuerdos de refinanciación⁷³; la introducción del nuevo Título X en el que se regulan los acuerdos extrajudiciales de pagos⁷⁴, y las disposiciones adicionales 7ª

⁷² Ley 14/2013, artículo 21. *“Cuatro.- Se modifica el número 2º del apartado 6 del artículo 71, que pasa a tener la siguiente redacción: «2.º El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente, que cumpla las condiciones del artículo 28, designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.”*

⁷³ Recogidas ambas modificaciones en el artículo 31 de la Ley 14/2013, de 28 de septiembre.

⁷⁴ Resume brevemente el contenido de esta nueva regulación FERNANDEZ SEIJO: *“ la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introduce un nuevo instituto preconcursal al regular los llamados acuerdos extrajudiciales de pago, destinados a empresarios particulares y a pequeñas empresas con el fin de que puedan negociar quitas de hasta el 25% y esperas de hasta 3 años, reestructurando con ello sus deudas; esta nueva fórmula queda sometida a la intervención de un mediador especializado y supone la introducción en la Ley Concursal de un nuevo título, el título X. La práctica durante estos años permite afirmar que los requisitos formales de la refinanciación y su coste impiden a muchas pequeñas o medianas empresas utilizar estos nuevos instrumentos...”*”, FERNANDEZ SEIJO, J.M., op. cit. *“Acuerdos de refinanciación y ...”*, ed. 2014, p. 325; También comenta esta reforma pero desde otra óptica BARO CASALS, A., *“En la reforma de 2013, con motivo de la ley de emprendedores y su internacionalización, se introduce un procedimiento preconcursal (el llamado “acuerdo extrajudicial de pagos”) para el pequeño empresario o profesional, y se da un paso más: mientras se negocia el acuerdo quedan suspendidas las ejecuciones, a diferencia del régimen general establecido en la redacción entonces vigente del artículo 5 bis. No obstante, este efecto no es aplicable a las ejecuciones de créditos con garantía real: “Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, en cuyo caso, el inicio o continuación de la ejecución dependerá de la decisión del acreedor (art 235.2 LC)”*, BARO CASALS, A., *“Tratamiento de las garantías reales en la reforma de la Ley Concursal por RDL 4/2014”*, Ponencia realizada en una mesa redonda en la CECA, jornada del 3 de abril 2014.

Esta modificación que afecta a las garantía reales, fue posteriormente modificada por el RDL 1/2015: *“art 235.2, a): no podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, que no recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual. Cuando la garantía recaiga sobre los bienes citados en el inciso anterior, los*

(que regula la remuneración de los mediadores concursales) y 8ª (relativa al tratamiento de los créditos de derecho público en los acuerdos extrajudiciales de pago).

El Preámbulo de la ley justifica la nueva regulación de los acuerdos extrajudiciales de pagos de la siguiente manera: *“El Capítulo V – “Acuerdo extrajudicial de pagos” – prevé un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar.”*⁷⁵

Esta reforma no afecta directamente a la rescisoria concursal, si bien debe reseñarse por cuanto sí que retoca algunos aspectos de los acuerdos de refinanciación y su homologación (pudiendo quedar éstos excluidos de la acción rescisoria). También es relevante la introducción de los acuerdos extrajudiciales de pago, por cuanto la posterior reforma del RDL 1/15, de 27 de febrero, los excluirá de la rescisión si cumplen unos determinados requisitos; asimismo, debemos reseñar el nuevo 242. 2º,3º

acreedores podrán ejercitar la acción real que les corresponda frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en este apartado”.

⁷⁵ Respecto de esta cuestión el Preámbulo añade: *“El procedimiento, como aconsejan todos los estudios de Derecho comparado, es muy flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación como son el registrador mercantil o el notario, si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo.*

Es responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento harto sencillo en que, al menos, se discipline mínimamente la convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión. En la reunión, a la vista de una propuesta avanzada por el negociador, se discute el plan de pagos o el eventual acuerdo de cesión de bienes en pago de deudas. Por otra parte, la Ley es generosa en el reconocimiento de las posibilidades de negociación de deudas, de modo que pueden pactarse quitas de hasta el veinticinco por ciento de los créditos y esperas de hasta tres años.

El procedimiento fracasa cuando no se alcanza un acuerdo o cuando el negociador constata el incumplimiento. En estos casos, el procedimiento sirve de tránsito al concurso con las especialidades adecuadas.

La reforma incluye una regulación suficiente de la exoneración de deudas residuales en los casos de liquidación del patrimonio del deudor que, declarado en concurso, directo o consecutivo, no hubiere sido declarado culpable de la insolvencia, y siempre que quede un umbral mínimo del pasivo satisfecho.”

LC por cuanto supone una distorsión en el cálculo del plazo del requisito temporal para el ejercicio de la rescisoria concursal⁷⁶.

A juicio de ZUBIRI DE SALINAS⁷⁷ esta reforma “golpea en la línea de flotación de la ley concursal del 2003 puesto que afecta a sus principios fundamentales: unidad de disciplina y unidad de sistema”. Considera que la introducción del acuerdo extrajudicial de pagos en la LC afecta especialmente al principio de unidad de disciplina: “la reforma de la LC de 2013 ha supuesto un embate al principio de unidad de sistema conformador de la LC en su primitiva versión de 2003. El acuerdo extrajudicial de pagos se configura en la Ley 14/2013 como un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios. Nos encontramos con un nuevo procedimiento previo a la declaración de concurso cuya finalidad es evitar éste”. En términos generales, se trata de una crítica suscrita por buena parte de la doctrina.

Debemos hacer también una breve referencia a la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias (BOE nº 311, de 28 de diciembre), que a través de su Disposición final séptima, añade un nuevo párrafo l) al apartado 2 de la DA segunda de la LC que quedará redactado en los siguientes términos: “l) El artículo 34 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.”; y modifica el apartado 1 de la DA cuarta⁷⁸.

⁷⁶ Art. 242.2º, 3º LC: “El plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil o notario”.

⁷⁷ Vide ZUBIRI DE SALINAS, M., “El papel del auditor en los procedimientos previos a la declaración del concurso y su relevancia a efectos de la reintegración concursal” en A.A.V.V., “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 380 a 388.

⁷⁸ DA cuarta LC: “1. Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 55 por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras, reúna en el momento de adopción del acuerdo, las condiciones del artículo 71.6 de la presente Ley relativas a designación de experto independiente y elevación a instrumento público. Por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real. A los efectos de lo dispuesto en este apartado, los préstamos o créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. y que sean de titularidad de ésta o de quienes, por cualquier título, los adquieran de ella serán considerados como si lo fueran de entidades financieras a los efectos del cómputo de la mayoría necesaria para la homologación judicial del acuerdo de refinanciación.”

3.5.- RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

La siguiente reforma es la operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial⁷⁹. Según su exposición de motivos, el objetivo de la reforma es *“adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o ‘desapalancamiento’.* Esa es precisamente la finalidad de este real decreto, que debe conjugar con el máximo respeto a la legítimas expectativas de los acreedores (...) en la actualidad, la dificultad para alcanzar acuerdos entre deudor y acreedores financieros deriva no tanto de la falta de voluntad de las partes, sino de ciertas rigideces residenciadas principalmente en la normativa concursal y preconcursal (...). Por ello, la presente reforma se centra en la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación... ”⁸⁰. Según FERNANDEZ SEIJO este RDL *“llega con la voluntad de cerrar el cambio de modelo iniciado en el 2009”*⁸¹.

Con esta reforma se intenta mejorar la eficacia y seguridad jurídica necesarias para las reestructuraciones financieras de las empresas fuera del concurso, eliminando el

⁷⁹ Publicada en el BOE nº 58, de 8 de marzo de 2014, y que entró en vigor al día siguiente de su publicación. Además de los cambios ya reseñados en el texto, el RDL modifica los artículos 5 bis, 28.6, 56, 84.2.11º, 92.5, 93.2.2º, 165.4º, 172.2.1º, 172 bis.1, y la DA cuarta. Asimismo, incluye dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria, y once disposiciones finales.

⁸⁰ Sobre esta reforma, SANCHO GARGALLO considera que, partiendo del estigma que en nuestro país aún tiene el concurso, y del hecho de que sólo en el 10 % de los concursos se aprobaba un convenio, y de éstos se incumplía el 40%: *“(...) siguiendo tanto los ejemplos de derecho comparado como las recomendaciones de la Comisión Europea, plasmadas ahora en la Recomendación de 12 de marzo de 2014, el legislador español, con el Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, se ha atrevido a implantar un marco para la reestructuración empresarial mediante acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor y un determinado porcentaje de sus acreedores financieros, que incluyan quitas y esperas, que podrían ser extensibles a los acreedores financieros que no hubieran votado a favor, siempre que se hubieran alcanzado unas determinadas mayorías, en función del alcance de las quitas y esperas”*; Asimismo considera especialmente adecuados los acuerdos extrajudiciales, básicamente por una cuestión de flexibilidad; SANCHO GARGALLO, I., *“Tratamiento actual del sobreendeudamiento financiero y de empresas y particulares RDL 4/2014”*, Ponencia realizada el 3 de junio de 2014 en el Foro Jurídico Económico organizado conjuntamente por el CGPJ y CaixaBank.

⁸¹ Afirma este autor que: *“La nueva reforma de la LC –la llevada a efecto por el RD Ley 4/2014 de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial- profundiza en las reformas apuntadas por la Ley 38/2011, consolida los instrumentos de refinanciación extrajudicial de la DA 4ª, extendiendo la duración y efectos de estos acuerdos, clarificando algunas de las dudas que generaba la redacción originaria y consolidando el control judicial de estos acuerdos por medio de la homologación del acuerdo en sede de juzgados mercantiles.”*, FERNANDEZ SEIJO J.M., op. cit. *“Acuerdos de refinanciación y ...”*, ed. 2014, p. p. 344 y 325.

riesgo de rescindibilidad si se cumplen una serie de requisitos⁸² (sin embargo, paralelamente, empeora la situación de los acreedores con garantías reales⁸³). Asimismo, también con la intención de facilitar este tipo de acuerdos, en la DA primera el legislador encarga al Banco de España, una modificación del régimen de dotaciones bancarias con la finalidad de suavizar ese régimen en el caso de los acuerdos de refinanciación⁸⁴.

En cuanto a las acciones rescisorias, la reforma vuelve a la sistemática original regulándolas íntegramente en el artículo 71. Así se suprime el párrafo 6º introducido por la Ley 38/2011, pasando a ser el párrafo 7º de nuevo el 6º. Se da una nueva redacción al artículo 71 bis (introducido por Ley 14/2013, de 27 de septiembre), denominándolo ahora “*Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación*”, e incorporando al mismo parte de la regulación contenida en el desaparecido 71.6. Se modifica de nuevo el artículo 72.2 LC en materia de legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria, sustituyendo la referencia al derogado 71.6 por el 71 bis, y limitando la fundamentación de la acción al incumplimiento de las condiciones establecidas en el 71 bis, imponiendo la carga de la prueba a la parte actora. Finalmente, el artículo trece de esta ley reforma de nuevo la DA cuarta en la que se regula de forma más detallada y extensa la homologación de los acuerdos de refinanciación.

A pesar de su buena intención, esta reforma (en gran parte debido a su precipitación) tampoco consiguió el objetivo previsto. De entrada, la necesaria

⁸² FERNANDEZ SEIJO J. M., en relación al art. 71 bis 2º afirma: “*el legislador ha ido reaccionando a los recelos que inicialmente generó el blindaje de los acuerdos de refinanciación; esa reacción se ha concretado en la voluntad del legislador de extender el blindaje a acuerdos de refinanciación que difícilmente podían cumplir con los rígidos requisitos formales de la redacción originaria de la norma. El nuevo texto da respuesta a uno de los problemas principales de los llamados acuerdos de refinanciación y a una de las críticas al redactado originario, que determinaba que sólo pudieran acudir a las refinanciaciones grandes empresas (...)* En este contexto las posibles AR exigirán normalmente una prueba pericial destinada a aportar al juez los datos necesarios en orden a constatar si se han cumplido esos requisitos financieros que obligarán a tener una fotografía clara de la situación patrimonial del deudor no es el momento de solicitarse el concurso, sino en el momento de alcanzar el acuerdo de refinanciación”, FERNANDEZ SEIJO J. M., op. cit. “Acuerdos de refinanciación y ...”, ed. 2014, pp. 347-48.

⁸³ La reforma de los artículos 5 bis. 4, 56 y de la Disposición Adicional 4ª empeora la protección de las garantías reales en caso de concurso.

⁸⁴ Sobre esta cuestión ver BARÓ CASALS, A., “Régimen de dotaciones en caso de refinanciación de créditos bancarios tras el RDL 4/2014” en *Revista Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, (pp. 261-270), pp. 267 y ss.

corrección de las contradicciones e incoherencias⁸⁵ denunciadas por la doctrina y los profesionales de esta materia ya desde el mismo momento de la publicación del RDL, dieron lugar a una nueva reforma pocos meses después mediante el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal⁸⁶. Por otro lado, los requisitos exigidos para blindar, frente a la acción rescisoria concursal, determinados actos o acuerdos preconcursales (el denominado “puerto seguro”) son tantos y concurrentes, que el precepto resulta, a nuestro juicio, del todo innecesario por cuanto una simple lectura de los mismos ya pone de manifiesto que un acuerdo que cumpla todos esos requisitos muy difícilmente puede considerarse perjudicial para la masa en caso de que llegue a declararse el concurso, por tanto, no podría rescindirse aún sin este especial “blindaje”. Asimismo, la reforma se olvida de nuevo de las PYMES y los autónomos (no digamos ya de las personas físicas), a los que les resulta casi imposible cumplir los requisitos legalmente exigibles⁸⁷. Tal y como ya hemos indicado, esta reforma no solucionó los problemas que pretendía, motivo por el que apenas 6 meses después se aprobó una nueva reforma de la LC.

⁸⁵ Se citan 3 a modo de ejemplo: se puede adoptar un acuerdo preconcursal con un contenido que sin embargo no puede tener un convenio concursal; no aclara qué juez (si el de la ejecución o el mercantil ante el que se hace la comunicación del 5 bis) es el competente para determinar si un bien es o no necesario; partir para la fijación del valor de la garantía real de que goce cada acreedor de los 9/10 del valor razonable del bien sobre el que esté constituida dicha garantía.

⁸⁶ Publicado en el BOE nº 217, de 6 de septiembre de 2014, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

⁸⁷ Véase el artículo publicado en el diario Expansión el 15-5-2014: “*El Fondo monetario internacional (FMI) exige a España que refuerce el marco concursal español porque no ayuda a pymes ni a autónomos, los grandes olvidados de todas las reformas que se han lanzado para reflotar empresas endeudadas en quiebra, incluso el Real Decreto-Ley de refinanciaciones del pasado marzo. En el citado informe el FMI denuncia que el marco concursal español no está preparado para atender a las microempresas ...que define como empresas con menos de 10 empleados, suponen el 95% del tejido empresarial español (...) tienen unas características únicas y unas necesidades que el marco concursal español no cubre, ya que se superponen los activos empresariales y personales, lo que lleva a los acreedores a tomar en prenda hipotecas de activos personales de los dueños y directivos ... el fracaso comercial a menudo conlleva la insolvencia personal y familiar ... Además el fondo señala que el régimen concursal es ‘infrautilizado por la pymes debido a los insuficientes incentivos para su uso’ ... tienen escasos incentivos para acogerse al procedimiento... ‘la falta de una descarga efectiva del emprendedor y autónomo ofrece pocas esperanzas a los deudores de que emergerán de su insolvencia al final del proceso. Los planes de reestructuración son muy restrictivos y no obligan a los acreedores privilegiados y sobre todo a los públicos’ ... el organismo destaca que ‘la mayoría de la deuda de las pymes es con acreedores privilegiados y públicos y su falta de habilidad para liderar los procesos y las votaciones lleva a que las refinanciaciones sean muy ineficaces para las pymes’.* Estos procesos suelen acabar en liquidación automática. A todo ello se suma, la lentitud del proceso, su rigidez y la falta de fórmulas alternativas a los tribunales, factores que llevan al FMI a concluir que ‘el régimen no cubre al emprendedor responsable y cooperador después del procedimiento’. Estas críticas las realiza el organismo teniendo en cuenta el último Real Decreto- Ley de refinanciaciones que entró en vigor el pasado 8 de marzo, cuyos puntos principales analiza al final del informe, y de la Ley de Emprendedores”.

3.6.- Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal

Este RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, pretendía subsanar alguna de las disfunciones más clamorosas creadas por la anterior reforma entre el régimen aplicable a los acuerdos preconcursales y al convenio, extendiendo las modificaciones prevista para estos acuerdos también al convenio judicial. Además se prevén una serie de medidas para flexibilizar la transmisión de la unidad productiva o alguna de sus ramas de actividad. La finalidad declarada de todo ello es facilitar la continuidad de la actividad empresarial⁸⁸. Esta última reforma no afecta directamente a la regulación de la acción rescisoria concursal.

3.7.- Ley 17/14, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, es el resultado de la tramitación como ley del RDL 4/2014, de 7 de marzo, si bien ha sido aprovechada para reformar de nuevo el régimen de la administración concursal, y realizar algún otro

⁸⁸ Publicado en el BOE nº 238, de 1 de octubre de 2014. En la explicación de motivos de la misma, se justifica su redacción: “I.- *El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial flexibilizó el régimen de los convenios pre-concursales de acuerdo con algunas premisas básicas: La primera de ellas es considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo. La segunda de las premisas era acomodar el privilegio jurídico a la realidad económica subyacente, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento venía a ser el obstáculo principal de los acuerdos pre-concursales. La tercera de las premisas era respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales (pero siempre, y tomando en cuenta la segunda premisa, de acuerdo con su verdadero valor económico). Este real decreto-ley aborda la extensión de las premisas anteriores al propio convenio concursal.*

II.- Además, se adoptan una serie de medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad (...) las modificaciones que se introducen en esta materia tienen en última instancia la misma finalidad que las relativas al convenio concursal: facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general”. La reforma afecta, básicamente, al convenio concursal y la fase de liquidación, y los preceptos íntimamente relacionados con los artículos reformados. En relación a esta norma, no podemos dejar de señalar lo erróneo de algunas de las motivaciones o justificaciones contenidas en la explicación de motivos o preámbulo.

retoque⁸⁹. Esta ley, no modifica la regulación relativa a la acción de reintegración contenida en el citado RDL, aunque en la Disposición adicional cuarta (relativa a la homologación de los acuerdos de refinanciación) se introducen pequeñas modificaciones, siendo relevantes las siguientes: en el apartado 1, se modifica el penúltimo párrafo, sustituyendo la referencia que antes se hacía sólo a los préstamos sindicados, por otra referida de forma más genérica a los acreedores; en el apartado 3, b), 3º, i) se introduce la conversión de deuda en capital, como una de las opciones de los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o hayan mostrado su disconformidad; en el apartado 5, se añade, que la solicitud de homologación judicial, podrá ser formulada además de por el deudor, por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación; y finalmente, en el apartado 7 se introduce la previsión de que la sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación, deberá dictarse en un plazo de 30 días.

3.8.- RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social

La siguiente reforma, pocos meses después, se realizó nuevamente mediante un RDL acudiendo otra vez al argumento (a nuestro juicio más que discutible) de la urgente necesidad. En el ámbito concursal (además de otros pequeños cambios en los art. 92.5º; 93.2º,2º, y 94.5º), regula un mecanismo denominado de “segunda oportunidad”, e introduce cambios en la regulación de los acuerdos extrajudiciales de

⁸⁹ Publicada en el BOE nº 238, de 1 de octubre de 2014, entrando en vigor al día siguiente de su publicación. Según el apartado IV del preámbulo de la Ley: “*En primer lugar, se establecen las directrices que deberán guiar el nuevo sistema de requisitos para ejercer como administrador concursal y que tiene como objetivo asegurar que las personas que desempeñen las funciones de administrador concursal cuenten con las aptitudes y conocimientos suficientes (...) En segundo lugar, se reforma el sistema de designación de la administración concursal (...) Se establecen como pilares del nuevo sistema la sección cuarta del Registro Público Concursal, que sustituye a las actuales listas en los decanatos de los juzgados y la clasificación de los concursos en función de su tamaño. (...) En tercer lugar, se introducen modificaciones en los principios rectores de la remuneración de la administración concursal. Se incorpora el principio de eficiencia ...*”. La Ley, introduce una nueva Disposición Adicional, Tercera, relativa al código de buenas prácticas para la reestructuración viable de la deuda empresarial que impulsará el Gobierno. La disposición transitoria única en el RDL, (relativa al régimen transitorio de los acuerdos de refinanciación que se estuvieran negociando al amparo del antiguo artículo 71.6 LC) pasa a ser la Primera, introduciéndose una Segunda relativa al Régimen de la administración concursal. Asimismo, modifica los artículos 27, 28, 30.1º, 34, 37; y suprime los arts 27 bis, y 31 (pasando a ser los antiguos 32 y 33, el 31 y 32); e introduce un nuevo Capítulo II en el Título II (art 33), renumerando el antiguo Cap. II que pasa a ser el III.

pagos previamente introducidos por la Ley 14/2013. Según la exposición de motivos, su objetivo es permitir que las personas físicas tengan la posibilidad de rehacer su vida después de un fracaso económico y empresarial (o incluso volver a arriesgarse a nuevas iniciativas), sin tener que arrastrar indefinidamente la losa de una deuda con escasas posibilidades de pagar íntegramente⁹⁰.

La regulación del “*mecanismo de segunda oportunidad*” reforma los artículos 176 bis 3º y 4º, el art 178.2 y el 178 bis de la LC, careciendo de trascendencia a los efectos del presente trabajo. La reforma de la regulación de los acuerdos extrajudiciales de pago es bastante más extensa y trascendente, por cuanto afecta a prácticamente todo el Título X de la LC⁹¹.

El efecto que esta reforma tiene respecto de la rescisoria concursal lo encontramos en el nuevo “blindaje” contenido en el apartado 4º del artículo 238 de la LEC, según el cual: “*Los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en este Título no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior*”. Así pues, deberemos añadir los acuerdos extrajudiciales de pago que cumplan los requisitos exigidos en el Título X de la LC, a los supuestos de no rescindibilidad regulados expresamente en el artículo 71.5 LC.

⁹⁰ Exposición de Motivos del RDL 1/2015 de 27 de febrero (BOE nº 51, de 28 de febrero), de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (publicado en el BOE nº 51, de 28 de febrero): “*Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.*

La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo.

A esta finalidad responde la primera parte de este real decreto-ley, por el cual se regulan diversos mecanismos de mejora del Acuerdo Extrajudicial de Pagos introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código civil. Conviene explicar brevemente cuáles son los principios inspiradores de la regulación introducida a este respecto”.

⁹¹ Concretamente, modifica los artículos 231; el 232.2º y 3º; el 233.1º, 2º y 3º; el 234.1º y 2º y elimina el 4º; el 235; el 236; el 238 en el que introduce un nuevo apt. 4º; introduce el art. 238 bis; el 239. 2º y 4º; el 240; el 241.2; el 242; e introduce un nuevo 242 bis. Además introduce las Disposiciones adicionales 1º a 4º, y la Disposición transitoria primera para regular el régimen transitorio en materia concursal.

Justo dos meses después, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, en su Disposición final primera, modifica la disposición adicional segunda, apartado 2, letra d), de la LC dándole la siguiente redacción: "*d) El artículo 16.4 y la disposición adicional cuarta, punto 7, de la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial.*"

3.9.- Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal⁹², es el resultado de la tramitación como ley del RDL 11/2014, de 5 de septiembre. En el preámbulo de la ley se reitera que la finalidad del legislador es extender la regulación de los convenios preconcursales al convenio (la diferencia de trato había sido denunciada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia), y adoptar medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad al haberse detectado en la práctica algunas trabas que estaban dificultando las ventas. En ambos casos se pretende con ello facilitar la continuidad de la actividad empresarial. En concreto la reforma afecta a la regulación del convenio, a la fase de liquidación, la calificación, el acuerdo extrajudicial de pagos y los acuerdos de refinanciación⁹³. Esta reforma no afecta al régimen de la rescisoria concursal.

Posteriormente se ha aprobado la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que en su Disposición final quinta modifica la Disposición adicional segunda de la LC⁹⁴.

⁹² Publicada en el BOE nº 125, de 26 de mayo.

⁹³ En el apartado VI del Preámbulo se justifica la reforma relativa a los acuerdos de refinanciación: "*En cuanto a los acuerdos de refinanciación, se incluyen una serie de modificaciones cuyo objeto es aclarar determinadas dudas que se han planteado en su aplicación práctica. En primer lugar, se modifica el artículo 5 bis para establecer que, en caso de controversia, será el juez del concurso quien ostente la competencia para determinar si un bien es o no necesario para la continuidad de la actividad económica del concursado. En el artículo 71 bis se regula el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados y en la disposición adicional cuarta se introducen una serie de modificaciones para aclarar el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados y se precisa, a efectos de determinar el valor razonable de los bienes dados en garantía, que éste no podrá exceder del valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado*". La reforma del 5 bis viene a solucionar el problema de competencia que podía darse entre el juez de la ejecución y el juez mercantil.

⁹⁴ La nueva regulación de la DA segunda es la siguiente: "*Disposición adicional segunda Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras*
1. En los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de

Seguidamente se aprobó la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras, y reaseguradoras, cuya Disposición final quinta añade un nuevo apartado 5 al artículo 233 LC, en el que establece que: “*En el caso de entidades aseguradoras, el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros.*”, y da una nueva redacción al apartado 2.h) de la DA segunda de la LC⁹⁵.

valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal.

2. Se considera legislación especial, a los efectos de la aplicación del apartado 1, la regulada en las siguientes normas:

a) Artículos 10, 14 y 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias.

b) Artículo 16 del Real Decreto Ley 3/1993, de 26 de febrero, sobre medidas urgentes en materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo.

c) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en lo que respecta al régimen aplicable al sistema de compensación, liquidación y registro en ella regulados, y a las entidades participantes en dichos sistemas y, en particular, los artículos 12 bis, 36 quáter, 44 bis, 44 ter, 58 y 70 ter.2.f).

d) La disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación bancaria.

e) Ley 13/1994, de 1 junio, de Autonomía del Banco de España, por lo que respecta al régimen aplicable a las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros bancos centrales nacionales de la Unión Europea, en el ejercicio de sus funciones.

f) La disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras.

g) Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.

h) Los artículos 26 a 37, ambos inclusive, 39 y 59 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, y el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre.

i) El Capítulo II del Título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

j) Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre Saneamiento y Liquidación de las Entidades de Crédito.

k) La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

l) El artículo 34 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

3. Las normas legales mencionadas en el apartado anterior se aplicarán con el alcance subjetivo y objetivo previsto en las mismas a las operaciones o contratos que en ellas se contemplan y, en particular, las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones financieras relativas a instrumentos derivados”.

⁹⁵ DA segunda LC: “*h) Los títulos VI y VII de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras; y el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004 de, 29 de octubre.*”

3.10.- LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La recientísima LO 7/2015, que entrará en vigor el 1 de octubre del 2015, modifica tanto la LOPJ como la LEC para atribuir la competencia para conocer de los concursos de acreedores de persona natural no empresaria, a los jueces de la primera instancia, dividiendo con ello la competencia para tramitar los concursos de acreedores entre los jueces de lo mercantil (personas jurídicas y personas físicas empresarias), y los jueces de primera instancia (persona natural no empresaria). Para ello se modifican los artículos 85.6 de la LOPJ, y el artículo 45 de la LEC. Sorprendentemente, no modifica los artículos de la LC que atribuyen la competencia para conocer de los procedimientos concursales exclusivamente a los jueces de lo mercantil (arts 8 y 10 LC).

Sin duda es éste un cambio significativo que rompe con el esquema dibujado en la LC, que pretendía la resolución de este tipo de procedimientos de forma concentrada en órganos judiciales altamente especializados en la materia. Sin duda, el elevado número de concursos tramitados en los últimos años, y la sobrecarga que ello ha comportado para los juzgados de lo mercantil han pesado en el legislador a la hora de realizar esta reforma. Sin embargo, y aún siendo conscientes de las numerosas diferencias que presentan los concursos de personas jurídicas y de personas físicas, no creemos que a día de hoy esté suficientemente justificado este cambio de competencia objetiva.

Finalmente, debemos citar como última reforma hasta el momento de finalizar la redacción del presente trabajo, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE nº 180 de 291 de julio de 2015), que es el resultado de la tramitación como ley del RDL 1/15, de 27 de febrero. Esta reforma no afecta directamente a la regulación de la rescisoria concursal.

4.- La regulación de la acción rescisoria concursal en la LC

La acción rescisoria concursal propiamente dicha está regulada en los artículos 71 a 73 de la LC, artículos que pese a su aún corta vida, ya hemos visto que han sido reiteradamente reformados, siendo por ello un buen ejemplo de los vaivenes sufridos por la LC en los últimos años. Lo mismo podemos decir de los artículos 192 a 197 LC que regulan el incidente concursal, normas a las que tenemos que acudir para completar la escasa regulación del incidente rescisorio contenida en los artículos que regulan la acción rescisoria.

El artículo 71 LC, titulado “*Acciones de reintegración*”, regula aspectos materiales y procesales de la acción rescisoria. Su primera reforma fue la realizada por la Ley 38/2011 (que modificó los apartados 2º, 3º, 4º y 5º, introdujo un nuevo apartado 6º y renumeró el antiguo 6º como 7º)⁹⁶. La siguiente reforma, realizada por la Ley 14/2013, afectó sólo al 2º párrafo del apartado 6º. Seguidamente, el RDL 4/2014 suprime el artículo 6º, renumerando el antiguo 7º como nuevo 6º (en cierto modo deshace la reforma del 2011). Esta modificación fue ratificada posteriormente por la Ley 17/2014 al convalidando el RDL 4/2014.

La ley 14/2013, de 27 de septiembre, introdujo un nuevo artículo 71 bis, inexistente en la redacción inicial de la LC, regulando en él la forma en la que debe realizarse el nombramiento por el Registrador del experto independiente que hubiere de verificar los acuerdos de refinanciación. Posteriormente, el RDL 4/2014 lo mantiene pero modifica totalmente su contenido, pasando a regular el “*Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación*”, redacción ratificada por la Ley 17/2014.

El artículo 72 fue reformado por la Ley 38/2011, que introdujo un nuevo apartado 2º, renumerando los dos apartados siguientes como 3º y 4º. Este nuevo apartado 2º fue asimismo modificado por el RDL 4/2014, ratificándose esta modificación por la Ley 17/2014. Por su parte, el artículo 73 es el único que no ha sido reformado y por tanto, mantiene su redacción inicial.

⁹⁶ Las modificaciones introducidas en los 5 primeros apartados del art. 71 entraron en vigor el 1 de enero de 2012 según lo establecido en la Disposición final tercera 1 de la Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presentaron y concursos que se declararon a partir de su entrada en vigor de conformidad con lo establecido en la Disposición transitoria primera de la Ley 38/2011.

El 71.1 LC, regula los actos rescindibles mediante el ejercicio de esta acción: “1. *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.*”.

Seguidamente, en el apartado segundo, se recogen dos presunciones de perjuicio de carácter *iure et de iure*, y por tanto, sin que admitan prueba en contrario: “2. *El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicara lo previsto en el apartado siguiente*”. Esta última excepción referida a las obligaciones que cuenten con garantía real fue introducida en la reforma del 2011.

El apartado tercero regula las presunciones de perjuicio *iuris tantum*, y que por tanto permiten la prueba en contrario: “3. *Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1. Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; 2. La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas; 3. Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.*”. Este último supuesto relativo a las obligaciones con garantía real también fue introducido en la reforma de octubre del 2011, en correspondencia con el último inciso del art. 71.2.

Fuera de los supuestos objeto de presunciones la prueba del perjuicio corresponderá a la parte actora, tal y como establece expresamente (de manera superflua a nuestro entender), el apartado cuarto: “4. *Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria*”. En este apartado la reforma del 2011 ha sido meramente numérica, al tener que hacer referencia ahora a tres supuestos, en lugar de los dos anteriores.

En el apartado quinto regula los actos que no pueden ser objeto de rescisión: “5. *En ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1. Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales; 2. Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados; 3. Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica*”. En este apartado la única modificación de la reforma del 2011 fue sustituir la denominación de Fondo de Garantía Salarial por la de FOGASA.

Finalmente, el actual apartado sexto, después de las vicisitudes sufridas, vuelve a regular la compatibilidad de la acción rescisoria concursal con las demás acciones de impugnación de actos del deudor reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, aunque sometidas a la competencia del juez del concurso y a las reglas de legitimación y procedimiento del concurso: “6. *El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente*”.

Por su parte, el artículo 71 bis regula el régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación, de interés en relación a la rescisoria concursal, por cuanto se declaran no rescindibles dichos acuerdos, los negocios, actos, pagos y garantías, cuando se cumplan los requisitos contenidos en dicho artículo⁹⁷.

⁹⁷ Art. 71 bis LC : “1. *No serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando:*

a) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y b) Con anterioridad a la declaración del concurso:

1.º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

El artículo 72 LC, titulado “*Legitimación y procedimiento*”, regula únicamente cuestiones procesales. En su apartado primero fija la legitimación activa necesaria para el ejercicio de la acción, estableciendo una legitimación activa principal y una subsidiaria: “1. *La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En este*

2.º *Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.*

3.º *El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.*

2. *Tampoco serán rescindibles aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior pero cumplan todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación:*

a) *Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.*

b) *Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.*

c) *Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta.*

d) *Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.*

e) *Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.*

Para verificar el cumplimiento de las condiciones a) y b) anteriores se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado, u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.

El cumplimiento de todas las condiciones anteriores deberá darse en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan los acuerdos.

3. *Los acuerdos regulados en este artículo únicamente serán susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo siguiente.*

4. *Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.*

El nombramiento de un experto independiente corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El nombramiento se hará entre profesionales que resulten idóneos para la función. Dichos expertos quedarán sometidos a las condiciones del artículo 28 y a las causas de incompatibilidad establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas”.

caso, en cuanto a los gastos y costas de los legitimados subsidiarios se aplicará la norma prevista en el apartado 4 del artículo 54”. El nuevo apartado segundo limita la legitimación activa para la rescisión de un acuerdo de refinanciación sólo a la administración concursal, excluyendo con ello la legitimación subsidiaria: “Sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis. La acción rescisoria solo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento. Para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el apartado anterior”⁹⁸. El actual apartado tercero regula la legitimación pasiva: “2. Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral”. Finalmente, en el ahora apartado cuarto, se establece el procedimiento a seguir y la necesidad de notificar a la administración concursal las demandas de reintegración interpuestas por lo acreedores: “3. Las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal. Las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal”.

El artículo 73 regula, bajo el título “Efectos de la rescisión”, los efectos de la sentencia que estime una acción de reintegración, tanto en relación a la restitución de las

⁹⁸ En relación con esta cuestión, el Informe al anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley concursal elaborado por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, aprobado por el pleno el 28 de febrero de 2011, considera que “la exclusiva legitimación que se confiere a la administración concursal, de cara a la impugnación de los acuerdos de refinanciación, ha de ser entendida como un escudo protector del referido acuerdo. Ciertamente, la atribución exclusiva a la administración concursal de la posibilidad de ejercitar las acciones rescisorias y cualquier otra que pretenda la impugnación de los acuerdos de refinanciación supone una eficaz defensa de los referidos acuerdos. Sin embargo, el hecho de que el reforzamiento del grado de eficacia sea a costa de restringir las posibilidades de obtener la tutela judicial efectiva por parte de los acreedores que, con carácter general, sí están legitimados para entablar de manera subsidiaria las acciones de rescisión, según prevé el artículo 72.1 LC, debe dar lugar a reflexionar sobre la conveniencia de mantener esta medida, máxime cuando el artículo 71.6 del Anteproyecto garantiza de manera reglada la eficacia de dichos acuerdos, siempre que se cumplan los requisitos que dicho precepto establece”, pp. 80-81. En el apartado séptimo de las conclusiones de este informe, se reitera la conveniencia de que los acreedores puedan impugnar estos acuerdos de refinanciación cuando no lo haga la administración concursal, p. 157.

prestaciones (apartados primero y segundo), como en cuanto a la calificación del crédito que resulte del derecho a la contraprestación de cualquiera de los demandados (apartado tercero): “1. La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses. 2. Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa. 3. El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciase mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado”.

5.- La doctrina del Tribunal Supremo

Tal y como ya hemos indicado anteriormente, la LC, en esta materia ha supuesto un cambio muy importante respecto de la regulación anterior. Al tratarse de una norma compleja y con algunas contradicciones y lagunas relevantes (subsanaadas sólo parcialmente por las posteriores reformas), en la práctica ha sido necesario interpretarla acudiendo a la doctrina contenida en las resoluciones dictadas por los diferentes juzgados y tribunales. Su entrada en vigor en el 2004, hace poco más de 10 años, y la inevitable duración de los procesos con sus respectivas instancias, ha hecho que a día de hoy, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en aplicación de esta norma no sean muchas, pero sí de gran relevancia en la medida en que empiezan a crear un cuerpo de doctrina interpretativa de la nueva regulación concursal⁹⁹. En relación a los incidentes de rescisión concursal, las sentencias dictadas hasta el 31 de diciembre de

⁹⁹ No debemos olvidar que el art. 1.6 Código Civil establece que: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

2014 son 23¹⁰⁰, y en ellas ya puede constatarse la consolidación de las interpretaciones mantenidas de forma mayoritaria por los juzgados mercantiles y las Audiencias Provinciales. Nuestro alto Tribunal se ha pronunciado ya sobre elementos relevantes de la acción rescisoria, destacando por ser uno de los fundamentos de la acción, su delimitación del concepto de perjuicio.

Así, el TS se ha pronunciado sobre la posibilidad de aplicar retroactivamente la nueva regulación contenida en la LC, llegando inicialmente a la conclusión de que sí era posible esta aplicación retroactiva en determinados supuestos. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal en sus sentencias de 16 de septiembre y 13 de diciembre de 2010, y las objeciones que nos plantean su posición en relación a esta cuestión han sido ya expuestos en el apartado 2.1 del Capítulo II, del Título I, por lo que nos remitimos al

¹⁰⁰ STS de 16.09.2010 (Sentencia nº 548/2010; Recurso 1924/2006) [Roj:STS 5328/2010, Id Cendoj:28079110012010100610], ponente Corbal Fernández; STS de 27.10.2010 (Sentencia nº 662/2010; Recurso 10/2007) [Roj:STS 5329/2010, Id Cendoj: 28079110012010100611], ponente Corbal Fernández; STS de 13.12.2010 (Sentencia nº 791/2010; Recurso 824/2007) [Roj:STS 7163/2010, Id Cendoj:28079110012010100798], ponente Corbal Fernández; STS de 28.03.2012 (Sentencia nº 185/2012; Recurso 550/2009) [Roj:STS 2995/2012, Id Cendoj:28079110012012100285], ponente Gimeno-Bayón Cobos; STS de 12.04.2012 (Sentencia nº 210/2012; Recurso 482/2009), [Roj: STS 4181/2012, Id Cendoj:28079110012012100362], ponente Gimeno-Bayón Cobos; STS de 26.06.2012 (Sentencia nº 388/2012; Recurso 178/2009) [Roj:STS 5566/2012, Id Cendoj:28079110012012100443], ponente Ferrándiz Gabriel; STS de 26.10.2012 (Sentencia nº 629/2012; Recurso 672/2010) [Roj:STS 7265/2012, Id Cendoj:28079110012012100641], ponente Sancho Gargallo; STS de 08.11.2012 (Sentencia nº 652/2012; Recurso 836/2010) [Roj:STS 7746/2012, Id Cendoj:28079110012012100677], ponente Gimeno-Bayón Cobos; STS de 07.12.2012 (Sentencia nº 723/2012; Recurso 1057/2010) [Roj: STS 8314/2012, Id Cendoj: 28079110012012100733], ponente Sancho Gargallo; STS de 11.12.2012 (Sentencia nº 736/2012; Recurso 1167/2010) [Roj:STS 8522/2012, Id Cendoj:28079110012012100743], ponente Sancho Gargallo; STS de 19.12.2012 (Sentencia nº 758/2012; Recurso 1240/2010) [Roj: STS 8861/2012, Id Cendoj:28079110012012100754], ponente Ferrándiz Gabriel; STS de 10.07.2013 (Sentencia nº 487/2013; Recurso 440/2011), [Roj:STS 4178/2013, Id Cendoj:28079110012013100456], ponente Saraza Jimena. STS de 09.04.2014 (Sentencia nº 175/2014; Recurso 812/2012), [Roj: STS 1760/2014 Id Cendoj: 28079110012014100190], ponente Sastre Papiol; STS de 21.04.2014 (Sentencia nº 193/2014; Recurso 914/2012), [Roj: STS 2467/2014 Id Cendoj: 28079110012014100280], ponente Sastre Papiol; STS de 30.04.2014 (Sentencia nº 100/2014; Recurso 745/2012), [Roj: STS 1954/2014 Id Cendoj: 28079110012014100219], Saraza Jimena. Emiten votos particulares Antonio Salas Carceller, y Sebastián Sastre Papiol; STS de 09.07.2014 (Sentencia nº 363/2014; Recurso 2566/2012), [Roj: STS 2945/2014 Id Cendoj: 28079110012014100353], ponente Sastre Papiol.; STS de 21.07.2014 (Sentencia nº 401/2014; Recurso 2511/2012), [Roj: STS 3170/2014 Id Cendoj: 28079110012014100396], ponente Sastre Papiol; STS de 24.07.2014 (Sentencia nº 428/2014; Recurso 2912/2012), [Roj: STS 3566/2014 Id Cendoj: 28079110012014100428], ponente Sancho Gargallo; STS de 04.09.2014 (Sentencia nº 451/2014; Recurso 3060/2012), [Roj: STS 3748/2014; Id Cendoj: 28079110012014100444], ponente Sastre Papiol; STS de 01.11.2014, (Sentencia nº 631/2014; Recurso 491/2013), [Roj: STS 4839/2014; Id Cendoj: 28079110012014100628], ponente Saraza Jimena; STS de 12.11.2014, (Sentencia nº 615/2014; Recurso 117/2013), [Roj: STS 4444/2014 ; Id Cendoj: 28079110012014100575], ponente Sastre Papiol; STS de 16.12.2014, (Sentencia nº 715/2014; Recurso 802/2013), [Roj: STS 5694/2014; Id Cendoj: 28079110012014100727], ponente Ferrándiz Gabriel; STS de 29.12.2014, (Sentencia nº 735/2014; Recurso 766/2013), [Roj: STS 5693/2014 ; Id Cendoj: 28079110012014100726] ponente Sastre Papiol. Todas las sentencias reseñadas han sido dictadas por la Sala de lo Civil, Secc. 1ª.

mismo para evitar inútiles repeticiones. No obstante los precedentes citados, la STS de 4 de septiembre de 2014, en la que el Alto Tribunal, declara que *“La Sala no ha aplicado retroactivamente el art. 71 LC a supuestos en los que regía la normativa concursal anterior, en este caso, la retroacción de la quiebra, sino que ha aplicado esta normativa anterior pero interpretándola ‘atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad’ , tal como prevé la Disposición adicional primera de la LC”*, parece indicar un cambio de criterio, tal y como ya adelantamos en el apartado 2.1 del Capítulo II, del Título I de este trabajo

5.1.- Concepto de perjuicio

Existe unanimidad al considerar que la nueva regulación de la rescisoria concursal se centra en el concepto de perjuicio, desterrando el concepto de fraude. Así lo declara expresamente el TS en varias de sus sentencias, inicialmente en la de 27 de octubre de 2010: *“la acción de reintegración, si bien requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, no precisa que haya el ánimo o propósito de defraudar”*. En este mismo sentido se pronuncia en la sentencia dictada el 28 de marzo del 2012¹⁰¹, y sobre todo, en la de 26 de octubre de 2012¹⁰²: *“El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta. El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude (...) De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión...”*. El Tribunal reitera esta misma idea, en las sentencias dictadas el 21 y 30 de abril del 2014¹⁰³. Esta es también la posición de la

¹⁰¹ STS 28.03.2012: *“Tercero (...) 33. Las grandes similitudes entre las acciones de reintegración concursal, y la rescisoria regulada en el artículo 1290 y siguientes del Código Civil , han llevado al legislador a calificar como rescisoria la acción de reintegración, en terminología criticada por el informe del Consejo General del Poder Judicial y por el dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Concursal, y en las enmiendas 195 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso y 149 en el Senado, es lo cierto que el artículo 71 prescinde por completo del requisito subjetivo de la intención fraudulenta, al extremo que su tenor literal de forma expresa excluye tal exigencia”*.

¹⁰² Fundamentos de Derecho 5 y 6.

¹⁰³ STS 21.04.2014, Fundamento de Derecho Tercero: *” Se dan, en tal supuesto, todos los requisitos para rescindir la fianza calificada de gratuita de acuerdo con el art. 71.2, al existir la presunción iuris et de*

doctrina en general, citando entre otros muchos a modo de ejemplo, a GARCÍA CRUCES¹⁰⁴ para el que, a estos efectos, la intencionalidad (la buena o mala fe) del deudor o los partícipes en el acto es irrelevante (lo que no significa que también lo sea a otros efectos).

El concepto de perjuicio (en tanto que concepto jurídico indeterminado) ha tenido que ir siendo interpretado y delimitado inicialmente por la doctrina y la denominada “jurisprudencia menor”, agrupándose básicamente en dos tesis, la que defiende un concepto estricto o restringido de perjuicio, y la mayoritaria que aboga por un concepto amplio que incluye la infracción del principio de la par conditio creditorum.

Desde finales del 2010 el Tribunal Supremo ha empezado a dictar sentencias resolviendo los recursos presentados en incidentes rescisorios concursales, de manera que ya se ha manifestado sobre alguna de las cuestiones conflictivas, entre ellas la del concepto de perjuicio. Del análisis de las sentencias dictadas hasta el momento se desprende que el TS se ha decantado claramente por el concepto amplio de perjuicio, el que incluye no sólo una disminución del patrimonio del deudor o sacrificio patrimonial injustificado, sino también la infracción de la par conditio creditorum. Se ha referido al perjuicio como sacrificio patrimonial injustificado en la sentencia dictada el 27 de octubre de 2010, en la que aprecia la existencia de perjuicio en una venta, tanto por el precio pactado, como por su posterior impago¹⁰⁵; y en la sentencia dictada el 21 de abril

iure de perjuicio para la masa activa por un acto o contrato realizado por el concursado, en los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin necesidad de que exista intención fraudulenta (art. 71.1 LC)”; STS 30.04.2014, Fundamento de Derecho Sexto, 3: “Para el ejercicio de estas acciones no es preciso probar la existencia de fraude.”.

¹⁰⁴ Vid. GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte «in bonis»”, *Anuario de Derecho Concursal* nº 24/2011 parte Comentario de Jurisprudencia, Ed. Civitas, Madrid, 2011, versión digital ICAB ICAB, (5.1.2014), p. 7: “... conviene hacer referencia a la irrelevancia, expresamente destacada por el legislador, de la concurrencia de elemento intencional alguno en el deudor a fin de que el acto pudiera resultar rescindible ex art. 71.1 LC. Recuérdese la procedencia de la impugnación, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, pues ésta sólo requiere de la concurrencia de las exigencias de plazo y de perjuicio. Con ello quisiera advertir que el objeto del sistema de reintegración español es, a mi juicio, el acto en sí, con independencia de la intencionalidad del partícipe -o partícipes- en él. No se trata, por tanto, de valorar las conductas seguidas sino, antes bien, el significado patrimonial de los actos llevados a cabo (...) Lo anterior no significa que la concurrencia de una conducta reprobable en el acto que se impugna al amparo del art. 71.1 LC no deba conducir a ciertas consecuencias”.

¹⁰⁵ STS 27.10.2010: “... la venta se hizo por un precio notablemente inferior al del mercado lo que produjo una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora constituyendo un sacrificio

del 2014 en la que aprecia la existencia de perjuicio, aplicando la presunción de acto de disposición a título gratuito del 71.2 LC (prestación de una fianza sin contraprestación probada). Sin embargo, en la mayoría de las sentencias dictadas hasta el momento sobre esta cuestión, el TS ha acogido el concepto amplio de perjuicio, declarando su existencia cuando se ha probado la existencia de un sacrificio patrimonial injustificado o una infracción del principio de la par conditio creditorum.

La primera sentencia en la que el TS se pronuncia sobre el presupuesto de perjuicio es la dictada el 16 de septiembre de 2010¹⁰⁶. En ella indica que la *“existencia del presupuesto del perjuicio, con sacrificio patrimonial injustificado, no deriva únicamente de la presunción del 71.2 (pagos anticipados), sino de la ampliación de la hipoteca convirtiendo un crédito ordinario en privilegiado y las condiciones más onerosas o gravosas de la nueva operación crediticia”*. La sentencia opta claramente por el concepto amplio de perjuicio.

Más concreta y exhaustiva es la delimitación del concepto incluida en la sentencia dictada el 26 de octubre de 2012, en la que define el perjuicio como una lesión patrimonial (acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial injustificado) del derecho de crédito, no de un determinado acreedor sino de la totalidad de acreedores que conforman la masa activa. El sacrificio patrimonial tiene que conllevar una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y además, debe carecer de justificación. No obstante ello, puntualiza que no cabe equiparar sin más el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par conditio creditorum, pues ello llevaría a extender excesivamente la ineficacia de este tipo de actos¹⁰⁷.

patrimonial injustificado. Las circunstancias concurrentes no solo no justifican la venta, sino que incluso explican el porqué se realizó una operación que era perjudicial para la vendedora y sus acreedores, y muy beneficioso para la sociedad compradora ... Y a todo ello aún cabe añadir la falta de pago de parte del precio y del IVA que puso al descubierto el incidente concursal”.

¹⁰⁶ STS de 16.09.2010 (Sentencia nº 548/2010; Recurso 1924/2006) ya citada al hablar de la posible aplicación retroactiva de la LC.

¹⁰⁷ STS de 26.10.2012: *“El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que*

La posterior sentencia de 8 de noviembre de 2012 recopila la doctrina sobre esta cuestión, reafirmando que en todo caso, son perjudiciales los actos que provocan una disminución injustificada del patrimonio del concursado (citando su propia sentencia de 12.04.2012), pero también lo pueden ser otro tipo de actos que sin afectar al patrimonio del concursado, perjudique a la masa activa, perjuicio que debe producirse en el momento de realizar el acto, no posteriormente¹⁰⁸. En este mismo sentido se pronuncian también la sentencia dictada el 28 de marzo de 2012¹⁰⁹, y la más reciente sentencia de 9

propriadamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.

El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa activa, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización”.

¹⁰⁸ STS de 8.11.2012: “23. Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por “acto perjudicial para la masa activa”, a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.

24. (...) los actos del concursado que implican una ‘disminución injustificada de su patrimonio’ caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, ‘no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado’), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).

25. En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión ‘actos perjudiciales para la masa activa’ permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).”

¹⁰⁹ STS 28.03.2012: “24. La sentencia recurrida en modo alguno ignora dicha regla y aunque rechazó la mala fe de la compradora, ya que la compraventa se hizo a precio de mercado, estimó la segunda de las causas de reintegración alegada por la administración concursal, según la cual el perjuicio para la masa activa derivaba de que la compradora, en lugar de pagar íntegramente el mismo a la vendedora, pagó parte del precio a un determinado acreedor de la vendedora que vio satisfecho su crédito con infracción de la “par condicio creditorum.

de julio de 2014 (que cita expresamente la sentencia de 8 de noviembre de 2012)¹¹⁰.

Por su parte, en la sentencia de 26 octubre de 2012 el TS afirma que los pagos realizados por ser debidos (vencidos) y exigibles no constituyen un perjuicio para la masa, salvo que concurren circunstancias excepcionales que puedan privar de justificación estos pagos, en la medida en que supongan una vulneración de la par conditio creditorum. Entre las circunstancias excepcionales que pueden hacer que estos pagos se consideren perjudiciales (circunstancias que deberán valorarse en función de cada caso), señala la situación de insolvencia en el momento de hacer el pago, la proximidad de la declaración del concurso, la naturaleza del crédito y la condición del acreedor¹¹¹. En esta misma línea se pronuncian la sentencia dictada el 10 de julio de

34. Dicho de otra forma, los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de si han sido realizados de buena fe. Por el contrario, no lo son los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe". Entiende el perjuicio como algo más que el mero daño al patrimonio del deudor, extendiéndolo a cualquier daño a la masa activa, incluyendo la infracción de la par conditio.

¹¹⁰ STS 09.07.2014, FD Tercero: "Como señala la STS núm. 652/2012, de 8 de noviembre, para decidir qué debe entenderse por "un acto perjudicial para la masa activa", deben valorarse si los datos existentes 'en el momento de su ejecución, el acto se había considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiera existido en aquella fecha', pues 'la casuística en esta materia es muy amplia' y, en definitiva, la 'ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (SSTS 548/2010, de 16 de setiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre y 210/2012, de 12 de abril)".

¹¹¹ STS 26.10.2012: "6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.

Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par conditio creditorum.

Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en la sentencia 855/2007, de 24 de julio, donde negamos la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que 'el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)'. De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado

2013, que declara expresamente la existencia de perjuicio cuando en el momento de realizar el pago debido el deudor (posteriormente concursado), ya estuviera en estado de insolvencia actual o inminente¹¹², y la ya citada sentencia de 24 de julio de 2014, (citando reiteradamente la sentencia de 26 de octubre del 2012), que declara la existencia de perjuicio, en el pago de dividendos impugnado, que considera debido (existía un acuerdo de pago válido anterior a los dos años previos a la declaración de concurso), pero injustificado, por la situación económica de la sociedad en ese momento, y por realizarse a personas especialmente relacionadas. En términos prácticamente idénticos se pronuncia la STS de 1 de noviembre del 2014 (FD Quinto, 2). Por su parte, en la sentencia dictada el 29 de diciembre del 2014, reitera la inexistencia de perjuicio cuando los pagos son debidos y realizados a su vencimiento¹¹³. Es éste, el de los pagos ordinarios realizados dentro del periodo sospechoso, el que plantea más problemas en la práctica. En numerosas ocasiones se intenta evitar la rescisión de pagos invocando el art. 71.5 LC, precepto que, al objeto de no paralizar la actividad de las empresas con dificultades económicas, pretende evitar la ineficacia de los actos que con independencia de la situación económica, se hubiera realizado por

sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido.

7. En el presente supuesto no se cuestiona que el crédito satisfecho por la concursada a Postventa fuera un crédito real, vencido y exigible. El problema radica en que las circunstancias que rodean al pago ponen en evidencia su injustificación. Detrás de esta consideración legal, aplicada al caso por el magistrado de lo mercantil que declaró el concurso de acreedores, se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió. Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto”.

¹¹² STS 10.07.2013, FD Quinto: “*Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala Iª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa”.*

¹¹³ STS de 29.12.2014, FD Tercero, 2: “*(...) En el presente caso, salvo el pago anticipado a que se refiere la sentencia de primer grado, por importe de 35.100 €, percibido anticipadamente, según el presupuesto de honorarios por la presentación del concurso voluntario de acreedores, -cuyo cobro debe mantenerse rescindido-, las restantes facturas giradas por reclamaciones de cantidad, corresponden a conceptos devengados que fueron satisfechos a su vencimiento”.*

formar parte de la actividad ordinaria necesaria para la continuidad de las actividad empresarial o profesional. La STS dictada el 26 de octubre del 2012 establece que para que sea aplicable este precepto es necesaria la concurrencia de dos condiciones: deben ser actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del concursado, y deben de haberse realizado en condiciones normales, de manera que si falla una de las dos, el acto será rescindible¹¹⁴.

Posteriormente, la Sentencia dictada el 10 de julio de 2013, intenta delimitar el concepto de acto ordinario afirmando que: *“Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere”*. No obstante ello, recuerda que no se pueden establecer categorías generales cerradas, debiendo estarse a cada caso concreto. Para su delimitación apunta criterios como la relación del acto con el objeto social, los actos propios del giro típico de la actividad (especialmente si se han celebrado con consumidores), o si han sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial. Además, exige la notas de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales. La resolución justifica esta excepción en la necesaria protección de la contraparte que realizó el negocio jurídico en el marco de la actividad económica normal del deudor y las condiciones habituales del mercado¹¹⁵. En

¹¹⁴ “STS 26.10.2012: “8. El art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales. En este caso, podemos entender que para una sociedad como la deudora concursada, que explota un negocio de fabricación de aparatos de telefonía móvil, el pago de los servicios de reparación y asistencia técnica, como son los prestados por Postventa, es un acto normal ligado a su actividad empresarial. Pero no cabe concluir que fuera realizado en condiciones normales, pues está reconocido que el pago del crédito se hizo después de que la acreedora hubiera solicitado su concurso de acreedores, para conseguir el desistimiento, y sin que ello evitara que al cabo de pocas semanas se volviera a pedir el concurso, esta vez a instancia de la propia deudora”.

¹¹⁵ STS 10.07.2013: “Sexto. (...) Como ha recordado la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 740/2012, de 12 de diciembre, recurso núm. 1336/2010, el origen de este precepto (71.5 LC) está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían

esta misma línea se pronuncia la STS de 24 de julio del 2014, que en relación a los pagos realizados al administrador social rechaza la aplicación de la excepción, afirmando que: *“La remuneración de los administradores, supeditada estatutariamente a la obtención de beneficios y en función de los mismos, no forma parte de la actividad empresarial de la sociedad. No constituye ningún acto propio de su giro y tráfico, ni puede considerarse consustancialmente ligado de forma ordinaria a su desarrollo. Ni mucho menos cabe entender que ha sido realizado en condiciones normales, cuando no han existido ganancias y, por lo tanto, se han pagado apartándose de la previsión estatutaria que lo justificaba”*.

Por su parte, las sentencias de 10 de julio del 2013 y 24 de julio del 2014, (citando la de 26 de octubre de 2012), declararan que cuando los pagos debidos se han realizado a una persona especialmente relacionada con el deudor, no debe probarse la existencia de perjuicio (que se presume), sino la no concurrencia de circunstancias

una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían ‘los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa’ (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993).

Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.

La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial. Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.

La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse”.

La referencia a la sentencia del TS de 12.12.2012 citada es la siguiente: *“No obstante, incluso en aquella época en que se interpretaba la ineficacia del art. 878.II como una nulidad absoluta, en alguna ocasión esta Sala había desestimado la pretensión de ineficacia del acto impugnado por advertir una clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra. Así fue como excluyó de la retroacción las operaciones de descuento de efectos, ya fuera quebrado el comerciante descontatario [Sentencia de 28 de mayo de 1960] ya lo fuera el banco descontante [Sentencias de 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977], por entender que no ocasionaban ningún perjuicio y en el segundo caso también atendiendo las perniciosas consecuencias sociales que traería consigo una aplicación estricta del art. 878.II CCom sobre operaciones propias del tráfico y giro comercial de la quebrada. Esta doctrina jurisprudencial está en el origen del actual art. 71.5.1º LC, que excluye de la rescisión concursal, ‘los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales ”*.

excepcionales que determinen la validez del acto realizado a pesar de la especial relación existente entre las partes¹¹⁶. La primera, además, se pronuncia sobre los denominados “préstamos societarios” argumentando los motivos por los que, su devolución durante el periodo sospechoso debe ser considerado un perjuicio para la masa activa aun cuando el acto dispositivo suponga una correlativa disminución del pasivo¹¹⁷. La segunda sentencia concluye que la condición de accionistas, la naturaleza del crédito (dividendos), y el haber hecho el pago en un momento en el que la sociedad tenía importantes deudas, pone de manifiesto el contrasentido de pagar dividendos cuando existía una necesidad de capitalización de la sociedad, todo lo cual, convierten el pago en injustificado por muy debido que fuera (FD 18 y 19).

¹¹⁶ STS de 10.07.2013: “Cuarto.- En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010 se declaró que como regla general los pagos, aunque conlleven una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa... Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la “par condicio creditorum” [igual condición de los acreedores]. Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal ... no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada”. En términos casi idénticos, la STS de 24.07.2014, FJ 8 y 21.

¹¹⁷ STS 10.07.2013: “Quinto.- (...) Debe tenerse también en cuenta que por las características concretas de la operación enjuiciada, nos encontramos ante un supuesto típico de préstamo societario, sustitutivo del capital social ... En casos como éste, la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación de capital social y encubre un supuesto de infracapitalización, en que el capital social es tan exiguo que no sirve para acometer con normalidad la actividad social, ni siquiera para dotar a la sociedad de un patrimonio suficiente que le permita obtener financiación externa por parte de terceros. Si la aportación de capital a la sociedad por parte de los socios, en una cantidad suficiente para desenvolver su actividad, se hubiera realizado en la forma típica prevista en la normativa societaria, como es la aportación inicial o la ampliación de capital social, el patrimonio así obtenido no hubiera podido ser reembolsado a los socios en detrimento de los acreedores sociales, frente a los cuales tal patrimonio desempeña una función de garantía. La sustitución del capital social por préstamos societarios realizados por los socios de referencia supone en tales circunstancias un desplazamiento del riesgo empresarial sobre los acreedores. No es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores.

Es por ello que el reembolso de estas aportaciones a los socios con una participación significativa o a los administradores (aquí se reúnen las dos cualidades) en el periodo anterior a la declaración del concurso haya de ser considerado, salvo prueba en contrario, que aquí no ha existido, como un perjuicio para la masa activa aun cuando el acto dispositivo suponga una correlativa disminución del pasivo. Tal pago debía haberse sujetado al orden de preferencias propio del proceso concursal, en el que ostenta la calificación de crédito subordinado”.

Finalmente, debemos reseñar que ya la sentencia dictada el 16 de septiembre de 2010 (FD Tercero), precisa que la ley sólo exige, en el momento de realización del acto cuya rescisión se pretende, la existencia de perjuicio, no que el deudor ya esté en estado o situación de insolvencia. En relación con esta cuestión la sentencia dictada el 24 de julio de 2014 es tajante al afirmar (FD 11) que: “...*bajo la configuración de la acción rescisoria concursal en el artículo 71 LC, para poder apreciar que el acto objeto de rescisión es perjudicial para la masa activa no es necesario ni que haya generado o agravado la insolvencia, ni que se haya realizado estando la sociedad concursada en estado de insolvencia*”. No obstante ello, tal y como analizaremos más adelante, el hecho de estar en situación de insolvencia en el momento de la realización del acto o negocio jurídico, sí tiene trascendencia por ejemplo, para valorar una posible infracción del principio de la par conditio.

En materia de presunciones, en la sentencia de 10 de julio del 2013, el TS justifica que a efectos de apreciar la existencia de perjuicio, el régimen de los actos dispositivos a título gratuito sea más “severo” que el de los realizados a título oneroso.¹¹⁸ Posteriormente, la sentencia de 21 de abril de 2014, afirma que una fianza gratuita debe considerarse un acto de disposición a los efectos de aplicar la presunción del artículo 71.2 prevista para los actos de disposición a título gratuito, porque la prestación de la fianza supone un sacrificio injustificado del patrimonio del garante¹¹⁹. Sin

¹¹⁸ STS 10.07.2013: “Tercero.- (...) *El régimen del art. 71 de la Ley Concursal a efectos de la apreciación del perjuicio contra la masa es mucho más severo en los actos de disposición realizados a título gratuito que en los realizados a título oneroso (...) la falta de onerosidad en el desplazamiento patrimonial por ausencia de contraprestación, porque tales pagos no respondieran a la devolución de un préstamo realizado por el administrador a la sociedad, solo puede suponer una peor situación del favorecido por el acto dispositivo en la aplicación del régimen de presunciones de perjuicio de las acciones concursales de reintegración, porque supondría que a efectos del art. 71 de la Ley Concursal los pagos fueron actos de liberalidad, en los que se presume el perjuicio sin posibilidad de prueba en contrario. Las entregas dinerarias realizadas por la sociedad concursada al socio administrador en los dos años anteriores a la declaración de concurso son pagos en el sentido jurídico de actos debidos, "solvendi causa", realizados en el cumplimiento de las obligaciones que resultan de un negocio jurídico (se trataba de la devolución de un préstamo) y que han de ser encuadradas en el art. 71.3.1º de la Ley Concursal*”.

¹¹⁹ En el caso que da lugar a esta sentencia, el recurrente alega infracción del 71.2, concretamente discute la aplicación de la presunción iuris et de iure sobre la que se sustenta la resolución impugnada, por considerar que ésta se refiere expresa y únicamente a los “*actos de disposición a título gratuito, no siendo éste el caso.*” Alega el recurrente que, a diferencia de lo que sucede en la constitución de una carga hipotecaria o pignoraticia, la prestación de una fianza personal es un acto de administración, no de disposición, pues no condiciona la libre disponibilidad de los bienes que integran el patrimonio del deudor, es decir, con la fianza no se dispone del patrimonio, no supone ninguna disminución del activo patrimonial, sino que exclusivamente da lugar a la existencia de un crédito contra el concursado, que deberá incluirse en la lista de acreedores. En consecuencia, concluye, el negocio jurídico de la fianza no es un acto de disposición, no puede ser objeto de rescisión. La sentencia no acepta estos argumentos:

embargo al analizar esta cuestión, el TS no parece tener en cuenta un elemento a nuestro juicio fundamental, el derecho de repetición que tiene el fiador que paga contra el deudor afianzado, que como mínimo, debe llevarnos a matizar o cuestionar la calificación automática de gratuidad de la operación. Por su parte, la sentencia de 30 de abril del 2014 considera aplicable la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.1 de la LC a la garantía constituida por una sociedad para garantizar la obligación contraída por una sociedad del mismo grupo¹²⁰.

Asimismo, el TS ha declarado que la valoración de la existencia o no de perjuicio debe hacerse analizando el contexto en el que se lleva a cabo el negocio jurídico en su conjunto, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, porque como regla general la rescisión afecta al conjunto del negocio jurídico. No obstante ello, matiza que en ocasiones se pueden separar los diferentes elementos que integran un contrato o negocio jurídico de manera que se pueda mantener la validez del negocio jurídico a la vez que se rescinde parte del mismo,

“Tercero.1:”*En la medida en que la fianza es una garantía a favor de tercero, un negocio obligacional, de riesgo sin inversión, puede derivarse, en caso de incumplimiento de la obligación principal, un perjuicio para la masa activa del fiador concursado, con todo su patrimonio presente y futuro (art. 1911 CC). Al propio tiempo puede suponer una alteración de la composición de la masa pasiva como consecuencia de la insinuación y reconocimiento, en el concurso del fiador concursado, del importe del crédito del acreedor garantizado en la lista de acreedores, en caso de insuficiencia de la masa activa, por la menor cuota de participación que pudiera corresponderles al resto de los acreedores ordinarios en la liquidación. Por ello, si a cambio de este riesgo potencial (perjuicio para la masa activa) no se recibe una contraprestación que justifique la concesión de la fianza por deuda ajena o, por lo menos, se obtiene una ventaja, una atribución o beneficio patrimonial que lo justifique, es decir, se presta gratuitamente, sin recibir nada a cambio, la mera liberalidad como causa del afianzamiento entraría en juego la presunción iuris et de iure de perjuicio a que se refiere el art. 71.2 LC. En este sentido, la fianza gratuita sería un acto o negocio obligacional, equiparable a un acto de disposición a que se refiere el art. 71.2 LC porque existe un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, perjudicará a la masa activa de dicho concurso. Se dan, en tal supuesto, todos los requisitos para rescindir la fianza calificada de gratuita de acuerdo con el art. 71.2, al existir la presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa activa por un acto o contrato realizado por el concursado, en los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin necesidad de que exista intención fraudulenta (art. 71.1 LC)”.* Según el TS, la única forma de evitar la presunción de perjuicio es aportando elementos de prueba que destruyan la presunción de gratuidad (elemento base se la presunción). No obstante, el TS también advierte que: *“cuestión distinta es si la prestación de la fianza que se otorga simultáneamente con ocasión de la concesión de la operación de crédito, es o no un acto gratuito. Es el supuesto de las llamadas garantías contextuales”*, cuestión sobre la que no se pronuncia por no haberle sido planteada. Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero.

¹²⁰ Fundamento de Derecho Sexto, 6. Para una mayor concreción sobre esta cuestión ver el apartado 2º, del Capítulo I, Título Tercero dedicado al estudio de la rescisión de garantías.

de concretos actos de ejecución del acto principal, o de un contrato conexo¹²¹.

5.2.- Rescisión de los acuerdos de refinanciación o reestructuración

Sobre la rescindibilidad de los acuerdos de refinanciación o reestructuración se pronuncia la sentencia de 9 de julio del 2014, para negar la rescindibilidad automática de los acuerdos de refinanciación que no se ajusten a la Ley 38/11, de 10 de octubre. En este caso el recurrente alegaba que la sentencia impugnada debió aplicar al resolver sobre la rescisión, la DA 4ª de la LC (en ese momento, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el artículo 71.6 LC) al ser ésta la norma que regula los acuerdos de refinanciación no rescindibles (afirma que si realmente hubo un plan de viabilidad éste no se ajusto los establecido en el RDL 3/2009). El TS desestima el recurso alegando, en esencia, que *“aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas normas pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del art. 71 LC”*¹²².

¹²¹ En este sentido se pronuncia la sentencia de 12 de abril del 2012: *“24.- No existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado.*

25.- Claro está que, para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas.

26.- Ahora bien, aunque como regla la rescisión afecta a la totalidad del complejo negocial querido por las partes como un todo, la propia norma autoriza -y en ocasiones regula de forma expresa- la disección de los distintos elementos que pueden integrar un contrato o negocio jurídico y, permite, por un lado, mantener su validez y, por otro, declarar la procedencia de la reintegración de concretos actos de ejecución, como lo demuestra de forma contundente la posibilidad de rescisión de pagos -actos debidos- y otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior al concurso.

27.- Con mayor razón no existe obstáculo para la rescisión de un concreto contrato aunque esté económicamente conexo con otro y, en consecuencia, nada impide la del contrato de contrario consenso o acuerdo de voluntades de dejar sin efecto el de concesión exclusiva, o parte de él, manteniendo el de compraventa de la rama de actividad.

1.3. La rescisión parcial de actos parcialmente perjudiciales.

28. Aunque la norma no lo precisa de forma expresa, la regulación de los efectos de la estimación de la acción rescisoria permite deducir que está pensada para contratos bilaterales con prestaciones recíprocas susceptibles de restitución y que, como regla, tiene como punto de partida la nulidad de la totalidad del acto o negocio objeto de rescisión.

29. Pero: 1) No existe norma que prohíba expresamente la rescisión parcial en los casos en que resulte materialmente posible (en este sentido con referencia a la rescisión por fraude, sentencia 1182/2006, de 21 de noviembre); 2) La reparación del perjuicio permita modular los efectos de la rescisión”.

¹²² STS de 9.07.2014, FD Quinto: *“ (...) hemos de señalar que el RDL 3/2009 fue una norma que pretendía proporcionar una seguridad jurídica a las partes a determinadas operaciones de reestructuración y de financiación, o ambas, con el fin de que, si se daban ciertos requisitos, fueran irrevocables frente a las acciones de reintegración. En modo alguno puede pensarse que la norma supuso que todos los acuerdos de refinanciación o de reestructuración debían ajustarse a los requisitos*

5.3.- Rescisión de garantías

Es este uno de los supuestos que plantean más problemas interpretativos, especialmente las garantías reales. Tal vez por ello, el Tribunal Supremo ha considerado necesario manifestar expresamente, en su sentencia de 30 de abril del 2014 (FD Sexto), que las garantías reales pueden ser objeto de la acción de rescisión: “2.- *Entre los actos que pueden ser objeto de las acciones de reintegración están los constitutivos de garantías reales sobre bienes inmuebles, porque implican una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito. Es por ello que han de considerarse actos de carácter dispositivo sobre el patrimonio*”.

Previamente, en la sentencia dictada el 13 de diciembre del 2010, se había pronunciado sobre la rescisión de las garantías hipotecarias en concreto. En un supuesto de hecho en el que se había declarado la rescisión de garantías hipotecarias aplicando la presunción del artículo 71.2 LC, afirma que no existe base legal alguna que permita acoger la pretensión de la recurrente de que, a estas garantías, no les son automáticamente aplicables la presunción "iuris et de iure" de perjuicio, sino que debe hacerse una interpretación que atienda preferentemente a elementos sistemáticos, históricos, sociológicos y, fundamentalmente, teleológicos. El TS afirma que la ley es clara en el sentido de presumir el perjuicio patrimonial en los actos gratuitos sin admitir prueba en contrario, ratificando la existencia, en ese caso concreto, de un “acto de

que en la misma se establecen, so pena de poder ser rescindidos inevitablemente. Las mismas razones que llevaron y llevan a la jurisprudencia, en cada caso particular, tras su análisis y ponderación, a apreciar o no un sacrificio patrimonial injustificado por las operaciones descritas, también ahora, nada impide que pueda probarse que no ha existido perjuicio, destruyendo la presunción iuris tantum, que es lo que ha ocurrido en el presente caso y que la sentencia recurrida ha ponderado detenidamente. Por tanto, ni la norma que introduce los acuerdos de refinanciación (la DA 4ª del RDL 3/2009), ni las posteriores reformas concursales que los ha modificado (Ley 38/2011 y el RDL 4/2014) impiden que para los acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prescrita recientemente en la disposición adicional 4ª y en el art. 71.bis, deba seguir examinándose, caso por caso, si existe o no sacrificio patrimonial injustificado como venía haciéndose hasta ahora, pues aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas normas pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del art. 71 LC”.

disposición a título gratuito, en los términos reconocidos por la resolución recurrida, por cuanto se constituye una hipoteca sobre un bien propio (sobre el que se tiene la nuda propiedad) por una deuda ajena sin recibir nada a cambio”.

Conexamente, en esta misma sentencia, admite la posibilidad de reducción parcial de una hipoteca conjunta indivisible por pacto entre las partes, alegando que la hipoteca no puede exceder de la extensión que el hipotecante tiene sobre la cosa hipotecada y que *“la modificación por reducción parcial no afecta a la regulación legal, y entra dentro de las posibilidades del principio de determinación, y además, está justificada en el caso en la perspectiva de aplicación del efecto más débil que favorece la conservación del negocio, y responde, desde luego mejor que la nulidad, a la protección de todos los intereses económicos en juego, lo que no sucedería con cualquier otra solución a adoptar, que desequilibraría la situación en favor de uno u otro de los interesados”*¹²³.

¹²³ STS 13.12.2010: *“Se alega que la sentencia impugnada, al establecer la gratuidad parcial de la hipoteca en lo que excede de las cantidades del crédito de las que fue directamente beneficiaria, decreta una rescisión parcial de la hipoteca y materializa los efectos de dicho pronunciamiento en el sentido de introducir unas modificaciones en la escritura de la hipoteca referidas a una cuantía o porcentaje de la cuantía, señalando que no se aprecia imposibilidad de distribución de sumas dinerarias entre los titulares de los derechos integrantes de la hipoteca. Se reprocha a dicha resolución que se ha producido una verdadera división de hipoteca, porque se modifican, distinguen y diversifican las dos cantidades, que pasan a tener diferente consideración: una quedará afectada por la hipoteca, y la otra no, con todas las consecuencias que de ello se derivan, e infracción de los artículos 1860 CC y 123 LH. Con la solución adoptada se llega a un resultado contrario a la voluntad de las partes colocando a la entidad prestamista en situación de desprotección; se rompe el equilibrio entre las prestaciones; y se altera la garantía que asegura el cumplimiento de la obligación, lo que fue determinante para la celebración del contrato.*

Con carácter previo procede señalar que la regla de la indivisibilidad de la hipoteca supone que la misma "persiste entera e idéntica aunque el crédito, o la finca, se dividan" -"est tota in toto et tota in qualibet parte"-. No se trata de un principio estructural o institucional, pues tiene como paliativo la distribución, a fin de equilibrar o coordinar los intereses contrapuestos, dado que en tanto la indivisibilidad beneficia al acreedor, la determinación beneficia al deudor (hipotecante). La indivisibilidad crea, en su caso, una especie de solidaridad, mientras que la distribución se corresponde con la especialidad. El sistema que resulta del Código Civil (art. 1.860) y de la legislación hipotecaria (la primera regulación afectada y completada por la segunda) se resume en que:

a) Cuando se hipoteca una sola finca rige la indivisibilidad; si bien, si la finca se divide en dos o más, cabe convenir por el acreedor y el hipotecante la distribución (arts. 1.860 CC y 122 y 123 LH).

b) Cuando se hipotecan varias fincas rige de modo ineludible el principio de distribución (arts. 119 LH y 216 RH), de modo que prevalece la especialidad sobre la indivisibilidad. La determinación de la cantidad de que cada finca, porción o derecho debe responder tendrá lugar por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso (art. 216 RH).

c) Cuando se hipotequen varios derechos integrantes del dominio (o cuotas indivisas), los titulares respectivos podrán acordar la indivisibilidad; esto es, "para los efectos del artículo anterior, la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución" (art. 217 RH).

La hipoteca de autos corresponde al supuesto del art. 217. Los derechos hipotecados fueron la nuda propiedad y el usufructo, el primero de los cuales puede hipotecarse de conformidad con el número segundo del art. 107 LH, bien con la eventualidad expansiva derivada del principio de la elasticidad -

Una de las cuestiones discutidas en materia de garantías es el ámbito de aplicación del RDL 5/2005, pronunciándose sobre ello la Sentencia de 20 de junio de 2012 (FD Tercero): *”... el Tribunal de apelación no tuvo en cuenta lo dispuesto en Real Decreto Ley 5/2005, que constituye norma especial aplicable a las entidades de crédito - según el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003 - y que traspuso la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. Y, en particular, el artículo 15, apartado 4 , del mismo, que establece que el derecho de ejecución separada de la garantía, ejercitado en el caso por la acreedora ahora recurrente, no resulta limitado, restringido o afectado, en cualquier forma, por la apertura de un procedimiento concursal de la deudora pignorante. Ello sentado, la validez del acto de constitución de la garantía no ha sido discutida ni su rescisión pretendida. Por lo que han de quedar al margen de nuestro enjuiciamiento”*.

Posteriormente, la sentencia de 8 de noviembre del 2012 contiene una extensa explicación sobre el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (LMH), afirmando que lo que se pretende con esta regulación es la tutela del mercado hipotecario y las operaciones que le dan estabilidad, no a la entidades financieras en sí mismas: *“... el régimen excepcional orbita alrededor de los títulos que en la Ley del mercado hipotecario se regulan y que se emitan en territorio español, no de las ‘entidades habilitadas para emitir los títulos’ ni de las ‘hipotecas’ otorgadas por dichas entidades. Lo que acota la tutela excepcional a las hipotecas que garantizan los*

fuerza centrípeta del dominio-, o sin ella, en tanto el derecho de usufructo es hipotecable conforme al número primero del art. 107 LH , ya se entienda hipotecado, según distintas posiciones doctrinales, el derecho a percibir los frutos, o ya el usufructo mismo.

Por consiguiente, cuando se hipotecan varios derechos integrantes del dominio, se habla en la doctrina de hipoteca conjunta, rige el principio de distribución -determinación-, pero puede pactarse la indivisibilidad. De ahí que, en tal perspectiva, no cabe entender afectado por la sentencia recurrida el principio de indivisibilidad, como tampoco hay cuestión por el hecho de que no resulte garantizado por uno de los derechos la totalidad de la obligación, pues cabe la garantía de una parte de una obligación, sin que obste a la unidad de ésta (RRDGRyN de 2 y 3 de enero de 1.996). Ciertamente en el caso no hay convenio entre las partes, pero ello no impide que pueda acordarse la modificación por mandato judicial, lo que puede obedecer a la ineludible protección de terceros, o la limitación de los propios derechos de los hipotecantes, ya que, si bien la hipoteca recae sobre la cosa, no puede exceder de la extensión que en ella corresponde al hipotecante, pues nadie puede hipotecar más de lo que tiene -"nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet"- . Por otra parte, la modificación por reducción parcial no afecta a la regulación legal, y entra dentro de las posibilidades del principio de determinación, y además, está justificada en el caso en la perspectiva de aplicación del efecto más débil que favorece la conservación del negocio, y responde, desde luego mejor que la nulidad, a la protección de todos los intereses económicos en juego, lo que no sucedería con cualquier otra solución a adoptar, que desequilibraría la situación en favor de uno u otro de los interesados”.

títulos emitidos por las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario que reúnan los requisitos exigidos. Dicho de otra forma, la norma tutela el mercado hipotecario y, en la medida necesaria, las operaciones destinadas a darle estabilidad, sin reconocer privilegios subjetivos a las entidades financieras”¹²⁴. El Tribunal rechaza la infracción del art. 10 LMH en relación con el art. 4 LMH, alegando que: “Para la rescisión de la hipoteca no basta el perjuicio para la masa, sino que se requiere la

¹²⁴ El desarrollo argumental completo de la STS de 8 de noviembre del 2012, FD Tercero, es el siguiente: “31. (...) no se ha cuestionado que en el momento en el que se desarrollaron los hechos estaba vigente el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, pese a que la disposición adicional segunda 2 de la Ley Concursal, al indicar la legislación especial subsistente a la entrada en vigor de la Ley Concursal, únicamente se refería a los artículos 14 y 15, silenciando el artículo 10 de dicha Ley (...)

33. Aunque la interpretación literal del referido artículo 10, aislada de su contexto, permitía sostener que todas hipotecas inscritas a favor de las ‘entidades financieras’ detalladas en el artículo 2, entre ellos los ‘Bancos privados comerciales o industriales y de negocios’ –en la redacción dada por el art. 2.2 de Ley núm. 41/2007 de 7 de diciembre, las ‘entidades de crédito’ detalladas, entre ellas ‘los bancos’-, la jurisprudencia entendió que la norma tenía carácter excepcional y era tributaria de una interpretación restrictiva, de modo que, cuando se trataba de hipotecas concedidas en garantías de préstamos exigió que estos tuviesen la finalidad prevista en el artículo 4 de la propia Ley -a cuyo tenor ‘la finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad’ -. También interpretó la expresión “cualquier otra obra o actividad” de forma restrictiva (...)

35. Esa jurisprudencia (sentencia 32/1997, de 23 de enero, la sentencia 337/2002, de 11 de abril, y la sentencia 980/2006, de 5 de octubre) dio lugar a la modificación del precepto mediante la adición, por la Ley de 7 de diciembre de 2007, de la expresión ‘cualquiera que sea su finalidad’ que, si por un lado no deja de ser contradictoria con la previa exigencia de finalidades concretas, por otro deja clara la voluntad del legislador de ampliar los supuestos en los que las hipotecas otorgadas por las entidades financieras eludían el régimen de la retroacción y se aproximaban al de la rescisión. Simultáneamente la Ley de 7 de diciembre de 2007 introdujo un segundo párrafo en el artículo 1 de la Ley de Mercado de Valores, que quedó redactado en los siguientes términos: Las entidades financieras a las que esta Ley se refiere podrán conceder préstamos hipotecarios y emitir los títulos necesarios para su financiación, de acuerdo con los requisitos y finalidades que la misma establece, sin perjuicio de que estas entidades u otras puedan emitir y transmitir obligaciones, con garantía o sin ella, de conformidad con la legislación vigente. La presente Ley, así como su normativa de desarrollo, será de aplicación a todos los títulos que en ella se regulan y que se emitan en territorio español.

La interpretación sistemática de ese conjunto normativo evidencia que el régimen excepcional orbita alrededor de los títulos que en la Ley del mercado hipotecario se regulan y que se emitan en territorio español, no de las ‘entidades habilitadas para emitir los títulos’ ni de las ‘hipotecas’ otorgadas por dichas entidades. Lo que acota la tutela excepcional a las hipotecas que garantizan los títulos emitidos por las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario que reúnan los requisitos exigidos. Dicho de otra forma, la norma tutela el mercado hipotecario y, en la medida necesaria, las operaciones destinadas a darle estabilidad, sin reconocer privilegios subjetivos a las entidades financieras. Esta interpretación se ve reforzada por el artículo 1 del Real Decreto 716/2009, que desarrolla determinados aspectos de Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. Dicho precepto, después de afirmar que responden al objetivo de culminar la modernización y mejora de los mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito en el mercado hipotecario, ya emprendidas con la aprobación de la Ley 41/2007 de 25 de marzo, determina el ámbito de aplicación de la Ley que desarrolla y precisa que “el mercado hipotecario, regulado por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tiene por objeto la negociación de los títulos emitidos por las entidades a que se refiere el artículo siguiente garantizados por los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por las mismas, siempre que unos y otros reúnan las condiciones establecidas en este Real Decreto”.

existencia de fraude y en el presente caso, no existe fraude ni perjuicio. A ello añade que la declaración de mala fe que deriva de la afirmación del conocimiento de la mala situación económica generalizada que se dice perceptible en diciembre de 2007, no equivale al fraude requerido por la Ley reguladora del Mercado Hipotecario, pues de ser así en realidad no se habría establecido especialidad alguna”.

En relación a las garantías, una de las cuestiones que está planteando más controversia es la de las denominadas garantías contextuales. En la sentencia dictada el 8 de noviembre del 2012 pone manifiesto que, a diferencia por ejemplo del Código Civil Italiano, nuestra regulación no se pronuncia sobre esta cuestión. Afirma el Tribunal que en estos casos debe analizarse la posible existencia de perjuicio en el marco del negocio en el que se presta la garantía, ya que en numerosas ocasiones analizada aisladamente será perjudicial, pero no lo será si se analiza conjuntamente con la obligación garantizada: *“Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa”*¹²⁵.

¹²⁵ STS 08.11.2012, FD Segundo: *“26.- No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que (...) la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado (...) Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.*

27. A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano, que al regular la acción revocatoria extraconcursal en el artículo 2901 del Código Civil dispone que “agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito” (a los efectos de esta norma, la prestación de garantías, incluso por deudas de otro, son consideradas a título oneroso cuando son contextuales al crédito garantizado)-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio “afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario” se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.

28. Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Legge fallimentare que la asimila a otros actos onerosos (...)

29. Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios –no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurren relaciones de dominio ni los requisitos que justifican el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como “operaciones de grupo” en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco”.

La sentencia de 30 de abril del 2014 es la que, hasta el momento, ha analizado con más detalle los problemas suscitados por las garantías contextuales. En ella el TS se pronuncia sobre la rescisión de la garantía de un préstamo a una sociedad del grupo, concretamente de la hipoteca sobre un inmueble de una sociedad para garantizar el préstamo dado a la sociedad matriz del grupo. La primera cuestión que analiza es si el acto o negocio objeto de rescisión (la garantía hipotecaria) debe considerarse oneroso o gratuito. En el FD Sexto de esta sentencia, el Tribunal considera, citando su propia doctrina, que la garantía a favor de un tercero o es onerosa o es gratuita: “*en la distinción entre ‘actos de disposición a título gratuito’ (art. 71.2 de la LC) y ‘[actos] dispositivos a título oneroso’ (art. 71.3.1º de la LC) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la LC ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un ‘tertium genus’, un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría*”¹²⁶. Dicho esto, el Tribunal considera onerosa la garantía a favor de tercero: “*cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía*”. Afirma, no obstante, que la onerosidad de la garantía no excluye el perjuicio para la masa, siendo de aplicación también en este caso, la presunción de perjuicio patrimonial recogida en el art 71.3.1 LC¹²⁷.

En relación a la cuestión de la onerosidad o gratuidad de una garantía contextual, es muy relevante que el TS haya considerado que, salvo que se demuestre lo contrario, su constitución debe considerarse onerosa, no gratuita: “*Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero*”¹²⁸. En este caso, el TS no acoge la interpretación realizada por el

¹²⁶ Cita de la STS de 10.07.2013 incluida en la STS de 30.04.2014.

¹²⁷ Vide STS de 30.04.2014, Fundamento de Derecho Sexto, 5.

¹²⁸ STS de 30.04.2014 en el Fundamento de Derecho Sexto, 5. La calificación del acto como oneroso provoca la emisión de un voto particular por el Magistrado Antonio Salas Carceller, que comparte la decisión de desestimar los recursos, pero no la doctrina del FD Sexto, 5 último párrafo, por cuanto

juzgado mercantil que conoció el asunto en primera instancia, según la cual, pese a que las garantías intragrupo por lo general no son gratuitas, debe distinguirse entre garantías prestadas por la matriz a las filiales, consideradas onerosas, de las que presta una sociedad a la matriz o a otra filial del grupo (sociedades hermanas) que presume gratuitas salvo que se pruebe la recepción de alguna contraprestación¹²⁹. En la medida en que el TS no hace esta distinción, a partir de esta sentencia, en términos generales (y salvo prueba en contrario) deberemos considerar la constitución de garantías contextuales un acto oneroso. Sentado el carácter oneroso del acto, procede el Tribunal a analizar si existe perjuicio a los efectos del 71.3.1 LC, llegando a la conclusión de que sí que existe perjuicio (sacrificio patrimonial injustificado)¹³⁰, aplicando en este caso, la presunción del 71.3.1 LC, de acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el garante concursado¹³¹. La conclusión es que se trata de un “acto dispositivo oneroso que ha causado un perjuicio patrimonial al deudor declarado en concurso y por tanto susceptible de rescisión”. Tratándose de una presunción *iuris tantum*, podría desvirtuarse la presunción de perjuicio probando la existencia de alguna prestación (directa o indirecta) a favor de la concursada garante que justifique el otorgamiento de la garantía, no siendo suficiente invocar el “interés”

considera que la constitución de la hipoteca ha de considerarse como gratuita a los efectos previstos en el artículo 71.2 de la LC.

¹²⁹ Resumen que el TS hace de los argumentos de la sentencia dictada por la Primera Instancia núm. 4 y Mercantil de Jaén: “Aunque con carácter general afirmó que las garantías intragrupo no son gratuitas, en relación al ejercicio de la acción rescisoria concursal precisó que hay que distinguir la constitución de garantías reales por parte de la sociedad matriz por deudas de sus filiales, en las que sería aplicable la anterior consideración, de la garantía prestada por una filial a favor de la matriz o de otra filial del grupo (esto es, entre sociedades ‘hermanas’), en los que debe presumirse el carácter gratuito salvo que la sociedad que constituye la garantía reciba algún tipo de contraprestación, pues desde la perspectiva de los acreedores de la declarada en concurso nada aporta que la garantía haya beneficiado al grupo. Al tratarse en este caso de ‘sociedades hermanas’, según afirma la sentencia, se trataría de un acto gratuito en el que sería aplicable la presunción de perjuicio”.

¹³⁰ STS de 30.04.2014, FD Sexto, 8: “Para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante (...) ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto”.

¹³¹ STS de 30.04.2014, FD Sexto, 6: “Por tanto, la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.1 de la LC se aplica a la garantía constituida para garantizar, valga la redundancia, la obligación contraída por una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que la garante, puesto que se trata de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el garante declarado posteriormente en concurso, en la medida en que recibe el crédito (art. 93.2.3º de la LC)”.

del grupo”¹³².

En el caso concreto analizado por esta sentencia, resulta discutible que pueda aplicarse la presunción del 71.3.1 LC tal y como lo hace el TS, por cuanto el acto rescindido no es un acto de disposición realizado con la persona especialmente relacionada (la sociedad matriz del grupo), sino con un tercero (acreedor de la sociedad matriz). Ciertamente, el tenor literal del artículo “*realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado*” puede dar lugar a la interpretación realizada por el Tribunal, pero no ha sido éste el sentido que, hasta el momento, se ha venido dando a este precepto. Esta presunción está pensada para rescindir actos onerosos realizados entre la concursada y una persona especialmente relacionada con ella, no siendo éste el caso de autos por cuanto la contraparte del acto es un tercero (la entidad financiera a favor de la cual se constituye la garantía hipotecaria). Ciertamente, es razonable pensar que la sociedad matriz ha resultado beneficiada por cuanto la garantía prestada le ha permitido acceder a un crédito que sin ella muy probablemente no hubiera conseguido, pero no es la contraparte del acto impugnado (no se rescinde el préstamo sino su garantía). La consolidación de esta doctrina en resoluciones posteriores, puede colocar a los terceros que conciertan un negocio jurídico con una persona especialmente relacionada con otra que puede resultar directa o indirectamente beneficiada, en una situación de inseguridad jurídica que, además de plantear problemas de interpretación jurídica, perjudicaría en la práctica diaria el tráfico mercantil. Creemos que en este caso, debería de haberse exigido la prueba del perjuicio para la masa de la concursada-garante (lo que a la vista de los hechos reseñados en la sentencia parece posible), y probado éste, rescindir la prestación de la garantía. El resultado hubiera sido el mismo sin necesidad de forzar la aplicación de la presunción

¹³² STS de 30.04.2014, FD, 9: “*En las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía.*

Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por sí sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del ‘interés de grupo’ para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el ‘interés del grupo’ pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.

(...) No existe un ‘patrimonio de grupo’, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo”.

del 71.3.1 LC. No obstante lo dicho, podría justificarse la interpretación realizada por el TS si partimos de la unidad del total negocio jurídico (préstamo y garantía como una unidad negocial). Si se entiende el préstamo y su garantía hipotecaria como un único negocio jurídico, podría argumentarse que es ese negocio jurídico unitario el que ha causado el perjuicio en el que se fundamenta la acción rescisoria. Si se admitiera esta interpretación, la consecuencia de la rescisión debería ser la ineficacia de todos los actos que lo integran (préstamo e hipoteca), no sólo la garantía. Sin embargo, no ha sido ésta la decisión del TS que, tal y como analizaremos seguidamente, rescindió la garantía hipotecaria, pero no la concesión del préstamo.

En este caso, la recurrente alegaba que debería de haberse declarado la rescisión de toda la operación (hipoteca y préstamo), por cuanto no puede desligarse la hipoteca del préstamo (negocio jurídico subyacente), restituyendo simultánea y recíprocamente todas las prestaciones (incluyendo la cantidad prestada, junto con sus intereses). El TS rechaza esta pretensión. Afirma, interpretando el artículo 71.3 LC que: *“Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción.*

*Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía. No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente”*¹³³. Como hemos visto el TS resuelve que la rescisión de la garantía

¹³³ Por la trascendencia del pronunciamiento, reseñamos íntegramente la continuación del mismo: “3.- (...) Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo, que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real. Esta solución de la escisión no es excepcional en el régimen de reintegración del concurso

contextual prestada por una sociedad distinta de la deudora, afecta únicamente a la garantía otorgada por la concursada, no al acto o negocio jurídico del que trae causa, manteniéndose éste válido y eficaz. En ese caso, el titular de la garantía que deviene ineficaz, deberá defender sus intereses frente al deudor de la obligación principal al margen del concurso¹³⁴.

Finalmente, debemos citar la sentencia dictada el 21 de julio de 2014, que

4.-Por otra parte, no puede accederse a la pretensión de la recurrente en el sentido de que la masa del concurso restituya al acreedor el importe del préstamo garantizado con la hipoteca, puesto que el origen del crédito garantizado no se halla en el acto rescindido, y el concursado no era el obligado a devolver tal préstamo, por lo que la rescisión no justifica el nacimiento de una deuda restitutoria en el concurso del garante.

5.-Los argumentos que se oponen a que, a efectos del ejercicio de la acción rescisoria concursal, pueda escindirse la garantía del negocio respecto del que se constituye, afirmando que se afecta a la base del negocio puesto que se alteran los presupuestos sobre los que el acreedor prestó el consentimiento, ya que no habría otorgado crédito sin obtener la garantía, no son relevantes en una situación como la concursal, en la que las soluciones a adoptar son diferentes de las que procederían si no se hubiera declarado el concurso, pues se alteran gravemente las relaciones jurídicas que afectan al concursado, y sus acreedores resultarán por lo general perjudicados de un modo o de otro. Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre deuda ajena, e impone que para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito garantizado.

El acreedor que ve rescindida su garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando frente a su deudor las medidas que sean pertinentes con base en la obligación principal, desprovista de la garantía rescindida. Ello le supone un sacrificio evidente, pero la declaración de concurso conlleva sacrificios a los acreedores del concursado y, en general, a quienes ostentan frente a él algún derecho”, Fundamento de Derecho Séptimo.

En este punto debemos poner de manifiesto que si bien compartimos la conclusión final de la no rescindibilidad del préstamo, no compartimos la motivación expresada en esta sentencia. Por un lado, no creemos ni fundamentada, ni justificada la afirmación conforme la posterior insolvencia del garante acredita que la concesión de la garantía fuera injustificada. Asimismo, no puede hablarse de los sacrificios a los que deben someterse los acreedores del deudor, cuando en este caso, el deudor no es la concursada, y por tanto, la entidad financiera afectada por la rescisión no es su acreedora. En este mismo sentido se pronuncia el Magistrado Sastre Papiol en el voto particular emitido: “6. No es ocioso efectuar algunas consideraciones en torno a subsumir el caso concreto del recurso, al supuesto previsto en el art. 71.3.1º LC , como acto presuntivo de perjuicio, iuris tantum . Estimo que el supuesto contemplado no se halla entre los actos impugnables en base al precepto, pues el “destinatario del acto de disposición” (la hipoteca) no es la sociedad del grupo (especialmente relacionada con el garante) sino su acreedor (...) hubiera sido más adecuado subsumir el “factum” en el apartado 4º del art. 71 (cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria)”.

¹³⁴ La discrepancia respecto de esta doctrina motivó el voto particular emitido por el Magistrado Sebastián Sastre Papiol. Su tesis es que “el negocio nace de una relación trilateral: deudor-acreedor (el préstamo), fiador-acreedor (hipoteca) y deudor-fiador (relación intragrupo)”; considera que “entre los dos actos jurídicos, el préstamo y la garantía hipotecaria, existe un nexo de casualidad jurídica, uno es consecuencia del otro, por lo que constituye su base y fundamento”. Por ello, “la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión de un préstamo, dejando subsistente el préstamo, supone lesionar los elementos esenciales del negocio, su causa, según se ha visto, y el consentimiento prestado en la celebración del negocio (artículos 1261.1º y 1262 del Código Civil)”. Para Sastre Papiol, “si se entiende que la garantía prestada por el garante concursado es perjudicial para la masa activa, debe rescindirse la total operación y aplicar los efectos previstos en el art. 73.1º LC, conforme al art. 1295 CC , la restitución recíproca de las prestaciones...”.

considera la ampliación de una hipoteca, (para garantizar la deuda de una sociedad del grupo) un acto gratuito, no oneroso, al no existir una correspondiente o simultánea prestación a favor de la hipotecante. Rechaza por tanto que se trate de una garantía contextual que deba ser calificada como onerosa. Asimismo, destaca que: “... la garantía se prestó por ‘obligaciones preexistentes’ (art. 71.3.2º LC), sin que la hipotecante no deudora recibiera nada a cambio en el acto de su otorgamiento. Aún admitiendo ... que existe grupo por la unidad de dirección ... la hipoteca no garantizaba un suministro futuro (de tratarse de una hipoteca de máximo, si se prefiriere, ex art. 158 bis LH), lo que podría haber destruido la noción de perjuicio (...) Se otorga en garantía exclusivamente de obligaciones preexistentes sin que nada recibiera a cambio la hipotecante no deudora. Luego la garantía debe rescindirse, bien porque se da el supuesto del art. 71.2 LC, por tratarse de una garantía gratuita, bien porque, se trata de garantizar con hipoteca ‘obligaciones preexistentes’ (art. 71.3.2º LC)”.

5.4.- Efectos de la reintegración

Tal y como hemos visto en el apartado anterior, a la hora de analizar los efectos de la reintegración, una de las primeras cuestiones que se plantean es el alcance de dichos efectos, si deben extenderse a la totalidad del negocio jurídico rescindido o pueden extenderse sólo a una parte o acto del mismo. Sobre esta cuestión, el TS se había pronunciado ya antes de la ya analizada sentencia de 30 de abril del 2014.

Así, en la sentencia de 12 de abril de 2012, dictamina que si bien, como regla general, la rescisión debe alcanzar a la totalidad del negocio jurídico, no existe ninguna norma que prohíba expresamente la rescisión parcial del negocio si es materialmente posible y “la reparación del perjuicio permite modular los efectos de la rescisión”¹³⁵.

¹³⁵ STS 12.04.2012, FD Tercero: “28. Aunque la norma no lo precisa de forma expresa, la regulación de los efectos de la estimación de la acción rescisoria permite deducir que está pensada para contratos bilaterales con prestaciones recíprocas susceptibles de restitución y que, como regla, tiene como punto de partida la nulidad de la totalidad del acto o negocio objeto de rescisión.

29. Pero: 1) No existe norma que prohíba expresamente la rescisión parcial en los casos en que resulte materialmente posible (en este sentido con referencia a la rescisión por fraude, sentencia 1182/2006, de 21 de noviembre); 2) La reparación del perjuicio permita modular los efectos de la rescisión.

30. Precisamente la rescisión parcial, en lo que es útil a los acreedores, es la posición que adopta la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en 2009, de innegable valor doctrinal, que en el artículo 1314 propone que ‘en los contratos en fraude de acreedores la rescisión hará ineficaz el contrato sólo a favor del acreedor que lo haya impugnado y en la medida necesaria para que éste pueda cobrar, pudiendo ejecutar los bienes transmitidos en el patrimonio del adquirente’, y es la que procede en aquellos supuestos en los que, existiendo perjuicio para la masa, no resulte posible la restitución de

Cuestión distinta, es la posible extensión de los efectos a actos distintos del rescindido. En el caso que da lugar a esta sentencia de 12 de abril de 2012 la recurrente pretendía la rescisión simultánea de otro negocio jurídico alegando que si no, resultaría imposible la restitución de las recíprocas prestaciones entre las partes. El argumento es rechazado por el TS por motivos procesales (la rescisión de ese negocio jurídico no había sido solicitada, ni por la administración judicial, ni por la recurrente vía reconvencción), y motivos de fondo: los efectos de la rescisión no alcanzan a otros actos o negocios aún cuando estén relacionados, y además, la rescisión no siempre comporta la restitución de prestaciones, en los casos en los que conlleva la resolución de un contrato con efectos ex nunc, tendrá efectos liquidatorios de la situación existente hasta el momento en que el contrato deja de tener efectos¹³⁶. Finalmente, la sentencia de 24 de julio de 2014, siguiendo la doctrina ya dictada en la sentencia de 16 de octubre de 2012 sobre los efectos de la rescisión de un pago, establece que el efecto de la rescisión del pago de dividendos es únicamente la devolución de lo pagado: *“Ni en este caso, ni tampoco cuando lo que se rescinde es el acuerdo por el que nace el derecho del crédito al dividendo, el efecto de la rescisión conlleva, como pretende el recurrente, la devolución de las aportaciones de los socios pues no guardan entre sí la relación de reciprocidad que justificaría, a la luz del artículo 73.1 LC, el efecto de la recíproca*

prestaciones por el concursado -ad ex. arrendamiento con renta perjudicial, retribución desorbitada de servicios ya prestados por terceros, etc.-, en cuyo caso, la indemnización procedente como prestación por equivalencia a la restitución, en modo alguno puede suponer, burlando la finalidad de la norma, el mantenimiento del perjuicio para la masa”.

¹³⁶ STS 12.04.2012, FD Tercero: “33. Sostiene la recurrente que la rescisión comporta en todo caso la restitución de prestaciones, lo que no puede tener lugar si no se rescinde simultáneamente la venta de la rama de actividad enajenada por la concursada (...) 34. El argumento debe ser desestimado por las siguientes razones:

1) Los efectos de la rescisión no se extienden a otros actos o contratos que, aunque estén relacionados, no se declaran rescindidos, pero es que, además, la recurrente no reconvinó y no está legitimada para interesar la rescisión de la compraventa de rama de actividad entre la concursada y un tercero que no fue suplicada por la administración concursal.

2) En contra de lo pretendido en el recurso, no siempre la rescisión comporta restitución de prestaciones, sino tan solo en aquellos casos en los que la liquidación de la situación resultante de la rescisión así lo exija a fin de mantener el equilibrio de prestaciones, pero no en aquellos en los que la reintegración se sustenta en la ausencia de contrapartida o en la falta de equilibrio determinante del perjuicio.

3) Caben respuestas liquidatorias y no restitutorias de la relación contractual, afirmando la sentencia 681/1998, de 10 de julio que ‘si, en principio y por regla general, los efectos de la resolución contractual se producen «ex tunc», colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera «ex nunc», produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual”

restitución de prestaciones ... el derecho al dividendo no nace sino con el acuerdo de reparto de dividendos”.

La sentencia dictada el 26 de octubre del 2012 también se pronuncia sobre la restitución de la contraprestación como efecto de la rescisión, puntualizando la diferencia entre los efectos derivados de la rescisión de un negocio bilateral y los de un acto unilateral. Si se rescinde un contrato bilateral, su ineficacia sobrevenida tendría como efecto la restitución recíproca de las prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral (como por ejemplo un pago), no supone la ineficacia del negocio jurídico del que deriva el pago, la rescisión sólo alcanza al pago debiendo ser éste restituido, pero sin perder su derecho de crédito que al ser anterior a la declaración de concurso debe ser calificado como crédito concursal¹³⁷. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia dictada el 9 de abril del 2014 al rescindir una dación en pago¹³⁸, la ya citada de 30 de abril de 2014 que tal y como ya hemos reseñado anteriormente,

¹³⁷ STS 26.10.2012: “*El recurrente confunde los efectos derivados de la rescisión de un negocio bilateral, con los efectos de la rescisión del acto unilateral que supone el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio. Lo que fue objeto de la acción rescisoria no fue el contrato o negocio sino el acto de pago de la beneficiaria del servicio de reparación y asistencia técnica. La previsión contenida en el apartado 3 del art. 73 LC (‘El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado’), invocado por el recurrente como infringido, presupone que, conforme al apartado 1, que regula los efectos de la rescisión del acto impugnado, se hubiera condenado ‘a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses’. Si se hubiera rescindido en contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito”.*

¹³⁸ STS 09.04.2014, FDTercero: “*La dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que éste consiente recibir, con carácter solutorio, un aliud pro alio (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria. Negocio que, como ha recordado esta Sala, es complejo, pues participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación.*

En el presente caso, la resolución de la dación en pago (que no se ha discutido) hace ineficaz los efectos solutorios del pago de una obligación preexistente. La restitución impone ‘que el bien retorne a la masa y que el acreedor vuelva a ser titular de un crédito (...) por el importe que ostentaba con anterioridad a la dación en pago, como crédito concursal’ (SSTS núm. 393/2013, de 2 de julio , y las anteriores de 28 de febrero de 2013 y, de 11 y 12 de marzo de 2013 , entre otras muchas). Por tanto, el recurso se estima, y declaramos que, rescindida la operación de dación en pago, el crédito que ostenta ARGAL, S.A. es concursal ordinario”.

justifica la inexistencia de obligaciones reembolsables cuando no sean obligaciones recíprocas¹³⁹, y la sentencia de 16 de diciembre de 2014¹⁴⁰. Análogo razonamiento debe aplicarse a los casos en los que lo que se rescinde es la constitución de una garantía pero no se rescinde la obligación garantizada: no nace de la rescisión derecho a contraprestación alguna a favor del acreedor, que conserva su derecho de crédito preexistente como crédito concursal.

Finalmente, la sentencia dictada el 7 de diciembre del 2012, se pronuncia sobre la calificación del crédito que nace a favor de la contraparte como consecuencia de la rescisión, crédito que debe calificarse como crédito contra la masa, salvo que concurra mala fe en cuyo caso se califica como crédito subordinado. Así pues, la sanción que se aplica en caso de mala fe es la subordinación del crédito de la contraparte *“sin que pueda mitigarse este efecto aplicándolo sólo a una parte del crédito* (tal y como hizo la audiencia en este caso concreto) *el art. 73.3 LC no lo admite, ya que se refiere a la totalidad del crédito afectado por derecho a la restitución, sin que pueda valorarse otra circunstancia o criterio que no sea la mala fe”*¹⁴¹. Asimismo, esta sentencia delimita de

¹³⁹ STS 30.04.2014, FD Séptimo: *“Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción”*.

¹⁴⁰ STS de 16 de diciembre de 2014, FD Cuarto: *“En conclusión, la rescisión de la dación en pago provocó que los bienes transmitidos deban retornar a la masa del concurso y, consiguientemente, que la insatisfecha acreedora siga siendo titular de un crédito contra la concursada, cuya calificación será la que le hubiera correspondido en el trámite destinado a ese fin”*.

¹⁴¹ STS 7.12.12: *“6. Aunque el recurso se refiere exclusivamente al apartado 3 del art. 73 LC, no podemos obviar que la previsión contenida en dicho apartado presupone la aplicación previa del apartado 1 del mismo artículo. El art. 73.1 LC dispone que la estimación de la acción rescisoria concursal lleva consigo la ineficacia del acto impugnado y la consiguiente obligación de restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (...) En principio, el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde es un crédito contra la masa (art. 84.2.8º LC), y debe ser abonado por la administración concursal ‘simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido’ (art. 73.3 LC). Esta referencia a la consideración de crédito contra la masa es para diferenciarlo de los créditos concursales y, por lo tanto, para legitimar la obligación impuesta a continuación de que la restitución sea simultánea, y para que, en el hipotético caso en que la contraparte hubiera restituido la prestación por ella recibida sin obtener a cambio la suya, se le permita reclamar su satisfacción inmediatamente, y, en cualquier caso, con la preferencia respecto de los créditos concursales derivada de lo dispuesto por los arts. 48.3 y 154 LC.*

Excepcionalmente, para el caso en que la contraparte hubiere actuado de mala fe, el art. 73.3 LC prevé la transformación de su crédito en concursal, y, dentro de éstos, en crédito subordinado (art. 92.6º LC), con la consiguiente postergación en el cobro, caso de liquidación, y el régimen de participación y

forma detallada el concepto de mala fe, tal y como veremos en el apartado siguiente.

5.5.- Concepto de “mala fe”

La doctrina del TS sobre el concepto de mala fe a los efectos de aplicación del artículo 73 de la LC se viene manteniendo en las diferentes sentencias en las que se ha pronunciado sobre esta cuestión, si bien es la dictada el 7 de diciembre de 2012 la que contiene la explicación más elaborada hasta el momento. Por su importancia la transcribimos literalmente: *“La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación. El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.*

Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo ‘no requiere la intención de dañar’, sino ‘la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos’, y ‘se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico’

vinculación, en caso de convenio. Si es un crédito concursal, entonces cesa el derecho a ser cobrado simultáneamente a la entrega de su prestación (...)

7.En principio, una vez apreciada la mala fe de la contraparte, debe operar la sanción que supone la subordinación de su crédito, sin que pueda mitigarse este efecto aplicándolo sólo a una parte del crédito. Desde esta perspectiva, no cabe distinguir, como hace la Audiencia, entre una parte del crédito que corresponde a la compradora Cris-Copa, S.L. por la devolución del precio abonado con la compraventa de las 25 naves industriales (1.800.000 euros) y otra (2.400.000 euros), para aplicar a la primera la sanción de subordinación y mantener respecto de la segunda su carácter de crédito contra la masa.

La discrecionalidad judicial alcanza a la apreciación de la mala fe en la conducta de quien contrató con la concursada, pero no permite mitigar el rigor de la sanción de subordinación, pues la dicción del art. 73.3 LC no lo admite, ya que se refiere a la totalidad del crédito afectado por derecho a la restitución, sin que pueda valorarse otra circunstancia o criterio que no sea la mala fe.

Por otra parte, no existe el enriquecimiento injusto invocado por la Audiencia para no subordinar una parte del crédito, pues con la restitución de las fincas libre de cargas no se ha producido ningún beneficio injustificado para la masa, ya que, en la práctica, las fincas se vendieron libre de cargas, porque el precio que tuvo que pagar la compradora, que es el crédito que tiene derecho que se le restituya, incluía una parte que fue destinada a la cancelación del crédito hipotecario”.

(Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre , y 662/2010, de 27 de octubre)...¹⁴². Las sentencias que anteriormente se habían pronunciado sobre esta cuestión ya apuntaban esta misma doctrina aunque con una argumentación menos elaborada. En este sentido podemos citar las sentencias de 16 de septiembre¹⁴³ y 27 de octubre de 2010¹⁴⁴.

Por su parte, en la sentencia dictada el 28 de marzo de 2012 (FD Tercero, 34), tras afirmar que el artículo 71 LC “*prescinde por completo del requisito subjetivo de la intención fraudulenta*”, se pronuncia sobre la irrelevancia de la mala fe a los efectos de declarar la rescisión: “*Dicho de otro modo, los actos susceptibles de reintegración lo*

¹⁴² Esta argumentación contenida en el FD 6 de la sentencia se completa con las siguientes reflexiones: “7. (...) *Cuestión distinta es que, en realidad, en el presente caso hubiera existido mala fe, pues para su apreciación la Audiencia se basa en la mera conciencia por parte de la compradora de la situación de grave falta de liquidez por la que atravesaba la compradora, de que por el precio pactado realizaba un buen negocio y de que con la compraventa se podrían perjudicar los acreedores de la vendedora, que se desprendía del principal activo. Y, como advertíamos antes, era necesario un plus: que la conducta de la compradora fuera ‘merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico’ (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre , y 662/2010, de 27 de octubre). Pero como el único recurso admitido fue el formulado por Amalgama de Espacios más Conceptos, S.L., que no cuestiona la apreciación de la mala fe de quien contrató con la deudora concursada, no cabe ahora revisar este extremo de la sentencia recurrida*”.

¹⁴³ STS de 16 de septiembre 2010, FD Quinto: “(...) *y si bien es cierto que para declarar la existencia de mala fe ex art. 73.3 LC no se estima suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia. La mala fe no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico*”.

¹⁴⁴ STS de 27 de octubre de 2010, FD Noveno: “(...) *la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3, ‘in fine’, no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores. Pero tales presupuestos concurren en el caso. Así lo declara el Juzgador de 1ª Instancia –‘hay dos datos (dice) que ponen de manifiesto la mala fe de los compradores, es decir, que los mismos eran conscientes de la grave crisis económica de la empresa y del perjuicio que podían sufrir el resto de los acreedores’-; así lo admite la de apelación; y, en cualquier caso, claramente se deducen ambos presupuestos de los hechos. Por otro lado, las diversas circunstancias concurrentes revelan que, con la compraventa a un precio notablemente más bajo del valor de mercado, al tiempo que se perjudica el patrimonio de la sociedad, se beneficia a una entidad, Avant, de la que el socio Dn. Benito es un importante acreedor de ESTUDIO, y en cuya sociedad se efectúa una operación de ampliación de capital para que entrasen a formar parte los hijos del Sr. Juan Manuel, precisamente administrador y socio único de la vendedora, ESTUDIO, lo que supone una conducta que, en un aspecto objetivo, complementario de los presupuestos subjetivos expresados, merece la repulsa ética en el tráfico jurídico, y la sanción adoptada. La segunda cuestión que se plantea se refiere a que de la interpretación conjunta de los arts. 71 y 73.3 LC se deriva que la mala fe determinante de la conversión del crédito en subordinado únicamente puede darse en los supuestos segundo y tercero de dicho artículo 71 , pero en ningún caso en el supuesto del art. 71.1 LC . La alegación carece de fundamento alguno. No tiene ningún sentido que si se prueba el perjuicio (sin necesidad de presunción) no quepa apreciar mala fe, y, en cambio, si no se prueba, pero se presume, sí. La referencia del art. 71.1, inciso final, a ‘aunque no hubiere existido intención fraudulenta’ tiene carácter general y significa que la acción de reintegración, si bien requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, no precisa que haya el ánimo o propósito de defraudar*”.

resultan porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de si han sido realizados de buena fe. Por el contrario, no lo son los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe”.

5.6.- Cuestiones procesales

Nuestro Tribunal Supremo al resolver los recursos de infracción procesal se ha pronunciado sobre algunas cuestiones de carácter procesal que son de interés. La cuestión que se ha venido planteando con más frecuencia es la alegación de hechos nuevos que las partes, a la vista de las motivaciones de las resoluciones dictadas en primera y segunda instancia introducen vía recurso de infracción procesal y/o de casación, intentando así subsanar una actuación procesal que no les ha sido favorable. Como no podía ser de otra manera, nuestro Alto Tribunal las rechaza sistemáticamente¹⁴⁵. En la sentencia dictada el 9 de julio de 2014, además, reitera que la casación no es una tercera instancia, sino que su objeto es *“la revisión del juicio jurídico”*¹⁴⁶.

Un segundo bloque lo conforman las peticiones de valoración de cuestiones de hecho o de la prueba que, al no ser susceptibles de control vía recurso de casación, no pueden ser analizadas por el Tribunal que así lo declara rechazando el recurso sin entrar

¹⁴⁵ Así ocurre de forma expresa en la sentencia de 26 de junio de 2012: *“Por no darse esa condición que justifique el control mencionado hay que entender que no cabe en este supuesto. Conclusión tanto más adecuada si mediante los tres motivos examinados la recurrente trata que se examinen, por primera vez en este recurso extraordinario, diversas cuestiones sobre las que guardaron congruente silencio los Tribunales de las instancias”*; y en la de 9 de julio de 2014, FD Quinto: *“En primer lugar hay que señalar que el Real Decreto Ley 3/2009 es de fecha 26 de marzo, y el escrito de apelación de diciembre de 2011, por lo que plantear distintas cuestiones en el presente motivo supone introducir en el debate cuestiones nuevas, lo que está proscrito en el recurso de casación (SSTS 388/2012, de 26 de junio , 703/2012, de 14 de noviembre , entre otras)”*.

¹⁴⁶ STS de 9 de julio de 2014, Fundamento de Derecho Tercero: *“El recurrente no comparte la sentencia que llega a la conclusión de que no hay perjuicio, y su recurso más parece un escrito de alegaciones, -reiterativo respecto del presentado como recurso de apelación-, o un instrumento que permita ante este Tribunal abrir una tercera instancia que proscriba reiteradamente esta Sala (STS 797/2011, de 18 de noviembre, y las allí citadas). Cabe recordar que el objeto del recurso de casación es ‘la revisión del juicio jurídico es decir, en la determinación y alcance de los hechos probados, lo que supone examinar únicamente la corrección de la interpretación y aplicación de la norma llevadas a cabo por el tribunal “a quo”, comprobando la aplicación al supuesto de hecho previsto en la ley del previo juicio de hecho y la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma, de tal manera que el juicio fáctico queda siempre al margen del recurso de casación --debe limitarse [el recurrente] a sustentar una cuestión de derecho material, en relación con los fundamentos de la Audiencia determinantes de su fallo’ (SSTS 532/2008, de 18 de julio , 142/2010 de 22 de marzo y 153/2010, de 16 de marzo)”*.

en el fondo del asunto¹⁴⁷. En relación con la prueba, la sentencia de 30 de abril de 2014 rechaza el recurso de infracción procesal fundamentado en la infracción de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial, en un supuesto en el que se habían aplicado las presunciones de perjuicio recogidas en el artículo 71 LC, y por tanto, no era la parte actora la que tenía que probar la existencia de perjuicio, sino la demandada la que tenía que probar (en el caso de la presunción *iuris tantum*), que no lo había¹⁴⁸.

También se ha pronunciado el Tribunal sobre el desistimiento, aclarando en la sentencia de 27 de octubre del 2012, que el archivo acordado por haber desistido la actora que había solicitado el concurso necesario, no supone una declaración de que el deudor no está en estado de insolvencia, simplemente no se entra en el tema al haber dispuesto la parte de su derecho a no continuar con la acción ejercitada. En materia de prueba ha resuelto sobre si la prueba practicada era o no suficiente para desvirtuar alguna de las presunciones *iuris tantum*¹⁴⁹, y sobre la carga de la prueba¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Podemos citar a modo de ejemplo la sentencia de 12 de abril de 2012: “*Precisado lo anterior, la existencia de perjuicio para la masa activa constituye una valoración que, en cuanto supone un juicio de hecho no es susceptible de control en casación, a salvo supuestos excepcionales, lo que no es el caso*”; la de 26 de junio de 2012: “*Reitera la jurisprudencia - sentencias 329/2009, de 28 de mayo, 1149/2008, de 16 de diciembre, y las que en ella se citan - que la calificación del contrato corresponde a los Tribunales de las instancias y que el resultado de dicha labor técnica no se controla en casación, salvo que resulte manifiestamente erróneo*”; y la de 27 de octubre del 2012: “*Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la Sentencia 326/2012, de 3 de mayo, la valoración de la prueba es función de instancia, aunque excepcionalmente cabría justificar un recurso por infracción procesal en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comportara una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia 196/2010, de 13 de abril). Pero para ello es preciso que se cumplan ambos presupuestos, un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, y no una mera discrepancia; y, además, que sea relevante, pues haya determinado el sentido del fallo. En este caso, el motivo debe desestimarse por la falta de relevancia de los vicios denunciados*”.

¹⁴⁸ STS de 30 de abril de 2014, FD CUARTO: “*1.-El demandante que ejercita la acción rescisoria concursal queda relevado de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial tanto si se considera gratuito el acto cuya rescisión se pide como si se considera de carácter oneroso cuando ha sido realizado con una persona especialmente relacionada con el deudor concursado. La única diferencia es que mientras que en el primer caso no cabría prueba en contrario, en el segundo sí cabría. Pero, en uno y otro caso, no podría objetarse que se hubiera relevado al demandante de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial*”.

¹⁴⁹ STS 10.07.2013: “*El socio-administrador demandado pudo, por tanto, haber probado la ausencia de perjuicio. La sentencia de la Audiencia Provincial apuntaba una de las circunstancias que, de haber sido probada, hubiera excluido la existencia de perjuicio, como es que al tiempo de hacerse los pagos al socio administrador la sociedad no se hallara todavía en situación de insolvencia o no hubiera sobrepasado en el pago de sus obligaciones exigibles. Tal prueba no se ha practicado, por lo que la presunción de perjuicio no ha sido destruida*”.

¹⁵⁰ STS 19.12.2012: “*Lo que, al fin, alegan los recurrentes es que el Tribunal de apelación había aplicado indebidamente la antes referida presunción de perjuicio a doña Isabel, que no era persona especialmente relacionada con la concursada, sino simplemente el cónyuge del administrador de la misma. Y, además, que los pagos abreviados logrados mediante la compensación debían ser calificados*

Sobre la posible incongruencia de las sentencias de instancia, se han pronunciado las sentencias dictadas el 28 de marzo del 2012, el 26 de octubre del 2012, el 1 de noviembre de 2014, y el 16 de diciembre de 2014. En la primera, el TS rechaza que la sentencia recurrida hubiera incurrido en incongruencia al estima la demanda a pesar de rechazar la concurrencia de mala fe “*ya que la demandante no vinculó de forma inescindible la ineficacia de la compraventa a la concurrencia de mala fe en el comprador*”. Asimismo afirma que: “*Si lo que sostiene la recurrente es que los efectos de la reintegración no coinciden con los suplicados en la demanda, para rechazar el motivo será suficiente reproducir el razonamiento de la sentencia recurrida que, pese a indicar que las consecuencias ‘no coinciden exactamente con las que fueron peticionadas en la demanda planteada por la Administración Concursal’ , precisa que los efectos que produce el éxito de la acción ‘nacen de la ley (pues están perfectamente acotados en el artículo 73 de la LC) y no necesitan de petición expresa de las partes, en razón del principio iura novit curia’ . Por otro lado, con respecto a las consecuencias interesadas por la Administración Concursal ‘supone un minus y no un aliud’ , de modo que se respeta el principio de congruencia*”¹⁵¹. Por su parte, la

como ordinarios de la actividad empresarial de la sociedad y que habían sido realizados en condiciones normales.

Como se expuso, el Tribunal de apelación basó, realmente, su decisión, tras valorar la prueba practicada, en que los ahora recurrentes no habían llegado a demostrar los créditos de que dicen ser titulares contra la sociedad y por los que redujeron la deuda consistente en el precio de compra del inmueble: uno, como administrador con derecho a retribución y, ambos, como arrendadores de un bien ganancial. A partir de esa conclusión, el referido Tribunal aplicó las reglas sobre la carga de probar, en perjuicio de los supuestos titulares de los indemostrados contra créditos. La expuesta es, como indicamos, la única interpretación correcta de la argumentación que da soporte a la decisión recurrida y de ella partimos”.

¹⁵¹ La motivación completa de la sentencia de 28.03. 2012 es la siguiente: “*Nuestro sistema atribuye a los demandantes, por vía de demanda o de reconvención, la delimitación del objeto del proceso, e impone a los tribunales ceñir su decisión ateniéndose a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes les hayan sometido, (...) La sentencia recurrida en modo alguno ignora dicha regla y aunque rechazó la mala fe de la compradora, ya que la compraventa se hizo a precio de mercado, estimó la segunda de las causas de reintegración alegada por la administración concursal, según la cual el perjuicio para la masa activa derivaba de que la compradora, en lugar de pagar íntegramente el mismo a la vendedora, pagó parte del precio a un determinado acreedor de la vendedora que vio satisfecho su crédito con infracción de la ‘par condicio creditorum’.*

Tampoco es incongruente la sentencia por estimar la demanda pese a la inexistencia de mala fe, ya que la demandante no vinculó de forma inescindible la ineficacia de la compraventa a la concurrencia de mala fe en el comprador, como lo demuestra que en el suplico se reservó la acción indemnizatoria de todos los daños y perjuicios causados a la masa activa, más los frutos e intereses ‘para el caso de que se declare la mala fe de los codemandados’, lo que nada más puede interpretarse en el sentido de que la reintegración se suplicó con independencia de la existencia de buena o mala fe.

Si lo que sostiene la recurrente es que los efectos de la reintegración no coinciden con los suplicados en la demanda, para rechazar el motivo será suficiente reproducir el razonamiento de la sentencia recurrida que, pese a indicar que las consecuencias ‘no coinciden exactamente con las que fueron peticionadas en la demanda planteada por la Administración Concursal’ , precisa que los efectos que

sentencia de 26 de octubre de 2012 también rechaza la falta de congruencia afirmando que en toda acción de rescisión concursal es de aplicación del art. 71.1 LC, se invoque expresamente o no por las partes¹⁵². Asimismo, la sentencia de 1 de noviembre de 2014, recuerda que: “*la correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes*”¹⁵³.

produce el éxito de la acción ‘nacen de la ley (pues están perfectamente acotados en el artículo 73 de la LC) y no necesitan de petición expresa de las partes, en razón del principio iura novit curia’. Por otro lado, con respecto a las consecuencias interesadas por la Administración Concursal ‘supone un minus y no un aliud’, de modo que se respeta el principio de congruencia.

Finalmente, si lo que la recurrente pretende es que la anulación de la compraventa afecta a quienes no fueron parte en la misma, tal cuestión no tiene nada que ver con la congruencia, sino con los límites de la acción de reintegración, en el caso de que en el contrato se estipulen prestaciones a favor de terceros”.

¹⁵² STS de 26.10.2012: “*Infracción del art. 218.1 LEC, al no ser la sentencia congruente, ya que mientras la Administración Concursal promueve su demanda rescisoria al amparo del art. 71.2 LC y 73.3 LC, se condena a la representada por la acción del art. 71.1 y 71.4 LC. Se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 de la CE.*

Este motivo debe ser desestimado pues, a la vista de la demanda, puede apreciarse que la rescisión de los reseñados pagos, realizados por Vitelcom a favor de Postventa, se basaba en los mismos hechos considerados relevantes por la sentencia recurrida para apreciar la rescisión, y por las mismas razones jurídicas. Conviene aclarar que toda acción rescisoria concursal presupone, ya se invoque expresamente o no, la aplicación del art. 71.1 LC, sin perjuicio de que la causa petendi venga condicionada por los hechos narrados para justificar el carácter perjudicial o la aplicación de alguna de las presunciones de perjuicio previstas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC. En nuestro caso es claro que la sentencia recurrida resuelve la acción ejercitada, sin separarse de la causa petendi esgrimida en la demanda”.

¹⁵³ STS de 1.11.2014, FD Tercero: “*1.- Las demandadas afirman que la Audiencia Provincial consideró correctamente que la naturaleza del acuerdo adoptado era de reparto de dividendos a cuenta de reservas y no a cuenta de beneficios futuros, de modo que se aceptó la tesis sostenida por dichas demandadas respecto de este extremo del litigio.*

2.- Introducida correctamente esta cuestión en el debate procesal y practicada prueba sobre los elementos de hecho relevantes para decidir sobre la misma, la Audiencia no incurrió en incongruencia al enjuiciar si el acuerdo adoptado, y la disposición patrimonial que llevaba consigo el reparto de dividendos acordado, se ajustaban a las exigencias legales. Para ello debía valorar ‘si el valor del patrimonio neto no eso, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social’, pues ese es el requisito exigido por el art. 213.2 TRLSA para que puedan repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición. El examen de la corrección de diversas partidas del balance (entre ellas, el mantenimiento en el balance de la partida ‘impuestos diferidos’) era necesaria a la vista de la naturaleza de la cuestión controvertida.

3.- No puede pretenderse que en el análisis que el tribunal haga del patrimonio neto de la sociedad (para comprobar si no es, o a consecuencia del reparto de dividendos no resulta ser, inferior al capital social), valorando el material probatorio aportado por las partes, solo se analicen aquellos extremos que, por interesar a la parte demandada, hayan sido alegados por ella.

Habiéndose delimitado cuál es la base fáctica relevante para la decisión del litigio al determinar la naturaleza del acuerdo impugnado, el tribunal puede enjuiciar críticamente ese material probatorio aportado (en este caso, diversos documentos contables y de auditoría, informes periciales y las declaraciones en juicio de varios peritos) y concluir si concurría o no el supuesto de hecho que permite adoptar el acuerdo de reparto de dividendos.

Esta Sala ha declarado de modo reiterado que la correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las

En términos muy similares se pronuncia el Tribunal en la sentencia de 16 de diciembre de 2014 en relación a la congruencia y a la falta de motivación denunciada por la recurrente: *“el respeto al derecho a una resolución judicial motivada implica que la misma deba contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos en que se basa la decisión, pero que tal derecho no faculta a las partes para exigir que la argumentación sea exhaustiva en sentido absoluto y alcance a todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa, pues es bastante con que se les expongan las razones decisivas que permitan, en último término, la impugnación de la decisión”*¹⁵⁴. En relación a la necesaria motivación de la sentencia de instancia (denunciada conjuntamente con la incongruencia) también se pronuncia la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2014¹⁵⁵.

partes (sentencias de esta sala núm. 245/2008, de 27 de marzo, 330/2008, de 13 de mayo , y 343/2014, de 25 junio , entre otras”).

¹⁵⁴ STS 16.12.2014 DF Cuarto: *“Ciertamente, según la norma del apartado 3 del artículo 73 de la Ley 22/2003, la estimación de la acción rescisoria normalmente provoca, ‘ex lege’, una calificación del crédito de la adquirente de los bienes – contra la masa o subordinado, en sus respectivos casos -. Pero tal calificación sólo es precisa, como la propia norma establece, cuando, como consecuencia de la rescisión, surja a favor de una de las partes del acto rescindido el derecho a una prestación. Este no es el caso, como se ha dicho, por lo que hay que entender que la decisión de calificar, en la sentencia que rescindió la dación en pago, el crédito de Instalaciones Climat Nova, SL contra RP Properties, SL no se sigue de las premisas utilizadas como fundamento del fallo recurrido. Y, llevada la cuestión al ámbito procesal que corresponde al recurso, habrá que tener en cuenta que la calificación del crédito no había sido pedida, para tal caso, por nadie ni venía impuesta por la Ley - en el artículo 73, apartado 3 -, por lo que ha de dejarse sin efecto en cuanto decisión incongruente”*; sigue en el FD Quinto, apartado III (en el apartado II de este mismo fundamento de derecho, también se pronuncia sobre esta cuestión poniéndola en relación con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva): *“El derecho a una resolución jurídicamente fundada constituye, efectivamente, uno de los aspectos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24, apartado 1, de la Constitución Española e implica que contenga una motivación adecuada y suficiente en función de la naturaleza del caso y de las circunstancias concurrentes -sentencia 791/2011, de 11 de noviembre-. Ello sentado, el defecto de argumentación que, respecto de la realidad del perjuicio causado a la masa activa por el acto de la deudora, imputan las recurrentes a la sentencia de segundo grado, no existe, salvo que se prescinda de que hubo una dación oculta y se fije la atención, exclusivamente, en la aparente compraventa, convenida, eso sí, por el precio de mercado. En conclusión, la argumentación del Tribunal de apelación sobre el perjuicio causado a la masa activa con el intento de satisfacer a una acreedora mediante la dación en pago, es completa a los efectos del artículo 24 de la Constitución Española”*.

¹⁵⁵ STS 12.11.2014, FD Tercero, 2: *“Sin embargo, las ‘acciones de reintegración’, y, en particular, las acciones rescisorias concursales, responden a la categoría jurídica de rescisión por concurrir algunos requisitos de dicha figura y en particular, la sanción de ineficacia de negocios válidamente celebrados. Así lo ha declarado recientemente la STS de 9 de abril de 2014, RC nº 942/2012. Aunque en esa sentencia también se indica que el plazo de caducidad de cuatro años del art. 1299 CC no es aplicable a las acciones rescisorias concursales (con cita de STS 754/2013, de 12 de diciembre), que nacen y se extinguen con el concurso, de todo esta argumentación no puede extraerse la conclusión de que el plazo del artículo 71 LC tenga naturaleza estrictamente procesal, ni que, por tanto, sea una cuestión estrictamente adjetiva y no sustantiva la interpretación de cuando ha de fijarse el dies a quo en supuestos de acumulación de procesos como el que es objeto de controversia. En su virtud, bajo la apariencia de una infracción procedimental se está combatiendo una cuestión de naturaleza sustantiva, además de que la interpretación que haya podido realizar la audiencia puede ser*

La sentencia dictada el 26 de octubre del 2012 (FD 11), el TS rechazó el argumento (reiterado en la práctica) de que debe considerarse incongruente la sentencia que aplique en la rescisoria el artículo 71.1 LC si éste no ha sido expresamente invocado por la actora, alegando que: *“toda acción rescisoria concursal presupone, ya se invoque expresamente o no, la aplicación del art. 71.1 LC , sin perjuicio de que la causa petendi venga condicionada por los hechos narrados para justificar el carácter perjudicial o la aplicación de alguna de las presunciones de perjuicio previstas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC”*.

En la sentencia dictada el 8 de noviembre del 2012, para desestimar un recurso extraordinario de infracción procesal, el Tribunal analiza la posible vulneración del efecto de cosa juzgada. La primera cuestión denunciada por la recurrente, es la infracción del efecto de cosa juzgada porque: *“al calificar de mala fe la actuación de la recurrente y calificar su crédito como subordinado, con el añadido de limitarlo a ciertas cantidades, deja fuera del concurso buena parte del crédito ostentado por la recurrente, pese a que la sentencia indicada, confirmó el reconocimiento del crédito en el Incidente en el que sólo discutían para considerarlo subordinado, no para negarlo”*. El TS, a nuestro juicio de forma extremadamente rigurosa, no resuelve sobre el fondo al considerar que no se cumple la exigencia de concreción del motivo. Seguidamente, tras reproducir la doctrina sobre la cosa juzgada, desestima el recurso, argumentando que una cosa es la calificación del crédito en el incidente del artículo 96 LC, y otra los efectos que sobre esos créditos pueda tener la resolución del incidente rescisorio¹⁵⁶.

compartida o no, pero en todo caso se trató de una interpretación de una norma legal, basada en argumentos suficientemente razonados expuestos en la fundamentación jurídica de la sentencia que se recurre, lo que descarta cualquier viso de posible ausencia de motivación (que no cabe confundir ni denunciar junto con la incongruencia, como se hace de forma confusa al mezclar en el primer motivo los dos párrafos del art. 218 LEC) y de indefensión, ya que no es determinante de indefensión una respuesta fundada en derecho, aunque no se comparta”.

¹⁵⁶ STS 8.11.2012: *“2.1.La cosa juzgada.- 51. A lo expuesto, hay que añadir, como hemos declarado en la sentencia 360/2012, de 13 de junio, que la presunción histórica de que lo juzgado debía ser tenido por verdad –‘quia res iudicata pro veritate accipitur’ (porque la cosa juzgada se tiene por verdad) - y la ficción de que las sentencias transforman la realidad de las cosas para ajustarla a lo decidido – ‘sententia facit de albo nigrum, aequalat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat’ (la sentencia hace de lo blanco, negro; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero)-, se ha reconducido en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido, por un lado, a impedir la repetición indebida de litigios mediante el llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material –‘non bis in idem’- que no permite que una contienda judicial, ya dilucidada por sentencia firme sobre el fondo de la cuestión, pueda volver a plantearse (artículo 222.1 de la LEC) y, por otro, a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente por sentencia sobre el fondo, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos*

Por su parte, la sentencia de 24 de julio del 2014, resuelve que no puede desestimarse la acción de rescisión del acuerdo de reparto de dividendos impugnado, por haber caducado, en el momento de interponer el incidente concursal, el plazo de un año previsto en el art 116 TRLSA (actual 205 TRLSC) para la impugnación de acuerdos sociales, afirmando que: “16.- (...) no impedirá el ejercicio de esta acción rescisoria que existan otras sanciones de impugnación, como las de impugnación de acuerdos sociales, ni que éstas hubieran podido haber caducado, pues –al margen de la validez del acuerdo- mediante la rescisoria concursal se juzga sobre el perjuicio que tal acuerdo, en cuanto acto de disposición patrimonial ha podido ocasionar a la posterior masa activa del concurso de la sociedad, en interés de sus acreedores”.

Finalmente, en la sentencia de 11 de diciembre del 2012, el TS estima el recurso por infracción procesal interpuesto por no haberse notificado a una de las codemandadas ni la preparación del recurso de apelación ni su interposición, lo que le impidió defender sus derechos oponiéndose al mismo, vulnerando con ello su derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata por tanto de una cuestión procesal general no específica de la reintegración concursal. No obstante ello se considera interesante incorporar una reseña de la sentencia por cuanto se pronuncia sobre el conflictivo régimen del recurso de apelación vigente antes de ser reformado¹⁵⁷.

prejudicialmente conexos, mediante el efecto positivo o vinculante para los tribunales que hayan de conocer de un proceso posterior cuando lo resuelto aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto (artículo 222.4 de la propia LEC), que exige la concurrencia de los clásicos requisitos eadem personae, eadem res, eadem causa, (las mismas personas, la misma cosa, la misma causa).

2.3. Impugnación del inventario y la lista de acreedores vs. Acción rescisoria.

52. El motivo debe rechazarse ya que el juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso a que se refiere la sentencia 159/2011, de 10 de marzo, como operación precisa para compulsar la paridad entre los dos litigios evidencia que mientras el incidente al que se refiere el artículo 96 de la LC, a tenor del apartado 3 ‘podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos’, el regulado en el artículo 72 de la LC tiene por objeto la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, lo que, lógicamente, supone que se trata de créditos que aparecen reconocidos en la lista de acreedores. Máxime, cuando la rescisión, por esencia, afecta a actos estructuralmente válidos y eficaces, por lo que no hay base alguna para rechazar su inicial reconocimiento, a lo que añadiremos que el artículo 73 de la LC no se refiere a la modificación de la lista que la norma califica de definitiva”, STS 08.11.2012 (Sentencia 652/2012; Recurso 836/2010).

¹⁵⁷ STS 11.12.2012: “El B. Pastor interpone recurso por infracción procesal: denuncia que, siendo parte en el incidente de reintegración, no se le notificó ni la preparación del recurso de apelación ni su interposición, por lo que se le privó de la posibilidad de oponerse al recurso. Y no tuvo posibilidad de conocer de la existencia del recurso, pues en primera instancia se tramitó en la sección 1ª del concurso, en la que no está personado, como consecuencia de que se siguió el sistema de la apelación diferida: previa protesta dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia de primera instancia, se esperó a la apelación más próxima para reproducir las cuestiones discutidas en el incidente de reintegración, y la apelación más próxima fue el auto de terminación de la fase común.

CAPÍTULO III.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL

Antes de entrar en el análisis de la naturaleza jurídica de la acción de reintegración regulada en la LC, debemos dejar constancia de su carácter genuinamente concursal. Se trata de una única acción creada por la LC, integrada dentro del sistema de reintegración de la LC, que nace con el concurso y que sólo puede ser ejercitada ante el juez que conozca del procedimiento concursal¹⁵⁸, dentro del mismo, y con los requisitos y presupuestos regulados en la LC. SANCHO GARGALLO¹⁵⁹, lo enuncia de manera

El recurso debe prosperar: Bajo la normativa vigente en el momento en que se dictó la sentencia de primera instancia, el 15 de diciembre de 2008, como el incidente se había promovido durante al fase común, no era directamente apelable, sino que para su impugnación, quien quiera apelar debía formular protesta en el plazo de cinco días y luego 'reproducir la cuestión en la apelación más próxima' (art. 197.3 LC). En el incidente de reintegración consta la protesta y que de la misma se dio traslado al Banco Pastor. Un testimonio de la protesta fue llevado a la sección primera, en la cual se dictó más tarde el auto de conclusión de la fase común que, conforme a lo prescrito entonces en el art. 98 LC (redacción dada por el RDL 3/2009), era susceptible de apelación y tenía 'la consideración de la apelación más próxima a los solos efectos de reproducir las cuestiones planteadas en los (...) incidentes concursales durante la fase común a que se refiere el art. 197.3 LC'. Por ello, tanto la administración concursal como las dos sociedades concursadas, en la sección 1ª en la que constaba el auto de terminación de la fase común, prepararon sus respectivos recursos y luego los interpusieron, sin que conste que se diera traslado de los recursos al Banco Pastor para que pudiera oponerse. Tampoco consta que fuera personalmente emplazado para comparecer ante la Audiencia Provincial. Es claro que, como no era parte en la sección 1ª del concurso, no recibió ninguna notificación, por lo que el recurso de apelación fue tramitado y resuelto sin que pudiera formular alegaciones ni instar la nulidad de lo actuado por haber sido privado de este derecho.

La Ley Concursal regula el régimen de recursos que cabe interponer frente a las resoluciones dictadas durante el procedimiento concursal, en su art. 197, pero no contiene ninguna disposición sobre la tramitación de los recursos. Como la disposición final 5ª de la Ley Concursal prescribe que 'en lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil', las normas sobre la sustanciación de la apelación serán las previstas en los arts. 457 y ss. LEC.

Al no constar que al Banco Pastor, que había sido parte demandada en el incidente de reintegración, se le hubiera dado traslado de los escritos de interposición de la apelación, se aprecia la infracción de la norma contenida en el reseñado art. 461.1 LEC, que trata de garantizar la contradicción en la segunda instancia, permitiendo a la parte apelada oponerse al recurso o, incluso, impugnar la sentencia en lo que le hubiera sido desfavorable. Esta infracción afecta a una norma esencial del procedimiento y provoca la indefensión del Banco Pastor, que se ha visto privado del derecho a formular alegaciones en contra de la apelación, de modo que ha vuelto a ser juzgada la causa en la que tiene un interés directo sin que se le haya dado la posibilidad de intervenir como parte, a pesar de tener formalmente esta condición. Se trata de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE, que ha ocasionado indefensión a quien ahora recurre, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto. Por ejemplo, la STC 23/2003, de 10 de febrero, la STC 23/2003, y la STC 114/2000. declaración de nulidad de lo actuado desde que se interpuso el recurso de apelación, para que pueda tramitarse la apelación cumpliendo con el trámite omitido de dar traslado del escrito de interposición de la apelación a quienes fueron parte en el incidente de reintegración. En consecuencia, no procede entrar a analizar el recurso de casación".

¹⁵⁸ La LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, crea los Juzgados de lo Mercantil, y determina sus competencias, entre las que se encuentran la tramitación de los procesos concursales.

¹⁵⁹ SANCHO GARGALLO, I., op cit., "Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos ...", p. 158.

precisa: “... la Ley crea una nueva acción, de naturaleza rescisoria, que nace con el concurso y tiene su justificación en atención al mismo, de ahí que pueda llevar este nombre de rescisión concursal...”. En términos idénticos se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁶⁰. En la misma línea, MASSAGUER FUENTES¹⁶¹ afirma que se trata “de una acción específica del procedimiento concursal y de una acción de carácter general para la reintegración de la masa, aplicable en todos los concursos”; y MORALEJO MENÉNDEZ¹⁶². En este mismo sentido se ha pronunciado ya el TS en la sentencia dictada el 8 de abril del 2014¹⁶³ (en un supuesto en el que era de aplicación la antigua regulación de la quiebra), al afirmar que: “FD 8.- (...) La Ley Concursal deroga el sistema de reintegración previsto en el Código de Comercio para la quiebra, y en concreto la retroacción del art. 878.II CCom , e idea una acción de reintegración propiamente concursal, que nace y se extingue con el concurso de acreedores, de naturaleza rescisoria, que funda la ineficacia de los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, en el perjuicio para la masa activa (art. 71.1 LC)”.

Para determinar la naturaleza jurídica de esta acción debemos partir de su regulación en la LC. El art 71.1 se inicia con la expresión “...serán rescindibles...”. Por consiguiente, el tenor literal de la ley ya nos sitúa ante una acción de carácter rescisorio,

¹⁶⁰ SAP Barcelona (secc. 15ª) de 22-5-08 (Rollo 646/2007): “Con ello, la Ley crea una nueva acción, de naturaleza rescisoria, que nace con el concurso y tiene su justificación en atención al mismo, de ahí que pueda llevar este nombre de ‘rescisión concursal’. La acción rescisoria concursal nace, pues, con el concurso, como uno de los efectos de su declaración, sólo puede ejercitarse durante su vigencia y tiene su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso. En concreto, pretende preservar la integridad del patrimonio, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par conditio creditorum, para evitar una discriminación arbitraria de los acreedores a quienes se debe pagar. El carácter concursal se manifiesta también en que estas acciones deben ejercitarse ante el juez del concurso, por un órgano concursal —la administración concursal—, y por un procedimiento propio —el incidente concursal— que se tramita como pieza separada dentro del concurso (art. 72 LC)”. Esta posición la ha venido manteniendo la AP de Barcelona en sentencias posteriores, p. ej, SAP Barcelona (Sección 15) 15.12.2011 (Sentencia 493/2011;Rollo 320/2011).

¹⁶¹ Vid, MASSAGUER FUENTES, J., op. cit., p. 4219.

¹⁶² En este mismo sentido MORALEJO MENÉNDEZ, I., op. cit, p. 2: “La acción de reintegración concursal puede calificarse, entonces, como rescisoria especial y propia del concurso, orientada a la realización de las funciones solutorias que le son propias”.

¹⁶³ STS (Sala Primera), de 08.04.2014 (Resolución: 169/2014; Recurso: 935/2012), [Roj: STS 1629/2014; Id Cendoj: 28079110012014100179], Ponente Sancho Gargallo.

tesis defendida de forma muy mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia partiendo de la finalidad y los efectos de la misma.

El Título II del Código Civil regula tres instrumentos para instar la ineficacia de un contrato o negocio jurídico: la nulidad, la anulabilidad y la rescisión (artículos 1.290 a 1.299 CC). Mientras la nulidad y la anulabilidad se fundamentan en la existencia de un vicio del propio acto o negocio jurídico ya desde su origen, la rescisión parte de un acto o negocio válidamente constituido, por lo que no se fundamenta en la existencia de un vicio o defecto en su constitución, sino en el resultado que dicho acto puede llegar a causar con posterioridad a su concertación. Así, el artículo 1290 del CC establece que: *“Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley”*. Tal y como afirman DÍEZ PICAZO y GULLÓN¹⁶⁴: *“... la rescisión es el remedio jurídico para la reparación de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas, consistente en hacer cesar su eficacia, por lo que es un supuesto de ineficacia sobrevenida. El contrato es válido, pero en razón de aquel perjuicio, y siempre que no haya otro remedio para repararlo, se concede a las personas perjudicadas la acción rescisoria”*. SANCHO GARGALLO¹⁶⁵, distingue entre ineficacia estructural por vicio congénito a la realización del acto en el caso de la nulidad y la anulabilidad, y entre ineficacia funcional por los efectos producidos a terceros en el caso de la rescisión, mientras que PULGAR EZQUERRA¹⁶⁶ considera la rescisoria concursal un *“supuesto de ineficacia especial, diferente de las demás categorías de ineficacia”*. Por su parte, SEBASTIAN defiende que la acción rescisoria concursal no es una categoría especial, sino que participa de la naturaleza de la acción rescisoria común, aunque *“adaptada a las particulares exigencias cuya utilización reclama”*¹⁶⁷.

¹⁶⁴ DÍEZ PICAZO L. y GULLÓN A.¹, “Sistema de Derecho Civil”, Vol. II, 9ª ed., Ed. Tecnos, Madrid 2010, p. 112.

¹⁶⁵ SANCHO GARGALLO, I., op cit., “Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos ...”, p. 159.

¹⁶⁶ PULGAR EZQUERRA, J., “Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias”, en Diario La Ley, nº 7097, 21 Enero 2009, Año XXX, Ed. La Ley (La Ley 41791/2008), p. 1365. Por el contrario,

¹⁶⁷ Este autor considera que la rescisoria concursal es ante todo una acción rescisoria, y que debe aplicarse el régimen común siempre que no sea incompatible con el concursal, y que las diferencias entre el régimen civil y el concursal no son “de suficiente calado” como para reclamar una autonomía del régimen rescisorio concursal, ya que la diferencias obedecen más a la naturaleza del procedimiento que a la

Así pues, partiendo del concepto y la finalidad de la rescisión civil, podemos decir que la acción de reintegración concursal es una acción rescisoria, en la medida en que lo que pretende es dejar sin efecto un negocio jurídico que se constituyó válidamente y ha producido efectos jurídicos desde ese momento. La base de la acción de reintegración concursal no radica en la existencia de un vicio o una causa de anulabilidad o nulidad no detectado hasta el momento, sino en los efectos que dicho acto han causado sobre los acreedores del concursado. Es precisamente la situación de concurso la que abre la puerta a rescindir una serie de actos jurídicamente válidos hasta el momento.

Si analizamos los efectos de la rescisión civil y de la acción de reintegración el resultado, en lo esencial, es el mismo. El efecto principal de la rescisión civil está regulado en el art. 1.295 CC: “*La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses...*”. La misma previsión contiene el art. 73.1 de la LC, la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, con sus frutos e intereses. Ambas normas coinciden en la imposibilidad de realizar la devolución o restitución de las prestaciones cuando el objeto del contrato esté en poder de un tercero de buena fe (reseñando cada una de ellas además otro supuesto) y, en ese caso, en la sustitución de la restitución in natura, por la indemnización de perjuicios en el caso del CC, o por la entrega del valor del objeto en el momento de realización del acto más el interés legal en el caso de la LC. Finalmente, en caso de que la contraparte del deudor hubiera actuado de mala fe, tanto el art. 1.289 CC como el art. 73.2 LC establecen como sanción la obligación de pagar los daños y perjuicios causados. La comparación de ambas regulaciones demuestra que sus efectos, aunque con pequeñas diferencias, son sustancialmente los mismos, y persiguen un mismo objetivo, la reparación del daño o la lesión que el acto impugnado ha producido a los acreedores.

Todo lo dicho hasta el momento nos lleva a defender que la acción de reintegración concursal es una acción de naturaleza rescisoria. Ya hemos adelantado que esta es también la posición de la jurisprudencia mayoritaria. Además de la ya citada

voluntad del legislador de instaurar un régimen autónomo, SEBASTIAN, R., “Concurso y rescisión”, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2013, edición en e-book (formato epub), p. 19-20.

sentencia del TS de 8 de abril del 2014, debemos destacar la posición de la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, (cuya doctrina en materia concursal ha venido siendo referente, junto con la de la sección 28 de la Audiencia de Madrid, para otras audiencias y juzgados de lo mercantil antes de que el TS pudiera dictar doctrina sobre esta materia). La A.P. de Barcelona ha venido defendiendo desde el principio la naturaleza rescisoria de esta acción, basándose no sólo en el fundamento de su ineficacia (afecta a actos válidos desde el momento de realizarse, rescindibles únicamente por el perjuicio posterior a los acreedores), sino también en sus efectos (la devolución de la contraprestación con sus frutos e intereses, y la no afectación de los terceros de buena fe). Es más, la Audiencia de Barcelona va más allá al afirmar que es precisamente la naturaleza común entre la rescisoria concursal y la rescisoria por fraude de acreedores civil, la que permite integrar las lagunas que en este punto tenga la regulación concursal, con la regulación de la rescisión civil (arts 1.291 y ss. del CC) ¹⁶⁸.

No obstante ello, también diferencia el perjuicio que concurre en una y otra acción, afirmando que: *“El perjuicio pauliano no es coincidente con el perjuicio de las acciones rescisorias concursales. Aquél tiene en cuenta la defraudación del derecho de crédito anterior al acto de disposición (garantía hipotecaria) y éste el sacrificio patrimonial injustificado de la masa. De tal suerte, puede no existir perjuicio pauliano*

¹⁶⁸ SAP Barcelona (Sección 15) de 2-5-2006 (Rollo 47/2006) y de 22.05.2008 (Rollo 646/2007): *“La ineficacia propugnada con esta acción es la propia de la rescisión, aunque su fundamento radica exclusivamente en el perjuicio. La rescisión responde mejor a la naturaleza jurídica de los actos o negocios realizados por el deudor un tiempo antes de la declaración de concurso (dos años), que en el momento de realizarse son válidos, por reunir los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (arts. 1300 y ss CC). No adolecen de ineficacia estructural alguna. En todo caso, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que una vez declarado el concurso verán disminuidas la garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquel acto. Se trata, pues, de una ineficacia funcional. La naturaleza rescisoria se plasma no sólo en el fundamento de la ineficacia, sino también, y de forma consiguiente, en sus efectos, que serán los propios de las acciones rescisorias: la recíproca restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses, y la no afectación a los terceros de buena fe. Y esta naturaleza común a la acción rescisoria por fraude de acreedores permite integrar las lagunas de la regulación concursal con la prevista en los arts. 1291 y ss CC.”* En este mismo sentido, SAP Barcelona (Sección 15) 08.01.2009 (AC 2009/1180; Sentencia 3/2009; Rollo 497/2008): *“CUARTO.- El nuevo ordenamiento concursal ha optado por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, sustituyendo el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial para la masa activa, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz”*; la SAP Murcia (sección 4) 23.05.2008 (JUR 2008; Sentencia 181/2008; Rollo 354/2006): *“La acción de reintegración de la Ley concursal es una acción de rescisión por lesión, que no requiere una intención fraudulenta del deudor, ni consilium fraudis entre éste y el tercero que sea parte del contrato, mientras que en la acción pauliana se caracteriza por su naturaleza rescisoria por la intención fraudulenta de la acción”*.

y proceder la desestimación de la acción rescisoria por fraude y, sin embargo, concurrir perjuicio para la masa activa”¹⁶⁹.

También la doctrina, tanto civil como mercantil, defiende mayoritariamente la naturaleza rescisoria de la acción rescisoria concursal (denominada por muchos autores acción de reintegración), aunque con distintos matices que se reseñan seguidamente. ALCOVER GARAU¹⁷⁰ afirma que “... el legislador concursal ha optado por una acción de naturaleza rescisoria en fraude de acreedores o revocatoria cuya peculiaridad estriba en acoger de forma acusada la tendencia actual hacia la objetivización de los remedios contra el fraude de acreedores”. No obstante ello, considera que esta acción tiene un régimen jurídico propio y más detallado que el de la rescisión en el Código Civil (que considera supletoriamente aplicable), caracteres específicos y naturaleza jurídica propia y diferenciada. Asimismo prefiere el término acción de reintegración en lugar del de acción rescisoria o acción revocatoria. De entrada, atendiendo al hecho de que se trata de una acción exclusivamente concursal, y que es la principal acción del sistema de reintegración establecido en la LC, no parece desacertado que sea designada como acción de reintegración. No obstante ello, si tenemos en cuenta que el legislador utiliza en ocasiones la denominación “acción de reintegración” de forma poco precisa e incorrecta, darle esta denominación a la acción del 71.1 LC podría llevar a interpretaciones indeseables que confundan las referencias legislativas al conjunto de las acciones de reintegración, con la acción rescisoria concursal del 71.1 LC, tal y como se pone de manifiesto en el Capítulo II del Título II de este trabajo. Por ello, y a pesar de compartir la opinión del autor sobre este punto, consideramos que, mientras se mantenga la actual redacción de la LC, es preferible utilizar la denominación de acción rescisoria concursal.

También MASSAGUER FUENTES¹⁷¹ considera la acción de rescisión del art. 71 de la LC, una acción específica del procedimiento concursal, fundamentada única y exclusivamente en la lesión de la masa activa, “*enteramente desvinculada de cualquier*

¹⁶⁹ SAP Barcelona (Sección 15) de 26-2-2015 (Rollo 348/2014), [Roj: SAP B 602/2015; Id Cendoj: 08019370152015100043].

¹⁷⁰ Véase ALCOVER GARAU, G., op. cit., p. 333

¹⁷¹ Vid, MASSAGUER FUENTES, J., op. cit., p. 4219.

componente de fraude de acreedores, que ni tan siquiera puede entenderse presumido o implícito". Por su parte SILVETTI¹⁷² afirma que "... nos encontramos ante una acción rescisoria concursal, esto es, una acción con características propias determinadas por la regulación especial contenida en la LCon, pero que pertenece al género de la rescisión del Código Civil, cuyo régimen será de aplicación supletoria en la materia, siempre con las adaptaciones derivadas del carácter universal del proceso en que las acciones se ejercen". GULLÓN BALLESTEROS¹⁷³ destaca que el nuevo sistema de la LC, inspirado en la normativa del CC sobre la acción rescisoria por fraude de acreedores, utiliza "como técnica jurídica el instituto de la rescisión" civil, pero sustituyendo el requisito del consilium fraudis por el simple perjuicio patrimonial a la masa del concurso. VARGAS BENJUMEA¹⁷⁴, para la que la acción de rescisoria concursal es un logro de la nueva ley frente al "viejo sistema de retroacción que determinaba a nulidad radical y absoluta de todos los actos realizados por el quebrado con posterioridad a la fecha de retroacción", la considera una acción autónoma, de naturaleza rescisoria, más próxima a la rescisión por fraude que a la rescisión por lesión. En este mismo sentido se pronuncia LINACERO DE LA FUENTE¹⁷⁵: "...el estudio de la naturaleza jurídica de las acciones de reintegración regladas en los arts.71-73 de la

¹⁷² Esta autora considera que la rescisión concursal es una manifestación particular de la ineficacia de la acción pauliana: "... la rescisión contemplada en la LCon hay que encuadrarla en la categoría general del CC y considerar las específicas acciones que se regulan como manifestaciones particulares de la ineficacia pauliana, ya que responden a la misma finalidad: rescindir actos válidos en interés de los acreedores, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, el interés del tercero afecta por la ineficacia y graduando el alcance de las consecuencia según la naturaleza del acto rescindible; con la particularidad de que la objetivación del fraude sostenida para la ineficacia Pauliana a nivel doctrinal, está expresamente prevista en el ámbito concursal", SILVETTI, E., op. cit., p. 803.

¹⁷³ GULLÓN BALLESTEROS, A., "La acción rescisoria concursal", en AA.VV., "Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia", Tomo IV, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., Madrid 2005, p. 4126.

¹⁷⁴ Esta autora afirma que sentado el supuesto de ineficacia que subyace en la acción, debemos plantearnos si se trata de un acción revocatoria, rescisoria por fraude de acreedores del CC (1291.3), rescisión por lesión (1291,1 y 2), o una rescisión específica concursal subsumible en el 1291.5 CC, llegando a la conclusión de que las acciones de reintegración concursal, admitiendo su autonomía y carácter especial, se aproximan más a la rescisión por fraude que a la rescisión por lesión, dado que lo que pretenden es restablecer la garantía patrimonial del deudor, aunque comparte con la rescisión por lesión la devolución jurídica de las prestaciones. La conclusión es que "La acción de reintegración concursal es una acción autónoma, de naturaleza rescisoria, ya que opera sobre actos que nacen plenamente válidos y que en sí mismos resultarían idóneos para producir las consecuencia jurídicas propias del tipo negocial al que pertenecen más próxima a la rescisión por fraude que a la rescisión por lesión, por lo que las normas que regulan la acción pauliana tendrán carácter supletorio respecto de ésta y nos permitirán salvar determinados vacíos de la norma concursal", VARGAS BENJUMEA, I., op. cit., pp. 31, 35 y 101.

¹⁷⁵ Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M., op. cit., p. 18.

ley 22/2003, permite considerar como ‘acciones rescisoria concursal’ a su supuesto más típico y relevante... aún cuando tiene una naturaleza y régimen jurídico propios, guarda evidentes similitudes con una categoría típicamente civil como es la ‘rescisión’, especialmente, con la rescisión por fraude de acreedores, e incluso, en cuanto a sus efectos, con la rescisión por lesión”. Finalmente, ESCRIBANO GAMIR¹⁷⁶, la califica de rescisoria concursal por lesión; considera acertado que de las diferentes opciones posibles, la acción del 71.1 LC se incardine dentro de la rescisión: “En efecto, tanto su *corpore* como sus efectos se ajustan a la categoría general de la figura que conoce el CC y, sobre todo, permite el modelo reintegratorio elegido de ineficacia relativa de los actos realizados por el deudor común”. Otros autores que afirman la naturaleza rescisoria de la acción de reintegración concursal son, entre otros, VILA FLORENZA¹⁷⁷, RIPOLL OLAZÁBAL¹⁷⁸ y PINTÓ RUIZ¹⁷⁹.

A la vista de todo lo dicho podemos afirmar que la acción de reintegración concursal es una acción rescisoria, de carácter especial, ya que, si bien comparte las características esenciales de la rescisión civil, presenta una serie de diferencias que la

¹⁷⁶ La autora, además, partiendo de la regulación del CC señala las notas características de la acción rescisoria civil: “Conforme a la caracterización de la figura prevista en el CC (arts. 1.290 y ss.), el remedio se dirige a privar de eficacia un negocio válidamente celebrado, pero que, produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero, podrá ser declarado ineficaz a petición del perjudicado. Constituyen, por tanto, notas esenciales de la acción rescisoria: la existencia de un acto o negocio válido eficaz (arts.1290 CC), la reparación del perjuicio causado; la inexistencia de otro recurso legal para lograr el objeto material de la pretensión (subsidiariedad, art. 1.294 CC); la excepcionalidad de la medida; la prueba de la lesividad del acto o negocio, y, finalmente, el reconocimiento de la legitimación activa al perjudicado (representante o heredero) y la pasiva al sujeto que hubiera celebrado el negocio, a los partícipes en el fraude (de existir este elemento) y a los tercero poseedores no legales o adquirentes de mala fe de las cosas objeto de rescisión, si éste fuera el caso. La presencia de estos caracteres generales en la figura prevenida en la LC es indubitada, por lo que, ineluctablemente, el remedio rescisorio ha sido el elegido a los fines reintegratorios”. Seguidamente, señala las especialidades de la acción concursales respecto de la civil, entre las que es obligado destacar las que afectan a la legitimación para su ejercicio (y sus consiguientes efectos), las limitaciones de carácter temporal y material, y que se trata de una acción principal, no subsidiaria, ESCRIBANO GAMIR, R.C., op. cit., pp. 4024, 4027 y 4024 a 4027.

¹⁷⁷ Para VILA FLORENZA: “...esta misma naturaleza rescisoria es la que parece atribuir el legislador a las acciones de reintegración en la nueva Ley concursal”, VILA FLORENZA, M., op. cit., p. 370.

¹⁷⁸ Considera este autor que el sistema de reintegración concursal se fundamenta en una acción de rescisión por lesión (que no requiere ni intención fraudulenta ni consilium fraudes, sólo perjuicio para la masa activa), pero que es compatible con el ejercicio de las acciones de rescisión por fraude de acreedores o la acción pauliana, RIPOLL OLAZÁBAL, G., ob. cit., p.378.

¹⁷⁹ Este autor califica la acción del art. 71 de la LC de acción rescisoria de tipo pauliano, PINTÓ RUIZ, J.J., “De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias”, en AA.VV., “Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia”, Tomo IV, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., Madrid 2005, p. 4.302.

convierte en una acción autónoma de ésta, con requisitos sustantivos y procesales propios. La primera de las especialidades, tal y como ya hemos adelantado al inicio de este capítulo, es que se trata de una acción específicamente concursal, la declaración de concurso es un presupuesto necesario para su ejercicio, ha sido creada por la LC como la acción principal de su sistema de reintegración, y por tanto, ejercitable sólo en sede concursal, desde la declaración hasta la finalización del concurso. Consecuencia de ello, es que no se trata de una acción subsidiaria (a diferencia de la acción pauliana), su ejercicio no está condicionado a que no exista otra acción, medio o instrumento jurídico para conseguir la ineficacia del acto perjudicial para la masa, sino que es la acción principal para conseguir esa finalidad en el proceso concursal. La regulación de la acción de reintegración propiamente dicha, y la declaración de compatibilidad del ejercicio de esta acción junto con el de otras acciones de impugnación, así lo ponen de manifiesto. Y ello sin perjuicio de que, en alguna ocasión, sea necesario el previo ejercicio de otra acción para obtener una sentencia meramente declarativa que sirva de base para el ejercicio de la rescisoria concursal¹⁸⁰. Este carácter principal y no subsidiario ha sido expresamente reconocido tanto por la doctrina ya citada en este apartado¹⁸¹, como por la jurisprudencia¹⁸². El último aspecto diferencial a destacar es que la acción tiene su fundamento pura y simplemente en el perjuicio, concepto objetivado y desligado de aspectos subjetivos que sí integran otras acciones impugnatorias.

¹⁸⁰ En este sentido se pronuncia la SAP Barcelona (Sección 15) 15.12.2011 (Sentencia 493/2011; Rollo 320/2011): *“En realidad, el sistema de reintegración ideado por el legislador es plural, pues conservando la vigencia dentro del concurso de las acciones impugnatorias extraconcursoales —pauliana, nulidad absoluta o relativa...—, idea una propia, la rescisión concursal, compatible y por lo tanto acumulable a las anteriores (art. 71.6 LC). Sin perjuicio de que en alguna ocasión la rescisión concursal requerirá del previo ejercicio de otra acción, dentro del mismo procedimiento, para obtener un pronunciamiento meramente declarativo que constituya el presupuesto de la rescisión concursal —declaración del negocio simulado, que bajo la apariencia de una compraventa o negocio oneroso encierra un acto de mera liberalidad”*.

¹⁸¹ Sobre esta cuestión ver especialmente a PINTÓ RUIZ, J.J., op. cit., pp. 4303-4312; LINACERO DE LA FUENTE, M., op. cit., pp. 52-54; y GULLÓN BALLESTEROS, A., op. cit., p. 4130.

¹⁸² Citamos a modo de ejemplo, SAP Murcia (sección 4) 23.05.2008 (JUR 2008; Sentencia 181/2008; Rollo 354/2006): *“La acción del citado art. 71, 1 de la Ley Concursal no tiene carácter subsidiario ...”*; Sentencia JM-1 Murcia 12.07.2005 (Incidente Concursal 127/2005): *“... las acciones de reintegración concursal no tienen el carácter subsidiario propio de la acción rescisoria por fraude de acreedores del art. 1.111 y 1.291 y siguientes del Código Civil y, en consecuencia, el ejercicio de aquellas no se subordina a la circunstancia de que en el momento de la declaración el pasivo exigible fuera superior que el activo real.”*

Estas diferencias determinan, a su vez, especialidades en relación con el objeto, el procedimiento y sus efectos. Mediante la rescisoria concursal sólo se puede declarar la ineficacia de los actos perjudiciales para la masa realizados en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, de manera que cualquier otra pretensión, o actos realizados antes de esos dos años, o después de la declaración de concurso quedarán fuera del objeto de esta acción. Por tanto, su objeto es muy concreto y está perfectamente delimitado en la LC, fuera del mismo, podrán ejercitarse otras acciones, pero no la rescisoria concursal.

En cuanto al procedimiento, la propia LC establece un procedimiento incidental especial, con diferencias significativas respecto del incidente concursal general. Así, no se tramita por el procedimiento incidental regulado en la LEC, ni propiamente por el incidente concursal regulado en la LC con carácter general, sino por un incidente concursal con especialidades respecto del incidente general previsto en la LC¹⁸³. Destaca entre estas especialidades la legitimación activa, reservada inicialmente sólo a la administración concursal. Finalmente, resulta un elemento diferencial relevante el que los efectos de la acción de reintegración se extiendan a la masa activa, al conjunto de los acreedores, y no sólo al que ejercitó la acción.

Estas especialidades justifican la consideración de la acción rescisoria concursal como una acción especial y autónoma. Y es precisamente este carácter especial y autónomo lo que en parte, justifica el sistema de reintegración de la LC. Si se hubiera confiado la reintegración de los bienes sólo a esta rescisoria concursal, sería imposible abarcar todos los supuestos posibles, lo que impediría reintegrar bienes indebidamente salidos del patrimonio del deudor con anterioridad al plazo de dos años antes de la declaración de concurso, durante el denominado “periodo sospechoso”. Ello produciría situaciones arbitrarias e incidiría de forma negativa en el principio de seguridad jurídica. Por el contrario, sumar a la especialidad de la acción rescisoria concursal (especialmente pensada y regulada para las situaciones de concurso), las acciones

¹⁸³ No debe olvidarse que la misma pretensión de ineficacia de un acto o negocio jurídico, mediante el ejercicio de una acción rescisoria civil, en un proceso distinto del concurso, se tramitaría por el procedimiento ordinario o el juicio verbal, según la cuantía del mismo, con todas las diferencias que ello comporta a nivel procesal.

rescisorias e impugnatorias propias del derecho común¹⁸⁴, amplía el abanico de actos impugnables y con ello se protegen mejor los intereses de los acreedores sin infringir el principio de seguridad jurídica.

TÍTULO SEGUNDO.- REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN.

El artículo 71.1 de la LC exige la concurrencia de tres requisitos para que pueda prosperar una acción de rescisión concursal: el requisito objetivo consistente en la realización de un acto perjudicial para la masa activa; el requisito subjetivo, que ese acto haya sido realizado por el deudor; y finalmente el temporal, que el acto haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

La autoría del deudor, dada la claridad de la ley en este punto, en principio, no plantea problemas. Los actos rescindibles son aquéllos realizados por el deudor, sobre bienes de su patrimonio, ya sea directamente o a través de un apoderado o mandatario. Deben excluirse, por razones obvias, los actos realizados por el deudor en tanto que apoderado o mandatario de otra persona, física o jurídica. También deben quedar excluidos los actos realizados exclusivamente por terceros, aunque éstos tengan incidencia sobre el patrimonio del deudor. No nos referimos lógicamente, a los actos bilaterales realizados por el deudor y un tercero, sino a los realizados unilateralmente por un tercero. Discrepamos, por ello, de la opinión de SILVETTI¹⁸⁵ que considera

¹⁸⁴ Por ejemplo FUENTES BUJALANCE, afirma que “*la reintegración de la masa no sólo se consigue mediante acciones de rescisión ya que también es posible reintegrar a la masa liquidez o bienes ejercitando otro tipo de acciones*”. Así, considera que para reintegrar a la masa el dinero compensado, (p. ej, por una entidad financiera que lo tenía en depósito en una cuenta corriente), podría impugnarse la compensación a través de un incidente. También se refiere a una especie de rescisión o reintegración automática y ope legis en relación a los embargos que aminoran el pleno dominio de los bienes y por tanto su realización, que pueden ser dejados sin efecto por el juez del concurso una vez declarado el concurso (p. ej, supuestos del art 55 LC), y a la “reintegración legal” que dice recoge el art. 149.3 de la LC introducido en la última reforma de 10 de octubre de 2011, FUENTES BUJALANCE, A., “La rescisión y la cuenta corriente”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia, y VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía realizado en Antequera del 19-21 abril 2012.

¹⁸⁵ Esta autora, tras señalar que los actos rescindibles son los realizados por el deudor en nombre propio que recaigan sobre bienes de su patrimonio afectados al concurso, afirma que también podrán impugnarse actos de terceros que impliquen efectos jurídicos sobre el patrimonio, SILVETTI, E., op. cit., p. 806. Comparte esta tesis VARGAS BENJUMEA, I., op. cit., p. 39. Entendemos que esta afirmación, sin más explicaciones ni precisiones, carece de base legal en la que sustentarse.

rescindibles los actos de terceros que impliquen efectos jurídicos sobre el patrimonio del concursado, por considerarla contraria a lo establecido en el art. 71.1 que se refiere única y exclusivamente a los actos realizados por el deudor declarado en concurso¹⁸⁶, y a la doctrina de nuestros juzgados y tribunales¹⁸⁷.

¹⁸⁶ FUENTES BUJALANCE lo explica de forma muy clara al hablar de las compensaciones realizadas por entidades financieras: “En el ámbito de la cuenta corriente, sobre todo la bancaria, podemos encontrar con actos de compensación de las entidades financieras, evacuando del activo de la concursada fundamentalmente dinero, liquidez, que precisamente es de lo que más necesitadas están las empresas o personas en concurso. Estos actos no necesariamente deben ser atacados desde una perspectiva rescisoria, entre otras cosas porque lo que es rescindible son ‘los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor’ según la dicción del art. 71 de la LC, y en muchas ocasiones, este acto de compensación que minorra el activo, es un acto que ejecuta un tercero. En este caso pues bastaría una acción mediante el vehículo procesal del incidente, dirigida a impugnar dicho acto de compensación con la adopción en su caso incluso de medidas cautelares si son solicitadas”, FUENTES BUJALANCE, A., op. cit., p. 9.

¹⁸⁷ Sobre esta cuestión se han pronunciado las Audiencias Provinciales de Barcelona, Castellón, Córdoba, Murcia y Valencia. La SAP Barcelona (Sección 15) 22.02.2011 (JUR 2011/181704; Sentencia 68/2011; Rollo 468/2010) resulta sumamente clara: “Son los actos de la concursada, y no los de otros sujetos de derecho los que el juez concursal puede rescindir, conforme al artículo 71.1 LC (actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor) y el artículo 71.6 (otras acciones de impugnación de actos del deudor). Que la concursada, AGRUPACIÓN MACSA SL, en liquidación, era y es una sociedad distinta de MANUFACTURAS DEL CAUCHO SA (en anagrama, MACSA, ahora ROSSINI SPAIN PRINTING ROLLERS SA) lo afirma la propia demanda y no es objeto de discusión en el juicio. En consecuencia, la desestimación de la acción relativa a los acuerdos de MANUFACTURAS DEL CAUCHO SA (MACSA) debe confirmarse, sin entrar en su fondo, por los mismos fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la sentencia del Juzgado”. En términos similares se pronuncia la SAP Castellón (Sección 3) 07.03.2012 (Sentencia 112/2012; Rollo 601/2011): “Precisamente por este fundamento y tal como expresa el artículo acabado de transcribir, requisito básico para el éxito de toda acción rescisoria concursal como la que nos ocupa es que se trate de un acto del deudor. Esta condición esencial, que queda al margen de que interpretemos más o menos ampliamente el término acto que recoge la definición legal desde la óptica de su contenido, motivación o voluntariedad, exige por tanto que de manera directa e inmediata la actuación de que se trate provenga de la concursada y, de ahí, que la demanda de rescisión deba dirigirse obligatoriamente contra el deudor y los demás que hayan sido parte en el acto impugnado (art. 72.3) consideramos que determina que deba acogerse ya de partida el recurso de apelación y revocar la sentencia no dando lugar a lo petitionado en la demanda en la medida en que los actos que se pretenden rescindir, por mucho que en último término se ubiquen en el ámbito de relaciones contractuales en las que ha tenido intervención la concursada, provienen única y exclusivamente de la entidad bancaria, por lo que no quedan sujetos al régimen especial de ineficacia a los que se ha pretendido someter, sin perjuicio de que puedan ser combatidos por otros cauces y sobre la base de otro régimen de responsabilidad o de ineficacia. Téngase en cuenta que no estamos en presencia de pagos de obligaciones realizados voluntariamente por el deudor sino de cargos en una cuenta corriente del mismo verificados por decisión exclusiva de la entidad bancaria en que está abierta y en su beneficio, con amparo esencial en una cancelación de una póliza de crédito decidida únicamente por dicha entidad, esto es, sin intervención alguna en cualquiera de dichos casos de la concursada. De hecho, la propia resolución impugnada habla en el Fundamento de Derecho Tercero de ‘acto unilateral de la entidad financiera’ y de ‘sin la intervención ni consentimiento de la concursada’. Sobre esta cuestión también resulta de interés la SAP Córdoba (Sección 3) 08.07.2011 (Sentencia 163/2011; Rollo 207/2011): “SEGUNDO .- Desde esta óptica, es evidente que únicamente son rescindibles los actos que supongan superposición de garantías respecto de deudas preexistentes del concursado realizados por el concursado y el acreedor que se beneficia de la garantía superpuesta, por lo que otros negocios jurídicos u otras constituciones de garantías reales realizadas por terceros no entran dentro del ámbito del artículo 71 de la Ley Concursal . Por esta razón, el artículo 72.2 de la propia Ley circunscribe la legitimación pasiva en las acciones de rescisión al deudor y a quienes hayan sido parte en el acto impugnado, salvo que el bien objeto de reintegración haya sido transmitido a un tercero, en cuyo caso también la tendrá éste si se pretende desvirtuar su presunción de buena fe o atacar la irreivindicabilidad

Dada la claridad del requisitos subjetivo y la práctica unanimidad doctrinal y jurisprudencial existente en torno al mismo, centraremos nuestro análisis en los otros dos requisitos: la realización del acto cuya resolución se pretende dentro del plazo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, y la existencia de un perjuicio para la masa activa.

CAPÍTULO I.- REQUISITO TEMPORAL: ACTOS REALIZADOS DENTRO DEL PLAZO DE DOS AÑOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Según lo establecido en el art. 71.1 LC sólo serán rescindibles los actos realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. La claridad de la redacción no debería plantear ninguna duda respecto de que el “*dies a quo*” para el cómputo del plazo es el de la fecha del auto de declaración del concurso, optando el legislador por éste en detrimento de la fecha de solicitud del concurso, es decir, la fecha de presentación del escrito de solicitud en los juzgados.

1.- Establecimiento de un plazo legal.

La LC fija un plazo legal de dos años, optando por el establecimiento de un plazo fijo para todos los posibles supuestos, en detrimento de otras opciones adoptadas en derecho comparado¹⁸⁸ y defendidas por algún sector de la doctrina. Sin duda, esta

de que goce o la protección derivada de la publicidad registral.”. En términos similares se pronuncian las SAP Murcia (Sección 4) 27.09.2012 (Sentencia 606/2012; Rollo 601/2012), y la SAP Valencia (Sección 9) 19.04.2012 (Sentencia 141/2012; Rollo 923/2011).

¹⁸⁸ En la legislación francesa (Code de Commerce, article L631-8, el juez fija la fecha de cesación de pagos, que no puede ser anterior a los 18 meses inmediatamente anteriores a la declaración judicial (salvo excepciones). El derecho alemán opta por una regulación casuística fijando diversos plazos según el supuesto, y su cómputo se inicia con la solicitud de apertura del concurso. El ordenamiento jurídico italiano (artículos 67 y 69 de la Legge Fallimentare Italiana) fija un plazo general de 2 años, pero con especialidades según el tipo de acto impugnado (6 meses, 1 año), iniciándose el cómputo con la apertura judicial del concurso; además fija plazos procesales de caducidad, de manera que no podrá instarse la rescisoria concursal transcurridos 3 años desde la declaración de quiebra y 5 desde la finalización del acto (art 69 bis). El derecho portugués es el que tiene una regulación más parecida al art. 71 LC: pueden ser resueltos en beneficio de la masa insolvente los actos perjudiciales para la masa realizados dentro de los 2 años anteriores a la fecha de inicio de un procedimiento de insolvencia (art 120.1 del Código da Insolvência e da recuperação de empresas). Finalmente, la Insolvency Act del derecho inglés también se decanta por una regulación casuística estableciendo diversos plazos. En el caso de las sociedades el periodo sospechoso legalmente establecido es de dos años (s. 240 [1] [a] IA), pero para las personas físicas se amplía hasta los cinco años (s. 341 [1] [a] IA). Su cómputo se inicia con la solicitud de apertura del concurso; Sobre esta cuestión, ver CARBALLO PIÑEIRO, L., “*Acciones de Reintegración de la masa y derecho concursal internacional*”, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela Campus universitario sur 15782 Santiago de Compostela, 2005; LINACERO DE LA

elección responde al intento de alejarse de la arbitrariedad y la inseguridad jurídica que habían causado la anterior regulación de la retroacción de la quiebra en la que el plazo lo fijaba libremente el juez en función de las circunstancias de cada caso, sistema que recordemos, la propia exposición de motivos de la LC califica de perturbador. Las posibles opciones eran: el establecimiento de un plazo legal fijo para todos los supuestos con mayor o menor amplitud según los distintos ordenamientos jurídicos, o distintos en función del tipo de acto o negocio jurídico rescindible; o la determinación del plazo por parte del órgano judicial, con o sin límite legal.

La opción adoptada por la LC, el establecimiento de un plazo legal fijo de dos años, es de fácil aplicación y garantiza la seguridad jurídica de los terceros que contratan con el deudor. La mayoría de la doctrina considera, con más o menos matices, acertada esta solución. Para MASSAGUER FUENTES¹⁸⁹ *“la fijación legal de la duración del período sospechoso, desplazado el fraude como presupuesto de la rescisión, no puede ser criticada desde el punto de vista técnico”*. Por su parte, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ¹⁹⁰, si bien considera justificadas algunas de las críticas, cree que nuestra experiencia concursal debe llevar a defender la opción elegida por la LC: en primer lugar, porque la fijación del plazo por el juez planteó en el sistema anterior numerosos problemas, especialmente de seguridad jurídica; en segundo lugar, porque la compatibilidad de la acción de reintegración con otras acciones evita que la fijación de un plazo único deje fuera actos que debieran ser rescindibles; en tercer lugar, considera que no tiene sentido establecer plazos distintos en función de los actos o la conducta del deudor, pues al margen de la objetivación llevada a cabo por la LC, lo importante es el perjuicio causado, no el acto o la conducta seguida por el deudor; y finalmente porque el conflicto de intereses que subyace en esta cuestión entre los acreedores y los terceros que contrataron con el deudor, recomienda fijar un plazo

FUENTE, M., op. cit., pp. 61 y ss; y LEON, F.J., “La finalidad y estructura de la acción rescisoria”, *ADC* num.11/2007, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2007, versión digital ICAB (18.01.14).

¹⁸⁹ Vide., MASSAGUER FUENTES, J., op. cit., “Aproximación al régimen ...”, p. 4220.

¹⁹⁰ El autor niega que se trate de un plazo de caducidad. Afirma que *“La fijación de un lapso temporal en el citado precepto no obedece a la razón de determinar el plazo de que dispone el legitimado actualmente para el ejercicio de la pertinente acción sino algo muy distinto. En efecto, esa determinación temporal se hace con la finalidad de delimitar los actos respecto de los cuales resulta posible el ejercicio de la acción de reintegración de modo que esta referencia en el tiempo no es más –ni menos- que un presupuesto que se requiere para la procedencia de la impugnación”*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., op. cit., “Presupuestos y finalidad...”, ed. 2009, pp. 42-43.

concreto como mecanismo de protección de los terceros. PIÑEL LÓPEZ¹⁹¹ afirma que el plazo de 2 años es suficientemente amplio para rescindir “*los actos realizados para preparar el concurso cuando la insolvencia material ya existía.*”. También defiende la opción legislativa AZNAR GINER¹⁹² para el que los plazos son “*suficientemente cortos para no ser utilizados torticeramente por el deudor*”; para este autor el tiempo que transcurre desde la solicitud hasta la declaración del concurso es brevísimo por lo que no cree posible que “*pueda ser objeto de utilización torticera*”¹⁹³.

Los detractores¹⁹⁴ centran sus críticas en la rigidez del plazo porque puede facilitar su uso de forma fraudulenta por los deudores retrasando la solicitud del concurso el tiempo suficiente para dejar fuera de estos dos años los actos presumiblemente rescindibles, además de considerar que el plazo es excesivamente amplio en unos casos y reducido en otros. En general, estas posturas parecen no tener en

¹⁹¹ Vide. PIÑEL LÓPEZ, E., “Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales contra la masa” en AA.VV. “*La nueva ley concursal*”, (Dir. Olivencia Ruiz, M.), Estudios de Derecho judicial 59-2004, CGPJ, Madrid 2005.

¹⁹² Vid., AZNAR GINER, E., “*La acción rescisoria concursal*”, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 122.

¹⁹³ En este punto el autor sólo tiene en cuenta los plazos fijados legalmente, no los que actualmente se están dando en la práctica debido a la excesiva carga de trabajo de los juzgados mercantiles.

¹⁹⁴ Podemos citar a modo de ejemplo a CORDON MORENO para el cual: “*Se establece así un tiempo fijo para el período sospechoso, sustituyéndose el anterior sistema de fijación (‘con la calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero’) de la fecha de retroacción, y dentro de él podrán ejercitarse las acciones rescisorias en las condiciones y por el procedimiento que se establecen. Ciertamente la fijación provisional de esta fecha era fuente de continuos problemas, pero es discutible que sea preferible su sustitución por un límite temporal fijo que, conocido de antemano por el deudor, puede dejar al concurso vacío de contenido; sin que parezca que sea suficiente para remediarlo la posibilidad, que se deja abierta, de ejercitar otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, para las cuales no se fija límite temporal alguno. La norma parece partir del temor a excesos del juez, lo cual, dicho sea de paso, está en contradicción con la amplitud de las facultades discrecionales que se le conocen a lo largo de todo el procedimiento. Pero en lugar de fijarle unos controles se le priva de la facultad, cayendo en el extremo opuesto de una excesiva rigidez, que puede pecar por excesos y por defecto y producir situaciones injustas*”, Vide CORDON MORENO, F., “*Proceso concursal*”, 2ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, p. 163. En esta misma línea se pronuncia SILVETTI, E., op. cit., p. 817; Por su parte, MAIRATA LAVIÑA argumenta que esta regulación puede dejar vacío de contenido el concurso. Considera que el plazo de dos años tiene como fundamento la seguridad jurídica de los actos realizados por el concursado, pero que dicha seguridad, redundando en perjuicio de los acreedores, principales afectados por el concurso que en muchos casos no podrán ejercitar acciones civiles para recuperar sus créditos. Defiende que los acreedores: “*deben poder recuperar sus créditos aunque la fecha en que se haya producido el desbalance, llamémosle así, y con el mismo la salida de bienes del patrimonio del deudor, sea anterior a los dos años que se fijan en la Ley*”, Vide MAIRATA LAVIÑA, J., “Los efectos del concurso en la Ley Concursal”, en AA.VV., “*Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal.*” (Dir. García Villaverde, R, Alonso Ureba, A., Pulgar Ezquerro, J.), Ed. Dilex, S.L., 2003, p. 322. Los tres autores comparten la idea que equipara reintegración con insolvencia, considerando que los actos rescindibles lo son porque en el momento de su realización el deudor ya era insolvente.

cuenta que la LC establece no solo una acción de reintegración sino un sistema, y que todos los supuestos que queden fuera de los dos años legalmente establecidos, pueden ser resueltos o anulados dentro del propio procedimiento concursal mediante las otras acciones de reintegración a las que se refiere el art. 71.6 de la LC. Tal y como ya hemos razonado anteriormente, la acción rescisoria concursal no es la única acción ejercitable y por tanto, no es conveniente ni razonable exigirle la amplitud necesaria para la rescisión de todos los posibles actos perjudiciales para la masa activa.

La segunda opción, la fijación de un plazo legal distinto según los actos o negocios jurídicos rescindibles, tiene la ventaja, según sus defensores, de la flexibilidad y adaptabilidad a cada caso concreto, además de que permite introducir la variable de la buena o mala fe del tercero que contrata con el deudor. Entre la doctrina que defiende esta solución, podemos citar a CARRASCO PERERA¹⁹⁵, según el cual dos años puede ser un plazo desmesurado en el caso de actos o negocios jurídicos onerosos, y demasiado corto en el caso de los gratuitos o dolosos, afirmando además, que debería tenerse en cuenta en cada caso concreto si el acto se realizó estando o no en situación de insolvencia, y si se conocía o no la situación de insolvencia. En esta misma línea se pronuncia LINACERO DE LA FUENTE¹⁹⁶ que coincide con otros autores al afirmar que este sistema es rígido, y resulta excesivo en unos supuestos, y demasiado corto en otros. No obstante, esta autora sí tiene en cuenta que las acciones a las que se refiere el art. 71.6 permiten declarar la ineficacia de los actos realizados fuera de estos dos años. En contra de esta opción se puede decir que la lista de plazos puede llegar a ser interminable, tantos como combinaciones de tipos de actos jurídicos y buena o mala fe. Ninguno de estos autores ha propuesto un criterio que sirva para discriminar aquellos

¹⁹⁵ Vid. CARRASCO PERERA, A., “*Los derechos de garantía en la Ley concursal*”, 3ª ed., Ed. Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 390.

¹⁹⁶ Afirma esta autora que: “*La previsión legal de un único período sospechoso por todos los actos realizados por el deudor, contrasta con otras legislaciones y antecedentes legislativos que proponen distintos plazos en función del negocio jurídico y el conocimiento o no de la insolvencia, p.65-66. A mi juicio, y siguiendo a Massaguer y Díaz Martínez, el principal problema de este sistema de determinación legal es la falta de certeza y consiguiente inseguridad jurídica de que en el tiempo señalado por la ley el deudor sea realmente insolvente. El legislador español no ha vinculado la reintegración al fenómeno de la insolvencia y al consiguiente inicio del período sospechoso*”, LINACERO DE LA FUENTE op. cit., pp. 65-66. Creemos que esta posición parte de una base errónea, que es que en el momento de realización del acto rescindible el deudor era insolvente, y que por tanto, la función del sistema de reintegración es equiparar la insolvencia legal, con la real.

actos que requieran un plazo especial y los que pueden regirse por uno común o general, no fijándose tampoco por los defensores de esta opción el plazo general idóneo.

La tercera opción sería la determinación del plazo libremente por el juez, sin límite legal alguno. Esta posición, mayoritariamente abandonada por la doctrina por considerar que da lugar a situaciones arbitrarias e injustas, es defendida por MARTÍNEZ GUTIÉRREZ¹⁹⁷, que cree imprescindible para la tutela de los acreedores concursales la fijación judicial del período sospechoso porque ello permite una mejor adaptación a las circunstancias concretas de cada caso. Por su parte, DÍAZ MARTÍNEZ¹⁹⁸, partiendo de la concepción de que el plazo debería extenderse hasta el inicio de la situación de insolvencia del deudor, defiende que el plazo sea determinado judicialmente pero con un límite máximo fijado legalmente, evitando así tanto que el juez lo extienda desorbitadamente, como que se aplique automáticamente el plazo legalmente establecido a un periodo en el que el empresario no estaba en situación de insolvencia.

En todo caso, si bien la doctrina se decanta mayoritariamente por considerar adecuado este plazo legal de dos años, compartimos la opinión de AZNAR GINER¹⁹⁹ conforme cualquiera que sea la opción escogida puede crear o dar lugar a situaciones injustas. Ninguna de las opciones descritas puede cubrir todos los supuestos o casuística posibles, de ahí la importancia de que la LC haya creado un sistema integrado no sólo por la acción de reintegración sino por un conjunto de acciones rescisorias e impugnatorias que permiten cubrir la casi totalidad de los actos o negocios rescindibles por perjuicio a la masa.

Este plazo de dos años es un plazo material, uno de los presupuestos para el ejercicio de la acción, y por tanto, se computará de fecha a fecha. No se trata de un

¹⁹⁷ Vid., MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., ob. cit., p. 4197. En esta misma línea se pronuncia PALAO UCEDA, J., quien en términos generales considera que con el sistema anterior se acota más la posibilidad de atacar los negocios jurídicos cerrados en perjuicio de los acreedores, vide, op. cit.

¹⁹⁸ Vide DÍAZ MARTÍNEZ, M., op. cit., p. 1819. No podemos compartir el punto de partida del autor por cuanto el estado de insolvencia en el momento de la realización del acto impugnado no es uno de los requisitos legalmente establecidos.

¹⁹⁹ Vide. AZNAR GINER, E., op. cit., pp. 120-124.

plazo procesal, ni de prescripción, ni de caducidad²⁰⁰, en la medida en que no determina el plazo de que disponen las partes para ejercitar una acción. PINTÓ RUIZ²⁰¹ lo califica de “*conditio iuris sine qua non*”.

2.- El dies a quo.

Computar el plazo de dos años desde la fecha del auto de declaración de concurso es coherente. Si la resolución de los actos perjudiciales para la masa activa es uno de los posibles efectos de la declaración de concurso (no puede ejercitarse la acción de reintegración, ni antes de la declaración de concurso ni, en principio, después de su conclusión), y los efectos del concurso se inician con la declaración del mismo, es lógico que se inicie el cómputo de plazo para el ejercicio de la acción de reintegración el día en que se tiene por declarado el concurso. La mayoría de la doctrina considera acertada esta elección²⁰².

No obstante, tan sólo cuatro años después de la entrada en vigor de la LC (y por tanto, sin apenas tiempo para consolidar la nueva regulación) es de todos conocido que el país entró en una grave crisis económica que, de forma imprevista, distorsionó el sistema. El número de concursos de acreedores ha aumentado desde el 2008 de forma exponencial el volumen de asuntos en los juzgados de lo mercantil, y el consiguiente retraso en la tramitación de los mismos²⁰³. La consecuencia de ello es que si antes,

²⁰⁰ Sobre esta cuestión no compartimos la opinión de SEBASTIAN para el que: “*La Ley Concursal no establece específicamente plazo alguno para el ejercicio de la acción, es decir, que dentro del plazo de dos años se puede ejercer la acción en cualquier momento. Sin embargo esto iría contra el principio de seguridad jurídica, ya que los acreedores tienen derecho a saber si los administradores van a ejercer o no una acción contra ellos. Por ello se entiende por la doctrina que dichas acciones están sometidas al plazo de caducidad de 4 años por aplicación del 1299 CC, y dicho plazo se computará desde el momento en que la persona legitimada pudo ejercer la acción por tener conocimiento del acto rescindible. Y es lógico que así sea porque si no en la práctica los deudores estarían sujetos al posible ejercicio de unas acciones sin plazo alguno de vencimiento, lo que supondría un atentado a la seguridad jurídica y económica.*”, SEBASTIAN, R. , op. cit., pp. 38-39.

²⁰¹ Véase PINTÓ RUIZ, J.J., op. cit., p. 4304.

²⁰² En este sentido podemos citar, entre otros muchos, a SANCHO GARGALLO, LINACERO DE LA FUENTE, GULLÓN BALLESTEROS y ESCRIBANO GAMIR.

²⁰³ Algunos jueces incluso se refieren a esta cuestión en las resoluciones que dictan, citándose a modo de ejemplo, la Sentencia nº 166/10, de fecha 10 mayo dictada por el Juzgado Mercantil 1 de Barcelona, en el incidente de culpabilidad nº 535-2009 G, en la sección de calificación del concurso 306-2008 G, en su Antecedente de Hecho Cuarto: “*El numero de entrada de asuntos en este Juzgado (próximo a lo setecientos en el 2007, superior a la anterior cifra en 2008 y con un volumen superior a los 1.000 n 2009*

desde la presentación de una solicitud de concurso hasta que se dictaba el auto de declaración podían transcurrir, como media, entre 3 semanas y un máximo de mes o mes y medio (evidentemente, en algunos juzgados la diferencia era mucho mayor pero no era lo habitual), la distancia entre la solicitud y la declaración aumentó considerablemente, pudiendo llegar a 6 meses o más. La diferencia es relevante ya que de esta forma, el inevitable retraso en la declaración de concurso, podía dejar fuera de la rescisión concursal actos que entrarían de lleno en ella, por una cuestión puramente coyuntural, (la sobrecarga de trabajo de los juzgados de lo mercantil o cualquier otra circunstancia que afecte al normal funcionamiento del juzgado) totalmente ajena a la cuestión de fondo que justificaría el ejercicio de la acción. Esto podía llevar a desigualdades de tratamiento de supuestos idénticos que en un caso pueden ser rescindidos y en otro no, simplemente porque la saturación del juzgado competente en ese caso concreto ha provocado un retraso en la declaración del concurso que los ha dejado fuera de los dos años fijados por la ley.

Para evitar la inseguridad jurídica y la desigualdad de trato que esto comporta, algunos autores consideran mejor fijar como *dies a quo* el de la fecha de la solicitud del concurso, pero esta solución también plantea problemas, ya que supondría adelantar los efectos del concurso a una fecha muy anterior a la del resto de los efectos derivados de su declaración, lo que no sería coherente y además dificultaría la conciliación de los diferentes intereses que convergen en esta cuestión. Entre estos autores, ALCOVER GARAU, considera que de esta forma se desincentiva que el deudor tenga interés en entorpecer o retrasar la declaración de concurso necesario²⁰⁴. Este argumento, a pesar de

y mas de 414 en esta fecha, pese a que el módulo del CGPJ prevé para un Juzgado Mercantil un volumen de entrada que no supere al año los trescientos cincuenta asuntos”. Según la noticia aparecida el 8 de marzo de 2011 en el diario adn: “Los expedientes de concursos de acreedores se han cuadruplicado desde la creación de estos tribunales hace siete años; y sus titulares no dan abasto. ‘De media, en 2004, un juez gestionaba 50 concursos de acreedores por año. Ahora mismo, debemos estar sobre los 200’ asegura el titular del juzgado mercantil nº 4 de Barcelona, Luis Rodríguez. Los números son dramáticos, y no sólo en cuanto a concursos de acreedores. En 2007, un año antes de que la crisis afectara a la economía española, seis jueces se ocuparon de 3.159 casos relacionados con el derecho mercantil, de los que llegaron a resolver 2.818. Dos años después, en plena depresión económica, la cifra de tribunales aumentó hasta ocho, poco si se tiene en cuenta que gestionaron 6.779 casos, de los que resolvieron 5.158.”. La nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística (INE) de fecha 7 de febrero de 2012, informa del aumento de deudores concursados en un 13’3% en el 2011 respecto al 2010. Los años siguientes, hasta el 2014, siguieron esta tónica.

²⁰⁴ Para este autor: “... quizás hubiera sido preferible que el plazo no se contara desde la fecha de la declaración del concurso, sino desde la fecha en que se solicitó su declaración, aunque sólo fuese para evitar que el deudor intentase alargar el procedimiento de declaración del concurso necesario a fin de salvar determinados actos realizados en el límite de los dos años”, ALCOVER GARAU, G., op. cit., p

ser cierto, no parece suficientemente sólido como para instar un cambio en el criterio fijado por la LC, sobretodo si tenemos en cuenta que los concursos necesarios son porcentualmente muchísimos menos que los voluntarios, y que no se ha detectado que el número de deudores que puedan incurrir en este tipo de maniobras dilatorias (pensando en una futura acción rescisoria) pueda ser significativo.

Por ello, sorprende que el artículo 242.2, 3º LC (introducido por la Ley 14/2013) establezca para el concurso consecutivo²⁰⁵ que: “*el plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud (de nombramiento de mediador) del deudor al registrador mercantil o notario*”. Lejos de rectificar, el legislador ha mantenido su criterio, al modificar este artículo nuevamente por medio del RDL 1/15, de 27 de febrero. La nueva redacción, trasladada del apartado 3º al 4º es la siguiente: “*El plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al Registrador Mercantil, Notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación*”.

335. En términos parecidos se pronuncia RIVERA FERNÁNDEZ, M., “*Reintegración concurso de acreedores*”, Ed. Dilex, Madrid, 2005, p. 90.

Resulta relevante señalar que durante el procedimiento de tramitación del Proyecto de Ley de Reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formuló una enmienda de modificación al Artículo único. Cincuenta, proponiendo modificar el apartado cincuenta del artículo único del Proyecto para dar una nueva redacción al apartado 1 del artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, con el siguiente texto: «1. *Declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para los acreedores realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.*» En relación al *dies a quo* del plazo, justifican la enmienda afirmando que: “*Se conocen casos en los que, presentada por acreedor legítimo, la solicitud de declaración judicial de concurso, el deudor, con acuerdo —y, a veces, con financiación— de otro acreedor potencialmente afectado por la rescisión, se opone a dicha solicitud a pesar de estar clara y manifiestamente en estado de insolvencia, con la simple finalidad de retrasar la fecha de la declaración judicial, evitando que el acto que se desea preservar caiga dentro de los dos años. A fin de evitar este tipo de maniobras —especialmente graves como consecuencia de dilación de muchos de los juzgados de lo mercantil en la declaración de concurso necesario—, la solución más adecuada es computar esos dos años desde la fecha de la solicitud, y no desde la fecha de la declaración*”, BOE nº 110, de 13 de septiembre de 2011.

²⁰⁵ Según el propio artículo 242 LC: “*Tendrá la consideración de concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado. Igualmente tendrá la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado. En el concurso consecutivo, salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de la Ley, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación, de conformidad con lo dispuesto en el Título V de esta Ley, con las especialidades siguientes (...)*”.

Esta nueva regulación nos lleva a una doble reflexión. En primer lugar hay que destacar el cambio de criterio del legislador al tomar como referencia para el cómputo del plazo no el día del efectivo del nombramiento del mediador (por analogía con la fecha de la declaración de concurso), sino la de su solicitud, sin que el legislador justifique en modo alguno su decisión. La segunda cuestión, más relevante a nuestro juicio, es que en este caso, queriendo extender el plazo de reintegración ha acabado restringiendo (de facto), precisamente en el momento en que puede ser más necesario el control a través de la acción rescisoria. Iniciando el cómputo del plazo el día de la solicitud del nombramiento del mediador concursal, se amplía la posibilidad de rescindir actos o negocios jurídicos realizados en una fecha más alejada en el tiempo. Pero dado que el plazo es fijo, 2 años, este desplazamiento hacia el pasado, hace que queden sin control concursal los actos realizados desde la solicitud del nombramiento del mediador hasta la efectiva declaración de concurso (momento en el que se inicia el control de la administración concursal), precisamente cuando el deudor ya está en una clara situación de insolvencia y el riesgo de realizar actos o negocios que puedan ser objeto de una acción de reintegración es mucho más alto.

Otra interpretación posible es que lo que realmente pretende el legislador es ampliar el plazo de dos años establecido como regla general, de manera que a los dos años calculados desde la solicitud del deudor, se le añadan los meses transcurridos desde la solicitud hasta la efectiva declaración de concurso. Desconocemos el motivo por el que el legislador ha adoptado esta redacción y la verdadera finalidad de la misma, pero consideramos que la especialidad del concurso consecutivo no justifica una ampliación del plazo general de dos años, especialmente cuando la doctrina mayoritaria ha venido respaldando desde la publicación de la LC la fijación de un plazo de dos años para todos los supuestos, y su cómputo desde la declaración de concurso. Por todo ello creemos que esta segunda interpretación no debería acogerse²⁰⁶, y que la regulación contenida en el artículo 242.2,4º lo que conlleva es

²⁰⁶ No es de la misma opinión ZUBIRI DE SALINAS, M., para el que: “*El plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil o notario*”. Con esta norma se pretende favorecer a la masa en el concurso consecutivo puesto que se antepone el día a quo para determinar el plazo de ejercicio de las acciones de reintegración. El art. 71 de la LC lo fija a partir de la fecha de declaración del concurso mientras que en este concurso consecutivo será el de la solicitud por lo que puede ser varios meses antes. Esta previsión del legislador implica una sanción para el deudor que solicita este procedimiento, por lo que no será muy conveniente acudir al acuerdo extrajudicial de pagos en situaciones de preinsolvencia. Sólo cuando el deudor se encuentre en situación de insolvencia el momento económico será el mismo que en el

un mero desplazamiento del plazo de dos años fijado en la ley, desde el día de la declaración del concurso, hacia el de solicitud del nombramiento del mediador. No creemos justificado que una posible necesidad práctica se pueda acabar imponiendo sobre la técnica jurídica, de modo que se aplique el régimen de la rescisión concursal al expresado período intermedio.

3.- Actos o negocios incluidos dentro del plazo legal.

Serán rescindibles los actos realizados dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso²⁰⁷, por tanto, la fecha jurídicamente relevante es la del momento de realización del acto, no la de la ejecución del acto, o la de la producción de sus efectos²⁰⁸. Así pues, los actos realizados antes de los dos años legalmente fijados no son reintegrables mediante la acción del art. 71 de la LC, aún cuando su ejecución tenga lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o no desplieguen sus efectos hasta ese período. Tampoco tiene relevancia a estos efectos, en términos generales, la fecha de inscripción en los registros públicos, por lo que no entrarán dentro del ámbito de aplicación de la acción rescisoria concursal los actos o negocios jurídicos realizados con anterioridad a los dos años, pero inscritos en el registro dentro de ese período. La única excepción sería la de los negocios cuya inscripción es constitutiva, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las hipotecas.

4.- Sólo los actos realizados con anterioridad a la declaración de concurso.

Sobre esta cuestión, dado que la redacción del artículo 71.1 LC no plantea ninguna duda de interpretación, la doctrina y la jurisprudencia dictada hasta el momento se han manifestado de forma prácticamente unánime en el sentido de que sólo son

concurso normalmente solicitado; sin embargo, si todavía no está en situación de insolvencia caerá en ese periodo sospechoso con antelación. Nuevamente el legislador no ayuda excesivamente a adelantar el 'tempus' del concurso y a la búsqueda de soluciones tempranas a las situaciones de crisis...”, en “El papel del auditor en los procedimientos previos a la declaración del concurso y su relevancia a efectos de la reintegración concursal” ZUBIRI DE SALINAS, M., op. cit., pp. 423-24.

²⁰⁷ Salvo en el ya reseñado supuesto regulado en el artículo 242.4º del RDL 1/15, de 27 de febrero.

²⁰⁸ VARGAS BENJUMEA afirma que no pueden ser objeto de la rescisoria concursal los actos realizados antes de los dos años de la declaración de concurso pero cuyos efectos se desplegaron dentro de este período, citando a LEON SANZ que sostiene la tesis contraria, VARGAS BENJUMEA, I., op. cit., p. 39.

rescindibles por la acción rescisoria concursal los actos realizados antes de la declaración de concurso, no los realizados posteriormente. En este sentido se ha venido pronunciando tanto la doctrina²⁰⁹ como la jurisprudencia²¹⁰.

²⁰⁹ Citamos a modo de ejemplo a MASSAGUER FUENTES según el cual: “*En primer término, la rescisión concursal sólo afecta a los actos perjudiciales para la masa activa concluidos por el concursado durante el período anterior a la apertura del concurso (art. 71.1 LC). En particular, este período sospechoso comprende los dos años anteriores a la declaración judicial del concurso*”, MASSAGUER FUENTES, “La reintegración de la masa”, *El notario*, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, nº 32 julio-agosto 2010, p. 2, consultada el 8-10-2010 en <http://www.elnotario.com/egest/noticia.php>; y a FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a, op. cit., “Acuerdos de refinanciación ...”, p. 367.

²¹⁰ Así lo declara de forma contundente la SAP Barcelona (sección 15) 26.06.2013 (Sentencia 267/2013; Rollo 148/2013): “*Cuando nos hayamos en supuestos como el de autos, en que lo que se cuestiona es un acto de fecha posterior a la declaración de concurso (más de dos meses posterior), no resulta de aplicación el artículo 71 LC, sino las normas de los artículos 40 y ss LC, que regulan los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, y de los artículos 49 y ss LC, reguladoras de los efectos sobre los acreedores. Cabe citar el artículo 40.1 LC, conforme al cual, ‘en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad’, y el artículo 40.7: ‘Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado’. De acuerdo con los preceptos citados, la entidad bancaria debería haber atendido el requerimiento que le dirigió la AC para que reintegrara el importe cargado en la cuenta. Sin embargo, la acción de reintegración del artículo 71 LC no es la vía adecuada para lo pretendido por la AC*”; En términos similares se había pronunciado previamente la propia AP Barcelona (sección 15) 13.01.2010 (Sentencia 2/2010; Rollo 365/2009): “*TERCERO: (...) el sexto pago, al haberse realizado después de la declaración de concurso, es anulable, ya que, operando la limitación de facultades patrimoniales del deudor del art. 40 LC, se realizó sin la intervención de la administración concursal. Por esta razón este sexto pago, realizado a través de una transferencia, no puede ser objeto de rescisión concursal, pues no se trata de un acto de disposición realizado dos años antes del concurso, sino después. Se trata de un acto anulable, que debía haberse impugnado a través de otra acción distinta, que responde a otros presupuestos diferentes, porque si para la rescisión concursal del art. 71 LC es necesario que se trate de actos de disposición realizados dos años antes a la declaración de concurso y que sean perjudiciales para la masa activa, para la anulación del art. 40.7 LC se aprecia que los actos de disposición hayan sido realizados con posterioridad a la declaración de concurso y que lo hayan sido sin la autorización de la administración concursal (en un caso como el presente en que tan sólo existía una intervención de las facultades patrimoniales del deudor concursado). La disparidad de presupuestos para el ejercicio de cada acción da lugar a que la causa petendi para obtener la condena a la restitución de estas cantidades sea distinta, sin que pueda ser aplicada una no invocada en vez de otra sí aducida, al amparo del aforismo iura novit curia, ya que es algo más que aplicar la norma jurídica correcta, se trata de considerar ejercitada una acción diferente a la realmente ejercitada por la administración concursal*”; y, en términos prácticamente idénticos la SAP Barcelona (sección 15) 26.01.2010 (Sentencia 13/2010; Rollo 276/2009); y la SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006): “*Ello no impide que, por la propia configuración de la acción rescisoria concursal, sólo pueda dirigirse contra actos de disposición de la deudora concursada realizados dos años antes de la declaración, operando este plazo limitado de tiempo como garantía de seguridad jurídica ...*”; También se han pronunciado en estos términos otras Audiencias, citando a modo de ejemplo, la de Castellón: “*A mayor abundamiento, varios de los cargos discutidos se ubican con posterioridad a la declaración de concurso, lo que determina igualmente la inaplicabilidad del régimen de la rescisión concursal, dado que no tienen lugar durante el periodo contemplado legalmente como sospechoso, debiendo combatirse conforme a la normativa común o, en su caso, la específica reguladora de las actuaciones de todos los implicados en el concurso tras su declaración, sin que desde luego haya lugar a plantearse cuestiones en torno al art. 58 de la Ley Concursal e inadmisibilidad de compensaciones posibles sobre su base en tanto en cuanto se trata de un punto que queda al margen del objeto litigioso tal como quedó configurado mediante la elección de la vía de la rescisión concursal en relación con la normativa reguladora de la misma.*”, SAP Castellón (Sección 3) 07.03.2012 (Sentencia 112/2012; Rollo 601/2011); la AP de Valencia: “*2.- (...) compartimos*

Asimismo, según VIRGÓS SORIANO²¹¹, en los supuestos en los que es aplicable el Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, el art. 13 del mismo (norma de conflicto que establece una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus* en relación a los actos perjudiciales para la masa), no es aplicable a los actos que se realicen después de la declaración de apertura del concurso.

No obstante parecer ésta una cuestión pacífica, las Audiencias Provinciales de Lleida y Burgos han dictado sendas sentencias en las que defienden la posibilidad de ejercitar la acción de rescisión concursal para rescindir actos realizados después de la declaración de concurso. El problema se plantea básicamente respecto de los actos realizados durante la fase de convenio. Estos dos tribunales alegan que el tenor literal del art. 71 de la LEC no impide el ejercicio de la acción rescisoria concursal para rescindir actos realizados con posterioridad a la declaración del concurso. Parten del supuesto de que una vez aprobado un convenio, cesada la administración concursal, y recuperado el control por parte del administrador social, éste pueda llegar a realizar

con el magistrado 'a quo' la razón que se expresa en la Sentencia apelada de no cumplirse en el supuesto enjuiciado el presupuesto que resulta de la norma, esto es, que se trate de actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta, por cuanto es de ver que el acto que se discute tiene lugar precisamente con posterioridad a la declaración del concurso.", SAP Valencia (Sección 9) 03.02.2011 (Sentencia 52/2011; Rollo 691/2010); y la AP de Zaragoza: " (...) la actora pretende la declaración de rescisión de unos pagos por compensación entre cuentas acaecidos una vez declarado el concurso. Parece más bien, dado que se trata de rescindir pagos posteriores a la declaración del concurso que, más que una acción de reintegración, se trata de declarar la nulidad de una compensación de pagos llevada a cabo al margen del art. 58 LC.", SAP Zaragoza (Sección 5) 18.11.2010 (Sentencia 707/2010; Rollo 593/2010); y la AP de Girona (secc. 1ª) 28-10-2009 (Rollo 392/2009): "En consecuencia, la ley abandona los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previgente, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado". Anteriormente se había pronunciado en estos términos la SJM-1 Bilbao 18.10.2007 (Incidente Concursal 150/2007, Sentencia 477/2007).

²¹¹ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia", Ed. Civitas, Madrid, 2003. pp. 134-136. El autor afirma que la mayoría de los ordenamientos jurídicos establecen un régimen impugnatorio para cancelar los actos de disposición del deudor realizados en un período inmediatamente anterior a la declaración de insolvencia. Para determinar la ley aplicable a este régimen impugnatorio concursal, el reglamento opta por la aplicación de la *lex fori concursus* (art. 4.2, m), pero permite invocar la ley que rige el acto impugnado para vetar los efectos de la *lex fori concursus* (art. 13). Según dicho autor: "El artículo 13 del Rgl está pensando, típicamente, en los actos perfeccionados antes de la apertura del procedimiento de insolvencia y amenazados bien por la retroactividad de un procedimiento abierto en el extranjero, bien por las acciones de impugnación ejercitadas por el síndico. Esto explica que el art 13 no se aplicable a los actos que se realicen después de la declaración de apertura".

actos rescindibles durante el plazo en el que el convenio se ha estado cumpliendo. En caso de un incumplimiento posterior, en la medida en que se deja sin efecto la aprobación del convenio y se abre la fase de liquidación, consideran que debe ser posible reintegrar mediante la rescisoria concursal del art. 71.1 LC los actos que haya podido realizar el administrador social en perjuicio de la masa durante el tiempo transcurrido desde la aprobación del convenio hasta su posterior incumplimiento. Su argumentación (reseñada extensamente en nota a pie de página)²¹², se fundamenta en los

²¹² En este sentido se ha pronunciado la SAP Lleida (Sección 2) 14.02.2013 (Sentencia 74/2013; Rollo 525/2012): “SEGUNDO.- (...) la errónea interpretación de los arts. 71 y 137 LC que denuncian los apelantes no se ajusta debidamente al razonamiento seguido en la sentencia de primera instancia, pues en ésta no se está aplicando el régimen previsto en el art. 137 LC sino que simplemente se está analizando la posibilidad o no de ejercitar acciones de reintegración cuando la liquidación se abre como consecuencia del incumplimiento del convenio y, además, concurren las circunstancias previstas en el art. 71 LC, respaldando el juzgador de instancia su conclusión afirmativa en el tenor del art. 137, que permite ejercitar estas acciones de reintegración después de aprobado el convenio y de que se dicte resolución declarando el incumplimiento del mismo. No se está aplicando dicho precepto ... sino que se busca cobertura legal que pueda amparar el ejercicio de esta acción contra actos ejecutados por la concursada en el concreto periodo de que se trata, y se refuerza el argumento acudiendo a la finalidad de esta acción rescisoria concursal, tendente a proteger a los acreedores frente a las maniobras que los administradores de la concursada puedan realizar en perjuicio de aquéllos, cuando ya no existe la intervención y supervisión de la Administración Concursal, para finalmente incumplir el convenio. Se trata, en definitiva, de garantizar mediante el ejercicio de esta acción los derechos de los acreedores afectados por el concurso, tanto desde el momento mismo en que se declara como en el periodo intermedio que ahora nos ocupa ... de forma que la posibilidad de ejercicio de la acción alcance no sólo a los actos anteriores a la declaración de concurso sino también a los posteriores, en caso de que tras dicha declaración el deudor distraiga bienes o derechos que deberían formar parte de la masa activa. A la justificación que se ofrece en la resolución recurrida respecto a la viabilidad de esta acción coadyuvan otros preceptos, pues no hay que olvidar que en los supuestos de incumplimiento del convenio el art. 145-1 LC establece que la situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el Título III de la presente Ley (art. 40 a 73), y más en concreto, el art. 147 bajo la rúbrica ‘Efectos generales. Remisión’ dispone que durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo, y entre dichas normas se encuentran las relativas a los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa, lo que abunda en la idea de que la posibilidad de ejercitar acciones de reintegración no se reduce a los supuestos previstos en el art. 137-2, relativos a los actos contrarios a las normas prohibitivas o limitativas previstas en el convenio (...) a reglón seguido se establece que ‘tales medidas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas, si bien, la inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite’. Por tanto, el precepto parece orientarse principalmente hacia la protección de los terceros que durante la fase de convenio contratan con el concursado, quedando enervada la protección inherente a la publicidad registral mediante la inscripción en los registros públicos de las prohibiciones o limitaciones establecidas en el convenio, pero si no se ejercita la acción de reintegración los actos en cuestión seguirán desplegando todos sus efectos, al igual que sucede con los actos a que se refiere el art.71 LC . En la misma idea se asienta el art. 162-1 LC al referirse a los pagos efectuados durante la fase de convenio, disponiendo que si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores. En consecuencia hay que entender que salvo prueba del fraude se consideran legítimos los pagos realizados en cumplimiento del convenio, pero ni siquiera éstos pagos están a salvo de la posibilidad de que ser revocados. De lo que se trata, en definitiva, cuando la liquidación trae causa del incumplimiento del convenio (art. 143-1-5º LC) es de salvaguardar los derechos de los acreedores, y el principio de la ‘par conditio creditorum’, de modo que como establece el art. 162-2 en los casos de

artículos 137.2, 145.1, 147 y 162.1 LC. La AP de Barcelona en una sentencia dictada en julio del 2014, ha dado respuesta a estos argumentos, negando categóricamente que se pueda ejercitar la rescisoria concursal para rescindir los actos realizados con posterioridad a la declaración de concurso²¹³.

pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resulte desvirtuada por sentencia firme de revocación, quienes los hubieran recibido los retendrán en su poder pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente (...) La aprobación del convenio no comporta la finalización del concurso sino que los bienes continúan afectos al cumplimiento del convenio, y cuando éste se declara incumplido el procedimiento concursal no se reabre sino que continúa, con todos sus efectos (art. 147) incluidos los relativos a la reintegración a la masa, hasta que se declare su conclusión por alguna de las causas previstas en el art. 176 LC”; Posteriormente esta misma AP Lleida (Sección 2) 27.11.2014 (Sentencia 512/2014; Rollo 548/2014) recoge la misma idea aunque sin afectar a la ‘ratio decidendi’ del asunto: “*Sentado lo anterior, para la resolución del presente recurso hay que tener en cuenta, en primer lugar, que mediante el ejercicio de la acción de reintegración, se pretende garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso, preservando la integridad del patrimonio que debe servir para la satisfacción ordenada de los créditos, mediante la rescisión de los actos realizados por el deudor que representan un perjuicio para los acreedores concursales, para que su derecho al cobro de los créditos no se vea burlado por la reducción del patrimonio que comportan tales actos del concursado, de forma que la posibilidad de ejercicio de la acción alcance no sólo a los actos anteriores a la declaración de concurso sino también a los posteriores, en caso de que tras dicha declaración el deudor distraiga bienes o derechos que deberían formar parte de la masa activa.*”

En esta misma línea se pronuncia la AP de Burgos: “*Segundo.- La acción rescisoria se ejercita una vez abierta la fase de liquidación. En materia de reintegración resulta perfectamente posible el ejercicio de las acciones rescisorias en trámite de liquidación porque el artículo 147 LC no las excluye cuando hace una remisión general a las disposiciones del título III de la ley en tanto no sean incompatibles. En segundo lugar la reintegración se pide de unos pagos realizados a uno de los acreedores en la fase de convenio; es decir, la reintegración se refiere a actos realizados después de la declaración del concurso. Tampoco debe ser obstáculo para el ejercicio de la acción rescisoria el elemento temporal definido en el artículo 71.1 de la Ley Concursal, que se refiere a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Con ello se quiere decir que el plazo de la rescisión opera desde la declaración del concurso hasta dos años para atrás; pero ello es porque el legislador se sitúa para la fijación de este plazo en el momento de la declaración. Situados en un momento posterior, por ejemplo en el de la liquidación, serán actos rescindibles los no fraudulentos realizados como dice el artículo 71.1 desde los dos años anteriores a la declaración del concurso, pero también todos los actos realizados después de la declaración del concurso, y mientras no haya transcurrido el plazo de caducidad de la acción rescisoria.”; SAP Burgos (Sección 3) 11.06.2013 (Sentencia 168/2013; Rollo 108/2013).*

²¹³ SAP Barcelona (Sección 15) 02.07.2014 (Sentencia 235/2014; Rollo 427/2013): “*SEGUNDO. 7. El presupuesto de la acción de reintegración que configura el art. 71.1 LC es que se trate de un acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, no a la fecha de la apertura de la liquidación. Así resulta con claridad del texto legal (art. 3.1 CC), que se ha mantenido tras las sucesivas reformas legislativas de la LC, y no hay razón para alterarlo mediante la extensión o modificación de los parámetros temporales de cómputo. La apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio no es jurídica o técnicamente una "nueva declaración de concurso", sino un supuesto de apertura de la liquidación, de un concurso que ya fue declarado y que no concluyó con la aprobación del convenio, por más que desde ese momento cesen -temporalmente- los efectos del concurso y el deudor pueda desenvolverse sin limitaciones, a salvo las que le imponga el convenio. Con respecto a los actos realizados por el deudor en el período comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación, no hay propiamente una laguna legal que deba ser integrada mediante la aplicación analógica (art. 4.1 CC) del art. 71.1 LC. Tales actos podrán ser objeto de las acciones de impugnación previstas en el régimen general o común, a las que expresamente alude el apartado 7 del art. 71, o en su caso del tratamiento y efectos que resulten procedentes en la sección de calificación. En consecuencia, el acto impugnado, conformado por las dos escrituras mencionadas, ha de quedar excluido del ámbito de la acción de reintegración que configura el art. 71.1 LC.*”

Entre la doctrina HURTADO YELO pese a considera los argumentos de la SAP de Burgos reseñada “*poco consistentes*”, también defiende la rescisión de los actos realizados durante la fase de cumplimiento del convenio. Para este autor, el problema jurídico que se plantea es la naturaleza jurídica del auto de apertura de la liquidación, si debe entenderse que reabre el concurso, o por el contrario, si tiene una eficacia similar al de la declaración de concurso, defendiendo que se trata de un auto que produce nuevamente los efectos de la declaración de concurso y por ello, permite atacar los actos realizados durante la fase de convenio conforme al artículo 71 LC²¹⁴.

Al igual que una gran mayoría de la doctrina²¹⁵, estamos en total desacuerdo con esta posición. La acción rescisoria concursal regulada en el artículo 71.1 LC tiene como finalidad rescindir los actos realizados durante el llamado período sospechoso inmediatamente anterior a la declaración de concurso, período que la LC ha fijado en dos años, y la literalidad del artículo no deja lugar a duda, su objeto son los actos realizados “*dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso*”. El hecho de que el artículo 147 LC declare aplicables a la liquidación las normas del Título III, dentro del cual se encuentra el art. 71.1, no puede fundamentar la aplicación de la acción del 71.1 LC a los actos realizados con posterioridad a la declaración del concurso. Tampoco creemos que se pueda fundamentar esta tesis en el art. 137.2 LC,

8. *Ello implica la desestimación de la demanda, sin que haya lugar a resolver, con independencia de la acción de reintegración, la exclusión parcial del crédito reconocido en la lista de acreedores, pues no se plantea en la demanda con sustantividad propia sino como efecto de la estimación de la acción de reintegración concursal (otro fundamento jurídico no se ofrece en la demanda para habilitar la revisión de la lista de acreedores en el actual estado del procedimiento).*”

²¹⁴ HURTADO YELO:“(…) *el auto abriendo la fase de liquidación posterior al incumplimiento del convenio, no es equiparable a un auto de liquidación normal tras la fase común o fase de no aprobación del convenio. Es un auto que conlleva la producción nuevamente de los efectos de la declaración del concurso, por lo que la etapa justo anterior de cumplimiento del convenio, podemos considerarla como una etapa semejante a la anterior a la declaración de concurso, donde el deudor tiene la libre disposición de sus bienes, y por lo tanto existe la misma razón o fundamento para atacar los actos realizados en perjuicio de los acreedores conforme el art. 71 L.*

Quizás técnicamente estaríamos ante un auto de reanudación de un proceso que si bien no ha terminado procesalmente, art. 176.1.3 LC, tiene la misma eficacia que si el proceso se iniciara de nuevo. Es decir procesalmente el concurso de acreedores no ha terminado con la aprobación del convenio, pero de facto y en cuanto a los efectos sí, de tal forma que el auto abriendo la fase de liquidación en estos casos sería como un auto de apertura del concurso, y por ende se pueden atacar los actos realizados por el deudor los dos años anteriores”, HURTADO YELO, J.J., “El ejercicio de la acción de reintegración en supuestos de incumplimiento del convenio, *Diario La Ley*, nº 8434, Sección Tribuna, 3 de diciembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-409, Editorial LA LEY, LA LEY 8419/2014, pp.8-10.

²¹⁵ Citamos a modo de ejemplo, a SANCHO GARGALLO, I., op. cit., “Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales...”, p. 12; VILA FLORENSA, M., op. cit., p. 369; y AZNAR GINER, E., op. cit., p. 119.

porque, además de ser un artículo pensado para los supuestos de cumplimiento del convenio, no de su incumplimiento que es el supuesto que da origen a esta tesis, la referencia que hace a la acción de reintegración debe entenderse a las acciones de reintegración en su conjunto, no a la rescisoria concursal del 71.1. Ciertamente, mientras no finalice el concurso, pueden reintegrarse a la masa los bienes indebidamente salidos de la misma con posterioridad a la declaración de concurso, pero no puede hacerse ejercitando la rescisoria del 71.1 LC, sino cualquier otra de las acciones rescisorias o impugnatorias a las que se refiere el 71.6 LC y que conforman el sistema de reintegración creado por la LC. La referencia que con una deficiente técnica legislativa hace el art. 137.2 LC a la acción de reintegración, debe entenderse hecha a las acciones de reintegración que puedan ejercitarse en esa fase, y entre ellas no está la rescisoria del 71.1. Los actos realizados durante la fase de convenio que resulten perjudiciales para la masa, incumplido éste y abierta la fase de liquidación, podrán ser impugnados mediante el ejercicio de la acción pauliana o rescisoria en fraude de acreedores, acción ciertamente subsidiaria y que exigirá la prueba del fraude. En su FD Sexto, la SAP de Lleida de 14 de febrero del 2013 argumenta que no se puede estimar el motivo de recurso consistente en que no concurren los presupuestos para el ejercicio de la acción rescisoria, fundamentándolo en el nexo común existente entre la acción de reintegración y la acción pauliana, y en el hecho de *“haber quedado acreditada tanto la existencia del perjuicio patrimonial como la intencionalidad de los demandados en las operaciones realizadas, como parte de un plan elaborado para dejar la sociedad vacía de cualquier activo dinerario”*. A nuestro juicio, la Sentencia aplica a la acción rescisoria concursal, los presupuestos y la jurisprudencia dictada en relación a la acción pauliana, incluido el presupuesto del *“consilium fraudis”*, mezclando ambas acciones como si fueran una sola.

Los defensores de esta posición, de facto, desvirtúan el sistema de reintegración configurado por la LC forzando una interpretación extensiva contraria a la letra y el espíritu de la LC para que la rescisoria concursal sea aplicable a la totalidad de supuestos de reintegración posibles en un concurso, ignorando el resto de acciones aplicables a estos supuestos de conformidad con lo establecido en el 71.7 LC. Los actos realizados después de la declaración de concurso pueden ser rescindidos pero no por la rescisoria concursal, sino ejercitando cualquier otra acción de rescisión civil. Que en estos casos el actor esté obligado a probar los hechos constitutivos de su pretensión no

debe considerarse un perjuicio injustificado o excesivo que justifique la aplicación de la rescisoria concursal. Por el contrario, la exigencia al actor de la prueba del fraude se debe a la simple aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba contenidas en la LEC y de aplicación general a los procedimientos del ámbito civil y mercantil. A nuestro juicio, no es una posición admisible por ser contraria a la actual regulación. Cuestión distinta es que, a la vista de la problemática que pueden plantear este tipo de actos, y del volumen de asuntos en los que puedan tener una incidencia real sobre la masa, se pueda considerar necesaria o no una reforma de la ley que mejore su tratamiento procesal.

Dicho todo lo anterior, debemos concluir diciendo que el TS ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en la STS de 24 de julio de 2014 (aunque obiter dicta, no ratio decidendi), afirmando reiteradamente que sólo pueden ser rescindibles los actos realizados dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso²¹⁶.

CAPITULO II.- REQUISITO OBJETIVO: EL PERJUICIO. LAS PRESUNCIONES DE PERJUICIO LEGALMENTE ESTABLECIDAS.

Tal y como ya hemos destacado en el capítulo II del Título I, la nueva LC prescinde del concepto de fraude (y del de mala fe) como requisito para el ejercicio de la acción rescisoria concursal sustituyéndolo por el de perjuicio para la masa. Así lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia de forma casi unánime, y ha sido expresamente declarado por el TS en su sentencia de 26 de octubre de 2012: *“El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude”*. El perjuicio aparece en este nuevo sistema como requisito objetivo esencial para determinar si procede o no estimar la rescisoria concursal, perjuicio que debe producirse en el momento de realizar el acto, no posteriormente, ni en el momento de la declaración de concurso, ni en el momento de la rescisión. Se hace

²¹⁶ STS 24.07.2014, Fundamentos de Derecho 19, 20 y 21 respectivamente: *“Lo único que exige el art. 71 LC es que se hubiera realizado dentro del periodo legal de dos años antes de la declaración de concurso de acreedores y que sea perjudicial para la masa activa”*; *“...Como este acto está fuera del periodo sospechoso de dos años previstos en el art. 71 LC, no fue objeto de rescisión”*; *“Todos estos pagos, que ha quedado acreditado fueron realizados dentro del periodo sospechoso de los 2 años...”*.

por ello ineludible delimitar qué debemos entender por “perjuicio” a efectos de la rescisoria concursal.

1.- Concepto de perjuicio para la masa activa.

El legislador, pese a la polémica que ha generado la delimitación de este concepto, y las numerosas reformas de la LC realizadas en los últimos años, no ha considerado necesario concretar el concepto de perjuicio, por lo que en la práctica su delimitación se ha venido realizando por la jurisprudencia. El concepto de “perjuicio” ha sido acertadamente calificado por SANCHO GARGALLO²¹⁷ como “*un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido*”. Podemos afirmar siguiendo la doctrina de la Audiencia Provincial de Barcelona, y a reserva de matizaciones posteriores, que causan un perjuicio los actos u omisiones que tienen como resultado un “*sacrificio patrimonial injustificado*” del deudor, ya sea porque se produce una reducción del patrimonio, o porque impide obtener el rendimiento o aumento patrimonial que tendría que haber tenido lugar²¹⁸. La disminución o falta de aumento patrimonial debe ser injustificada, no justificada o no razonable desde el punto de vista jurídico y/o empresarial. Es precisamente esta idea la que justifica que el legislador, en el art. 71.5 LC, excluya de la rescisión algunos actos (como por ejemplo, los actos

²¹⁷ SANCHO GARGALLO, op. cit. “Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos...”, p. 159. En este mismo sentido se pronuncia la SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006), y más recientemente la STS (Sala de lo Civil), de 27-10-2010, Recurso nº 10/2007, Resolución nº 662/2010 (Id. Cendoj: 28079110012010100611): “*SEPTIMO.- En el motivo primero se acusa la infracción del art. 71.1 de la Ley Concursal. El fundamento del motivo se resume en que de los propios hechos declarados probados no resulta la existencia de perjuicio para el concurso (....).*

Es evidente que la venta se hizo por un precio notablemente inferior al del mercado lo que produjo una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora constituyendo un sacrificio patrimonial injustificado. Las circunstancias concurrentes no solo no justifican la venta, sino que incluso explican el porqué se realizó una operación que era perjudicial para la vendedora y sus acreedores, y muy beneficioso para la sociedad compradora AVANT, uno de cuyos socios -D. Benito -era acreedor de Estudio. Y a este respecto es especialmente significativo que el mismo día 31 de agosto de 2.004 en que se formalizó la compraventa, los hijos del administrador de ESTUDIO, D. Moisés, Dña. Raquel y Dña. Felicidad pactaron con la sociedad compradora AVANT entrar a formar parte como socios mediante una ampliación de capital. Todo ello se pone de manifiesto de modo irrefutable en las sentencias de primera instancia y de apelación, la que, aparte sus propios argumentos asume los de la resolución apelada. Y a todo ello aún cabe añadir la falta de pago de parte del precio y del IVA que puso al descubierto el incidente concursal”. En este mismo sentido se pronunció también el TS en la sentencia de 16-9-2010.

²¹⁸ En este sentido se pronunció, p. ej, el JM 1 de Alicante en la sentencia de 10.10.2007 (Incidente Concursal 235/2007), y en la Sentencia 59/2008 de 05.05.2008 (AC 2008\1086; Incidente Concursal 637/2007): “*No hay duda alguna en considerar que hay perjuicio cuando el activo patrimonial del deudor se ve disminuido por la realización del acto o no se incrementa como consecuencia de su omisión*”.

empresariales ordinarios necesarios para la actividad habitual del deudor), aún cuando sean objetivamente sean perjudiciales para la masa.

1.1.- Concepto de perjuicio según la Jurisprudencia.

Siendo ésta la cuestión básica o central de la acción rescisoria concursal, y careciendo de mayor concreción legal, los Juzgados de lo Mercantil y las Audiencias Provinciales de nuestro país se han tenido que pronunciar de forma reiterada sobre el alcance del concepto de perjuicio. El análisis de sus resoluciones nos permite afirmar que se aprecia la existencia de perjuicio, tanto cuando el acto impugnado produce una clara disminución de la masa activa, como cuando dándose o no esa disminución patrimonial, se vulnera el principio de la par conditio creditorum (si bien no puede considerarse automáticamente perjuicio cualquier infracción de la par conditio). Asimismo, debemos recordar que no debe reducirse el concepto de perjuicio sólo a los actos u omisiones que suponen una pérdida o disminución patrimonial, sino que debe tenerse en cuenta también los supuestos en los que no se obtiene un aumento de la masa activa, posible y previsible de no haberse llevado a cabo el acto cuya rescisión se pretende.

También debemos tener en cuenta, que la jurisprudencia no ha considerado necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia haya una relación causal²¹⁹; es suficiente que la actuación del deudor sea perjudicial para la masa, aún

²¹⁹ En este sentido, véanse entre otras, SAP Barcelona (Sección 15) 22.05.2008 (Rollo 646/2007): “... Por el contrario, el periodo sospechoso sobre el que puede operar la acción rescisoria concursal no lo fija el juez en atención al momento en que presumiblemente comenzó la situación de insolvencia, sino que viene determinado por el legislador con carácter general y común para todos los casos: dos años antes de la declaración de concurso (art. 71 LC). Este plazo no presupone necesariamente que el deudor concursado estuviera ya en situación de insolvencia ... Este perjuicio, que ya hemos explicado en qué puede consistir, debe apreciarse en función de la posterior apertura del concurso, y al margen de si cuando fuera realizado se hallaba o no en situación de insolvencia (...) La ineficacia del acto de disposición se justifica ahora no porque se realizó en situación de insolvencia y para defraudar a sus acreedores de entonces, sino porque ha ocasionado una aminoración del patrimonio de quien más tarde es declarado en concurso, perjudicando la garantía patrimonial del pago de los créditos concurrentes”; SJM-1 Alicante 10.10.2007 (Incidente Concursal 235/2007): “El presupuesto objetivo de la acción de reintegración concursal es la existencia de un perjuicio para la masa activa producido por el acto se pretende rescindir, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración del concurso hay una relación causal” , en idéntico sentido la SJM-1 Alicante 05.05.2008 (AC 2008\1086; Sentencia 59/2008; Incidente Concursal 637/2007); y SJM 1 Murcia 28.07.2010: “Tercero (...) De esta forma se puede concluir que no se exige que se acredite un nexo de causalidad entre el acto del deudor y la situación de insolvencia sino que realmente se pruebe que existe un acto lesivo para la masa”.

cuando no sea causa de la insolvencia final. Algunos autores también se han manifestado en este sentido²²⁰.

A) Equiparación de perjuicio a disminución de la masa activa.

Para la jurisprudencia la disminución de la masa activa siempre conlleva un “perjuicio patrimonial”. La disminución voluntaria y significativa por parte del deudor de su activo (sin la correlativa contraprestación), en fecha próxima a su declaración de concurso, supone un perjuicio patrimonial grave y directo para la masa activa del concurso. En la práctica, nuestros juzgados y tribunales han venido estimando unánimemente la existencia de perjuicio, entre otros, en supuestos como los siguientes: en las transmisiones hechas en condiciones desfavorables para el deudor (p. ej, si no recibe el precio declarado, o el precio es claramente inferior al precio de mercado, o si se pacta una forma de pago claramente dilatoria del mismo, o si se renuncia a un pago pendiente)²²¹; en supuestos de dación en pago (normalmente cuando el precio del bien

²²⁰ Vide en esta línea, entre otros, a GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ para el que: “... *no media vinculación alguna, a fin de que proceda la acción rescisoria, entre el acto que se quiere impugnar y el estado de insolvencia del ahora concursado. El perjuicio, noción sobre la que se asienta el entero sistema de reintegración es independiente del estado de insolvencia, en el sentido de que el acto puede resultar perjudicial aunque no medie relación causal alguna entre este y aquel estado de insolvencia del ahora concursado*”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., op. cit., “Presupuestos y finalidad ...”, ed. 2009, pp. 36 y 45; MASSAGUER FUENTES afirma que: “*la rescisión concursal no depende de la situación de insolvencia, ni de su efectiva producción, ni de su inminencia o proximidad...*”, MASSAGUER FUENTES, M., op. cit. “Aproximación al régimen...”, p. 4220; LINACERO DE LA FUENTE considera que la nueva LC ha cambiado el requisito de la causalidad por el de la temporalidad: “*Seguindo a GIL RODRÍGUEZ, entiendo que en sede concursal ‘la conexión causal no precisa constatare singularmente sino que basa que el acto –económicamente negativo- encuentre ubicación dentro del período sospechoso... y seguirá siendo impugnabile aún en el supuesto de que se acreditara que fue otorgado en momento aún de prosperidad y anterior a la precipitación de ruina del concursado*”, LINACERO DE LA FUENTE, M., op. cit., p. 70; LEON SANZ, F. J., ob. cit., “El sistema de reintegración ...”, p. 257; y AZNAR GINER, E., op. cit., p. 50.

²²¹ Vide. a modo de ejemplo, SAP Murcia (sección 4) 23.05.2008 (JUR 2008; Sentencia 181/2008; Rollo 354/2006): “(...) *se refieren las circunstancias en que se basa el carácter perjudicial que revistió la compraventa (...) para la masa activa (...) aceptándose por la Sala la conclusión valorativa de instancia, (...) pues el precio de valoración por metro cuadrado es casi un 50% superior al precio fijado de 29,97 € (...) El carácter perjudicial de esta compraventa para la masa activa de la entidad vendedora, y luego declarada en concurso antes del transcurso de dos años, también se pone de manifiesto por la forma en que se pactó el pago del precio de la compraventa fijado en 2.700.000 €, en cuanto que en el momento de la firma de la escritura se entregaron 728.000 € y el pago del resto del precio en seis pagarés con vencimientos en fechas 6 de mayor de 2004, 6 de mayo de 2006 y 6 de mayo 2007*”. En este mismo sentido en un supuesto casi idéntico se pronuncia la Sentencia JM-1 Murcia 12.07.2005 (Incidente Concursal 127/2005), si bien en este caso, al hecho de haberse fijado un precio inferior en casi un 50 % al fijado en informes de tasación, se añade que el pago de la mayor parte de ese se difiere mediante la entrega de pagarés a 2 o 3 años; Por su parte la SAP Barcelona (Sección 15) 22.05.2008 (Rollo 646/2007), en un supuesto en el que el precio de venta consignado en la escritura es muy inferior al de mercado (menos del 50%) dando lugar a un claro desequilibrio de prestaciones, sin que además conste abonado el precio, manifiesta lo siguiente: “*VIII. En este caso, la administración concursal no invocó la aplicación de ninguna de estas presunciones y sí acreditó el perjuicio mediante la prueba de las*

dado en pago es muy superior a la deuda)²²²; cuando la transmisión, aunque realizada a precio de mercado, ha supuesto una descapitalización y pérdida de fondo de comercio²²³; en un supuesto en el que se aportaron fincas a una sociedad en situación de disolución desde hacía al menos 2 años, a cambio de participaciones sociales de la misma²²⁴; pago de deudas de otras sociedades del grupo, o préstamos gratuitos a sociedades del grupo, o pagos injustificados a sociedades vinculadas al administrador social²²⁵; pago de un alquiler con una renta 300% superior al precio de mercado²²⁶; o pago de un interés moratorio del 29%²²⁷ (en este último caso, la Audiencia modera el

circunstancias que acompañaron a la enajenación: se vendió por un precio escriturado (60.111 euros más 10.577 euros de IVA) muy inferior al de mercado (160.000 euros), dando lugar a un claro desequilibrio de prestaciones, sin que además conste fuera abonado el precio pactado, sin perjuicio de que los adquirentes se hubieran hecho cargo del coste de la cancelación del leasing que pesaba sobre el inmueble (32.847'44 euros). Estas circunstancias de la transmisión, acreditadas y no discutidas en el recurso de apelación, ponen en evidencia el perjuicio que este acto de disposición ha supuesto para la masa del concurso pues, de no haberse realizado, el patrimonio de la sociedad concursada, que conforma la masa activa del concurso (art. 76 LC) y que constituye la garantía del cobro de los créditos de sus acreedores, hubiera sido mayor". En términos similares se pronuncian las SAP Barcelona (Sección 15) 17.03.2011 (Sentencia 121/2011; Rollo 481/2010) y de 07.04.2014 (Sentencia 156/2014; Rollo 492/2013), y la SAP Madrid (Sec. 28) 01.07.2013 (Sentencia 212/2013; Rollo 247/2012). En este sentido también se han pronunciado ya las Audiencias de Alicante, Córdoba, la Rioja, Lleida, Murcia, Orense Oviedo Pontevedra y Tarragona.

²²² Citamos a modo de ejemplo, la SAP Alicante (Sección 8) 22.10.2008 (JUR 2009/25857; Sentencia 367/2008; Rollo 92/2008); y la SAP Barcelona (Sección 15) 15.06.2011 (Sentencia 260/2011; Rollo 593/2010)

²²³ SAP Málaga (Sección 6) 26.03.2009 (JUR 2009/274183): “*TERCERO (...)* para analizar si la masa activa se ha visto perjudicada por la cesión de esos derechos y obligaciones haya de examinarse si el activo y el pasivo han mermado en igual medida o bien ha sido el activo el mas perjudicado, conclusión ésta última la que ha de estimarse pues con esa operación se excluyó del patrimonio de la concursada el derecho actual a usar unos inmuebles y el derecho a adquirir su propiedad con el ejercicio de la opción de compra, y si bien es cierto, como insiste la recurrente, en que con la cesión la concursada lo que hizo fue traspasar deudas, como el impago de las cuotas futuras, éstas se devengarían mensualmente en el transcurso de menos de ocho años, y comparando el activo y el pasivo del que se deshizo la concursada sin duda alguna es mayor la pérdida que la ganancia para la masa activa... ”.

²²⁴ SAP Alicante (Sección 8) 14.02.2008 (JUR 2008/166965) (Rollo 33/2008).

²²⁵ SAP Lleida (Sec. 2) 29.10.2008 (JUR 2009/78109); SAP Madrid (Sec. 28) 07.05.2012 (Sentencia 140/2012; Rollo 331/2011) y 11.01.2013 (Sentencia 4/2013; Rollo 640/2011); SAP Zaragoza (Sec. 5) 25.09.2013 (Sentencia 398/2013; Rollo 316/2013), y SAP Pontevedra (Sec. 1) 14.11.2012 (Sentencia 568/2012; Rollo 585/2012).

²²⁶ SAP Zaragoza (Sec. 5) 12.02.2013 (Sentencia 93/2013;Rollo 35/2013).

²²⁷ SAP Vizcaya (Sección 4) 30.12.2008 (JUR 2009/200211): “*CUARTO.- Como hemos dicho ya anteriormente el art. 71.4º de la Ley Concursal admite la rescisión de actos que produzcan un perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso, pero, en tal caso, a diferencia de los anteriores que establecen presunciones "iuris et de iure" y "iuris tantum", deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria. Siendo que, por daño a la masa debe entenderse el menoscabo o la desaparición de bienes del patrimonio del concursado, es ínsito y consustancial el menoscabo que sufre la masa activa del pacto, en estas operaciones "extrañas" al objeto de obtener liquidar y evitar o demorar la solicitud del concurso, de un interés de demora del tipo del 29% (...) la rescisión del interés moratorio pactado*

interés de demora fijándolo, hasta la declaración de concurso, en el interés legal del dinero); esta resolución entendemos que no se ajusta a los efectos previstos en la LC, que permite declarar la ineficacia, pero no moderar o sustituir, o adecuar el acto impugnado. En estos supuestos, las resoluciones judiciales declaran que existe un desequilibrio en las prestaciones en detrimento del patrimonio del concursado, que determina la existencia del perjuicio exigible para la prosperabilidad de la acción rescisoria concursal.

B) Extensión del concepto de perjuicio a la infracción del principio de la par conditio creditorum.

No obstante todo lo dicho hasta el momento, en la práctica el contenido del concepto de perjuicio no se reduce sólo a la disminución directa del activo de la concursada, o a la no obtención de la ganancia o el beneficio esperable. Existe una doctrina jurisprudencial prácticamente unánime –aunque discutida por un sector minoritario de la doctrina entre los que destacan por su elaborada argumentación GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, CARRASCO PERERA, y ESPIGALES HUETE²²⁸–

viene dada por ser altamente perjudicial para la masa activa, atendiendo al art. 71.4 de la Ley Concursal. Consecuencia de ello es que hasta la declaración del concurso, puesto que se ha rescindido la garantía real de los créditos, en virtud el art. 59 de la LECO, como intereses moratorios que son, pueden quedar a la facultad moderadora del Tribunal, como cualquier cláusula penal, atendiendo al art. 1.154 del Código Civil. Y así se acuerda que la cantidad máxima que en concepto de intereses moratorios podrán recibir las demandadas hasta la declaración de concurso, en que quedan suspendido el devengo de los intereses por el incumplimiento en el pago de las deudas reconocidas, será el interés legal del dinero. Cabe pensar que pocos efectos jurídicos tendrá este pronunciamiento en el caso examinado, atendiendo a la fecha del vencimiento de los pagos y a la declaración del concurso de D. Vicente.”

²²⁸ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ tras analizar el art. 71.1 LC según los criterios de interpretación literal, sistemático y finalista o teleológica de las reglas que disciplinan a reintegración consulta, concluye que: “Si no entendiéramos el perjuicio al que se refiere la norma como una exigencia de aminoración, cuantitativa o cualitativa, de la masa activa sino, por el contrario, ampliáramos su extensión a fin de dar cobertura al menoscabo de la igualdad ente los acreedores, acabaríamos, junto con no ajustarnos a las exigencias dispuestas por el legislador, en unos resultados demasiado próximos a aquellos que se obtenían bajo la vigencia del derogado modelo de la retroacción de la quiebra. Por otro lado, repárese que con la interpretación que no compartimos y que extiende la posibilidad de la rescisión ex art. 71 LC a los supuestos en que el perjuicio recaiga sobre la masa pasiva, se estaría actuando una suerte de aplicación retroactiva de la regla de igualdad de los acreedores. Sin embargo, no puede olvidarse que la par conditio creditorum surge con el nacimiento de la masa pasiva, esto es, con la misma declaración de concurso, sin que, desde luego, estuviera vigente en un momento anterior y, por tanto, en aquel en que se hubiera realizado el acto que ahora se quisiera impugnar”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., op. cit., “Presupuestos y finalidad ...”, ed. 2009, p. 56. Este autor completa su argumentación afirmando que la ruptura del principio de la par conditio en las las presunciones es sólo aparente. Por su parte CARRASCO PERERA sostiene que: “... no se pueden hacer equivalentes perjuicio de la masa (de acreedores) y ruptura de la regla de equiparación de trato entre los acreedores. Pues entonces, y por definición, toda garantía real que subsistiera al tiempo del concurso sería perjudicial para la masa. La ‘masa activa’ no son los otros acreedores, ni es un centro de referencia que proteja los intereses exclusivos de los acreedores no garantizados. Nada tiene que ver el interés de la

que considera los actos perjudiciales para la masa activa, un concepto más amplio que el de perjuicio patrimonial²²⁹, extendiendo el contenido del concepto de perjuicio a la vulneración o infracción del principio de la par conditio creditorum, aunque con el matiz de que no toda infracción de la par conditio puede subsumirse en el concepto de

masa, o el interés del ‘concurso’, con el interés de la igualdad de los acreedores ordinarios, pues en tal caso garantía real y concurso serían conceptos excluyentes. Sirva esto para refutar la extendidísima opinión de que el perjuicio de la masa tiene algo que ver con la preservación de la par conditio creditorum, o que la acción rescisoria concursal está puesta al servicio de esta igualdad de trato. Ello no es así ni siquiera en el supuesto del art. 71.3.2º en la que la presunción relevante es la de perjuicio a la masa del concurso, es decir, la de la existencia de un acto a título gratuito, no importando de suyo la circunstancia de que, habiéndose creado una preferencia, se haya puesto en cuestión la par conditio (...) Se opone además a la consideración criticada la propia decisión legal de convertir en deudas de la masa los créditos de restitución del acreedor cuya garantía se rescindió, lo que revela que no es la voluntad de restaurar la par conditio lo que llevó al legislador a erigir el régimen revocatorio”, CARRASCO PERERA, A., op. cit., pp. 397-398. También ESPIGARES HUETE afirma que: “Para nosotros, que el legislador no los haya incluido en la presunción absoluta relativa a los pagos de deudas no vencidas es otra razón más para entender que lo que realmente protege el precepto con esta presunción no es el principio de paridad en el trato de los acreedores sino el perjuicio a la masa activa que deriva del hecho mismo de no respetar el plazo de vencimiento, es decir, del pago anticipado”, ESPIGALES HUETE, J.C., “La acción rescisoria concursal”, Ed. Aranzadi S.A., (Thomson Reuters-Civitas), Cizur Menor, 2011, p. 121. No obstante, este mismo autor matiza su posición, y considera rescindibles por perjuicio de acreedores algunos supuestos: “Finalmente, aún reiterando el rechazo de la interpretación amplia que se propugna por parte de la mayoría de la doctrina y de los tribunales ... no podemos ocultar que habrá ocasiones en que la actuación del deudor sea un atentado directo frente al inminente principio de paridad de trato. Imaginemos, por ejemplo, que el día o los días previos a la solicitud de la declaración de concurso voluntario el deudor paga o realiza cualquier otro acto de extinción de una obligación vencida. Lo realiza de una forma claramente abusiva y e perjuicio de acreedores de la misma condición (deudas también vencidas e incluso vencidas antes). En este ámbito, y de acuerdo con una interpretación a sensu contrario de art. 71.5.1º LC, podríamos estimar impugnables, en principio, todo lo que no sean ‘actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales’... una situación de crisis patrimonial avanzada puede obligar eventualmente a realizar al deudor actos en nada ordinarios y alejados de las condiciones normales. Por tanto, la rescisión sólo debe tener éxito en aquellos casos extraordinarios en que tal actuación no esté justificada, en el sentido de que el pago o la extinción de la obligación vencida no está destinada a crear o mantener las condiciones para posibilitar razonablemente la continuidad de la empresa, o simplemente, no tenga efecto favorable alguno para la masa (...) una actuación dirigida única y exclusivamente a beneficiar a unos acreedores frente a otros. Y esto es lo que no resulta admisible (...) Ampliar la extensión del perjuicio a estos supuestos constituye, en nuestra opinión, una razón de elemental justicia. ”, ESPIGARES HUETE, op. cit., pp.116-120. También defienden este concepto estricto o restringido MARTÍN REYES, M.A., "La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada" en AA.VV., “Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia”, T. IV, p. 4181; y BELTRAN para el que: “... la letra del art. 71 y la propia rúbrica del Cap. IV del Tit. III (‘Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa’) inducen a seguir una interpretación estricta en el sentido de que sólo podrán considerarse que existe perjuicio cuando el acto produzca una reducción del patrimonio del concursado, que constituye la garantía de los acreedores, sin que haya de valorarse, por el contrario, los efectos que el acto pueda producir en la ordenación de la masa pasiva... “, BELTRAN, E., “Curso de Derecho Mercantil II” (Dir. Uria y Menéndez), 2ª ed., Madrid, 2007, p. 1024. También optan por esta interpretación restrictiva SEBASTIAN, R., op. cit., p. 150; y ÁVILA DE LA TORRE, A., “Las presunciones relativas de perjuicio (I): impugnación de los actos dispositivo a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, en A.A.V.V., “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 1ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, p. 92.

²²⁹ Sentencia JM-2 Barcelona de 25.02.2005 (AC 2005/534) y SAP Navarra (Sección 3) 10.11.2009 (JUR 2010/187862; Sentencia 167/2009; Rollo 179/2008)

perjuicio. Esta posición va más allá de la tesis enunciada hasta el momento, afirmando que, siendo indiscutible que hay perjuicio para la masa activa cuando hay una reducción injustificada del activo, también debe apreciarse la existencia de perjuicio cuando el acto impugnado beneficie de forma clara y manifiesta a alguno o algunos de los acreedores en detrimento del resto, y ello con independencia de que el acto en sí mismo suponga una disminución patrimonial o no. Considera que debe apreciarse la existencia de un perjuicio indirecto, cuando el acto rescindible quiebra el principio de paridad de trato de los acreedores al alterar la preferencia y prelación de cobro legalmente establecida, es decir, cuando beneficie a un acreedor (o a un número muy reducido de ellos) en perjuicio del resto de acreedores, que verán de esta forma reducido de forma significativa el activo que deberían permitirles cobrar sus créditos. Según esta tesis, el concepto de perjuicio vendría integrado por dos requisitos independientes y autónomos, la disminución de la masa activa por un lado, y la infracción de la par conditio creditorum por otro, de manera que existirá perjuicio en el sentido del art. 71.1º LC si concurre cualquiera de los dos.

Pese a ser esta tesis abrumadoramente mayoritaria entre la doctrina y la jurisprudencia, creemos no encuentra amparo en la literalidad del art. 71.1º de la LC que se refiere a los “*actos perjudiciales para la masa activa*” pero no a la par conditio creditorum. Sus defensores la fundamenta en las presunciones contenidas en el art. 71.2º y 3º de la LC. Así, sostienen que algunas de las presunciones establecidas a efectos de prueba (concretamente los supuestos de pago de deudas de vencimiento posterior a la declaración de concurso, de constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes, o los actos dispositivos onerosos a favor de persona especialmente relacionada con el concursado), presuponen el perjuicio basándose en una “*infracción del principio de paridad de trato a los acreedores*”. Por ello, consideran que el respeto al principio de la par conditio creditorum está implícito en el art. 71.1º LC, y por tanto, debe orientar su interpretación. Esta doctrina fue recogida inicialmente, de forma clara y extensa, en dos sentencias de las Audiencias de Madrid y Barcelona dictadas con menos de un mes de diferencia, el 19 diciembre del 2008 y el 8 de enero del 2009 respectivamente, ambas reiteradamente citadas por la jurisprudencia posterior. Este concepto amplio de perjuicio que incluye la infracción de la par conditio ha sido acogido finalmente por nuestro Tribunal Supremo, aunque con algún ligero matiz.

La sentencia dictada en el 2008 por la Audiencia de Madrid (que por su especial trascendencia se recoge de forma extensa en nota a pie de página)²³⁰, revoca la sentencia de primera instancia que había desestimado la existencia de perjuicio. El acto impugnado era la venta de una nave industrial por un precio que el juzgado y el tribunal consideraron de mercado, pero una parte del cual no se entregó a la vendedora-concursada destinándolo la compradora a pagar a uno de los acreedores de la concursada. El juzgado mercantil no entra a analizar este segundo hecho por considerar que debería de haber sido objeto, en su caso, de una acción de reintegración independiente. La Audiencia discrepa, analiza el supuesto y declara la existencia de perjuicio por infracción de la par conditio creditorum.

²³⁰ SAP Madrid (Sección 28) 19.12.2008 (Rollo 36/2008): “*TERCERO.- “... El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71 de la LC en relación con el nº 1 del mismo precepto legal.*

Que la regla de la ‘par conditio creditorum’ subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.

Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos. Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal.

Cuarto.- (...) Por lo tanto, la acción rescisoria ejercitada contra la operación de compraventa debe prosperar, pues ésta conllevó una disminución de la masa activa en beneficio de un acreedor determinado y en detrimento de los derechos del resto. No podemos justificar el rechazo la demanda con el argumento de que el problema afectaba tan solo a un pago en concreto derivado de la misma, pues cabe la impugnación del negocio jurídico en su conjunto, puesto que aquél formaba parte del diseño y concepción del mismo y de su ulterior consumación.”.

Por su parte, la sentencia dictada en el 2009 por la Audiencia de Barcelona²³¹, en relación a los pagos realizados a un acreedor en devolución de los préstamos realizados a la sociedad concursada, considera que en este caso no hay perjuicio, por cuanto durante ese mismo periodo se hicieron pagos por importes muy elevados a la mayoría de los acreedores sociales, no apreciando, por tanto, infracción de la par conditio creditorum. En una sentencia dictada dos meses después, la Audiencia de Barcelona se pronuncia de nuevo declarando que, para que un pago debido, vencido y exigible pueda considerarse una vulneración de la par conditio creditorum será necesario que, *“al tiempo de ser realizado, el deudor ya esté en estado de insolvencia, y por lo tanto obligado a presentar el concurso (arts. 5 y 2.2 LC), que el pago no pueda considerarse ‘acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias’”*²³². Si bien estas sentencias son las más citadas, existen otras muchas que reproducen y defienden esta extensión del concepto de perjuicio²³³.

²³¹ SAP Barcelona (Sección 15) 08.01.2009 (AC 2009/1180), Sentencia 3/2009; Rollo 497/2008): *“CUARTO.- La norma (art. 71.1 LC), sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro. En este sentido el perjuicio es presumido por la Ley en el apartado 2 (con carácter iuris et de iure) y en el apartado 3 (aquí iuris tantum) del art. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes (además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado).*

Fuera de esos supuestos que describen los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, el perjuicio a la masa activa, generado de forma indirecta por quebrantamiento del principio de la paridad de trato, se habrá de probar por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC), y no deriva, simplemente, de que el deudor haya atendido, en el período de antelación legal, algunas obligaciones y otras no.” Esta tesis ya se apuntaba, aunque no tan desarrollada, en la SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006).

²³² SAP Barcelona (Sección 15) 30.03.2009 (JUR 2009/411292; Sentencia 106/2009; Rollo 696/2008).

²³³ Vid. a modo de ejemplo, las SAP de Barcelona (sec. 15) de 27.05.2014 (Sentencia 182/2014, FD 4º; Rollo 503/2013); de 11.06.2014 (Sentencia 210/2014, FD 4º.12; Rollo 497/2013), y de 02.07.2014, (Sentencia 234/2014, FD 3º.7; Rollo 99/2014); SAP Alicante (Sección 8) 22.10.2008 (JUR 2009/25857; Sentencia 367/2008; Rollo 92/2008) que en un supuesto en el que el valor del inmueble era muy superior al de la deuda en cuyo pago de dio: *“ En suma, en el caso hay perjuicio porque hay objetiva disminución, con el negocio de dación en pago, del patrimonio del deudor y además, se produce con el pago del crédito, una alteración injustificada de la preferencia de cobro entre los acreedores concursales.”*; la SAP Castellón (Sección 3) 27.04.2009 (JUR 2009/304131; Sentencia 134/2009; Rollo 586/2008): *“El caso enjuiciado lo entendemos incluíble en lo que viene a ser la propia finalidad de la norma mediante el ejercicio de la acción de reintegración, cuando se hayan producido actuaciones tendentes a disminuir la garantía patrimonial de los créditos, pero también cuando se favorece a algún acreedor vulnerando el trato paritario, que es lo que acertadamente ha valorado en este caso el Juez Mercantil.”*; la SAP Girona 20.03.2009 (AC 2009/1603; Sentencia 137/2009; Rollo 33/2009): *“Por tanto, habrá perjuicio determinante de la reintegración cuando el acto o negocio cuestionado atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa”*; la SAP Pontevedra 22.07.2009 (Rollo 406/2009; Sentencia 369/2009, JUR 2009, 361897): *“... es bien conocido cómo la jurisprudencia mercantil se está*

Con posterioridad, la AP de Barcelona (Sec. 15) en la sentencia dictada el 27 de enero de 2011²³⁴ introdujo un nuevo matiz en el concepto de perjuicio al declarar la no existencia de perjuicio en una cesión de bienes que infringía claramente la par conditio creditorum, justificándolo en que: “...están justificadas como solución más viable o.

decantando, en abierta oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 y sentencia de 8 de enero de 2008, AP Barcelona, secc. 15ª).” Esta sentencia es a su vez citada por la SAP Girona 28.10.2009 (Sentencia 384/2009; Rollo 392/2009); la SAP Navarra (Sección 3) 10.11.2009 (JUR 2010/187862; Sentencia 167/2009; Rollo 179/2008): “El artículo 71 de la Ley Concursal permite rescindir los ‘actos perjudiciales para la masa activa’, concepto más amplio que el de ‘perjuicio patrimonial’; es decir, aun cuando el acto, considerado de forma aislada, no se considerara perjudicial, por mantener la equivalencia de las prestaciones, si no respeta aquel principio, que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjunto de acreedores un mismo trato, dicho acto debe ser rescindido”; la SAP Pontevedra 18.11.2009 (AC 2010/34; Sentencia 570/2009; Rollo 632/2009): “... a pesar de que resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial y que viene consolidándose una visión amplia (frente a una sólida visión estricta que se limita al perjuicio atendiendo al activo patrimonial) de dicho concepto, dando entrada al principio de paridad de trato en la doctrina jurisprudencial...”. La SAP Valladolid (Sección 3) 23.03.2009 (JUR 2009/207224): “El concepto de perjuicio, no tiene el sentido limitado y estricto que propugna la recurrente, es decir, como detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, sino el sentido general y amplio que señala la sentencia apelada, es decir como simple disminución de la garantía de cobro producida por una minoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de un acto realizado por el mismo con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro u otros que así se ven injustificadamente excluidos o incluidos por un importe menor al que en paridad de trato les correspondería, siendo este criterio el que viene siendo seguido esta Audiencia en sintonía con la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia.”. La sección 3ª de esta Audiencia se ha pronunciado reiteradamente en este mismo sentido, entre otras, en las sentencias de fecha 07.05.2009 (AC 2009/1161) y 15.10.2009 (JUR 2009/468431), esta última, frente al argumento de que el principio de la par conditio creditorum sólo rige una vez declarado el concurso pero no antes, afirma: “Ciertamente es que este principio es uno de los pilares del concurso, pero sus efectos se extienden a la fase preconcursal a través precisamente de esta acción de rescisión”.

²³⁴ SAP Barcelona, de 27-1-2011, nº 34/11, Incidente concursal de reintegración nº 294/2008, Rollo nº 369/2010-1ª: “SÉPTIMO. Es cierto que como consecuencia de los negocios descritos, realizados en época de insolvencia, los acreedores beneficiarios han podido eludir en buena medida el tratamiento concursal de sus créditos, que en otro caso hubieran quedado sometidos, como los créditos de los restantes acreedores concursales, a la comunidad de pérdidas, de acuerdo con el principio par conditio creditorum, dentro de la categoría de créditos concursales ordinarios. Sin embargo, apreciamos en este caso ciertas circunstancias extraordinarias o de excepción que impiden apreciar el perjuicio a la masa activa o a la masa de acreedores. En atención al contexto y antecedentes que se han expuesto, estimamos que la cesión de bienes a los referidos acreedores, en el momento en que tuvieron lugar, están justificadas como solución más viable o. menos perjudicial para la masa activa y la masa de acreedores que se integran, por la totalidad de sus créditos, en la masa pasiva. No puede obviarse que la situación concurrente al tiempo de las cesiones reclamaba una solución urgente que posibilitara el desbloqueo del género y la prosecución del proceso productivo para satisfacer al cliente final y salvar así una más que probable devaluación o pérdida de valor del género y un incremento de la masa pasiva por indemnizaciones generadas por el incumplimiento. (...) En definitiva, no sin cierto grado de duda de hecho, estimamos que las cesiones de género se mostraban a la sazón como la solución menos perjudicial a fin de evitar la devaluación y la probable pérdida del género ante la cancelación del encargo por el cliente final, siendo previsible la dificultad de su ulterior venta en el mercado por un precio acorde con su valor”.

menos perjudicial para la masa activa y la masa de acreedores que se integran, por la totalidad de sus créditos, en la masa pasiva”.

También se ha pronunciado la AP de Barcelona, sobre la irrelevancia de los motivos que llevaron a la realización del acto o negocio jurídico, para valorar la existencia o no de perjuicio. Así, en la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2013, después de descartar la existencia de perjuicio por haberse vendido las fincas a precio de mercado, y no haber vulneración de la par condicio creditorum (perjuicio indirecto), afirma: *“Y tampoco podemos compartir que el carácter perjudicial de la venta pueda ser puesto en relación con los motivos que impulsaron a la concursada a llevarla a cabo cuando la única acción ejercitada ha sido la de reintegración concursal. El carácter perjudicial de la venta debe ser analizado desde una perspectiva objetiva, desde la cual los datos a tomar en consideración únicamente pueden ser dos: (i) el valor de lo que sale del patrimonio de la concursada; (ii) el valor de lo que entra”.*

Por su parte, el TS, (que ya hemos adelantado que se ha decantado por la tesis amplia de perjuicio), parte de la base de que para poder valorar debidamente la existencia o no de perjuicio, debe tenerse en cuenta la totalidad del negocio jurídico, así como de las circunstancias que concurren en la realización del acto.

Tal y como ya reseñamos anteriormente, la primera sentencia en la que el TS se pronuncia sobre el presupuesto del perjuicio es la dictada el 16 de septiembre de 2010. En ella afirma que la existencia del presupuesto del perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado, no deriva únicamente de la presunción del 71.2 (pagos anticipados), sino de la ampliación de la hipoteca convirtiendo un crédito ordinario en privilegiado y las condiciones más onerosas o gravosas de la nueva operación crediticia. Así pues, la resolución opta ya por un concepto amplio de perjuicio. En esta misma sentencia afirma que la ley sólo exige la existencia de perjuicio (en el momento de realización del acto), no de insolvencia. Seguidamente, las sentencias de 27 de octubre de 2010, de 28 de marzo y 8 de noviembre de 2012, mantienen el concepto amplio de perjuicio²³⁵. Sin embargo, es la sentencia de 26 octubre de 2012 la que justifica de

²³⁵ Ver los extractos de las sentencias de 28 de marzo y 8 de noviembre de 2012 recogidos en las notas a pie de página nº 108 y 109.

forma más detallada el concepto amplio de perjuicio²³⁶, aunque también advierte que no se puede equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par conditio creditorum*, por considerar que ello supondría extender excesivamente la ineficacia propia de la rescisión. Posteriormente, si bien el TS se ha referido de nuevo a este concepto en otras resoluciones, no ha variado su doctrina en relación a este concepto. Para un análisis más detallado de la doctrina del TS sobre el concepto de perjuicio, para evitar repeticiones, nos remitimos a lo ya dicho en el apartado 5.1, del Capítulo II, del Título I de este trabajo.

Para GARCIA-CRUCES, de la reseñada doctrina del TS se pueden extraer las siguientes conclusiones: *“En primer lugar, la noción de perjuicio, centrada en el sacrificio patrimonial injustificado, también da cabida a ciertos supuestos en que esa lesión se produce respecto de la regla de paridad de trato de los acreedores. De otro, la rescindibilidad del acto por suponer la afección negativa de la par conditio creditorum sólo está justificada cuando se den esas circunstancias excepcionales”*. Para este autor, este criterio del TS suscita un grave problema en la aplicación de las reglas de la LC, *“pues se hace preciso concretar qué significado tienen y determinar cuándo concurren esas circunstancias excepcionales que permiten la impugnación del acto anterior (pago), pese a su inicial justificación (carácter debido y exigible), por suponer la ruptura de la par conditio”*²³⁷.

Los supuestos fácticos enjuiciados en los que la jurisprudencia ha apreciado la existencia de este concepto amplio de perjuicio son también muy diversos, si bien predominan las compraventas y las daciones en pago a un acreedor o un número muy reducido de ellos, realizadas pocos días o semanas antes de la declaración de concurso. En estos casos, si bien la venta o la dación suponen a su vez la transmisión de una parte importante del pasivo que equilibra las prestaciones entre las partes, en la mayoría de los casos concurren los dos presupuestos objetivos señalados, la disminución

²³⁶ Ver el extracto de la sentencia ya reseñado en la nota a pie de página nº 107.

²³⁷ GARCÍA-CRUCES, J.A., op. cit. “Presupuestos y finalidad de la acción ...”, 2ª ed, 2014, pp. 55-56.

patrimonial, y la alteración de la par conditio, por lo que la existencia de perjuicio se considera indiscutible²³⁸.

Otros supuestos en los que se ha apreciado la existencia de perjuicio en sentido amplio son, por ejemplo, los siguientes: la entrega de mercancía a un acreedor que no la paga a cambio de la deuda vencida. (el juzgado lo considera no una venta sino una dación en pago encubierta que infringe la par conditio, rescindiendo por ello la operación)²³⁹; la cancelación anticipada de una póliza de crédito avalada por los ex-administradores, 1 mes antes de la solicitud de concurso hallándose el deudor ya en estado de insolvencia (la sentencia de primera instancia no se fundamenta en la presunción del 71.2 pese a incurrir plenamente en ella)²⁴⁰; la ampliación de un crédito hipotecario en unas condiciones más gravosas y convirtiendo un crédito ordinario en privilegiado (en este caso el TS aprecia además, la concurrencia de mala fe)²⁴¹; en un supuesto en el que se resolvió anticipadamente un contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap), se consideró perjudicial para la masa la resolución anticipada

²³⁸ Vid. p. ej., SAP Alicante (Sección 8) 22.10.2008 (JUR 2009/25857; Sentencia 367/2008; Rollo 92/2008); SAP Baleares (Sección 5) 29.11.2012 (Sentencia 510/2012; Rollo 320/2012); SAP Barcelona (Sección 15) 20.01.2011 (Sentencia 7/2011; Rollo 502/2010) y en términos muy similares la SAP Málaga (Sec. 6) 12.11.2013 (Sentencia 636/2013; Rollo 414/2012); SAP Burgos (Sección 3) de 05.09.2013 (Sentencia 216/2013; Rollo 148/2013) entre otras muchas de ese mismo año; SAP Castellón (Sección 3) 23.11.2012 (Sentencia 560/2012; Rollo 470/2012), entre otras; SAP La Coruña (Sección 4) 14.12.2012 (Sentencia 531/2012; Rollo 538/2012); SAP Oviedo (Sección 1) 07.02.2013 (Sentencia 39/2013; Rollo 547/2012); SAP Salamanca (Sección 1) 01.07.2011 (Sentencia 297/2011; Rollo 739/2010); SAP Cantabria (Sección 2) 20.05.2010 (JUR 2010/356899; Sentencia 42/2010; Rollo 122/2009); SAP Murcia (Sección 4) 08.05.2014 (Sentencia 274/2014; Rollo 220/2014), entre otras muchas; SAP Zaragoza (Sección 5) 11.09.2012 (Sentencia 456/2012; Rollo 398/2012), entre otras; SAP Valencia (Sección 9) 12.03.2012 (Sentencia 89/2012; Rollo 814/2011); Inicialmente ya se dictaron en este sentido, p. ej, la sentencia JM-2 Barcelona de 25.02.2005 (AC 2005/534); la SJM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551; y la SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 598/2007; Concurso 811/2008).

²³⁹ SJM-1 Lugo 14.06.2006 (Incidente Concursal 215/2006): *“CUARTO.- (...) La apariencia de una compraventa normal, esconde una dación en pago que encaja, como se pone de manifiesto en la sentencia de 25 de julio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, en los supuestos que la doctrina considera como máximos exponentes del perjuicio: aquellos en que se cumple una deuda vencida y exigible por medio de un pago que no sea el inicialmente pactado y que no se haga en dinero o de la manera normal en el tráfico, porque supone al tiempo privilegiar a unos acreedores frente a otros y extraer bienes de la masa.”*

²⁴⁰ Vid. SAP Barcelona (Sección 15) 26.04.2007 (Rollo 16/2007).

²⁴¹ Vid. STS (Sala Civil) nº 548/2010 de 16-9-10, (recurso nº 1924/2006): *“La alegación relativa a que la sanción que el legislador establece en el art. 71.2 LC respecto de los pagos anticipados "no se refiere a los préstamos hipotecarios" no es relevante en el supuesto que se enjuicia porque la existencia del presupuesto del perjuicio, con sacrificio patrimonial injustificado, no deriva únicamente de la presunción-con independencia de que también se razone sobre ella en la resolución recurrida- sino de la propia realidad de su existencia al ampliarse la hipoteca convirtiendo un crédito ordinario en privilegiado y las condiciones más onerosas o gravosas de la nueva operación crediticia”.*

porque hasta que se produjo, los saldos siempre fueron favorables a la concursada, y la resolución supuso un cargo de más de 30.000 € sin contraprestación alguna, motivo por el que prosperó la acción de reintegración (no se rescinde el contrato el contrato de permuta financiera, sino su resolución)²⁴².

Un supuesto ampliamente discutido es el pago de deudas ya vencidas y por tanto debidas, estando el deudor ya en estado de insolvencia, siendo la posición mayoritaria en estos momentos la que exige para la rescisión de un pago debido vencido y exigible, que dicho pago altere la par conditio creditorum, alteración que sólo se aprecia si en el momento de realizar el pago el deudor ya estaba en situación de insolvencia. Así lo recoge de forma clara la STS de 26 de octubre de 2012, en la que afirma que como regla general, los pagos realizados por ser debidos (vencidos y exigibles) no constituyen un perjuicio para la masa, salvo que concurran circunstancias excepcionales (p. ej, la situación de insolvencia en el momento de hacer el pago, la proximidad de la declaración del concurso, la naturaleza del crédito y la condición del acreedor) que podrían privar a algunos de estos pagos de justificación si conllevan una vulneración de la par conditio creditorum²⁴³. En esta misma línea se pronuncia la sentencia dictada el 10 de julio de 2013, en la que declara expresamente la existencia de perjuicio cuando en el momento de realizar el pago debido el deudor, posteriormente concursado, ya estuviera en estado de insolvencia actual o inminente. En este mismo sentido se había pronunciado con anterioridad la ya citada sentencia dictada por la AP de Barcelona el 30 de marzo de 2009, afirmando que: *“Fuera de estos caso, para que pueda rescindirse un pago debido, vencido y exigible, será preciso que suponga al mismo tiempo una alteración de la par conditio creditorum. Es en atención a que suponen el favorecimiento de uno o varios acreedores que, en detrimento de las perspectivas de*

²⁴² Vide. SJM 1 Bilbao, de 31-10-2007, Incidente concursal 272/2007, Sentencia 505/2007.

²⁴³ STS 26.10.2012: *“6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.*

Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par conditio creditorum “.

*cobrar del resto, se verán libres de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar sus créditos, por lo que se pueden llegar a considerar perjudiciales. Pero para que constituyan una vulneración de la par condicio creditorum será necesario que, al tiempo de ser realizados, el deudor ya esté en estado de insolvencia, y por lo tanto obligado a presentar el concurso (arts. 5 y 2.2 LC), y que el pago no pueda considerarse "acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias", en la medida en que está excluido expresamente por el art. 71.5 LC*²⁴⁴.

Un caso especial es el de la compensación de créditos. Varias Audiencias han declarado que en caso de compensación no se puede rescindir un acto basándose únicamente en la infracción de la par conditio. Consideran que la compensación está regulada de forma específica en el art. 58 de la LC, y por tanto, sólo podrá ser rescindida si no concurren los presupuestos que fija este artículo para su validez²⁴⁵.

²⁴⁴ SAP Barcelona (Sección 15) 30.03.2009 (JUR 2009/411292; Sentencia 106/2009; Rollo 696/2008), FD 2. Otras sentencias que acogen esta misma tesis son: STS 26.10.2012 (Sentencia 629/2012; recurso 672/2010); SAP Barcelona (sección 15) 13.01.2010 (Sentencia 2/2010; Rollo 365/2009); SAP Baleares (Sección 5) 22.01.2014 (Sentencia 16/2014; Rollo 532/2013); SAP Oviedo (Sección 1) 10.06.2013 (Sentencia 195/2013; Rollo 449/2012); SAP Cáceres (Sección 1) 30.04.2014 (Sentencia 106/2014; Rollo 152/2014); SAP Cádiz (Sección 5) 06.06.2011 (Sentencia 325/201; Rollo 61/2011); SAP La Coruña (Sección 4) 13.02.2014 (Sentencia 38/2014; Rollo 10/2014); SAP Pontevedra (Sección 1) 08.03.2012 (Sentencia 103/2012; Rollo 717/2011); SAP Tenerife (Sección 4) 09.10.2012 (Sentencia 386/2012; Rollo 249/2012); SAP Valladolid (Sección 3) 12.12.2011 (Sentencia 424/2011; Rollo 405/2011); La SAP Barcelona (Sección 15) 19.06.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 249/2013) [Id Cendoj: 08019370152014100226], declara la existencia de perjuicio aún cuando el acreedor que recibe el pago renuncia a una parte de su crédito, argumentando que: *"Aunque las demandadas renunciaron a una parte del crédito, resulta obvio que el total de lo percibido (960.648,38 euros) en ningún caso lo habrían obtenido en el concurso. De ahí el trato de favor y, por ende, el sacrificio patrimonial injustificado"*.

²⁴⁵ SAP Barcelona (Sección 15) 30.03.2009 (JUR 2009/411292; Sentencia 106/2009; Rollo 696/2008): *"... en el presente caso concurre otra que condiciona la rescindibilidad del acto de disposición, cual es que el pago se hizo por compensación (...) El juicio sobre el perjuicio que pueda entrañar la satisfacción de un crédito por medio de la compensación no coincide con el realizado para el caso del pago, pues aunque no deja de ser una forma de extinción de una obligación de pago -a costa de un crédito a favor de la concursada (arts. 1195, 1196 y 1202 CC)-, tiene un tratamiento concursal específico. Dentro del concurso, el tratamiento de estos dos modos de satisfacción de un crédito concursal no es idéntico: mientras que no cabe el pago del crédito concursal, sino es de acuerdo con las soluciones concursales (en el convenio o en la liquidación y pago) y de acuerdo con la par condicio creditorum, la prohibición de compensación no es absoluta. El art. 58 LC admite la compensación practicada con posterioridad a la declaración de concurso siempre que sus requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración. Por lo que, para no hacer de peor condición la compensación realizada antes del concurso, que la posterior, el juicio sobre el perjuicio debe quedar reducido en principio a la concurrencia de los requisitos de la compensación. Esto es el pago por compensación realizado durante el periodo sospechoso estará justificado, y por lo tanto no cabra apreciar perjuicio, siempre que para entonces se cumplieran los requisitos exigidos para su validez"*. En términos similares a ésta última se pronuncian las SAP Burgos (Sección 3) 10.10.2012 (Sentencia 357/2012; Rollo 259/2012), las SAP León 12.11.2010 (Sentencia 449/2010; Rollo 343/2010), y de 10.03.2011 (Sentencia 91/2011; Rollo 81/2011); SAP Tarragona (Sección 1) 14.10.2013 (Sentencia 427/2013; Rollo 356/2012); SAP Pontevedra (Sección 1) 09.10.2013 (Sentencia 371/2013; Rollo 396/2013).

C) Inexistencia de perjuicio

Por el contrario, nuestros Tribunales han considerado que no existía perjuicio, por ejemplo, en supuestos como los siguientes: cuando la venta de los bienes se realizó a precio de mercado o en supuestos en los que no se ha llegado a probar el valor real del bien vendido²⁴⁶; en supuestos de dación en pago al propio acreedor con privilegio especial sobre el bien dado en pago, o porque se ha considerado justificada la alteración de la par conditio (p. ej, por ser el bien de difícil realización, o con un valor de mercado escaso), o porque se realizó cuando el deudor aun no estaba en insolvencia²⁴⁷; supuestos en los que la entidad financiera ejerció la cláusula contractual que le permitía cancelar anticipadamente un crédito²⁴⁸; en un caso en el que operó, antes de la declaración de concurso, la acción directa del subcontratista prevista en el art. 1597 del CC²⁴⁹; en un supuesto en el que se impugnó la venta de unas fincas a un tercero, pero no el pago que con el precio se hizo a uno de los acreedores²⁵⁰; el gravamen de los bienes con una

En sentido contrario se pronuncian las Audiencias de Málaga y la de Lugo, pero sin tener en cuenta que además, se trata de un acto no realizado por el deudor y por tanto no rescindible en virtud del 71.1 LC.

²⁴⁶ Vide por ejemplo: SAP Barcelona (Sección 15) 23.10.2013 (Sentencia 373/2013; Rollo 203/2013); SAP Alicante (Sección 8) 17.10.2013 (Sentencia 395/2013; Rollo 315/2013); SAP Tarragona (Sección 1) 03.09.2012 (Sentencia 329/2012; Rollo 212/2012); SAP Alicante (Sección 8) 15.02.2008 (JUR 2008/166801) (Rollo 32/2008); SAP Pontevedra 22.07.2009 (Rollo 406/2009; Sentencia 369/2009); y SAP Vizcaya (Sección 4) 07.07.2009 (Rollo 179/2008; Sentencia 525/2009).

²⁴⁷ Ver a modo de ejemplo: SAP Madrid (Sección 28) 20.09.2013 (Sentencia 257/2013; Rollo 201/2012); SAP La Coruña (Sección 4) 20.10.2011 (Sentencia 442/2011; Rollo 331/2011); SAP Burgos (Sección 3) 20.12.2013 (Sentencia 310/2013; Rollo 249/2013); ”: SAP Zaragoza (Sección 5) 24.06.2013 (Sentencia 331/2013; Rollo 272/2013); SAP Barcelona (Sección 15) 09.10.2013 (Sentencia 355/2013; Rollo 218/2013); SAP Granada (Sección 3) 18.09.2013 (Sentencia 296/2013; Rollo 359/2013); SAP Barcelona (Sección 15) 30.03.2010 (Rollo 507/2009; RJC 150).

²⁴⁸ SAP Barcelona (Sección 15) 22.04.2014 (Sentencia 135/2014; Rollo 479/2013).

²⁴⁹ SAP Barcelona (Sección 15) 19.12.2007 (Rollo 592/2007): “IV. (...) la demandada ejerció su acción directa meses antes de la declaración del concursoEn nuestro caso, pues, la acción directa se formalizó con las tres partes y mediando una cesión anterior, que dio la titularidad del crédito a quien lo cobraba. En consecuencia, al producirse el fogonazo jurídico que supone la declaración del concurso, que fija una imagen — dinámica — de los créditos en ese momento concurrentes, la obligación jurídica de pago que incumbía a Construcciones Exisa S.A., Comercial Udra S.A. y Copcisa S.A. ya no era la que las ligaba con Easa, sino con Ben Fet. El crédito había operado contra el patrimonio de las contratistas principales, dueñas de la obra, pero se había desplazado en beneficio de la subcontra-tista antes de que el concurso fuera declarado por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó. El perjuicio para la masa activa de las concursadas, en consecuencia, es inexistente, y la operación realizada es perfectamente legal y no rescindible, por lo que el recurso debe ser estimado.”

²⁵⁰ SAP Barcelona (Sección 15) 30.09.2013 (Sentencia 344/2013; Rollo 814/2012): “19. (...) lo que considera perjudicial para la masa no es propiamente la venta sino más bien el destino dado al precio obtenido con la misma, esto es, el pago del crédito que la concursada afianzaba. Como ya hemos

hipoteca en garantía de nueva financiación, o la mera renovación de una operación crediticia²⁵¹; o un contrato de descuento y los pagos percibidos de los deudores cedidos por la concursada²⁵²

1.2.- Concepto de perjuicio según la doctrina mayoritaria.

La doctrina más reciente se pronuncia mayoritariamente a favor de la tesis que extiende el concepto de perjuicio a la infracción del principio de la par conditio creditorum. Así, por ejemplo, ALCOVER GARAU²⁵³ afirma que hay que entender que habrá perjuicio para la masa activa, siempre que si no se hubiera producido el acto o negocio jurídico la composición de la masa activa tendría mayor valor. Distingue entre un perjuicio de tipo particular (que asimila a una disminución en el patrimonio del deudor), y un perjuicio de tipo general (los actos perjudiciales para la masa activa).

anticipado, a pesar de que puedan existir buenas razones para impugnar ese pago, la propia resolución recurrida llegó a la conclusión, de que su impugnación no fue objeto de la demanda que inició este incidente concursal. Ello nos impide poder entrar a examinar si el mismo es o no perjudicial para la masa. Como consecuencia de lo anterior, no podemos compartir que exista perjuicio por vulneración del principio de la par conditio creditorum, esto es, perjuicio indirecto, porque ese tipo de perjuicio únicamente lo podemos referir a los pagos hechos a acreedores antes de la declaración del concurso y aquí únicamente podemos analizar si fue perjudicial para la masa la venta de unos inmuebles, no lo que se hizo con el precio obtenido por la venta.(...) El perjuicio no lo origina la venta sino que la suma pactada como contraprestación no permaneciera en el patrimonio de la concursada y fuera entregada a terceros”.

²⁵¹ Ver, en este sentido: SAP Alicante (Sección 5) 08.11.2012 (Sentencia 454/2012; Rollo 359/2012); SAP Castellón (Sección 3) 12.07.2012 (Sentencia 368/2012; Rollo 371/2012); SAP Sevilla (Sección 5) 10.09.2012 (Sentencia 422/2012; Rollo 4393/2012); y SAP Madrid (Sección 28) 10.10.2011 (Sentencia 293/2011; Rollo 106/2011).

²⁵² Vide SAP La Coruña (Sección 4) 02.10.2012 (Sentencia 392/2012; Rollo 175/2012).

²⁵³ ALCOVER GARAU considera que: “... habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar, la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general (...) Habrá un perjuicio de tipo particular si el concreto acto que se analiza implica una disminución en el patrimonio del deudor, lo que, en lo básico, puede acontecer por ser el acto gratuito o, tratándose de un negocio oneroso, por tener la contraprestación del deudor un mayor valor que la contraprestación que recibe de la contraparte, mayor valor que también puede provenir por ser aquella de cumplimiento inmediato y éste estar aplazado (...) Habrá un perjuicio de tipo general si, por ejemplo, el deudor vendió a precio de mercado la única unidad verdaderamente productiva que tenía o el elemento aglutinador de su organización empresarial –así, una patente o una marca-, de forma que la masa activa actual del concursado impide o dificulta un convenio de continuación o determina que los bienes que restan por liquidar tengan un valor menor (...) Quizá parezca excesivo defender que en tales supuestos la administración concursal pueda impugnar con éxito actos del deudor realizados no sólo sin intención fraudulenta, sino realizados a precio de mercado. Pero frente a ello cabe argumentar que son ‘actos perjudiciales para la masa activa’ y es éste el único requisito del que se hace depender el triunfo de la acción”, ALCOVER GARAU, G., op. cit., p 334.

MASSAGUER FUENTES, PULGAR EZQUERRA, y AZNAR GINER²⁵⁴ incluyen dentro del concepto de perjuicio tanto una disminución del patrimonio, como una alteración injustificada de las preferencias de cobro de los acreedores. VARGAS BENJUMEA²⁵⁵ se sitúa también en esta línea al integrar el concepto de perjuicio con el de la par conditio creditorum. LINACERO DE LA FUENTE²⁵⁶ se refiere a perjuicio en sentido cuantitativo y en sentido cualitativo, en el sentido de alterar la composición del patrimonio del deudor y dificultar o impedir su ejecución, añadiendo en caso de concurso, la infracción a la par conditio creditorum. Otros autores que también se han pronunciado en este sentido son FERNANDEZ SEIJO, LEON SANZ y MUÑOZ DE BENAVIDES²⁵⁷.

²⁵⁴ MASSAGUER FUENTES defiende que: “... pueden reputarse perjudiciales para la masa los actos que tengan por efecto un desplazamiento patrimonial del concursado a favor de tercero que no se halle correspondido por una prestación adecuada y, en particular, por una prestación que pueda considerarse equivalente desde la perspectiva de la integridad de los créditos concursales, esto es, que no minore el valor del conjunto de bienes y derechos disponibles para la satisfacción concursal de esos créditos. Y, en segundo término, pueden reputarse perjudiciales para la masa activa del concurso, asimismo, los actos que tengan por consecuencia una modificación injustificada de la posición jurídica de un acreedor, de modo tal que dicha posición, abierto el concurso y con independencia de cuál fuere su solución, resulte más favorable de la que habría ocupado si a tiempo de su realización se hubiere declarado el concurso o, si se prefiere, aquellos otros actos que alteren indebidamente la posición de los acreedores frente a la masa activa, esto es, sin mediar una contraprestación equivalente desde la perspectiva de la integridad de los créditos concursales”, MASSAGUER FUENTES, J., op. cit., “La reintegración de la masa”, p. 3; En el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA, “Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias” en *Diario La Ley*, nº 7097, 21 Enero 2009, Año XXX, Ed. La Ley (La Ley 41791/2008), p.1364; Por su parte, AZNAR GINER afirma que: “... ese perjuicio a la masa activa puede consistir: A.- No sólo en una disminución, mediata o inmediata, de la garantía patrimonial del deudor, bien por la ausencia de una prestación por la contraparte o por la falta de reciprocidad entre las prestaciones llevadas a cabo en beneficio de éste, sino también. B.- en una violación de la par conditio creditorum, esto es, atentar al orden legal de pagos previstos para el caso de concurso”, AZNAR GINER, E., op. cit., p. 47.

²⁵⁵ Según esta autora: “... no puede entenderse como la inexistencia de bienes del deudor que permitan la satisfacción de la deuda de un acreedor concreto, como si se tratase de una acción pauliana ordinaria, sino que debe valorarse puesto en relación con el principio de la par conditio creditorum...”, VARGAS BENJUMEA, I., ob. cit., p.102.

²⁵⁶ Para LINACERO DE LA FUENTE: “Puede ser objeto de la acción rescisoria concursal, los actos dispositivos y de extraordinaria administración que causen un perjuicio patrimonial a la masa activa del concurso, entendido dicho perjuicio no solo en sentido cuantitativo (disminución del activo del deudor) sino también de empeoramiento cualitativo (imposibilidad de ejecución por el acreedor, o, en general, alteración negativa de la composición del patrimonio del deudor), o capaz de lesionar la par conditio creditorum.”, LINACERO DE LA FUENTE, M., op. cit., p. 68-69 y184.

²⁵⁷ FERNANDEZ SEIJO afirma que: “... en un sentido estricto el perjuicio patrimonial se vincula a la disminución del mismo, esa interpretación estricta vendría vinculada a la redacción literal del precepto. Sin embargo, es posible defender un concepto más amplio de perjuicio patrimonial vinculado no sólo a la disminución del activo sino a la modificación de la naturaleza de algunos créditos de terminados acreedores. Este concepto amplio lo ha vinculado la doctrina a la finalidad de este tipo de acciones que no es otra que la satisfacción colectiva de los créditos concursales y el respeto al principio de paridad en el trato”, FERNANDEZ SEIJO, J.M., op. cit., “Acciones rescisorias y reintegración...”, p. 231; Por su parte, LEON SANZ defiende que: “El trato igual a los acreedores constituye la regla general que informa la satisfacción colectiva de los créditos y sirve también de fundamento para determinar si los

A día de hoy, no hay duda de que tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia han consolidado la interpretación amplia de perjuicio. No obstante ello, no consideramos jurídicamente razonable fundamentar la concurrencia de un supuesto no incluido en la ley en las presunciones contenidas en el 71.2º y 3º, presunciones de carácter procesal, establecidas únicamente a efectos de modificar las reglas de la carga de la prueba del perjuicio facilitando con ello la prueba del mismo. Ya hemos reseñado anteriormente que, algunos autores, minoritarios pero de incuestionable prestigio, discuten esta interpretación del concepto de perjuicio por considerar que no se ajusta a la regulación del artículo 71 LC.

En este sentido se pronuncia GARCIA-CRUCES, quien partiendo de la estructura de los cinco párrafos del art 71 LC afirma: *“Siendo ésta la estructura de la norma, no habrá, entonces, que otorgar un mayor valor, pese a la importancia práctica que tienen, a las reglas dispuesta en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, ya que, en realidad, no constituyen otra cosa que instrumentos de orden procesal dirigidos a facilitar el ejercicio de la acción rescisoria por reintegración del concurso. Dicho en otras palabras, estamos ante distintos supuestos en que el legislador presume el perjuicio para la masa, pero no más (...) estas particulares previsiones no alteran ni amplían el significado que tiene el perjuicio en la LC que proclama el apartado primero del artículo 71 LC, entendiendo este como menoscabo de la masa activa”*²⁵⁸.

actos realizados por el deudor en el periodo anterior a la declaración del concurso se han realizado en perjuicio de los acreedores concursales”, LEON SANZ F.J., ob. cit., “El sistema de reintegración ...”, p. 256. Finalmente, MUÑOZ DE BENAVIDES opina que: “Establece el art. 71.1 LC que ‘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’. El legislador pretende así salvar el principio de igualdad de todos los créditos, ya que todo lo que signifique privilegiar créditos supone reducir las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios, y por tanto perjudicarlos”, MUÑOZ DE BENAVIDES, C., op.cit., p. 1.

²⁵⁸ GARCÍA-CRUCES completa su explicación con los siguientes argumentos: *“Junto con el argumento sistemático, la opinión que extiende la noción de perjuicio por referencia también a aquel que pudiera soportar la masa pasiva y no sólo la masa activa, viene a justificarse en una interpretación finalista de la norma (...) dada que la finalidad del instituto concursal de la reintegración es la mejor tutela del interés de los acreedores, resultaría contraria a aquélla una consideración del perjuicio que no abarcara la lesión de la masa pasiva y, en particular una ruptura de las exigencias derivadas de la ‘par conditio creditorum’ (...) El argumento no deja de ser sugerente, pues viene a hacerse recaer sobre el fundamento mismo de la institución que es el concurso de acreedores. Sin embargo, su genericidad viene a poner de manifiesto, también, sus límites y escasa utilidad a los fines perseguidos (...) El problema, en realidad, no es tanto el de la finalidad de la concreta norma concursal sino, mejor, el cómo ordena y consigue aquella tutela a través de la preservación del patrimonio del deudor (...) De otro lado, señalar que la finalidad del expediente de la reintegración es lograr una ordenada protección de los acreedores es acertado, aunque ello no permita la conclusión que no se comparte. En los artículos 71 y ss LC también se busca esa tutela de los acreedores pero se instrumentaliza a través de la protección de la masa activa,*

Este autor considera que hay otra posible interpretación de la presunción recogida en el art. 71.2 LC que no está vinculada a la infracción de la par conditio. Afirma que es una norma de naturaleza procesal, que regula un instrumento o medio de prueba, pero que no altera la noción sustancial o material de perjuicio. Lo que el legislador pone de manifiesto con esta norma no es más que la constancia de que el pago anticipado –o cualquier otra forma de extinción de la obligación- respecto de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la fecha de la declaración de concurso, tiene un efecto lesivo para la masa activa que el derecho no puede admitir. A su juicio, *"el perjuicio que requiere el ejercicio de la acción rescisoria por reintegración siempre supone un menoscabo de la masa activa, bien por implicar su aminoración cuantitativa, bien por incidir negativamente en su calidad"*²⁵⁹.

Esta idea de que el perjuicio debe ir referido a la masa activa, no a los acreedores, la defiende también RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI²⁶⁰. Por su parte, GARCÍA VICENTE considera que: *"En punto a considerar qué actos negociales a título oneroso puede ser perjudiciales para la masa ... debe excluirse como criterio la afección del llamado 'principio' de igualdad de trato, que no goza de respaldo normativo expreso (tiene un limitado ámbito de aplicación como regla supletoria de concurrencia) y que*

con un carácter reflejo o mediato. Como luego se desarrollará, no cabe hacer una aplicación ex ante de la regla de la par conditio creditorum que viniera a legitimar un atentado contra la seguridad del tráfico sino, antes bien, valorar los actos realizados por el deudor en el período bianual a fin de verificar si los mismos obedecen o no a un razonable fundamento económico. De lo contrario, se estaría redistribuyendo el coste de la insolvencia de forma retroactiva e, incluso, haciéndolo recaer sobre terceros que no tienen por qué ser acreedores concursales.

Por todo ello, y desde el punto de vista de una interpretación finalista o teleológica de la norma, la rescisión por reintegración no se actúa por la afección directa que provoca a los acreedores sino, tan sólo en la medida en que éstos se ven afectados por un acto que resulta ser perjudicial para la masa activa. Esta forma de entender el instituto de la reintegración es la que parece estar presente, en mi opinión en el texto de la LC.

La rescisión no puede ampararse en la lesión de la igualdad de acreedores porque en el momento de realización del acto 'no había paridad alguna que pudiera resultar exigible entre los acreedores, de quién, en tal tiempo no era insolvente'. Pero, además, una suerte de aplicación retroactiva de la par conditio creditorum conduciría a resultados extremadamente perturbadores de la seguridad del tráfico, de modo similar a los que venía a producir el afortunadamente derogado sistema de retroacción absoluta que consagraba el C.com (art 878.2 C.com), (...) De igual manera (...) vendría a imponer sobre le tercero que se relacionara con el deudor posteriormente concursado, una carga de diligencia que, prácticamente, es de imposible cumplimiento", GARCÍA-CRUCES J.A., ob. cit. "Presupuestos y finalidad ...", ed 2014, p. 50 a 52.

²⁵⁹ GARCÍA-CRUCES J.A., , ob. cit. *"Presupuestos y finalidad ..."*, ed 2014, p. 66 a 77.

²⁶⁰ RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E., "Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa", en AA.VV., "La reintegración en el concurso de acreedores", (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p. 89.

llevado hasta sus últimas consecuencias nos arroja a resultados semejantes a la denostada retracción absoluta, de manera que lo que salió por la puerta (de la derogación) entre por la ventana (del criterio que funda el perjuicio)"²⁶¹. Por su parte CARRASCO PERERA motiva extensamente su posición contraria al concepto amplio de perjuicio en los términos siguientes: "Frente a las propuesta casi unánimes de una jurisprudencia que parece desconocer las reglas del mercado, alentada por una doctrina casi fundamentalista en lo que respecta a los fines 'encomiables' del concurso de acreedores, hay que afirmar y reafirmar con contundencia que no se pueden hacer equivalentes perjuicio de la masa (de acreedores) y ruptura de la regla de equiparación de trato entre los acreedores. Para entonces, y por definición, toda garantía real que subsistiera al tiempo del concurso sería perjudicial para la masa. La 'masa activa' no son los otros acreedores, ni es un centro de referencia que proteja los intereses exclusivos de los acreedores no garantizados. Nada tiene que ver el interés de la masa, o el 'interés del concurso', con el interés a la igualdad de los acreedores ordinarios, pues en tal caso garantía real y concurso serían conceptos excluyentes. Sirva esto para refutar la extendidísima opinión de que el perjuicio de la masa tiene algo que ver con la preservación de la par conditio creditorum, o que la acción rescisoria concursal está puesta al servicio de esta igualdad de trato. Ello no es así ni tan siquiera en el supuesto del art. 71.3,2º LC, en el que la presunción relevante es la de perjuicio a la masa del concurso, es decir, la de la existencia de un acto a título gratuito, no importando de suyo la circunstancia de que, habiéndose creado una preferencia, se haya puesto en cuestión la par conditio (...) En definitiva, de ser cierta la idea aquí combatida, el objetivo de la acción sería el de repartir igualitariamente entre la masa de acreedores el pasivo recuperable, con independencia de las posiciones de ventaja que se hubieran adquirido alguno de ellos en los dos años precedentes, aunque el crédito por el que se obtuviera garantía fuera y siga siendo objetivamente útil a los intereses del concurso. Pero no es éste manifiestamente el designio de la norma, que exige perjuicio para la masa, y no simple existencia de una situación de ventaja adquirida por algún acreedor en los dos años anteriores (...) Y, finalmente, si las cosas fueran como se critican, abocaríamos al resultado (evidentemente no querido) por el legislador en el art. 71.2 LC) de que toda dación en pago por crédito ya vencido sería rescindibles, pues mediante aquel instrumento un acreedor resulta favorecido frente a quienes

²⁶¹ GARCÍA VICENTE J.R., op.cit., pp. 121.

tendrán que intentar satisfacerse en el concurso. Y más allá de las consideraciones sistemáticas, existe un argumento de justicia. Tendría, en efecto, sentido, hacer consistir el perjuicio de la masa en la lesión de la igualdad de trato si el período sospechoso fuera un plazo corto de tiempo inmediatamente anterior al concurso (dos, tres meses)... con un plazo de dos años no puede proponerse que el perjuicio equivalga a la ruptura de la igualdad, pues en tal caso la rescisión concursal se dispara hacia fronteras de aplicación a donde no se había llegado ni tan siquiera con la retroacción de la vieja quiebra”²⁶².

A similares conclusiones llega GURREA MARTÍNEZ, pero partiendo del análisis del derecho comparado, así afirma que: *“Siguiendo el modelo italiano, el legislador español ha centrado el ejercicio de las acciones revocatorias concursales en torno al concepto de perjuicio ... Sin embargo, a diferencia de otras legislaciones de nuestro entorno que sitúan el concepto de perjuicio en torno a la figura de los acreedores (v. gr., Italia o Francia), el Derecho español lo ha centrado, expresamente, en el perjuicio a la masa activa... Por tanto, una interpretación literal de la norma (que, en este caso, al no resultar difusa, parece la más oportuna) implicaría que, en la normativa de insolvencia española, las acciones rescisorias concursales sólo pueden deshacer los efectos derivados de aquellas transacciones en las que el deudor hubiera sufrido una disminución patrimonial, que son, a estos efectos, los únicos actos que perjudican la masa activa; y ello, a pesar de que, como ha entendido la doctrina más autorizada, los actos que supongan un perjuicio a la masa activa, también producirán un perjuicio sobre la colectividad de los acreedores, al verse disminuido el conjunto de bienes y derechos que, en última instancia, permitirán la satisfacción -aunque sea parcial- de sus derechos de crédito (...) En consecuencia, a pesar de que, para solventar la defectuosa regulación de nuestra reintegración de la masa, la mayoría de nuestros jueces y tribunales hayan interpretado el concepto de perjuicio incluyendo los actos en los que el deudor, otorgando algún tipo de preferencia a uno o varios acreedores, hubiere quebrantado la par condicio creditorum, la normativa concursal española sólo recoge expresamente la rescisión de aquellas transacciones que, con*

²⁶² CARRASCO PERERA, A., op. cit., “Los derechos de garantía ...”, pp. 397-399.

*ciertas diferencias conceptuales y procedimentales, son conocidas como “undervalue transactions” desde el punto de vista del Derecho inglés*²⁶³.

A pesar de ser la concepción abrumadoramente mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con la actual redacción de la LC no creemos admisible la concepción extensiva del concepto de perjuicio. Y ello aunque de lege ferenda, sí que parece razonable y coherente con el concepto y la finalidad de la acción de reintegración incluir la infracción injustificada de la par conditio creditorum como requisito habilitante para el ejercicio de la misma. Tal y como ya hemos adelantado, el art. 71.1º no incluye expresamente la infracción del principio de la par conditio creditorum como requisito para el ejercicio de la acción de reintegración, ni puede considerarse su infracción, por sí misma, un acto perjudicial para la masa activa. Y no consideramos jurídicamente razonable fundamentar la concurrencia de un presupuesto no incluido en el concepto de perjuicio en las presunciones contenidas en el 71.2º y 3º, presunciones de carácter procesal, establecidas únicamente a efectos de modificar las reglas de la carga de la prueba del perjuicio facilitando con ello la prueba del mismo.

Los dos anteproyectos de reforma de la LC de mayo y julio del 2010, modificaban la rúbrica del Capítulo V y del apartado 1º del art. 71 sustituyendo la referencia a los actos perjudiciales para “*la masa activa del concurso*” por los actos perjudiciales para “*los acreedores*”. Esta modificación desapareció del anteproyecto de Ley de reforma de 16 de diciembre de 2010 y en la redacción final de Ley 38/2011, lo que a nuestro juicio no deja de ser sorprendente²⁶⁴. Creemos que, a pesar de ser preferible la inclusión expresa de la infracción de la par conditio, la modificación inicialmente propuesta al menos hubiera facilitado el encaje de esta doctrina jurisprudencial con la literalidad de la ley, ya que no puede negarse que la infracción de

²⁶³ GURREA MARTÍNEZ, A., “La reintegración de las 'undervalue transactions' en el derecho inglés”, www.dictumabogados.com (Actualidad/Eventos/Conferencia), pp. 2-3, (consultado el 13.04.2014)

²⁶⁴ No es de la misma opinión ESPIGARES HUETE, para quién los términos en los que se planteaba esta reforma de la LC modificando en la rúbrica del Capítulo IV del Título III, y en el art. 71.1 la expresión “*perjuicio para la masa*” por “*perjuicio para los acreedores*”, acrecentaba la inquietud que le provoca la interpretación amplia del perjuicio. El hecho de que finalmente no se llevara a cabo esta modificación le lleva a afirmar que: “... *este cambio puede ahora interpretarse como el deseo, no declarado, de rechazar una interpretación demasiado amplia del perjuicio patrimonial*”, ESPIGARES HUETE, J.C., op. cit, p. 111.

la paridad y prelación de los acreedores es un perjuicio claro para los acreedores afectados, que en estos casos suelen ser la inmensa mayoría²⁶⁵.

Tratándose, según el parecer unánime de la doctrina y la jurisprudencia, del elemento central para el ejercicio de la rescisoria concursal, creemos que deberían de haberse aprovechado las sucesivas reformas de la LC para incluir expresamente en el art. 71 LC la infracción injustificada de la *par conditio creditorum*, como requisito, al mismo nivel que el perjuicio, para el ejercicio de la acción, de manera que ésta pueda prosperar tanto si el acto cuya ineficacia se pretende es perjudicial en el sentido más clásico y estricto del término, como si independientemente del concepto de perjuicio, se ha producido una alteración del principio de la *par conditio creditorum*.

Por ello, consideramos necesario un cambio legislativo en este punto al objeto de recoger de forma expresa la infracción del principio de la *par conditio creditorum* en el apartado 1º del art. 71, como requisito para el ejercicio de la rescisoria concursal, al mismo nivel que el perjuicio a la masa activa. La redacción que proponemos es la siguiente: "*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, o los que infrinjan injustificadamente el principio de la par conditio creditorum, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*".

Acreditado el perjuicio, la acción rescisoria concursal prosperará con independencia de que el acto considerado perjudicial se hubiera hecho de buena fe o con intención fraudulenta, tal y como se desprende del art. 71.1 LC: "...*aunque no hubiere existido intención fraudulenta*". La nueva LC, teniendo en cuenta la dificultad que

²⁶⁵ Una interpretación aún más extensiva es la que propone GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE: "*Cabría plantearse también si el concepto "perjuicio patrimonial" podría integrar –en una interpretación extensiva– otros perjuicios que indirectamente gravasen la situación patrimonial del concursado; por ejemplo, operaciones estratégicas o relativas a la organización del negocio que, sin producir un perjuicio económico-patrimonial directo, podrían a largo plazo resultar perjudiciales para la situación patrimonial del concursado. Aunque, a priori, esta interpretación parece no ser inmediatamente subsumible en la letra de la norma que analizamos, tal vez, en determinados escenarios, cabría aceptar la rescisión de una operación de tal naturaleza*", GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., "Efectos de la declaración del concurso sobre las relaciones jurídico-privadas del deudor" en AA.VV., "*Comentarios a la Ley Concursal*", (Coord. Fernández de la Gándara, L. y Sánchez Álvarez, M.M.), Marcial Pons, Col. Garrigues, Madrid, 2004, p. 272. Asimismo este autor defiende que se exija que la trascendencia del perjuicio tenga que ser relevante para legitimar la rescisión de una operación.

supone probar la intención de fraude, ha optado, apartándose en este punto de la regulación anterior, por no incluir como requisito de la acción rescisoria concursal este elemento subjetivo, protegiendo de este modo los intereses de los acreedores en general en detrimento, si fuera el caso, de los derechos de los terceros que contrataron con el deudor. Este hecho, tal y como la doctrina ha puesto de manifiesto desde que se empezó a gestar la nueva LC, ha venido agravando la situación preconcursal de los deudores, al limitar considerablemente la ayuda que pueden recibir concertando negocios jurídicos válidos pero que, en caso de una futura insolvencia, corran el riesgo de ser rescindidos a pesar de no existir fraude o mala fe en su concertación.

Precisamente por ello, éste es uno de los puntos en los que han incidido las sucesivas reformas de la LC intentando evitar, o al menos limitar este efecto no deseado. No obstante ello, no podemos afirmar que la idea de fraude haya desaparecido completamente de la nueva LC, subsiste en los supuestos y configuración de algunas de las presunciones legales de perjuicio²⁶⁶ y en los efectos de la acción de reintegración concursal.

2.- Las presunciones legales de perjuicio.

El efecto de las presunciones legales está regulado en el artículo 385.1 LEC: "*Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca*". Obviamente, para que pueda aplicarse la presunción, es necesario probar el hecho indicio del que parte la misma; la presunción dispensa de la prueba del perjuicio, pero no del hecho que permite su aplicación.

Según el art. 217. 2º y 3º de la LEC, corresponde a la parte actora probar la certeza de los hechos en los que funde las pretensiones de la demanda, y al demandado, probar los hechos que impidan, extingan o enerven esos hechos. Según este precepto, que distribuye la carga de la prueba entre las partes del proceso, en el caso de la acción rescisoria concursal correspondería a la parte actora probar los presupuestos subjetivos, objetivos y temporales necesarios para que la acción pueda ser estimada, es decir, la existencia de perjuicio para la masa activa del concurso, que el acto a rescindir ha sido

²⁶⁶ Vide sobre esta cuestión, MARTÍN REYES, M. A., op. cit., p. 4181.

realizado por el deudor, y que se ha realizado en el plazo de dos años inmediatamente anteriores a la declaración del concurso²⁶⁷.

Por ello, el legislador, ante la dificultad que comporta la prueba de determinados hechos y haciendo prevalecer el interés de la masa de acreedores sobre el de terceros individuales concretos, ha optado por facilitar la prueba del perjuicio a la masa estableciendo en los apartados 2º y 3º del art. 71 de la LC unas “presunciones” legales de perjuicio, “*iure et de iure*” en el primer caso, y “*iuris tantum*” en el segundo. A pesar de que en el apartado dedicado a las cuestiones procesales de la acción de reintegración, y concretamente en el capítulo dedicado a la prueba analizaremos esta cuestión (apartado 2.3, Cap. VI, Tit. Cuarto), consideramos necesario adelantar que desde el punto de vista procesal, las llamadas presunciones *iure et de iure* no pueden considerarse verdaderas presunciones en el sentido técnico-procesal.

Así pues, partiendo de la regulación contenida en el artículo 385.1º de la LEC (por ser ésta aplicable subsidiariamente en todas las cuestiones procesales no reguladas expresamente en la LC), el establecimiento de estas presunciones de perjuicio, permiten al juzgador declarar la existencia de perjuicio una vez alegados y probados los hechos, actos o relaciones que sirven de base a la presunción.

Partiendo pues de la voluntad de facilitar la prueba del perjuicio, el art. 71 LC enumera una serie de actos que sólo por su realización ya presumen la causación de un perjuicio a la masa activa del concurso, admitiendo prueba en contrario sólo en los supuestos enumerados en el apartado 3º. Evidentemente, las presunciones facilitan la prueba del perjuicio, pero que no sean de aplicación no significa que no se pueda rescindir el acto, sino simplemente, que la parte actora deberá probar el perjuicio, tal y como establece expresamente el art. 71.4 LC.

²⁶⁷ Sobre esta cuestión ver a RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., op. cit., p. 92: “*Nuestro sistema probatorio general, de aplicación al procedimiento concursal por remisión de la DF 5ª LC a la LEC, ha establecido la distribución del onus probandi en su art. 217 LEC, desde la premisa de que, con las excepciones que dispone el propio sistema, quien alega debe probar. Por lo tanto la administración concursal, o los acreedores de modo subsidiario, cuando pretenden la reintegración deben probar que se ha ocasionado el perjuicio a la masa activa que justifica la acción (...) La Ley concursal ha concretado la especialidad de las previsiones generales del proceso civil en el caso de la acción de reintegración. En primer lugar fija una regla general en el art. 71.4 LC (...) Aunque se sitúe en el apartado 4 del art. 71 LC, esta norma es la regla general que transpone al ámbito de la acción de reintegración la que, en sentido semejante ha dispuesto el art. 217.2 LEC (...). Esta previsión general se complementa con las presunciones (...) de los dos números que le preceden*”.

2.1.- Presunciones “*iure et de iure*”.

El 71.2 establece dos presunciones de perjuicio *iure et de iure*, es decir, sin admitir prueba en contrario²⁶⁸.

A) El perjuicio patrimonial se presume, en “*los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso*”. Es indiscutible que una disposición a título gratuito²⁶⁹ disminuye el patrimonio de la persona que hace la disposición, y ello con independencia de que esta disposición pueda estar justificada desde el punto de vista empresarial, o pueda considerarse una inversión que permita obtener beneficios en un futuro. Lo relevante en este punto es que una persona en un período inmediatamente anterior a ser declarada en concurso, se ha desprendido gratuitamente sin ninguna contraprestación equivalente, de un elemento de su patrimonio que posteriormente debería de haber contribuido al pago de sus deudas. El legislador ha considerado que no se puede defender el mantenimiento de la eficacia de estos actos gratuitos (insistimos, independientemente de la finalidad de los mismos, o de que aparentemente tengan una justificación razonable), cuando el deudor acaba en situación de concurso por no puede hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones de pago líquidas, exigibles y vencidas. Con esta presunción, además de evitar el beneficio indebido de un tercero en perjuicio de los acreedores, se pretende disuadir a los deudores en situación de insolvencia inminente de realizar este tipo de actos para sustraer todo o parte de su patrimonio para no responder con todos sus bienes del pago de sus deudas. En cierto sentido, podemos decir que la acción rescisoria concursal cumple también una función preventiva, en la medida en que puede evitar la realización de actos o negocios jurídicos rescindibles en caso de que el deudor acabe declarado en concurso.

²⁶⁸ Estos son alguno de los supuestos en los que opera la excepción expresamente recogida en el art. 385. 3. LEC, que establece como regla general que se pueda desvirtuar las presunciones legalmente establecidas mediante la prueba de lo contrario “*salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba*”.

²⁶⁹ FERNÁNDEZ SEIJO afirma que a diferencia del antiguo CCo, la LC no limita esta presunción a las donaciones (puras, condicionadas y remuneratorias) sino que incluye cualquier acto de disposición a título gratuito “*lo que permite incluir negocios jurídicos en los que aunque no haya una disposición directa si pueden determinar que quede comprometido el patrimonio del concursado: renunciaciones de derecho, condonaciones de deuda, opciones de compra, fianzas o avales no justificados*”, FERNÁNDEZ SEIJO J.M., op. cit. “*Acciones rescisorias y reintegración...*”, pp. 232-233.

Deben ser actos de “*disposición*”, planteándose la duda de si con esta expresión el legislador se refiere exclusivamente a los actos dispositivos o se deben incluir también los de administración con relevancia patrimonial. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, afirma que esta presunción sigue la tradición de nuestro ordenamiento jurídico de presumir que los actos gratuitos se realizan en fraude de acreedores, considerando además, que deben incluirse en la misma tanto los actos de disposición como los de administración “*que afecten de modo permanente y gravoso al valor del bien*”²⁷⁰. Por su parte, la jurisprudencia ha aplicado esta presunción, por ejemplo: en supuestos de pagos (de deudas ajenas o retribuciones no exigibles), o disposiciones de bienes o derechos sin justificación o contraprestación alguna²⁷¹; transmisión gratuita de bienes simulando la existencia de un negocio jurídico que lo justifique²⁷²; la concesión de préstamos gratuitos²⁷³; o en la constitución de fianzas y garantías por deudas ajenas o sin contraprestación.

En relación con las fianzas y garantías por deudas ajenas, el TS se pronunció en la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2012, en la que afirma que: “*las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deben entenderse como ‘operaciones de grupo’ en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco*”²⁷⁴. Posteriormente, en la sentencia de fecha 21

²⁷⁰ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., op. cit., pp. 94-95 y 99: “*En el caso de los actos de disposición a título gratuito, la Ley concursal continúa una tradición centenaria que se constata en el art. 1297 CC, al presumir en fraude de acreedores los contratos por los que se transmiten bienes a título gratuito. El perjuicio deriva de la disminución del patrimonio sin que el beneficiado padezca ningún sacrificio, por lo que estructuralmente lleva en sí el estigma de la perjudicialidad*”,

²⁷¹ Ver a modo de ejemplo de estos supuestos: SAP Zaragoza (Sección 5) 12.02.2013 (Sentencia 91/2013; Rollo 34/2013); SAP Barcelona (Sección 15) 19.05.2014 (Sentencia 172/2014; Rollo 439/2013); SAP León (Sección 1) 22.02.2013 (Sentencia 80/2013; Rollo 575/2012); SAP Barcelona (Sección 15) 15.06.2012 (Sentencia 240/2012; Rollo 89/2012); SAP Cáceres (Sección 1) 20.07.2011 (Sentencia 303/2011; Rollo 381/2011); SAP Granada (Sección 3) 06.09.2013 (Sentencia 265/2013; Rollo 287/2013).

²⁷² Vid a modo de ejemplo, la SAP Córdoba (Sección 3) 10.05.2011 (Sentencia 104/2011; Rollo 119/2011); SAP Madrid (Sección 28) 22.03.2013 (Sentencia 91/2013; Rollo 730/2011); SAP Murcia (Sección 4) 13.02.2014 (Sentencia 92/2014; Rollo 625/2013).

²⁷³ SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2013 (Sentencia 176/2013; Rollo 34/2013), y SAP Zaragoza (Sección 5) 12.02.2013 (Sentencia 94/2013; Rollo 33/2013)

²⁷⁴ Sobre esta sentencia ver el extracto ya recogido en la nota a pie de página nº 125. En términos similares se ha pronunciado también diversas Audiencias, citando a modo de ejemplo: SAP Baleares (Sección 5) 08.05.2014 (Sentencia 140/2014; Rollo 72/2014); .”: SAP Barcelona (Sección 15) 09.07.2012 (Sentencia 261/2012; Rollo 193/2012); SAP Castellón (Sección 3) 02.06.2011 (Sentencia 191/2011; Rollo 394/2010); y .”: SAP Oviedo (Sección 1) 04.04.2014 (Sentencia 120/2014; Rollo 392/2013).

de abril del 2014, ya enuncia que la cuestión a dilucidar es: "... si la prestación de la fianza que se otorga simultáneamente con ocasión de la concesión de la operación de crédito, es o no un acto gratuito"²⁷⁵. Finalmente, en la sentencia de 30 de abril de 2014 analiza con detalle la garantías contextuales declarando expresamente que: "*La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero*". No obstante ello, el propio TS advierte de que considerar onerosa la garantía, excluye la aplicación de la presunción de perjuicio, pero no, que pueda ser rescindida si puede probarse por otros medios la existencia del perjuicio.

La ley excluye expresamente de la presunción "*las liberalidades de uso*", planteándonos con ello qué debemos entender, desde el punto de vista jurídico, por liberalidades de uso. En principio, deben considerarse todos aquellos actos consistentes en pequeñas donaciones o cesiones de bienes gratuitas propias de la vida cotidiana que toda persona acostumbra a realizar (p.ej., regalos a amigos o familiares directos con motivo de alguna celebración; los lotes o regalos de empresa a los trabajadores, etc.). La jurisprudencia se ha referido, a los "*regalos habituales atendida la situación económica de una persona o familia*"²⁷⁶. En todo caso, esta es una cuestión que deberá resolverse caso por caso en función de las circunstancias de cada uno de los deudores: los antecedentes de su actuación precedente, el vínculo entre las partes, el motivo o justificación del acto, su importe, y la situación patrimonial del deudor en el momento de su realización²⁷⁷.

²⁷⁵ Ver el extracto de la sentencia recogido en la nota a pie de página 119.

²⁷⁶ Vide las SAP Baleares (Sección 5) de 29.01.2013 (Sentencia 32/2013; Rollo 686/2012) y de 25.03.2013 (Sentencia 117/2013; Rollo 683/2012).

²⁷⁷ Un supuesto especial a tener en cuenta es el del pacto de supervivencia regulado en el Codi Civil Català. Según NAVAS NAVARRO: "*puede suceder que se haya adquirido (el bien) con fondos total o parcialmente de uno sólo de los cónyuges, aunque el bien figure de titularidad de ambos consortes por cuotas iguales o desiguales. En estos casos, si uno de los cónyuges es declarado en concurso, hay que*

ALCOVER GARAU, considera que esta presunción, dado que es obvio que un acto gratuito perjudica a la masa activa, es totalmente prescindible²⁷⁸. En este punto debemos discrepar ya que puede, ciertamente, considerarse prescindible a efectos meramente materiales, pero no a efectos procesales. La existencia de la presunción *iure et de iure* exime a la parte actora de la prueba del perjuicio, elemento fundamental para que prospere la rescisoria concursal. Su inexistencia obligaría a la parte actora a probar dicho perjuicio, y ello por muy fácil u obvio que pueda parecer inicialmente, no deja de ser una carga procesal que, aunque sea sólo formalmente, requeriría una actividad específica en sede judicial.

B) También se consideran perjudiciales, *"los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente"*²⁷⁹. En este caso la presunción se fundamenta directamente en la vulneración del principio de la *par conditio creditorum*. Pagar o realizar actos de extinción (dación en pago u otro acto de *aliud pro alio*) de una deuda no vencida en el momento de la declaración de concurso, es un adelanto de pago que debe considerarse injustificado

recordar que, en el derecho catalán el art. 231-12 CCC (antiguo 12 CF) contiene normas específicas al respecto que deben conjugarse con las normas sobre reintegración de bienes a la masa del art. 71 LC, que establece una especial acción rescisoria basada en el perjuicio patrimonial a la masa activa. Esas normas son semejantes a las recogidas en el art. 78.1 y 2 LC. En efecto, estos preceptos establece que, en caso de declaración de concurso de uno de los cónyuges, los bienes que haya adquirido el otro a título oneroso, durante el año anterior a la declaración, quedan sujetos a una serie de reglas: en primer lugar, si la contraprestación para adquirirlo procede del cónyuge concursado, se presume su donación; en segundo lugar, en la parte de la contraprestación que no se pueda acreditar la procedencia de la contraprestación, se presume donada la mitad de la misma. Estas presunciones se pueden enervar, si se acredita que, en el momento de la adquisición, el adquirente tenía ingresos o recurso suficientes para satisfacer la susodicha contraprestación. Requisito para poder aplicar estas presunciones de donación es que los cónyuges no se encuentren separados de hecho o judicialmente al tiempo de la declaración de concurso (...) Así, si uno o ambos cónyuges es declarado en concurso, la administración concursal o sus acreedores pueden pretender la aplicación del referido art. 78.1 y 2 LC o el art. 231-12 CCC, para el régimen de separación de bienes, sobre la presunción de donación en caso de declaración de concurso, de manera que si la contraprestación con la que se adquirió el bien procedía del cónyuge concursado se presume su donación. Si no se puede acreditar con qué bien se adquirió, se presume donada la mitad de la contraprestación. Esta presunción de donación de la contraprestación permitiría aplicar las reglas sobre reintegración de bienes a la masa, que recoge el art. 71.2 LC...", NAVAS NAVARRO, S., "Concurso de acreedores y pacto de supervivencia", Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pp. 98-99.

²⁷⁸ Para este autor: "Esta presunción es perfectamente prescindible, ya que es obvio que cualquier acto gratuito (donación....) perjudica a la masa activa, ya que la gratuidad implicará siempre una disminución de la misma (...) Y ante tal evidencia, sobre la presunción, cuya inclusión parece ser una traslación acrítica de la regla del citado artículo 1.297, primer párrafo, del Código Civil", ALCOVER GARAU, G., op. cit., p. 336.

²⁷⁹ Esta es la redacción una vez modificada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

cuando el deudor no ha podido cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (presupuesto objetivo de la declaración de concurso, 2.2 LC)²⁸⁰. Este tipo de actos suponen el favorecimiento de uno o unos pocos acreedores en perjuicio de los otros, lo que infringe la igualdad de trato a los acreedores, uno de los pilares en los que se asienta el derecho concursal español²⁸¹. Se excepcionan las obligaciones que cuenten con garantía real, por ello se incluyen en el apartado 3º del art. 71 (realizado por la reforma del 2011), como presunción *iuris tantum* y por tanto, con posibilidad de ser desvirtuada mediante prueba en contrario²⁸². Este es un cambio importante por cuanto en la práctica, la aplicación indiscriminada de esta presunción a pagos anticipados, podían derivar en la resolución de actos que no podían considerarse perjudiciales para la masa.²⁸³

La jurisprudencia ha venido aplicando esta presunción en supuestos, por ejemplo, en los que se cancela anticipadamente un préstamo o crédito, o que carecía de plazo, o no se había dado por vencido²⁸⁴; en los que se cancela anticipadamente un

²⁸⁰ PULGAR EZQUERRA afirma que esta presunción opera: “*con independencia de las causas del pago u extinción anticipada de las obligaciones, aun cuando en puridad sólo deberían entenderse comprendidos en el ámbito de la presunción los pagos voluntariamente realizados por el deudor con anterioridad al vencimiento de la obligación, y no los pagos realizados obligatoriamente por el deudor*”, PULGAR EZQUERRA, J., op. cit, "Rescisión concursal y refinanciaciones", p. 1364.

²⁸¹ Así lo declara, p. ej. la SAP Burgos (Sección 3) 21.09.2011 (Sentencia 279/2011; Rollo 207/2011): “*Se justifica esta especial característica por lo sospechoso que tiene la extinción de una obligación que no vence sino hasta una época posterior, haciéndolo en una situación de insolvencia, que determinaría no tanto una anticipación de los pagos, sino su postergación. Y la rescisión se produce no porque el pago no responda a la existencia de una obligación válida y eficaz, como es en este caso la obligación de devolver en un contrato de préstamo, o porque los préstamos fueren más o menos necesarios para la continuación de la actividad comercial del deudor, sino por la ruptura del principio de la pars conditio creditorum que exige, no solo que todos los acreedores se vean afectados por igual por la situación de concurso, sino también que se hagan los pagos por el orden de la fecha de los respectivos vencimientos, lo que no se cumple cuando se anticipan los pagos a alguno de ellos.*”

²⁸² En relación a esta cuestión ver la SAP Sevilla (Sección 5) 20.09.2012 (Sentencia 442/2012; Rollo 3667/2012): “*La Ley contempla un supuesto que podríamos calificar de dudoso, cual es el que la deuda tuviese garantía real. Liberar el bien gravado puede en algunos casos suponer un beneficio para el patrimonio del concursado, de ahí que en este caso la Ley establezca la presunción como iuris tantum, permitiendo que se aporten pruebas que demuestren la ausencia de perjuicio patrimonial*”.

²⁸³ Por ejemplo, en los casos en los que el pago anticipado había permitido al deudor cancelar las cargas de un bien y venderlo por un precio de mercado o superior, pasando el importe de la venta a formar parte de la masa activa del concurso. En estos casos la masa obtiene el valor líquido de mercado del bien en lugar de un bien gravado y muy posiblemente con un derecho de ejecución separada del acreedor titular de la garantía cancelada en virtud del pago anticipado (p. j, en el caso de hipotecas o prendas de bienes no afectos a la actividad).

²⁸⁴ Vide, p. ej, SAP Zaragoza (Sección 5) 11.07.2011 (Sentencia 454/2011; Rollo 171/2011); SAP Toledo (Sección 1) 25.06.2013 (Sentencia 172/2013; Rollo 3/2013); SAP Valladolid (Sección 3) 02.09.2013 (Sentencia 209/2013; Rollo 24/2013).

préstamo o crédito hipotecario que grava la finca para venderla libre de cargas²⁸⁵; o en los que se había pagado la totalidad de la minuta del letrado antes de la presentación del concurso²⁸⁶.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado ya sobre los actos dispositivos a título gratuito y a título oneroso a efectos de la aplicación de las presunciones del art. 71 LC. La sentencia de 10 de julio de 2013 (citando una anterior de 26 de octubre de 2012), establece que cuando los pagos debidos se han realizado a una persona especialmente relacionada con el deudor, no debe probarse la existencia de perjuicio (que se presume), sino la no concurrencia de circunstancias excepcionales y por tanto, la validez del acto realizado a pesar de la especial relación existente entre las partes. En este caso en concreto además, se pronuncia sobre lo que denomina “préstamos societarios” argumentando los motivos por los que su devolución durante el periodo sospechoso, debe ser considerado un perjuicio para la masa activa aun cuando el acto dispositivo suponga una correlativa disminución del pasivo.

Asimismo, el TS se ha pronunciado, en la sentencia dictada el 13 de diciembre del 2010, sobre si le es automáticamente aplicable a las garantías hipotecarias esta presunción "iuris et de iure" de perjuicio, o por el contrario, en el caso de estas garantías debe hacerse una interpretación que atienda preferentemente a elementos sistemáticos, históricos, sociológicos y, fundamentalmente teleológicos, tal y como pretendía la recurrente. El Tribunal declara que no existe base legal alguna que permita acoger la pretensión de la recurrente, y que la ley es clara en el sentido de presumir el perjuicio patrimonial en los actos gratuitos sin admitir prueba en contrario.²⁸⁷.

En relación con las denominadas garantías contextuales, ya hemos adelantado que el TS se ha pronunciado en la sentencia dictada el 8 de noviembre del 2012, en la que pone de manifiesto que nuestra regulación no se pronuncia sobre esta cuestión, estableciendo el tribunal que en estos casos debe analizarse la posible existencia de

²⁸⁵ Vid SAP Salamanca (Sección 1) 04.12.2012 (Sentencia 649/2012; Rollo 526/2011).

²⁸⁶ Vide, entre otras, SAP Barcelona (Sección 15) 29.04.2011 (Sentencia 207/2011; Rollo 554/2010); SAP Cádiz (Sección 5) 15.04.2014 (Sentencia 204/2014; Rollo 53/2014); SAP Granada (Sección 3) 21.02.2014 (Sentencia 48/2014; Rollo 24/2014); SAP Sevilla (Sección 5) 20.01.2014 (Sentencia 40/2014; Rollo 6447/2013).

²⁸⁷ Ver el extracto de la sentencia ya recogido en la nota a pie de página nº 123.

perjuicio partiendo de la globalidad del negocio en el que se presta la garantía, ya que en numerosas ocasiones, analizada aisladamente será perjudicial pero no lo será si se analiza conjuntamente con la obligación garantizada. Asimismo, tal y como ya hemos reseñado anteriormente, esta misma sentencia, contiene una extensa reflexión sobre el artículo 10 de la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, afirmando que dicho artículo tutela el mercado hipotecario y las operaciones que le dan estabilidad, no a la entidades financieras en sí mismas, rechazando que en ese caso concreto se haya infringido dicho artículo, alegando que: *“Para la rescisión de la hipoteca no basta el perjuicio para la masa, sino que se requiere la existencia de fraude y en el presente caso, no existe fraude ni perjuicio. A ello añade que la declaración de mala fe que deriva de la afirmación del conocimiento de la mala situación económica generalizada que se dice perceptible en diciembre de 2007, no equivale al fraude requerido por la Ley reguladora del Mercado Hipotecario, pues de ser así en realidad no se habría establecido especialidad alguna”*.

2.2.- Presunciones “*iuris tantum*”

El artículo 385. 2. LEC establece que *“Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”*²⁸⁸. El art. 71.3 establece tres presunciones “*iuris tantum*” de perjuicio para la masa.

A) El primer supuesto, presume la existencia de perjuicio en los actos *“dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado”*. El artículo 93 de la LC concreta qué personas, físicas y jurídicas, deben considerarse especialmente relacionadas con el concursado²⁸⁹. La regulación presume la relación especial sin posibilidad de probar lo

²⁸⁸ PÉREZ BENITEZ, no obstante, afirma: *“Me permito llamar la atención sobre la evidencia de que al amparo de la presunción iuris tantum lo que se exige a lo demandados es la prueba del no perjuicio, no que justifiquen la bondad del acto impugnado”*, PÉREZ BENITEZ, J. J., *“El perjuicio patrimonial y la posibilidad de rescisión independiente de las garantías en el concurso”*, *Boletín Mercantil*, Año V, nº 51, septiembre 2012, p. 4.

²⁸⁹ Las AP de Barcelona y Alicante, ha declarado que la presunción ampara sólo las relaciones personales recogidas en el artículo 93 de la LC, no otras: SAP Alicante (Sección 8) 17.10.2013 (Sentencia 395/2013;

contrario, en relación a las personas reseñadas en los apartados 1º y 2º del 93 LC, mientras que admite prueba en contrario respecto de los relacionados en el apartado 3º. En este caso el fundamento de la presunción es, al igual que en el supuesto de los actos gratuitos, la sospecha de fraude o del intento de sustraer parte del patrimonio trasladándolo a familiares socios o personas con una relación más o menos directa. No obstante ello, tratándose de una presunción *iuris tantum* si se prueba que el acto impugnado, pese a haberse concertado con una de las personas especialmente relacionadas, no supuso un perjuicio para el patrimonio del concursado, la acción rescisoria no podrá prosperar.

ALCOVER GARAU, entre otros, critica el tratamiento dado a estas personas en la LC considerándolo ilógico. Afirma que lo que se presume, es que la contraprestación del adquirente ha sido de menor valor que la del deudor. En el fondo cree que, dada la estrecha relación existente entre estas personas, subyace la sospecha de que los negocios jurídicos realizados entre ellas “*encierran maniobras fraudulentas fundamentalmente de tipo simulatorio*”. Considera que lo lógico hubiera sido “*establecer presunciones iuris tantum de simulación o de fraude en los créditos concursales de las personas especialmente relacionadas con el deudor o presunciones de tal carácter en los negocios realizados entre ésta y el deudor*”²⁹⁰. En términos similares se pronuncia MERCADAL VIDAL según el cual, el criterio seguido por el legislador es demasiado estricto y expeditivo en la medida en que penaliza de forma severa y nada flexible operaciones muy habituales en el tráfico mercantil, censurando además que se aplique a todo tipo de créditos sin discriminar. Considera que las consecuencias prácticas para la economía pueden ser muy nocivas²⁹¹. Por su parte, ÁVILA DE LA TORRE, considera que por personas relacionadas debemos entender sólo las expresamente reseñadas en el artículo 93 LC, no pudiendo extender el concepto a otras a pesar de que tengan una estrecha relación con el deudor. Asimismo, defiende que el concepto de “actos dispositivos” no quede reducido a los contratos, sino que incluya todo tipo de actos. Finalmente en relación con los llamados préstamos sustitutivos de capital (sociedades

Rollo 315/2013); SAP Barcelona (Sección 15) 08.01.2009 (AC 2009/1180; Sentencia 3/2009; Rollo 497/2008); SAP Barcelona (Sección 15) 09.10.2013 (Sentencia 355/2013; Rollo 218/2013).

²⁹⁰ Vid., ALCOVER GARAU, G., op. cit., p 337.

²⁹¹ Véase, MERCADAL VIDAL, F., “Comentario al art. 93 LC”, en “*Nueva Ley Concursal*” (Coord., Sala Reixachs, Mercadal Vidal, Alonso-Cuevillas Sayrol), Bosch 2003, p. 455.

infracapitalizadas por los propios socios), propone impugnar los pagos de estos préstamos, pero no el préstamo en sí mismo, permaneciendo este importe en la masa sin restitución al socio prestamista supliendo la falta de capital²⁹².

La jurisprudencia ha aplicado esta presunción a estos préstamos denominados “societarios” considerándolos un sustitutivo del capital²⁹³. También lo ha hecho en supuestos de ventas a sociedades del grupo, descendientes o cónyuges, o socios de la concursada²⁹⁴; pagos a acreedores especialmente relacionados, o a sociedades controladas por éstos²⁹⁵; pagos a socios o sociedades controladas por ellos, o compensaciones²⁹⁶; reparto de dividendos, y devolución de aportaciones a los socios, con o sin disminución de capital²⁹⁷; o la concertación de servicios con una sociedad del grupo²⁹⁸.

A) La segunda presunción afecta a “*la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*”. El fundamento de esta presunción es, al igual que en el supuesto de la extinción de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración de concurso, la vulneración del principio de la *par conditio creditorum*²⁹⁹. Una manera de favorecer a un acreedor frente

²⁹² Vide ÁVILA DE LA TORRE, A., op. cit., pp. 94, 99 y 100.

²⁹³ Ver STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011).

²⁹⁴ Vide, SAP Badajoz (Sección 2) 02.10.2008 (JUR 2009/93654; Sentencia 231/2008; Rollo 837/2007); SAP Alicante (Sección 8) 09.04.2008 (JUR 2008/189071); SAP Lugo 06.07.2010 (Sentencia 382/2010; Rollo 821/2009).

²⁹⁵ En este sentido, la STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011); SAP Orense (Sección 1) 19.07.2013 (Sentencia 302/2013; Rollo 189/2012); SAP Almería (Sección 2) 29.05.2013 (Sentencia 132/2013; Rollo 164/2012).

²⁹⁶ SAP Barcelona (Sección 15) 01.03.2012 (Sentencia 84/2012; Rollo 532/2011); SAP Oviedo (Sección 1) 05.06.2014 (Sentencia 179/2014; Rollo 403/2013); SAP Pontevedra (Sección 1) 30.06.2011 (Sentencia 372/2011; Rollo 307/2011); SAP Alicante (Sección 5) 11.10.2012 (Sentencia 410/2012; Rollo 340/2012).

²⁹⁷ Sobre estos supuestos, ver, a modo de ejemplo, SAP Alicante (Sección 5) 06.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 490/2012); SAP Tenerife (Sección 4) 04.09.2012 (Sentencia 320/2012; Rollo 742/2011); SAP Barcelona (Sección 15) 06.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 714/2012); SAP Tarragona (Sección 1) 19.03.2014 (Sentencia 117/2014; Rollo 270/2013).

²⁹⁸ Vid SAP Alicante (Sección 8) 24.10.2013 (Sentencia 402/2013; Rollo 320/2013).

²⁹⁹ Así consta recogido, entre otras muchas en la SAP Castellón (Sección 3) 26.02.2013 (Sentencia 93/2013; Rollo 763/2012); SAP Madrid (Sección 28) 27.01.2012 (Sentencia 25/2012; Rollo 529/2011); SAP Murcia 18.03.2011 (Sentencia 131/2011; Rollo 131/2011); SAP Valladolid (Sección 3) 17.06.2014 (Sentencia 130/2014; Rollo 76/2014).

a los demás es, sin duda, concederle una garantía real que en caso de concurso convierta su crédito ordinario en privilegiado especial del art. 91 LC³⁰⁰. Esta presunción, coherente y lógica desde el punto de vista del principio de igualdad de trato a los acreedores, en la práctica es un obstáculo para la refinanciación y por tanto, la continuidad de numerosas empresas.

Estamos de acuerdo con ALCOVER GARAU³⁰¹ para el que, esta presunción contiene en realidad dos supuestos distintos: a) la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes que “*recoge un típico acto gratuito, la denominada superposición de garantía real, ya que se trata de un otorgamiento de una garantía real por el deudor sin contraprestación alguna a favor de un acreedor por deuda no vencida*”. En este caso considera que, dado que el perjuicio es obvio, esta presunción es una contradicción con la presunción *iure et de iure* de perjuicio en el caso de los actos gratuitos. b) La constitución de garantías reales a favor de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de otras preexistentes. En este caso, partiendo de la base de que el negocio puede ser o no perjudicial para la masa, considera correcto el establecimiento de la presunción. Normalmente esta presunción alcanza a supuestos de renegociación de deuda “*en el cual el acreedor otorga un nuevo crédito con el que se paga el anterior vencido a cambio de una garantía real*”. Así pues, para determinar si el negocio ha resultado o no perjudicial para la masa “*... habrá que analizar, en relación a la prestación del deudor el rango de la garantía y los bienes sobre los que recae, y en relación a la del acreedor, la calidad de la deuda refinanciada y su posibilidad de cobrarla*”. En sentido similar se pronuncian VILA FLORENSA y FERNANDEZ SEIJO³⁰². Por su parte, MORALEJO MENÉNDEZ, afirma que en la práctica, los tribunales están extendiendo el alcance de esta presunción a las operaciones de

³⁰⁰ Un buen ejemplo de ello es el supuesto enjuiciado por la SAP Lugo 19.12.2006 (JUR 2007/128096), en el que el deudor dispuso de una cuenta de crédito garantizada con hipoteca para cubrir una deuda vencida del mismo banco que sólo tenía garantía personal: “SEGUNDO.-... *con dicha actuación el Banco apelante por una parte incrementa los créditos privilegiados y disminuye en cantidad igual los créditos ordinarios con el consiguiente y evidente perjuicio para el resto de los acreedores...*”.

³⁰¹ Vide. ALCOVER GARAU, G., op. cit., p 337.

³⁰² Vide., VILA FLORENSA, M., ob. cit., p. 372, y FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., op. cit., “Acciones rescisorias y reintegración...”, p. 238.

refinanciación que conlleven la concesión de nuevos préstamos o líneas de crédito durante el período de sospecha³⁰³.

Esta presunción ha sido apreciada por nuestros tribunales, fundamentalmente en supuestos de refinanciación con garantías nuevas o superpuestas³⁰⁴; pero también en un caso de constitución de una venta en garantía o fiducia cum creditore (equiparándola a una garantía real)³⁰⁵; o en un supuesto de asunción de una deuda ajena y constitución de una hipoteca para garantizarla³⁰⁶.

La aplicación práctica de la LC en los primeros años de la crisis, puso de manifiesto que esta presunción, al no discriminar los diferentes supuestos posibles, era un grave obstáculo para que las empresas en crisis consiguieran la financiación necesaria para superar sus dificultades financieras, especialmente en el caso de las PYMES. En estos casos, el acreedor que refinanciaba (normalmente una entidad financiera), debía añadir a su análisis de riesgo financiero, un análisis de riesgo concursal, valorando si en caso de que el deudor fuera declarado en concurso en los dos años siguientes, debería defender en un incidente rescisorio concursal, la ausencia de perjuicio en la operación de refinanciación³⁰⁷. La constatación práctica de que se estaba

³⁰³ MORALEJO MENÉNDEZ: “*La interpretación que los órganos jurisdiccionales vienen haciendo de esta presunción de perjuicio en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones nuevas contraídas en sustitución de otras preexistentes, se está orientando, más bien, hacia un plano económico. Se extiende así el alcance de la presunción a las operaciones de refinanciación de deuda del concursado que impliquen la concesión de nuevos préstamos o la apertura de nuevas líneas de crédito durante el período de sospecha (...) la letra del art. 71.3.2º de la LC no requiere que la nueva deuda que se beneficie de la garantía real se contraiga frente al mismo acreedor con el que se había contraído la obligación que se sustituye*”, MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Las presunciones relativas de perjuicio (II): la impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas”, en A.A.V.V., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 1ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, pp. 144-145.

³⁰⁴ Vide SAP La Coruña (Sección 4) 24.05.2013 (Sentencia 207/2013; Rollo 744/2011).

³⁰⁵ Ver SAP Murcia (Sección 4) 23.03.2009 (AC 2009/768; Sentencia 187/2009; Rollo 81/2009).

³⁰⁶ Vid SAP Barcelona (Sección 15) 11.06.2007 (Rollo 320/2006).

³⁰⁷ La SAP Barcelona (Sección 15) 06.02.2009 (Rollo 607/2008) resuelve un supuesto como éste: “*En este caso, debemos valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de una garantía real, pues contrariamente a lo argumentado por el Banco, constituye una merma de valor del bien en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien. El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par conditio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su*

produciendo este efecto indeseado (aunque advertido desde diferentes instancias ya desde antes de la entrada en vigor de la LC) es la causa por la que las últimas reformas han ido en la línea de intentar proteger los acuerdos de refinanciación frente a una futura acción rescisoria concursal. Volveremos sobre esta cuestión en el Capítulo II, del Título III de este trabajo al analizar los actos no rescindibles.

C) El tercer supuesto es el de: *“Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”*. Tal y como ya hemos señalado anteriormente, este supuesto ha pasado de ser una presunción *iure et de iure* a una presunción *iuris tantum*, lo que permite una mejor adaptación de la ley a los distintos supuestos que se plantean en la práctica.

Finalmente debemos recordar que el TS ha declarado que la valoración de la posible existencia o no de perjuicio debe hacerse analizando el contexto en el que se lleva a cabo el negocio jurídico en su conjunto, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias (como regla general la rescisión afecta al conjunto del negocio jurídico). No obstante ello, matiza que en ocasiones se pueden separar los diferentes elementos que integran un contrato o negocio jurídico de manera que se pueda mantener la validez del negocio jurídico a la vez que se rescinde parte del mismo, de concretos actos de ejecución del acto principal, o de un contrato conexo.

Acreditado el perjuicio, la acción de reintegración prosperará con independencia de que el acto se hubiera hecho de buena fe o con intención fraudulenta, tal y como se desprende del art. 71.1 LC: *“...aunque no hubiere existido intención fraudulenta”*. La nueva LC, teniendo en cuenta la dificultad que supone probar la intención de fraude, ha

crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores. Ahora bien, en el presente caso concurren una serie de circunstancias que deben ser valoradas: primero, que la hipoteca no se constituye enteramente para garantizar una obligación preexistente –en este caso una nueva que sustituye a otra anterior-, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con la hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior, vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación de crédito; y, segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto. Ambas circunstancias, en el contexto en que se renegoció la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio.”

optado, apartándose en este punto de la regulación anterior, por no incluir como requisito de la acción de reintegración este elemento subjetivo.

TÍTULO TERCERO.- ACTOS Y NEGOCIOS OBJETO DE LA ACCIÓN

CAPÍTULO I.- ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS RESCINDIBLES.

La primera cuestión que debemos plantearnos al intentar determinar qué actos son rescindibles, si lo son sólo los actos o negocios jurídicos o también las omisiones de las que se derive un perjuicio patrimonial contra la masa. Asimismo, también debemos analizar si la acción rescisoria sólo afecta a los actos que supongan una disminución patrimonial directa, o también afectan a los que conllevan un perjuicio indirecto por haber impedido un previsible aumento lógico y razonable del activo o patrimonio del deudor.

Respecto de la primera cuestión, la doctrina mayoritaria considera rescindibles tanto los actos o negocios jurídicos en sentido amplio, como las omisiones, aunque con ligeros matices entre los diferentes autores. Así, FERNANDEZ SEIJO³⁰⁸, afirma que debe hacerse una interpretación amplia y flexible del término “actos” que incluya contratos, la asunción de cualquier tipo de obligaciones, la realización de pagos o extinción de obligaciones; toda actuación o negocio jurídico que haya supuesto una disminución del patrimonio del deudor. PRENDES CARRIL³⁰⁹ sólo incluye los actos

³⁰⁸ Este autor, además de los actos o negocios jurídicos de carácter privado, basándose en el art. 53.2 LC, también considera rescindibles conciliaciones o resoluciones arbitrales, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., op. cit., “Acciones rescisorias y ...”, p. 226. En esta misma línea PONS ALBENTOSA: “*De la anterior postulación la doctrina científica lo primero que se cuestiona es la comprensión del concepto ‘acto’, así quedarán comprendidos como tal: los contratos, cualquier actuación del deudor realizada dentro del marco de las relaciones bilaterales con terceros e, incluso, los actos unilaterales del deudor, entendiéndose incluidas las omisiones, como por ejemplo la relativa a la renuncia tácita al ejercicio de un derecho por parte del mismo (León y otros, 2004). Asimismo también se entenderán incluidos no sólo los actos de disposición, sino también los actos de mera administración o gestión que por su entidad o contenido sean susceptibles de ocasionar un perjuicio relevante a la masa activa (Crespo y otros, 2004)*”, PONS ALBENTOSA, L., opinión manifestada en la ponencia sobre “Las acciones de reintegración a la masa activa en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Aspectos generales, novedades introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, casos especiales y experiencias en derecho Comparado”, realizada en el IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia y VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía realizado en Antequera del 19-21 de abril de 2012, p. 4.

³⁰⁹ Vid. PRENDES CARRIL, P., ob. cit., pp. 212 y 214.

que supongan una pérdida patrimonial o una disminución de los activos del concursado. Comparte esta postura SILVETTI para la que son rescindibles los actos susceptibles de producir un perjuicio patrimonial, en el sentido de disminución del patrimonio, excluyendo los hechos jurídicos y las omisiones, pero incluyendo los actos de terceros que impliquen efectos jurídicos sobre el patrimonio del concursado³¹⁰. Por el contrario, MASSAGUER FUENTES³¹¹, considera rescindibles todos los actos de naturaleza patrimonial que cumplan los requisitos del 71.1 LC, cualquiera que fuera su clase: negocios jurídicos, actos en sentido estricto, los que consisten en dar, en hacer o en no hacer. Para VARGAS BENJUMEA³¹², los actos a los que se refiere el 71.1 LC son los contratos, los negocios jurídicos, e incluso “*declaraciones negociales que sean susceptibles de producir perjuicio patrimonial*”.

Por su parte, la jurisprudencia ha venido admitiendo la rescisión concursal en todo tipo de actos jurídicos, tanto actos expresos, como omisiones o declaraciones unilaterales de voluntad, siempre que sean perjudiciales para la masa³¹³.

³¹⁰ Discrepamos de las opiniones de esta autora en relación a estas dos cuestiones, SILVETTI, E., op. cit., pp. 805-80. De conformidad con lo establecido por la ley y la jurisprudencia, no son rescindibles los actos realizados por terceros, cuestión que ampliaremos en el Capítulo II de este título.

³¹¹ MASSAGUER FUENTES, J., op. cit., “La reintegración ...”, p. 2.

³¹² VARGAS BENJUMEA, I., op. cit., p. 37.

³¹³ La jurisprudencia ha declarado de forma reiterada, que el perjuicio patrimonial entendido como disminución del patrimonio tanto puede producirse a través de una acción o negocio jurídico, como de una omisión. Destaca por su referencia al derecho comparado la SJM-1 Madrid 30.11.2009 (AC 2010/80; Incidente Concursal 660/2009): “*En todo caso y en aras de la complitud, si pudiera interpretarse que en realidad lo que la demandante impugna es la omisión en la concurrencia a la ampliación de capital aprobada en Ecoedi 2002, SA, no consideramos que exista precepto legal alguno que impida a limine litis sustanciar la acción ejercitada. Siendo la rescisión concursal de las omisiones una cuestión dudosa en Derecho español (negando su aceptación en la doctrina E. Aznar Giner, La acción rescisoria concursal, Madrid: Tirant lo Blanch, 2009, p. 16 y especialmente n. 16 y E. Rodríguez Achútegui en VV.AA. La Reintegración en el Concurso de Acreedores, Madrid: Aranzadi-Thomson, 2009, p. 67), hemos de advertir que dicha posibilidad no aparece expresamente excluida en el texto de la Ley 22/2003. Tal silencio no puede considerarse que obedezca a un simple olvido o ignorancia de la posibilidad de que una actitud omisiva del deudor pueda ocasionar un perjuicio para la masa activa, pues ya en el art. 92 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 se había aludido expresamente a la posibilidad de impugnación no sólo de los actos sino también de las omisiones a través de las acciones rescisorias concursales. En tal sentido debemos advertir, frente a cualquier argumentación que pudiera sostener la imposibilidad lógica de la rescisión de una actitud meramente omisiva atribuible al concursado y causante de un perjuicio para la masa activa, que la normativa concursal de algunos de los modelos que en Derecho comparado fueron considerados por el Legislador español expresamente contempla la posibilidad de impugnar tales omisiones (así, el § 129 de la InsO alemana de 5 de octubre de 1994 y § 1.2 de la AnfG); mientras que en otros países, a falta de un expreso reconocimiento (como acontece en España) han sido la jurisprudencia y la doctrina las que han colmado la laguna, interpretando el concepto de «acto rescindible» en el sentido de incluir también las omisiones (así, por referencia a la Ley suiza, véase W.AA. Kommentar zum Bundesgesetz ubre Schuldbetreibung und Konkurs, T. III, Basilea:*

Creemos acertada la posición defendida por MASSAGUER FUENTES, si bien, debe matizarse que en el supuesto de las omisiones lo rescindible serán los efectos de la no realización del acto o negocio que hubiera evitado el perjuicio a la masa; en ese caso, lo que debería dejarse sin efecto es la omisión, la no realización del acto; no puede declararse ineficaz un acto o negocio que no llegó a realizarse, pero sí que puede dejarse sin efecto los efectos de dicha omisión, permitiendo la realización del acto cuya no realización causó el perjuicio.

En relación con la segunda cuestión, creemos que deben incluirse entre los actos rescindibles no sólo los que causan una pérdida patrimonial directa, sino también los que causan una pérdida patrimonial indirecta. La jurisprudencia así lo ha declarado en algún supuesto, considerando que no debe reducirse el concepto de perjuicio sólo a los actos u omisiones que suponen una pérdida o disminución patrimonial, sino que debe tenerse en cuenta también los supuestos en los que no se obtiene un aumento de la masa activa, posible y previsible de no haberse llevado a cabo el acto cuya rescisión se pretende. Sobre este punto resulta muy ilustrativa la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, en relación con la venta de un inmueble por parte de una sociedad mercantil a una sociedad del mismo grupo. En este caso la compraventa se consideró perjudicial para la masa activa pese a que la compradora pagó un precio justo o de mercado. Argumenta esta Audiencia que la venta del inmueble supone una pérdida, no sólo del fondo de comercio, sino también del beneficio que la concursada podía haber obtenido, de manera más o menos inmediata, con su realización final³¹⁴. No obstante

Helbing Lichtenhahn Verlag, 2005, art. 285 marg. 11). Por consiguiente, no habiendo mencionado expresamente el Legislador español las omisiones perjudiciales entre los supuestos excluidos de la posibilidad de rescisión que se enumeran en el art. 71.5 LC, debemos entender que se ha remitido a la interpretación que la doctrina y jurisprudencia puedan atribuir al concepto de acto rescindible, a la luz de la propia evolución del tráfico jurídico en este ámbito y de los desarrollos que en Derecho comparado puedan darse". Sobre esta cuestión también se han pronunciado, p. ej, la AP de Barcelona (Sección 15) en la sentencia de 15.12.2011 (Sentencia 493/2011; Rollo 320/2011): "“Por otra parte, el término "acto de disposición" debe entenderse en un sentido amplio: abarca tanto los contratos y negocios (unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos), como los pagos (también por compensación) y las declaraciones unilaterales de voluntad que comportan un sacrificio patrimonial, como es el reconocimiento de derechos a favor de terceros, la renuncia de derechos propios e, incluso, el afianzamiento de una deuda ajena. Por lo que un acuerdo transaccional, en principio, puede ser objeto de rescisión, pero siempre que la renuncia, entrega o reconocimiento de derechos realizada por el deudor concursado haya generado un perjuicio para la masa activa.”; y la SAP Sevilla (Sección 5) 11.06.2012 (Sentencia 298/2012; Rollo 3543/2012).

³¹⁴ SAP Málaga (sección 6) 12.03.2009 (JUR 2009/275004): “CUARTO.- Por otra parte, el hecho de que ambas sociedades tengan como objeto social la compra, venta y alquiler de terrenos, viviendas, locales, apartamentos y chalets, y la promoción y construcción de toda clase de obras y construcciones, no justifica la transmisión de la finca objeto de este incidente como una operación perteneciente al tráfico a

ello, creemos que la valoración de estos supuestos debe ser muy rigurosa, admitiendo la rescisión sólo cuando no exista ninguna duda de que el acto impugnado es la causa de la no obtención del beneficio o incremento patrimonial base del perjuicio (no son admisibles rescisiones en base a especulaciones o expectativas no tangibles en el momento de la realización del acto, o cuando el valor de las mismas ya se hubiera incorporado al fijar el precio de la operación).

1.- Rescisión actos procesales

Debemos plantearnos también, la posible rescisión de actos procesales, resoluciones judiciales, y acuerdos transaccionales aprobados judicialmente³¹⁵. Las resoluciones judiciales no tienen que generar ninguna duda o controversia ya que al no ser actos del deudor no son rescindibles, independientemente de otras consideraciones³¹⁶. En cambio, los actos procesales, siempre y cuando cumplan los

que la concursada se dedica, pues su actividad es especulativa y su lucro la venta o transformación de un inmueble destinado a su beneficiario final, pero no a otra sociedad que se dedica al mismo género de negocio, pues entonces está transmitiéndole su fondo de comercio para que la otra obtenga el beneficio mediante su tráfico final, privándose de la plusvalía que le proporcionaría su actividad societaria, aunque haya transmitido el bien por un precio adecuado a su valor en sí y lo haya efectivamente cobrado lo que no obsta para que esta conducta que se considera realizada produzca descapitalización de la concursada, cuya consecuencia evidente ha de ser la declarada por la sentencia apelada, la reintegración a la masa activa del concurso, para atender, con arreglo a las normas del mismo, a los derechos de todos los acreedores atendiendo al principio que rige este procedimiento de la "par conditio creditorum". Esta misma idea la recoge, entre otras, la SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 598/2007; Concurso 811/2008).

³¹⁵ La transacción no judicial en principio, en tanto que acto de disposición patrimonial entre partes, no debe plantear ningún problema. En este sentido se pronuncia la SAP Barcelona (Sección 15) 15.12.2011 (Sentencia 493/2011;Rollo 320/2011): “La acción ejercitada, como apuntábamos al principio, pretende la ineficacia de un acto de disposición del deudor concursado, que se llevó a cabo a través de una transacción privada ratificada, más tarde, en un acto de conciliación ante el Servei de Conciliacions Individuals del Departament de Treball, Indústria, Comerç i Turisme de la Generalitat de Catalunya. La transacción en la medida que supuso en este caso el reconocimiento de un crédito a favor de la otra parte (la Sra. L.V.) constituye un acto de disposición patrimonial, y como tal es susceptible de ser impugnada por vía de la rescisión concursal, para lo que sólo goza de competencia el juez del concurso, de conformidad con los arts. 71.6 LC y 86ter LOPJ, sin que la misma pueda corresponder a los tribunales de otra jurisdicción, aunque para su resolución el juez del concurso extienda su jurisdicción a cuestiones prejudiciales sociales directamente relacionadas con la rescisoria ejercitada (art. 9 LC), como es en este caso la apreciación de que se simulaba una situación de despido improcedente”.

³¹⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ considera no rescindibles las sentencias por su efecto de cosa juzgada, no obstante ello, apunta la posibilidad de interponer un recurso de revisión si se cumplen los presupuestos para ello: “Si la sentencia resulta perjudicial para la masa activa o para los acreedores, no hay modo de reaccionar contra ella, en la medida en que su eficacia de cosa juzgada la hace inatacable, salvo, claro está que pudieses acreditarse que la sentencia fue ganada injustamente en virtud de violencia o –lo que interesa principalmente en materia concursal- maquinación fraudulenta (art. 510.4º LEC), en cuyo caso se abre el cauce de la revisión de sentencias”, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Actos procesales de índole dispositiva y rescisión concursal”, en AA.VV., “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, (Dir. García-Cruces González, J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 661.

requisitos exigidos por la LC, consideramos que sí pueden rescindirse si conllevan un perjuicio para la masa (p. ej, cualquier acto de disposición del proceso: allanamiento, desistimiento, renuncia, acuerdo transaccional aprobados y homologados judicialmente), no debiendo descartarse esta posibilidad únicamente por el hecho de que la LC no lo prevea expresamente³¹⁷. La rescisión de uno de estos actos no ataca el efecto de cosa juzgada. La rescisión supondría únicamente, dejar sin efecto uno de los actos procesales que, en mayor o menor medida, contribuyen a la resolución del proceso, en ningún caso supone atacar o dejar sin efecto la resolución judicial que resuelve el mismo, resolución que si es firme produce el efecto de cosa juzgada. Así pues, en la medida en que nos podemos encontrar con un procedimiento judicial ya finalizado mediante resolución judicial firme, en la práctica, el problema que se nos plantea es cómo ejecutar la resolución que, estimando una acción rescisoria concursal, declare ineficaz un acto procesal. A nuestro juicio, el problema no es si puede o no rescindirse un acto procesal concreto (sí se puede si cumple los requisitos legalmente exigidos), sino cómo se puede ejecutar una resolución de este tipo, respetando los derechos de las partes y los efectos y principios procesales.

El efecto de la sentencia que estime la reintegración de un acto procesal perjudicial para la masa, debería ser el ingreso en el patrimonio de la masa del derecho (entendido en sentido amplio) nacido como consecuencia de la declaración de ineficacia del acto procesal. Sin embargo, tal y como ya hemos señalado anteriormente, en algunos casos el ejercicio de este derecho en ese mismo procedimiento no será posible, al haber finalizado el mismo y haber adquirido firmeza la sentencia dictada. En este caso la masa adquiriría un derecho que no podría ejecutar en sus propios términos. Así pues, no

³¹⁷ Discrepa SENÉS MOTILLA: “... siendo a todas luces irrazonable que la acción rescisoria concursal pueda –deba- tener por objeto la fiscalización de cualquier acto realizado por el deudor en el seno de un proceso ya concluido. En este sentido, estimamos que la ausencia de previsión normativa sobre los actos procesales del deudor como posible objeto de la acción de rescisión concursal constituye un sólido indicio a favor de la exclusión de éstos de su ámbito de aplicación material; máxime cuando la eficacia/ineficacia de los actos procesales –a diferencia de lo que sucede con los actos y negocios jurídicos realizados en la esfera privada- revierte en el contenido de las resoluciones judiciales, que pasan a ser las verdaderas protagonistas de la rescisión concursal”, SENÉS MOTILLA, C., “La rescisión de los actos procesales del deudor”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012, p. 3-5. La autora fundamenta su posición, además de en la ausencia de previsión en la LC, en el efecto de cosa juzgada que impone el respeto del fallo judicial en un ulterior proceso, e impide un posterior proceso sobre el mismo objeto. No obstante ello, consideramos que este caso y al margen de otras consideraciones, no podría hablarse de un nuevo proceso sobre el mismo objeto. También fundamenta en el efecto de cosa juzgada la no rescisión de las resoluciones judiciales, a pesar de que el motivo es claro, no son rescindibles porque no son actos del deudor.

parece que haya más opción que acudir a la ejecución por sustitución. Algún juzgado mercantil ya se ha manifestado en el sentido de reconocer el derecho a la masa para que lo ejercite en el procedimiento que corresponda³¹⁸. Otra opción sería aceptar una interpretación analógica del art. 73.2 LC, que permita sustituir el derecho reintegrado a la masa por su valor económico. Sin embargo, esta opción también plantea problemas prácticos, por ejemplo, ¿cómo se calcula ese valor cuando la rescisión suponga la reanudación o interposición de un proceso judicial que puede estimar o no las pretensiones de la masa? Todo ello nos lleva a la necesidad de analizar los diversos supuestos que se pueden plantear, para intentar determinar en la práctica, la conveniencia o no de instar una acción rescisoria concursal para declarar la ineficacia de un acto procesal.

1.1.- Los actos procesales ordinarios

Los actos procesales ordinarios necesarios para que las partes de un proceso puedan defender sus intereses en el mismo (ya sea meramente declarativo o de ejecución), creemos que no pueden ser objeto de una rescisoria concursal. La realización de alegaciones, orales o escritas, la proposición y práctica de pruebas, la solicitud o no de medidas cautelares, etc, no pueden considerarse, por sí mismos, actos perjudiciales para la masa. Lo que podría considerarse perjudicial es la resolución judicial que se acabe dictando en el proceso, resolución judicial que ciertamente viene, en parte, determinada por los actos procesales de las partes del proceso, pero esto no permite trasladar el efecto perjudicial desde la resolución judicial hasta los actos procesales concretos. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica no es admisible un traslado en cascada del concepto de perjuicio para evitar los efectos de la preclusión procesal³¹⁹.

³¹⁸ El Juzgado Mercantil 5 de Madrid en la sentencia de 7 de octubre de 2010 así lo establece: “*La restitución del derecho a la prescripción si debe estimarse, pero para que pueda ser invocado en el procedimiento correspondiente. No cabe entender su sustitución por el valor del crédito reconocido al acreedor, y ello porque como hemos dicho el objeto del incidente es la rescisión de la renuncia a la invocación de la prescripción. Para que tuviera lugar ese contravalor sería necesario que se invocara adecuadamente, indicando la deuda que se considera prescrita y la fecha del inicio del cómputo del plazo, para que la parte contraria hubiera podido oponerse a la misma y alegar la eventual concurrencia de actos de interrupción de la prescripción, y además estos actos no deberían ser objeto de este procedimiento*”.

³¹⁹ En este sentido se pronuncia la sentencia del SJM-1 Alicante 26.03.2009 (Sentencia 86/2009; Incidente Concursal 240/2009), al desestimar varias acciones encaminadas a declarar la rescisión del procedimiento de ejecución de títulos no judiciales alegando que los deudores no formularon oposición,

1.2.- Actos de disposición del proceso

En lógica coherencia con el principio dispositivo que rige el proceso civil, el artículo 19 de la LEC faculta a los litigantes para disponer del objeto del juicio: “*podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero*”. En principio, estos actos de disposición del proceso, pueden ser objeto de una acción rescisoria concursal si con ellos se causa un perjuicio, en los términos previstos en el artículo 71 LC. Sin embargo, dada la diferente naturaleza de los diferentes actos de disposición del proceso, no podemos analizarlos de forma conjunta o genérica, sino caso por caso.

El desistimiento, en la medida en que supone una disposición del objeto que deja imprejuizada la acción ejercitada³²⁰, entendemos que sí podría causar por sí mismo, un perjuicio a la masa. Si el deudor desiste de la acción ejercitada, el Secretario judicial³²¹ declara el sobreseimiento del proceso (salvo oposición expresa del demandado), pero

siendo esta omisión perjudicial para la masa: “*Tercero.-En otro orden de cosas apuntar que tampoco puede servir la vía incidental concursal para evitar los efectos de la preclusión procesal: el deudor fue emplazado en el procedimiento de ejecución y si en ese momento no se opuso, no cabe ahora “resucitar” esa posibilidad al amparo de lo dispuesto en el Art. 71 y ss LC con invocación de que esa falta de actuación en el previo proceso ejecutivo es perjudicial para la masa.*

Como ya se ha dicho en otras ocasiones, la ineficacia del art 73 LC no se anuda a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo), cuyos efectos han sido objeto de profunda crítica doctrinal, de la que se hace eco la última jurisprudencia recaída al efecto (STS de 5 y 13 de diciembre de 2005), sino que opta por acciones que se califican como rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, sin que la declaración de ineficacia del acto del concursado sea la afectación a los procesos judiciales ya sentenciados. Ello podría tener lugar en su caso con el régimen de nulidad radical del antiguo 878 CCo, pero ahora la LC concreta tal eficacia: restitución de las prestaciones, con reintegración de los bienes/derechos salidos del patrimonio del deudor, y si ello no es posible (porque han pasado a un tercero distinto de aquel con el que contrató el deudor concursado que no es demandado o es de buena fe o goza de irrevindicabilidad (vgra adquisición en subasta judicial), o de protección registral) la recuperación del valor de los bienes transmitidos (art 72 LC). Pero ni aun así la pretensión interesada puede ser estimada, ya que si el ejecutado (aquí concursado) considerase que tiene motivos relevantes respecto de la actuación a su entender abusiva del ejecutante BSCH, la eficacia de esos actos deberá hacerla valer en el proceso que corresponda (art 564LEC) ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente (art 54LC) y no residenciarse en una “rescisoria “concurzal”.

³²⁰ En los términos establecidos en el artículo 20 LEC.

³²¹ El letrado de la Administración de Justicia, a partir del 1 de octubre, fecha en la que entrará en vigor el cambio de denominación fijado por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial.

quedando abierta la posibilidad de volver a ejercitar la misma acción sobre el mismo objeto. En este caso, es el desistimiento del deudor el que provoca que necesariamente deba decretarse el sobreseimiento del proceso, por tanto es el desistimiento del deudor y no la resolución del secretario la que causa el perjuicio a la masa³²², por lo que es este acto del deudor el que podría ser objeto de una rescisoria concursal. No obstante ello, es el mantenimiento o no de la posibilidad de volver a iniciar el proceso posteriormente, lo que va a determinar la efectiva producción o no de perjuicio, ya que sólo cuando se haya perdido la posibilidad de volver a ejercitar la acción (p. ej, por haber prescrito), o cuando el resultado ya no pueda ser el mismo (p. ej, porque haya empeorado significativamente la situación patrimonial del deudor) podremos hablar de un perjuicio real. Así pues, sólo tendría sentido plantear el ejercicio de una acción rescisoria concursal cuando no pueda, o no sea viable la tramitación de un nuevo proceso con el mismo objeto del anterior. El efecto de la estimación de la rescisoria concursal sería la declaración de ineficacia del desistimiento del actor pero, si el decreto de sobreseimiento ya es firme, no podría reanudarse ese procedimiento judicial sin más sin atacar el efecto de cosa juzgada formal. En este caso, si no queremos dejar sin contenido la sentencia del incidente rescisorio, tendríamos que admitir una interpretación analógica del artículo 73.2 LC, que permita valorar directamente el derecho reintegrado a la masa, y entregar su valor en dinero sin necesidad de un ulterior proceso. Siendo jurídicamente posible, no parece razonable que la masa tenga que instar un nuevo proceso ejercitando una acción indemnizatoria que, además también plantea problemas prácticos.

El allanamiento, en la medida en que conlleva necesariamente una sentencia de condena de conformidad con lo solicitado por el actor³²³, también puede considerarse un acto directamente perjudicial y por tanto, rescindible. Al igual que en el caso del desistimiento, el perjuicio no lo causa la resolución judicial de condena, sino el allanamiento previo que obliga al juzgador a dictar la sentencia de condena. El efecto de la estimación de la rescisoria concursal sería la declaración de ineficacia del

³²² Si el desistimiento fuera consecuencia de una transacción extrajudicial para valorar la posible existencia de perjuicio deberíamos valorarlo conjuntamente, atendiendo también al beneficio obtenido con dicha transacción.

³²³ Salvo que el allanamiento se hubiere hecho en fraude de ley o conllevara una renuncia contra el interés general o en perjuicio de tercero (art 21 LEC).

allanamiento. En este caso, si el efecto de cosa juzgada nos impide reanudar la tramitación del procedimiento (la masa, idealmente adquiriría el derecho a reanudar el procedimiento judicial como si el allanamiento no se hubiera producido), nos encontraríamos en la misma situación que en el caso anterior. Igual que en el supuesto del desistimiento, en los casos en los que el procedimiento judicial no pueda ser reanudado, si no queremos dejar sin contenido la sentencia del incidente rescisorio, tendríamos que admitir una interpretación analógica del artículo 73.2 LC, que permita valorar directamente el derecho reintegrado a la masa, y entregar su valor en dinero, sin necesidad de interponer un nuevo procedimiento para fijar el importe de la indemnización exigible.

Lo mismo podemos decir en el caso de la renuncia. En la medida en que conlleva la pérdida del derecho en que el actor fundaba su pretensión, y por tanto, la inevitable finalización del proceso³²⁴, es propiamente la renuncia lo que causa el perjuicio, no la resolución por la que se pone fin al proceso³²⁵. El efecto de una declaración de ineficacia de esa renuncia sería la recuperación del derecho al que el deudor había renunciado, para que la masa lo ejercite de nuevo ya sea en el mismo

³²⁴ Salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibles, tal y como establece el art. 20 LEC. Si la renuncia fuera consecuencia de una transacción extrajudicial, para valorar la posible concurrencia de perjuicio deberemos hacer una valoración conjunta, teniendo en cuenta también el beneficio obtenido con la transacción.

³²⁵ En este sentido se pronuncia la SJM 5 de Madrid, de 7 de octubre de 2010, en un supuesto en el que la administración concursal interpuso demanda incidental de rescisión de la renuncia a la prescripción realizada por la concursada en procedimiento arbitral; la concursada se allanó y la codemandada se opuso señalando que la prescripción no se podía apreciar de oficio y que los laudos eran firmes por lo que no se podían modificar: “*PRIMERO.- El problema viene dado por la determinación del perjuicio, es decir, por saber cuándo un determinado acto es perjudicial para la masa (...)* *SEGUNDO: El actor ha invocado que la renuncia a la prescripción en un procedimiento arbitral fue perjudicial para la masa (...)* Para decidir si procede o no la reintegración, es necesario identificar el acto atacado, ya que una vez determinado de forma precisa se podrán establecer las consecuencias en caso de su estimación. Como se ha indicado el acto u omisión concreto que se ataca es el de la renuncia a la prescripción, es decir, no se impugna el laudo arbitral, sino la no invocación de la prescripción. Pues bien, el laudo arbitral estimó la pretensión del instante y condenó a la hoy concursada al pago de 8.106'14 €. Si se hubiera invocado la prescripción y se hubiera apreciado, el laudo no habría estimado la pretensión del actor y por lo tanto no se hubiera condenado a la concursada al pago de esa cantidad. En consecuencia la no invocación de la prescripción debe estimarse perjudicial para los intereses de los acreedores, ya que se ha producido un aumento del pasivo. No se ha justificado por la concursada, ni por la codemandada Dronas, que la renuncia a la prescripción no fuera perjudicial, es decir, que como consecuencia de esa renuncia se evitó unas consecuencias más perniciosas para la masa. En consecuencia debemos entender que no había razón alguna, más allá de la decisión de la deudora de no comparecer en juicio, que justificara la no invocación, y por ello la renuncia debe considerarse perjudicial”.

proceso si ello es posible, o en el procedimiento judicial que corresponda³²⁶. También en este caso sería deseable admitir la interpretación analógica del artículo 73.2 LC ya reseñada. No debemos perder de vista que en la práctica no siempre es posible ejercitar el derecho renunciado en un proceso posterior, lo que nos obliga a encontrar una solución para que la sentencia estimatoria del incidente rescisorio, en la práctica, no sea inejecutable.

Finalmente, en relación con las transacciones judiciales, un sector de la doctrina fundamenta la imposibilidad de su rescisión en el necesario respeto al efecto de cosa juzgada. Según el Tribunal Supremo, la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes, pudiendo instarse contra la misma una acción de nulidad o ineficacia que la deje sin efecto, y restituya la

³²⁶ Según la SJM 5 de Madrid, de 7 de octubre de 2010 ya citada en la nota anterior, los efectos de la estimación de la rescisoria es la declaración de ineficacia de la renuncia por parte de la concursada a la invocación de la prescripción en el procedimiento arbitral reintegrando ese derecho a la masa para que lo ejercite en el procedimiento que corresponda, justificándolo con los argumentos siguientes: “*TERCERO.- La estimación de la acción de reintegración conlleva la ineficacia del acto perjudicial, y por lo tanto se produce la ineficacia de la renuncia a la prescripción. No cabe, sin embargo sostener que la ineficacia deja sin efecto el laudo por varios motivos. En primer lugar conforme a lo previsto en el art 53 de la LC los laudos firmes vinculan al juez, y solo pueden impugnarse por fraude, sin que con esta acción de reintegración se esté atacando el laudo. En segundo lugar, la prescripción es una institución que solo puede ser apreciada si se invoca por las partes, lo que no ocurrió en el procedimiento arbitral, ni tampoco se ha pretendido invocar en este incidente; para que tuviera eficacia la prescripción era necesario que se indicara la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción, para que la parte contraria pudiera invocar la concurrencia de algún acto que la interrumpe, y estas cuestiones no pueden ser objeto de este incidente, sino que deberían ventilarse en el eventual procedimiento arbitral que se suscitare. En consecuencia no procede estimarse en este incidente la concurrencia de la prescripción con la consiguiente extinción del crédito Por otro lado, la Administración Concursal ha pedido como efectos de la rescisión la restitución del derecho de prescripción ganado en cuantía equivalente a la deuda reconocida al acreedor, derecho que deberá ejercitarse en el momento procesal oportuno mediante la correspondiente compensación; además en concepto de daños y perjuicios interesa las costas causadas a la Administración Concursal y a la concursada en el incidente concursal de impugnación del listado y el presente incidente.*

La restitución del derecho a la prescripción si debe estimarse, pero para que pueda ser invocado en el procedimiento correspondiente. No cabe entender su sustitución por el valor del crédito reconocido al acreedor, y ello porque como hemos dicho el objeto del incidente es la rescisión de la renuncia a la invocación de la prescripción. Para que tuviera lugar ese contravalor sería necesario que se invocara adecuadamente, indicando la deuda que se considera prescrita y la fecha del inicio del cómputo del plazo, para que la parte contraria hubiera podido oponerse a la misma y alegar la eventual concurrencia de actos de interrupción de la prescripción, y además estos actos no deberían ser objeto de este procedimiento. Es necesario recordar que el acto atacado es la renuncia a la prescripción, y que no se ha justificado la imposibilidad de restituir al patrimonio el derecho a invocar la prescripción, debiendo recordarse que lo que se recuperaría sería el derecho a invocar la prescripción, y no la extinción del crédito., y ello supondría luego analizar si procedería la estimación de la prescripción y la consiguiente extinción del crédito. No se ha justificado la imposibilidad de restituir el derecho, y tampoco en este procedimiento se ha justificado el contravalor del derecho de prescripción, este contravalor vendría dado por el importe del crédito reconocido en los laudos, pero para ello hubiera sido necesario justificar la concurrencia de la prescripción y que la contraparte hubiera podido oponerse. Por lo tanto no cabe estimar esta pretensión”.

situación jurídica anterior. Y concretamente respecto de la transacción judicial, sostiene que la homologación judicial no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto pueden ser posteriormente impugnadas³²⁷. En esta misma línea se pronuncia la SAP Castellón de 29 de octubre del 2010 según la cual, no cabe extender los efectos de una homologación judicial de una transacción más allá de lo que era objeto del proceso en el que se inserta³²⁸. Así pues, también una transacción judicial que ponga fin al

³²⁷ En este sentido vid TS (Sala de lo Civil), Sentencia 199/2010, de 5 de abril de 2010; recurso 2371/2005: “Tercero.- B) (...) Si la transacción tiene para la partes efectos de cosa juzgada, según el artículo 1816 CC, vincula al órgano jurisdiccional en un proceso posterior cuando concurre identidad de elementos subjetivos y objetivos (SSTS de 30 de enero de 1999, RC n.º 2281/1994). Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado que la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes (SSTS de 28 de septiembre de 1984, 10 de abril de 1985 y 14 de diciembre de 1988) y que la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior. La interpretación del artículo 1816 CC ha de hacerse sin mengua de la naturaleza contractual propia de la transacción (STS de 8 de julio de 1999, RC n.º 3614/1994).

C) La transacción judicial tiene una naturaleza dual, ya que, manteniendo su carácter sustantivo, la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se tratara de una sentencia (artículos 1816 CC y 517 LEC). En esta circunstancia radica la diferencia entre la transacción judicial y la extrajudicial, ya que esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo. La homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales puedan hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 CC no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento (STS de 26 de enero de 1993). De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia, que es susceptible de ejecución, la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda (artículos 476 y 477 LEC 1881 y DD 2.ª LEC).

La LEC no introduce novedad alguna que pueda contradecir la doctrina expuesta, dados los términos del artículo 19 LEC y lo establecido en el artículo 415 LEC, sobre remisión al CC. Difícilmente pueden tener encaje en los motivos tasados de revisión algunos supuestos de nulidad de la transacción”.

³²⁸ SAP Castellón (Sección 3) 29.10.2010 (JUR 2011/65135; Sentencia 337/2010; Rollo 332/2010): “SEGUNDO .- 1- No puede concurrir la excepción previamente reseñada por mucho que la operación que se pretende rescindir se haya producido en el marco de una transacción judicial y que la misma tenga para las partes la autoridad de la cosa juzgada (art. 1816 del C. Civil). Prescindiendo de polémicas doctrinales acerca de si cabe hablar propiamente en estos casos de cosa juzgada con los efectos que son propios de este instituto, de la misma forma que la transacción está sujeta a la acción de nulidad (art. 1817 del C. Civil, dejando igualmente al margen las discusiones acerca de cómo afectaría dicho supuesto de ineficacia en caso de transacción judicial al pleito en que se hubiera producido aunque poniendo de manifiesto que, precisamente por esta circunstancia, no suele defenderse la equiparación entre transacción judicial y sentencia firme que se realiza en el escrito de oposición de la apelada que insiste en esta excepción) está sujeta a las acciones rescisorias (que no deja de ser otro supuesto de ineficacia). A mayor abundamiento, no es que no puedan darse las identidades precisas para que pudiese concurrir dicha excepción sino que, teniendo presente que su finalidad es impedir un nuevo debate del asunto paccionado, en el presente caso no se está debatiendo acerca de la realidad del crédito que era objeto de reclamación en el juicio ordinario anteriormente reseñado (reclamación del precio de un contrato de industria); es más, viene a aceptarse como consecuencia de dicha transacción y se postula en la propia demanda su reconocimiento en la lista de acreedores para el caso de accederse a la rescisión. En otras palabras, no cabe extender los efectos de una homologación judicial de una transacción más allá de lo que era objeto del proceso en el que se inserta, que parece que es lo que aquí se pretende”.

proceso, puede ser objeto de una rescisoria concursal con los mismos efectos ya señalados en los párrafos anteriores. Esta cuestión resulta de especial trascendencia en los concursos de personas físicas separadas judicialmente o divorciadas que pactaron los efectos económicos de la separación o el divorcio en un convenio homologado judicialmente por la sentencia que decreta la separación de los cónyuges o el divorcio³²⁹.

No obstante lo dicho hasta el momento, en los tres primeros supuestos analizados, desistimiento, allanamiento y renuncia a la acción, tal y como ya hemos apuntado, el ejercicio de una acción indemnizatoria plantea problemas prácticos importantes. Ejercitar la acción contra el deudor concursado no tendría sentido, mientras que difícilmente podría ejercitarse contra la contraparte de un proceso basada en el desistimiento, el allanamiento o la renuncia realizados de forma unilateral por la parte actora del mismo). Mayor viabilidad tendría en el supuesto de la transacción por cuanto en este caso, sí podría demandarse a la contraparte en tanto que parte en dicho acuerdo. Asimismo, debemos tener en cuenta la dificultad de valorar el importe de la indemnización que correspondería en cada caso concreto.

1.3.- Los recursos

Para analizar la posibilidad de rescisión en relación con los recursos contra una resolución judicial, debemos distinguir entre el acto de interposición y la omisión del mismo o su no interposición. En el primer caso, el acto de interponer el recurso no causa un perjuicio por sí mismo (salvo que sea absolutamente temerario y conlleve una condena a pagar las costas de la segunda instancia), lo que realmente causaría el perjuicio sería la resolución desfavorable, por lo que, en principio y a reserva de analizar cada caso en concreto, no parece que el mero acto de interposición del recurso pueda ser rescindible. Cuestión distinta es la omisión consistente en la no interposición de un recurso contra una resolución desfavorable para los intereses del deudor, dejando que dicha resolución devenga firme e inatacable. En este caso, salvo que la interposición del recurso pudiera considerarse temeraria, la omisión sí sería la causa del

³²⁹ En estos casos, habrá que tener en cuenta también la regulación de la liquidación del régimen económico matrimonial, de división de cosa común, y la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

posible perjuicio causado, y por tanto, podría ser objeto de una rescisoria concursal. El efecto de su estimación sería la reintegración a la masa del derecho a interponer el recurso omitido, derecho que no podrá ejecutarse en ese proceso una vez finalizado el plazo procesal para ello. En este supuesto, o la masa insta un nuevo proceso para dotar de contenido al derecho reintegrado a la masa (p. ej, ejercitando una acción indemnizatoria), o admitimos la interpretación analógica del art. 73.2 LC ya propuesta, entendiendo que en la mayoría de los casos, ésta puede ser la única posibilidad para no dejar vacía de contenido la sentencia del incidente de reintegración (se reproducen en este supuesto los problemas que plantea la acción indemnizatoria ya señalados en los supuestos de desistimiento, allanamiento y renuncia).

1.4.- Actos de ejecución judicial

Para el análisis de la posible rescisión de actos de ejecución judicial, debemos partir de los requisitos legales exigibles, y de los argumentos ya esgrimidos a lo largo de este capítulo. La rescisión sólo puede interponerse contra actos del deudor, no de terceros (p. ej. la interposición de un proceso de ejecución), tampoco contra las resoluciones judiciales de incoación de un proceso de ejecución, o de despacho de ejecución, o de condena al pago del principal adeudado o intereses y costas reclamados³³⁰. Únicamente sería posible, en su caso, instar la rescisión de los actos y

³³⁰ El JM 1 de Alicante, se desestimó, en la sentencia dictada el 26 de marzo del 2009 (Sentencia 86/2009; Incidente Concursal 240/2009) la declaración de reintegración del procedimiento de ejecución, interpuesta por la administración concursal con el argumento de que ante el impago de los deudores no procedía iniciar ese procedimiento de ejecución, sino la ejecución de la prenda dada en garantía del pago, y que la no oposición de los deudores causó un perjuicio a la masa. Los argumentos del juzgado son los siguientes: *“Segundo: Con carácter previo deben realizarse algunas consideraciones para centrar la cuestión debatida, ya que aunque se cita el art 71 y ss LC lo que se viene a solicitar en el fondo es la ineficacia de un procedimiento judicial de ejecución seguido ante un Juzgado de Primera Instancia, en todo, o en algunas de sus partes. (...) hay que afirmar:*

a) si lo que se pretendiese es la denuncia de una nulidad por defectos procesales, que da lugar al incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ, en ese supuesto carecería de competencia este órgano para revisar la actuación de otro órgano judicial y

b) si lo que se pretende es que el BSCH devuelva las sumas percibidas parcialmente por intereses y su condición de acreedor fijada por resoluciones judiciales, la vía de ataque podrá ser su revisión a través del sistema de recursos, ya ordinarios (apelación) ya extraordinarios (revisión), pero no el incidente concursal. No puede este órgano revisar las resoluciones judiciales de otros órganos que fijan costas o liquidación de intereses: éstas son de obligado acatamiento (art 53LC) y los créditos en ellas recogidas de preceptivo reconocimiento (art 86LC). La seguridad jurídica (art 9CE) así lo impone, sin que pueda la declaración de concurso dejar en el vacío la actuación de otros órganos que en sus asuntos están revestidos de la misma autoridad como el que después conoce del concurso

Tercero.- En otro orden de cosas apuntar que tampoco puede servir la vía incidental concursal para evitar los efectos de la preclusión procesal: el deudor fue emplazado en el procedimiento de ejecución y si en ese momento no se opuso, no cabe ahora “resucitar” esa posibilidad al amparo de lo dispuesto en

omisiones del deudor realizados en vía ejecutiva, igual que los realizados en la fase declarativa, y sólo si se cumplen los requisitos previstos en el art 71 LC. Los problemas que nos plantearán los posibles efectos, son los mismos ya analizados respecto de la fase declarativa.

A la vista de los problemas prácticos que hemos visto conlleva la ejecución de una posible sentencia estimatoria de una acción rescisoria concursal, no parecer ser éste el instrumento más idóneo para dejar sin efecto los actos procesales realizados en perjuicio de la masa. Por ello, para conseguir la ineficacia de estos actos, parece más conveniente acudir al incidente de nulidad de actuaciones, o incluso a un recurso de revisión si además del perjuicio pudiera probarse la existencia de una maquinación fraudulenta de conformidad con lo establecido en el artículo 510.4 LEC.

2.- La rescisión de garantías

2.1.- Garantías en general

Uno de los supuestos que ha planteado más dudas y controversias es el de la posible rescisión de las garantías, empezando por la cuestión de si son rescindibles con independencia del negocio jurídico garantizado o no. Asimismo, a los efectos de evaluar la existencia de perjuicio, debe distinguirse entre el acto de constitución de una garantía propiamente dicho, el de sustitución de otra garantía, o el de superposición de garantías o el de sobregarantía³³¹.

el Art. 71 y ss LC con invocación de que esa falta de actuación en el previo proceso ejecutivo es perjudicial para la masa.

(...) si el ejecutado (aquí concursado) considerase que tiene motivos relevantes respecto de la actuación a su entender abusiva del ejecutante BSCH, la eficacia de esos actos deberá hacerla valer en el proceso que corresponda (art 564LEC) ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente (art 54LC) y no residenciarse en una ‘rescisoria concursal’.

³³¹ Algunos autores como MORALEJO MENÉNDEZ, consideran que la sobregarantía, aunque de forma mediata, puede causar el perjuicio que llevaría a su rescisión: “Se ha afirmado entonces que la sobregarantía no conlleva necesariamente un perjuicio a la masa del concurso si se tiene en cuenta que el exceso de valor de la garantía, una vez realizada, revierte en el patrimonio del deudor. Ahora bien, se matiza, esta circunstancia no supone obviar que, atendidos los costes de realización de la sobregarantía, pueda llegar a producirse un perjuicio para el concurso, en cuyo caso, podrá instarse la rescisión de la ejecución de la sobregarantía (...) la falta de proporcionalidad de la garantía prestada es también susceptible de ser valorada como perjudicial para el patrimonio del deudor, y no sólo una vez realizada y atendidos sus costes de ejecución. Esto es así porque la afectación de los bienes y derechos de titularidad del deudor al aseguramiento de determinadas obligaciones supone una minoración de su capacidad para

En principio, la rescisión de un negocio jurídico determinará la extinción de su garantía aún cuando ésta no haya sido impugnada, dada la imposibilidad de su subsistencia sin el negocio del que es accesoria³³². No ocurrirá lo mismo al revés, si el negocio jurídico no es impugnado subsiste, como regla general la rescisión de la garantía no comportará la del negocio jurídico garantizado, salvo que también se solicite expresamente su rescisión (cuestión distinta es la afectación que necesariamente comportará el hecho de haber perdido su garantía, pudiendo facultar incluso para su resolución o vencimiento anticipado); no obstante, esta cuestión debe matizarse en el caso de las garantías contextuales. Las garantías que con mayor frecuencia han sido objeto de la rescisoria concursal son las hipotecas inmobiliarias (que normalmente garantizan los préstamos y créditos), y las prendas (de bienes o derechos) o fianzas; en menor medida, reservas de dominio o transmisiones fiduciarias del dominio y cesiones en garantía.

Así pues, aplicando las reglas y requisitos generales, se puede instar la rescisión de cualquier garantía que se determine que causó un perjuicio en el momento de su constitución. A estos efectos, será relevante que la garantía se haya prestado para garantizar un negocio jurídico del propio deudor, o para garantizar una deuda ajena. La determinación de la existencia o no de este perjuicio debe hacerse en relación con el negocio jurídico garantizado por la garantía que se pretende rescindir. En palabras de CARRASCO PERERA: *“El perjuicio o beneficio de la garantía debe determinarse ex ante, en la perspectiva de la concesión del crédito garantizado. Si este crédito era*

acceder al crédito. Así las cosas, si la garantía prestada no guarda proporción con la obligación asegurada se está irrogando, si bien es cierto que mediatamente, un perjuicio para la masa activa”, MORALEJO MENÉNDEZ, I., op. cit. p. 12. También se ha manifestado sobre esta cuestión CARRASCO PERERA afirmando que las sobregarantías no causan un perjuicio directo a la masa del concurso, pero sí comporta un claro perjuicio para los acreedores, porque sin duda el bien va a ser realizado por un valor menor a su precio real, y la circunstancia de que un bien haya quedado gravado en garantía de un crédito notablemente menor que su valor habrá supuesto que se habrá perdido una cantidad de valor, que no podrá ser recuperado por el concurso. Asimismo, si la sobregarantía ha sido ya realizada antes del concurso, la rescisión procederá o no en función de los resultados de la enajenación forzosa; CARRASCO PERERA, A., *“Los derechos de garantía ...”*, p. 395. No compartimos esta última tesis por cuanto el perjuicio debe valorarse en el momento de constitución de la garantía, y por tanto con independencia del posterior resultado de una posible ejecución forzosa de la misma.

³³² Sobre esta cuestión se ha manifestado CURIEL LORENTE: *“cuando la garantía se constituye para asegurar el cumplimiento de la prestación principal de un contrato (p. ej, reservas de dominio; condición resolutoria explícita o hipoteca en garantía del precio aplazado de una compraventa) la rescisión no podrá limitarse a la garantía, sino que deberá dirigirse contra todo el contrato en su integridad”*, CURIEL LORENTE, F., *“Los efectos de la acción de reintegración”* en AA.VV., *“La reintegración en el Concurso de Acreedores”*, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, p. 216.

*objetivamente adecuado a la economía del deudor, y por él se prestó garantía, ni el crédito es perjudicial –por el hecho de que el deudor posteriormente no pueda pagarlo– ni lo es la garantía. Es el entero negocio, no la garantía lo que ha de ser perjudicial, y ha de serlo en referencia temporal al momento en que el negocio fue constituido. Pues si se disgregan el crédito y la garantía en su unidad negocial, la garantía siempre es perjudicial para los otros acreedores, para los que hubiera sido mejor que el deudor común tuviera el crédito pero no prestara la garantía”*³³³. Es evidente que la constitución de una garantía a favor de sólo uno o alguno de los acreedores, infringe el principio de la par conditio, por cuanto coloca a ese acreedor en una posición mejor que la del resto de acreedores, por ello, el análisis de la existencia o no de perjuicio no puede hacerse de forma aislada, sino que debe hacerse desde la perspectiva del total negocio jurídico, el principal y la garantía accesoria del mismo.

La rescisión de una garantía comportará su extinción (y, en su caso, su correspondiente cancelación registral), y por tanto la liberación total o parcial del bien, normalmente sin restitución de contraprestación alguna por parte de la masa. En el supuesto de que hubiera habido alguna contraprestación por parte del acreedor en el momento de la constitución de la garantía (p. ej, extensión del plazo o ampliación del crédito, etc), en justa compensación, también deberán dejarse sin efectos esas contraprestaciones, volviéndose a la situación jurídica inmediatamente anterior a la concertación del negocio jurídico en su conjunto³³⁴.

La constitución de una garantía real, por sí misma, siempre sería perjudicial (por infracción de la par conditio creditorum), en la medida en la que conlleva colocar a alguno de los acreedores en una posición de privilegio respecto de los demás. Sin embargo, para que pueda ser rescindible es necesario que la garantía real haya supuesto, ya en el momento de su constitución, un perjuicio injustificado globalmente evaluado. La casuística que pueden plantear la diversas garantías reales excede del ámbito del presente trabajo, por ello nos limitaremos a reseñar que algunas de ellas (como p. ej, la hipoteca en cumplimiento de previa promesa, o la hipoteca flotante) plantean problemas

³³³ CARRASCO PERERA, A., “Los derechos de garantía ...”, p. 394.

³³⁴ La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria consideran reintegrables también los gastos de constitución y cancelación de la garantía, aunque con matices entre ellos, reduciéndolo algunos sólo a los supuestos en los que concurra mala fe.

(y divergencias doctrinales) a la hora de determinar si son rescindibles por haberse constituido dentro del periodo sospechoso pero habiéndose pactado su constitución anteriormente, o bien, las operaciones concretas sobre las que recaen.

A pesar de que la LC no hace mención alguna a las garantías personales en el artículo 71 (p. ej, la fianza), no hay duda de que también son rescindibles si cumplen los requisitos exigibles en el mismo³³⁵. No obstante ello, como excepción, cuando la prestación de la garantía no sea un acto voluntario del deudor, sino que venga impuesto por una norma legal o una resolución judicial, no será rescindible³³⁶.

Por su parte, la regla general en relación a las garantías contextuales es que no son perjudiciales, en tanto que son parte integrante y necesaria para la constitución del negocio jurídico que garantizan. En palabras de CARRASCO PERERA: *“Una garantía es contextual si su constitución puede considerarse como parte del negocio por el que se concedió el crédito y el acreedor ha procedido a su constitución diligentemente, sin dejar transcurrir innecesariamente un período de tiempo en el que el crédito haya dejado de estar garantizado”*³³⁷. Por su parte, PÉREZ BENITEZ, considera que la garantía es contextual aunque se constituya con posterioridad al negocio, si va necesariamente ligada al negocio jurídico garantizado³³⁸.

³³⁵ Según MARTÍNEZ MARTÍNEZ: *“Las garantías personales no se mencionan expresamente en el art. 71 a pesar de que durante la tramitación de la LC se presentaron enmiendas, tanto en el Congreso como en el Senado, para incluirlas en las presunciones iuris tantum con el mismo régimen que las garantías reales”*, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Constitución de garantías personales por el concursado durante el periodo de reintegración”, en AA.VV., *“La reintegración en el Concurso de Acreedores”*, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, p. 360. En esta misma línea, PÉREZ BENITEZ: *“Repárese en que la onerosidad o gratuidad de la garantía sólo se considera en la LC respecto de las garantías reales. Por tanto, las personales se someten al régimen de la regla general de rescisión por perjuicio”*, PÉREZ BENITEZ, J.J., op. cit., p. 4.

³³⁶ Nuevamente MARTÍNEZ MARTÍNEZ se pronuncia sobre esta cuestión: *“La garantía personal puede tener distintos orígenes y ello ser relevante para el ejercicio de la rescisoria concursal. La fianza puede venir impuesta por ley, el juez (arts 1854 a 1856 CC) o, incluso por una disposición mortis causa del causante. La doctrina ha señalado que este modo de constitución de garantías las coloca fuera de la rescisoria concursal, por ser consecuencia de acto debido del concursado”*, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., op. cit. “Constitución de garantías personales...”, p. 366.

³³⁷ CARRASCO PERERA, A., *“Los derechos de garantía...”*, p. 421.

³³⁸ Este autor, define las garantías contextuales como: *“las que se constituyen formando parte integrante y en forma coetánea a un negocio principal que no es novación de otro anterior ...podrá también constituirse en un momento ulterior, pero ligada al negocio jurídico garantizado en grado de accesoriadad (...) El deudor otorga la garantía porque ello le ‘compensa’ pese a los costes que asume, para poder acceder a la prestación del acreedor, el cual, a su vez, concede el crédito por la seguridad que le supone la garantía. Si así son las cosas, la garantía es contextual, y sólo puede rescindirarse si se*

El Tribunal Supremo ya ha dictado doctrina sobre las garantías contextuales, en la sentencia de 30 de abril de 2014, dictaminando que: “*Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero*”. No obstante ello, aclara que el hecho de considerar este tipo de garantías onerosas, no excluye la existencia de perjuicio para la masa, perjuicio que podrá probarse bien porque sea de aplicación alguna de las presunciones legalmente previstas, bien por cualquier otro medio de prueba de los legalmente previstos.

Finalmente, también en esta sentencia, el Tribunal Supremo ha considerado posible la rescisión de una garantía contextual concedida para garantizar un préstamo dado a una sociedad del grupo sin rescindir la operación garantizada, que se mantendrá plenamente válida y eficaz, aunque emitiéndose sobre esta cuestión un voto particular³³⁹. A juicio del Tribunal: “*Los argumentos que se oponen a que, a efectos del ejercicio de la acción rescisoria concursal, pueda escindirse la garantía del negocio respecto del que se constituye, afirmando que se afecta a la base del negocio puesto que se alteran los presupuestos sobre los que el acreedor prestó el consentimiento, ya que no habría otorgado crédito sin obtener la garantía, no son relevantes en una situación como la concursal, en la que las soluciones a adoptar son diferentes de las que procederían si no se hubiera declarado el concurso, pues se alteran gravemente las relaciones jurídicas que afectan al concursado, y sus acreedores resultarán por lo general perjudicados de un modo o de otro. Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre deuda ajena, e impone que para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito garantizado*”.

acredita el perjuicio por el actor, sin el beneficio de ninguna presunción legal. Si la constitución de la garantía no está en la causa jurídico-económica del negocio, entra en juego la presunción y será el deudor el que tenga que probar que no hubo perjuicio. Lo dicho es válido para las diversas modalidades de garantía reales...”, PÉREZ BENITEZ, J.J., p. 5-6.

³³⁹ STS 30.04.2014 (Sentencia 100/2014; Recurso 745/2012), FD Séptimo, 5. El voto particular emitido por Sebastián Sastre Papiol niega la posibilidad de rescindir la garantía dejando subsistente del negocio jurídico garantizado.

Previamente ya se habían pronunciado en este mismo sentido algunas Audiencias Provinciales como las de Oviedo, Baleares y Tarragona³⁴⁰.

2.2.- Garantías entre sociedades de un grupo

Para determinar la rescindibilidad o no de las garantías prestadas entre sociedades de un grupo empresarial deben tenerse en cuenta dos elementos adicionales: el denominado interés de grupo, y el respeto a los derechos de los acreedores de la sociedad garante. Algunos autores defienden la onerosidad de este tipo de garantías, que determinaría la inaplicabilidad de la presunción de perjuicio por gratuidad, basándose en

³⁴⁰ Destaca de entre todas ellas por la minuciosidad de su análisis la SAP Oviedo (Sección 1) 14.03.2012 (Sentencia 130/2012; Rollo 260/2011): “Segundo.- (...) En tercer lugar y por lo que respecta a la naturaleza de la acción que nos ocupa, habremos de tener presente que la acción de reintegración concursal pertenece a la familia de las acciones rescisorias y que por tanto los actos susceptibles de impugnación por esta vía serán siempre actos válidamente celebrados, sin vicio alguno que afecte a su validez, pero cuyo resultado aparece como lesivo o injusto, motivo por el que la reintegración se dirige a obtener no una ineficacia estructural sino simplemente una ineficacia funcional, ineficacia que en el caso de la acción de reintegración concursal se fundamenta en la existencia de un perjuicio patrimonial para la masa del concurso. Nada de ello resulta sin embargo predicable del negocio jurídico afianzado, pues de otra manera estaríamos aplicando un mecanismo específicamente previsto para la situación concursal a un negocio jurídico ajeno a dichos intereses patrimoniales, viéndose comprometida su eficacia por un motivo que aparece legalmente diseñado para una finalidad distinta, cual es el acrecimiento de la masa del concurso. Pero es que incluso tampoco tendría cabida la aplicación del art. 73 L.C, en que se contemplan los efectos derivados de una eventual Sentencia estimatoria de la rescisión, pues la obligación de recíproca restitución de las prestaciones que fueron objeto del acto declarado ineficaz debe ejecutarse a modo de un simultáneo do ut des contra la masa del concurso en el caso de no existir mala fe (art. 73-3 L.C .), todo lo cual, insistimos, resulta impropio para el negocio garantizado.

Llegados a este punto no podemos sin embargo obviar la realidad que aparece descrita en la Sentencia recurrida cuando señala que es de presumir que la entidad bancaria, si no le hubieran sido ofrecidas las garantías no habría accedido a contratar o lo habría hecho en condiciones mas gravosas. Ahora bien, el remedio a tal situación no puede pasar por destruir conjuntamente la eficacia de la garantía y del negocio garantizado por la vía de la reintegración concursal. Los intereses de la entidad financiera que por causa de la rescisión de la fianza haya pasado a verse desprovista de una garantía cuya constitución hubiera sido contemplada en el momento de otorgar la financiación al deudor no tienen porqué verse desprotegidos por ese solo motivo, pues el acreedor siempre tiene a su alcance acudir al vencimiento anticipado de la financiación -en el caso de que así se hubiere dispuesto en la póliza- o a la resolución del negocio por incumplimiento de las reglas contractuales en el caso de que el deudor se hubiera comprometido a mantener la vigencia de tal garantía durante toda la vida de la operación crediticia, todo ello extramuros del concurso del garante.

Tercero.- Sentada por tanto la conclusión ya expuesta en el sentido de que la ineficacia de la reintegración concursal únicamente podrá afectar al acto de constitución de la fianza constituida en garantía de deuda ajena, siendo éste el único acto susceptible de ser rescindido ante el ejercicio de la acción prevista por el art. 71 L.C . dado que la Administración concursal carece de legitimación para atacar el negocio jurídico garantizado... ”. en términos prácticamente idénticos, las SAP Oviedo (Sección 1ª) de 15.03.2012 (Sentencia 131/2012; Rollo 265/2011) y de 24.07.2013 (Sentencia 252/2013; Rollo 546/2012); las SAP Baleares (Sección 5) 15.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 38/2013), de 23.04.2013 (Sentencia 168/2013; Rollo 10/2013), y de 26.06.2013 (Sentencia 277/2013; Rollo 139/2013); y la SAP Tarragona (Sección 1) 24.09.2013 (Sentencia 329/2013; Rollo 293/2012).

el denominado interés de grupo³⁴¹. Según esta tesis, la prestación de la garantía sin contraprestación alguna, por parte de una sociedad a otra del grupo, no debe evaluarse sólo desde la perspectiva de la sociedad garante, sino desde de la todo el grupo empresarial, de manera que si la garantía no ha supuesto un perjuicio para el interés del grupo en su conjunto, no sería rescindible.

Esta posición, que prima el interés del grupo empresarial, choca frontalmente con los derechos de los accionistas y acreedores de la sociedad garante, que pueden serlo también de la sociedad beneficiada con la garantía o no. Por ello es necesario ponderar ambos derechos intentando encontrar un equilibrio entre ambos. Tampoco hay que perder de vista, la posible aplicación de las presunciones de gratuidad (en el caso de que no haya contraprestación alguna a favor de la garante), y de actos dispositivos realizados a favor de persona especialmente relacionada con la concursada, y los supuestos en los que se trate de una garantía contextual.

Según VILLORIA RIVERA, la jurisprudencia dictada sobre esta cuestión puede clasificarse en tres grupos: las sentencias que entienden que la constitución de una garantía por deuda de una sociedad del grupo, si no existe una contraprestación directa para el garante, es un negocio a título gratuito; las sentencias que admiten que la contraprestación para desvirtuar la gratuidad sea una contraprestación no directa para la garante, sino a favor del grupo; y finalmente, las sentencias que admiten que el interés de grupo descarta la gratuidad del negocio, por lo que exigen acreditar en cada caso la concurrencia de perjuicio³⁴². Destaca sobre esta cuestión, la ya citada STS de 30 de abril de 2014, según la cual, la mera existencia de un grupo empresarial, o la alegación del interés del grupo, no es suficiente para excluir la existencia de perjuicio: *“en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio*

³⁴¹ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, VILLORIA RIVERA para el que el otorgamiento de garantías a favor de empresas del grupo responde a las ventajas que proporciona el grupo: *“Entender que la prestación de garantía por deuda de una sociedad del grupo es un acto a título gratuito supone desconocer la realidad del tráfico mercantil. En estos casos, nada hay más extraño a la voluntad de las partes que la intención de gratificar o recibir una donación. La presencia de un interés de grupo es suficiente para evidenciar la onerosidad de la operación y, por ende, para descartar la presunción absoluta de perjuicio, salvo en casos en que la pertenencia al grupo sea meramente nominal”*, VILLORIA RIVERA, I., “La rescisión de las garantías prestadas por deuda a cargo de sociedades del grupo”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012.

³⁴² Ibidem.

económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el ‘interés del grupo’ pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar”³⁴³.

Teniendo en cuenta lo difuso e indeterminado del concepto de “*interés de grupo*”³⁴⁴, y la dificultad de probar su concurrencia en numerosas operaciones concretas, no parece razonable excluir de la rescisión concursal, de forma general, las garantías prestadas entre empresas del grupo. Creemos que en este caso, la existencia de un posible interés de grupo no justifica desde el punto de vista jurídico, excepcionar la regulación aplicable a la rescisoria concursal. Por ello, consideramos que cuando se

³⁴³ El argumento completo del TS es el siguiente: “9.-*En las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía.*

Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por sí sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del ‘interés de grupo’ para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el ‘interés del grupo’ pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.

Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, y responde de sus obligaciones. No existe un ‘patrimonio de grupo’, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo.

No puede aceptarse por tanto la afirmación de la recurrente de que no existe perjuicio para la masa porque el grupo societario de la concursada y, por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero por los préstamos con relación a los cuales se constituyeron las hipotecas. El dinero lo ha recibido la otra sociedad. No lo ha recibido ‘el grupo’, que carece de personalidad como tal, ni la concursada, que se limitó a hipotecar su nave industrial para garantizar el préstamo concedido a la otra sociedad, y las sentencias de instancia consideran probado que la concursada no recibió contraprestación alguna, pues tales préstamos no sirvieron siquiera para que la prestataria saldara la deuda que mantenía con la garante, la posteriormente declarada en concurso.

Por otra parte, sería un contrasentido que la misma circunstancia que sirve de fundamento a la presunción ‘iuris tantum’ de perjuicio, como es el carácter ‘intragruppo’ de la garantía prestada, sea la que excluya la existencia de perjuicio por entender que el mero interés de grupo lo excluye.

10.-En consecuencia, la constitución de una hipoteca por parte de la concursada sobre la nave industrial de su propiedad, en la que desarrollaba su actividad industrial, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin recibir contraprestación alguna, directa ni indirectamente, constituye un acto dispositivo oneroso que ha causado un perjuicio patrimonial al deudor declarado en concurso y por tanto susceptible de rescisión”.

³⁴⁴ Sobre el concepto de “interés del grupo”, ver YAÑEZ EVANGELISTA, J., “Riesgo de reintegración en operaciones de financiación del grupo de sociedades”, *Boletín de Derecho Mercantil*, Año IV – núm. 38 – junio 2011. Consultado en www.elderecho.com, el 26 de noviembre de 2011.

acredite la existencia de un perjuicio para la concursada garante, la garantía será rescindible si se cumplen todos los requisitos exigidos por la regulación concursal.

3.- Rescisión de operaciones societarias

El problema que plantea este tipo de operaciones es la dualidad de regulaciones aplicables, por un lado la regulación concursal y por otro la regulación de las sociedades mercantiles, discrepando doctrina y la jurisprudencia sobre cual debe ser de aplicación preferente en relación con la rescisoria concursal.

Las operaciones societarias que a priori podrían ser objeto de rescisión son, básicamente, las modificaciones estructurales traslativas (fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo), separaciones de socios con adquisición por parte de la sociedad de su paquete de acciones o participaciones, reducciones de capital con devolución de aportaciones, y la distribución de dividendos o el pago de otros derechos a los socios (reparto de reservas, distribución de la prima de emisión).

3.1.- Operaciones de reestructuración

De todas las operaciones societarias las que vienen planteando más controversia son las llamadas modificaciones estructurales traslativas. El motivo fundamental es la regulación contenida en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles³⁴⁵, concretamente, en el artículo 47.1 según el cual: *“Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados”*.

Partiendo del carácter constitutivo de la inscripción en el Registro Mercantil, y de la posibilidad de instar la nulidad del acuerdo en el plazo de caducidad de 3 meses desde dicha inscripción, un sector de la doctrina defiende la irrevocabilidad de este

³⁴⁵ Publicada en el BOE núm. 82 de 04 de Abril de 2009.

tipo de operaciones. Refuerza su posición el derecho de oposición de los acreedores a la fusión, escisión o cesión global (artículo 44 de la LME). Defiende esta posición, entre otros, GONZÁLEZ NAVARRO³⁴⁶, que defiende la preferencia, en este caso, del derecho societario sobre el concursal, aunque reconociendo la existencia de “*huecos importantes por los que podría pasar una demanda rescisoria*”³⁴⁷.

³⁴⁶ Afirma este autor: “No creo que una modificación estructural acontecida dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso pueda ser rescindida al amparo de los artículos 71 y siguientes de la LC (...)

Es la inscripción de la fusión, la escisión o la cesión global (arts. 46, 73 y 89 de la LM) la que dota de eficacia a la modificación estructural. Pues bien, existen dos razones para negar la posibilidad de que esa operación sea rescindida a posteriori: 1.1.- El derecho de oposición de los acreedores a la fusión, escisión o cesión global (artículo 44 de la LME, tras la redacción dada por el RD-Ley 9/2012) ... Oponerse luego, transcurridos dos años, a la modificación estructural por perjuicio a la masa activa, no sería más que buscar y usar la vía concursal para oponerse a la operación fuera de plazo y a la vista de los hechos posteriores. Como dice este autor, por la misma razón tampoco habría base bastante para tratar de rescindir las garantías otorgadas al acreedor oponente que sí que llegó a exigir dicha garantía en el seno del proceso de fusión, escisión o cesión. 1.2.- El carácter constitutivo y validante de la inscripción en el Registro Mercantil (...)

Comparto la tesis, que han expresado L. FERNÁNDEZ DEL POZO o el mismo F. CERDÁ, de que la coherencia de la norma indica que, para la LME, la fusión sólo será atacable si no se efectuó con arreglo a las disposiciones de la propia LME, lo que incluye tantos posibles vicios del procedimiento como posibles vicios de los acuerdos mismos, que pueden ser abusivos y que el Registrador Mercantil no podía controlar con su calificación. Si se aplica lo anterior a la rescisión concursal, habría que concluir que si la fusión, escisión o cesión global se efectuaron respetando el iter de la LME y son acuerdos sanados por la inscripción en el Registro, es decir, que no escapaban de la capacidad subsanadora y validante de la calificación registral, es inimpugnable posteriormente en el seno del concurso posterior. Si por el contrario se trata de vicios no subsanables en sede registral, por ejemplo por su carácter abusivo, sí cabrían ser impugnados y el artículo 47 LME no sería un obstáculo, pero entonces entraría en acción el reducido plazo de caducidad de tres meses que recoge la norma. Los dos argumentos que acabo de expresar, recogidos por todos los autores que se han ocupado de este tema, me parecen suficientes y de peso bastante como para rechazar una pretensión de rescisión de una modificación estructural anterior”, GONZÁLEZ NAVARRO, B.A, “La rescisión de las modificaciones estructurales societarias”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012, pp. 2-5.

³⁴⁷ Asimismo, este autor considera que: “Los dos argumentos que acabo de expresar, recogidos por todos los autores que se han ocupado de este tema, me parecen suficientes y de peso bastante como para rechazar una pretensión de rescisión de una modificación estructural anterior. Pero debo añadir que dejan huecos importantes por los que podría pasar una demanda rescisoria: En primer lugar, aunque es cierto que si los acreedores no plantearon oposición alguna a la operación ni exigieron garantías para su crédito no pueden luego vestir esa oposición con el traje concursal de la rescisión, debe recordarse que el artículo 71 de la LC contempla un interés totalmente diferente, evidentemente próximo al cuerpo de acreedores concurrentes, pero jurídicamente distinto al derecho individual: la protección de la masa activa. Es posible que ningún acreedor se opusiera (...) pero la masa activa de la sociedad se resintiera. El artículo 71 de la LC... exige un perjuicio objetivo a la masa activa (...) Todo ello se traducirá en que, si bien el acreedor no pueda cuestionar la modificación estructural porque no se opuso en su día, sí pueda hacerlo la administración concursal.

En segundo lugar, porque, como hemos visto, el artículo 47 de la LME no es en modo alguno una pantalla total, y cabe impugnar la fusión, la cesión global o la escisión por motivos ajenos a la propia LME, argumento éste que puede ligarse sin demasiada dificultad al hecho de que se haya fijado un plazo de caducidad para la acción de nulidad, pero no para ninguna otra. Insisto en que una interpretación sistemática debería tumbar ese intento, pero debe reconocerse que, en este tipo de interpretaciones correctoras, las facultades del intérprete son amplias y el resultado incierto. Además, la aplicación del artículo 47 de la LME como herramienta concursal choca con la especialidad de la LC, cuyo artículo 71 desde luego no cierra esa puerta desde el momento en que, como evidencia la

Otros autores, entre los que se encuentran LEON SANZ³⁴⁸, PÉREZ TROYA³⁴⁹, y SOLER PASCUAL³⁵⁰, consideran que este tipo de operaciones societarias no quedan

práctica (...) una modificación estructural dolosa, fraudulenta o abusiva puede suponer un evidente perjuicio para la masa activa y con ello una disminución de las posibilidades de cobro de todos los acreedores, los anteriores al proyecto de fusión, los posteriores, los garantizados y los no garantizados. La LME no aparece, desde luego, en la relación de normas especiales de la Disp. Ad. 2ª de la LC.

Por ello, concluyo que, aunque los dos argumentos citados son fundados y cuentan a su favor con la letra de la LME, la voluntad legislativa que extraigo del texto normativo, orientada claramente hacia la seguridad jurídica y a cerrar la puerta a posteriores invalidaciones de una operación estructural traslativa resuelta sin oposición, se sustenta en una evidencia de calado mucho más práctico: la inviabilidad real de hacer frente a las consecuencias restitutorias que, al amparo del artículo 73 de la LC, llevaría consigo el éxito de la rescisión. Como señaló el Profesor SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ‘aún cuando la literalidad del art. 71 LC permite la rescisión de las fusiones apalancadas en tanto fueran perjudiciales para la masa, lo cierto es que las consecuencias que podrían derivar de una impugnación exitosa (y la imposibilidad del restablecimiento del status quo anterior), así como las garantías con que previamente se ha desarrollado un proceso de fusión (en cuanto a información y posibilidad de oponerse los propios acreedores a la operación) hacen difícil, si no imposible, que pueda ejercitarse una acción de rescisión sobre la base de un perjuicio que inicialmente no se aprecia (al no mediar oposición). El Derecho Concursal somete a una enorme tensión a principios que en otras disciplinas son absolutamente indiscutidos, lo que obliga a templar las relaciones entre todos estos mundos. Unas veces cede el Derecho Concursal en beneficio del Derecho Laboral o la necesidad de proteger el crédito público; otras veces, es el Derecho Civil o el Tributario los que deben dar un paso atrás. En materia de rescisión de modificaciones estructurales anteriores al concurso, creo que existen razones que aconsejan decididamente que sea el Derecho Concursal el que de ese paso atrás y se mantenga la plena vigencia, a pesar del concurso, de las normas societarias generales’, GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “La rescisión de ...”, pp. 5-6. En términos similares se pronuncia SEBASTIAN que considera que las modificaciones estructurales deben quedar fuera de la rescisión por los mismos motivos esgrimidos por González Navarro, aunque no lo descarta del todo si la modificación se hizo con intención de perjudicar la masa activa de la sociedad, SEBASTIAN, R., op. cit., p. 51.

³⁴⁸ Para LEON SANZ: “Cualquiera de las operaciones descritas puede ser, naturalmente, objeto del ejercicio de acciones rescisorias, con independencia de que puedan implicar también responsabilidades concursales o, incluso, penales a las personas que las realicen. La acción rescisoria se puede dirigir al acuerdo adoptado y a su ejecución o, sencillamente, al pago de la sociedad al socio del derecho de crédito surgido en virtud del acuerdo adoptado”, LEON SANZ, F.J., “La rescisión de las operaciones societarias”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012, p. 2.

³⁴⁹ Esta autora no descarta que una modificación estructural traslativa pueda ser objeto de rescisión concursal. Considera que “ni el derecho de oposición de los acreedores, ni la existencia de otros mecanismos de protección específicos (arts 80, 91 y 47.1 LME) permite considerar plenamente subsumida por ellos la función de la acción rescisoria concursal (art. 71). Por otro lado, la protección que la Ley sobre modificaciones estructurales brinda a estas operaciones una vez que han sido inscritas y devienen eficaces tampoco excluye, por las razones que hemos visto, su posible rescisión posterior en caso de concurso de la sociedad. (...) Siendo indiscutido que la realización de estas operaciones pueden representar, como otras operaciones societarias, un menoscabo para la masa activa del concurso deben poder ser objeto de rescisión concursal no habiendo razón sustancial para lo contrario, pese a que igual que otras operaciones societarias, no encajen siempre fácilmente en dicho esquema arquetípico, pensando, principalmente, para los contratos sinalagmáticos. La acción rescisoria concursal, cuyo interés pudiera ser elevado en ciertos casos particulares (p. ej. operaciones apalancadas, escisión de las unidades saneadas), tiene un presupuesto distinto a la acción de impugnación societaria (art 47 LME) y habrá de admitirse siempre que la realización de la operación, aparte de no haberse enmarcado en un acuerdo de refinanciación protegido (art 71.6 LC) o de excluirse ex lege (v.gr. 36.4 de la ley 9/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito), no sea anterior a los dos años previos a la declaración de concurso y hubiera supuesto, como se requiere para el éxito de la acción, un perjuicio para la masa activa (art 71). Cuestión distinta será que la rescisión resulte innecesaria porque la realización de la operación permita otras vías para la satisfacción de los acreedores (v. gr. responsabilidad solidaria de otras sociedades participantes, acción de resarcimiento,

exentas de la rescisoria concursal, si tal y como exige la regulación concursal, causan el perjuicio exigido por el artículo 71 LC. Estos autores, no encuentran una razón jurídica de peso para primar las limitaciones establecidas en materia societaria, sobre la regulación concursal en materia de rescisoria. Así, partiendo de la no exclusión de estas operaciones en el artículo 71 LC, de la finalidad de las normas societarias y concursales, y sobre todo en el hecho de que, en materia de rescisoria concursal debe ponerse el acento en el concepto de perjuicio, defienden la rescisión de las operaciones societarias en general, y de las modificaciones estructurales traslativas en particular.

La jurisprudencia dictada sobre esta cuestión también es diversa, defendiendo ambas posturas según el juzgador y las circunstancias que concurren. No obstante, debemos citar por el detallado análisis que hace de la cuestión, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Secc 4ª), el 29 de octubre de 2013, para concluir que puede instarse la acción rescisoria contra actos societarios (incluidas modificaciones estructurales de capital) si éstos se han realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso y han causado un perjuicio a la masa³⁵¹.

etc)”, PEREZ TROYA, A., “La rescisión concursal de las modificaciones estructurales”, en AA.VV., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 629-630.

³⁵⁰ Para este autor: “*la operaciones estructurales modificativa societarias de naturaleza traslativa – fusiones y escisiones fundamentalmente- no están excluidas de la rescisión concursal si con ellas se produce perjuicio para la masa*”. Afirma estar de acuerdo con autores como Beltrán, en que el problema debe centrarse en el perjuicio para la masa activa, considerando posible el ejercicio de la acción rescisoria, y no con otros como Cerdà Albero para los que la operación una vez publicada en el Registro y transcurridos 3 meses del plazo de caducidad para instar su nulidad, queda protegida de la rescisoria concursal. La dicción literal del art. 47.1 LMESM (previsto para la fusión pero aplicable también a la escisión y la cesión global), y la regulación del derecho de oposición de acreedores en las modificaciones estructurales traslativas (art 44, 73.1 y 88 LMESM, así como en la existencia de mecanismos de protección de los acreedores de la sociedad escindida o segregada (art 75.2 y 80 LME), mediante un régimen de responsabilidad (total o limitado) de las sociedades beneficiarias de la escisión o segregación, no los considera argumentos suficientes, y no encuentra base en la LC para excluir estas operaciones de la RC. Concluye este autor que es el derecho societario el que debe ceder ante el derecho concursal, SOLER PASCUAL, L.A., “A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?”, *El derecho, Revista de Derecho Mercantil*, nº 8, mayo 2013, p. 3, consulta en www.elderecho.com el 10 de junio de 2013.

³⁵¹ SAP Las Palmas de Gran Canaria (Secc 4ª), de 29 de octubre de 2013 (Sentencia 389/2013; Rollo 379/2012), que revocando la sentencia de instancia, estima la acción rescisoria concursal por la que se pretendía se declarara la rescisión y por consiguiente ineficacia, por ser perjudicial para la masa activa, de las valoraciones acordadas y por ende mal atribuidas (en la operación de escisión de una sociedad por disolución y cesión de su patrimonio en dos partes iguales a sociedades preexistentes) a otra sociedad en perjuicio de una tercera. La sentencia recurrida funda la desestimación, en que no es posible la rescisoria concursal para declarar ineficaces operaciones de reestructuración de capital. Según la AP: “*SEGUNDO.- 6.- (...) como señala EMILIO BELTRAN ‘cabe la posibilidad de ejercitar una acción rescisoria concursal frente a la modificación estructural realizada dentro de los dos años anteriores a la*

declaración de concurso (art. 71 LC) que precisamente tiene pleno sentido en los casos de concurso de la sociedad que se escindió parcialmente, hizo una segregación o llevó a cabo una cesión global con contraprestación para ella misma, es decir, en todos aquellos casos en que la contraprestación fuera recibida por la propia sociedad preexistente y concursada, que exige, claro está, el perjuicio, es decir, la falta de equilibrio en las prestaciones’.

TERCERO.- La primera cuestión que ha de abordarse para la resolución del recurso es la relativa a si es posible o no ejercitar la acción rescisoria prevista en el art. 71 de la LC para impugnar actos o acuerdos que comporten modificaciones estructurales de capital y, en concreto y en el supuesto que nos ocupa, si cabe ejercitar dicha acción contra una modificación estructural de capital consistente en una escisión total de la sociedad, CPRC, S.L. con disolución y cesión global de su patrimonio a dos sociedades preexistentes.

El punto de partida para resolver la cuestión no ha de buscarse en la Ley de Modificaciones Estructurales de Capital o en la legislación societaria (como se hace por la mayoría de la doctrina que se cita en la sentencia de instancia) sino en la propia ley concursal, desde que ninguna de las normas citadas por esa doctrina y por la sentencia excluye la aplicación del art. 71 de la Ley Concursal a las modificaciones estructurales de capital. Lo relevante no es la naturaleza del acto objeto de impugnación, ni cuáles sean las acciones que en el régimen general que no contempla el escenario concursal, se establezcan para su impugnación (ni en su número, ni en su clase, ni, mucho menos, en su plazo) sino si en el acto objeto de impugnación concurren o no los requisitos exigidos por el art. 71 de la LC (con consideración del juego de las presunciones de perjuicio establecidas en el mismo precepto) cuando, como es el caso, ninguna norma excluye el ejercicio de las específicas acciones de reintegración concursal contra el concreto acto que es objeto de impugnación. Lo relevante es si el acuerdo de escisión (o los concretos actos impugnados realizados para la realización de la escisión, que comportó la transmisión de dos partes del patrimonio de la sociedad escindida supuestamente de igual valor) puede considerarse o no un acto perjudicial para la masa activa realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (haya existido o no intención fraudulenta), puesto que no habiéndose excluido el ejercicio de dicha acción, no puede sostenerse su exclusión por la solas previsiones en la legislación societaria de limitación de acciones de impugnación –y plazo para su ejercicio- establecida por el actual art. 47 de la LME (que en la escisión que nos ocupa no era de aplicación, sino el art. 246 de la LSA por remisión del art. 94 de la LSRL) y de la posibilidad de oposición de acreedores a la escisión en un escenario no concursal prevista en el actual art. 44 de la LME (derecho de oposición que ni siquiera se contemplaba expresamente en la legislación de aplicación a las escisiones, ya que el art. 243 de la LSA es de aplicación sólo a las fusiones, no a las escisiones, siendo el precepto de aplicación en la escisiones el art. 259 LSA que establece en garantía de los acreedores de la sociedad objeto de escisión la responsabilidad solidaria de las restantes sociedades beneficiadas por la escisión hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas, además de la responsabilidad por la totalidad de la obligación de la propia sociedad escindida si no dejó de existir como consecuencia de la escisión, y se contemplaba la cesión global de activos únicamente como forma de liquidación en el art. 117LSRL). Como se verá la argumentación sobre la ‘convalidación’ del acuerdo por la inscripción en el Registro Mercantil o sobre la imposibilidad de restitución de la situación a la anterior a la existente antes de dictarse el acuerdo impugnado tendrá relevancia, en efecto, en cuanto a los efectos que hayan de derivarse de la estimación de la acción rescisoria pero no permite excluir su posible ejercicio (...)

Comparte la Sala la brillante exposición que D. RAFAEL GIMENO BAYÓN hizo en el reciente Congreso de Derecho Concursal de Canarias en julio de este mismo año 2013 en el que dejó bien sentado que los únicos requisitos exigidos para el éxito de la acción rescisoria contra actos societarios (incluidas modificaciones estructurales de capital) son que se cause perjuicio a la masa y que se haya realizado el acto en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin que sea exigible ni intención de fraude, ni insolvencia de la sociedad o sociedades en el momento de realizarse el acto (puso como ejemplo a estos efectos el supuesto de reparto de dividendos a cuenta, respecto cuya rescindibilidad hay autores que pretenden exigir una situación de insolvencia de la sociedad que no se exige por el art. 71 LC).

Es indudable que acto objeto de impugnación ha tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración del concurso...Por ello sólo ha de examinarse si el acto o acuerdo objeto de impugnación puede o no considerarse perjudicial para la masa activa de la sociedad concursada CRO, cuyos acreedores, debe tenerse presente, lo son tanto los que la concursada tenía antes de la escisión como los que adquirieron esa condición después de la escisión como lo que lo eran inicialmente de ROP y por consecuencia de la cesión global de activos y pasivos pasaron a serlo de CRO (...) Perjuicio patrimonial que ha de examinarse desde la perspectiva de CRO,

3.2.- Rescisión de acuerdos societarios

Menos problemas plantea la rescisión de los acuerdos societarios, entre los que se encuentran, p. ej, los de distribución y pago de dividendos, de separación de socios con adquisición por parte de la sociedad de su paquete de acciones o participaciones, de reducción de capital con devolución de aportaciones, o el pago de otros derechos de los socios (reparto de reservas, distribución de la prima de emisión, etc). En estos supuestos, no hay duda de que los acuerdos societarios perjudiciales pueden ser objeto de una rescisoria concursal. Los problemas se centran en los efectos que conlleva la estimación de la rescisoria, dada la escasa y poco precisa regulación de la LC en relación a los efectos de la acción.

En principio, la rescisión de los acuerdos reseñados no debería plantear más problemas que los derivados de los ajustes que la sociedad deberá hacer para revertir los acuerdos declarados ineficaces, tanto a nivel jurídico como económico. Materialmente debería ser posible revertir los pagos realizados entre las partes, tanto por pago de dividendos, como por la restitución del capital reducido y devuelto a los socios³⁵². En

Por otra parte, como ya señalamos, el derecho de oposición de los acreedores a la escisión, al que tanta relevancia otorga el juez a quo, no impide el ejercicio de la acción concursal, y no lo impide desde que:

1.- No se prevé su ejercicio en el mismo escenario

2.- En las escisiones, al menos hasta el vigente artículo 44 de la LME, no se prevé siquiera expresamente el derecho de oposición de los acreedores (...).

3.- El perjuicio que se contempla por el art. 71 de la LC es el perjuicio para la masa activa, incluyendo el concepto de perjuicio indirecto o reflejo consistente en la alteración de la pars conditio creditorum. Ese perjuicio se proyecta sobre todos los acreedores y no sólo sobre los que lo fueran en el momento de la escisión de la sociedad escindida y de las sociedades “beneficiarias” de la escisión, desde que lo que se evalúa es la imposibilidad de cobro de todas las obligaciones de la concursada a la que ha contribuido el acto objeto de impugnación (...)

4.- (...) las diferencias de finalidad, objeto, razón de reconocimiento de las acciones y legitimados para su ejercicio (para el de las acciones de reintegración sólo está legitimada la administración concursal, no los acreedores en particular, como para el ejercicio del derecho de oposición) hacen totalmente imposible, a nuestro juicio, pretender que la protección a los acreedores en que el derecho de oposición consiste pueda “sustituir” a la protección conferida por el reconocimiento de las acciones de reintegración concursal, ni sea argumento para excluir su ejercicio. Resulta indiferente a estos efectos que existiera intención o no de defraudar en la realización del acto o cuales fueron las razones que motivaron la escisión o las negociaciones para llegar a ella. Lo relevante es si como consecuencia de la escisión la masa activa de ROP ha resultado perjudicada”.

Por el contrario, la SJM 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015 (Roj: SJM B 28/2015 - Id Cendoj: 08019470092015100003) desestima la rescisoria haciendo primar la regulación societaria por considerarla ley especial, FD Primero, 2.- *“Porque según el art. 47 LME, que es ley especial, las operaciones de modificación estructural no pueden ser objeto de ninguna acción de impugnación, incluida la rescisoria concursal, una vez inscritas en el Registro Mercantil. La única acción que se puede ejercitar es la acción de nulidad por no haber seguido los trámites de la propia LME en el plazo de 3 meses desde la inscripción de la operación en el Registro Mercantil o la acción de daños y perjuicios”.*

³⁵² Sobre esta cuestión, ver la STS de 24 de julio de 2014 ya citada anteriormente, según la cual: *“Ni en este caso, ni tampoco cuando lo que se rescinde es el acuerdo por el que nace el derecho del crédito al*

materia de pagos, autores como LEÓN SANZ encuentran a faltar una regulación específica al estilo de la que puede encontrarse en el derecho comparado³⁵³.

4.- Actos rescindibles pero con un régimen especial

La Disposición adicional segunda de la LC, recoge un listado de normas a las que otorga la consideración de legislación especial a los efectos de aplicación de la propia Disposición. En su apartado 3º, recoge el alcance que debe tener la aplicación de dichas normas: “3. *Las normas legales mencionadas en el apartado anterior se aplicarán con el alcance subjetivo y objetivo previsto en las mismas a las operaciones o contratos que en ellas se contemplan y, en particular, las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones financieras relativas a instrumentos derivados*”.

De estas normas especiales, interesa destacar, las reseñadas en los apartados a) “*Artículos 10, 14 y 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias*”; y i) “*El Capítulo II del Título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*”.

dividendo, el efecto de la rescisión conlleva, como pretende el recurrente, la devolución de las aportaciones de los socios pues no guardan entre sí la relación de reciprocidad que justificaría, a la luz del artículo 73.1 LC, el efecto de la recíproca restitución de prestaciones ... el derecho al dividendo no nace sino con el acuerdo de reparto de dividendos”.

³⁵³ Así, afirma que: “*Se echa en falta en el Derecho español una regulación específica de esta materia similar a la de otros ordenamientos, como los §§ 30 a 32 de la GmbHG, en el Derecho alemán. Parece razonable que se estableciera una norma en la Ley de Sociedades de Capital que previera la devolución de los pagos recibidos por los socios que no fueran de buena fe, siempre que no se hubieran respetado las normas que aseguran la integridad del capital social, en un plazo que podría ser por ejemplo de cinco años, es decir, un plazo similar al que se prevé en otros supuestos como el de la continuidad en la responsabilidad. De este modo, se dispondría de un mecanismo de protección de los terceros más adecuado y efectivo que el recurso al régimen rescisorio para algunas de las operaciones más típicas en las sociedades cerradas en perjuicio de los acreedores*”, LEON SANZ, F.J., “La rescisión de...”, pp. 16-17.

4.1.- RDL 5/2005, de 11 de marzo.

Los artículos 15 (“*Efectos entre las garantías*”) y 16 (“*Liquidación anticipada*”) contenidos en el Capítulo II “*Sobre acuerdos de compensación contractual y garantías financieras*”, regulan los supuestos en los que la apertura de un concurso o un procedimiento de liquidación administrativa no tendrán efecto sobre estos acuerdos y garantías. Concretamente, en el art. 15.3 se establece que un concurso o procedimiento de liquidación administrativa, por sí mismos, no serán causa para anular o rescindir la aportación de una garantía financiera, de una garantía financiera complementaria o de una garantía financiera equivalente en los casos de ejercicio de los derechos de sustitución o disposición, si se dan las condiciones recogidas en el mismo³⁵⁴. Seguidamente, en el apartado 4º concreta que: “*Los acuerdos de garantía financiera no se verán limitados, restringidos o afectados en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa, y podrán ejecutarse, inmediatamente, de forma separada, de acuerdo con lo pactado entre las partes y lo previsto en esta sección*”. Finalmente, en relación a su posible rescisión, el artículo 15.5 establece que: “*Los acuerdos de garantías financieras o la aportación de estas, formalizados o aportadas, anteriores a la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa sólo podrán rescindirse o impugnarse al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar que se han realizado en fraude de acreedores*”³⁵⁵. En esta misma línea, regula el art. 16 los posibles efectos de un concurso o liquidación administrativa sobre los acuerdos de compensación u operaciones financieras en las que se concreta³⁵⁶, concluyendo en su apartado 3º que:

³⁵⁴ Art. 15.3, RDL 5/2005: “*La apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa no será causa para anular o rescindir la aportación de una garantía financiera, de una garantía financiera complementaria o de una garantía financiera equivalente en los casos de ejercicio de los derechos de sustitución o disposición, siempre que la aportación de la correspondiente garantía, garantía complementaria o equivalente se haya efectuado antes, aunque fuese el mismo día, de la apertura del procedimiento; o en un período de tiempo determinado, anterior a la apertura del procedimiento, o a la adopción de una resolución o de cualesquiera otras medidas o la concurrencia de otros acontecimientos en el transcurso de tales procedimientos; y/o la obligación financiera principal se haya contraído en fecha anterior a la de aportación de la garantía financiera, de la garantía financiera complementaria o de la garantía financiera de sustitución o intercambio*”.

³⁵⁵ Artículo redactado por el art. 2.12º de la Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican el RDL 5/2005, de 11 de marzo y la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, (publicada en el BOE nº 87, de 12 abril).

³⁵⁶ Art. 16.1, RDL 5/2005: “*La declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente del acuerdo de compensación contractual o de las operaciones financieras*

“Las operaciones financieras o el acuerdo de compensación que las regula no podrán ser objeto de las acciones de reintegración que regula el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, salvo mediante acción ejercitada por la administración concursal en la que se demuestre perjuicio en dicha contratación”³⁵⁷. La Audiencia de Barcelona, en su sentencia de 30 de septiembre de 2008, explica de forma clara y precisa, a los efectos de este RDL, qué debe entenderse por “acuerdos de compensación”³⁵⁸, y “acuerdos de garantía financiera”³⁵⁹.

GONZÁLEZ NAVARRO, entre otros, pone esta regulación en relación con la Directiva comunitaria que transpone: “... el legislador comunitario señaló de forma clara y rotunda que el Derecho de la Comunidad se opone a aquellos sistemas de retroacción absoluta y automática del proceso concursal, considerando que los acuerdos para la constitución de garantías complementarias que permiten limitar los riesgos mediante cálculos actualizados del valor de mercado de los mismos y de la

realizadas en el marco del mismo o en relación con él no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa. En caso de ejercicio de la acción resolutoria la indemnización prevista en el artículo 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se calculará conforme a las reglas previstas en dicho acuerdo”.

³⁵⁷ Artículo redactado por el art. 2.13º de la Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican el RDL 5/2005, de 11 de marzo y la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, (publicada en el BOE nº 87, de 12 abril).

³⁵⁸ SAP Barcelona (sección 15) 30.09.2008 (JUR 2009794119), FD Noveno II): “(...) El acuerdo de compensación contractual a que se refiere el art. 5 del RDL -estimamos- sería el denominado en la práctica financiera acuerdo de netting, un contrato marco (en el cual se integran o pueden integrarse garantías financieras) que celebran dos entidades (una de ellas una entidad financiera) en el ámbito del cual celebran distintas transacciones que necesariamente se integran en aquél para ser consideradas como un negocio único, y en virtud del cual se produce la sustitución de la pluralidad de deudas y créditos recíprocos derivados de determinadas operaciones financieras por una única deuda o crédito cuyo importe será la suma neta de los importes de cada una de las deudas y créditos recíprocos derivados de dichas operaciones financieras, los cuales tendrán plena vigencia, aun cuando cualquiera de las partes participantes en el netting se encuentren incursas en un procedimiento concursal, como deriva del art. 16 del RDL. De este modo, declarado el concurso de una de las partes participantes (o la liquidación administrativa), se incluirá como crédito o deuda de la parte incursa en tal situación exclusivamente el importe neto de las operaciones financieras amparadas por el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él (art. 16.2), sin que la declaración de concurso pueda limitar, restringir o afectar en cualquier forma la declaración de vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco del acuerdo de compensación contractual. Su finalidad y función esencial, al procurar que una de las partes, en caso de insolvencia de la otra, pueda obtener la ejecución anticipada del contrato marco de compensación y saldar todas las posiciones acreedoras y deudoras, consistirá en la evitación o minimización del riesgo en el ámbito financiero”.

³⁵⁹ SAP Barcelona (sección 15) 30.09.2008 (JUR 2009794119), FD Noveno I) in fine: “Con la doctrina que ha comentado las disposiciones del RDL debemos entender que los “acuerdos de garantías financieras” se identifican con los contratos o acuerdos que formalizan la garantía y fijan sus términos y condiciones, ya sea éste un acuerdo singular o un contrato marco, mientras que por “garantías financieras” debe entenderse la entrega del bien objeto de la garantía pactada”.

misma garantía, o la posibilidad de sustituir los activos entregados como garantía financiera por otros activos de idéntico valor, no sólo deben ser protegidos frente a normas de reintegración que los dejen sin efecto simplemente por incluirse en un período de retroacción, sino que demás entrañan buenas prácticas, recomendadas por los reguladores. Todo ello, sin perjuicio de anular estrictamente aquello generado en fraude, con la intención de perjudicar a otros acreedores”³⁶⁰.

No obstante ser necesaria según la mayoría de la doctrina, una regulación mínimamente armonizada sobre las garantías financieras, este RDL ha sido ampliamente criticado por sus lagunas, imprecisión y falta de rigor técnico (en gran parte debido a una mala traducción de la Directiva) al extender los efectos de la regulación comunitaria más allá de lo inicialmente previsto por ésta. Para GONZALEZ NAVARRO, este RDL: *“Ha supuesto una importante modificación de nuestro sistema de garantías reales, verificando ese cambio sustancial por medio de un decreto-ley, poco idóneo para albergar la amplia discusión y reflexión que ese proceso de reforma, ciertamente necesaria a la vista de los postulados de la Directiva 2001/47/CE, precisaba. Merced a esta Directiva, su campo de actuación se ha situado más allá del sector financiero que auspició esta normativa para favorecer y proteger las garantías financieras y los acuerdos de compensación contractual, lo que produce el efecto de hacer inmunes al concurso una multiplicidad de operaciones financieras y de netting que en principio seguían bajo el manto de las reglas generales del artículo 71 de la LC. Ello convierte a estas cláusulas y acuerdos marco en importantes instrumentos de reflotación, vista la importante protección que supone su resistencia al proceso concursal”³⁶¹.* En sentido parecido se pronuncia GARCÍA VICENTE cuando afirma

³⁶⁰ Vid. GONZALEZ NAVARRO, B.A., op. cit., “Reintegración concursal y ...”, p. 410.

³⁶¹ Seguidamente, este autor afirma que: *“En este sentido es de lamentar que diluida la justificación para la existencia de normas excepcionales, como era el sistema tradicional español de retroacción absoluta y automática, que la Unión Europea había rechazado por jurídicamente inseguro y letal para los mercados financieros, dichas normas no se han acomodado al sistema concursal general de la nueva LC, que prescinde de este sistema y se basa en la existencia del perjuicio a la masa activa, perfectamente compatible con el Derecho Comunitario. Por el contrario, los sectores afectados insisten en su busca de la excepcionalidad, basada en el fraude a los acreedores.*

Esta crítica se enfatiza cuando se observa que, en el caso concreto de las garantías financieras y la compensación contractual, el legislador inicialmente ni siquiera se proponía actuar de ese modo, sino, por el contrario, ajustarse al modelo general (...) Esta regulación, pues, precisaría de una reforma, Sentencias como la de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 2008, que protegió de la reintegración una garantía prendaria de efectivo para asegurar un simple descuento bancario, evidencian que quizás el ataque al principio de unidad de la LC y la proscripciones

que: *“Probablemente el punto de fuga más importante que sufre el régimen de las garantías reales en el concurso sea el RDL 5/2005, en razón de su generoso ámbito de aplicación que puede conducir a la generalización de lo que parece un régimen rescisorio especial en aquellos casos en los que el concedente del crédito garantizado es, como ocurre en la mayoría de las ocasiones, una entidad financiera”*³⁶². La AP de Barcelona, en la ya reseñada sentencia de 30 de septiembre de 2008 también se refiere al ámbito de aplicación de esta norma considerándolo adecuado³⁶³.

Por su parte, FERNÁNDEZ SEIJO destaca una de las cuestiones más relevante a efectos de prueba como es que este RDL: *“evita el juego de presunciones pero habilita a la administración concursal a instar la resolución en caso de que disponga de prueba del perjuicio patrimonial”*³⁶⁴.

de situaciones excepcionales innecesarias está siendo excesivo”, GONZALEZ NAVARRO, B.A., op. cit. “Reintegración concursal y...”, pp. 452-453.

³⁶² El autor continúa su argumentación diciendo que: *“Tampoco es irrelevante la interpretación que se propugna del artículo 10 LMH y su concordante artículo 4.5 RMH, que supone la inmunidad concursal, salvo que se acredite el ‘fraude’ en la constitución de la hipoteca, de toda garantía cuyo beneficiario, sea una entidad de las allí mencionadas, con independencia de si tales hipotecas sustentan o no la emisión de títulos hipotecarios, sin principal de esta norma (del mercado hipotecario)”*, GARCÍA VICENTE, J.R., op. cit., pp. 115-116. Vide también PAVÓN NEIRA, C., *“El incidente concursal”*, Ed Bosch, octubre 2014, L’Hospitalet de Llobregat, pp. 55-56: *“Nos encontramos, por tanto, ante una legislación especial (LMH) que viene a incorporar a los requisitos exigidos por el art. 71 de la LC un elemento subjetivo adicional: el fraude. Por ello, frente a la previsión concursal de rescisión de las operaciones que supongan la constitución de gravamen hipotecario sobre los activos del deudor por el simple hecho de su otorgamiento, se alza la LMH exigiendo que, además, haya concurrido fraude, esto es, una voluntad deliberada de las partes de causar un perjuicio al resto de los acreedores (...) cabe sostener una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del art. 10 de la LMH ciñéndose al ámbito de la emisión de los títulos que operan en el mercado hipotecario, no resultando extensivo a la totalidad de las hipotecas suscritas por las entidades habilitadas para emitir tales títulos”*

³⁶³ SAP Barcelona (sección 15) 30.09.2008 (JUR 2009794119): *“V Se ha criticado por ciertos autores que el ámbito de aplicación, así descrito, resulta extraordinariamente amplio pues incluiría cualquier tipo de contrato singular o marco de prenda o garantía con cambio de titularidad que suponga un traspaso posesorio concertado por cualquiera de los sujetos enumerados en el art. 4 con otro de esos sujetos o con una persona jurídica, e incluso personas físicas, en el que se constituya una garantía o se transmitan en garantía valores negociables o instrumentos financieros o dinero abonado en cuenta, pudiendo acogerse a este régimen aquellas garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación que dé derecho a un pago en efectivo (cualquier obligación dineraria), resultado que se ha considerado excesivo para cumplir con la finalidad pretendida por la Directiva. Pero lo cierto es que los términos del RDL, en lo que afecta al ámbito de aplicación referido a las garantías financieras, es claro (por más que, para un sector, criticable) y no se restringe expresamente a la garantía de obligaciones principales relacionadas con la liquidación de instrumentos financieros, ya sea mediante su liquidación por diferencias o la entrega de esos instrumentos financieros, como tampoco lo hace en sentido restrictivo la Directiva comunitaria.”*

³⁶⁴ La afirmación tan genérica relativa al perjuicio, creemos debería ser matizada por cuanto, al menos el art. 15.5 del RDL exige la existencia de fraude, no de simple perjuicio patrimonial. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. *“Acuerdos de refinanciación y...”* p. 329.

El TS también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta regulación (aunque no en un caso de rescisión sino en un supuesto en el que se había solicitado la nulidad de una compensación por considerar la actora que contravenía el artículo 58 LC), si bien no entra a analizar el fondo de la misma, limitándose a reconocerla como norma especial aplicable a las entidades financieras, y confirmar que el derecho de ejecución separada de la garantía (art. 15.4 RDL 5/2005) no queda limitado, restringido o en modo alguno afectado por la declaración de concurso de la garante, incluso si la realización de la garantía tiene lugar después de la declaración de concurso³⁶⁵. Hasta el momento no se ha pronunciado sobre el alcance del concepto de “fraude” y su prueba exigido para rescindir los supuestos contemplados en el art. 15 de este RDL. En una única ocasión, en la sentencia dictada el 10 de marzo de 2015 (recurso de casación en un incidente rescisorio), ha declarado que: *“La ejecución de la garantía financiera, conforme a lo previsto en el art. 15 DL 5/2005, no puede ser objeto de rescisión concursal”,* pero no entra a analizar la diferencia existente entre las exigencias de “perjuicio de acreedores” y “en fraude de acreedores”, limitándose a afirmar que en ambos casos *“se trata de un complemento que se añade a los requisitos generales de la rescisión concursal”*³⁶⁶.

³⁶⁵ STS 20.06.2012, (Resolución 373/2012, Recurso 1616/2009; Id. CENDOJ 28079110012012100421), FD Tercero: *“Pero, como se afirma en el motivo, el Tribunal de apelación no tuvo en cuenta lo dispuesto en Real Decreto Ley 5/2005, que constituye norma especial aplicable a las entidades de crédito - según el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003 - y que traspuso la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. Y, en particular, el artículo 15, apartado 4, del mismo, que establece que el derecho de ejecución separada de la garantía, ejercitado en el caso por la acreedora ahora recurrente, no resulta limitado, restringido o afectado, en cualquier forma, por la apertura de un procedimiento concursal de la deudora pignorante. Ello sentado, la validez del acto de constitución de la garantía no ha sido discutida ni su rescisión pretendida. Por lo que han de quedar al margen de nuestro enjuiciamiento. En conclusión, ejecutada la garantía conforme a lo pactado y por virtud del precepto últimamente citado, procede estimar el recurso de casación, hacer lo propio con el de apelación y desestimar la demanda”*.

³⁶⁶ STS de 10 de marzo 2015: *“11. Además, se da la circunstancia de que la mayoría de estos pagos están excluidos de la rescisión concursal, en virtud del art. 15 Decreto Ley 5/2005, de 11 de abril, pues se hicieron mediante la satisfacción de una garantía financiera, cuya constitución no fue impugnada. La Audiencia no cayó en la cuenta que los pagos realizados con cargo a la imposición a plazo fijo de 4.000.000 euros, para satisfacer las obligaciones derivadas de las pólizas de descuentos, en garantía de las cuales se había pignorado la imposición a plazo fijo, no dejan de ser compensaciones mediante las cuales se ejecuta la garantía financiera. La ejecución de la garantía financiera, conforme a lo previsto en el art. 15 DL 5/2005, no puede ser objeto de rescisión concursal, sino que, en todo caso, debería serlo la formalización o aportación de la garantía financiera.*

Para que pudiera prosperar la acción rescisoria concursal sobre la formalización o aportación de la garantía financiera, el apartado 5 del art. 15 DL 5/2005, en su redacción originaria, exigía que se hubieran ‘realizado en perjuicio de acreedores’. Tras la reforma operada por la Ley 7/2011, de 11 de abril, se sustituye la exigencia adicional de que la formalización o aportación de las garantías financieras se hubieran realizado en ‘perjuicio de acreedores’, por la exigencia de que se hubieran realizado ‘en fraude de acreedores’. Al margen de lo que se deba entender por una u otra exigencia, en ambos casos se trata de un complemento que se añade a los requisitos generales de la rescisión

4.2.- Ley 41/2007 de 7 de diciembre

Tal y como ya hemos reseñado anteriormente, la Ley 41/2007, de 7 de diciembre³⁶⁷, modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. En concreto, modifica el artículo 10 de la Ley 2/1981, restringiendo la aplicación de la rescisoria concursal a las hipotecas inscritas a favor de las entidades de crédito reseñadas en el art. 2 de la Ley 2/1981³⁶⁸, sólo a los supuestos en los que concurra fraude en la constitución del gravámen. Así, la nueva redacción del artículo 10 establece que: *“Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe”*³⁶⁹.

concursal, y no consta en este procedimiento que se hubieran cumplido. Máxime cuando sí consta que el tribunal de instancia rechazó expresamente que los actos impugnados hubieran sido realizados con mala fe o en fraude de acreedores”, (Sentencia nº 105/2015; Recurso 1502/2013), [Roj: STS STS 1095/2015; Id Cendoj: 28079110012015100149], Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

³⁶⁷ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, sobre sistemas de pago y de liquidación de valores, publicada en el BOE nº 294, de 8 de diciembre de 2007.

³⁶⁸ Art. 2 de la Ley 2/1981: *“Las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen:*

- a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,*
- b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros,*
- c) las cooperativas de crédito,*
- d) los establecimientos financieros de crédito”.*

³⁶⁹ Redacción dada por el art. 12. 2. de la Ley 41/2007, de 10 de diciembre. Sobre esta cuestión, PULGAR EZQUERRA afirma que, dado que la finalidad de esta norma es proteger el mercado de títulos hipotecarios emitidos por entidades titulares de hipotecas inmobiliarias (que les permite refinanciarse a un coste moderado, abaratando con ello el crédito territorial), lo que se pretende proteger con esta norma son los *“títulos emitidos en el mercado hipotecario, sacando del ámbito de la retroacción la hipoteca que los garantizaba”* si concurren las condiciones en él establecidas, vid., PULGAR EZQUERRA, J., op. cit., *“Rescisión concursal y refinanciaciones...”* p. 1368 Por su parte, DÍAZ MARTÍNEZ y IGLESIAS ESCUDERO afirman que: *“Por lo tanto, la exigencia de fraude para la impugnación de las garantías hipotecarias supone una excepción al espíritu de la LC (más orientada al concepto de perjuicio de la masa activa) que deja de tener razón de ser, traduciéndose en un privilegio para las entidades de crédito incoherente con los principios de nuestro régimen concursal. Si, tal y como entendemos, no es necesario para el uso de este privilegio que las hipotecas protegidas por el artículo 10 respalden de hecho emisiones de títulos hipotecarios, y si consideramos que han sido suprimidos los requisitos de finalidad, quedan amparadas por este régimen especial todas las hipotecas emitidas por las entidades de crédito que observen las exigencias de la LMH”, DÍAZ MARTÍNEZ, M., y IGLESIAS ESCUDERO, S., “Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una*

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el TS en su sentencia de 8 de noviembre de 2012, en la que, tras recordar que el artículo 10 de la Ley 2/1989 ya supuso “*una fuga del sistema de retroacción impuesto por el artículo 878 del CCo*”, aclara que a estos efectos, después de la reforma del 2007, es irrelevante la finalidad de la operación crediticia, declarando que la finalidad de esta regulación no es la protección de las entidades financieras, sino “*la tutela del mercado hipotecario y, en la medida necesaria, las operaciones destinadas a darle estabilidad, sin reconocer privilegios subjetivos a las entidades financieras*”³⁷⁰. Anteriormente, en abril del 2012, se había pronunciado en el mismo sentido pero de forma más extensa la Audiencia Provincial de Madrid³⁷¹.

excepción al régimen general”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 16, Primer semestre de 2012, pág. 215, Editorial LA LEY, versión digital ICAB, pp. 1-13, y 10.

En relación a esta cuestión, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia de la mayoría de los juzgados de lo mercantil dictada hasta el momento, consideran que la referencia al fraude hay que entenderla como equivalente a perjuicio, consideramos que la exigencia de fraude que se hace en este artículo va más allá del perjuicio y por tanto, esta exigencia, junto con la limitación de la legitimación activa, suponen una restricción respecto del régimen de reintegración general contenido en la LC.

³⁷⁰ STS 08.11.2012 (Sentencia 652/2012; Recurso 836/2010). Esta sentencia, tras referirse a las sentencias 32/1997 de 23 de enero, la 337/2002 de 11 de abril, y la 980/2006 de 5 de octubre, así como a las reformas realizadas por la Ley de 7 de diciembre e 2007, afirma que: “37. *La interpretación sistemática de ese conjunto normativo evidencia que el régimen excepcional orbita alrededor de los títulos que en la Ley del mercado hipotecario se regulan y que se emitan en territorio español, no de las ‘entidades habilitadas para emitir los títulos’ ni de las ‘hipotecas’ otorgadas por dichas entidades. Lo que acota la tutela excepcional a las hipotecas que garantizan los títulos emitidos por las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario que reúnan los requisitos exigidos. Dicho de otra forma, la norma tutela el mercado hipotecario y, en la medida necesaria, las operaciones destinadas a darle estabilidad, sin reconocer privilegios subjetivos a las entidades financieras.*

38. *Esta interpretación se ve reforzada por el artículo 1 del Real Decreto 716/2009, que desarrolla determinados aspectos de Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. Dicho precepto, después de afirmar que responden al objetivo de culminar la modernización y mejora de los mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito en el mercado hipotecario, ya emprendidas con la aprobación de la Ley 41/2007 de 25 de marzo, determina el ámbito de aplicación de la Ley que desarrolla y precisa que ‘el mercado hipotecario, regulado por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tiene por objeto la negociación de los títulos emitidos por las entidades a que se refiere el artículo siguiente garantizados por los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por las mismas, siempre que unos y otros reúnan las condiciones establecidas en este Real Decreto’.* En este mismo sentido, citando la anterior sentencia del TS, la SAP Burgos (Sección 3) 12.12.2013 (Sentencia 297/2013; Rollo 243/2013), SAP Oviedo (Sección 1) 24.07.2013 (Sentencia 252/2013; Rollo 546/2012), y SAP Valencia (Sección 9) 18.07.2013 (Sentencia 209/2013; Rollo 211/2013).

³⁷¹ SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 120/2012; Rollo 376/2011): “*Con anterioridad a la reforma operada en la Ley del Mercado Hipotecario por la Ley 41/2007, el indicado artículo 10 contenía una norma equivalente a la actual, pero relacionada con las acciones de retroacción características de la legislación concursal pretérita, pues estipulaba que las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 solo podrían ser impugnadas al amparo del párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, quienes deberían demostrar la existencia de fraude en la constitución del gravamen.*

Hasta que se produjo dicha reforma, la jurisprudencia venía interpretando que el criterio para determinar en qué supuestos resultaría aplicable la exigencia de fraude del artículo 10 no era otro que el

En cuanto al concepto de fraude, la STS de 8 de noviembre de 2011, parece equiparar conocimiento de las dificultades financieras y mala fe (conciencia de perjudicar), con el concepto de fraude exigido por la norma³⁷². Asimismo, sobre este

de la finalidad para la que se otorgó el préstamo asegurado con la hipoteca ya que, en su primitiva redacción, el ámbito de la ley quedaba circunscrito por su artículo 4 a las operaciones crediticias guiadas por un propósito (...)

Actualmente, tras la reforma operada por Ley 41/2007, ese criterio carece ya de virtualidad bajo su vigencia, porque a la primitiva enumeración de fines del artículo 4 se ha adicionado una mención omnicomprendensiva mediante la cual se hace referencia residual a ‘cualesquiera otros préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en esta Ley, sea cual sea su finalidad’, de manera que la finalidad para la que se otorgó el préstamo garantizado con la hipoteca ha dejado de constituir un criterio distintivo que sirva para definir el ámbito objetivo de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.

Por su parte, el punto de vista que atiende para delimitar ese ámbito a la efectiva titulización de la hipoteca frente a la que se ejercita la acción de reintegración, todo ello en función de que se trate o no de una hipoteca que reúna los requisitos específicos contemplados en la Sección II de la Ley del Mercado Hipotecario (las denominadas hipotecas ‘prime’: hipoteca con rango de primera, capital prestado no superior al 60% o al 80% -según los casos- del valor de tasación, seguro, etc..), constituye un criterio nuevo y extraño a la doctrina jurisprudencial recaída en torno a la aplicabilidad del artículo 10.

En todo caso, a la vista de la disciplina relativa a los títulos hipotecarios susceptibles de emisión que la ley regula, resulta difícil alcanzar la conclusión de que pueda existir alguna hipoteca constituida en favor de cualquiera de las entidades enumeradas en su artículo 2 que no esté cumpliendo la función de servir de garantía, cuando menos, a alguna de las modalidades de esos mismos títulos. Porque, si bien es cierto que, tratándose de bonos hipotecarios, el artículo 13 de la ley es categórico al exigir que todos los préstamos y créditos hipotecarios afectados a su emisión deberán cumplir los requisitos de la Sección II, no sucede lo mismo con las cédulas hipotecarias, títulos estos respecto de los cuales establece el artículo 12 que su capital e intereses ‘estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios’. Existe - eso sí- un requisito garantista mínimo que impide emitir cédulas hipotecarias por importe superior al 80 % de los capitales no amortizados de los préstamos y créditos hipotecarios de la cartera de la entidad que reúnan los requisitos establecidos en la Sección II, deducido el importe de los afectados a bonos hipotecarios (Art. 16), pero, una vez alcanzado ese límite, la emisión de cédulas queda garantizada por la totalidad de las hipotecas (sean ‘prime’ o ‘subprime’) que en un momento dado se encuentre inscritas a favor de la entidad crediticia emisora. De hecho, el artículo 12 mencionado ordena la llevanza de un registro contable especial de emisiones de cédulas cuya finalidad primordial es la de ‘identificar, a efectos del cálculo del límite establecido en el artículo 16, de entre todos los préstamos y créditos registrados, aquellos que cumplen las condiciones exigidas en la sección II de esta Ley...’. En consecuencia, cubierto el límite, la afectación de las restantes hipotecas (las que no cumplen los requisitos de la Sección II) a la emisión de cédulas hipotecarias es una afectación universal e indiferenciada. Y, en relación con las que cumplen tales requisitos, la única excepción es la de las hipotecas que ya estén sirviendo de cobertura a una emisión de bonos, lo que, si fuere el caso, evidenciaría que se trata también de un gravamen efectivamente titulado.

Pues bien, constituyendo un hecho notorio que la totalidad de las entidades financieras que operan en el mercado acuden con habitualidad, entre otros mecanismos de financiación, a la emisión de cédulas hipotecarias, no vemos de qué manera podría apartarse conceptualmente a cualquier hipoteca constituida en favor de una de dichas entidades del ámbito normativo de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario (...)

Así pues, consideramos que resulta aplicable al caso el artículo 10 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, precepto que, sin perjuicio de la operatividad de las presunciones legales de perjuicio patrimonial que contempla el artículo 71 de la Ley Concursal, exige para el éxito de la acción de reintegración la prueba de un elemento subjetivo: la concurrencia de fraude en el acto o negocio a rescindir”. En términos idénticos se pronuncia también la AP de Madrid (Sección 28) en las sentencias de 20.04.2012 (Sentencia 122/2012; Rollo 377/2011) y 01.03.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 330/2011).

³⁷² STS de 8.11.2011: “55. (...) Además, la sentencia recurrida declaró que ‘el apoderado de Banesto reconoció tener conocimiento de esas dificultades financieras, no resultando entendible un incremento del riesgo sino fuese por la intención de sustituir aquellos créditos ordinarios por otros privilegiados

concepto de fraude se han venido pronunciando, con diferentes matices, varias Audiencias Provinciales³⁷³. En todo caso, debemos recordar que corresponde a la administración concursal que inste la acción la prueba de la existencia del fraude exigido por la norma.

CAPITULO II.- ACTOS Y NEGOCIOS JURIDICOS NO RESCINDIBLES

La seguridad jurídica necesaria en el ámbito de la contratación civil y mercantil hace necesario que se fijen por ley, de la forma más precisa posible, los actos que no podrán ser objeto de rescisión concursal. Esta regulación, inicialmente contenida de forma genérica en el artículo 71.5 LC, se extiende actualmente también al art. 71 bis, que regula el régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación, y al Tit. X que regula el acuerdo extrajudicial de pagos.

1.- Actos no rescindibles según el 71.5 LC

1.1.- Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

El artículo 71. 5º, 1º, establece que no son rescindibles: “*Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales*”³⁷⁴. La primera cuestión que llama la atención es que tratándose de una exclusión legal que impide el ejercicio de una acción rescisoria, esté redactada en unos términos tan genéricos. Por ello, es necesario concretar qué debe entenderse por “*actos ordinarios*” y por “*condiciones normales*”.

alterando con ello la par condicio creditorum. Por tanto, no tiene la Sala elementos para alterar el criterio de la sentencia en el sentido de que concurre mala fe y por tanto es aplicable la devaluación del crédito’ o, dicho en román paladino, declara la existencia de fraude”.

³⁷³ Citamos, a modo de ejemplo, la SAP Albacete (Sección 1) 10.03.2014 (Sentencia 42/2014; Rollo 123/2013); la SAP Córdoba (Sección 3) 03.12.2010 (Sentencia 232/2010; Rollo 303/2010); la SAP La Coruña (Sección 4) 14.04.2011 (JUR 2011/198589; Sentencia 168/201; Rollo 656/2010), y la SAP Valencia (Sección 9) 30.12.2013 (Sentencia 310/2013; Rollo 695/2013).

³⁷⁴ Para CARRASCO PERERA: “*El art. 71.5º proviene seguramente de la secc. 547 del Bankruptcy Code de USA, y exige un doble test de normalidad: que el acto sea ordinario en el curso de los negocios y que se realice en las condiciones normales.*”, CARRASCO PERERA, A., op. cit., “*Los derechos de...*”, p. 403.

Por “*condiciones normales*” debemos entender las condiciones habituales, o los usos habituales del mercado en el territorio en el que tengan lugar³⁷⁵. Asimismo, por “*actos ordinarios*”, en principio, debemos entender todos aquellos actos que habitualmente es necesario realizar para el correcto y normal funcionamiento del deudor. En este punto la doctrina no es pacífica, por ejemplo, la mayoría de los autores consideran rescindibles los pagos de deudas vencidas. Discrepa ALCOVER GARAU³⁷⁶ para el que el pago de deudas vencidas, pese a la evidencia de que esos pagos perjudican a los acreedores, es un acto ordinario, debido y realizado en condiciones normales, por lo que debe considerarse incluido en la exclusión del 71.5°. En términos parecidos se pronuncia GARCÍA-CRUCES, para el que: “*En principio un pago debido realizado en el período sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa*”³⁷⁷.

A nuestro juicio, no hay cuestión si lo planteamos desde el punto de vista del perjuicio, por cuando al realizar un pago debido se produce la correlativa disminución de la masa pasiva de manera que no hay una disminución, y mucho menos injustificada, del patrimonio, y si no hay perjuicio falta uno de los presupuestos de la rescisión. En cuanto a una posible infracción de la par conditio, ésta sólo se puede producir si en el momento de realizar el pago el deudor estaba en situación de insolvencia y había dejado de pagar deudas de vencimiento anterior o simultáneo, de otra forma, simplemente se estaría cumpliendo con las obligaciones de pago contraídas a medida que éstas van venciendo, no pudiendo fundamentar la infracción de la par conditio en el impago de

³⁷⁵ Sobre el concepto de normalidad QUINTANA CARLO opina que: “*La normalidad debe apreciarse desde el punto de vista económico; más concretamente habrá que enjuiciar si el acto de que se trata se corresponde con la manera de llevar a cabo ese tipo de actos (en función de sus características especiales...), y comparándolo con otros similares llevados a cabo por el propio deudor y con los usos del sector del tráfico en el que el deudor se desenvuelve. Y todo ello con independencia de quién ha sido la contraparte...Por último la normalidad de las condiciones debe referirse, como es lógico, al momento de efectuar la operación...*”, QUINTANA CARLO, I., “Las exclusiones legales de rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa”, en AA.VV., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 1ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, pp. 157.

³⁷⁶ Véase ALCOVER GARAU, G., op. cit., p 335.

³⁷⁷ GARCÍA-CRUCES, op. cit., “Presupuestos y finalidad...”, ed. 2014, p. 55.

obligaciones vencidas con posterioridad. En este sentido se ha manifestado la AP de Barcelona en varias sentencias³⁷⁸.

En numerosas ocasiones se intenta evitar la rescisión de pagos invocando este precepto, que pretende evitar la ineficacia de los actos que con independencia de la situación económica, se hubieran realizado por formar parte de la actividad ordinaria necesaria para la continuidad de la actividad empresarial o profesional (se pretende no paralizar la actividad de los deudores con dificultades económicas). Así lo explicita la STS de 10 de julio del 2013 al afirma que: *“Como ha recordado la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 740/2012, de 12 de diciembre, recurso núm. 1336/2010, el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los ‘los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la*

³⁷⁸ Podemos citar, entre otras, la SAP Barcelona (Sección 15) 02.07.2014 (Sentencia 234/2014; Rollo 99/2014) [Id Cendoj: 08019370152014100199], FD Tercero: *"9.- El art. 71.5 LC establece un límite a la acción de reintegración al disponer que: 'en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (...)', dentro de los cuales se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria. No es este el caso, porque no se trata de un acto (pago) ordinario realizado en condiciones normales. Es un pago a un acreedor realizado en estado de insolvencia, sin más finalidad que la extintiva de la deuda financiera pendiente, para finiquitarla, y que no permitirá la continuación de la actividad de la sociedad pagadora, sino únicamente brindar un trato de favor a ese acreedor para que eluda el tratamiento concursal de sus créditos en el inminente procedimiento de concurso"*; y la la SAP Barcelona (Sección 15) 19.06.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 249/2013) [Id Cendoj: 08019370152014100226], FD Noveno: *"Los recurrentes también argumentan, para eludir los efectos de la rescisión concursal, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.5º de la LC, que los pagos constituyen actos ordinarios de la actividad realizados en condiciones normales. En sentencia de 27 de enero de 2011 (ROJ 1765/2011) dijimos que entre ellos 'se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria'. Hemos señalado en anteriores sentencias que si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos. En el presente caso, la obligación de la concursada frente las demandadas tuvo su origen en la actividad ordinaria de la concursada. Sin embargo los contratos impugnados y los pagos se realizaron en circunstancias extraordinarias ..."*.

actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993)”³⁷⁹. La AP de Pontevedra recurre, como orientación para delimitar este concepto, al art. 44.2 LC “cuando alude a actos propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial del deudor para referirse a los actos autorizados con carácter general para la continuidad de la empresa en caso de intervención”³⁸⁰.

Por su parte, la STS dictada el 26 de octubre del 2012 recalca que para que sea aplicable este precepto es necesaria la concurrencia de las dos condiciones fijadas legalmente, ser actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del concursado, y haberse realizado en condiciones normales, de manera que si falla uno de los dos el acto será rescindible³⁸¹. Posteriormente, la Sentencia dictada el 10 de julio de 2013, intenta

³⁷⁹ STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011), FD Sexto.

³⁸⁰ SAP Pontevedra 18.11.2009 (AC 2010/34; Sentencia 570/2009; Rollo 632/2009): “No concreta el art. 71.5 LC el concepto de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial. Hace una concreción mayor en el art. 44.2 LC cuando alude a actos propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial del deudor para referirse a los actos autorizados con carácter general para la continuidad de la empresa en caso de intervención. Ciertamente el escenario en que se aplicará la norma es una vez declarado el concurso, no antes como es el supuesto que nos ocupa, pero sin embargo puede servir de orientación. No obstante, la mejor doctrina viene a coincidir en exigir la concurrencia de dos características, a saber, que el acto se encuentre comprendido en la actividad empresarial o profesional de índole ordinaria, y que el acto sea realizado en condiciones normales. Así se dice que se trata de aquellos actos de mantenimiento ordinario sin cuya realización se paralizaría en un corto periodo la actividad ordinaria de la empresa. Lo que ofrece pocas dudas es que el acto debe enmarcarse en la actividad habitual y normal de la empresa en el sector del tráfico en la que está inmersa la empresa”.

³⁸¹ STS 26.10.2012 (Sentencia 629/2012; recurso 672/2010): “8.- El art. 71.5 LC , ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales”.

También se ha pronunciado sobre esta cuestión de forma reiterada la AP de Murcia: “Con respecto a esta cuestión, que ya se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.

En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos ‘actos ordinarios’ deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir

delimitar el concepto de acto ordinario afirmando que: “*Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere*”. No obstante ello, afirma que no se pueden establecer categorías generales cerradas, debiendo estarse a cada caso concreto, apuntando para su delimitación criterios como la relación del acto con el objeto social, los actos propios del giro típico de la actividad (especialmente si se han celebrado con consumidores), o si han sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial. Además, exige la notas de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales. La resolución judicial justifica esta excepción en la necesaria protección de la contraparte que realizó el negocio jurídico en el marco de la actividad económica normal del deudor y las condiciones habituales del mercado³⁸². También se ha pronunciado sobre esta cuestión la AP de Barcelona, concretamente,

en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.

Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de ‘habitualidad’, es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad, como con acierto así se manifiesta por la administración concursal”, SAP Murcia (Sección 4) 23.03.2009 (AC 2009/768; Sentencia 187/2009; Rollo 81/2009), y otras muchas dictadas posteriormente en términos idénticos.

³⁸² STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011): “*Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.*

La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.

Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.

La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse”. En términos similares se ha pronunciado la SAP Castellón (Sección 3) 29.10.2010 (JUR 2011/65135; Sentencia 337/2010; Rollo 332/2010).

sobre la incardinación de los pagos al acreedor financiero en el concepto de actos ordinarios, admitiendo esta posibilidad³⁸³.

La jurisprudencia ha considerado actos ordinarios amparados por el 71.5 LC, entre otros, en supuestos como los siguientes: el pago a un acreedor en virtud de un pacto de compensación automático realizado con la devolución de parte del capital dispuesto de una cuenta de crédito, disminuyendo con ello la deuda del acreedor³⁸⁴; un pago parcial anticipado de un préstamo hipotecario enmarcado en un acuerdo que incluía varias operaciones y que supuso una importante disminución de la cuota a pagar³⁸⁵; el endoso de un pagaré en una operación mercantil ordinaria³⁸⁶; pagos realizados en el ámbito de las relaciones comerciales entre la concursada y otra empresa para la cancelación de una deuda pendiente³⁸⁷; la venta efectiva de viviendas por la promotora concursada a la sociedad permutante e inicial propietaria del solar en el que se construyeron las viviendas junto con otras, vendidas también el mismo día y cuya rescisión no se solicitó³⁸⁸; y la concertación de un préstamo con garantía prendaria para obtener tesorería para la sociedad³⁸⁹.

Por el contrario, no ha considerado pagos ordinarios realizados en condiciones normales, por ejemplo, el pago de una deuda vencida estando el deudor ya en estado de insolvencia (lo considera un acto ordinario pero realizado en condiciones no

³⁸³ SAP Barcelona (sección 15) 22.09.2010; (Sentencia 280/2010; Rollo 260/2010): “*Puede ser discutible la incardinación de los pagos al acreedor financiero en el concepto de actos ordinarios a que se refiere el art. 71.5 LC, ya que la norma contrae tal calificación, literalmente, a los actos propios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, sin alusión a los pagos o actos de amortización regular de la financiación externa. Si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos*”.

³⁸⁴ SAP Barcelona (Sección 15) 30.03.2009 (JUR 2009/411292; Sentencia 106/2009; Rollo 696/2008).

³⁸⁵ SAP Badajoz (Sección 2) 20.09.2013 (Sentencia 226/2013; Rollo 253/2013).

³⁸⁶ SAP Oviedo 24.05.2007 (Rollo 92/2007, Sentencia 230/2007).

³⁸⁷ SAP Guipúzcoa (sección 2) 30.09.2009; Sentencia 2310/2009; Rollo 2183/2009.

³⁸⁸ SAP Burgos (Sección 3) 30.04.2010 (Sentencia 202/2010; Rollo 90/2010).

³⁸⁹ SAP Sevilla (Sección 5) 10.09.2012 (Sentencia 422/2012; Rollo 4393/2012).

normales)³⁹⁰; pagos en general, endosos de títulos valores o constitución de garantías no integrables en la actividad ordinaria de la deudora³⁹¹; la constitución de garantías hipotecarias³⁹²; daciones en pago o cesiones de créditos³⁹³; o devoluciones de aportaciones a socios o el pago de dividendos³⁹⁴.

Debemos destacar que al referirse el precepto únicamente a los actos de la actividad profesional o empresarial del deudor, no parece aplicable a las personas físicas no comerciantes. Así, actos ordinarios, debidos y exigibles como por ejemplo el pago de suministros, alquileres o incluso préstamos, no quedarían amparados por esta exclusión, por ello parece necesaria una pequeña reforma de la ley que extienda inequívocamente la aplicación de este supuesto a los actos de los concursados personas físicas, sin perjuicio de considera posible, mientras tanto, una interpretación extensiva que incluya también los actos de las personas físicas³⁹⁵.

³⁹⁰ Ver a modo de ejemplo, la STS 26.10.2012 (Sentencia 629/2012; recurso 672/2010); la SAP Cádiz (Sección 5) 22.05.2014 (Sentencia 288/2014; Rollo 422/2013); y la SAP Madrid (Sección 28) 21.04.2014 (Sentencia 126/2014; Rollo 609/2012).

³⁹¹ SAP Alava (Sección 1) 04.03.2011 (Sentencia 125/2011; Rollo 310/2010); SAP Valencia (Sección 9) 24.10.2013 (Sentencia 244/2013; Rollo 384/2013).

³⁹² Ver a modo de ejemplo, la SAP Pontevedra (Sección 1) 21.06.2012 (Sentencia 358/2012; Rollo 915/2011); la SAP Navarra (Sección 3) 04.10.2012 (Sentencia 148/2012; Rollo 151/2012); la SAP Castellón (Sección 3) 17.01.2014 (Sentencia 18/2014; Rollo 508/2013); y la SAP Palencia (Sección 1) 12.06.2012 (Sentencia 168/2012; Rollo 154/2012).

³⁹³ Vide, SAP Murcia (Sección 4) 27.03.2014 (Sentencia 201/2014; Rollo 990/2013); y SAP Vizcaya (Sección 4) 13.05.2010 (Sentencia 370/2010; Rollo 593/2009).

³⁹⁴ Vid STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011); SAP Barcelona (Sección 15) 20.04.2011 (Sentencia 192/2011; Rollo 578/2010); y la SAP Tenerife (Sección 4) 04.09.2012 (Sentencia 320/2012; Rollo 742/2011).

³⁹⁵ Esta interpretación extensiva la defiende, por ejemplo, CUENA CASAS: “*De nuevo se olvida el legislador de que la LC es también aplicable al concurso del consumidor persona física que puede no realizar una actividad profesional o empresarial y, por lo tanto, no le sería de aplicación, literalmente interpretado el art. 71.5.1º LC que excepciona la rescindibilidad de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. ¿Qué sucede con el pago de deudas derivadas de la potestad doméstica que cubren las necesidades ordinarias de la familia? El pago de la deuda del supermercado, el colegio de los niños, la empleada de hogar... ¿serían rescindibles con base en esta doctrina del concepto amplio de perjuicio que considera que el pago de una deuda vencida o incluso exigible realizada en los dos años anteriores a la declaración de concurso vulnera la distribución igualitaria?. (...) Entiendo que es preciso hacer una interpretación extensiva de esta norma no siendo rescindibles los actos realizados por el deudor persona física concursado que tengan carácter ordinario, para cubrir sus necesidades ordinarias domésticas siempre que se haya llevado a cabo en condiciones normales*”, CUENA CASAS, M., “Rescisión y derecho de familia”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012, p. 3-4.

En el supuesto de que concurren las presunciones del 71.2º o 3º con la condición de acto ordinario realizado en condiciones normales amparado por el 71.5º (supuesto ciertamente poco habitual o excepcional) debe primar la condición de acto ordinario, debiendo desvirtuarse dicha condición como condición previa a la aplicación de las presunciones³⁹⁶.

1.2.- Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

Se incluyen en este supuesto las operaciones realizadas mediante los sistemas interbancarios de compensación. Esta exclusión, en opinión de la mayoría de la doctrina³⁹⁷, responde a la necesidad de dotar a estas operaciones de la certeza y la seguridad jurídica frente a terceros que requieren los mercados financieros³⁹⁸. Por el

³⁹⁶ PONS ALBENTOSA afirma, en relación a esta cuestión: “*Aunque el elemento de la especial relación entre el deudor con la persona con la que se efectúa el acto ordinario puede ser un condicionante de la situación de anormalidad en la realización del acto, dicho aspecto aislado no será bastante para que la administración concursal pueda aplicar el supuesto del artículo 71.3.1º, invirtiendo con ello la carga de la prueba que le correspondería de manera obligatoria en el supuesto de tener que reintegrar un acto ordinario, dónde deberá primero probar la existencia de una efectiva situación de anormalidad o extraordinariedad en la realización del acto que se pretende reintegrar (...) Todo parece indicar, que aunque el acto objeto de reintegración pudiera tener cabida en cualquiera de los supuestos de reintegración iuris et de iure o iuris tantum, en el momento en que el mismo quedare revestido de una estructura de operación de las efectuadas con carácter ordinario por parte del deudor concursado, la administración concursal se vería obligada como paso previo a reunir la prueba suficiente para demostrar la no concurrencia de circunstancias normales en la realización de las citadas operaciones, de manera que necesariamente y como antesala quebrase la armadura de protección que habría querido otorgar en este caso el deudor al acto en cuestión, y por ello siempre quedarían encuadradas las acciones de reintegración de esta clase de actos dentro del artículo 71.4 de la Ley Concursal*”, vid. PONS ALBENTOSA, L., ob. cit., pp 12-13.

³⁹⁷ Citamos a modo de ejemplo, la opinión de QUINTANA CARLO: “*Con esta norma se trata de proteger la indemnidad del sistema de pagos compensación y liquidación de valores garantizando que los participantes en un sistema de pagos y de liquidación de valores que tengan una posición acreedores frente a otro u otros participantes, no van a ver alterada su posición en el mismo por ninguna causa, aun cuando la relación jurídica subyacente de la que derivó dicha condición acreedores hubiera tenido lugar en el período sospechoso; y asegurando el cumplimiento de las operaciones pendientes de liquidación y con ello el correcto funcionamiento de los mercados secundarios de valores en los que las garantías constituyen uno de sus pilares básicos*”, QUINTANA CARLO, I., op. cit., “Las exclusiones legales de rescisión ...”, pp. 157-158. Vid también ALCOVER GARAU, op. cit., p. 335; Por su parte, FERNÁNDEZ SEIJO considera que deben incluirse en este supuesto las operaciones a contado equivalentes a desplazamientos de dinero (operaciones de descuento, factorización de facturas, etc.), FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., op. cit., “Acciones Rescisorias y reintegración...”, p. 240.

³⁹⁸ El nuevo texto refundido del RI, en su Considerando 71 justifica la necesidad de protección de este tipo de operaciones: “*Existe también una especial necesidad de protección en el caso de los sistemas de pago y de los mercados financieros, por ejemplo, en relación con los contratos de liquidación y los acuerdos de compensación propios de dichos sistemas, así como con las cesiones de valores y las*

contrario, LEÓN SANZ critica esta exclusión, considerando que la falta de atención a los intereses de la contraparte del acto es una falta de respecto al principio de seguridad jurídica³⁹⁹.

No obstante ello, que no puedan ser objeto de la rescisoria concursal, no significa que no puedan ser impugnados por otra vía dado que no pueden quedar al margen del control de su legalidad. En este sentido se manifiesta SANCHO GARGALLO afirmando que: “*Nada impide que la constitución o aceptación de estas garantías puedan ser impugnadas, en su caso, a través de otras acciones extraconcursoales, como es la de nulidad, p. ej, por ilicitud de la causa, o la rescisión por fraude, pues no existe, a diferencia del caso anterior, precepto alguno que lo prohíba taxativamente*”⁴⁰⁰.

1.3.- Garantías de los créditos de derecho público y a favor del FOGASA

Según el art. 71.5, 3º, no podrán ser objeto de rescisión: “*Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica*”. Este nuevo supuesto introducido en la reforma de abril del 2009, a nuestro juicio rompe el principio de la par conditio creditorum, sin justificación alguna. Precisamente se destacó como un gran acierto de la nueva LC la gran reducción de los privilegios existentes en la antigua regulación, entre ellos los de derecho público, por lo

garantías ofrecidas como compensación de esas operaciones, tal como establece la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (1). Para esas operaciones solo debe ser determinante la norma aplicable al sistema o al mercado de que se trate. Dicha norma está destinada a evitar que en caso de insolvencia de un socio puedan modificarse los mecanismos previstos para los sistemas de pagos y liquidaciones de operaciones y para los mercados financieros regulados de los Estados miembros. La Directiva 98/26/CE contiene disposiciones especiales que deben prevalecer sobre las normas generales establecidas en el presente Reglamento”.

³⁹⁹ Para este autor: “*La regulación de los presupuestos para el ejercicio de las acciones de impugnación continúa siendo desproporcionadamente favorable a los intereses de los acreedores concursales y poco considerada con el principio de seguridad en el tráfico. Las deficiencias del régimen de las acciones de impugnación para la protección de acreedores en la Ley Concursal y, en particular, la falta de atención a los intereses de la contraparte del acto y la consiguiente falta de respeto del principio de seguridad del tráfico, explican que se haya mantenido en vigor el sistema que hacía inmune el mercado financiero al régimen de retroacción previsto en el Código de Comercio*”, LEON SANZ, F.J., “El régimen de reintegración concursal de las garantías financieras”, ADC nº 6/2005, Ed. Civitas, Pamplona, 2005, versión digital ICAB (28.01.2014), p. 3.

⁴⁰⁰ SANCHO GARGALLO, I., op. cit., “*Las acciones de reintegración*”, pp. 1192.

que entendemos que no se ha justificado suficientemente la necesidad de rehabilitar este privilegio en perjuicio del resto de acreedores del concurso⁴⁰¹.

Por su parte, QUINTANA SANCHO considera esta exclusión innecesaria por cuanto “la constitución de garantías en los supuestos a que se refiere la Ley General Tributaria no tiene su origen en un acto (voluntario) del deudor sino en una imposición legal”⁴⁰². En términos similares se pronuncia SANCHO GARGALLO, para el que se hace difícil imaginar cómo se puede defraudar a los acreedores constituyendo este tipo de garantías, “lo que no impide que pueda concurrir algún vicio de ineficacia estructural que justifique el ejercicio de las acciones de nulidad o anulabilidad, a las que no alcanza la exclusión del 71.5 LC”⁴⁰³.

La AP de Madrid puntualiza que en este caso, el interés público excluye de la rescisión estas garantías, con independencia de la concurrencia o no de perjuicio: “*La excepción no depende de la existencia o inexistencia de perjuicio patrimonial, sino de la presencia de determinados intereses públicos que el legislador toma en consideración para establecer un escudo protector y, a tal efecto, atiende exclusivamente a la naturaleza de los créditos. El legislador puede considerar para establecer una excepción que determinados actos no van a resultar perjudiciales en ningún caso, pero también puede tomar en consideración otros factores para excluir dichos actos del sistema de reintegración, como es otorgar especial protección a las*

⁴⁰¹ En este mismo sentido se pronuncia GARCÍA-CRUCES: “...*podiera afirmarse que se está asistiendo a un proceso similar a cuanto históricamente sucediera en el Derecho español en torno al reconocimiento y configuración de privilegios. Es decir, puede pensarse legítimamente que, si durante la vigencia de la normativa codificada la lucha de ciertos grupos de presión se orientó hacia la búsqueda y logro de privilegios, con su reconocimiento al margen de la regulación estrictamente concursal, hoy en día el interés parece orientarse por conseguir espacios libres de cualquier injerencia que permita la revisión de cuanto previamente se hubiera actuado. La defensa que, en ocasiones, viene a hacerse de ‘escudos protectores’ con los que ofrecer un tratamiento singularizado para cierto tipo de actos puede llegar a emplearse como medio para amparar resultados que, quizás, no siempre se adornen con la pertinente justificación*”, GARCÍA-CRUCES, J.A., AA.VV, “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, Nota a la segunda edición, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p. 23. Alude también a esta cuestión la SAP Castellón (Sección 3) 20.09.2013 (Sentencia 371/2013; Rollo 370/2013): “*La consecuencia de lo dicho es que, siendo público el crédito garantizado con la hipoteca cuya constitución es objeto de la acción de reintegración, se encuadra en el ámbito del art. 71.5 LC citado. Por lo tanto, con independencia de la crítica que pueda suscitar la concesión del privilegio o inmunidad a favor del Estado frente a la acción de rescisión que, por otra parte, puede sustentarse en el interés público por el que debe velar el Estado...*”.

⁴⁰² QUINTANA CARLO, I., op. cit., pp. 159-160.

⁴⁰³ SANCHO GARGALLO, I., op. cit. “*Las acciones de reintegración*”, p. 1197.

garantías constituidas sobre créditos públicos. En consecuencia, basta que nos encontremos ante garantías constituidas a favor de créditos de derecho público para que las mismas no puedan quedar afectadas por acciones de reintegración. La concurrencia o no de perjuicio patrimonial solo puede apreciarse respecto de actos no excluidos de la reintegración y es aquí donde despliega sus efectos la finalidad de las acciones rescisorias o de reintegración, no en el primer plano que antes hemos diferenciado. En suma, la interpretación de la norma debe atender a la finalidad de la exclusión del sistema, no a los fines de la reintegración. Constituye una opción del legislador determinar qué tipo de actos quedan excluidos, y en este caso son las garantías a favor de créditos públicos lo que se protege, de manera que lo relevante es la naturaleza del crédito”⁴⁰⁴.

1.4.- Actos sujetos a la ley de otro Estado

Finalmente, debemos recordar que el art. 208 LC establece que *“No procederá el ejercicio de acciones de reintegración al amparo de esta Ley cuando el beneficiario por el acto perjudicial para la masa activa pruebe que dicho acto está sujeto a la ley de otro Estado que no permite en ningún caso su impugnación”⁴⁰⁵*. En sentido similar se pronuncia el artículo 5 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del

⁴⁰⁴ SAP Madrid (Sección 28) 24.02.2014 (Sentencia 66/2014; Rollo 623/2012).

⁴⁰⁵ Por su parte, QUINTANA CARLO, hace una breve reseña de como se regula en los países de nuestro entorno los supuestos que quedan excluidos de una rescisión concursal. Así, en Alemania, la Insolvenzordnung (de 5 octubre de 1994), pfo. 137, se limita a señalar *“que no pueden ser reclamados los pagos efectuados por el deudor que se correspondan a créditos incorporados a una letra de cambio más que en las condiciones previstas legalmente; norma que se aplicará mutatis mutandi, a los pagos efectuados sobre cheques”*. En

Portugal, (el Código de insolvencias de 2004), art 122, establece que: *“también se limita a excluir de la rescisión los sistemas de pago tal y como han sido definidos en la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998 y los equiparables a éstos”*. Únicamente Italia los regula con un detenimiento similar a la LC española, en el art 67 de la Legge Fallimentare, estableciendo que no están sujetos a la acción revocatoria: *“a) los pagos de bienes y servicios realizadas en el ejercicio de la actividad de la empresa y en las condiciones usuales de uso; b) Las remesas hechas a una cuenta bancaria, siempre que hayan reducido de forma significativa y duradera la deuda contra el banco; c) Las adquisiciones de vivienda para uso habitual. (Las ventas y ventas preliminares reguladas en el artículo 2645 bis del Código Civil, y cuyos efectos no sean los determinados en el tercer párrafo de esta disposición, realizados a un justo precio y en relación con la propiedad residencial, destinado a ser la residencia principal del comprador o su familia y parientes dentro del tercer grado, o la propiedad no residencial para ser designado como el principal centro de actividad de la empresa del adquirente, si en la fecha de la declaración de quiebra esa actividad sea efectivamente ejercitada, o se hayan realizado las inversiones necesarias para iniciarla”*, QUINTANA CARLO, I., op. cit., pp. 150.

Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), reforma del anterior Rgl. (CE) 1436/2000 de insolvencia⁴⁰⁶.

2.- Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago

La aplicación práctica de la LC en los últimos años ha puesto de manifiesto, que la presunción del art. 71.3º, 2º, al no discriminar los diferentes supuestos posibles era un grave obstáculo para que los deudores en general, pero muy especialmente las empresas en crisis, consiguieran la financiación necesaria para superar sus dificultades financieras. Por ello, poco después de iniciarse la actual crisis económica se constató la necesidad de reformar la LC para intentar favorecer la refinanciación de las deudas con una mínima seguridad jurídica para las personas y entidades financiadoras. De hecho, podemos decir que las reformas realizadas en los últimos han tenido entre sus objetivos prioritarios, mejorar el tratamiento de los acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos como mecanismos alternativos al concurso⁴⁰⁷.

El RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, regula por primera vez en la LC, en la Disposición adicional cuarta, los acuerdos de refinanciación. Con esta reforma se pretendió disminuir en lo posible, el riesgo concursal de las personas que refinanciaban empresas con problemas patrimoniales pero económicamente viables, y que el concurso dejara de ser, en la mayoría de los casos, un instrumento de liquidación de las empresas, y que sirviera

⁴⁰⁶ Art. 5 RI: “1. El deudor o cualquiera de los acreedores podrán impugnar ante un órgano jurisdiccional la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia principal por motivos de competencia internacional.

2. La resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia principal puede ser impugnada por otras partes distintas de las mencionadas en el apartado 1 o por motivos distintos de la falta de competencia internacional, siempre que el Derecho nacional así lo establezca”.

⁴⁰⁷ Según ZUBIRI DE SALINAS, M: “Los acuerdos de refinanciación, cualquiera que sea su denominación, pretenden soluciones pactadas que eviten o aligeren los procedimientos concursales. Es una técnica utilizada en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno (la ley americana U.S. Bankruptcy Code de 1978 en su capítulo 11 regula los prepackaged plans). Si en el acuerdo extrajudicial de pagos el legislador se ha inspirado en la solución belga, en los acuerdos de refinanciación la solución es ‘a la italiana’ (...) El Derecho italiano, tras la reforma de la Legge Fallimentare (LF) operada entre los años 2005-2007, regula ‘il piano di risanamento’ (plan de saneamiento) en el art. 67, co. 3 letra d) de la LF dentro de las exenciones de las revocatorias concursales (...) podemos apreciar una cierta influencia en ese ordenamiento de las mejoras incluidas por le Derecho español (...) Una de las características del plan de saneamiento italiano es precisamente su carácter extrajudicial y preconcursal”, ZUBIRI DE SALINAS, M., op. cit., pp. 393-94. Según este autor, Los acuerdos de refinanciación (extrajudiciales) españoles deben formalizarse en instrumento público, requisito que no se exige en el derecho italiano, p. 398.

realmente para asegurar la continuidad de la empresa en el mercado. Así, el apartado 2º de la Disposición adicional cuarta recogía expresamente que los acuerdos de refinanciación detallados en su apartado 1º (los que conlleven una ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, o mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, y que además respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo), que cumplieran los requisitos fijados en esa disposición, no serían rescindibles. Además limitó la legitimación para instar la acción rescisoria contra esos acuerdos sólo a la administración concursal (DA cuarta, 3º). Sin embargo, rápidamente se constató que las modificaciones introducidas en relación con esta y otras cuestiones eran claramente insuficientes.

La reforma realizada en octubre del 2011, se mantiene en la línea de la anterior reforma del 2009, ahondando en la finalidad de que la regulación concursal no impida la refinanciación de las empresas económicamente viables, y el concurso deje de ser, en la mayoría de los casos, un instrumento de liquidación de las empresas y sirva realmente para asegurar su continuidad en el mercado. Para ello se intenta profundizar y mejorar el régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación⁴⁰⁸. Así, se traslada su regulación de la Disposición adicional cuarta al cuerpo de la ley, concretamente al apartado 6º del art. 71 LC; se reforman los artículos 71, 2º, 3º y 4º (renumerando el antiguo 6º como 7º): se traslada la restricción de la legitimación para impugnar estos acuerdos de refinanciación exclusivamente a la administración concursal a un nuevo párrafo 2º en el art. 72 LC indicando expresamente que en este caso no será de aplicación la legitimación subsidiaria, renumerando los siguientes); y se aprovecha la Disposición adicional 4ª que había quedado vacía de contenido, para regular la homologación judicial de estos acuerdos de refinanciación, preveyendo expresamente que *"por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real"*.

⁴⁰⁸ Según la nota de prensa emitida por el Ministerio de Justicia el 17 de diciembre 2010, tras la aprobación de un Anteproyecto de reforma de la LC, uno de los objetivos de la reforma era el establecimiento de alternativas al concurso, facilitando la presentación de propuestas anticipadas de convenio y la conclusión de acuerdos de refinanciación de la deuda entre el deudor y sus principales acreedores asegurando a éstos una mayor protección en caso de un posterior concurso.

El nuevo 71.6° LC introduce en el articulado de la ley, la imposibilidad de rescindir los acuerdos de refinanciación y las garantías constituidas en virtud de dichos acuerdos, introduciendo por primera vez en nuestra regulación concursal un trato preferente o privilegio para el denominado “fresh money” o dinero nuevo. En la Exposición de motivos (III) de la Ley 38/2011, de reforma de la LC, se afirma que: *“Ante todo, la ley profundiza en las ‘alternativas’ al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación. La ley se ocupa de la comunicación formal de que se están iniciando negociaciones con los acreedores, regula con detalle los deberes de las partes que negocian el acuerdo y, sobre todo, establece la homologación judicial de tal acuerdo, que, en consecuencia, y dentro de ciertos límites, se extiende a los acreedores disidentes. Además, se incorpora a nuestro ordenamiento el llamado ‘privilegio del dinero nuevo’. Con estos cambios, se perfecciona la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo”*. Sin embargo, constatada de nuevo la poca efectividad de esta regulación, se inició de nuevo la reforma de la misma, sucediéndose a partir de septiembre del 2013, una cadena de reformas que han incidido especialmente en el régimen de los acuerdos de refinanciación.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en relación con esta cuestión, reforma de nuevo los artículos ya reformados en el 2011; básicamente modifica el 71.6, 2° retocando la redacción relativa al informe favorable de un experto independiente; introduce un nuevo art. 71 bis en el que regula el nombramiento del experto independiente, y un nuevo Título X en el que regula por primera vez los acuerdos extrajudiciales de pago⁴⁰⁹, aunque éstos, de

⁴⁰⁹ La Exposición de motivos de la ley justifica explica el motivo de esta reforma: *“El Capítulo V – ‘Acuerdo extrajudicial de pagos’ – prevé un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar. El procedimiento, como aconsejan todos los estudios de Derecho comparado, es muy flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación como son el registrador mercantil o el notario, si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo”*.

momento, no quedan blindados frente a la rescisoria concursal. Finalmente, también se modifica la redacción del apartado 1 de la disposición adicional cuarta: "*Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 55 por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras, reúna en el momento de adopción del acuerdo, las condiciones del artículo 71.6 de la presente Ley relativas a designación de experto independiente y elevación a instrumento público. Por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real*". Con esta nueva redacción, además de reducir del 75% al 55% el pasivo titularidad de las entidades financieras, se elimina la duda que se había planteado sobre si era necesario un doble quorum (el del pasivo en general y el de las entidades financieras) para poder homologar judicialmente un acuerdo de refinanciación. Además, extiende los efectos de estos acuerdos homologados a las entidades financieras no asistentes o disidentes (en relación a los créditos sin garantía real).

Apenas 6 meses después, mediante el RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, se modifica nuevamente la regulación de los acuerdos contenida en el 71.6º, trasladándola al 71 bis (renumerando de nuevo el 71.7º como 6º), y se reforman otra vez el 72.2 y la Disposición adicional 4ª, fijando expresamente en su apartado 13 la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. Este RDL se tramita posteriormente como proyecto de ley introduciendo sólo pequeñas modificaciones, dando lugar a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Entre medio, se dictó el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal con el objetivo de subsanar disfunciones producidas por la anterior reforma, especialmente, la extensión del posible contenido de los acuerdos de refinanciación a los convenios. Este RDL fue también tramitado como proyecto de ley, dando lugar a la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

Finalmente, el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, modifica

los acuerdos extrajudiciales de pago, estableciendo expresamente en el art. 238.4º que *“Los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en este Título no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior”*. De esta forma, también quedan blindados frente a la rescisoria concursal los acuerdos extrajudiciales de pago que cumplan los requisitos legalmente previstos.

Después de estas varias y sucesivas reformas, el régimen especial de los acuerdos de refinanciación ha quedado recogido en el artículo 71 bis, titulado *“Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación”*⁴¹⁰. Así, no podrán ser objeto de rescisión *“los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos”*, siempre y cuando cumplan, individualmente, los requisitos fijados en los apartados a) y b) del art 71 bis 1. Resumidamente, los requisitos exigidos son la ampliación significativa del crédito disponible (*“fresh money”* o dinero nuevo), o la modificación o extinción de las obligaciones del deudor, y además respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial a corto o medio plazo (aunque sin concretar qué periodo mínimo se requiere). Asimismo, antes de la declaración de concurso, el acuerdo debe haber sido aprobado por acreedores cuyos créditos representen al menos 3/5 del pasivo del deudor a fecha de la adopción del acuerdo; el auditor de cuentas del deudor debe de haber emitido certificación sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo; y debe de haberse formalizado el acuerdo en instrumento público al que deben acompañar todos los documentos que acreditan el cumplimiento de las condiciones legalmente exigibles.

Tampoco serán rescindibles los actos realizados con anterioridad a la declaración de concurso, que no cumplan los requisitos exigidos por el apartado 1 del 71 bis pero cumplan todas las condiciones, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación, reseñadas en el apartado 2 del 71 bis, en el momento de la suscripción del instrumento

⁴¹⁰ Modificación introducida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, dando lugar posteriormente a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre.

público en el que se recoja el acuerdo: "a) *Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa; b) Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente; c) Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta; d) Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa; e) Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores". Es lo que la doctrina ha venido denominando "puerto seguro". En este caso no se requiere un determinado % del pasivo, sino el cumplimiento acumulativo de todos los requisitos fijados.*

Ciertamente la nueva regulación es una mejora sustancial respecto de la LC aprobada en el 2003, no obstante, parece que el resultado práctico va a ser aún limitado, en la medida en que si se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigibles para "blindar" el acuerdo de refinanciación (especialmente los del 71 bis 2) es prácticamente imposible que pueda apreciarse la existencia de perjuicio, y sin perjuicio no hay rescisión, con "blindaje" o sin él. En este punto, parece que el legislador ha querido evitar que se pudiera pensar que con la reforma buscaba favorecer a las entidades financieras, y por ello, ha regulado un sistema complejo que exige el cumplimiento acumulativo de una serie de requisitos que, de facto, impiden que en la práctica pueda haber perjuicio para la masa, lo que en definitiva hace innecesario ese blindaje.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el apartado 13 de la Disposición adicional cuarta, tampoco podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. Por su parte, tal y como hemos indicado anteriormente, los acuerdos extrajudiciales de pago, no serán rescindibles si cumplen los requisitos recogidos en el Título X de la LC. En el caso del deudor persona natural, debe estar en estado de insolvencia real o inminente, y la estimación inicial del pasivo

no debe superar los cinco millones de euros. En el caso de las personas jurídicas, deben estar en estado de insolvencia, en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no debería revestir especial complejidad (en los términos previstos en el artículo 190 de la LC), y deben tener los activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

Quedan excluidos de este tipo de acuerdos: “*Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso; y las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores*”, o “*quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite*”. Tampoco podrán acogerse a ellos las entidades aseguradoras y reaseguradoras (art 231 LC).

Según lo establecido en el artículo 236 LC, la propuesta de acuerdo realizada por el mediador concursal (con el consentimiento del deudor) a los acreedores, podrá contener cualquiera de las siguientes medidas: esperas por un plazo no superior a diez años; quitas; cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos (sólo si no son necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94.2, sea igual o inferior al crédito que se extingue), o reintegrando la diferencia si el valor fuese mayor, en el patrimonio del deudor; la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora; la conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. El acuerdo no podrá suponer la liquidación del patrimonio del deudor para pagar sus deudas, ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido (salvo que los acreedores postergados consientan expresamente). La propuesta también debe incluir: “*un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y de un plan de viabilidad y contendrá una*

propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. También se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento”. Si la propuesta fuera aceptada por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, y se comunicará el cierre del expediente al juzgado que hubiera de tramitar el concurso (art 238 LC)⁴¹¹.

Así pues, los acuerdos extrajudiciales de pago declarados como tales por cumplir los requisitos exigidos en el Título X, y haber sido aprobados con las mayorías en él previstas, no pueden ser objeto de rescisión concursal. No será admisible la acción fundada en que son perjudiciales para la masa, ni en el incumplimiento de los requisitos y mayorías exigibles, por cuanto su cumplimiento ya se ha fiscalizado durante el procedimiento de aprobación del acuerdo.

TÍTULO CUARTO.- ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL

Una de las virtudes que la doctrina ha venido destacando de la nueva Ley Concursal es, precisamente, la regulación conjunta de los aspectos materiales y procesales del concurso de acreedores⁴¹². Inicialmente, la LC creó el denominado

⁴¹¹ Se considerará aceptado el plan de pagos, si vota a favor del mismo el 60 % del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos (en este caso, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas, con un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo); o si vota a favor del mismo el 75 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, (en ese caso, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, a quitas superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en el artículo 236 LC). Las mayorías se calculan sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo (art 238 LC).

⁴¹² No obstante, ROJO, A. critica lo que denomina el excesivo “procesalismo” de la nueva ley, considerando que el número de normas dedicadas a aspectos procesales son demasiadas. Afirma que ello podría haberse evitado fácilmente con remisiones a la regulación general de la LEC. Asimismo, considera innecesario el trámite del “incidente concursal”, proponiendo su sustitución por el juicio verbal con alguna ligera adaptación. El autor considera que el proceso concursal se ha “judicializado” en exceso,

procedimiento ordinario como procedimiento estandar para la tramitación de la mayoría de concursos, estableciendo no obstante, para los de menor cuantía o complejidad, un procedimiento más sencillo denominado abreviado⁴¹³. La reforma de la LC llevada a cabo por la Ley 38/2011, entre otras modificaciones, ha ampliado el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado a los concursos que no revistan especial complejidad (menos 50 acreedores, pasivo inferior a 5 millones, activo inferior a 5 millones) pretendiendo con ello que la mayoría de los concursos puedan pasar a tramitarse por el procedimiento abreviado, y que ello conlleve una reducción del tiempo de duración del mismo.

Para la tramitación de todas las cuestiones no principales del concurso, la ley establece el denominado incidente concursal, aunque no todos los incidentes que se pueden tramitar a lo largo de un proceso concursal tienen prevista exactamente la misma tramitación, por lo que, en sentido estricto no podemos hablar de un incidente concursal, sino de varios. El incidente concursal general o común está regulado en los artículos 192 a 195 LC (la reforma de octubre del 2011 modificó de forma importante el 194.4º). En estos artículos se regula de forma genérica la tramitación de los incidentes

ROJO, A., “La reforma del derecho concursal español”, en AA.VV., “*La reforma de la legislación concursal*”, (Dir. Rojo, A.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 95-96 y 101; Comparte esta idea de excesiva judicialización del proceso concursal el CGPJ en la Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal que acompaña al preceptivo Informe elaborado por el CGPJ sobre el citado Anteproyecto.

⁴¹³ Antes de la reforma del 2011, el procedimiento abreviado era una mera simplificación del ordinario: sólo se diferencia del mismo en que la administración concursal la integraba una sola persona, y los plazos se reducían a la mitad. La Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal que acompañaba al preceptivo Informe elaborado por el CGPJ sobre el citado Anteproyecto, consideró necesaria la reforma del procedimiento concursal abreviado (el 78% de los concursos tramitados) ya que su regulación sólo reducía en 3 meses su duración respecto de los 25 meses de duración media de los procedimientos concursales ordinarios. En dicha memoria se consideraba que la nueva regulación propuesta regulaba uno a uno los trámites del concurso que se pueden reducir, y diseñaba una administración concursal específica, ampliando sus funciones en detrimento de las del juez entendiendo que con ello se pretendía solucionar el principal defecto del proceso concursal que es su elevado coste, tanto económico como temporal; pp. 5 y 6 de la citada Memoria. La Ley 38/2011 ha modificado sustancialmente la regulación de este procedimiento, en un intento de subsanar o paliar en lo posible los defectos denunciados. Así, ha ampliado el ámbito de aplicación del procedimiento, prevé la posibilidad de transformar un procedimiento ordinario en abreviado (o a la inversa) en cualquier momento del procedimiento, y regula especialidades en su tramitación cuando el deudor presenta junto con la solicitud de concurso una propuesta anticipada de convenio, un Plan de Liquidación con oferta vinculante de compra o convenio que incluya modificaciones estructurales en las que se transmita el activo y pasivo, un plan de liquidación con transmisión de unidad productiva, o un plan de liquidación por cese de actividad.

que no tengan prevista expresamente otra tramitación especial⁴¹⁴; en tanto que regulación general, se aplicarán subsidiariamente en caso de que exista alguna laguna en la regulación de los incidentes con una tramitación propia. Finalmente, la ley prevé una tramitación específica para los incidentes en materia laboral (art. 196 LC) y para el incidente de rescisión concursal (art. 72 LC).

Antes de entrar en el análisis de la tramitación de la acción rescisoria concursal, debemos dejar constancia de que en virtud de lo establecido en la Disposición Final Quinta de la LC, en lo no expresamente previsto en la Ley Concursal se aplicará supletoriamente la LEC, cuestión no siempre fácil por los problemas de adaptación que pueden surgir⁴¹⁵. Asimismo, en el ámbito de los procesos concursales son aplicables los principios generales relativos a la ordenación material y formal del proceso civil⁴¹⁶.

CAPÍTULO I.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.- Jurisdicción y competencia judicial internacional. Competencia territorial

1.1.- Fuero principal: centro de los intereses principales

⁴¹⁴ Así lo establece el artículo 192 LC titulado “Ámbito y carácter del incidente concursal”: “1. Todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal ...”.

⁴¹⁵ El Auto JM- 3 Barcelona 20.12.2007 (Incidente Concursal 597/2007), en un supuesto en el que se pretendía la rescisión de un contrato de cesión de créditos y la adopción de una medida cautelar, se refiere expresamente a esta cuestión: “*FUNDAMENTOS DE DERECHO.- 1. La demandada TUBOS Y COMPLEMENTOS DE MONCADA S.L. plantea una primera excepción de naturaleza procesal vinculada al hecho de que la administración concursal no ha ofrecido caución, infringiendo con ello el contenido del artículo 728.3 de la LEC. En este punto debe indicarse que la Ley concursal tiene algunos problemas de ‘ensamblaje’ procesal que determina que en algunos supuestos la solución procesal prevista en la Ley concursal no se corresponda con el tratamiento que esas mismas cuestiones tienen en la Ley de Enjuiciamiento civil. De igual modo hay omisiones procesales en la norma concursal que difícilmente encajan en las instituciones de la LEC, por eso no siempre es sencilla la aplicación de la Disposición Adicional quinta de la Ley Concursal que establece que en lo no previsto por la normativa de insolvencias habrá de aplicarse la LEC*”.

⁴¹⁶ Vid, entre otros, RIBA TREPAT: “Si bien en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal se invocan los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema como principios rectores del concurso, lo cierto es que, como no podría ser de otro modo, en el proceso concursal rigen los principios y garantías del proceso civil (...) pues aunque no vengan enumerados en la Exposición de Motivos, ni regulados en la norma especial, resultan de aplicación por tratarse de un proceso civil”, RIBA TREPAT, C., “El juez predeterminado por la ley en la acumulación de concursos”, en AAVV., “Principios y garantía procesales”, (Dir. Picó Junio, J.), Ed. Bosch, octubre 2013, p. 383.

La Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I de la LC (*Del procedimiento de declaración*) regula los aspectos relativos a la jurisdicción y la competencia en materia concursal. La LC española regula la denominada “*Competencia internacional*” (los supuestos en los que corresponderá a la jurisdicción española la apertura y tramitación de un procedimiento concursal, así como el alcance del mismo) en los artículos 10 y 11. El art. 10 LC titulado, “*competencia internacional y territorial*”, atribuye competencia exclusiva para declarar y tramitar un concurso, al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el “*centro de sus intereses principales*”, estableciendo este criterio como fuero principal, con carácter imperativo⁴¹⁷. Recientemente, la LO 7/2015, que entra en vigor el 1 de octubre del 2015, ha añadido un apartado 6º al artículo 85 de la LOPJ, y ha modificado el art. 45 LEC, para atribuir a los jueces de primera instancia la competencia para tramitar los concursos de persona natural que no sea empresaria⁴¹⁸.

El fuero del centro de los intereses principales es también el elegido por nuestro legislador para delimitar la competencia territorial entre los diferentes órganos judiciales españoles. Es un fuero imperativo, controlable de oficio por el juez, y por ello, su vulneración afectaría a la garantía del juez ordinario predeterminado por la ley, garantía cuya vigencia en el proceso concursal es indiscutible⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Ver sobre esta cuestión el Auto dictado por el TS en el caso Cacalolat: “1º *La competencia para conocer del concurso se encuentra regulada en el artículo 10 de la Ley Concursal, que establece ‘1. La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales’; a partir del examen de su competencia por el juez y una vez determinada ésta (art. 10.5 LCon), la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente (art. 8 LCon). 2º Dicha norma constituye un fuero imperativo, al que debe aplicarse lo establecido en el citado art. 105 LCon , y de acuerdo con la regla general del art. 58 de la LEC”, ATS (Sala Civil), 04.10.2011, Recurso: 181/2011 (Roj: ATS 10019/2011; Id Cendoj: 28079110012011203210).*

⁴¹⁸ LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 174, de 22 de julio).

⁴¹⁹ Sobre esta cuestión vid, RIBA TREPAT: “Una de las características que distinguen el proceso concursal del resto de procesos civiles es que, tal como recoge el art. 10 LC, el fuero de competencia territorial tiene carácter imperativo y, por consiguiente resulta inderogable e improrrogable. Es decir, a diferencia de lo dispuesto en el art. 54 de la LEC, según el cual en el proceso civil la cp territorial puede modificarse por voluntad de las partes, en el proceso concursal el fuero fijado por la norma especial tiene carácter imperativo, de forma que el juez debe examinar de oficio su propia competencia, tanto en el momento inicial de proveer la solicitud de concurso (art. 13 LC) como en todas aquellas actuaciones que puedan comportar una modificación de esta competencia (art. 10.4 LC), ello significa que en el concurso la garantía al juez predeterminado por la ley resulta, si cabe, aún más rigurosa”, RIBA TREPAT, C., op cit., “El juez predeterminado...”, pp. 384-385.

El concepto de centro de intereses principales es el escogido por el legislador, entre otros⁴²⁰, para fijar la competencia internacional del procedimiento principal con alcance universal sobre cualquier deudor. El propio artículo 10 LC lo define como “*el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses*”⁴²¹, estableciendo una presunción *iuris tantum* de que éste, en el caso de las personas jurídicas, se encuentra en el lugar del domicilio social. En este punto la ley española ha adoptado el criterio fijado previamente en el Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo sobre Procedimientos de Insolvencia

⁴²⁰ Según GALGO PECO: “*En el régimen de la LC la atribución de competencia internacional pivota sobre los conceptos de ‘centro de intereses principales del deudor’ y de ‘establecimiento’, en relación con el concurso principal y con el concurso territorial, respectivamente. Ahora bien, la operatividad de tales conceptos en el sector que nos ocupa no se limita al aspecto indicado, pues también actúan, por vía indirecta, como punto de conexión a la hora de determinar la ley aplicable (art. 200), y como criterio para determinar los efectos del reconocimiento de los procedimientos extranjeros de insolvencia (art. 220.2)*”, GALGO PECO, A., “Normas de derecho internacional privado. La Ley aplicable”, en AA.VV., “*Tratado judicial de la insolvencia*”, (Dir. Prendes Carril y Muñoz Paredes), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, (pp. 945-972), p. 947.

⁴²¹ Sobre el alcance del concepto de “centro de intereses principales”, y la base de esta presunción se ha pronunciado ya el TS en el Auto de fecha 18.02.2009 (recurso 244/2008): “*La competencia territorial para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales; así lo dispone, con carácter de fuero imperativo, el artículo 10.1 de la ley concursal y el mismo artículo añade que por centro de intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social.*”; En términos similares se pronuncian los ATS de fecha 14.07.2009 (RJ 2009/4471; Recurso 93/2009), 14.07.2009 (RJ 2009/4469; Recurso 157/2009) y 27.11.2012 (Recurso 210/2012). También el ATSJ Andalucía (Granada) 09.09.2009 (AC 2010/1165; Auto 34/2009; Recurso 27/2009): “*SEGUNDO El concepto de centro de ‘intereses principales’ no debe confundirse con el lugar donde (coyunturalmente o no) se lleva a cabo la ‘actividad principal’, ni siquiera con el lugar donde se tuvieren establecimientos abiertos al público. No es el criterio del artículo 50.3 LEC (RCL 2000, 34, 962) el que debe orientarnos para establecer la competencia territorial en materia de concurso. Lo decisivo no es la actividad desplegada en desarrollo del objeto social, sino el centro administrativo de la entidad. En los autos del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009 (JUR 2009, 205956) y 14 de julio de 2009 (RJ 2009, 4469), en efecto, se identifica el ‘centro de sus intereses principales’ con el ‘centro principal de administración de sus intereses’, y el ATS 20 febrero 2009 (RJ 2009, 1476) precisa que por tal ha de entenderse el ‘lugar donde las empresas aparecen en el mercado adoptando sus decisiones y centralizando la gestión de sus negocios. Se trata, pues, de la conexión administrativa con un territorio, y no la simple conexión patrimonial, lo cual parece especialmente adoptado como criterio para la competencia en materia concursal, pues no se trata propiamente de litigios sobre los bienes materiales, sino sobre el conjunto patrimonial de la empresa. Si lo que se busca es la “proximidad”, ésta ha de referirse al lugar donde se viene desarrollando principalmente la gestión y el control de ese conjunto patrimonial (activo y pasivo), y no al lugar donde se encuentran los bienes materiales de mayor importancia dentro de su activo. Tal es el sentido de la presunción del artículo 10.2 LC: no es que se presuma que las entidades mercantiles desarrollan su actividad principal donde tienen su domicilio social, sino de presumir que es en el lugar del domicilio donde se lleva a cabo la dirección de la actividad societaria en su conjunto, sin perjuicio de la ubicación territorial de sus bienes principales o de su actividad de producción o comercialización. Lo que en definitiva se presume es que el domicilio social es la “sede real” de la empresa, y no un domicilio ficticio, que se fija por razones de conveniencia*”. En términos idénticos se pronuncian los ATSJ Andalucía (Granada) de 01.12.2009 (AC 2010/1167; Auto 46/2009; Recurso 40/2009), y de 25.01.2012 (Auto 5/2012; Recurso 1/2012).

(RI)⁴²², en cuyo art. 3 se establece que serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia “... los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social”⁴²³.

Por su parte, en el Considerando 13 el RI establece que el centro principal de intereses debería corresponder al lugar en el que el deudor realice de manera habitual la administración de sus intereses, lo que facilita su averiguación o conocimiento por terceros⁴²⁴. En este punto, el legislador ha seguido la doctrina contenida en el Informe

⁴²² Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, (DO L 160 de 30.6.2000), aplicable tanto a personas físicas como jurídicas, comerciantes o particulares, se dicta con la finalidad de que los procedimientos transfronterizos de insolvencia se desarrollen con la eficacia y efectividad que el buen funcionamiento del mercado interior exige, y para ello se considera necesario que las disposiciones sobre competencia judicial, reconocimiento y derecho aplicable en este ámbito se recojan en un instrumento legal comunitario vinculante y directamente aplicable en los Estados miembros. Las normas de competencia que contiene sólo fijan la competencia internacional, designan al Estado miembro contratante cuyos tribunales pueden abrir un procedimiento de insolvencia (la competencia territorial interna dentro de ese Estado la fija el derecho interno de ese Estado). Posteriormente el RI, ha sido modificado reiteradamente por los reglamentos siguientes: el Reglamento (CE) n° 603/2005 del Consejo de 12 de abril de 2005; el Reglamento (CE) no 694/2006 del Consejo de 27 de abril de 2006; el Reglamento (CE) n° 1791/2006 del Consejo de 20 de noviembre de 2006; el Reglamento (CE) n° 681/2007 del Consejo de 13 de junio de 2007; el Reglamento (CE) n° 788/2008 del Consejo de 24 de julio de 2008; El Reglamento de Ejecución (UE) n° 210/2010 del Consejo de 25 de febrero de 2010; y por el Reglamento de Ejecución (UE) n° 583/2011 del Consejo, de 9 de junio de 2011. Recientemente se ha modificado este texto mediante el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimiento de insolvencia (texto refundido), publicado en el DOUE de 5 de junio, y que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el DOUE, aunque no será aplicable (salvo las excepciones contenidas en el art. 92) hasta junio del 2017, manteniéndose aplicable para los actos realizados antes de esa fecha la regulación aplicable en el momento de su realización (art 84). El nuevo texto mejora la regulación de la competencia para conocer de la acción de reintegración.

⁴²³ Este mismo criterio del “centro de intereses principales” se recoge en el art. 17. 2. a de la Ley Uncitral 52/158, de 30-1-1998 (Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza), para otorgar reconocimiento a un procedimiento como procedimiento extranjero principal.

⁴²⁴ En relación al concepto de “centro de intereses principales”, su origen y delimitación por parte del derecho comunitario, resulta sumamente ilustrativo el Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008): “El centro de intereses principales se define en el art. 10.1 párrafo 2º, como ‘el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses’. El Reglamento 1346/2000 no define en su articulado el concepto de centro de intereses principales, si bien, la definición la podemos encontrar en su Exposición de Motivos, en cuyo apartado 13 señala que ‘el centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros’. Y en el Informe Virgos-Schmidt de 8 de julio de 1996, sobre el Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995, precedente del Reglamento 1346/2000, se establece en su apartado 75 que ‘el concepto de centro de los intereses principales debe interpretarse como el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual, y por tanto, reconocible por terceros, la administración de sus intereses’. Y en el mismo Informe (que puede servir como pauta interpretativa del art. 10 LC), se aclara que con la expresión

Virgós/Schmit de 8 de julio de 1996 (Consejo UE 6500/1/96 REV 1 DRS), sobre el Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995, relativo a los procedimientos de insolvencia, antecedente inmediato del Reglamento de Insolvencia.⁴²⁵ Se parte de la

intereses se intenta comprender las principales actividades comerciales, industriales, profesionales y económicas en general.

Puede asimismo servirse para analizar el concepto de centro de intereses principales, la doctrina jurisprudencial recogida en la Sentencia del Pleno del TJCE de 2 de mayo de 2006, Asunto Eurofood, referida a la competencia para conocer del procedimiento de insolvencia de una sociedad filial de un grupo, y que analiza el concepto de centro de intereses principales y la presunción de coincidencia con el lugar del domicilio, que aunque referido a un caso con elemento extranjero, puede resultar aplicable mutatis mutandi. Señala la citada Sentencia: ‘33.- De la citada definición resulta que el centro de intereses principales debe identificarse con arreglo a criterios objetivos que, al mismo tiempo, puedan ser comprobados por terceros. Esta objetividad y esta posibilidad de comprobación por parte de terceros son necesarias para garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad en relación con la determinación del órgano jurisdiccional competente para abrir un procedimiento principal de insolvencia. La seguridad jurídica y la previsibilidad revisten una importancia todavía mayor en la medida en que la determinación de la jurisdicción competente implica, conforme al artículo 4, apartado 1, del Reglamento, la determinación de la ley aplicable. 34.- De lo anterior se desprende que, al determinar el centro de intereses principales de una sociedad deudora, la presunción iuris tantum que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social. 35.- Este podría ser el caso de una sociedad "fantasma" que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social. 36.- En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento. 37.- En estas circunstancias, procede responder a la cuarta cuestión que, cuando el deudor sea una filial cuyo domicilio social se encuentre en un Estado miembro diferente del Estado miembro en el que tiene su domicilio social la sociedad matriz, sólo puede desvirtuarse la presunción enunciada en el artículo 3, apartado 1, segunda frase, del Reglamento, según la cual el centro de intereses principales de dicha filial se encuentra en el Estado miembro en el que tiene su domicilio social, si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social. Éste podría ser el caso, entre otros, de una sociedad que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social. En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento.’. En términos casi idénticos se pronunció el AJM-1 Alicante 19.05.2009 (Concurso 568/2009), cuando tras citar el Considerando 13 del RI, y la doctrina de la Sentencia del TJCE en el Asunto Eurofood, sostiene lo siguiente: “ Entiendo, pues, que para su determinación rigen los siguientes principios: 1º) primacía de la administración de los intereses sobre la localización de los mismos: lo relevante no es donde están los intereses sino el lugar desde donde el deudor gestiona o conduce los mismos; 2º) el principio de apariencia: lo relevante es que a efectos de terceros se presente como lugar de gestión; es preciso, pues, atender a esa proyección externa, y 3º) el principio de unidad, como inherente al concepto de centro, de manera que solamente hay un único lugar de gestión, a completar con la previsión de concursos territoriales donde el deudor tenga establecimiento, pero limitado sus efectos a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro”. GARNICA MARTÍN ha recordado que la doctrina del TJUE contenida en la sentencia de 2 de mayo de 2006 (asunto Eurofood) son de aplicación para interpretar ese concepto en el derecho interno, GARNICA MARTÍN, J.F., "Aspectos procesales de la Ley Concursal", en AA.VV., “Tratado judicial de la insolvencia”, (Dir. Prendes Carril y Muñoz Paredes), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 816, (en nota).

⁴²⁵ Sobre esta cuestión, VIRGOS ha venido sosteniendo que para fijar el centro de intereses principales, en el caso de sociedades: “debe atenderse al lugar donde se desarrollan las funciones que típicamente corresponden a una sede central, tales como son las siguientes: 1) Relaciones con aportantes de fondos

idea de que es necesario facilitar a los acreedores el conocimiento de la existencia del concurso de su deudor y su intervención en el mismo, y este conocimiento es más fácil si el concurso se tramita en el lugar del centro de intereses principales, (en el que el deudor se presume que lleva a cabo su actividad económica), que no si se utiliza un criterio como el del domicilio, que puede ser o no conocido por los acreedores, y puede estar más o menos cerca del lugar en el que el deudor administra sus intereses económicos⁴²⁶.

(accionistas y acreedores externos), incluyendo la captación de capital y la publicación de cuentas; 2) La adopción de decisiones estratégicas y de fijación de políticas y objetivos empresariales; 3) La supervisión general de actividades empresariales; 4) La gestión de la tesorería; y 5) La prestación de servicios que gozan de economías de escala o de gama para toda la organización, en particular su representación legal”, VIRGOS SORIANO, M., “Normas de Derecho internacional Privado”, en AA.VV., “La nueva Ley Concursal” (Dir. Olivencia, M.), CGPJ, Madrid, 2005.

⁴²⁶ En este sentido se ha pronunciado el ATS 25.05.2010 (RJ 2010/3720; Recurso 200/2010): “Tras un estudio pormenorizado y sistemático de las normas reguladoras de la competencia territorial en materia concursal, puede concluirse que el espíritu y finalidad de la norma competencial es el de facilitar a acreedores, en general a terceros, el conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial de concurso del deudor, de manera que dicha facilidad será garantizada si el concurso se tramita en el partido judicial correspondiente al lugar en el que radique el centro de los intereses principales del deudor, en éste supuesto el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza, ya que en otro caso, y admitiendo la aplicación analógica de la norma competencial al supuesto del concurso voluntario, de manera que éste pudiera optar por el lugar de su domicilio cuando éste fuera diferente al del centro de sus intereses principales, supondría que el procedimiento concursal se tramitara en lugar que pudiera ser no conocido por acreedores, en la medida en que en dicho lugar no se han centrado las operaciones mercantiles, comerciales u de otro orden entre el deudor y terceros, cuando lo que se pretende a través del conjunto de la legislación concursal es facilitar el conocimiento y acceso de acreedores al procedimiento judicial, a los efectos de garantizar la efectividad de sus créditos frente a la masa concursal. Por otro lado, al tratarse éste de un fuero imperativo, criterio mantenido por esta Sala (ATS: 14-05-2002 (JUR 2002, 146480)), el artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) obliga al examen de oficio de la competencia territorial, cuando venga fijada por reglas imperativas ‘inmediatamente’, después de presentada la demanda y el art 10.5, de la Ley Concursal señala: que el Juez examinara de oficio su competencia y determinara si se basa en el apartado primero o en el apartado tercero de este artículo. Pues bien, de todo lo dicho se desprende que en el presente caso será Juzgado competente el del lugar en el que tenga el deudor el centro de sus intereses principales, radicando éste en Zaragoza, conforme a la documentación aportada por el solicitante, en aras de garantizar el conocimiento y acceso de acreedores y terceros al procedimiento concursal, tal y como se ha expuesto anteriormente.”. Sobre esta cuestión también resulta interesante el Auto del juzgado mercantil 4 de Barcelona 23.04.2007 (Concurso 80/2007): “6. El Informe Virgós/Schmit de 8 de julio de 1996 (Consejo UE 6500/1/96 REV 1 DRS), sobre el convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995, relativo a los procedimientos de insolvencia, antecedente inmediato del Reglamento, dice en su apartado 75 que ‘el concepto de centro de los intereses principales debe interpretarse como el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual, y por tanto, reconocible por terceros, la administración de sus intereses’. 7. Según el informe ‘el fundamento de esta norma se explica sin dificultad. La insolvencia es un riesgo previsible. Por eso es importante que la competencia internacional se base en una conexión conocida por los futuros acreedores de ese deudor. Ello permite calcular los riesgos jurídicos que se asumen en caso de insolvencia’. 8. Con la expresión intereses, continúa el citado informe, se intenta comprender las actividades principales actividades comerciales, industriales, profesionales y económicas en general. 9. Las características principales de ese centro de intereses principales como fuero de un concurso principal serían tres: a) Lo determinante es el lugar donde se administran, es decir, se dirigen y gestionan, los intereses del quebrado, ni el lugar donde esos intereses se localizan, ni el lugar en el que se producen los bienes o se prestan los servicios, ni el lugar donde se encuentran los bienes principales. b) Prima la esfera externa de la administración sobre la interna, el lugar donde desde fuera y por terceros se puede reconocer la actividad de administración del quebrado, lo que permitiría al acreedor

En el concurso de las personas físicas, si aplicamos la doctrina jurisprudencial elaborada para las personas jurídicas, la determinación del lugar en el que está el centro de sus intereses principales debería hacerse partiendo del lugar en el que llevan a cabo la administración de su actividad comercial, o en el caso de que no sean comerciantes, la administración de su patrimonio. En la mayoría de los casos (y salvo prueba en contrario) este lugar será su domicilio habitual, lugar previsible y de fácil conocimiento por parte de terceros y acreedores. Por ello, sorprende la argumentación contenida en el Auto dictado por el TS el 9 de diciembre del 2009 según la cual, los dos criterios que determinan la competencia judicial son el lugar en el que se encuentra el bien más valioso del concurso, y el lugar de residencia del concursado⁴²⁷. El TS no motiva la introducción del criterio “*del lugar en el que radique el bien más valioso*” para determinar la competencia judicial, motivación necesaria si partimos de la base de que, ni el tenor literal de las normas aplicables, ni las interpretaciones jurisprudenciales realizadas hasta el momento amparan la utilización de este criterio. Es más, consideramos que aplicar el criterio del lugar en el que radican los bienes para delimitar la competencia territorial en el concurso de personas físicas contradice, o como mínimo

prever las reglas de una hipotética insolvencia. c) Por último, es imprescindible determinar un solo centro de intereses principales, al deudor solo se le puede asignar un centro principal de intereses. 10. En el caso de sociedades y en general de personas jurídicas el art. 3.1 citado establece una presunción de cual es el centro de intereses principales, a favor de lugar del domicilio social, presunción que admite prueba en contrario.

11. Partiendo de estas premisas y analizando el caso de una sociedad filial el TJCE en su sentencia del Pleno de 2 de mayo de 2006 (C-341/2004; Eurofood IFSC Ltd) ha interpretado (...), a continuación el auto reproduce los fundamentos jurídicos 32 a 36 de la sentencia del TJCE, ya reproducidos anteriormente en otra de la sentencia reseñada en la nota a pie de página anterior.

⁴²⁷ ATS 09.12.2009 (RJ 2010/276; Recurso 285/2009): “*QUINTO* .- Para resolver el conflicto, teniendo en cuenta que la ‘competencia territorial’, para abrir un concurso principal, se regula en el art. 10.1 de la Ley Concurso 22/2003 , que determina que ‘la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales’, así en el caso que nos ocupa, partiendo de la documental aportada, esto es, certificado de empadronamiento y nota simple del registro, los dos elementos que determinan la competencia para conocer de la declaración de concurso voluntario, son en primer lugar que el bien más valioso del concurso que es la vivienda habitual, está en Monterroso (Lugo), y en segundo lugar, en la misma localidad residen los actores, por ello y de conformidad con el informe emitido por el Ministerio Fiscal, procede declarar que el centro de sus intereses principales y el que determina la competencia para conocer el concurso voluntario instado, está en la localidad de Monterroso (Lugo), por lo que ha de ser declarado competente el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lugo, provincia en la que inicialmente se presentó la solicitud.”. Por el contrario, el AJM-1 Alicante 16.06.2008 (Concurso 149/2008) en cambio, adopta únicamente el criterio de la residencia habitual: “*Al no poder entrar en juego la presunción de que este centro de intereses principales se ubica en el lugar del domicilio social, que solamente es aplicable para las personas jurídicas, la doctrina científica considera que en el caso de las personas naturales si se dedican a actividades empresariales o profesionales, el centro de los intereses principales se ubica donde se localice el centro empresarial o profesional; si no lleva a cabo tales actividades, será su residencia habitual, pues desde aquí habrá que entender que gestiona su patrimonio*”.

resulta poco coherente, con la doctrina elaborada en relación a las personas jurídicas, en la que se insiste de forma unánime y reiterada que el centro de intereses principales es aquel desde el que se administran los intereses patrimoniales y los bienes de la concursada, no el lugar en el que éstos radican. A priori, no parece que exista un motivo que justifique dar a las personas físicas un tratamiento distinto al fijado para las personas jurídicas. Los argumentos utilizados para las personas jurídicas son también válidos para las personas físicas: lo más habitual es que administre sus intereses patrimoniales desde su domicilio habitual, y que éste sea más fácil de conocer por sus acreedores, que no el lugar en el que pueda tener el bien de mayor valor, siendo por otra parte, bastante habitual que se desconozca la existencia de otros bienes y el valor de los mismos. Por todo ello es esperable y deseable que el TS en resoluciones posteriores aclare o matice esta posición, y en caso de mantenerla, la justifique debidamente.

El nuevo texto refundido del RI (Reglamento 2015/848) aprobado el 20 de mayo de 2015 concreta en el artículo 3 que: *“El centro de intereses principales será el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses”*. Justifica esta elección en su Considerando 28: *“Al determinar si el centro de intereses principales del deudor puede ser reconocible por terceros, debe prestarse una especial atención a los acreedores y a su percepción del lugar en el que el deudor lleva a cabo la gestión de sus intereses. Ello puede requerir, en caso de traslado del centro de intereses principales, que se informe a los acreedores a su debido tiempo de la nueva ubicación desde la cual el deudor está ejerciendo sus actividades, por ejemplo advirtiendo del cambio de dirección en la correspondencia comercial o haciendo pública la nueva ubicación mediante otros medios adecuados”*. Para facilitar la determinación del centro de sus intereses principales en el mismo art. 3 recoge una serie de presunciones. Así, respecto de las sociedades y personas jurídicas, presume que es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social; respecto de los particulares que ejercen una actividad mercantil o profesional independiente, presume que es, también salvo prueba en contrario, su centro principal de actividad; por su parte, el de otros particulares presume que es, salvo prueba en contrario, el lugar de residencia habitual de dicho particular.

Este nuevo texto refundido del RI, pese a prever un procedimiento de coordinación de los procedimientos de insolvencia de sociedades de un mismo grupo

(Capítulo V), no aborda la cuestión del concurso de los grupos internacionales de sociedades, y por tanto, no entra a concretar un centro de intereses principales del grupo⁴²⁸.

En un intento de evitar o al menos dificultar al máximo el denominado “forum shopping”⁴²⁹ estas presunciones sólo se aplicarán si el domicilio social o el centro principal de actividad no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia; en el caso de la residencia habitual de los particulares el plazo se amplía hasta los 6 meses. El art. 10.1 LC, ya prevé expresamente la ineficacia, a los efectos de determinar la competencia territorial, del cambio de domicilio social realizado en los 6 meses anteriores a la solicitud de concurso⁴³⁰.

Así pues, según el Reglamento de Insolvencia comunitario y la Ley Concursal española, los juzgados españoles son competentes para tramitar un procedimiento de insolvencia principal cuando el deudor tenga su centro de intereses principales en España. Si se presentan solicitudes de declaración del concurso ante dos o más juzgados competentes, será preferente, de conformidad con lo que establece el art 10.2 LC, aquel ante el que se hubiera presentado la primera solicitud. Siguiendo las reglas generales en material de competencia, el art. 10.4 LC ordena al juez el control de oficio de su propia competencia⁴³¹.

⁴²⁸ Sobre esta cuestión, ver MERCADAL VIDAL, F., “La determinación del centro de intereses principales de sociedad española dominada por sociedad extranjera”, en *ADC*, nº 12, 2007. Ed. Cívitas, Pamplona, pp. 363-415.

⁴²⁹ El Considerando 4 del RI se refiere expresamente a esta cuestión: “*Para el buen funcionamiento del mercado interior, es necesario evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable («forum shopping»)*”. En términos idénticos se recoge en el Considerando 5 del nuevo texto refundido del RI.

⁴³⁰ Este plazo de 6 meses debe contarse, según el TS, desde la publicación del cambio de domicilio en el BORME: “... *el inciso último del párrafo segundo del art. 10.1 de la Ley Concursal, tendente a evitar que la competencia territorial pueda ser determinada por la voluntad del propio deudor, debe ser interpretado en el sentido de que el término inicial para computar el plazo de seis meses es la fecha de publicación del cambio de domicilio social en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, no la fecha del acuerdo social correspondiente, dada la evidente transcendencia para terceros que por su propia naturaleza tiene la declaración de concurso*”, ATS 11.03.2009 (RJ 2009/1642); Vide también ATS 2.11.2010 (JUR 2011, 2017) [ATS 1409/2010], y AJM-6 Madrid 01.03.2011 (AC 2011/875; Concurso 863/2010).

⁴³¹ En este sentido se pronuncia el ATS 14.04.2009 (JUR 2009/205956): “Por otro lado, al tratarse este de un fuero imperativo, criterio mantenido por esta Sala (ATS: 14-05-2002), el artículo 58 de la Ley de

Finalmente, el art. 10.3º atribuye jurisdicción y competencia territorial a los tribunales españoles para declarar y tramitar un concurso de insolvencia territorial o secundario⁴³², cuando el deudor no tenga en España su centro de intereses principales, pero sí un establecimiento, definiendo éste como “*todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes*”. Este concurso sólo puede alcanzar a los bienes del deudor que estén en España con independencia de que estén o no afectos a su actividad⁴³³. En este caso el juez competente será el del lugar en el que radique el establecimiento, y de ser varios, el juez de cualquiera de ellos a elección del solicitante.

Por su parte, el artículo 210 de la LC establece que el concurso territorial se rija por las mismas normas que el principal (salvo las excepciones expresamente previstas en la propia LC). Asimismo, la convivencia de dos procedimientos, cuando el procedimiento principal lo tramita un juez de otro país, conlleva el necesario reconocimiento de sus resoluciones, sin que se haya previsto norma especial alguna en la LC, lo que plantea dudas sobre si la competencia para otorgar dicho reconocimiento corresponde a los jueces de primera instancia (según lo establecido en el art. 85.5 LOPJ) o a los jueces de lo mercantil (interpretando extensivamente el artículo 8.3º de la LC)⁴³⁴.

Enjuiciamiento Civil obliga al examen de oficio de la competencia territorial, cuando venga fijada por reglas imperativas "inmediatamente", después de presentada la demanda y el art 10.5, de la Ley concursal señala: que el Juez examinara de oficio su competencia y determinara si se basa en el apartado 10 o en el apartado 3 de este artículo. Es cierto que es doctrina de esta Sala, que el tratamiento procesal de la "competencia territorial", cuando éste viene determinado en virtud de un fuero imperativo, se asemeja al dispensado a la "competencia objetiva", ya que sus normas específicas, carecen del carácter dispositivo que tienen, en general, las normas sobre competencia territorial (artículos 54 y 59 de la LEC) y que cuando, como sucede en el caso, por hechos de conocimiento posterior se advierte que el Tribunal que está conociendo del asunto, carece de competencia territorial, debe aplicarse, analógicamente, la regla prevenida por el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para falta de competencia objetiva Autos 23-12-2003, 2-2-2004)". En términos prácticamente idénticos, ATS 14.07.2009 (RJ 2009/4469; Recurso 157/2009) y ATS 14.07.2009 (RJ 2009/4471; Recurso 93/2009).

⁴³² De conformidad con lo establecido en el 10.3 ap. 3 LC, los efectos de este concurso se limitarán a los bienes del deudor sitos en España.

⁴³³ Si paralelamente se estuviese tramitando un concurso principal en el país en el que el deudor tenga el centro de sus intereses principales, deberán tenerse en cuenta las normas de coordinación prevista en el capítulo IV del título IX de la LC. Sobre esta cuestión ESPINIELLA MENÉNDEZ considera que “*el sistema actual es inconsistente, y que para incrementar la eficiencia del sistema debe redefinirse el criterio competencial y el alcance del concurso territorial*”, ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “El procedimiento auxiliar de insolvencia: una nueva configuración del Derecho concursal Internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 5, 2005, pp. 153-198.

⁴³⁴ Sobre esta cuestión se han pronunciado MONTÓN REDONDO y MONTÓN GARCÍA: “*Se prevé que puedan reconocerse en nuestro país las resoluciones dictadas en el extranjero, acordando la apertura de*

El artículo 11 LC establece que en el ámbito internacional, se extenderá la jurisdicción del juez del concurso, únicamente al conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso⁴³⁵. Asimismo, el art. 199 LC establece que las normas de derecho internacional privado contenidas en su Título IX “*se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia y demás Normas Comunitarias o Convencionales que regulen la materia*”. La “vis atractiva” del concurso, en el ámbito internacional, queda reducida a estas acciones reguladas e inmediatamente relacionadas con el concurso. Un claro ejemplo de ello es la acción rescisoria concursal.

Así pues, partiendo de la naturaleza de la acción rescisoria concursal como una acción concursal especial, de la doctrina que el TJCE ha dictado en relación a esta materia, del Reglamento de Insolvencia y de la propia LC, en los concursos en los que sea de aplicación el Reglamento de Insolvencia, el juez que haya declarado el concurso será competente para tramitar las acciones de reintegración concursal que se insten en ese concurso, aún cuando ésta se dirija contra un demandado cuyo domicilio social se encuentra en otro Estado miembro. Toda esta argumentación es válida únicamente respecto del procedimiento de insolvencia principal.

un procedimiento de insolvencia, mediante la aplicación de las normas establecidas por la LEC para el exequátur. La competencia objetiva para este exequátur corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia, según lo previsto en el art. 85.5 LOPJ (...) Hacemos notar que dentro de las competencias atribuidas a los jueces mercantiles, no se hace referencia alguna a que pudieran conocer de esta modalidad del exequátur, por lo que debemos inclinarnos por la aplicación de las normas generales de la LEC. Quizás hubiera un resquicio para atribuirles este tipo de competencia, sobre la base del n° 3 del art. 8 LC que le autoriza para conocer ‘toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado’, MONTÓN REDONDO, A. y MONTÓN GARCÍA, M., “El nuevo proceso concursal”, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2005, pp.59 y 60.

⁴³⁵ VIRGÓS SORIANO y GARCIMARTÍN ALFÉREZ afirman que la competencia respecto de las acciones que deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden inmediata relación con éste debe considerarse relativamente exclusiva, en la medida en que también podrían conocer otros tribunales. En principio la exclusividad protege la masa y ayuda a conseguir los objetivos, pero en este tipo de acciones puede resultar contraproducente, por lo que hay que interpretarla como un privilegio del síndico que, por tanto, puede renunciar a ella y acudir a los tribunales competentes con carácter general. Afirman que el RI otorga competencia a los tribunales de apertura sobre estas acciones, pero no impide que los síndicos opten por plantearlas ante los tribunales normalmente competentes. En estos casos la competencia judicial internacional se determinaría por el Rgl 44/2001 (o por la norma nacional aplicable) y el reconocimiento por el art 25.1 II RI, de este modo se asegura un tratamiento igual de todas las decisiones materialmente incluidas en el RI, con independencia de la regla de competencia judicial internacional aplicable en cada caso (RI, Rgl 44/2001 o derecho nacional), VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., op. cit., pp. 69-71.

Cuando la jurisdicción corresponda a los tribunales españoles, para determinar la competencia territorial el art. 10 LC además del fuero principal, prevé un fuero electivo para el supuesto en que el deudor, además del centro de intereses principales tuviese en España su domicilio y éstos no coincidan. En estos casos, la competencia territorial corresponderá, a elección del acreedor solicitante, al juez del lugar en el que radique el centro de intereses principales, o al del lugar del domicilio. Este fuero electivo es aplicable sólo a los concursos necesarios (“*a elección del acreedor solicitante*”), es decir, los instados por algún acreedor, no a los concursos voluntarios a los que se aplica el fuero imperativo del lugar en el que radique el centro de intereses principales del deudor⁴³⁶. Consideramos que este fuero electivo no está debidamente justificado. Los criterios por los que no se admite el domicilio del deudor como fuero en el concurso voluntario, también son válidos en el caso del concurso necesario desde la perspectiva de los acreedores no instantes del concurso, para los que, probablemente, sea más fácil conocer la existencia del concurso y litigar en el lugar del centro de intereses principales.

Partiendo pues, del RI comunitario, de la LC española y de la doctrina del TJCE creemos que no plantea ninguna duda que la competencia de los juzgados españoles que tramiten un procedimiento de insolvencia principal, se extiende al conocimiento de las acciones rescisorias concursales que puedan interponerse en el seno de dicho concurso.

1.2- Legislación aplicable: Reglamento de Bruselas I (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial en materia civil y mercantil o el Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia. La doctrina del TJCE.

Centrándonos ya en la acción rescisoria concursal, debemos señalar que se ha planteado la duda de si le es aplicable el Reglamento de Insolvencia. Las discrepancias se centran en la delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento de Bruselas I (que excluye de su ámbito de aplicación “*la quiebra, los convenios entre*

⁴³⁶ En este sentido ver el ya reseñado ATS 25.05.2010 (RJ 2010/3720; Recurso 200/2010).

quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos”), y del propio Reglamento de Insolvencia. Concretamente, el problema es delimitar cuándo un litigio se entiende a estos efectos como derivado directamente de un procedimiento de quiebra o insolvencia de un deudor, y respecto de lo que ahora nos interesa, si así debe entenderse en el caso de la acción rescisoria concursal.

El Reglamento (CE) nº 1346/2000, aplicable solamente a los procedimientos en que el centro de intereses principal del deudor esté situado en la Comunidad, regula en el art. 1 su ámbito de aplicación: *“1. El presente Reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desamparamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico.*

2. El presente Reglamento no se aplicará a los procedimientos de insolvencia relativos a las empresas de seguros y a las entidades de crédito, ni a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros, ni a los organismos de inversión colectiva”.

No obstante ello, en los concursos en los que concurren elementos que determinan la aplicación de la normativa comunitaria, se ha planteado respecto de determinadas materias entre las que se encuentra la rescisoria concursal, qué norma es aplicable, el Reglamento de Bruselas I (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial en materia civil y mercantil o el Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia⁴³⁷.

Ya hemos visto cual es el ámbito de aplicación del RI. Por su parte, el Reglamento de Bruselas I (CE) nº 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, también fija su ámbito de aplicación en el art. 1: *“1. El presente Reglamento se aplicará*

⁴³⁷ Sobre esta cuestión, VIRGÓS y GARCIMARTÍN consideran que no hay lagunas entre el RI y el Rgl Bruselas I, precisamente porque la finalidad del RI fue llenar la laguna del Rgl. Bruselas I en relación a los procesos de insolvencia excluidos de éste. El RI partiendo de la vigencia de la doctrina del TJCE que sobre este punto había dictado en el asunto 133/78 (Gourdain v Nadler) consideró excluido del Conv. de Bruselas la materia concursal y optó por no incluir una declaración expresa de delimitación del ámbito material del RI: *“el tribunal comunitario estableció como criterio de delimitación de ese concepto la naturaleza de la acción ejercitada: las acciones cuyo fundamento jurídico inmediato se encuentre en el Derecho concursal y que se inserten estrechamente en un procedimiento de insolvencia no entran en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas (ni por consiguiente en el del Rgl 44/2001). El Reglamento de Insolvencia aceptó este mismo criterio. En este sentido, el Reglamento de Insolvencia es (materialmente) aplicable a todas aquellas resoluciones que quedan fuera del Reglamento 44/2001”*, vid. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., ob. cit., p. 62.

en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa.2. Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento: b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos”.

Las discrepancias que se plantearon a la hora de delimitar la aplicación de cada uno de estos Reglamentos en el ámbito concursal, llevaron al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (ahora TJUE)⁴³⁸ a pronunciarse sobre la cuestión, por primera vez, en la sentencia de 22 de febrero de 1979 en el asunto GOURDIN c. NADLER (asunto 133/78)⁴³⁹. En este caso, alegada la inaplicabilidad del Reglamento de Bruselas I por tratarse de una materia relativa a una quiebra, el tribunal competente para resolver, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán), planteó al TJCE una cuestión para obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación del 1.2º del Convenio de 27 de septiembre de 1968. Según el Abogado General la cuestión es la siguiente: “*La resolución de un órgano jurisdiccional civil francés fundada en el artículo 99 de la Ley francesa nº 67.563, de 13 de julio de 1967, por la que se condena al Administrador de hecho de una persona jurídica a pagar una cantidad determinada a la masa, ¿debe*

⁴³⁸ Según ZAPATER DUQUE: “*El tratado de Lisboa le signa la misión de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los mismos (art. 19 TUE), y lo dota de los medios necesarios para hacerlo: su jurisdicción es obligatoria y, en el ámbito de sus competencias, exclusiva. Sus decisiones se imponen tanto a los Estados miembros como a las instituciones de la Unión, y también a los particulares. Asimismo, se trata de una jurisdicción única aunque no unitaria, puesto que tal y como el art. 19 TUE destaca, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprende tres instancias: el Tribunal de Justicia (antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, en adelante, TJ); el Tribunal General (anteriormente denominado Tribunal de Primera Instancia) y los tribunales especializados. El Tribunal de la Unión Europea actúa, pues, como máximo garante del cumplimiento de la legalidad (...). El Tribunal es competente para resolver las cuestiones prejudiciales que le planteen los jueces internos respecto a la interpretación o calidez de una norma de derecho de la Unión que tenga que aplicar en el curso de un litigio nacional. Por su enorme relevancia en materia de aplicación e interpretación del derecho de la Unión, esta competencia prejudicial se ha convertido en una de las más importante del Tribunal de Justicia”*, ZAPATER DUQUE, E., “Estructura orgánica (II)” en AA.VV., “*Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*”, (Dir. Abellán Honrubia, V., y Vila Costa, B.), Ed. Ariel, 6º ed., 2011, pp 80-81 y 86.

⁴³⁹ Este asunto nace del ejercicio de una acción de responsabilidad dirigida contra el administrador de hecho de una sociedad francesa en concurso y liquidación, derivada de la quiebra de su matriz alemana, estimada por el Tribunal de apelación francés en base al art. 99 de la Ley Francesa nº 67.563, de 13 de julio de 1967. El Síndico actor instó, con arreglo al artículo 31 del Convenio de Bruselas del 68, la ejecución en Alemania, accediendo provisionalmente el órgano jurisdiccional competente (el Presidente de la Sala Primera de lo Civil del Landgericht Limburg/Lahn, en abril de 1977). El condenado se opuso por considerar que el asunto entraba en el marco de la quiebra y por tanto, estaba fuera del ámbito de aplicación del citado Convenio. El demandante en el litigio principal consideró errónea esta calificación. En su opinión, era esencial comprobar que el artículo 99 de la Ley francesa regula un caso particular de responsabilidad civil que debe ser objeto de una acción civil ejercitada por el síndico de la liquidación. Por ello interpuso recurso de casación ante el Bundesgerichtshof (el TS Alemán).

considerarse dictada en el marco de una quiebra o de un procedimiento análogo (número 2 del párrafo segundo del artículo 1 del Convenio), o procede considerar dicha sentencia como una resolución en materia civil y mercantil (párrafo primero del artículo 1 del Convenio)?”. El TJCE considera que la acción del art. 99 de la regulación francesa tiene su fundamento jurídico únicamente en el derecho concursal tal y como es interpretado a la luz del Convenio del 68, por consiguiente hay que considerar que se trata de una sentencia dictada en el marco de una quiebra o de un procedimiento análogo, a los efectos del art. 1, 2º del Convenio, y por tanto no es de aplicación el citado Convenio⁴⁴⁰. En esta primera resolución, a pesar de no referirse expresamente a las acciones de reintegración, encontramos ya en la detallada exposición del Abogado General⁴⁴¹ argumentos sólidos para defender que la rescisoria concursal debe

⁴⁴⁰ Afirma el TJCE que el Convenio ha sentado como principio que su ámbito de aplicación comprende “la materia civil y mercantil”, pero sin definir el contenido de esta expresión, excluyendo expresamente “las quiebras, los convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos”, sin que se precisara tampoco el significado de estos conceptos, “...*como el artículo 1 sirve para indicar el ámbito de aplicación del Convenio, es preciso —con vistas a garantizar, en la medida de lo posible, la igualdad y la uniformidad de los derechos y obligaciones que derivan del Convenio para los Estados contratantes y las personas interesadas— no interpretar los términos de esta disposición como un simple reenvío al Derecho interno de uno u otro de los Estados afectados; que el párrafo primero del artículo 1, al precisar que el Convenio se aplicará ‘independientemente de la naturaleza del órgano jurisdiccional’, indica que el concepto de materia civil y mercantil no puede interpretarse únicamente en función de la distribución de competencias entre los diferentes órdenes jurisdiccionales que existen en determinados Estados; que, por consiguiente, procede considerar los conceptos utilizados en el artículo 1 como conceptos autónomos que es preciso interpretar en relación, por una parte, con los objetivos y el sistema del Convenio y, por otra, con los principios generales elaborados por todos los sistemas jurídicos nacionales*”. Asimismo: “... *es preciso, para que las resoluciones relativas a una quiebra se excluyan del ámbito de aplicación del convenio, que sean consecuencia directa de la quiebra y se mantengan estrictamente dentro del marco de un procedimiento de liquidación de bienes o de suspensión de pagos con las referidas características; que, para responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional, procede, pues, examinar si una acción como la del artículo 99 de la Ley francesa tiene su fundamento jurídico en el Derecho concursal en el sentido que se le atribuye en el Convenio.*”

⁴⁴¹ Reseñamos también por su claridad expositiva, parte de las alegaciones realizadas por el Abogado General, que defendió en este asunto, la inaplicación del Convenio de Bruselas I: “*4º.- (...) Si nos planteamos en qué sentido hay que entender los términos ‘quiebras, convenios y demás procedimientos análogos’ que contiene el artículo 1 del Convenio de ejecución, el punto de partida elegido por el demandado me parece exacto. Procede determinar en primer lugar la naturaleza de la quiebra y de los procedimientos análogos en referencia a los principios que se aplican a este respecto en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. De este modo se llega a comprobar que, en tales procedimientos de insolvencia, se trata de inventariar y de realizar, bajo control de un síndico nombrado oficialmente, el patrimonio de una persona insolvente o excesivamente endeudada, con vistas al cobro proporcional de los acreedores. El objeto esencial de semejante procedimiento consiste pues en el inventario completo del patrimonio del deudor en el marco de un procedimiento especialmente dispuesto al efecto.*

Respecto a los procedimientos especiales vinculados a una quiebra, pueden encontrarse elementos útiles en el informe Jenard, que afirma que dichos procedimientos pueden considerarse parte de la quiebra cuando deriven directamente de ésta. Por lo demás, fórmulas semejantes se utilizan también en el apartado 4 del artículo 22 del Tratado Benelux, que se refiere a este campo, pero que todavía no ha entrado en vigor (...) Esto se aplica sin ninguna duda a acciones tales como las derivadas de la acción de nulidad de los actos del quebrado y no existen más que en el marco de la quiebra, las cuales, pues,

considerarse una acción dictada en el marco de una quiebra o procedimiento análogo y por tanto, excluida del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I.

Posteriormente, el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente sobre las acciones de reintegración, en la Sentencia de 12 de febrero de 2009 dictada en el asunto SEAGO c. DEKO MARTY, (asunto C-339/07)⁴⁴². En este caso, el deudor de una sociedad belga ingresó 50.000 € en una cuenta titularidad de la sociedad en el Bank de Düsseldorf, Alemania, pidiendo el concurso al día siguiente. El síndico del concurso ejercitó una acción revocatoria solicitando la devolución de los 50.000 euros cobrados por la sociedad belga ante el tribunal alemán que consideró competente. El tribunal rechazó la pretensión al entender que los órganos jurisdiccionales alemanes no podían juzgar la acción de la actora, pues la demandada tenía su domicilio en otro Estado (Bélgica) y el Reglamento nº 1346/2000 no se aplica a las acciones revocatorias concursales. Contra esta resolución se interpuso recurso, en última instancia, ante el

tienen su origen en el Derecho concursal... Pero cabe suponer que lo mismo sucede respecto a las acciones que también existen ciertamente en virtud del Derecho común, pero en las que el Derecho concursal introduce una modificación tan decisiva que es preciso reconocer que sus características generales están determinadas por el Derecho concursal.

5°.- La interpretación del demandante en el litigio principal, según la cual no se trataría más que de un tipo particular de acción de responsabilidad fundada en una disposición específica del Derecho civil y mercantil en materia de responsabilidad provista de circunstancias particulares, no puede ciertamente considerarse aceptable.

Es más convincente la interpretación dada por el demandado, quien afirma que el objetivo real del procedimiento de que se trata es conseguir un inventario completo de los elementos del activo que falten en una sociedad, es decir, que se trataría de una especie de restitución in natura que trata de restablecer la situación que existiría sin la gestión incorrecta. Pero si se trata de una compensación de la disminución de la masa, habría que hablar efectivamente, respecto a la función del procedimiento regulado por el artículo 99 de la Ley nº 67.563, de una integración evidente en el proceso de quiebra.

7.- Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda como sigue a la petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof: La exclusión anunciada en el número 2 del párrafo segundo del artículo 1 del Convenio de ejecución contempla, además de los procedimientos originarios, también los procedimientos vinculados al procedimiento de quiebra que presuponen imperativamente una quiebra y derivan directamente de ella. Esto se aplica a los procedimientos relativos a las acciones reguladas exclusivamente por el Derecho concursal así como a las acciones que existen también en el Derecho civil general, pero que en el Derecho concursal sufren una modificación tan decisiva que han de ser consideradas, por su finalidad, como incluidas en el Derecho concursal”.

⁴⁴² Los hechos que dan lugar a este pronunciamiento son los siguientes: Frick Teppichboden Supermärkte GmbH (deudora) pagó 50.000 euros a Deko Marty Belgium NV (demandada) el 14 de marzo de 2002. Aunque la demandada es una sociedad belga radicada en Bélgica, el valor se ingresó en una cuenta bancaria a su nombre en el KBC Bank de Düsseldorf, Alemania. Al día siguiente, la deudora solicitó el inicio de un procedimiento de insolvencia ante el Amtsgericht Marburg, petición que fue estimada el 1 de junio de ese mismo año. En el auto de apertura del procedimiento, se nombró síndico al Sr. Christopher Seagon (demandante). Éste ejercita una acción revocatoria ante el Landgericht Marburg solicitando la devolución de los 50.000 euros cobrados por la demandada. El Landgericht analizó en pieza separada la pretensión del demandante, rechazándola por inadmisibile, al entender que los órganos jurisdiccionales alemanes no podían juzgar la acción de la actora, pues la demandada tiene su domicilio en Bélgica el Reglamento nº 1346/2000 no se aplica a las acciones revocatorias concursales.

Bundesgerichtshof. Mediante resolución de 21 de junio de 2007, el Bundesgerichtshof planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes: “1) *¿Son competentes internacionalmente, según el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio del deudor, para conocer de una acción revocatoria por insolvencia contra un demandado que tiene su domicilio estatutario en otro Estado miembro? En caso de respuesta negativa a la primera cuestión;* 2) *¿Se encuentra recogida la acción revocatoria por insolvencia en el artículo 1, apartado 2, letra b), del Reglamento sobre la competencia judicial.*”

En relación a la primera cuestión, a juicio del Tribunal se trataba de determinar si la acción revocatoria concursal, se integra en el procedimiento de insolvencia por razón de su ligazón con la quiebra. El TJCE resuelve que: “*El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia tienen competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia dirigida contra un demandado cuyo domicilio social se encuentra en otro Estado miembro*”⁴⁴³.

⁴⁴³ La fundamentación de la resolución es la siguiente: “15.- *Las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se refieren a la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales en materia de acciones revocatorias por insolvencia. 16.- De la resolución de remisión se desprende que en Derecho alemán la acción revocatoria está regulada en los artículos 129 y siguientes del Insolvenzordnung (Código de procedimientos concursales) de 5 de octubre de 1994 (BGBl. 1994 I, p. 2866). En caso de insolvencia esta acción sólo puede ser ejercitada por el administrador concursal, con el único fin de defender los intereses de los acreedores. Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 130 a 146 de dicho Código, el administrador concursal puede impugnar los actos realizados antes de la apertura del procedimiento de insolvencia que perjudiquen a los acreedores. 17.- Por consiguiente, la finalidad de la acción revocatoria de que se trata en el asunto principal consiste en el acrecentamiento de la masa activa del concurso. 18.- Procede examinar si las acciones revocatorias están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000. 19.- A este respecto, debe recordarse, con carácter previo, que el Tribunal de Justicia declaró, en el marco de su jurisprudencia a propósito del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32; texto codificado en español en DO 1990, C 189, p. 2), que una acción similar a la que es objeto del asunto principal estaba asociada a un procedimiento de quiebra, por ser consecuencia directa de la quiebra y mantenerse estrictamente dentro del marco de un procedimiento de liquidación de bienes o de suspensión de pagos (véase la sentencia de 22 de febrero de 1979, Gourdain, 133/78, p. 733, apartado 4). Una acción que presenta estas características no está comprendida, por esta razón, en el ámbito de aplicación de dicho Convenio. 20.- Es precisamente ese mismo criterio el que emplea el sexto considerando del Reglamento nº 1346/2000 para delimitar el objeto de este último. Así, según dicho considerando, el Reglamento debería limitarse a disposiciones que regulen la competencia para la apertura de procedimientos de insolvencia y para decisiones emanadas directamente de dichos*”

La reseñada doctrina del TJCE no deja lugar a duda de que las acciones rescisorias concursales se integran en el procedimiento de insolvencia, y por tanto, les es de aplicación el Reglamento de Insolvencia comunitario que determina la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia para conocer de las mismas⁴⁴⁴.

Según ESPINIELLA MENÉNDEZ de la Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-213/10, F-*Tex SIA c. Jadecloud Vilma*, se desprende que el ámbito de

procedimientos, con los que están en estrecha relación. 21.- Habida cuenta de esta voluntad del legislador y del efecto útil de dicho Reglamento, el artículo 3, apartado 1, de éste debe interpretarse en el sentido de que también atribuye competencia internacional al Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia para conocer de las acciones que emanen directamente de este procedimiento y que guarden estrecha relación con él. 22.- Esta concentración de todas las acciones directamente asociadas a la insolvencia de una empresa ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente para abrir el procedimiento de insolvencia también resulta conforme con el objeto de mejorar la eficacia y la rapidez de los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas, objetivo contemplado en los considerandos segundo y octavo del Reglamento nº 1346/2000. 23.- Además, esta interpretación encuentra confirmación en el cuarto considerando de dicho Reglamento, según el cual, para el buen funcionamiento del mercado interior, es necesario evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable (forum shopping). 24.- Así, la posibilidad de que diversos foros fueran competentes en lo que se refiere a las acciones revocatorias ejercitadas en diferentes Estados miembros conduciría a dificultar la consecución de dicho objetivo. 25.- Por último, la interpretación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 expuesta en el apartado 21 de la presente sentencia se ve corroborada por el artículo 25, apartado 1, de dicho Reglamento. En efecto, el párrafo primero de esta última disposición establece una obligación de reconocimiento de las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por el tribunal cuya resolución de apertura del procedimiento deba reconocerse en virtud del artículo 16 de dicho Reglamento, es decir, un tribunal competente con arreglo al artículo 3, apartado 1, de este mismo Reglamento. 26.- De conformidad con el párrafo segundo del artículo 25, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000, el párrafo primero de dicho apartado 1 se aplica asimismo a las resoluciones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste. Dicho de otro modo, esta disposición acoge la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto un procedimiento de insolvencia al amparo del artículo 3, apartado 1, de dicha Reglamento también conozcan de una acción del tipo de que se trata en el litigio principal. 27.- En este contexto, la expresión ‘incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional’, que figura en el artículo 25, apartado 1, párrafo segundo, de este mismo Reglamento no implica que el legislador comunitario haya querido excluir la competencia, para el tipo de acciones de que se trata, de los órganos jurisdiccionales del Estado en cuyo territorio se abrió el procedimiento de insolvencia. Esta expresión denota, en especial, que corresponde a los Estados miembros determinar el órgano jurisdiccional competente desde los puntos de vista territorial y material, el cual no ha de ser necesariamente el que procedió a la apertura del procedimiento de insolvencia. Además, esta expresión se refiere al reconocimiento de las resoluciones de apertura de un procedimiento de insolvencia según lo establecido en el artículo 16 del Reglamento nº 1346/2000. 28.- Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, procede responder a la primera cuestión que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia tienen competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia dirigida contra un demandado cuyo domicilio social se encuentra en otro Estado miembro. 29.- Vista la respuesta que ha de darse a la primera cuestión, huelga pronunciarse sobre la segunda”.

⁴⁴⁴ Sobre esta cuestión ver el AAP Alava (Sección 1) 14.03.2012 (Auto 36/2012; Rollo 606/2011).

aplicación del Reglamento «Bruselas I» y del Reglamento 1346/2000 es paralelo (Ap.35), por ello, deben considerarse excluyentes entre sí, de forma que las acciones que estén sometidas al ámbito material de uno de los instrumentos no podrán simultáneamente someterse al ámbito de aplicación del otro (Ap. 37); y no deben permitirse lagunas entre ambos instrumentos que conlleven llamadas a las legislaciones internas de los Estados miembros (Ap. 36).⁴⁴⁵

Esta cuestión ha sido definitivamente zanjada por el nuevo texto refundido del RI aprobado el 20 de mayo del 2015, que en su art. 6 titulado “*Competencia para las acciones que se deriven directamente de los procedimientos de insolvencia o guarden una estrecha vinculación con ellos*”, atribuye la competencia para conocer sobre las acciones que deriven directamente del procedimiento de insolvencia y tenga una estrecha vinculación con éste, citando expresamente las acciones revocatorias, a los órganos judiciales del Estado en el que se haya abierto un procedimiento de insolvencia principal⁴⁴⁶.

En este punto, además, debemos tener en cuenta que el art. 199 LC establece que las normas de derecho internacional privado contenidas en su Título IX “*se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia y demás Normas Comunitarias o Convencionales que regulen la materia*”. Así pues, partiendo de la naturaleza jurídica de la acción rescisoria concursal como una acción concursal especial, de la doctrina que el TJCE ha dictado en

⁴⁴⁵ ESPINIELLA, MENÉNDEZ, A., “Cesión internacional de acciones por la administración concursal, Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2012, asunto C-213/10, *F-Tex SIA c. Jadecloud Vilma*”, *Diario La Ley*, Año XXXIII, Número 7891, 29 de junio de 2012, www.diariolaley.es.

⁴⁴⁶ Artículo 6 texto refundido RI: “1. *Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del artículo 3 serán competentes para cualquier acción que se derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una estrecha vinculación con este, como las acciones revocatorias.*

2. *Cuando una acción como la mencionada en el apartado 1 sea una acción conexa con una acción en materia civil y mercantil interpuesta contra el mismo demandado, el administrador concursal podrá promover ambas acciones ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el demandado o, en caso de que la acción se interpusiera contra varios demandados, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado alguno de ellos, siempre que esos órganos jurisdiccionales sean competentes con arreglo a las normas establecidas por el Reglamento (UE) no 1215/2012. El párrafo primero será aplicable al deudor no desapoderado, siempre que el Derecho nacional le permita presentar acciones en representación de la masa.*

3. *A los efectos del apartado 2, se considerarán conexas las acciones vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que es oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente”.*

relación a esta materia, y de la propia LC, en los concursos en los que el centro de intereses principales del deudor se encuentre en España, será de aplicación el Reglamento 1346/2000 de insolvencia, y las normas contenidas en la LC⁴⁴⁷. Cada uno de estos textos tiene su ámbito de aplicación: el reglamento se aplica con preferencia a las normas de Derecho Internacional Privado de la LC (salvo cuando el propio Reglamento se remita expresamente a ella, p. ej, arts 22.1 y 22.2 RI), cuando el centro de intereses principales del deudor estén en un estado de la Comunidad y existan relaciones o conexiones con otros estados miembros⁴⁴⁸. Por el contrario, serán de aplicación las normas de derecho internacional privado contenidas en la LC cuando el deudor tenga su centro de intereses principales en un estado no Comunitario⁴⁴⁹. No obstante ello, no podemos perder de vista que las normas de derecho internacional privado contenidas en la LC incorporan mayoritariamente los criterios y el modelo implantado por el Reglamento de insolvencia, (que a su vez se inspiró en la Ley Modelo Uncitral), lo que facilita la aplicación de ambos textos en el ámbito intracomunitario⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Han de tenerse en cuenta también, las directivas sobre saneamiento y liquidación de compañías de seguros y entidades de créditos.

⁴⁴⁸ En este sentido se pronuncia, entre otros, GARCIMARTIN afirmando: “*En nuestro derecho positivo, el régimen aplicable a los concursos internacionales se encuentra fundamentalmente en dos textos: el RI y la LC. Cada uno de ellos tiene su ámbito de aplicación. El regl se aplica cuando el centro de intereses principales del deudor se localiza en la Comunidad, y en relaciones a los estados miembros (Dinamarca queda excluida en virtud del art 69 Tratado CE y del Protocolo anejo)... Dentro de su ámbito el Rgl desplaza a las normas de DIPr. de la LC (vid art 199 LC) salvo excepciones muy puntuales cuando el propio Rgl. se remita a ella (arts 22.1 y 22.2 RI)*”, GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J., “Las normas de derecho internacional privado de la LC: algunas pautas para su correcto entendimiento”, *RJC*, 2004, p. 303 (pp. 1269-1291).

⁴⁴⁹ Sobre este punto se pronuncia expresamente GALGO PECO: “*El Reglamento se limita a regular los efectos intracomunitarios de los procedimientos de insolvencia. De esta forma, el ámbito de aplicación de las normas de derecho internacional privado recogidas en el Título IX de la LC queda circunscrito a aquellos supuestos en que el deudor tenga su ‘centro de intereses principales’ en un Estado no miembro (...) y, en el caso de que dicho ‘centro de intereses principales’ radique en España, a los aspectos extracomunitarios derivados del concurso abierto en nuestro país*”, vid. GALGO PECO, A., op. cit, p. 953.

⁴⁵⁰ En estos términos se expresa en el apartado XI de la exposición de motivos la LC: “*La Ley Concursal contiene unas normas de derecho internacional privado sobre esta materia, que siguen, con las convenientes adaptaciones, el modelo del Reglamento (CE) número 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. Así, se facilita la aplicación de ambos textos en el ámbito intracomunitario y se ajusta el mismo modelo normativo a la regulación de otras relaciones jurídicas que están fuera de ese ámbito. En este sentido, la nueva regulación se inspira también en la Ley Modelo de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMIUNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza, recomendada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997*”.

El art. 4 del RI determina que “*la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento*”, la denominada *lex fori concursus*. De manera que en aplicación de dicha norma, a los procedimientos de insolvencia abiertos en España se regirán por la LC española. Así lo establece también el art. 200 LC que contiene la norma general sobre la norma aplicable en estos supuestos⁴⁵¹ (recogiendo los artículos siguientes las excepciones a esta norma general). El art. 4.2º del RI desarrolla esta remisión general, estableciendo que será la ley del Estado de apertura la que determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia, haciendo una referencia expresa en su apartado m) a que dicha ley determinará: “*las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los*

⁴⁵¹ El art. 200 LC establece: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes, la Ley española determinará los presupuestos y efectos del concurso declarado en España, su desarrollo y su conclusión*”. Debemos tener en cuenta que el RI sigue un modelo denominado de universalismo mitigado, en virtud del cual el procedimiento principal abierto en el país en el que esté el centro de intereses principales del deudor, abarca todo los acreedores y bienes del mismo, con independencia de su nacionalidad y del país en el que se encuentren, aplicándose como regla general (con las excepciones legalmente establecidas) la *lex fori concursus* (Ley del Estado de apertura) como única ley aplicable tanto a los aspectos materiales como procesales. Este universalismo se modera en el apartado 2º del art. 3 RI en el que se regula la posibilidad de abrir concursos territoriales coordinados con el principal: “*2.- Cuando el centro de los intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro sólo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si éste posee un establecimiento en el territorio de este último Estado. Los efectos de dichos procedimientos se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro*”.

Sobre esta cuestión resulta muy didáctico el Auto dictado por el juzgado mercantil 4 de Barcelona 23.04.2007 (Concurso 80/2007): “*3. El Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, tiene por objetivo regular los efectos transfronterizos de los procedimientos concursales cuando el deudor insolvente, sujeto de uno de esos procedimientos, tiene bienes o desarrolla su actividad en diferentes Estados miembros de la Unión Europea. Teóricamente dos son los modelos posibles para regular los concursos internacionales, un modelo territorial, en el que el procedimiento de insolvencia declarado en un Estado limita sus efectos a los bienes y a los acreedores que se encuentren en ese Estado, de modo que en estos casos habría que declarar tantos concursos como Estados, y un segundo modelo sería el universal, en el que un solo procedimiento concursal extiende sus efectos a todo el patrimonio del deudor cualquiera que sea el país en el que se encuentren sus elementos. 4. Se ha dicho que el Reglamento responde a un modelo de universalismo mitigado, ya que sólo permite la apertura de un procedimiento de insolvencia, llamado procedimiento principal, en el Estado donde el deudor tenga su centro de intereses principales, al que reconoce efectos universales, tanto sobre la masa pasiva, sobre todos los acreedores, como sobre la masa activa, sobre todos los bienes del deudor, cualquiera que sea el estado en el que se encuentren. Sin embargo permite simultáneamente la apertura de procedimientos territoriales en los Estados en los que el deudor tenga un establecimiento, que limitan sus efectos a los bienes presentes en ese Estado, al tiempo que trata de coordinar el desarrollo de ambos procedimientos para garantizar su eficacia. 5. El art. 3.1 del Reglamento atribuye la competencia en exclusiva para abrir el procedimiento principal a ‘los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor’. Curiosamente, a pesar de la importancia que tiene el concepto de centro de intereses principales, el Reglamento no lo incluye dentro de las definiciones de otros conceptos que hace el art. 2. La definición ha de buscarse en la exposición de motivos del Reglamento apartado 13 en el que se dice que ‘El centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros’.*”

acreedores”, es decir, a las acciones de reintegración en general. No obstante, según el art. 13: “No se aplicará lo dispuesto en la letra m) del apartado 2 del artículo 4 cuando el que se haya beneficiado de un acto perjudicial para los intereses de los acreedores pruebe que: dicho acto está sujeto a la Ley de un Estado miembro distinto del Estado de apertura, y que en ese caso concreto, dicha Ley no permite en ningún caso que se impugne dicho acto.”. Esta excepción también está expresamente recogida, de manera casi literal, en el art. 208 de la LC⁴⁵². Así pues, si bien el RI prevé como regla general en relación con las acciones de reintegración la aplicación de la *lex fori concursus*, admite que el beneficiado por el acto perjudicial evite su aplicación probando que el acto está sujeto a la ley de otro Estado miembro⁴⁵³.

Todo lo dicho hasta el momento nos permite concluir que, salvo las excepciones legalmente previstas, será la LC la norma aplicable a las acciones rescisorias concursales que se interpongan en un procedimiento concursal del que deban conocer

⁴⁵² La redacción del art. 208 LC es: “*Acciones de reintegración.- No procederá el ejercicio de acciones de reintegración al amparo de esta Ley cuando el beneficiado por el acto perjudicial para la masa activa pruebe que dicho acto está sujeto a la ley de otro Estado que no permite en ningún caso su reintegración*”.

⁴⁵³ VIRGÓS y GARCIMARTÍN afirman que: “*La trascendencia de las reglas de impugnación de actos perjudiciales es tal que el Rgl las extiende expresamente a las excepciones previstas por los arts 5,6 y 7 (estableciendo una suerte de ‘excepción a la excepción’). Pese a la conexión especial que establecen estos preceptos en materia de derechos reales, reservas de propiedad y compensación, la aplicación de la ley por ellos designada no impide el ejercicio de acciones de nulidad, anulabilidad o inoponibilidad contempladas por la lex fori concursus (arts 5.4º, 6.2º y 7.3º). La justificación de esta regla no es incrementar la masa de la quiebra (...) sino asegurar que los derechos protegidos por estos artículos se hayan adquirido de forma no fraudulenta o inobjetable. Su sentido y fin típico es prevenir que a través de comportamientos subjetiva u objetivamente fraudulentos realizados antes de la apertura del proceso se perjudiquen los intereses colectivos de los acreedores: evitar que salgan bienes del patrimonio del deudor sin contrapartida o que unos acreedores se beneficien ilegítimamente a costa de otros. Lo que hace el Rgl es asegurar una par conditio creditorum conflictual (todos se someten a la lex fori concursus) en la represión de esas conductas. Por eso lo que realmente protegen los arts 5,6 y 7 son los derechos adquiridos conforme a una ley distinta de la de la insolvencia, siempre que esa adquisición sea inobjetable; y el que sea concursalmente objetable o inobjetable nos lo dice la lex fori concursus (con el límite del art 13). Lo mismo puede decirse en el caso de los arts 8 y 10, si bien en estos casos no era necesaria una reserva expresa del art. 4, 2, m. El art. 13 funciona, en definitiva, como una regla de veto frente al art. 4. La ley del acto interviene únicamente para determinar si el acto es o no impugnabile. Si el beneficiado por el acto prueba que conforme a esa ley no hay ningún medio específico que permita impugnar el acto en cuestión, se descarta la aplicación de la lex concursus y se respeta la validez del acto. En otro caso, opera normalmente el art. 4 y se aplica la lex fori concursus; el régimen de la impugnación y sus consecuencias es, exclusivamente, el previsto por esta ley. Si el acto puede ser impugnado según su propia ley el veto del art 13 no opera y se aplica sin límites el art. 4.2.m.”, vid, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., ob. cit., pp.134-137; En este punto también debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 9.2 en relación a los sistemas de pago y mercados financieros: “*Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá el ejercicio de una acción de nulidad, anulación o inoponibilidad de los pagos o de las transacciones, en virtud de la Ley aplicable al sistema de pago o al mercado financiero de que se trate*”.*

los juzgados españoles por aplicación de las normas de competencia judicial internacional contenidas en el RI comunitario y la LC española⁴⁵⁴.

1.3- Declinatoria

La Ley concursal contiene, en su artículo 12, una regulación especial de la declinatoria para plantear cuestiones de competencia territorial en el ámbito del concurso. La legitimación corresponde al deudor (en el plazo de 5 días desde su emplazamiento), o al resto de legitimados para solicitar la declaración de concurso (en el plazo de 10 días desde la publicación de la declaración de concurso en el BOE). No se regula expresamente el órgano judicial ante el que debe interponerse, pero tanto de su redacción, como de la aplicación de la regulación general contenida en el art. 63.2 LEC, se desprende que éste debe ser el juez que haya declarado el concurso (a partir del 1 de octubre de 2015 el juez mercantil o el de primera instancia). Igual que exige la LEC (art. 63.1,2º LEC), el promotor debe indicar cuál es el órgano que considera competente para conocer el asunto, pero a diferencia de lo previsto en el art. 64 de la LEC, la interposición de la declinatoria no suspenderá el procedimiento concursal. Si posteriormente se estimara la declinatoria, todo lo actuado hasta el momento será válido, y se remitirá al juzgado competente, emplazando a las partes, para que continúe la tramitación. En cuanto al procedimiento concreto a seguir para la tramitación de la declinatoria la LC no contiene previsión alguna. Por ello, será de aplicación el regulado en el artículo 65 de la LEC, si bien, deberán realizarse las adaptaciones necesarias para no contravenir lo establecido en el artículo 12 LC.

⁴⁵⁴ Las divergencias entre las diversas regulaciones concursales de los distintos Estados de la UE, han llevado a la Comisión a la publicación de una Recomendación de fecha 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE). En relación al Reglamento de Insolvencia, el Considerando (5) afirma: “*El Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo regula únicamente las cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia. La propuesta de la Comisión para la modificación de dicho Reglamento debería extender su ámbito de aplicación a procedimientos preventivos que promuevan el rescate de un deudor económicamente viable y ofrezcan una segunda oportunidad a los empresarios. Sin embargo, la enmienda propuesta no aborda la divergencia entre los procedimientos previstos en los Derechos nacionales*”. En relación a nuestro ordenamiento jurídicos, debemos destacar que puntos relevantes, (no todos) de esta Recomendación, ya fueron implantados mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre. Sobre esta cuestión ver SICRE, L., “Hacia una Ley Concursal para toda la UE”, *Diario elEconomista*, Iuris&Lex, 28.03.2014, pp.18-19.

En la medida en que la demanda rescisoria concursal tiene que presentarse necesariamente ante el juez que está tramitando el concurso, es prácticamente imposible que pueda plantearse en la práctica una declinatoria por falta de competencia territorial.

2.- Competencia objetiva y funcional

El artículo 8 de la LC atribuye la competencia objetiva para conocer del procedimiento concursal a los Jueces de lo mercantil, enumerando las materias respecto de las cuales la jurisdicción de los jueces de lo mercantil es exclusiva y excluyente⁴⁵⁵. La jurisdicción del juez competente para conocer del concurso, en virtud de lo establecido en el art. 9.1 LC se extiende también a *“las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el art. 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal”* (las cuestiones civiles se han incluido tras la reforma del 2011), si bien, la decisión sobre estas cuestiones no tendrá efecto fuera del proceso concursal en que se produzca. Así pues, la voluntad del legislador es que todas las cuestiones de carácter patrimonial⁴⁵⁶ que puedan afectar al concurso sean conocidas por el juez encargado de la tramitación del concurso, estableciendo de este modo, una *“vis atractiva”* del concurso respecto de las demás cuestiones de carácter patrimonial con independencia de que su naturaleza sea o no mercantil, lo que creemos totalmente justificado dado el carácter de ejecución universal del proceso concursal. Sobre esta cuestión, también debemos tener en cuenta la regulación general contenida en el artículo 61 de la LEC relativa a la competencia funcional por conexión, según la cual *“Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias...”*.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, considera que esta vis atractiva del proceso concursal no ha sido bien justificada. Así, no considera fundamento suficiente ni la conexidad, ni la vocación expansiva de la jurisdicción del juez del concurso, ni la mejor

⁴⁵⁵ En este punto debemos recordar que la LO 7/2015, de 21 de julio ha atribuido competencia para tramitar los procedimientos concursales de personas naturales no comerciantes a los juzgados de primera instancia.

⁴⁵⁶ No obstante ello el art. 8.1 LC excluye las cuestiones patrimoniales que se ejerciten en procesos de capacidad, filiación, matrimonio, y menores a las que se refiere el Título I del Libro IV de la LEC.

situación del juez del concurso para resolver las cuestiones relativas al patrimonio del concursado por su mejor conocimiento de las circunstancias patrimoniales del concursado, ni la unidad de acción que se persigue a través de los principios de universalidad del proceso concursal o el propio principio de la par conditio creditorum. Para este autor, el único fundamento válido es: “...*el de intentar acelerar la tramitación del proceso concursal o al menos intentar evitar al máximo las dilaciones en su conclusión*”⁴⁵⁷.

Lo dicho hasta el momento ya justificaría la jurisdicción y competencia del juez que esté conociendo de un concurso para conocer también de las acciones de reintegración que se ejerciten en el mismo, tanto la rescisoria concursal del 71.1 LC, como las demás acciones impugnatorias ejercitables en virtud del 71.7 LC. Pero además, tal y como ya hemos reseñado en el Capítulo III del Título I de este trabajo, la acción rescisoria concursal es una acción específicamente concursal, especial y autónoma, que únicamente puede ser ejercitada en el seno de un proceso concursal, por lo que necesariamente la jurisdicción y competencia para su conocimiento debe corresponder al juez que tramite el concreto concurso en el que se ejercite⁴⁵⁸. Así se establece de forma implícita en la regulación contenida en los artículos 71 a 73 LC. Asimismo, ya hemos señalado que el art. 11 LC al regular el alcance internacional de la jurisdicción, establece que la jurisdicción de juez del concurso se extiende al

⁴⁵⁷ Vide ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “La ‘vis atractiva’ del proceso concursal”, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 64-65 y 82. Este autor parte de la siguiente definición de vis atractiva: “... podemos definir la ‘vis atractiva’ en sentido amplio como el conjunto de los distintos efectos que la declaración del concurso produce en los procesos en los que el concursado sea o pueda llegar a ser parte, pudiendo comprender desde su absorción o atracción por el proceso concursal pasando a ser una pieza separada de éste –‘vis atractiva’ en sentido estricto, hasta su suspensión y/o prohibición de inicio”, vid. p 63.

⁴⁵⁸ En algún supuesto en los que la contraparte del deudor en el negocio rescindible también está en concurso se ha planteado qué juez es el competente para conocer de la acción de reintegración concursal. La Audiencia Provincial de Alicante se ha pronunciado considerando competente al juez que conozca del concurso cuyo concursado ha ejecutado el acto perjudicial para la masa activa, pronunciamiento que compartimos. SAP Alicante (Sección 8) 14.02.2008 (JUR 2008/166965) (Rollo 33/2008): “SEGUNDO.- “*El segundo motivo de ambos recursos se refiere a la falta de competencia objetiva del Juez del Concurso de Doña Almudena para adoptar un pronunciamiento que afecta al acuerdo de ampliación de capital de una sociedad tercera, actualmente en situación de concurso en otro procedimiento distinto, por lo que se habrían infringido los artículos 86-ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8de la Ley Concursal. Si ya hemos dicho que la pretensión deducida en la demanda es la de rescisión del acto perjudicial para la masa activa de la concursada Doña Almudena como es la aportación de cinco inmuebles como contravalor de la ampliación de capital de “Calzados Blay, S.L.”, íntegramente suscrita por aquélla, necesariamente el Juez competente para conocer de la acción rescisoria ha de ser el Juez del concurso cuyo concursado ha ejecutado el acto perjudicial para la masa activa*”.

conocimiento de las acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarde una relación inmediata con el concurso⁴⁵⁹. Por todo ello ésta no es una cuestión discutida, ni doctrinal, ni jurisprudencialmente.

Contra las sentencias dictadas en el incidente rescisorio concursal, el actual artículo 197.4º establece que cabrá recurso de apelación directo, correspondiendo la competencia para conocer de dicho recurso, según la regulación general contenida en la LEC y la LOPJ a las respectivas Audiencia Provinciales. Según el artículo 82.2.2º LOPJ las Audiencias Provinciales serán las competentes para conocer de los recursos legalmente previstos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Mercantil, dejando a salvo las especialidades previstas en materia laboral. El artículo 455.2º de la LEC también atribuye la competencia para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los jueces de primera instancia a la Audiencia Provincial. Así pues, corresponderá la competencia funcional para conocer de los recursos de apelación que se interpongan contra las sentencias dictadas por los jueces de lo mercantil o de primera instancia, tanto en proceso concursal propiamente dicho, como en un incidente rescisorio, a la Audiencia Provincial de su circunscripción.

En los supuestos en los que sea legalmente posible su interposición, la competencia para conocer de un recurso extraordinario por infracción procesal en un incidente rescisorio correspondería, según el artículo 468 LEC, a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunidad en la que tenga su sede la Audiencia Provincial que ha dictado la resolución objeto de recurso. No obstante ello, mientras no se reforme el artículo 73 LOPJ para atribuir a los TSJ esta competencia, será de aplicación la Disposición Final 16ª de la LEC, en virtud de la cual será competente la Sala Civil del TS. No obstante ello, debemos tener en cuenta que según lo establecido en la DF 16ª, 2º, sólo se podrá interponer el recurso extraordinario por infracción procesal sin interponer el de casación frente a las resoluciones recurribles en

⁴⁵⁹ Debe reseñarse que este artículo sólo será aplicable cuando no lo sea el Reglamento (CE) número 1346/2000. Sobre esta cuestión se pronuncia el AAP Alava (Sección 1) 14.03.2012 (Auto 36/2012; Rollo 606/2011): “*TERCERO. - Lo que sucede, en el presente caso, es que la demandada, ahora apelada, es holandesa. El artículo 11 de la Ley Concursal establece que en el ámbito internacional, la jurisdicción del juez del concurso comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso. A efectos de la aplicación de este precepto, y aun cuando coincida en su regulación, debe precisarse que sólo se aplica fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) número 1346/2000*”.

casación contenidas en el apartado 2º, 1º y 2º del art. 477 LEC. Esto supone, que en el caso de la rescisoria concursal, el recurso extraordinario por infracción procesal sólo podría interponerse sin interponer también el de casación, en los supuestos en los que la cuantía del incidente excediere de 600.000 €

Asimismo, teniendo en cuenta que la Ley Concursal es una norma estatal, y que no existe normativa civil especial o foral propio en ninguna comunidad autónoma, la competencia para conocer de los recurso de casación que puedan interponerse contra la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial en el incidente rescisorio concursal, corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, según lo establecido en los artículos 56.1 LOPJ y 478 LEC.

Contra las providencias y autos que no pongan fin al procedimiento, dictados por el juez mercantil o de primera instancia en un procedimiento concursal y por extensión, en un incidente rescisorio, se puede interponer un recurso de reposición (salvo disposición expresa en contra), siendo el mismo juez que tramita el concurso el competente para su resolución (art. 197.3º LC). En los incidentes rescisorios, a falta de regulación especial, contra las resoluciones dictadas por el secretario judicial podrán interponerse los mismos recursos previstos de forma genérica en la LEC para las disposiciones dictadas por los Secretarios judiciales (art 197.1º LC).

3.- Acumulación de acciones o procesos

La LC al regular la acción rescisoria concursal, no hace mención alguna a la posible acumulación de acciones o concursos, o los efectos que estas acumulaciones puedan tener en la tramitación de esta acción. Por ello, tendremos que acudir en primer lugar a la regulación general contenida en la propia LC, y subsidiariamente, a la regulación contenida en la LEC⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ Sobre esta cuestión se pronuncia CABALLERO GARCÍA: “En la escasa regulación procesal de las acciones de reintegración contenida en el artículo 72 de la Ley Concursal tan solo se contemplan algunas especialidades en materia de legitimación activa, pasiva y procedimental, remitiéndose para todas las demás cuestiones al régimen del incidente concursal (artículo 72,4 de la Ley Concursal)... en la regulación del procedimiento de los incidentes concursales (artículos 192 a 196 de la Ley Concursal) no existe ninguna previsión expresa sobre la acumulación procesal. Por lo tanto, tendremos que acudir a la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal que nos remite como regulación supletoria a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conviene apuntar en este primer momento, la inadecuación de la regulación de la

3.1.- Acumulación de acciones

Así pues, a tenor de lo establecido en el art. 71.2 LEC, debemos admitir que es posible la acumulación objetiva de acciones en el incidente rescisorio concursal, por cuanto el actor *“podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos”*, siempre que no sean incompatibles entre sí. No vemos problema alguno para que en una misma demanda el actor solicite la rescisión de más de un negocio jurídico realizado por el deudor y su contraparte siempre que ésta sea la misma, y por tanto, deba ser codemandada junto con el deudor para conseguir la ineficacia de todos esos actos o negocios jurídicos. No lo creemos posible si las contrapartes de los negocios son distintas, por cuanto cada una de ellas sería codemandada en una acción, pero no en las otras, de manera que tendríamos un codemandado común, el deudor concursado, y varios codemandados en alguna, pero no todas las acciones cuya acumulación se pretende.

Asimismo, partiendo de la regulación contenida en el art. 73 LEC, también es posible la acumulación subjetiva de acciones rescisorias concursales si entre ellas existe un nexo por razón del título o causa de pedir. Así, el actor podrá acumular las acciones que tenga contra varios sujetos, si entre las acciones existe un nexo por razón del título o causa de pedir. Debe entenderse que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se fundan en los mismos hechos. En este caso será necesario deslindar lo que es realmente un supuesto de acumulación de acciones, de los supuestos en los que simplemente se cumple con las reglas de legitimación que impone en el caso la rescisoria concursal un litisconsorcio pasivo necesario. Por su parte, la acumulación de diversas acciones contra el demandado por parte de varios actores, aunque legalmente posible, en la práctica sólo podría darse en los supuestos de legitimación subsidiaria, cuando más de un acreedor instara a la administración concursal a la interposición de distintas acciones por negocios jurídicos distintos, pero con título o causa de pedir idéntico o conexo.

acumulación prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil al ejercicio de la acción de reintegración dada la especial naturaleza de este procedimiento”, CABALLERO GARCÍA, F., “La acumulación de las acciones de reintegración”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012.

En el caso de la rescisoria concursal se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 73 LEC para la admisión de la acumulación de acciones: misma acción; que sólo puede ejercitarse en el seno del concurso; el juzgado competente es el mismo, el del concurso; y el procedimiento el incidente rescisorio; no habiendo prohibición legal alguna que impida su acumulación.

3.2 Acumulación de procesos

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo en el Título I de la LC el Capítulo III que bajo el título “*De los concursos conexos*” recoge los artículos 25, 25 bis y 25 ter. La acumulación de concursos se regula de forma genérica en el art. 25 bis LC titulado precisamente “*Acumulación de concursos*”, regulando el art. 25 ter LC la tramitación coordinada de los concursos. Para todas las cuestiones no reguladas expresamente en la LC, será de aplicación subsidiaria la regulación general contenida en los artículos 74 a 98 de la LEC⁴⁶¹, y los principios de celeridad y economía procesal en tanto que fundamento de dicha acumulación. No obstante ello, RIBA TREPAT advierte que estos principios no pueden ir en detrimento de los principios que inspiran el proceso concursal, considerando por ello razonable, en ciertos supuestos “*la existencia de un criterio que permita valorar la conveniencia de acumular dos o más concurso más allá del control de sus presupuestos*”⁴⁶².

⁴⁶¹ RIBA TREPAT afirma que: “*Con carácter general, y conforme a lo dispuesto en la disposición final 5ª LC, en el proceso concursal resulta de aplicación supletoria las normas sobre acumulación de procesos previstas en la LEC y recogidas en los art. 74 a 98 LEC. Precisamente uno de los aspectos que no resuelve la norma especial es el procedimiento a seguir cuando se solicita la acumulación de concursos, en cuyo caso, resultarán de aplicación las normas generales contenidas en los artículos 86 a 97 LEC siempre que, a su vez, no resulten contradictorias con los principios reguladores del concurso y, entre ellos, el de respeto al carácter imperativo de la competencia territorial que rige en el proceso concursal*”, RIBA TREPAT, C., op.cit., “El juez predeterminado ...”, pp. 388-389.

⁴⁶² La citada autora argumenta que: “*Además de estos presupuesto objetivos, la decisión de acumular los concursos que puedan afecta a diversas sociedades integradas en un grupo no puede ir en detrimento de los principios que rigen el propio proceso concursal y, en este sentido, resulta plenamente justificado sostener que los principios de celeridad y de economía procesal no pueden erigirse en principios absolutos por encima del principio de continuidad de la actividad empresarial que constituye uno de los pilares del concurso. Por todo ello, a nuestro modo de ver, resulta razonable la existencia de un criterio que permita valorar la conveniencia de acumular dos o más concurso más allá del control de sus presupuesto pues, en algunos casos, la deseada celeridad y eficacia del concurso que, en último término, justifica la acumulación, puede producir el efecto jurídico indeseado de liquidar el activo de una determinada empresa en beneficio de acreedores distintos a aquellos que forman parte de su masa pasiva, lo cual determina una alteración de las reglas generales de calificación y clasificación de los créditos concursales*”, RIBA TREPAT, C., “Reflexiones sobre competencia judicial y acumulación de concursos”, en AAVV., “Problemas procesales del concurso de acreedores”, (Coor. Cachón Cadenas, M., Picó Junoy, J., Riba Trepata, C., y Ruíz de la Fuente, M.C.), Ed. Atelier, 2013, pp. 48-49.

El artículo 25 bis LC concreta los concursos que se pueden acumular, la legitimación para su solicitud, y el juez competente para conocer de los concursos acumulados⁴⁶³. Por su parte, el art. 25 ter LC establece que los concursos acumulados “*se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas*”, estableciendo una excepción cuando exista una confusión de patrimonios que impida deslindar la titularidad de activos y pasivos sin un coste económico y temporal injustificado.

Así pues, como regla general, la acumulación de concursos, al no haber consolidación de masas, no afectarán a las acciones rescisorias que se hubieran iniciado o pudieran plantearse en cada uno de ellos, más allá de un cambio de juez en el caso de que el juez competente para tramitar los concursos acumulados sea distinto del que estaba tramitando el concurso en el que se instó o se pudiera instar la acción rescisoria. Cada incidente rescisorio seguirá su tramitación normalmente, sin que la acumulación plantee problema alguno. Por ello, no estamos de acuerdo con la opinión de CABALLERO GARCÍA, según el cual, la acumulación de concursos puede afectar a la fecha para el cómputo del plazo de dos años, requisito temporal para el ejercicio de la acción rescisoria concursal. Según este autor, el cómputo del plazo deberá hacerse desde la declaración del primer concurso declarado⁴⁶⁴. Precisamente este Magistrado del Juzgado Mercantil 1 de Córdoba, dictó una sentencia en estos términos, sobre la que ya se ha pronunciado el TS en su sentencia dictada el 12 de noviembre de 2014, aunque sin entrar a examinar esta cuestión. La sentencia del JM 1 de Córdoba, en un supuesto en el que se habían acumulado el concurso de varias sociedades, computa el plazo para el ejercicio de la acción rescisoria desde el día de la declaración del primer concurso, no

⁴⁶³ Sobre esta cuestión vide ATS (Sala Civil), 04.10.2011, Recurso: 181/2011 (Roj: ATS 10019/2011; Id Cendoj: 28079110012011203210).

⁴⁶⁴ Afirma el reseñado autor que: “*En este supuesto el inicio del plazo vendría determinado por la fecha de la declaración del primer concurso. No resulta justificable que se pretendiera aislar el segundo concurso acumulado y computar la acción de reintegración a partir de la fecha de declaración de este segundo concurso ya que existen una conexión entre los concursos (pertenencia a un grupo de sociedad, a un ente sin personalidad jurídica, matrimonio) que determina que las operaciones realizadas entre las personas físicas y/o jurídicas que integran el grupo aparezcan conectadas y afectadas. Es más, podríamos encontrarnos que si se estimara la interpretación de la consideración aislada de los concursos y por tanto que se iniciaría el cómputo de los dos años a partir de la declaración del segundo concurso, una misma operación que afectaría a diversos concursos podría ser objeto de la acción de reintegración en unos concursos sí (en los declarados en primer lugar) y en otros no (en los declarados en segundo lugar respecto a los cuales habría transcurrido el plazo de dos años), pese a que todos estos concursos estuviesen acumulados al referirse a un mismo grupo de sociedades*”, CABALLERO GARCÍA, F., op. cit.

desde la fecha de declaración del concurso de la sociedad contra la que se interpuso la rescisoria. La Audiencia Provincial de Córdoba, a nuestro juicio indebidamente, desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia de instancia al considerar correcto el cómputo del plazo, no desde la fecha de la declaración del concurso en la que se insta la rescisoria, sino desde la fecha de declaración del primero de los concursos acumulados⁴⁶⁵. Discrepamos totalmente de esta posición, sobre la que no se ha llegado a pronunciar el TS porque, haciendo una interpretación en extremo formalista, inadmite el recurso de casación por ser la norma invocada como infringida (arts 25 ter LC) diferente de la aplicable al caso concreto (art 25 LC). Consideramos que la acumulación de concursos no afecta para nada al *dies a quo* para el cómputo del plazo de dos años, debiendo mantenerse la fecha de declaración del concurso en el que se insta la acción, con independencia de que sea el primer concurso declarado u otro declarado posteriormente.

Finalmente debemos reseñar que, aunque técnicamente también es posible la acumulación de incidentes rescisorios tramitados en el seno del mismo concurso, no parece que sea fácil el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para ello, ni que ello resulte útil o aconsejable desde el punto de vista procesal. No podemos decir lo mismo respecto de la acumulación de incidentes distintos dentro del mismo concurso. La jurisprudencia ya se ha pronunciado no admitiendo la acumulación de un incidente rescisorio al de calificación, o la acción de responsabilidad societaria a un incidente rescisorio⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ SAP Córdoba, de 5.11.2010 extractada en la STS de 12.11.2014, DF Primero: "(...) pero precisamente porque los efectos de la acumulación son procesales, afectan a un dato estrictamente procesal, cual es el plazo para el ejercicio de las acciones de reintegración y una vez que la acumulación conlleva la tramitación en un solo procedimiento (de forma coordinada, como aclara el actual artículo 25 ter de la Ley Concursal, y con finalidad unificadora, como resalta el artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), habrá que estarse a la fecha de declaración de concurso del primer procedimiento acumulado. Y ello porque la 'litis contestatio' (que en el concurso, ciertamente, no la determina la solicitud, sino la declaración) se constituye desde la primera declaración de concurso de entre los posteriormente acumulados... Pues de lo contrario, ¿qué efectos tendría la coordinación procedimental que se pretende legalmente si se mantuviera una dispersión de plazos procesales?. Por lo demás, resulta contradictorio argumentar la existencia de un escudo protector respecto de la refinanciación de diversas empresas del denominado 'Perímetro Noriega', y pretender aislar la operación en concreto del devenir del mencionado grupo, considerándola separadamente, a los únicos efectos de sustraerla del lapso temporal fijado en el artículo 71.1 de la Ley Concursal".

⁴⁶⁶ Vid al respecto, la SAP Valladolid (Sección 3) 28.06.2011 (Sentencia 230/2011; Rollo 10/2011): "SEGUNDO.- (...) Por otra parte en todo caso entendemos no resultaría procedente admitir la viabilidad de la acumulación de ambos procesos, pues si bien se sustancian los dos por trámite homogéneo, el del incidente concursal, no es factible la acumulación de unos autos que se integran en diferentes secciones del concurso, con diferentes partes legitimadas para intervenir y con efectos solo

CAPITULO II.- PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA

1.- Existencia o no de plazo para su ejercicio

La LC no fija un plazo para el ejercicio de la acción, pero el artículo 71.1 LC se inicia con la expresión “*Declarado el concurso...*”, lo que unido a la naturaleza concursal de la acción, determina que sólo podrá ejercitarse a partir de la existencia de un concurso, por consiguiente, a partir del auto de declaración de concurso. Esto supone que el ejercicio de la rescisoria concursal requiere como presupuesto necesario el previo ejercicio de otra acción, la de solicitud de la declaración del concurso de un determinado deudor. No obstante, dado que la legitimación para su ejercicio corresponde de forma principal a la administración concursal, en la práctica, la acción no podrá ser ejercitada hasta que se haya constituido la administración concursal y se disponga de la información mínima necesaria para interponer con garantías de éxito un incidente rescisorio.

Así pues, a partir de la declaración de concurso la acción podrá ser ejercitada, hasta que se apruebe un convenio que ponga fin a los efectos del concurso⁴⁶⁷, o hasta la

muy parcialmente coincidentes. Si la parte entiende que la cuestión que constituye el objeto del presente proceso es trascendente para la resolución que en el incidente de oposición a la calificación haya de adoptarse, la solución hubiere sido hacer uso en su caso del instituto de la prejudicialidad civil que se contempla en el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”; y la SAP Oviedo 5.10.2007 (AC 2007/2006): “Desde otro punto de vista, también es cierto que la materia relativa a la responsabilidad de administradores de sociedades capitalistas, desde luego no es ‘concursal’ en sentido estricto, y ese sería el motivo de fondo para rechazar el mecanismo utilizado por la administración concursal de PROYECCIONES VIELLA SL, que se une al rechazo procesal.”

⁴⁶⁷ Al respecto resulta muy ilustrativo el AAP Castellón (Sección 3) 26.07.2010 (Auto 156/2010; Rollo 254/2010): “No puede admitirse el criterio de la parte recurrente que entiende que el límite temporal de la presentación de su demanda en ejercicio de la acción rescisoria concursal sería la firmeza de la resolución que acuerda la conclusión del concurso por cualquiera de las causas previstas en el artículo 176 de la LC, puesto que estimamos que no cabe ejercitar dicha acción cuando existe ya un convenio judicialmente aprobado, lo que comporta que han cesado todos los efectos de la declaración del concurso quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y que cesan en su cargo los administradores concursales (artículo 133.2 LC). La perfección y eficacia inmediata del convenio provoca la extinción de los efectos del concurso que regula el título III de la LC, y dentro de este título se regulan las acciones rescisorias y de reintegración que no parece lógico que se puedan ejercitar desconociendo las bases negociales de un convenio que prevé la satisfacción de los créditos con las quitas y esperas establecidas conforme a la masa activa existente y los frutos del ejercicio de la actividad empresarial de la concursada. Por tanto, entendemos que es correcta la decisión de inadmitir a trámite la demanda cuando se ha presentado con posterioridad al momento en que se ha aprobado judicialmente el convenio, mediante sentencia de fecha 10 de noviembre de 2009, no siendo necesario

efectiva finalización del concurso. Así lo señalan de forma clara la jurisprudencia⁴⁶⁸ y la doctrina mayoritaria⁴⁶⁹. Uno de los autores que discrepa es MASSAGUER⁴⁷⁰, que partiendo del hecho de que sólo los acreedores incluidos en la lista de acreedores del informe de la administración concursal tienen reconocida legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción, defiende que solo se podrá ejercitar la acción tras la elaboración del informe de la administración concursal, si bien no entiende que sea necesario esperar el transcurso del plazo para su impugnación, y resolución judicial. En

tampoco que la sentencia de aprobación sea firme ya que la eficacia del convenio se produce con su aprobación conforme a lo dispuesto en el artículo 133.1 de la LC ... Este es el límite temporal para el ejercicio de la acción rescisoria concursal, el dictado de la resolución judicial, sin necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia”.

⁴⁶⁸ Vide, a modo de ejemplo, además del Auto reseñado en la nota anterior, la SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006): “*III. Caducidad de la acción. En atención a que la acción rescisoria concursal nace con el concurso y se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes con la aprobación del convenio y la cesación de todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC), podrá ejercitarse mientras tanto sin estar sujeta a otro plazo específico, como pueden estarlo las acciones de reintegración extraconcursales.*

Aunque, en principio, la acción nace como consecuencia de la declaración de concurso, y, en concreto, por los efectos que produce para los actos comprendidos en el periodo sospechoso (arts. 71 y ss. LC), en la práctica habrá que esperar al nombramiento de los administradores concursales, legitimados originariamente para ejercitarla, y más en concreto a que este órgano concursal quede válidamente constituido, una vez haya aceptado el cargo la mayoría de sus miembros, pues será a partir de entonces cuando puedan conocer la existencia del acto perjudicial e instar su ineficacia.

Dentro del concurso, puede ejercitarse en cualquier fase, antes de su conclusión y no necesariamente durante la fase común. De hecho, el propio art. 82.4 LC advierte que el inventario, uno de los documentos que la administración concursal debe acompañar al informe y de cuya aprobación depende la conclusión de la fase común, deberá reseñar una relación de las acciones que debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa.

Ello no impide que, por la propia configuración de la acción rescisoria concursal, sólo pueda dirigirse contra actos de disposición de la deudora concursada realizados dos años antes de la declaración, operando este plazo limitado de tiempo como garantía de seguridad jurídica. Pero este periodo sospechoso no debe confundirse, como hace la administración concursal en sus alegaciones, con los plazos de caducidad o prescripción, pues en el primer caso el plazo es uno de los requisitos para el nacimiento de la acción, mientras que en el segundo caso el plazo comienza con el nacimiento de la acción y condiciona temporalmente su ejercicio. De este modo, debido a su naturaleza concursal, la acción rescisoria prevista en el art. 71 LC no está sujeta a plazo específico de caducidad o prescripción, ya que la seguridad jurídica queda garantizada por el periodo sospechoso de dos años fijado por la Ley, y porque sólo podrá hacerse valer dentro del concurso”. En palabras de la AP de Oviedo (Sección 1, sentencia 252/2010; Rollo 172/2010, de 02.07.2010): “Hemos de tener presente asimismo que el ejercicio de las acciones de reintegración resulta viable cualquiera que sea la fase en que el proceso concursal se encuentre, desde el momento de la declaración judicial del concurso hasta el de su conclusión (...) En cualquier caso, lo relevante a los fines que aquí se debaten es que no existe ningún condicionante de orden temporal ni supeditación a ninguna fase procesal para su planteamiento”. Posteriormente esta Audiencia se ha venido pronunciando en términos prácticamente idénticos.

⁴⁶⁹ Vid, a modo de ejemplo, SANCHO GARGALLO, I., op. cit. “Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales...”, pp. 12-14; RIPOLL OLAZÁBAL, G., op. cit., pp. 388-389; y HERRERO PEREZAGUA, J.F., “Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración” en AA.VV., “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, (Dir. José Antonio García-Cruces González), Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, p. 184.

⁴⁷⁰ Vide. MASSAGUER, J., ob. cit., “Aproximación al régimen...”, p. 4230.

esta misma línea se pronuncia LÓPEZ-MELLADO⁴⁷¹ que no admite que la acción rescisoria concursal pueda interponerse en cualquier momento durante la tramitación del concurso: considera que el informe de la administración concursal es un presupuesto procesal para su interposición, por cuanto el informe tiene que incluir un inventario de las acciones rescisorias que debieran promoverse (82.4 LC). Argumenta que no anunciar en ese momento la interposición de las acciones de reintegración impide hacerlo posteriormente, y ello por dos motivos: uno procesal, el principio de preclusión de los actos procesales; y otro material, los intervinientes en el proceso, desposeídos de su capacidad de accionar individualmente, toman sus decisiones en base al informe de la administración concursal y pueden discutirlos, por lo que plantear la demanda de reintegración al margen del informe sería actuar en contra de sus representados, los acreedores. Discrepamos totalmente de esta posición que consideramos que no puede fundamentarse jurídicamente en los artículos citados por el autor. En contra de esta tesis se han pronunciado expresamente, entre otros HERRERO PEREZAGUA y la jurisprudencia⁴⁷².

⁴⁷¹ Este autor defiende que: “...el Informe de la administración es el momento procesal hábil en el que tiene que indicarse a los acreedores la posibilidad de interponer una eventual acción de reintegración, con objeto de que muestren su conformidad o reparos a la misma, dado que, con independencia a los principios generales de preclusión de la LEC por aplicación concreta del art. 97 de la LC, quienes no impugnan tal documento en plazo de diez días, conforme al artículo de la citada Ley, no podrán plantear reclamación posterior alguna en relación con el contenido del mismo; (...) El tenor del artículo parece suficientemente claro como para no tener dudas al respecto y hay que resaltar que el texto indica “contenido”, luego no afecta sólo al rango y cuantía de los créditos, sino a todas las relaciones e inventarios incluidos en dicho documento, entre ellas el inventario de las acciones de reintegración”. Con carácter subsidiario considera posible la interposición de la acción de reintegración tras el informe y en el seno de un plan de liquidación sobre la base de hechos relevantes conocidos posteriormente”, LÓPEZ-MELLADO, A., “Las acciones de reintegración; aspectos procesales”, artículo publicado en el Boletín de Derecho Mercantil nº 5, de julio de 2008, pp. 2-3, consultado en la página web <http://online.elderecho.com>, el 26.11.2010.

⁴⁷² Este autor afirma que: “La no inclusión en la relación antes referida no impide que los administradores concursales, a instancia de alguno de los acreedores o con motivo de una reconsideración de su postura inicial, ejerciten la acción que nada habían dicho en el momento de la confección del inventario”, HERRERO PEREZAGUA, J.F., op. cit., pp. 171.

En cuanto a la jurisprudencia, citamos a modo de ejemplo, la SAP Valencia (Sección 9ª) 27.10.2011 (Sentencia 399/2011; Rollo 425/2011), [Roj: SAP V 5827/2011; Id. Cendoj: 46250370092011100396]: “Tercero.- (...) el hecho de que en el informe emitido por la administración concursal ex- artículo 84.2 Ley Concursal no se mencionasen acciones rescisorias, no impide ni proscribe su planteamiento o ejercicio posterior”; y la SJM-2 Pontevedra 01.04.2009 (Incidente Concursal 50/2009): “La acción rescisoria concursal nace con la declaración de concurso y finaliza con su conclusión, por lo que, cabalmente, ni siquiera habría de quedar sujeta al plazo de caducidad cuatrienal de las acciones rescisorias comunes. Es cierto que la ley dicta normas tendentes a asegurar que los administradores concursales, -legitimados primarios para el ejercicio de la acción rescisoria-, cumplan fielmente con su obligación de rescindir los actos perjudiciales para la masa realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, estableciendo, entre otras cosas, la obligación de incluir en el inventario, -art. 82.4-, una previsión de las posibles acciones de reintegración de la masa, pero en ningún lugar establece que tales acciones deban ser ejercitadas en el plazo de diez días señalado

Otra cuestión planteada es si la acción de reintegración sólo puede ejercitarse después de la solicitud de concurso, ya sea voluntario o necesario, o si por el contrario, sería posible el ejercicio conjunto de ambas acciones, siempre y cuando se declarara en primer lugar el concurso, y después se admitiera a trámite la acción de reintegración. Teniendo en cuenta que la solicitud de concurso corresponde al propio deudor en el caso de concurso voluntario, o a uno o varios acreedores en caso del necesario, y que ninguno de ellos tiene legitimación principal para el ejercicio de la acción concursal, esta posibilidad debe rechazarse de plano. En cuanto al posible ejercicio de la acción de reintegración a pesar de haber sido recurrido en apelación el auto de declaración de concurso, RIPOLL OLAZÁBAL⁴⁷³ por ejemplo, se ha manifestado en sentido positivo alegando que según el art. 21.2 LC, el auto de declaración de concurso producirá sus efectos de inmediato, y será ejecutivo aunque no sea firme. Compartimos esta posición, si bien hay que tener en cuenta que, lógicamente, en el supuesto de que se estimara el recurso de apelación y se dejara sin efecto la declaración de concurso, también quedarían sin efecto todos los actos realizados con posterioridad, incluida la presentación y tramitación de la demanda de rescisión concursal.

2.- Inexistencia de un plazo de caducidad o prescripción

También es cuestión controvertida si la interposición de la demanda está sujeta a un plazo de prescripción o caducidad. En este punto la doctrina y la jurisprudencia están divididas. Para unos la acción está sujeta a un plazo de caducidad de 4 años, discrepando en cuanto al día de inicio del cómputo del plazo: para unos debe ser el día en que la administración concursal toma posesión del cargo, para otros el día de la realización del negocio jurídico que se pretende impugnar, y para otros el día de la declaración del concurso. Por el contrario, otros autores defienden que se trata de un plazo de prescripción de 4 años. Finalmente, hay autores que consideran que no existe un plazo de caducidad o prescripción⁴⁷⁴. Al respecto consideramos que la postura

para las pretensiones de impugnación del inventario y de la lista. La cuestión, por su claridad, no merece mayor razonamiento”.

⁴⁷³ Este autor considera que es posible su ejercicio antes de la emisión del informe del art. 82.4 LC, tanto por la administración concursal como por los acreedores subsidiariamente legitimados, RIPOLL OLAZÁBAL, G., op. cit., pp. 388-389.

correcta es esta última, claramente formulada por la AP de Barcelona “... debido a su naturaleza concursal, la acción rescisoria prevista en el art. 71 LC no está sujeta a plazo específico de caducidad o prescripción, ya que la seguridad jurídica queda garantizada por el periodo sospechoso de dos años fijado por la Ley, y porque sólo podrá hacerse valer dentro del concurso”, y por la AP de Madrid: “... la acción rescisoria concursal (artículos 71 a 73 de la LC -dejando al margen las acciones extraconcursoales a las que se refiere el nº 6 del artículo 71) nace con el concurso y se extingue con él, por lo que podría ejercitarse durante todo el tiempo de duración del mismo, sin que le resulten aplicables las exigencias temporales que rigen para las acciones rescisorias extraconcursoales.”⁴⁷⁵. Posteriormente, en un supuesto en el que

⁴⁷⁴ LINACERO DE LA FUENTE afirma por analogía con el régimen común de las acciones rescisorias, que se trata de un plazo de caducidad de 4 años. El cómputo del plazo comenzaría no desde la realización del negocio rescindible, sino desde que la administración concursal toma posesión del cargo, porque es a partir de entonces cuando puede ejercitar la acción, LINACERO DE LA FUENTE, M., op. cit., pp. 219-223; En este mismo sentido se pronuncian ALCOVER GARAU, discrepando únicamente en que el plazo debe empezar a correr desde la realización de la “enajenación fraudulenta”, ALCOVER GARAU, G., op. cit., pp. 342-343; VARGAS BENJUMEA, aunque para ella el plazo debe contarse a partir del auto de declaración de concurso, VARGAS BENJUMEA, I., op. cit., p. 70-71; y HERRERO PEREZAGUA, quien afirma que el ejercicio de la acción está sujeto al plazo de caducidad de 4 años del 1299 CC, señalando como *dies a quo* aquel en el que los administradores concursales hayan aceptado el cargo, HERRERO PEREZAGUA, J.F., ob. cit., p.184; SILVETTI lo considera un plazo de prescripción de 4 años: “... en defecto de previsión de la LC es preciso fijar un plazo de prescripción para el ejercicio de estas acciones, con el fin de preservar la seguridad jurídica de los sujetos intervinientes en el concurso. Considerando que la Ley contiene un supuesto de rescisión, aunque con ciertas especificidades, podría considerarse de aplicación el plazo del art. 1299 CC, es decir, de 4 años”, SILVETTI, E., op. cit., p. 830. Por su parte, GARCÍA-CRUCES, GONZÁLEZ, argumenta que la LC ha establecido un particular régimen para el ejercicio de esta acción y el plazo para instarla, pudiendo decirse que la acción de reintegración puede ejercitarse hasta que el concurso no concluya. Por eso, considera que: “el problema que analizamos, en realidad, sólo podría referirse a aquellos supuestos en que se ejercitara la acción de reintegración con posterioridad a la conclusión del concurso, como así sucedería en los supuestos en que, habiéndose alcanzado esa decisión judicial poniendo fin al procedimiento universal (art. 176.1 y 2 LC), se hubiera cedido la correspondiente acción de impugnación. En este supuesto, sí tiene sentido interrogarse acerca del plazo de caducidad de la acción ex art. 71.1 LC. y respecto de tal cuestión, han de hacerse dos observaciones. En primer lugar, que el *dies a quo* en el cómputo de ese plazo será aquella fecha en que se ponga fin al juicio universal; esto es, la fecha del auto de conclusión. Por otro lado, y en razón de la naturaleza rescisoria de la acción ex art. 71.1 LC, parece razonable considerar la aplicación analógica de cuanto dispone el art. 1299 CC, de modo que el plazo de caducidad será el de cuatro años”, GARCÍA-CRUCES, GONZÁLEZ, J.A., op. cit., “Presupuestos y finalidad ...”, ed. 2009, p. 44. Creemos que esta argumentación parte de un supuesto erróneo: puede cederse la acción ejercitada antes del concurso, o el derecho a ejercitarla pero siempre y cuando se haga antes del cierre del concurso. Consideramos que no puede ejercitarse la rescisoria concursal una vez el concurso ha finalizado, por lo que carece de sentido plantearse si en ese caso el plazo sería de prescripción o caducidad. En cuanto a la jurisprudencia, podemos citar las SAP Murcia 18.03.2011 (Sentencia 131/2011; Rollo 131/2011), y la SAP Jaén (Sección 1) 01.02.2013 (Sentencia 18/2013; Rollo 13/2013), si bien, después de la STS de 12.12.2013 la AP Murcia parece haber modificado su posición [SAP Murcia (Sección 4) 27.03.2014 (Sentencia 198/2014; Rollo 35/2014)].

⁴⁷⁵ Vid SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006), Fundamento de Derecho III, y SAP Madrid (Sección 28) 01.03.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 330/2011). En esta misma línea podemos citar la SAP Murcia (Sección 4) 27.03.2014 (Sentencia 198/2014; Rollo 35/2014); y la SAP Tenerife (Sección 4) 09.10.2012 (Sentencia 386/2012; Rollo 249/2012) entre otras de la misma audiencia.

aún era aplicable la antigua regulación de la quiebra, el TS se pronunció en este mismo sentido⁴⁷⁶.

Antes de finalizar el análisis de esta cuestión, consideramos interesante reseñar la aplicación de la doctrina de la “Verwirkung” alemana a la rescisoria concursal, realizada por el Juzgado Mercantil 3 de Pontevedra, considerando un abuso la interposición de un segundo incidente rescisorio concursal, cuatro años después de haber interpuesto otro incidente en el que se impugnaban otros negocios jurídicos, cuando el instante tenía sin duda alguna ya en ese momento conocimiento de todos los negocios jurídicos realizados y sus consecuencias en relación a la masa del concurso⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ STS (Sala civil) 12.12.2013 (Ponente Sancho Gargallo): “9.- Pero la naturaleza rescisoria de esta acción no significa que deba aplicarse el régimen de caducidad prevista para la acción pauliana en el art. 1299 CC. Al igual que ocurre con la acción rescisoria concursal que, como ya hemos expuesto, es una acción concursal que nace y se extingue con el concurso, en nuestro caso la acción basada en la retroacción es también una acción concursal que nace con la quiebra, en concreto con la determinación del periodo de retroacción, y se extingue con la terminación de la quiebra, en la medida en que no cabe concluir la quiebra mientras esté pendiente el ejercicio de aquellas acciones.

La seguridad jurídica que se persigue con la prescripción y la caducidad, en el caso de la acción basada en la retroacción de la quiebra se satisface porque sólo puede ejercitarse abierta la quiebra y mientras no se termine el procedimiento”, (Sentencia 754/2013; Recurso 2241/2011) [Roj:STS 6309/2013; Id Cendoj:28079110012013100750].

⁴⁷⁷ SJM 3 Pontevedra 24.06.2014 (Concurso 69/2010; Incidente 3/2014): “PRIMERO- (...) en palabras de la administración concursal, y en el fondo, sólo puede convenirse en que ‘solicita la rescisión quien ha suscrito el acto cuya rescisión se pretende’, lo que se desvía ampliamente de las normas de legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria; ahora bien, dejar sin efecto por una convicción material de fraude las normas sobre legitimación subsidiaria del artículo 72 LC sobre la base de dichas relaciones personales y patrimoniales de la demandante con el concursado, casaría muy mal con la personalidad jurídica propia y autonomía patrimonial de las sociedades de capital; la demandante es una sociedad diferenciada- siquiera formalmente- de YYY, y es acreedora de la misma; el artículo 72 LC no establece restricción de ninguna clase, ni por su importe, ni por su calificación como subordinado, a ningún acreedor para ostentar legitimación para accionar, siempre y cuando, claro está, cumpla los requisitos que dicha norma exige.

SEGUNDO- Ocurre que, si ligamos estas circunstancias – coincidencia absoluta entre el órgano de administración de YYY SA y el sustrato personal y órgano administración de xxx- con el hecho de que, un año después de la declaración de concurso – que tuvo lugar, como ha de recordarse, en fecha 23 de abril de 2010- ya fuera interpuesta y desestimada por el juzgado y por la Audiencia Provincial una acción de reintegración subsidiaria por el mismo demandante contra otras operaciones de financiación realizadas por el deudor en el año 2008 sin que cuestionara las que hoy juzga ‘parcialmente rescindibles’, sólo podemos llegar a la conclusión de que el ejercicio de la acción es manifiestamente tardío y abusivo, al haberse interpuesto cuatro años más tarde del conocimiento pleno de su realización, y tras haber obviado las mismas en una demanda anterior, con el proceso liquidatorio concursal a punto de finalizar.

En estas circunstancias, aunque la jurisprudencia es unánime en que la acción de reintegración nace con el concurso y muere con él, el ejercicio del derecho que ahora se intenta es manifiestamente extemporáneo y contra cualquier exigencia de buena fe en su ejercicio, el llamado retraso desleal en el ejercicio de los derechos. Como afirma la STS 12-12-11, ponente Sra. Roca Trías, ‘El art. 7.1 CC establece que “los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. La buena fe

3.- Las acciones rescisorias tras la aprobación de un convenio

Una cuestión no resuelta por la LC es qué ocurre con las acciones rescisorias que hubiesen sido instadas antes de la aprobación de un convenio una vez aprobado éste. El art. 133.2 LC establece que desde la eficacia del convenio⁴⁷⁸ cesan todos los efectos de la declaración de concurso (entre los que se incluye el nombramiento de los administradores concursales), quedando sustituidos por los efectos pactados en el propio convenio. Sin embargo, los problemas prácticos que esta cuestión había planteado llevaron al legislador a introducir un nuevo apartado 3º en el art. 133 (reforma realizada por la Ley 38/2011) que establece expresamente que: *“No obstante su cese, los administradores concursales, conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme”*. Esta nueva previsión, hace ya innecesaria la habilitación que los jueces tenían que realizar a la administración concursal, para que una vez aprobado el convenio (salvo que en el mismo se hubiese pactado expresamente su continuidad a estos efectos), pudieran continuar con la tramitación de las acciones de rescisión concursal instadas con anterioridad⁴⁷⁹.

ha sido interpretada como principio general o como cláusula abierta, aunque en definitiva debe considerarse como un principio positivizado que impone deberes a los titulares de los derechos. En el art. 7.1 CC se recoge uno de los aspectos principales de las consecuencias de la buena fe y comporta determinar lo que deba entenderse por retraso desleal en el ejercicio del derecho.

Se enuncia diciendo que "un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercitará el derecho". En el derecho alemán surge la figura de la Verwirkung en cuya virtud resulta inadmisibile que el derecho se ejerza con un retraso objetivamente desleal.

Esta figura debe ajustarse a las tradicionales del derecho privado que se ocupan también, en cierto sentido, del aspecto del ejercicio retrasado y muy especialmente con la prescripción extintiva y la renuncia tácita (...)”.

⁴⁷⁸ El art. 133.1 LC establece que: *“El convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza...”*.

⁴⁷⁹ En relación con esta cuestión se pronunció tempranamente la sentencia dictada el 27.04.2007 por el Juzgado Mercantil 1 de Sevilla (Incidente Concursal 342/2006; Sentencia 54/2007), en la que, en contra de la doctrina mayoritaria, no consideró necesaria esta habilitación afirmando que el cese de la administración concursal con posterioridad al ejercicio de la acción de reintegración, y por tanto a la constitución de la relación jurídico-procesal de este proceso incidental especial no puede tener efecto en este incidente, por cuanto las partes del mismo quedaron fijadas en el momento de interposición de la demanda incidental en virtud de los principios de la perpetuatio iurisdictionis, legitimationis, y actionis. Afirman que no puede modificarse posteriormente la relación litigiosa correctamente configurada en la fase de alegaciones, por lo que la administración concursal podía continuar el incidente de reintegración con total capacidad y legitimación: *“PRIMERO.- En primer lugar plantean las demandadas la falta de legitimación de la administración concursal para continuar este procedimiento [acción de reintegración*

Cabe la posibilidad de que el convenio incluya acuerdos sobre la continuidad o no de estas acciones (instrumentada mediante el desistimiento o la suspensión de la tramitación del incidente rescisorio). En este supuesto se puede plantear un problema, no de fondo sino procesal, si la administración concursal (la legitimada para instar como actora el incidente rescisorio), no está conforme con el acuerdo de desistir o suspender la tramitación de la acción. Formalmente, los acreedores integrantes de la Junta que aprueba el convenio, no están legitimados como tales, para intervenir en el incidente rescisorio solicitando su suspensión, y mucho menos, el desistimiento, de ahí que sea necesaria la aceptación y conformidad de la administración concursal con el desistimiento o la suspensión para poder cumplir esta parte del convenio.

Sobre la cuestión material de fondo, es decir, sobre el derecho de los acreedores a decidir en convenio sobre la continuidad o no de las acciones rescisorias reflexiona extensamente el JM 9 de Madrid, en un supuesto en el que la administración concursal dudaba de la legalidad de la cláusula de un convenio que formalmente solicitaba la suspensión de las acciones de reintegración respecto de un grupo de acreedores. En su resolución, el juez defiende que la mayoría de la masa activa pacte con el deudor la suspensión o el desistimiento de las acciones rescisorias en trámite, pese a admitir la

y la de responsabilidad social del administrador por los daños y perjuicios causados a la entidad concursada], al haberse dictado sentencia en la sección quinta del concurso, de fecha 13 de marzo de 2007, aprobando el convenio y acordando el cese de dicha administración concursal. Debe señalarse en primer lugar, que el incidente concursal es un procedimiento especial, a través del cual se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan señalada en la ley otra tramitación especial, según se expone en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, en consecuencia, tendrá por objeto aquéllas cuestiones que vinculadas al proceso concursal, no tengan prevista una tramitación especial y puedan ser objeto de un pronunciamiento separado.

La litispendencia, con su conjunto de efectos jurídicos procesales, se genera con la presentación de la demanda cuando ésta es admitida (artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), momento en que se constituye la relación jurídico-procesal, y desde el que operan los principios de la perpetuatio, iurisdictionis, legitimationis y actionis, vedándose con posterioridad la mutatio libelli (lite pendente innovetur), salvo en los supuestos expresamente previstos en la ley. Por ello, el cese de la administración concursal, declarado en la sentencia que aprueba el convenio, lo es para sus funciones en el proceso concursal, con el alcance y límites establecidos en la ley, pero no afecta a este proceso especial, que versa sobre una cuestión autónoma aunque vinculada con el objeto del principal. Las partes de este procedimiento quedaron determinadas al admitirse la demanda a trámite, sin que pueda modificarse ahora la relación litigiosa que quedó debidamente configurada en la fase de alegaciones, y en consecuencia la administración concursal puede continuar este procedimiento, pues tiene plena capacidad y legitimación para hacerlo". Posteriormente se ha pronunciado en este mismo sentido, entre otras, la SAP Valencia (Sección 9) 10.04.2012 (Sentencia 132/2012; Rollo 941/2011).

existencia de argumentos en contra⁴⁸⁰. No compartimos algunos de los argumentos de la sentencia, pero sobre todo consideramos que el problema en el supuesto planteado no es tanto de fondo (el derecho de los acreedores a decidir sobre esta cuestión) sino procesal:

⁴⁸⁰ SJM-9 Madrid 03.09.2010 (AC 2010/1448; Concurso 508/2009): “CUARTO.- “ (...) El problema se suscita sin embargo en relación a las acciones que se encuentran en tramitación al momento de aprobación del convenio. En un principio la mera aprobación del convenio, no puede suponer el archivo de dichas acciones ni la terminación anormal de las mismas, atendidos los efectos propios de la litispendencia en materia de legitimación y sin que pueda estimarse la carencia sobrevenida de objeto, atendida la finalidad que es propia a las acciones de reintegración. Dicho lo anterior sin embargo cabe que en el convenio se puedan establecer cláusulas que impidan la continuación de dichas acciones en el período de cumplimiento del convenio, bien acudiendo al supuesto de desistimiento, al que se refiere la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, o bien la suspensión como ocurre en este caso. Efectivamente la continuación de la acción rescisoria y estimación de la misma puede provocar importantes problemas prácticos en un hipotético panorama de cumplimiento del convenio, e incluso puede ser un elemento desestabilizador en la obtención de mayorías para la aprobación del convenio. Por otro lado bien es cierto, que como ya se dijo las acciones de rescisión no tienen por objeto la satisfacción del derecho del acreedor sino la correcta formación de la masa activa, integrando la misma por todos los activos que debieran integrarla al momento de declaración de concurso, ahora bien no se puede olvidar que la masa activa, se protege en la medida que constituye el medio de satisfacción del derecho de los acreedores, satisfacción que también se puede lograr mediante la fórmula convencional que integra el convenio, de modo que una vez cumplido el mismo, el proceso concursal cumple su finalidad y se ha de proceder a su conclusión y archivo (art. 176.2º). De modo tal que nada obsta a que la mayoría de esa masa pasiva en cuyo beneficio final se articula la reintegración a la masa activa, pacte con el deudor mantener en suspenso el ejercicio de las acciones de reintegración a resultas del resultado del convenio, y con vista a la satisfacción de su interés mediante esa solución convencional. Mera suspensión del curso de la acción que ningún perjuicio causa, pues si finalmente el convenio no se cumple y con ello no se satisface el derecho de todos los acreedores afectados por el mismo, se alzaría la suspensión y continuaría la acción de reintegración por sus trámites ya en fase de liquidación. A dicha conclusión se le puede obstar que la masa activa, constituye un medio de satisfacción del derecho no sólo del acreedor integrado en la masa pasiva y afectado por el contenido del convenio «ex» art. 134, sino que también existen otros acreedores cuyos derechos son igualmente tutelables y que pueden tener interés en la reintegración a la masa activa de los bienes indebidamente transmitidos para así hacerse pago con los mismos de su crédito, ello con clara referencia a los acreedores contra la masa (...) se comparten los argumentos expuestos por la Sentencia de 7 de julio de 2010 (JM 8 Madrid), ya citada que sobre este particular señala:

‘Pese a las dudas que tal cuestión ofrece ... estos acreedores que ostentarían un interés diferenciado del resto del pasivo concursal en la acción de reintegración, para articular su interés propio de forma desvinculada a la voluntad mayoritaria del pasivo concursal (...) debieran haber empleado el medio previsto en el art. 73 LC para obtener para sí la legitimación subsidiaria allí prevista, de forma que pudieran ellos ejercitar formalmente la acción como titulares de un interés propio no sometido al convenio. Pese a que esta fórmula entrañe la dificultad de su práctica en los casos en los que la AC ya se ha adelantado en el ejercicio de las acciones de reintegración, lo que en todo caso restaría a aquellos acreedores, aún con convenio aprobado, serían las acciones rescisorias generales del derecho común (arts 1111 CC en relación con el 1291 CC) ...lo que se encuentra en la esfera patrimonial propia de todo acreedor es la posibilidad de ejercitar acciones rescisorias por fraude de acreedores, art. 1291 CC, pero no las acciones de reintegración concursal, las que sólo tendrán lugar concurso pendiente, sin que el acreedor posea derecho alguno a la pervivencia de tales acciones más allá de la pervivencia del concurso, independiente de su voluntad’

Pero a mayor abundamiento la falta de satisfacción de los créditos contra la masa devengados va a determinar no en el orden jurídico, sino en el plano fáctico la imposibilidad de cumplir el convenio (...) Por ello no se puede defender la existencia de un interés diferenciado de los acreedores contra la masa en el mantenimiento de esas acciones de reintegración, que como se ha dicho podrían ser ejercitadas una vez acordada la liquidación ante el incumplimiento del convenio”. Sobre esta cuestión vide también, PULGAR EZQUERRA, J., “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: Cláusulas convencionalmente pactadas”, Revista de Derecho Mercantil 279, Enero-Marzo, 2011, pp.147-176.

cómo articular el desistimiento o la suspensión si la administración concursal se niega a tramitar la petición en el incidente. En este caso, consideramos que el problema podría resolverse por la vía de la oposición a la aprobación del convenio (el art. 128.1 LC concede legitimación a la administración concursal) siempre que dicha oposición pueda encuadrarse dentro de las causas de oposición reguladas en el propio art. 128.1 LC. En este caso, la resolución judicial, en caso de desestimar la oposición, sí vincularía a la administración concursal de manera que, aunque mantuviera su desacuerdo, tendría que acatar la resolución que al aprobar el convenio, le obligaría a cumplir presentando el desistimiento de la acción, o solicitando la suspensión de la tramitación del incidente.

Por su parte, PULGAR EZQUERRA plantea el problema que surgiría si se continúan las acciones rescisorias y finalmente se cumple el convenio aprobado después de su interposición. En este caso considera que el bien o derecho rescindido podría convertirse en una “res nullius” por cuanto no se podría reintegrar a una masa que ya no existe; no podría acrecer el patrimonio del concursado, ni acrecer la cuota pagada a los acreedores debido a la eficacia novatoria del convenio. En ese caso defiende que debería recurrirse al supuesto de carencia sobrevenida de objeto del proceso para poner fin al mismo. Para esta autora: *“La solución idónea parece que sería la suspensión de las acciones en curso y su reanudación en la eventualidad en que el convenio finalmente se incumpliera, acudiendo a la figura procesal de la ‘detención del proceso sin caducidad de instancia’”, asimilándolo a un supuesto de cuestión prejudicial (art 43 LEC), y considerando aplicable el art. 238 LEC según el cual: “no habrá caducidad cuando la paralización del proceso sea independiente de la voluntad de las partes”*⁴⁸¹.

Una vez aprobado el convenio, el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, impide instar acciones rescisorias, incluso en el periodo que transcurre desde la aprobación del convenio hasta su firmeza (no hay que olvidar que, como regla general, el convenio adquiere eficacia desde su aprobación)⁴⁸². Sí podrá ejercitarse, ya

⁴⁸¹ PULGAR EZQUERRA, J., op. cit., “Rescisión concursal y aprobación judicial...”, p. 176.

⁴⁸² De forma general, el ATS de 24.01.2012 al pronunciarse sobre una cuestión de concluye que: *“(...) el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio”*. De forma ya más concreta sobre la acción rescisoria se pronuncia la SAP

fuera del concurso, las acciones que civilmente correspondan en la defensa de los intereses de los acreedores. Sólo en caso de que se incumpla el convenio es posible, de nuevo, el ejercicio de la rescisoria concursal⁴⁸³, pero sólo en relación a actos o negocios jurídicos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, tal y como ya indicamos anteriormente, en ningún caso cabe su interposición para declarar ineficaces los actos o negocios realizados durante la vigencia del convenio incumplido. Si durante este periodo se hubieran realizado actos considerados perjudiciales, deberá acudir a las otras acciones de impugnación a las que se refiere el art. 71.6 LC, acciones que no olvidemos forman parte del sistema de reintegración instaurado por nuestra ley concursal.

CAPÍTULO III.- LA LEGITIMACION

El artículo 10 LEC establece que: *“Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”*, sin perjuicio de que la ley pueda, excepcionalmente, atribuir legitimación a personas distintas de los titulares del objeto litigioso. Así ocurre en la acción rescisoria concursal, en la que la legitimación activa principal se otorga, no a los acreedores, sino a la administración concursal.

1.- Legitimación activa.

La LC establece de manera clara en su art. 72 que la legitimación para el ejercicio de las acciones rescisorias, y por tanto de la acción rescisoria concursal,

Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006) afirmando que la acción: *" nace con el concurso y se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes con la aprobación del convenio y la cesación de todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC), podrá ejercitarse mientras tanto sin estar sujeta a otro plazo específico, como pueden estarlo las acciones de reintegración extraconcursales. Aunque, en principio, la acción nace como consecuencia de la declaración de concurso, y, en concreto, por los efectos que produce para los actos comprendidos en el periodo sospechoso (arts. 71 y ss. LC), en la práctica habrá que esperar al nombramiento de los administradores concursales, legitimados originariamente para ejercitarla, y más en concreto a que este órgano concursal quede válidamente constituido, (...). Dentro del concurso, puede ejercitarse en cualquier fase, antes de su conclusión y no necesariamente durante la fase común"*. En este mismo sentido, ver el AAP Castellón (Sección 3) 26.07.2010 (Auto 156/2010; Rollo 254/2010); la SAP Guipúzcoa (Sección 2) 31.05.2013 (Sentencia 167/2013; Rollo 2118/2013), y la SAP Pontevedra (Sección 1) 28.09.2012 (Sentencia 149/2012; Rollo 608/2012).

⁴⁸³ Vid nuevamente la SJM-9 Madrid 03.09.2010 (AC 2010/1448; Concurso 508/2009).

corresponde a la administración concursal. En este punto la LC sigue la tradición histórica en la que la legitimación activa correspondía a los Síndicos de la quiebra (o al depositario antes del nombramiento de los Síndicos), en tanto que representantes de la masa activa, previa autorización del Comisario; y en la suspensión del pagos a los interventores⁴⁸⁴. La novedad de la LC radica en la concesión de legitimación activa subsidiaria a los acreedores que requieran a la administración concursal para que inste la rescisión de un acto o negocio jurídico concreto, en base a un fundamento jurídico concreto, si la administración concursal no atiende el requerimiento realizado. Se exceptiona esta legitimación subsidiaria en las acciones rescisorias y demás de impugnación instadas contra los acuerdos de refinanciación en las que la legitimación sólo se concede a la administración concursal⁴⁸⁵.

1.1.- Legitimación originaria o principal: la administración concursal.

La atribución a la administración concursal de la legitimación principal u originaria para el ejercicio de la acción de reintegración es coherente con el espíritu y los principios que informan la LC. El artículo 10.2 de la LEC prevé la posibilidad de que la ley atribuya legitimación para actuar como parte procesal a personas distintas de los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. La administración concursal, pese a no ser propiamente la titular del derecho, es la encargada de preservar la masa activa como medio para conseguir el mayor pago posible de los créditos, velando por los intereses del conjunto de los acreedores, no de cada uno de ellos individualmente, de ahí que la ley se refiera principal y mayoritariamente a los intereses de la masa activa, y no de los acreedores⁴⁸⁶. Por otro lado, la necesidad de que el proceso concursal no se

⁴⁸⁴ Sobre esta cuestión, ver MASCARELL NAVARRO, op. cit., pp.205-213; y BARO CASALS, A. y PEDREÑO MAESTRE, F., op. cit., "Derecho concursal. La Quiebra", pp. 1045-1068.

⁴⁸⁵ La Ley 36/2011 de Reforma de la LC, traslada al apartado 2º del art. 72 LC esta limitación introducida en la DA 4ª por el RDL 3/2009: "*Sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del art. 71.6.(...) Para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el apartado anterior*".

⁴⁸⁶ En palabras de la Audiencia de Barcelona (Sección 15) Auto de 24.10.2008 (JUR 2009/35554): "*... la administración concursal constituye un órgano que representa tanto los intereses patrimoniales de la masa del concurso, como los intereses de los acreedores concursales, y las acciones de reintegración se ejercitan principalmente en interés de la masa activa del concurso y, por ende, en interés de los acreedores, que verán reforzada la garantía patrimonial de sus créditos. Esta legitimación originaria se atribuye en todo caso, y con independencia del alcance de las limitaciones acordadas por el auto de concurso al ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (arts. 40 y 21.1.2º LC) y, por lo tanto, al grado de representación de la masa activa por parte de la administración concursal. Se*

eternice debido la interposición de multitud de incidentes hace necesario restringir o establecer algún filtro que evite el ejercicio indiscriminado de las acciones rescisorias. Partiendo de estas premisas, la atribución de la legitimación originaria sólo a la administración concursal para que ejercite la acción, no en interés propio o de algún acreedor en particular sino de la masa, permite proteger el patrimonio del concurso, y con ello los intereses de los acreedores en su conjunto, a la vez que evita la multiplicación de acciones dentro del concurso. De esta manera se conjugan los intereses patrimoniales de los acreedores, con la necesaria agilidad procesal que requieren los incidentes en el procedimiento concursal.

Esta limitación de la legitimación principal sólo a la administración concursal no afecta, ni a los derechos de defensa de los créditos de cada uno de los acreedores individuales, ni a la seguridad jurídica. En primer lugar porque, tal y como analizaremos en el siguiente apartado, se complementa con una legitimación subsidiaria que corresponde a los acreedores cuando, después de ser requerida en las condiciones fijadas en la LC, la administración concursal haya decidido no ejercitar la acción. En segundo lugar, porque en virtud de la regulación contenida en el Capítulo II, del Título II de la LC, la administración concursal deberá responder frente al deudor concursado y sus acreedores en caso de no haber ejercitado una acción rescisoria cuando ésta fuera necesaria para la correcta composición de la masa activa del concurso, o cuando la hubieran ejercitado indebidamente causando con ello un perjuicio a la masa.

La adopción del acuerdo de instar la rescisoria, la interposición de la demanda y la defensa de la acción en el incidente concursal, se rigen por las normas contenidas en la LC respecto del ejercicio del cargo de la administración concursal, las normas procesales para su intervención en el proceso, y en su caso, su régimen de responsabilidad. En relación con esta cuestión, debemos tener en cuenta que la reforma del 2011 ha supuesto una modificación importante de la configuración y las funciones de la administración concursal, entre ellas el cambio de una administración colegiada

excluye de esta legitimación a cualquier acreedor por motivos de orden y seguridad jurídica, para evitar la pluralidad de acciones, de modo que su legitimación se articula a través de un órgano de representación, la administración concursal, y sólo cuando dicho órgano de administración deje de actuar, habiendo sido requerido para ello, podrá ejercitar el acreedor requirente la acción revocatoria que había sido objeto de requerimiento” En este mismo sentido se pronuncia SANCHO GARGALLO, op. cit., “Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales ...”, p. 19.

integrada por 3 miembros, por un único administrador (salvo excepciones) pudiendo éste ser una persona física o jurídica⁴⁸⁷. Cuando excepcionalmente la administración concursal sea un órgano colegiado integrado por dos miembros (art. 27.7LC), las funciones las ejercerán de forma conjunta, adoptando las decisiones de forma mancomunada, debiendo resolver el juez en caso de desacuerdo entre ellos (art. 35.2 LC).

Se ha planteado la posibilidad de negar la legitimación de la administración concursal para ejercitar la acción rescisoria concursal cuando no haya reseñado esta acción en el inventario previsto en el art. 82.4 LC. Sin embargo, esta inclusión no debe entenderse como un requisito de procedibilidad; este argumento ha venido siendo sistemáticamente rechazado por la jurisprudencia⁴⁸⁸. El hecho de que se incluya o no el posible ejercicio de alguna acción rescisoria en el informe, no determina, ni que sea obligada su interposición, ni que no pueda interponerse posteriormente si se considera necesario para los intereses de la masa activa.

⁴⁸⁷ La composición de la administración concursal y las condiciones subjetivas para el nombramiento de la misma están reguladas en el artículo 27 LC, reformado inicialmente por la Ley 38/2011, y posteriormente por la Ley 17/2014.

⁴⁸⁸ Citamos a modo de ejemplo, entre las primeras resoluciones dictadas la SAP Lugo 19.12.2006 (JUR 2007/128096): “*PRIMERO.- El primer motivo del recurso, falta de legitimación de la administración concursal, no puede ser acogido. La administración concursal está perfectamente legitimada para actuar como lo hizo conforme a lo establecido el apartado primero del artículo 72 de la Ley concursal que atribuye a aquella la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás acciones de impugnación, pudiendo hacerlo bajo las condiciones que establece el citado artículo y por tanto, en determinados supuestos asimismo los acreedores. No cabe confundir supuestos señalando que al no mencionar en el inventario la posibilidad de iniciar una acción de reintegración falta la legitimidad ya que son cuestiones diferentes, no siendo tampoco de aplicación el artículo 97 de la citada Ley que no afecta a la administración sino a quien no impugnase en tiempo y forma el inventario. Tampoco lo dispuesto en el artículo 82.4 significa un impedimento de legitimación para el ejercicio de la acción.*”; Y en términos muy similares la SAP Pontevedra 22.07.2009 (Rollo 406/2009; Sentencia 369/2009). Más recientemente se han pronunciado, entre otras, la SAP Granada (Sección 3) 06.09.2013 (Sentencia 265/2013; Rollo 287/2013): “*SEGUNDO: Las acciones de reintegración a las que se contrae el artículo 72.1 LC pueden ejercitarse por la Administración Concursal o en su caso por los acreedores, cumpliendo con el régimen de legitimación subsidiaria establecido en la norma, en cualquier momento del proceso concursal, tan pronto se detecte la existencia de actos perjudiciales para la masa y se pueda aportar prueba que la sustente. No exige la norma, ni como requisito de procedibilidad, ni como dies a quo para su ejercicio, la inclusión de la acción en la lista anexa al inventario del elenco de acciones de reintegración que debieran promoverse- artículo 82.4 -; es más ni siquiera la presentación del informe se erige en presupuesto para su ejercicio, si atendemos a los términos del artículo 72.1 LC, tal y como además claramente resulta del artículo 197.4, contemplando el posible ejercicio de estas acciones durante la tramitación de la fase común*”; y la SAP Madrid (Sección 28) 05.04.2013 (Sentencia 97/2013; Rollo 66/2012): “*Tercera.- (...) En definitiva, la finalidad meramente informativa de la relación de posibles actuaciones para la reintegración de la masa que se añade al inventario no impide que pueda la administración concursal ejercitar las acciones que estime oportunas, aun no incluidas en dicha relación. Las acciones de reintegración solo tienen como presupuesto los requisitos contemplados en los artículos 71 y 72 LC*”.

Según el artículo 184.5 LC la administración concursal será oída siempre, sin necesidad de su comparecencia en forma. No es necesaria, por tanto, la intervención de procurador, realizándose las notificaciones y comunicaciones judiciales directamente a la administración concursal⁴⁸⁹.

Por el contrario, el artículo 184.5 LC exige que cuando intervenga en incidentes lo haga asistida de abogado, si bien, *“la dirección técnica del incidente se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal”*⁴⁹⁰. Si ello no fuera posible, deberá encomendar la defensa jurídica a un letrado en ejercicio. Hasta la reforma del 2011, se mantuvieron opiniones contradictorias sobre si los honorarios del letrado en incidentes concursales, en caso de que fuera miembro de la administración concursal, debían entenderse incluidos en la retribución general que le corresponde a la Administración concursal, o por el contrario debían ser considerados un crédito contra la masa ex art. 84.2.2º LC⁴⁹¹. Tras la reforma de este artículo en el 2011, incluyendo expresamente entre los créditos contra la masa los gastos de *“la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa...”*, la discrepancia parece zanjada. Este coste será otro de los elementos a valorar a la hora de evaluar la conveniencia o no de interponer la acción de reintegración.

⁴⁸⁹ En relación a la no necesidad de comparecencia formal de la administración concursal, GARNICA MARTÍN acertadamente sostiene: “Ello es completamente razonable y acorde con la naturaleza de este órgano, que en realidad es algo distinto a una simple parte: tal y como se concibe en la regulación, es un órgano necesario del concurso, no siendo sus funciones las de un simple postulante, aunque incidentalmente también pueda actuar como tal”. En los supuestos en los que sea la administración concursal la que interpone el incidente, tal y como ocurre con la rescisoria concursal, procesalmente considera la intervención del procurador meramente facultativa, GARNICA MARTÍN, J.F., “Aspectos procesales de la Ley Concursal”, en AA.VV., “La nueva Ley Concursal”, (Dir. Juan Francisco Garnica Martín), Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, 2003, p. 141.

⁴⁹⁰ La actual redacción del art. 184.5 LC es la establecida tras la reforma realizada por la Ley 38/2011.

⁴⁹¹ Antes de la reforma del 2011, la AP de La Coruña (sentencia de 16.01.2005; JUR 2006/124260) decidió que la retribución de los incidentes corría a cargo de la masa, mientras que la AP de Zaragoza (entre otros Auto de 03.11.2008; JUR 2009\120698), y la de Madrid (sentencia de 30.12.2008; Rollo 250/2007) declararon que la retribución de la AC incluía también los incidentes. Después de la reforma del 2011, la discrepancia parece haberse trasladado a si estos gastos pueden repercutirse a la adversa en tasación de costas o no.

En este punto se considera conveniente recordar que en la práctica, la administración concursal debe, además de examinar la concurrencia de los requisitos legalmente exigibles para que prospere la acción de reintegración, valorar la eficacia o el beneficio que el ejercicio de la acción puede reportar para la masa activa del concurso, y el posible perjuicio que le comportaría tener que pagar las costas del incidente. Así, aun cuando jurídicamente concurran los requisitos para que la acción prospere, la cuantía de la pérdida que el acto rescindible ha causado debería justificar el ejercicio de la acción (su recuperación debe compensar los gastos que deben realizarse para ejercitar correctamente la acción de reintegración) ya que, de no ser así, el intento de resolver estos actos, puede llegar a causar más perjuicios patrimoniales a la masa que el propio negocio cuya resolución se pretende. El ejercicio de la acción rescisoria, en contra de lo argumentado por algunos administradores concursales, no es obligatorio sino tan sólo uno de los diversos instrumentos que la ley pone a su disposición para conseguir la correcta composición de la masa activa. Es más, su no ejercicio está plenamente justificado por los art. 35. 1 y 36.1 de la LC que imponen a los administradores el desempeño de su cargo con la diligencia de un ordenado administrador, haciéndolos responsables de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia. Tan negligente es no ejercitar la acción cuando ésta es necesaria para reintegrar a la masa activos salidos del patrimonio del deudor en perjuicio de acreedores, como ejercitar indebidamente de la acción cuando no concurren los requisitos legalmente establecidos para su estimación, o cuando su ejercicio cause un daño o perjuicio patrimonial a la masa (ello, no obstante, exigirá un análisis detenido de los efectos que razonablemente se hubiesen podido llegar a producir en caso de prosperar la acción).

La legitimación de la administración concursal le confiere no sólo la facultad de ejercitar la acción y de realizar todos los trámites necesarios para su estimación judicial, sino también las facultades o derechos propios de las partes en un proceso civil, entre las que se encuentra la transacción y el poder de disposición sobre la acción ejercitada, sin que para ello sea necesaria ni la intervención de los acreedores, ni mucho menos su consentimiento. Sobre esta cuestión se ha pronunciado de forma muy clara la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁹². Por su parte, la posibilidad de cesión de la acción de

⁴⁹² AAP Barcelona (Sección 15) 24.10.2008 (JUR 2009/35554): “*TERCERO.- El art. 72.1 LC atribuye a la administración concursal la legitimación activa originaria para instar la rescisión concursal y*

reintegración, está recogida tras la reforma del 2011, en el nuevo 176 bis, 1⁴⁹³ (antes en el derogado art 176.3 LC). En caso de disconformidad, los acreedores podrán interponer los recursos que legalmente correspondan, o incluso, exigir responsabilidad a la administración concursal si con su actuación ha perjudicado los intereses de los acreedores.

Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente de reintegración coadyuvando con las partes, al amparo de lo establecido en el artículo 193.2 LC. La poco precisa redacción de este precepto ha hecho necesaria su interpretación, siendo mayoritaria la que afirma que el interviniente, de conformidad con lo establecido en el art. 13.3 LEC, tiene la consideración, los derechos y obligaciones de parte en el proceso (p. ej, puede formular alegaciones y proponer medios de prueba; lo que no puede es modificar su objeto incorporando nuevas pretensiones o modificando la causa de pedir)⁴⁹⁴. No obstante ello, la Audiencia

cualquier otra acción de impugnación de actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso (...). Esta legitimación conlleva también la disponibilidad procesal, de forma que a la administración concursal le corresponde, en exclusiva, prestar su consentimiento a un posible acuerdo transaccional con las demandadas en un incidente de reintegración, sin perjuicio de la homologación del acuerdo por parte del juez del concurso y de la posible responsabilidad civil de los miembros de la administración concursal.”

⁴⁹³ Art. 176 bis, 1 LC: “No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa.” Sobre esta cuestión, ALCOVER GARAU se pronuncia argumentando que lo más razonable es que, dentro del plan de liquidación, se pueda transmitir estas acciones de forma onerosa como parte de la realización de los derechos integrados en la masa activa. Asimismo, considera posible la interposición de acciones de reintegración después de aprobado el convenio si así lo establece el propio convenio, basándose en que el art. 133.2 LC no limita las funciones que pueden encomendarse a los hasta entonces administradores concursales, Vide ALCOVER GARAU, G., op. cit., p. 342.

⁴⁹⁴ Esta doctrina la recoge de forma clara y precisa la SAP de Barcelona (Secc. 15ª), de 28-09-2010, nº 33: “Fundamento Jurídico IV.- (...) a pesar de la equívoca disposición legal del art. 193.2º LC que utiliza la expresión ‘coadyuvando’ para designar la actividad que puede realizar el interviniente en un incidente concursal, el legislador también es claro al afirmar que ‘con plena autonomía’, de manera que la intervención de la Ley Concursal atribuye al interviniente el mismo estatuto que a la parte y le inviste de sus mismos poderes, tal y como resulta de lo que se establece en el art. 13.3 LEC. Ahora bien, de ello no se deriva que nuestro Legislador haya pretendido permitir que el tercero que interviene en la posición de demandante pueda llegar a formular nueva demanda o a modificar siquiera la del demandante originario. Es decir, el tercero interviniente no ostenta la potestad de modificar el objeto del proceso, sea incorporando nuevas pretensiones o bien apartándose de la causa de pedir definida por el actor originario. De manera que la ‘plena autonomía’ de que se habla en la norma antes mencionada se refiere a la posibilidad de formular alegaciones e introducir medios de prueba. Esto es, a utilizar todas las oportunidades de defensa que se le ofrecen al actor originario, lo que no incluye la modificación del objeto del proceso”. Aunque dictado en un ámbito material distinto, citamos por su claridad, también el ATC 146/1996, de 10 junio: “Claro está que el coadyuvante del actor cuya posición procesal le es subordinada -como su propia etimología indica- no es autónomo y, por lo tanto, no puede esgrimir

de Barcelona partiendo de la restricción de la legitimación activa, ha declarado que no es posible intervenir como coadyuvantes en la posición procesal del administrador concursal⁴⁹⁵. La Audiencia Provincial de Sevilla, en la muy didáctica sentencia de 17 de enero de 2014, niega legitimación a un acreedor para interponer un recurso de apelación contra la sentencia del incidente rescisorio aceptada y no recurrida por la administración concursal, por ser ésta la que ostenta la legitimación principal⁴⁹⁶. Por su parte, la

pretensiones distintas de las ejercitadas por aquél, ni mucho menos pretender el reconocimiento para sí de una situación jurídica individualizada, un derecho subjetivo en román paladino. En definitiva, no dispone de la pretensión y, por ello, tampoco puede renunciar a ella, transigir o desistir. Su intervención adhesiva debe quedar limitada a la facultad de alegar (art. 52.1 LOTC) cuanto le conviniere sin restricción dialéctica alguna, siempre que no altere el planteamiento ni el objeto del proceso”.

⁴⁹⁵ AAP Barcelona (Sección 15) 24.10.2008 (JUR 2009/35554): “Una vez ejercitada la acción por la administración concursal, en puridad, no cabría intervención procesal de un acreedor o tercero interesado para actuar como coadyuvante del actor, como consecuencia de la restricción de legitimación activa a la que nos referíamos antes. Para poder intervenir es preciso gozar de un interés en el asunto que pudiera legitimar el ejercicio de la acción. Es por ello que tanto el ejercicio de la acción de reintegración como la formulación de la calificación concursal quedan excluidas de la intervención procesal, en la medida en que corresponde la administración concursal en exclusiva en el primer caso, y de forma compartida con el ministerio fiscal en el segundo, el ejercicio de esas acciones”. Entre la doctrina se ha pronunciado en este sentido HURTADO YELO, J.J., “Problemas de legitimación en el incidente concursal”, El Derecho-Revista de Jurisprudencia, nº 2, julio 2014, p. 4.

⁴⁹⁶ SAP Sevilla (Sección 5) 17.01.2014 (Sentencia 36/2014; Rollo 5568/2013): “*TERCERO.-Es incuestionable que la recurrente se persona en los presentes autos no como parte en sentido estricto, sino que bajo la denominación de intervención adhesiva. Que se caracteriza porque participa en un proceso ya iniciado en el que las partes son conocidas y determinadas, tiene la consideración de tercero, en cuanto que si bien actúa movido por un interés propio, sin embargo, realiza su defensa bien de un modo directo o indirecto, pero mediante la defensa de los derechos de una de las partes, no es un representante de la parte, aunque bien es cierto que actúa en nombre propio para mantener un derecho de otro, de quien es parte, de modo que se puede afirmar que no pide la actuación de la ley para sí, directamente, sino para quien es parte. (...) De este modo, la intervención adhesiva del coadyuvante en lo civil, queda definida por estas notas esenciales: no le asiste la facultad de promover el juicio, ha de aceptar el resultado del proceso hasta el momento de su intervención, con efectos preclusivos para él, puede ayudar la gestión del litigante a quién se adhiera, contribuyendo al éxito de sus propios medios de defensa, o utilizando, en provecho común, aquellos de que esté especialmente asistido y, por obra de su intervención, queda vinculado a la resolución del proceso, no sólo con la parte a cuyos fines coadyuvó, sino también en relación con la contraria. (...) Ese interés indirecto o reflejo del coadyuvante supone que esté o asuma una posición procesal subordinada y dependiente de la parte principal a la que se adhiere. Es un mero colaborador del coadyuvado, al que apoya en su pretensión, de modo que ha de entenderse que se sitúa en un plano inferior y no puede considerarse parte en sentido estricto, es decir, de quien pide el amparo legal y ha de soportar las consecuencias que la decisión judicial adopte, de modo que no soportan los derechos, cargas, y responsabilidades inherentes al proceso.*

Con base a lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el interviniente sería considerado, como señala el párrafo tercero, parte, y podría formular pretensiones, distintas y diferente a su coadyuvado, siempre que tuviere oportunidad procesal para ello, aunque aquél renuncie, se allane, desista o se aparte del proceso. Consecuente con ello, podrá interponer los recursos contra las resoluciones que estime perjudiciales para su interés, aunque aquél las consienta. Sin embargo, ello no es asumible en el presente supuesto, al ser aquí donde reside la principal diferencia con la figura bajo cuyo prisma actúa la entidad recurrente, porque en el supuesto contemplado en la citada norma, se parte de la premisa de que tiene legitimidad para ejercitar acción y sostener pretensión en nombre propio, desde luego, siempre que por el momento procesal de personarse pudiera hacerlo, lo cual, no ocurre en el presente supuesto. El artículo 72-1º de la Ley Concursal, es taxativos al determinar quien esta legitimado para ejercitar esta acción: ‘La legitimación activa para el ejercicio de las acciones

Audiencia Provincial de Baleares⁴⁹⁷ analiza un supuesto en el que es la administración concursal la que interviene en la rescisoria instada por los acreedores: “... *el acreedor no tiene una condición de parte autónoma, sino que su legitimación es subsidiaria y en el caso de que la ejercite el administrador concursal sólo puede unirse a los motivos por el planteados*”. Creemos que la restricción de la legitimación activa, no justifica que se impida a los acreedores (que tienen un interés legítimo evidente) intervenir como coadyuvantes de la administración concursal, si lo hacen sujetos a las limitaciones propias de esta figura procesal⁴⁹⁸.

1.2.-Legitimación subsidiaria: los acreedores

En el supuesto de que la administración concursal no ejercite las acciones rescisorias y demás de impugnación, la LC concede legitimación a los acreedores para que sean ellos los que las insten, previo cumplimiento de una serie de requisitos. Se trata de la denominada legitimación subsidiaria, si bien algunos autores afirman que se trata de una legitimación sucesiva o en cascada, o que se acerca a la extraordinaria⁴⁹⁹. Sobre su fundamento, la opinión más generalizada es que habilita a los acreedores para que defiendan su derecho en caso de inactividad de la administración concursal.

rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal'. Por tanto, quien actúe como coadyuvante, en los términos previstos en el artículo 193-2º, estará siempre subordinado, en este caso, a la parte actora ... En el presente supuesto, la administración concursal promovió el oportuno incidente concursal de reintegración, por tanto, es la única que tiene legitimación para sostener dicha pretensión. Podrá contar con el apoyo de quien sea acreedor, pero será en todo caso subordinado a la posición de dicha parte, y solo para fortalecer los actos de la misma, nunca para emprender una posición propia y autónoma, como pudiera ser sostener la pretensión actora en un recurso interpuesto contra una resolución contraria, que la propia parte ha consentido. En definitiva, en estos incidentes en los que está restringida la legitimación para promoverlos, el hecho de que se persone como coadyuvante, al amparo del artículo 193, no puede conllevar que se eluda esa restricción en cuanto a la legitimación activa en los supuestos de acciones de reintegración establecida en el artículo 72-1º, cuando no estamos ante el supuesto subsidiario que establece dicha norma”.

⁴⁹⁷ SAP Baleares (Sección 5) 29.11.2012 (Sentencia 510/2012; Rollo 320/2012).

⁴⁹⁸ SERRA DOMINGUEZ afirma que : “*La intervención procesal de personas no demandadas no estaba regulada en la LEC 1881, siendo la doctrina, y especialmente los Catedráticos de Derecho Procesal FAIREN GUILLEN, SERRA DOMÍNGUEZ, Y MONTERO AROCA, por dicho orden, quienes la recogieron doctrinalmente, influyendo en la regulación actual de los arts. 13 y 14 LEC, si bien con algunas imprecisiones criticadas por la doctrina, y muy especialmente en lo relativo a la anómala figura de intervención provocada como demandante de un tercero no demandado del art. 14.1 LEC*”, SERRA DOMINGUEZ, M., op.cit., p. 138.

⁴⁹⁹ Sobre esta cuestión ver VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., “La legitimación y las costas de la acción de reintegración”, ADC, 2012, nº 27, pp. 314-316.

HERRERO PEREZAGUA⁵⁰⁰ lo concreta más al afirmar que al ser una cuestión que no puede ser modificada, subsanada o controlada de oficio por el órgano judicial, el legislador permite, de esta forma, enmendar un posible error de la administración concursal a la hora de valorar la viabilidad de las acciones de reintegración. Debemos recordar que la reforma de octubre del 2011, el nuevo apartado 3 del art. 72 excluye esta legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación contra los acuerdos de refinanciación.

Los requisitos necesarios para que nazca esta legitimación subsidiaria son dos, uno formal y otro temporal: un requerimiento previo a la administración concursal y el transcurso de dos meses. En primer lugar, el acreedor debe requerir por escrito (de manera fehaciente para acreditar, tanto el contenido del requerimiento, como la fecha de realización) a la administración concursal, en tanto que legitimada principal, que ejercite la acción rescisoria. El requerimiento debe indicar de manera clara y precisa el acto concreto a rescindir y el fundamento jurídico de dicha rescisión⁵⁰¹. Si en los dos meses siguientes al requerimiento, contados de fecha a fecha, la administración concursal no ejercitase la acción solicitada por el acreedor, éste quedará legitimado para ejercitarla él mismo⁵⁰².

⁵⁰⁰ Vide. HERRERO PEREZAGUA, J. F., op. cit., p. 172.

⁵⁰¹ En las conclusiones alcanzadas por los Magistrados y Secretarios judiciales de los Juzgados Mercantiles de Cataluña, sobre aspectos procesales en la tramitación de los concursos en el seminario celebrado el 29 de septiembre de 2014, confirman que es necesario que el actor, al interponer la demanda, acredite documentalmente con la demanda, como requisito previo de procedibilidad, la notificación previa al AC para el cómputo del plazo de los dos meses.

⁵⁰² La SAP Tarragona 20.06.2008 (JUR 2008/355025), por ejemplo, niega la legitimación a unos acreedores por no haber requerido previamente a la administración concursal: “*PRIMERO.- El recurso de Pedro Miguel y Paulino, se alza contra la desestimación de su demanda de impugnación de los créditos de Filomena y Juan Enrique por falta de legitimación activa, al considerar la sentencia recurrida que ejercitaban la acción de reintegración del art. 71 de la LC sin cumplir con las exigencias del art.72, que atribuye la legitimación para su ejercicio a la administración concursal y solo subsidiariamente a los acreedores, por lo que, al no haber instado los demandante previamente a la administración, carecían de legitimación para el ejercicio de la referida acción, a lo que opone el recurso que la demanda no había ejercitado la acción del art. 71 sino que había impugnado los créditos al amparo del art. 96.3 de la LC. Para resolver conviene señalar que, pese a la argucia de la apelación, lo cierto es que la demanda invocó como fundamento jurídico de su pretensión exclusivamente los artículos 71 y 72 de la LC, refiriéndose al 96 únicamente respecto del trámite procesal. Por otro lado en los hechos de su demanda se invoca que habrá que dudar de todos los créditos y de los contraídos en período inferior a dos años, referencia que reitera en varias ocasiones, y a ello debemos agregar que en la apelación se pretende fundamentar la impugnación de los créditos en la simulación de los créditos y el fraude de acreedores, acción la del art. 1111 de CC también comprendida en el art. 71.6 de la LC al referirse a otras acciones de impugnación de actos del deudor, precepto que remite su ejercicio al mismo régimen que la de reintegración por remisión a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente, por lo que procede mantener la falta de legitimación*”

Se plantea por ello la cuestión de quién debe tener la condición de acreedor a estos efectos, si los acreedores con legitimación subsidiaria son sólo los concursales tal y como defiende HERRERO PEREZAGUA⁵⁰³, o si por el contrario también debe incluirse a los acreedores contra la masa, tal y como defiende FERNÁNDEZ SEIJO⁵⁰⁴. Compartimos esta última opinión. En la medida en que la ley no distingue entre acreedores, los acreedores contra la masa también pueden tener interés legítimo en el ejercicio de la acción, no encontrando ninguna justificación para restringir aún más una legitimación ya de por sí restringida.

Tampoco es pacífica la cuestión de si los acreedores legitimados son sólo los que realizan el requerimiento, o si hecho el requerimiento, quedan legitimados todos los acreedores y no sólo el requirente. Algunos autores⁵⁰⁵ defienden una interpretación teleológica “*no amplia sino flexible*” en virtud de la cual, una vez hecho el requerimiento por un acreedor, y por tanto, actuado el mecanismo para poner en marcha la legitimación por sustitución, cualquier acreedor concursal podrá ejercitar la acción. No compartimos esta opinión. Consideramos que la redacción del art. 72 al referirse a los “*acreedores que hayan instando por escrito ... estarán legitimados...*” otorga esta legitimación subsidiaria sólo a los acreedores que realizan el requerimiento, no a cualquier otro; el requerimiento realizado por un acreedor, si éste finalmente decide no ejercitar la acción, no puede ser “aprovechado” por otro partiendo de la base de que la administración concursal ha sido requerida para el ejercicio de la acción sin que

de los apelantes, ya que también en este caso se ha dado la inobservancia de los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción.”

⁵⁰³ Según este autor: “*El primer elemento a considerar es que la legitimación se predica de los acreedores. La referencia lo es a los acreedores concursales. Sólo los así reconocidos e incluidos en la lista de acreedores que se acompaña al informe de la administración concursal serán considerados como tales y estarán en consecuencia, legitimados*”, HERRERO PEREZAGUA, J.F., op. cit., p. 173.

⁵⁰⁴ Este autor afirma que: “*No establece la ley que tipo de acreedores gozan de esta legitimación si los acreedores concursales o también los acreedores contra la masa –por ejemplo los trabajadores que estuvieran pendientes de ver satisfechas sus indemnizaciones o salarios postconcursoales-. En la medida en que el art. 154.1 establece que los créditos contra la masa se deducirán de la masa activa parece razonable considerar que los acreedores contra la masa también podrán instar estas acciones de reintegración o rescisión ya que las mismas pueden ser necesarias para ver satisfechos sus créditos*”, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., op. cit., “*Acciones rescisorias y reintegración ...*”, p. 246. También se pronuncia en este sentido SEBASTIAN, R., op. cit., p. 42.

⁵⁰⁵ Vid. HERRERO PEREZAGUA, J.F., op. cit., pp. 173-174. También es de esta opinión VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., op. cit., p. 317.

transcurrido los dos meses legalmente establecidos la haya ejercitado. Creemos que la legitimación subsidiaria se concede sólo al acreedor o acreedores requirentes, no al resto de acreedores.

Asimismo, la legitimación subsidiaria se concede para el ejercicio de la concreta acción de reintegración para cuyo ejercicio se requirió a la administración concursal, no para cualquier otra acción (de ahí que sea importante que el acreedor pueda demostrar tanto el contenido del requerimiento realizado, como la fecha de recepción por parte de la administración concursal). Siguiendo el mismo razonamiento anterior, entendemos que no será posible que los acreedores ejerciten la acción rescisoria fundamentándola en argumentos distintos de los comunicados a la administración concursal. En caso de querer modificar el fundamento de la acción deberían realizar un nuevo requerimiento para que ésta nueva fundamentación pudiera ser evaluada por la administración concursal. HURTADO YELO plantea aún otro supuesto: si ejercitada por la administración concursal la acción rescisoria frente a un determinado acto, el acreedor que la había requerido para que la instara pero en base a otro fundamento jurídico, puede interponer otra acción como legitimado subsidiario solicitando la resolución del mismo acto pero por un fundamento jurídico distinto. El autor considera que sí cuando los argumentos de éste y de aquéllos en el ejercicio de dicho incidente sean totalmente dispares, no meras discrepancias de enfoque⁵⁰⁶. Estamos de acuerdo con este autor, consideramos posible el ejercicio de la acción por parte del acreedor instante por cuanto la administración concursal no ha atendido su requerimiento en los términos planteados, siendo un elemento básico para la estimación o no de la demanda, el fundamento jurídico de la misma. En este caso, además, el ejercicio de la acción no complicaría o retrasaría la tramitación del concurso por cuanto muy posiblemente se acumularían las acciones y su tramitación sería conjunta.

El plazo de dos meses es el inicialmente concedido a la administración concursal para interponer la demanda de reintegración, de manera que transcurrido este tiempo sin que haya interpuesto la demanda, nace la legitimación del acreedor requirente para hacerlo él. Sin embargo, la doctrina mayoritaria defiende que, aún cuando hayan

⁵⁰⁶ El autor cita, en defensa de sus argumentos, el auto del juzgado mercantil 3 de Madrid, de 21 octubre 2011, HURTADO YELO, J.J. OP. CIT., “Problemas de legitimación ...”, p. 4.

transcurrido más de dos meses, la administración concursal podrá interponer la demanda si antes no lo ha hecho el acreedor requirente. En este caso, si posteriormente el acreedor interpusiera la demanda incidental la concurrencia de la excepción procesal de litispendencia permitiría dictar, inmediatamente después de su admisión⁵⁰⁷, un auto de sobreseimiento de conformidad con lo establecido en el art. 421 LEC. Ello resulta congruente con la finalidad de la legitimación subsidiaria concedida al acreedor únicamente en caso de inactividad de la administración concursal, por lo que interpuesta la demanda por la administración concursal ya no puede hacerlo el legitimado subsidiario. No hay acuerdo sobre si la legitimación subsidiaria de los acreedores puede nacer antes del plazo de dos meses, cuando la administración concursal haya rechazado o manifestado su intención de no ejercitar la acción antes de ese plazo de dos meses⁵⁰⁸.

Sobre esta cuestión, los jueces mercantiles de Cataluña han considerado necesario explicitar que la demanda interpuesta por uno o alguno de los acreedores debe dirigirse contra el deudor y su contraparte, en ningún caso contra la administración concursal "*al no haber ninguna suerte de litisconsorcio pasivo necesario entre ellos, sin perjuicio que, de conformidad con lo previsto en el Art. 72.4 LC, se le deba notificar la interposición de la demanda por si desea intervenir en el incidente como parte meramente coadyuvante*"⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ En relación a la posible inadmisión de la demanda por falta de legitimación activa vid. infra el apartado 1.3 "Tratamiento procesal de la legitimación activa" de este mismo capítulo.

⁵⁰⁸ Entre las conclusiones alcanzadas por los Magistrados y Secretarios judiciales de los Juzgados Mercantiles de Cataluña, en el seminario celebrado el 29 de septiembre de 2014, sobre aspectos procesales en la tramitación de los concursos, se incluye la de considerar innecesario agotar el plazo de 2 meses si el AC ya ha respondido negativamente a dicha pretensión. Al parecer, se trata de una decisión eminentemente práctica que busca que el acreedor interesado pueda instar la rescisoria cuanto antes, evitando en la medida de lo posible, el riesgo de verse obligado a garantizar los créditos contra la masa, si mientras espera el transcurso de esos dos meses, la administración concursal solicita la conclusión del concurso por falta de activo (art 176 bis.1 LC). En esta misma línea, autores como HERRERO PEREZAGUA o SEBASTIAN admiten el ejercicio de la acción por parte de los acreedores antes de los dos meses legalmente establecidos si la administración concursal rechaza su ejercicio, o manifiesta su voluntad de no ejercitarla antes de ese plazo, HERRERO PEREZAGUA, J. F., op. cit., p. 175, y SEBASTIAN, R., op. cit., p. 42. Por su parte VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA considera que el plazo de dos meses es el que tiene la administración concursal para ejercitar la acción, decayendo su derecho pasado el plazo, naciendo a partir de ese momento la legitimación subsidiaria de los acreedores en exclusiva, no de forma concurrente, VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., op. cit., pp. 315-316.

⁵⁰⁹ Conclusiones alcanzadas por los Magistrados y Secretarios judiciales de los Juzgados Mercantiles de Cataluña, sobre aspectos procesales en la tramitación de los concursos en el seminario celebrado el 29 de septiembre de 2014.

El ejercicio de la acción rescisoria concursal por los acreedores requiere, según el art. 184.3° LC, que comparezcan en el procedimiento representados por procurador y asistidos por letrado. Se entiende que los acreedores que hayan formulado un requerimiento conjunto, después deberán coordinarse para presentar una única demanda si su objeto es único. Asimismo, el 72.3° LC exige que la demanda interpuesta por los legitimados subsidiarios se notifique a la administración concursal, lo que es totalmente lógico y necesario para que puedan defender, si procede, los intereses de la masa. Una vez la administración concursal tiene conocimiento del ejercicio de la rescisoria concursal, puede decidir no intervenir, o intervenir coadyuvando con alguna de las partes en función de lo que considere mejor para la masa activa del concurso.

En cuanto al coste de su intervención, el art. 54.4 LC, al que remite expresamente el 72.1 LC, establece que los acreedores litigarán a su costa y en interés de la masa. Así pues, los acreedores asumen inicialmente el coste del ejercicio de la acción (tasas, honorario de letrados, derechos y suplidos del procurador, coste de los peritajes, etc.), y en caso de que la demanda fuera desestimada tendrán que soportar, además, el pago de las costas procesales si en aplicación de la regla general del vencimiento objetivo les son impuestas. Únicamente, en el supuesto de que la demanda sea estimada, una vez la sentencia sea firme, tendrán derecho a que con cargo a la masa se les reembolsen los gastos y costas en que hubieran incurrido hasta el límite de lo obtenido con la sentencia⁵¹⁰. Consideramos que siendo éste un derecho reconocido expresamente por la LC es totalmente independiente de una eventual condena en costas de la demandada, y que por tanto, será de aplicación aún cuando la demandada no sea condenada al pago de las costas.

En ningún caso se concede legitimación subsidiaria al concursado para interponer la demanda, o para presentar recurso de apelación contra su desestimación (tal y como en la práctica se ha pretendido), rechazando esta posibilidad la

⁵¹⁰ VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., considera que tener que adelantar los gastos y asumir el riesgo de una condena en costa desincentiva que los acreedores insten la acción. Señala que no se le ha compensado de ninguna forma, en contra de lo que hace con el acreedor que insta el concurso, al que bonifica el 50% de su crédito con un privilegio general, VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., op. cit., p. 323. Creemos que los supuestos no son comparables, y que la voluntad del legislador es, precisamente, no incentivar la interposición de esta acción, y menos privilegiando los créditos de los instantes.

jurisprudencia de forma rotunda y reiterada⁵¹¹. Obviamente, sí podrá recurrir contra la sentencia que estime la demanda, salvo que dicha sentencia no le suponga ningún

⁵¹¹ Sobre esta cuestión se ha pronunciado ya el ATS de 16 de septiembre de 2014, (Recurso 2036/2013), [Roj: ATS 6992/2014; Id Cendoj: 28079110012014202113]: “La codemandada absuelta por la Audiencia Provincial interpone ahora recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Con tal planteamiento, la parte recurrente carece de interés legítimo para recurrir, toda vez que la sentencia de apelación, revocando la sentencia de instancia, absolvió a los codemandados de la pretensión que se dirigía frente a los mismos. De esta forma la parte recurrente carece de gravamen para impugnar una sentencia que le absolvió y que en nada le perjudica, pues la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate (SSTS 10-11-81 , 1-2-90 , 29-10-90 , 20-3-92 , 28-2- 95 , 1-12-99 y 2-2-2000) , -causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.1º en relación con el artículo 448.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil –.

(...) En cualquier caso, ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ni indefensión alguna se produce al recurrente, pues la propia doctrina del Tribunal Constitucional es bien clara al señalar que no existe un derecho constitucionalmente protegido a interponer determinados recursos y, por tanto, que no existe un derecho de relevancia constitucional a recurrir en infracción procesal y casación, siendo perfectamente imaginable, posible y real que no esté prevista semejante posibilidad (SSTC 37/88 , 96/88 y 216/98); por el contrario, el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal (SSTC 3/83 y 216/98 , entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, con el único límite consistente en la proscripción de la arbitrariedad y la evitación de los errores materiales (SSTC 37/95 , 186/95 , 23/99 y 60/99) , sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a la casación tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente (SSTC 230/93 , 37/95 , 138/95 , 211/96 , 132/97 , 63/2000 , 258/2000 y 6/2001); y que el principio ‘pro actione’, proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores (SSTC 3/83 , 294/94 y 23/99) , habiéndose añadido, finalmente, que el referido derecho constitucional se satisface incluso con un pronunciamiento sobre la inadmisibilidad del recurso, y no necesariamente sobre el fondo, cuando obedezca a razones establecidas por el legislador y proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegibles a que los requisitos procesales tienden (SSTC 43/85 , 213 /98 y 216/98)”. En este mismo sentido se había pronunciado la SAP Barcelona (Sección 15) 22.05.2008 (Rollo 646/2007): “II. (...) frente a este pronunciamiento, la única parte legitimada para impugnar la sentencia, la administración concursal, decidió no hacerlo, justificándolo incluso en el escrito de oposición al recurso interpuesto por Construcciones Deportivas de Viladecans SL. Construcciones Deportivas de Viladecans SL [la concursada] intervino en este procedimiento como parte demandada, por haber sido parte en el negocio objeto de rescisión, gozando de esta legitimación pasiva en virtud del propio art. 72 LC. Pero esta legitimación pasiva, y la consiguiente condición de parte demandada, le impide impugnar la sentencia respecto de un pronunciamiento desestimatorio de la demanda, pues carece de interés legítimo reconocido por la Ley. Del mismo modo que no está legitimada para interponer la demanda de reintegración, tampoco lo está para recurrir la desestimación de alguna de las pretensiones ejercitadas por la administración concursal en el incidente de reintegración”. En el mismo sentido, entre otras, la SAP Barcelona (Sección 15) 28.06.2012 (Sentencia 248/2012; Rollo 6600/2011), y la SAP Madrid (Sección 28) 14.07.2014 (Sentencia 223/2014; Rollo 914/2012).

En relación con la interposición de la demanda se han venido pronunciando de forma reiterada las Audiencias, p. ej, la SAP Huesca 07.02.2008 (JUR 2008\131186; Sentencia 33/2008; Rollo 277/2007): “ (...) el art. 72 atribuye la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones a la Administración concursal, así como, en las condiciones determinadas en el propio precepto, a algunos de los acreedores, mas en ningún caso al propio deudor, que es precisamente la parte contra la cual, conforme al párrafo segundo del propio art. 72, deberá dirigirse la demanda de rescisión, por lo que, como ya apuntábamos en nuestra Sentencia de 30 de noviembre de 2007(...) hay que entender que la concursada carece de legitimación para cuestionar la validez de las operaciones por ella misma concertadas, y también para pedir la paralización del procedimiento en función de acciones que a ella no le corresponden, sin que, en cualquier caso, sea éste el momento para determinar si lo que pudo lesionar a la masa fue el crédito obtenido o el destino al que la concursada

perjuicio o gravamen, en cuyo caso, en aplicación de las reglas generales que regulan el recurso de apelación, no se admitirá la presentación del mismo⁵¹².

1.3.- Tratamiento procesal de la legitimación activa.

La doctrina procesal discrepa respecto de la naturaleza y, consecuentemente, el tratamiento procesal que debe darse a la legitimación. La posición mayoritaria tanto doctrinal como jurisprudencial, defiende su naturaleza material o de fondo⁵¹³, lo que impide que se pueda examinar “in limine litis” al inicio del proceso; sólo al finalizar el proceso, en la sentencia, una vez realizadas todas las alegaciones de las partes y de haberse practicado toda la prueba, será posible determinar si las personas intervinientes podían interponer la demanda, o ser demandadas, en ese proceso concreto. Por el contrario, otros autores defienden la naturaleza procesal de la legitimación⁵¹⁴, y por

lo aplicó.”. En esta misma línea el AAP La Coruña (sección 4) 16.04.2010 (JUR 2010/203668; Auto 63/2010; Rollo 101/2010); SAP Murcia (Sección 4) 14.10.2011 (Sentencia 487/2011; Rollo 416/2011), de 29.03.2012, y de 27.12.2012 (Sentencia 856/2012; Rollo 934/2012); SAP Sevilla (Sección 5) 29.01.2013 (Sentencia 31/2013; Rollo 9224/2012); y SAP Valencia (Sección 9) 03.02.2011 (Sentencia 52/2011; Rollo 691/2010), y de 05.03.2012 (Sentencia 82/2012; Rollo 858/2011).

⁵¹² SAP Salamanca (Sección 1) 27.11.2013 (Sentencia 398/2013; Rollo 337/2013) ;y SAP Toledo (Sección 1) de 25.06.2013 (Sentencia 172/2013; Rollo 3/2013), y de 17.09.2013 (Sentencia 200/2013; Rollo 4/2013).

⁵¹³ MORENO CATENA sostiene que “*la legitimación no tiene naturaleza procesal; no se trata de un presupuesto procesal sino de un elemento de la fundamentación de la pretensión que impide resolver sobre la cuestión de fondo*”, por ello, con carácter general la legitimación sólo puede determinarse con certeza en la sentencia definitiva. No obstante, en supuestos como el que nos ocupa, en que la falta de legitimación ya se aprecia desde la propia demanda, defiende que, sin alterar su naturaleza, se le otorgue tratamiento de presupuesto procesal y pueda ser apreciada de oficio por el juez en la audiencia previa, MORENO CATENA, V., y otros, “Derecho Procesal Civil. Parte general”, 3ª ed. Ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 97-98 y 112; ORTELLS RAMOS considera que la norma que atribuye la legitimación es material, admitiendo el examen de su concurrencia o no, de forma específica y previa a la sentencia, en los supuestos especialmente previstos en la LEC, señalando los siguientes: supuestos de litisconsorcio necesario, intervención de tercero alegando interés directo y legítimo, supuestos de sucesión procesal, y en procesos en los que la titularidad del derecho condiciona su acceso al mismo, ORTELLS RAMOS, M., “Derecho procesal civil”, 9ª ed., Ed. Aranzadi S.A., Cizur Menor (Pamplona), 2009, pp. 156-158; Por su parte, RAMOS MÉNDEZ considera que “*la teoría de la legitimación representa hoy un esfuerzo, superfluo y vano, para tratar de asegurar la presencia en el litigio desde su iniciación, del verdadero titular del derecho discutido en el juicio*”, asimismo, afirma que hay que excluir su tratamiento in limine litis como un presupuesto procesal, que “*la legitimación es un concepto cargado de derecho sustantivo a ultranza, del que podría prescindirse sin lamentos en cualquier ordenamiento procesal*”, RAMOS MÉNDEZ, F., “Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles”. Ed. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 932 y 944.

⁵¹⁴ Vide., a modo de ejemplo, MONTERO AROCA para el que: “*La doctrina viene estimando con reiteración que la legitimación no puede tratarse in limine litis al comienzo del proceso, pudiendo hacerse sólo en la sentencia, pero ello es consecuencia del error de considerarla tema de fondo*”. Este autor sostiene que la legitimación tiene naturaleza procesal, y por tanto, podrá cuestionarse su existencia en la

tanto, su examen con carácter previo en la audiencia previa en el caso del juicio ordinario, o al inicio de la vista en el caso del juicio verbal. Partiendo de esta dicotomía, procedemos a analizar el tratamiento procesal que debe darse a la legitimación activa en el caso de la acción de reintegración concursal.

Ya de entrada debemos decir que compartimos la opinión de la doctrina mayoritaria y por tanto, la naturaleza material o de fondo de la legitimación, y su examen y resolución en la sentencia que se dicte para resolver el fondo del asunto. No obstante ello, consideramos que en supuestos como el de la acción analizada, en el que la ley exige una legitimación activa concreta y determinada, si se interpone la demanda infringiendo de manera clara y flagrante este mandato legal, debería poderse examinar la cuestión *in limine litis*. Si la demanda de reintegración es interpuesta claramente por persona no legitimada, ni principal ni subsidiariamente, creemos que no debería tramitarse todo el incidente para concluir con la desestimación de la demanda por falta de legitimación activa, cuando esta cuestión ya estaba clara desde el mismo momento de la interposición de la demanda. Ello sería claramente contrario al principio de economía procesal.

Es cierto que en la mayoría de los casos es difícil determinar la falta o no de legitimación activa o pasiva hasta la finalización del proceso, y por tanto, está plenamente justificado que como regla general, esta cuestión no se resuelva hasta la sentencia. No obstante, en los supuestos en los que (como ocurre en este caso), la infracción de la legitimación activa exigida por la LC no plantee ninguna duda (p. ej., porque el actor es el concursado o un tercero que ni siquiera es acreedor), debería ser posible su examen ya al inicio, a la vez que se verifica el cumplimiento o no de los requisitos procesales exigidos para la admisión a trámite de la demanda incidental, fundamentando la inadmisión de la demanda en la falta de legitimación activa. La

audiencia previa o al inicio de la vista en el verbal. Admite que la LEC parece haber partido de la naturaleza material de la legitimación, lo que conlleva que su falta debería alegarse como excepción material, de modo que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto absolviendo al demandado, pero pone de manifiesto que es evidente que ello no es posible en algunos casos, como por ejemplo, cuando se aprecie al inicio del proceso la falta de litisconsorcio necesario, en cuyo caso procederá dictar auto de archivo (art. 420.2), o cuando la ley exija una determinada legitimación activa, supuesto en el que el juez no podrá admitir a trámite la demanda, MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pp. 72-85.

inadmisión por falta de legitimación activa en este momento procesal⁵¹⁵, no podría realizarla el Secretario judicial sino que debería ser acordada por el Juez. Sin embargo, esta propuesta de examen de la legitimación activa al inicio del proceso es difícil defenderla si atendemos a la regulación contenida en la LEC sobre la admisión de la demanda.

El art. 403 LEC, al regular la admisión de la demanda y los casos excepcionales de inadmisión de la misma, dice expresamente que *“Las demandas sólo se admitirán en los casos y por las causas expresamente prevista en esta Ley”*. Los supuestos especialmente previstos son sólo dos, uno relativo a las demandas de responsabilidad contra Jueces y Magistrados por los daños y perjuicios que irrogaren en el ejercicio de sus funciones; y un segundo supuesto relativo a la presentación de las demandas sin los documentos legalmente exigidos, o sin haberse realizado las conciliaciones, requerimientos, reclamaciones o consignaciones exigidas en casos especiales. Seguidamente, el art. 404 LEC al regular la admisión a trámite de la demanda, establece que el Secretario judicial dará cuenta al Tribunal para que sea éste el que decida sobre la admisión o no de la demanda, cuando considere que el Tribunal carece de jurisdicción o competencia; o cuando la demanda adolezca de defectos formales no subsanados. Teniendo en cuenta que la no admisión a trámite de una demanda puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, esta regulación debe interpretarse restrictivamente, especialmente si atendemos a la concreción con la que están redactados estos preceptos.

Ninguno de los supuestos recogidos en estos artículos hace referencia a la falta de legitimación activa manifiesta. Sólo cuando la falta de legitimación derive de haber interpuesto la demanda incidental un acreedor sin haber realizado el preceptivo requerimiento previo a la administración concursal, podría inadmitirse la demanda fundamentando dicha inadmisión en el 403.3 LEC, y ello entendemos que sólo sería posible cuando sea evidente la inexistencia de dicho requerimiento, no cuando se discuta la fecha del mismo, su contenido, o cualquier otro de los requisitos exigidos por la LC.

⁵¹⁵ Evidentemente la inadmisión de la demanda sólo podría realizarse en los supuestos en los que no hubiera ninguna duda de que la persona que ha interpuesto la demanda carece totalmente de legitimación activa, no procedería en los supuestos en los que sea necesario discutir el cumplimiento o no de los requisitos legalmente exigidos para el nacimiento de la legitimación subsidiaria, o para privar de esta legitimación subsidiaria a los acreedores.

Por su parte, el artículo 194.2 LC sólo prevé la inadmisión de la demanda incidental cuando el juez considere impertinente la cuestión planteada o que carece de la entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental. A nuestro juicio, ninguno de estos dos supuestos permite amparar la inadmisión de la demanda cuando la falta de legitimación activa sea claramente apreciable ya en este momento procesal. Ello sólo sería posible haciendo una interpretación muy forzada de la ley, lo que no es admisible en los supuestos en que pudiera vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva.

En contra de esta opinión, la AP de Madrid y la de Tarragona parece que defienden una interpretación extensiva del art. 194.2 al defender que añade nuevas causas de inadmisión a las generales para todo tipo de impugnaciones incidentales, incluyendo expresamente entre estas causas de inadmisión la extemporaneidad y la falta de interés legítimo⁵¹⁶ (comentaremos más ampliamente esta interpretación en el Capítulo V de este trabajo al analizar la demanda incidental). Por su parte, la Audiencia de Barcelona cuya doctrina es referente en materia concursal, va aún más allá (al analizar la admisión o no del recurso de apelación directo contra el Auto de inadmisión de una demanda incidental), al afirmar que: *“El Juez del concurso goza de una discrecionalidad para admitir o no las demandas de incidentes concursales más amplia que en los juicios declarativos ordinarios. El juicio de admisibilidad no se reduce a cuestiones formales, sino que además se extiende a una valoración sobre la pertinencia de la cuestión planteada y la legitimación del instante, así como la adecuación del incidente para su resolución”*⁵¹⁷. No fundamenta estas afirmaciones y por tanto,

⁵¹⁶ La AP de Madrid se ha pronunciado de forma reiterada en este sentido, citando a modo de ejemplo, el Auto de 21.12.2006 (JUR 2007/162127): *“SEGUNDO.- En primer lugar, la Sala entiende que la previsión del art. 194.2 “in fine” de la Ley Concursal es aplicable a todo supuesto de inadmisión a trámite de un incidente concursal, y no sólo cuando tal inadmisión tenga lugar porque el juez estime que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental. Entiende la Sala que dicho art. 194.2 añade nuevas causas de inadmisión a las generales para todo tipo impugnaciones incidentales (extemporaneidad, falta de interés legítimo, etc.), supuestos todos ellos en que habrá de dictarse auto de inadmisión”*. En el mismo sentido pueden verse los autos de 11.06.2007 (JUR 2008/62234), de 07.03.2008 (JUR 2008/143059), y de 18.09.2009 (JUR 2009/471063; Auto 154/2009; Rollo 431/2008); también el AAP Tarragona 30.12.2009 (JUR 2010/115534; Auto 1/2010; Rollo 460/2009).

⁵¹⁷ Auto AP Barcelona (Sección 15) 26.03.2008 (Rollo 717/2007). En sentido similar pero en relación a la reconvención se ha pronunciado la AP Madrid (Sección 28) 18.10.2013 (Sentencia 148/2013; Rollo 369/2012): *“Segundo.- (...) Hemos de recordar que el juez del concurso está dotado de especiales facultades a la hora de filtrar la admisión de demandas de incidente concursal (lo que puede hacerse extensivo a las pretensiones reconvencionales, que no dejan de suponer la interposición de otra demanda con ocasión de haber sido previamente demandado)... En consecuencia, al amparo de la previsión del*

desconocemos qué preceptos legales le sirven de base para otorgar al juez del concurso unas prerrogativas procesales que no tienen el resto de jueces de la jurisdicción civil. A la vista de todo ello, creemos que sería deseable una pequeña reforma del artículo 194.2 LC que prevea expresamente la inadmisión de la demanda en supuestos como el planteado.

Consideramos que la actual regulación no ofrece apoyo legal para inadmitir la demanda de reintegración concursal en el supuesto de falta de legitimación activa principal o directa. Así las cosas, sólo se podría evitar la tramitación del incidente hasta el final, si admitimos una interpretación analógica y extensiva de estos artículos (concretamente el 404.2, LEC) que permita su inadmisión, o si se permite su discusión al inicio de la vista del incidente aplicando analógicamente el art. 416.1, 5º de la LEC.

No obstante todo lo dicho hasta el momento, la nueva redacción del artículo 194.4 de la LC (Ley 38/2011), al establecer que “*si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales ... el juez las resolverá dictando la resolución que proceda Si la decisión fuera la de continuar el proceso ...*”, parece dar una solución al permitir, no la inadmisión de la demanda, pero si su finalización inmediatamente después de contestada la demanda, si se alega y estima la falta de legitimación de la parte actora.

2.- Pasiva.

El art. 193 LC regula de forma general la legitimación pasiva en los incidentes concursales: “*En el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora*”. Por su parte, el art. 72.3 LC⁵¹⁸ regula de forma

artículo 194.2 de la LC puede el juez del concurso inadmitir una reconvención que respondería a una palmaria falta de acción por parte del accionante”.

⁵¹⁸ La Ley 38/2011, de 10 de octubre, al añadir un nuevo apartado al artículo 72 LC, reenumeró los siguientes, pasando el antiguo apartado 2º a ser el 3º: 72. 3.- “*Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra*

específica la legitimación en los incidentes rescisorios, exigiendo que la demanda se dirija contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado, estableciendo con ello un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

Además, la demanda podrá dirigirse contra los terceros a los que se hubiera transmitido el bien, si bien ello sólo es necesario cuando se pretenda desvirtuar la buena fe del adquirente, o atacar la irrevindicabilidad o la protección registral de la que goce. Todos los demandados tendrán la consideración de parte independiente, con todos los derechos, cargas y obligaciones procesales, sin que exista precepto alguno que les obligue a litigar unidos bajo una misma defensa y representación procesal.

2.1.- El deudor y las personas que contrataron con él.

A) Litisconsorcio pasivo necesario

Tal y como ya hemos indicado, el apartado 3º del art. 72 LC, establece que la demanda de rescisión deberá “*dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado*”. Dado que se pretende la rescisión de un acto o negocio jurídico hasta ese momento totalmente válido, el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a demandar a todos los intervinientes en dicho acto o negocio jurídico para que puedan defender en el proceso sus intereses, y de este modo les sea oponible la sentencia que se dicte. En este punto, también se redactó la norma pensando sólo en los negocios bilaterales, por ello SANCHO GARGALLO⁵¹⁹ matiza que en el caso de los actos de disposición unilateral del deudor, la previsión legal debe entenderse en el sentido de demandar a las personas que se han beneficiado de dicho acto y que por tanto, sufran una pérdida con su rescisión. Se trata de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario⁵²⁰, que tiene su fundamento en la propia LC, y que tiene su base en el

éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irrevindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral”.

⁵¹⁹ Vid. SANCHO GARGALLO, I., op. cit. “Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales...”, p. 27.

⁵²⁰ Entre la doctrina, defiende esta posición, entre otros, RIVERA FERNÁNDEZ, M., op. cit., p. 135. En contra parece que se posiciona CARBALLO PIÑEIRO acogiendo la tesis de los ordenamientos jurídicos alemán y austríaco: “... *el ordenamiento jurídico alemán considera que sólo ha de llamarse al proceso al beneficiado por el acto impugnado, porque entiende que la acción de reintegración de la masa es una acción de condena que sólo a él concierne en cuanto titular de la obligación legal en que consiste. El derecho austríaco tampoco impone el litisconsorcio, ya que considera que es una acción constitutiva de*

derecho de defensa, por ello, la no correcta constitución del litisconsorcio es apreciable de oficio por el propio juez⁵²¹.

una situación jurídica en la que intervienen exclusivamente acreedor y adquirente del beneficio patrimonial". Afirma esta autora que: "la configuración de acción pauliana nos aleja del litisconsorcio pasivo necesario, ya que sirve para constituir una nueva relación entre la masa patrimonial y el beneficiado por el acto impugnado. La situación del deudor concursado no se altera, porque no se discute sobre la validez del acto de disposición y la declaración de ineficacia es sólo parcial, frente a los acreedores, afectando al adquirente del beneficio patrimonial que debe permitir la ejecución en los bienes obtenidos. De resultas de la acción, puede nacer para el tercero adquirente un derecho de regreso frente al deudor; derecho que se convierte, bien en un crédito frente a la masa activa del concurso de acreedores, bien en un crédito concursal. Pero esta acción de regreso tampoco convierte al deudor en parte de la relación jurídico-material en que consiste la acción pauliana, sino en un tercero afectado por la eficacia refleja de la sentencia por la que se estime (Si el fundamento del litisconsorcio fuera el derecho de defensa, quizás sí sería razonable la conformación de un litisconsorcio necesario. Pero el fundamento del mismo es material y, en este caso, la cuestión sustantiva no reviste un carácter único e indivisible para tercero y concursado, en nota). El planteamiento desarrollado no impide que se pueda llamar también al deudor que es el que está más preparado para ejercitar la defensa, pero esto nos sitúa más bien ante una intervención provocada (art 13 LEC) que ante un litisconsorcio", CARBALLO PIÑEIRO, L., ob. cit., pp.47-48. Como curiosidad citamos el supuesto enjuiciado en la SJM 8 Barcelona, de 27 de junio de 2014 (Sentencia 132; incidente 893/2013; concurso voluntario 691/2012), en la que se pretendía la condena a la AEAT alegando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario: "TERCERO.- Se indica por los demandados que existe una falta de litisconsorcio pasivo necesario por cuanto debería demandarse a la AEAT por haberse liquidado los correspondientes impuestos tras las ventas. Debe desestimarse de plano la excepción procesal invocada puesto que los sujetos pasivos de la acción de reintegración son los que constituyen la relación jurídica cuya ineficacia se pretende en este caos comprador y vendedor sin perjuicio de las repercusiones fiscales que el acto impugnado pueda haber generado". Sobre el litisconsorcio pasivo necesario en general en el proceso concursal resulta ilustrativo el AAP Salamanca (Sección 1) 19.12.2011 (Auto 538/2012; Rollo 593/2011).

⁵²¹ SAP Oviedo (Sección 1) 03.03.2011; Sentencia 116/2011; Rollo 223/2010): "Hemos de partir en el ámbito que nos ocupa que la integración del lado pasivo del proceso de reintegración concursal aparece legalmente configurada en el art. 72-2 L.C, cuando dispone que 'las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado', estableciendo así lo que la doctrina ha denominado como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario propio, pues es la norma la que impone la necesidad de extender la demanda frente a varios sujetos (...) Debe además recordarse que, como también tiene declarado la jurisprudencia en el ámbito específico de las acciones rescisorias, 'no justifican el acogimiento de la excepción de falta del debido litisconsorcio pasivo los efectos indirectos o reflejos que produzca la sentencia que resuelva el litigio, respecto de las relaciones jurídicas que alguno de quienes han sido parte en él mantengan con terceros' (STS 12 marzo 2007 (RJ 2007, 2578)". En término similares pero aludiendo además, a la posible apreciación de oficio de la excepción, podemos citar la SAP Alava (Sección 1) 17.11.2011 (Rollo 127/2011): "Primero.- Nos encontramos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario previsto en los arts. 416.1.3º y 420.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), aplicable supletoriamente conforme a la DF 5ª LC, pues no puede prosperar la rescisión de un acto en el que no sean demandados quienes intervinieron en el mismo (art. 12.2 LEC), ya que supondría ocasionarles indefensión, al dejarlo sin efecto vulnerando el derecho de defensa de quienes participaron en el mismo. Así lo dispone la jurisprudencia que recogen, por ejemplo, las STS de 1 de marzo de 2011, ROJ STS 2012/2011, y 11 de mayo de 2011, ROJ STS 2908/2011, que entienden concurre esta figura cuando se genera un nexo común derivado de la comunidad de riesgo procesal, dicho nexo es inescindible, homogéneo y paritario y el ausente no ha mostrado su aquiescencia al demandante. Tal nexo se ha dispuesto en el art. 72 LC y no cabe escindirlo puesto que no solo la norma lo exige, sino que no podría rescindirse el acto sin que sus protagonistas tuvieran la oportunidad procesal de discutir en el incidente la procedencia de la pretensión (...) La excepción de falta del debido litisconsorcio pasivo necesario debe por ello ser estimada, aunque no se opusiera en la contestación a la demanda en la instancia, pues puede ser apreciada de oficio en apelación, ya que la jurisprudencia lo admite incluso en casación (STS 30 abril 2008, ROJ STS 1713/2008, 21 diciembre 2010, ROJ STS 6947/2010)". En término similares SAP Murcia (Sección 4) 28.02.2013 (Sentencia 132/2013; Rollo 1075/2012).

Al deudor-concurtido y a su contraparte, se les dará traslado de la demanda incidental a través de su representación procesal. Sólo el demandado que no estuviera comparecido formalmente en el proceso concursal (supuesto habitual en el caso de la contraparte) será emplazado personalmente de conformidad con las normas contenidas en el Capítulo V (De los actos de comunicación judicial), del Título V, del Libro I de la LEC. Una vez notificada la demanda, al igual que en cualquier otro proceso, cada uno de los demandados puede adoptar distintas posturas procesales: no comparecer en el incidente concursal, comparecer pero no contestar la demanda de reintegración, comparecer y allanarse ya sea total o parcialmente, comparecer y finalmente contestar la demanda oponiéndose.

Es en este momento procesal cuando, en caso de concurrir, debería alegarse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por parte de alguno o todos los codemandados. La regulación contenida en el artículo 194 de la LC para la resolución de cuestiones procesales, introducida en la reforma realizada por la Ley 38/2011, es incompleta y desde luego, mejorable⁵²². El 194.4, 1º, cuando proceda la celebración de vista, remite sin más concreción, a *“la forma prevista en el artículo 443 LEC para los*

Finalmente, reseñamos un supuesto de operaciones financieras interrelacionadas en el que la AP de Córdoba también aprecia la existencia de litisconsorcio: *“Salvo algunos casos en que el litisconsorcio viene impuesto legalmente (verbigracia, las tercerías de dominio), lo más habitual es que el litisconsorcio provenga de la relación de derecho material que se va a dirimir en el proceso, que es a lo que se refiere el precepto transcrito cuando habla de lo que sea objeto del juicio. En estos casos, el fundamento del litisconsorcio necesario hay que buscarlo en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico materiales respecto de las cuales, independientemente del cual haya de ser el contenido de la sentencia estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerse frente a varias personas. Y en el supuesto que nos ocupa, dado que se trata de operaciones financieras interrelacionadas y puede ser que el deudor y el tercero que hace el pago -que, a su vez, se proclama acreedor de la concursada- tengan alguno de los vínculos a que se refiere el artículo 93 de la Ley Concursal, se aprecia dicha situación litisconsorcial. Por ello, como quiera que la falta de litisconsorcio puede ponerse de manifiesto por la partes, mediante la correspondiente excepción procesal (artículos 416.3º, 420 y 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o ser apreciada de oficio por el juez o tribunal que entienda de la causa (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1991, 4 de febrero de 1993, 16 de julio de 1997 y 9 de julio de 2004), puesto que es materia de orden público examinar si la relación jurídico-procesal está bien constituida, debe hacerse en esta segunda instancia dicha apreciación de oficio; declarando la nulidad de lo actuado desde el mencionado auto de 3 de septiembre de 2012, a fin de que se emplace como parte demandada, no sólo al "Banco Popular, S.A." y a "Hierros Pefran, S.L.", sino también a "Prefabricados del Genil, S.L.", por cuanto la sentencia que recaiga en el incidente puede afectarle directamente”, SAP Córdoba (Sección 3) 29.07.2013 (Sentencia 132/2013; Rollo 207/2013).*

⁵²² Sobre esta cuestión vid, SHAW MORCILLO, L., “La Legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia y VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía realizado en Antequera del 19-21 de abril de 2012.

juicios verbales”. Siguiendo el trámite del juicio verbal, alegada la excepción procesal el demandante será oído resolviendo seguidamente el juez. La resolución dictada oralmente, a tenor de lo establecido en el artículo 245 b) LOPJ, es un auto, y por tanto, en este caso concreto, recurrible en reposición. Tal y como ya hemos indicado anteriormente, el art 197 LC, establece que contra las providencias y autos dictados por el juez del concurso cabrá recurso de reposición (salvo que la propia LC excluya la posibilidad de recurrir o prevea otro distinto. Dado que el 194 LC nada dice al respecto, procede aplicar en materia de recursos, la norma general contenida en el 197 LC. Además, la solución prevista para el juicio verbal en materia de recursos no se ajusta a este supuesto por cuanto hace depender la posibilidad de recurrir de si el juez manda proseguir el juicio o no. En el caso de la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario, la resolución judicial decide si procede o no estimar la excepción y por tanto, traer a juicio o no a los litisconsortes, determinando dicha resolución una tramitación u otra del procedimiento a partir de ese momento (proseguir el procedimiento o traer a juicio a los litisconsortes), pero no su inmediata finalización por la mera estimación de la excepción.

Por su parte, el 194.4, 3º LC, aplicable en caso de no celebrarse vista, establece que: “... *si en el escrito de contestación se plantearán cuestiones procesales... el juez las resolverá dictando la resolución que procesa conforme a lo dispuesto en la LEC para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario...*”; es decir, mediante un auto dictado en el plazo de 5 días. Nuevamente, creemos que la redacción de la norma debería ser mucho más clara y sencilla, sin remisión a la regulación del proceso ordinario (que nada tiene que ver con la tramitación de un incidente en el seno de un proceso concursal), especialmente cuando la remisión es incompleta, al no hacerla también al trámite de oposición que sí se establece en el procedimiento ordinario⁵²³. No nos parece razonable que deba resolver el juez sobre esta cuestión sin haber oído antes a la parte actora, que

⁵²³ La regulación prevista para el juicio ordinario está recogida en el artículo 420 de la LEC. Alegada la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la contestación a la demanda el actor puede optar por ampliar la demanda a los litisconsortes, de manera que estimada la excepción procesal por el juez en la audiencia previa, éste ordenará emplazar a los nuevos demandados y suspender la audiencia previa a la espera de que éstos contesten la demanda o transcurra el plazo para hacerlo. La otra opción es oponerse a la concurrencia de la excepción procesal en la audiencia previa, pudiendo el juez resolver en el mismo acto, o por escrito en el plazo de 5 días. En caso de estimar la concurrencia del litisconsorcio alegado, concederá al actor un plazo de 10 días para constituir correctamente la parte pasiva del proceso, y en caso de no hacerlo, procederá al archivo del mismo.

tanto puede oponerse como aceptar la existencia de litisconsorcio y actuar en consecuencia. Al igual que en el supuesto anterior, el auto dictado es recurrible en reposición, pero en este caso tanto por aplicación del 197 LC, como del 451 LEC.

La conclusión de todo ello es que la regulación de la tramitación de la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario prevista en la LC, no sólo es incompleta y poco clara, sino que además, creemos que no está justificada una tramitación distinta en caso de que proceda o no la celebración de vista. Debería establecerse en todo caso, el trámite de audiencia a la parte actora (en caso del incidente rescisorio la administración concursal), oral en caso de celebrarse vista, o por escrito en caso de no celebrarse (un breve plazo máximo de 5 días), con inmediata resolución judicial, también oral o escrita, recurrible en reposición.

B) Postulación y posibilidades procesales

El art. 184.2 LC exige que el deudor intervenga en el procedimiento representado por procurador y asistido de letrado. En el caso de las personas que contrataron con el deudor, lo habitual es que no estén comparecidos en el proceso concursal principal, por lo que debe notificárseles la demanda personalmente, de conformidad con las normas establecidas en la LEC, (si estuvieran comparecidos en el proceso principal se les notificará a través de su representación procesal). Como cualquier otro demandado, podrá adoptar cualquiera de las posturas procesales que ya hemos reseñado en relación al demandado-concursado. Asimismo, a ambos les son aplicable las normas procesales relativas a la sucesión procesal (arts. 16 y 17 LEC).

2.2.- Terceros adquirentes de buena fe o con protección registral.

Cuando el bien objeto de la demanda de rescisión hubiera sido transmitido a un tercero, será necesario demandar también a ese tercero: *“cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce la protección derivada de la publicidad registral”*. La Exposición de motivos de la LC, en su punto III, hace una referencia expresa a que los terceros adquirentes afectados por las acciones de reintegración tienen la protección derivada de la buena fe, las normas sobre la reivindicabilidad o el registro. De esta manera aclara que la situación de concurso no modifica o restringe los derechos que nuestro ordenamiento

jurídico concede de manera general a las personas que tengan la condición civil o hipotecaria de “terceros”. Así pues, la legitimación pasiva sólo se extenderá a los subadquirentes o terceros adquirentes del que contrató con el deudor, cuando con la rescisoria concursal se pretenda recuperar el bien o derecho para su integración en la masa activa del concurso. En ese caso, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa exigen que el tercero al que se pretenda privar del bien o derecho válidamente adquirido, sea demandado para que pueda defender sus intereses en el proceso, y para que la sentencia que se dicte le sea oponible. En este caso, no podemos hablar de litisconsorcio pasivo necesario, sino, en su caso, de un litisconsorcio pasivo voluntario o facultativo⁵²⁴.

Obviamente, si no se demanda al tercero adquirente de buena fe, la sentencia que estime la rescisoria no podrá condenar a la restitución del bien o derecho titularidad del tercero, debiendo por ello condenar a la contraparte en el negocio jurídico rescindido a indemnizar con el valor que tenía la cosa u objeto del negocio jurídico que ha devenido irreivindicable, en el momento de realizarse el acto o negocio rescindido.

2.3.- Terceros no adquirentes afectados por el acto o negocio impugnado.

La intervención de terceros no adquirentes pero afectados por el acto o negocio impugnado en el incidente de reintegración concursal es posible por aplicación de la normativa contenida en los artículos 193.2 LC y 13 de la LEC. Tal y como ya reseñamos al inicio de este Capítulo, el art. 193.2 LC prevé expresamente la intervención en los incidentes concursales de cualquier persona comparecida en forma en el concurso, coadyuvando con cualquiera de las dos partes del mismo, activa o pasiva⁵²⁵. Asimismo, de manera más general, el art. 13 de la LEC regula la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, pero que puedan tener

⁵²⁴ En contra, por ejemplo, HERRERO PEREZAGUA, que lo considera un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, HERRERO PEREZAGUA, J. F., ob. cit., p. 180. Por su parte, SEBASTIAN defiende que para evitar que el subadquirente de mala fe pueda quedarse con el bien, beneficiado por la inactividad de la parte, considera razonable que la LC “*obligase siempre a demandar al tercero para poder determinar si dicho tercero estaba protegido o por el contrario era posible la reintegración del bien*”, SEBASTIAN, R., op. cit., p. 44.

⁵²⁵ Artículo 193.2 LC: “*Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria*”.

interés directo y legítimo en el resultado del pleito⁵²⁶. Es esta una intervención voluntaria, no obligatoria ni necesaria, sino adhesiva de una de las partes del proceso, de manera que no puede formular pretensiones distintas de las ya formuladas por las partes, limitándose a apoyar las pretensiones y la posición de una de las partes.

En el caso del tercero no adquirente afectado por el acto o negocio impugnado lo normal es que intervenga como coadyuvante de la parte demandada. Esta intervención adhesiva puede ser litisconsorcial (cuando se fundamente en la cotitularidad de la relación jurídico-material objeto del proceso), y/o simple (cuando se base en la titularidad de otra relación jurídica que es dependiente de la primera y con el fin de evitar el perjuicio jurídico que pueda ocasionarle la condena de la parte en cuyo apoyo interviene). En todo caso, tal y como ya hemos dicho, su intervención en el incidente se limita a apoyar a una de las partes en el proceso, sin poder modificar, ampliar o disponer del objeto del proceso⁵²⁷.

Debemos plantear también la posible intervención provocada de los garantes de una operación crediticia cuya cancelación se rescinde. Si se resuelve el pago realizado a un acreedor (normalmente una entidad financiera) de una obligación garantizada por un tercero (mediante fianza solidaria, prenda, o como hipotecante no deudor), el acreedor debe soportar la restitución del pago, pero no está previsto ningún mecanismo para restituir la garantía prestada por un tercero y cancelada en el momento de realizarse ese pago. Sobre todo en los supuestos en los que el acreedor hubiese actuado de buena fe, la resolución el pago debería ir acompañada de la restitución del acreedor en la posición jurídica que tenía antes del pago recuperando las garantías canceladas como consecuencia del pago resuelto. Desde el punto de vista procesal, si el tercero garante no es parte en el incidente no se le podrá oponer una resolución que imponga la

⁵²⁶ Artículo 13.1 LC: “Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito”.

⁵²⁷ Sobre esta cuestión se pronuncian SANCHO GARGALLO, I., op. cit. “Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales ...”, p. 28; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “El incidente concursal”, Revista Jurídica de Catalunya, 2004, nº 4, p. 278, y “Comentario al art. 192 LC”, en AA.VV., “Nueva Ley Concursal”, (Coord., Sala Reixachs, Mercadal Vidal, Alonso-Cuevillas Sayrol), Ed. Bosch 2003, pp. 813-815; MASCARELL NAVARRO para la que: “El coadyuvante al que se refiere el artículo 193.2 LC es un interviniente al que se reconoce la cualidad de parte procesal con todos los poderes inherentes a la misma”, MASCARELL NAVARRO, M^a. J., “Derecho procesal civil” (Dir. Ortells Ramos, M.), 9^a ed., Ed. Aranzadi S.A., Cizur Menor (Pamplona), 2009, p. 1073; y GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., “Comentario al art. 193 LC”, AA.VV. “Comentarios a la Legislación Concursal” T. II, (Dir. Pulgar Ezquerro, J. y otros), Ed Dykinson S.L., Madrid, 2004, pp. 1.634 a 1643.

recuperación de las garantías, salvo que se entienda que es posible que el acreedor demandado lo introduzca en el proceso mediante la figura de la intervención provocada. De no admitirse esta posibilidad el acreedor debería interponer un proceso ordinario posterior para recuperar estas garantías, en la medida en que ello sea posible. Respecto de esta cuestión, HERRERO PEREZAGUAS J. F., afirma que, si hubiera terceros que hubieran afianzado el negocio jurídico objeto de rescisión, si la fianza se puede considerar un negocio autónomo respecto del acto o negocio cuya rescisión se pretende, no procede llamar al proceso a los fiadores⁵²⁸.

A modo de resumen, podemos concluir que la legitimación activa para la interposición de la demanda ejercitando la acción rescisoria concursal corresponde a la administración concursal, y sólo de forma subsidiaria, en caso de que la administración concursal no la interponga, a los acreedores que cumplan los requisitos exigidos por la LC, a excepción de los acuerdos de refinanciación del 71.6 LC. La legitimación pasiva corresponde al deudor concursado y la persona que contrató con él, siendo éste un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. También puede ser demandado el tercero subadquirente, pero en este caso el litisconsorcio pasivo sería facultativo o voluntario, no necesario. Finalmente, también caben en este incidente intervenciones adhesivas litisconsorciales y/o simples en apoyo de la parte actora, o lo que será más normal, de la parte demandada⁵²⁹.

⁵²⁸ En este sentido se pronuncia HERRERO PEREZAGUAS citando una sentencia de 3-3-2011 de la sección 1ª de la AP Asturias, HERRERO PEREZAGUAS J. F., op. cit., p. 192.

⁵²⁹ En relación a las diferentes cuestiones que suscita el tema de la legitimación, resulta interesante la SJM-1 Málaga 21.04.2008 (Incidente Concursal 63.3.1/2007): “c) *Legitimación y procedimiento de rescisión.* (...) *En el lado pasivo nos encontramos con los que ya hemos señalado (el deudor, quienes hayan sido parte en el acto impugnado y contra el subadquirente del bien o derecho cuando este haya sido transmitido y se pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irrevindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral. Pero dicha demanda deberá notificarse a la administración concursal (artículo 72.3 LC) y nada impide que pudiera ser aplicable el 193.2 en cuanto a ‘cualquier persona comparecida en forma en el concurso coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria’ que mantenga posiciones contrarias a lo pedido por la actora.*”. En términos prácticamente idénticos se pronuncia también la SJM-1 Málaga 12.10.2007 (JUR 2008/148575).

CAPITULO IV.- LA DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN RESCISORIA

Una de las cuestiones que debemos plantear en relación a la acción rescisoria es su posible disponibilidad, y en ese caso, quién estaría legitimado para disponer de la misma. Los autores que se han ocupado de analizar esta cuestión⁵³⁰, parten de la base de que la acción rescisoria es disponible fundamentándolo, tanto en la propia LC, como en la normativa material y procesal civil. En primer lugar tenemos el artículo 176 bis LC que no permite la conclusión del concurso por insuficiencia de activo, cuando pueda ejercitarse una acción rescisoria, *"salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa"*. Así pues, no hay duda de que la LC permite la cesión de la acción, el problema es que no incluye ninguna otra previsión sobre la forma, los legitimados para ceder la acción o los efectos de dicha cesión. También, debemos tener en cuenta que la cesión de la acción puede hacerse tanto antes de instarla, como una vez ejercitada, por lo que hay que tener en cuenta la diferencias que ello pueda comportar

Asimismo, también es posible en la acción rescisoria, el desistimiento, la transacción y la renuncia. En el primer caso, sólo podrá darse una vez ejercitada la acción, mientras que la transacción y la renuncia pueden producirse antes de iniciarse el procedimiento incidental o durante la tramitación del mismo. GARCÍA CRUCES lo expresa de forma clara al afirmar que: *"El reconocimiento de la licitud de la cesión de la acción rescisoria ha de obligar a afirmar, en principio, el acomodo a Derecho de aquellos otros actos que vengan a tener un efecto similar, en el sentido de encerrar un acto de disposición sobre tal realidad jurídica, tal y como sucede respecto de la transacción que se alcanza o la renuncia que se produzca en relación con tal acción"*⁵³¹.

⁵³⁰ Por ejemplo GARCÍA CRUCES, J.A., "La cesión de las acciones rescisorias", Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012; y PULGAR EZQUERRA, J, op. cit "Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio ...".

⁵³¹ GARCIA-CRUCES, J.A. y GARCIA VICENTE, J.R., "La disponibilidad de la acción rescisoria concursal (cesión, renuncia y transacción)", en AA.VV., *"La reintegración en el Concurso de Acreedores"*, A.A.V.V (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p. 632.

Finalmente, no podemos olvidar que tanto la cesión, como el desistimiento, la transacción o la renuncia pueden ser el resultado de un acuerdo alcanzado por los acreedores en el seno de un convenio que ponga fin al concurso.

1.- Cesión de la acción rescisoria concursal

Dado que, tal y como ya hemos dicho, la LC prevé la cesión de la acción pero no regula el régimen jurídico de dicha cesión, por ello, debemos acudir como regulación subsidiaria al régimen general previsto en el CC para la transmisión de los derechos o acciones (arts 1526 y ss).

Aunque a simple vista la respuesta parezca obvia, algunos autores se han preguntado qué se cede en concreto, cuando hablamos de ceder la acción rescisoria. GARCIA-CRUCES, J.A. y GARCIA VICENTE, J.R., han hecho un análisis a fondo de la cesión de esta acción y los problemas que plantea, llegando a la conclusión de que el objeto de la cesión no puede ser, ni la legitimación para ejercitar la acción, (por ser ésta indisponible), ni un derecho de crédito frente a un tercero (no existe un derecho a la ineficacia del acto, ni al resultado patrimonial de dicha ineficacia). Para ellos, el objeto de la cesión: *“estaría constituido por el derecho a instar del juez del concurso un pronunciamiento, conforme a derecho, acerca de la ineficacia por rescisión de un acto anterior realizado por quién ahora es el concursado y con fundamento en el carácter perjudicial que se predica de tal acto, al que en su caso, acompañará un segundo pronunciamiento de condena ordenando la recíproca restitución de la prestaciones ejecutadas en virtud del acto devenido ineficaz”*⁵³². Aún cuando no lo explicitan, su análisis parece partir de la cesión de la acción antes de su ejercicio por parte de la AC o los acreedores en caso de legitimación subsidiaria.

En segundo lugar, debemos examinar el elemento subjetivo, determinando quién puede ceder la acción, y a quién. A la primera pregunta debemos responde, lógicamente, que podrá ceder la acción quién pueda ejercitarla, o quién ya la haya ejercitado. En el

⁵³² GARCIA-CRUCES, J.A. y GARCIA VICENTE, J.R., op. cit., pp. 634-637.

primer caso será la administración concursal, que es quién tiene la legitimación principal para su ejercicio, en el segundo la administración concursal o el acreedor o acreedores legitimados subsidiariamente. Entendemos que los acreedores, en tanto que legitimados subsidiarios no pueden ceder la acción si no han ejercitado efectivamente su derecho a interponer la acción. En este caso debermos tener en cuenta que la contraprestación entregada por el cesionario no entraría en el patrimonio del acreedor cedente, sino en la masa.

En cuanto al cesionario, puede ser cualquier persona con interés en adquirir la acción, con la única exclusión de la propia AC en cumplimiento de su régimen jurídico e incompatibilidades contenidas en la propia LC. Dado que no hay prohibición alguna de cesión de la acción a un acreedor, consideramos interesante reseñar la reflexión de RIVERA FERNANDEZ⁵³³, para la que: *“Llama la atención que se permitan este tipo de cesión de acciones de reintegración y no la cesión de bienes en pago o para pago a favor de los acreedores en el marco del convenio concursal”*. La escasa justificación de esta medida, ha llevado finalmente a su reforma por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre⁵³⁴.

La cesión de la acción se considera un acto de disposición patrimonial (*“transmite una realidad evaluable económicamente, integrada en la masa activa del concurso”*, que no puede ser gratuita, sino a cambio de una contraprestación para la masa⁵³⁵), por ello es de aplicación el artículo 43.2 LC, que exige la autorización del juez del concurso. Puede realizarse durante la fase común, en virtud de un acuerdo recogido en un convenio, o posteriormente una vez concluida la fase común como una de las operaciones de liquidación.

⁵³³ Vide RIVERA FERNÁNDEZ, M., op. cit., p. 139.

⁵³⁴ Art. 100.3, 2º LC: *“Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4”*, en vigor desde el 7 de septiembre de 2014.

⁵³⁵ Así lo expresan, respectivamente, GARCIA-CRUCES, J.A. y GARCIA VICENTE, J.R., op. cit., pp. 645, y VILA FLORENSA. M., op. cit., p. 498.

El principal efecto de la cesión es la transmisión de los derechos, expectativas y obligaciones inherentes a la acción. Procesalmente los efectos de la cesión se harán efectivos a partir del momento en el que se tenga por realizada la sucesión procesal. En caso de que la acción se estime, la restitución derivada de la ineficacia del acto deberá hacerse al patrimonio del cesionario, no de la masa. En la misma medida, en caso de desestimación de la demanda, corresponde al cesionario asumir el pago de gastos y costas en caso de que exista una condena en este sentido. En este punto debemos tener en cuenta la diferente afectación que tendría una eventual declaración de mala fe en relación a la contraparte en el negocio jurídico rescindido. Tal y como reseñan GARCIA-CRUCES y GARCIA VICENTE⁵³⁶, en caso de cesión, la declaración de mala fe del tercero carece de trascendencia por cuanto la sanción prevista, la subordinación del crédito en el concurso, es inaplicable frente al cesionario. Sí tendrá efecto cuando haya que recurrir a la restitución sustitutoria que le obliga a indemnizar al cesionario por todos los daños y perjuicios sufridos.

Finalmente, debemos hacer una reseña sobre el efecto que la cesión de la acción rescisoria puede tener sobre la aplicación de la regulación internacional, a raíz de la sentencia dictada por el TJUE el 19 de abril de 2012, asunto C-213/10, *F-Tex SIA c. Jadecloud Vilma*⁵³⁷. En este caso, El Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte Suprema de Lituania) formuló una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para que dictaminara, entre otras cuestiones, si cedida por el Síndico la acción revocatoria regulada en el derecho concursal alemán (art. 129 y siguientes de la Ley sobre procedimientos de insolvencia⁵³⁸), la norma a aplicar al procedimiento instado por el cesionario ante los Tribunales lituanos era el Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (1), o en el Reglamento (CE) núm. 1346/2000,

⁵³⁶ Vid. GARCIA-CRUCES, J.A. y GARCIA VICENTE, J.R., op. cit., pp. 646-648.

⁵³⁷ Sobre esta cuestión ver ESPINIELLA, MENÉNDEZ, A., op. cit., “Cesión internacional ...”.

⁵³⁸ Según la reseñada STJUE: (31) “*El objeto de tal cesión era la acción revocatoria que la Ley alemana sobre procedimientos de insolvencia atribuye al síndico en relación con los actos realizados con anterioridad a la iniciación del procedimiento de insolvencia y que producen un perjuicio a los acreedores que intervienen en dicho procedimiento. (32) ... la acción revocatoria —que en el Derecho alemán está regulada en los artículos 129 y siguientes de la Ley sobre procedimientos de insolvencia— únicamente puede ejercitarla el síndico y con la finalidad exclusiva de defender los intereses de la masa de acreedores. Según el Gobierno alemán, no obstante, la acción revocatoria podrá ser objeto de transmisión, siempre que con tal cesión se obtenga, en beneficio de la masa de acreedores, una contrapartida considerada equivalente*”.

de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. Según el Tribunal de la Unión Europea, es cierto que el derecho en el que se fundamenta la demanda del litigio principal tiene una conexión con la insolvencia del deudor (su origen está en la acción revocatoria del procedimiento de insolvencia). Sin embargo, el ejercicio del derecho adquirido por el cesionario se rige por normas distintas a las aplicables en el marco de un procedimiento de insolvencia, la demanda en el litigio principal no está estrechamente relacionada con el procedimiento de insolvencia, por ello, no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 y, paralelamente, que no se inscribe en el marco de la quiebra a efectos del artículo 1, apartado 2, letra b), del Reglamento nº 44/2001 (Pfos. 40 a 49). Consecuentemente, el TJUE falla que: *“El artículo 1, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que la demanda presentada contra un tercero por un demandante que fundamenta su acción en la cesión de un derecho de crédito efectuada por el síndico designado en el marco de un procedimiento de insolvencia, y que tiene por objeto la acción revocatoria que la Ley nacional aplicable a dicho procedimiento atribuye al síndico, está comprendida en el concepto de materia civil o mercantil en el sentido de la citada disposición”*.

2.- Transacción, desistimiento, y renuncia de la acción

Una vez analizada la posible cesión de la acción, partiendo de la regla general de la disponibilidad de los derechos en el derecho civil patrimonial, debemos admitir la disponibilidad de la acción también mediante otros instrumentos jurídicos como la transacción, el desistimiento o la renuncia a la acción. La legitimación para decidir sobre la posible disposición de la acción, corresponderá en tanto que legitima activa principal a la administración concursal⁵³⁹ (sólo de forma residual a los acreedores que hubieran instado la acción en virtud de la legitimación subsidiaria).

⁵³⁹ En este sentido ver el Auto de la Audiencia de Barcelona (Sección 15) de 24.10.2008 (JUR 2009/35554): *“Esta legitimación conlleva también la disponibilidad procesal, de forma que a la administración concursal le corresponde, en exclusiva, prestar su consentimiento a un posible acuerdo transaccional con las demandadas en un incidente de reintegración, sin perjuicio de la homologación del acuerdo por parte del juez del concurso y de la posible responsabilidad civil de los miembros de la administración concursal (...) Entra dentro de las facultades de disposición de que dispone la administración concursal en relación al ejercicio de la acción rescisoria la renuncia a que se declare que*

Así pues, es posible que la acción rescisoria sea objeto de transacción, antes de interponer la demanda (normalmente para evitar su interposición), o una vez ya iniciado el incidente, (por regla general para poner fin al mismo). Al igual que ocurría en el caso de la cesión, al no haber regulación específica, tendremos que acudir a las reglas generales contenidas en el CC (en cuanto al negocio jurídico material en el que se concrete la transacción), y en la LEC (cuando se trate de una transacción judicial). También para que sea válida la transacción, al tener en este caso efectos patrimoniales, será necesaria la autorización judicial a la que se refiere el artículo 43.2 LC.

Cuando la transacción tenga lugar antes de instar la acción, las partes, serán necesariamente, la administración concursal y la contraparte del acto o negocio objeto de la rescisión. Entiendo que en este caso, como regla general, no es necesaria la intervención del concursado. Cuando la transacción tenga lugar en el seno del incidente concursal, las partes deben ser necesariamente también la administración concursal o el acreedor o acreedores legitimados subsidiariamente, y la contraparte del acto o negocio objeto de la rescisión, pero no resulta tan claro que no deba intervenir el concursado. En sentido estricto, al ser parte demandada, debería intervenir en el acuerdo que ponga fin al procedimiento incidental. Sin embargo, dado que en la práctica el concursado difícilmente puede resultar perjudicado por un acuerdo de este tipo, no parece razonable que permitir que pueda bloquear su concertación. Así, si el concursado está de acuerdo, será parte en el acuerdo transaccional que pondrá fin al procedimiento mediante la homologación judicial del acuerdo, o el desistimiento según se haya pactado. En caso de desacuerdo con el acuerdo transaccional no lo firmará, pero como la finalidad del mismo será, razonablemente, el fin del incidente, en caso de que la parte actora renuncie a la acción, por aplicación del artículo 20.1 de la LEC se dictará sentencia “absolviendo al demandado” (salvo cuando la renuncia no fuera legalmente admisible). Sin embargo, en este caso lo normal será pactar, no la renuncia a la acción, sino el desistimiento. Así, presentado el desistimiento por la parte actora, se dará traslado del mismo al concursado en tanto que codemandado, pudiendo (por aplicación de las reglas generales contenidas

la demandada actuó de mala fe, máxime cuando se hace a cambio del avenimiento de los demandados a la rescisión, con el beneficio derivado de evitar la incertidumbre que provoca la demora en la resolución judicial y lograr al mismo tiempo la inmediata reintegración”.

en el artículo 20 LEC), aceptarlo o no oponerse, en cuyo caso se decretará el sobreseimiento; o oponerse, en cuyo caso resolverá el juez lo que considere procedente.

Tal y como hemos visto, el desistimiento o la renuncia, normalmente son consecuencia de una transacción o acuerdo, ya sea dentro o fuera del procedimiento, siéndoles de aplicación lo ya dicho hasta el momento. Sí debemos matizar que el desistimiento también puede darse como consecuencia de que instada la acción, la actora constate las pocas posibilidades de que prospere, y que intente minimizar los efectos desfavorables en materia de costas, pactando con las demandadas un desistimiento sin costas. En el caso de la renuncia a la acción, debe tenerse en cuenta que no puede ser gratuita, sino que debe ser el fruto de contraprestaciones recíprocas entre las partes, de otro modo, difícilmente obtendrá la preceptiva autorización judicial.

3.- Acuerdo pactado en el convenio

Finalmente, debemos referirnos a la posibilidad de que sean los propios acreedores los que pacten en convenio una transacción, la cesión, el desistimiento o la renuncia a la acción rescisoria.

De todas las posibilidades, ésta la que ha planteado más dudas a nivel procesal. La previsión contenida en el artículo 133.2 LC conforme una vez aprobado un convenio, las previsiones contenidas en el mismo sustituyen a los efectos de la declaración de concurso, permiten considerar la validez de un pacto que suponga disponer de la acción rescisoria, normalmente su desistimiento o renuncia (no hay que olvidar que una vez aprobado el convenio no cabe el inicio de nuevas acciones). En este sentido se pronuncia PULGAR EZQUERRA⁵⁴⁰, para la que: *“la validez de dicha cláusula encontraría su fundamento en el marco del desistimiento del proceso (art 20.2 LEC), como expresión del poder de disposición de las partes y en concreto de deudor y acreedores sobre la pendencia del proceso, que dejaría imprejuzgada la pretensión deducida, pudiendo por tanto entablarse en un nuevo proceso, terminando el que se encuentre en pendencia mediante una resolución en la instancia y no en el fondo”*. Para esta autora, los legitimados para decidir desistir del ejercicio de la acción serían los

⁵⁴⁰ PULGAR EZQUERRA, J., op. cit “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio ...”, p.171.

acreedores (planteando la duda de si tiene un derecho colectivo o individual), no la administración concursal. No obstante ello, implícitamente parece aceptar que este derecho necesariamente debe vehicularse a través de la administración concursal, en tanto que parte actora del incidente. Entendemos que, efectivamente, si los acreedores pactan la disposición de la acción rescisoria, y dicha disposición requiere una actuación en el proceso incidental, la AC no podría negarse a actuar en el sentido del acuerdo aprobado en el convenio, sin riesgo de que se considere que se excede en sus funciones en perjuicio de la masa, incurriendo por ello en responsabilidad.

Por el contrario, si en el convenio no se incluye ningún pacto en relación al cese de las acciones rescisorias y éstas continúan su tramitación, ya adelantamos que PULGAR EZQUERRA⁵⁴¹ considera que el objeto de la acción podría convertirse en una *res nullius* en la medida en que, cumplido el convenio ya no habría masa a la que reintegrarlo en caso de prosperar la acción, y tampoco podría acrecer el patrimonio del concursado, ni la cuota pagada a los acreedores debido a la eficacia novatoria del convenio. En estos casos afirma que debería ponerse fin al incidente por carencia sobrevenida de su objeto. Para evitar estas situaciones propone suspender las rescisorias en curso una vez se apruebe el convenio, y reanudar su tramitación en caso de incumplimiento del convenio. Procesalmente, propone la “*detención del proceso sin caducidad de instancia*”, por asimilación con las cuestiones prejudiciales, considerando que en este caso, al ser aplicable el art. 238 LEC (no caducará la instancia cuando la paralización del proceso sea por fuerza mayor o causa contraria o independiente de la voluntad de las partes), no habría riesgo de que caducara la instancia.

CAPÍTULO V.- MEDIDAS CAUTELARES.

1.- Finalidad, competencia judicial y legitimación para su solicitud.

Las medidas cautelares son, en términos generales, el instrumento que el derecho pone a disposición de las partes para evitar que el transcurso del tiempo necesario para

⁵⁴¹ PULGAR EZQUERRA, J., op. cit “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio ...”, pp.175-176.

la tramitación del proceso, ponga en riesgo la ejecución o eficacia de la sentencia que se dicte en el mismo, de ahí su carácter instrumental respecto del proceso principal. El art. 726 LEC es claro al establecer que las medidas cautelares deben adoptarse exclusivamente como medida para *“hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente”*. La doctrina es unánime al señalar como características de las mismas, su instrumentalidad respecto del proceso principal, su provisionalidad y temporalidad o duración limitada, y su proporcionalidad o adecuación al fin pretendido. Consecuentemente, para determinar las medidas cautelares que pueden adoptarse en un proceso determinado debe examinarse, en primer lugar si son necesarias, en segundo lugar su idoneidad para el fin pretendido⁵⁴², y finalmente, si las medidas solicitadas son proporcionales al resultado que se pretende⁵⁴³.

Partiendo pues del concepto y las características de las medidas cautelares en el proceso civil, no cabe duda de que es posible la solicitud y adopción de medidas cautelares en el incidente rescisorio concursal al objeto de asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria. En este caso, se trataría de intentar asegurar el cumplimiento de una sentencia que decreta el retorno del bien o derecho a la masa activa del concurso, o en el supuesto de que esto no fuera posible, la devolución del valor del mismo a la masa activa. La LC no contiene una regulación general de las medidas cautelares aplicables en un proceso concursal, limitándose a regular medidas o aspectos concretos de la tramitación de las mismas a lo largo de toda la ley⁵⁴⁴. Así pues, debemos aplicar subsidiariamente la regulación de las medidas cautelares contenida en

⁵⁴² Según PÉREZ DAUDÍ, uno de los motivos más frecuentes de desestimación de las medidas cautelares es la inidoneidad de la misma, Vide PÉREZ DAUDÍ, V., "Los criterios de admisión y denegación de las medidas cautelares en las recientes resoluciones de la AP de Barcelona", Justicia. Revista de Derecho Procesal, 2009, nº 1-2, p. 213.

⁵⁴³ En relación a los requisitos legalmente exigidos para la adopción de medidas cautelares en el proceso civil, analizados desde el punto de vista concursal, resulta muy interesante el AAP Madrid 38/2015, de 13.02.15, (Rollo 639/2014, Auto Medidas 644/2012, JM 2 Madrid).

⁵⁴⁴ Según GARCÍA GARCÍA y IBORRA: "El catálogo de medidas cautelares que puede adoptar el Juez del concurso no sólo está tratado de modo disperso en la propia Ley Concursal sino que es preciso, además, acudir fuera de ella (a la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, 8/2003 que la acompañaba) para ser consciente de su amplitud", GARCÍA GARCÍA, E, y IBORRA, C., "Un catálogo de las medidas cautelares en el concurso de acreedores", Anuario de Derecho Concursal num. 12/2007 parte Problemas y Cuestiones, Ed. Civitas, Pamplona, 2007, p. 1.

la LEC, especialmente las medidas de carácter patrimonial reguladas en los artículos 721 a 729 LEC⁵⁴⁵. Por su parte, RAMOS ROMEU, dando un paso más, considera que también debe aplicarse al proceso cautelar la regulación general relativa a las excepciones procesales previstas para los procesos principales⁵⁴⁶.

La competencia para decidir en el incidente rescisorio sobre la adopción o no de medidas cautelares y, en su caso las condiciones de las mismas, corresponde al juez del concurso, en tanto que juez competente para tramitar el incidente rescisorio concursal. Así resulta de la aplicación de las reglas generales en materia de competencia, de los art. 723 LEC y 86 ter.1 LOPJ, y de la regla general contenida en el art. 8.4 LC⁵⁴⁷. Por su parte, la redacción de los artículos de la LC que de manera más o menos directa se refieren a las medidas cautelares que se pueden adoptar en un proceso concursal, atribuyen expresa o tácitamente esta función al juez del concurso. En este caso, en contra de la regla general según la cual las medidas cautelares en el concurso sólo pueden dirigirse contra el patrimonio del concursado, la propia naturaleza y finalidad del incidente hace que sí puedan solicitarse y decretarse medidas cautelares contra bienes en poder de terceros, si éstos son codemandados⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Las medidas cautelares de carácter personal están reguladas en la LO 8/2003, de 9 de julio, que modifica la LOPJ para crear los Juzgados de lo Mercantil y regula los aspectos del proceso concursal que puedan afectar a derechos fundamentales, como pueden ser algunas medidas cautelares de carácter personal.

⁵⁴⁶ Este autor considera que presupuestos como la falta de legitimación suelen examinarse como un aspecto del “*fumus boni iuris*”, considerando que debe hacerse lo mismo en el caso de litispendencia, cosa juzgada o prejudicialidad, concluyendo que “*mientras que el presupuesto procesal no haya sido dirimido en el pleito principal, el juez puede integrarlo en el análisis del fumus boni iuris con el sentido que considere conveniente, sin quedar vinculado para el procedimiento principal*”, RAMOS ROMEU, F., “Los presupuestos procesales de la tutela cautelar”, *Justicia*, 2006, pp.189-215.

⁵⁴⁷ El art. 723 LEC establece que: “*Será Tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia, o si el proceso no se hubiese iniciado el que sea competente para conocer de la demanda principal*”. Según el art. 8.4 LEC, la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente, entre otras materias, para decidir sobre todas las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción, y en su caso, “*las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso*”. El art. 86 ter.1 LOPJ regula esta cuestión en términos casi idénticos. Una regulación más concreta podemos encontrarla, en la LC, artículos 17 (medidas anteriores a la declaración de concurso), 21 (medidas decretadas en el Auto de declaración de concurso), 41 (derechos y libertades fundamentales del deudor en materia de correspondencia, residencia y libre circulación), y 48 (embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada).

⁵⁴⁸ Sobre esta cuestión, vide GARCÍA GARCÍA y IBORRA: “*El juez del concurso es competente para la adopción de medidas cautelares sobre el patrimonio del concursado (art. 8.4 LC), pero no lo es para decretarlas contra terceros, salvo que se trate de los supuestos en los que expresamente la Ley Concursal*

Las medidas cautelares que se pueden adoptar son las solicitadas por la parte actora, es decir, la administración concursal o en su defecto, a los acreedores legitimados subsidiariamente. No pueden adoptarse de oficio por el juez, tal y como establece para el proceso civil en general el art. 721.2 LEC. No contradice esto el hecho de que la literalidad del art. 21.1, 4º LC pueda hacer pensar que sí es posible la adopción de medidas cautelares de oficio en términos generales. La previsión de este artículo, tal y como indica GARNICA MARTÍN⁵⁴⁹, se refiere más a una medida de garantía que a una medidas cautelar propiamente dicha, por cuanto se trata de asegurar el patrimonio del deudor durante el breve plazo que pueda tardar la administración concursal en aceptar el cargo. Asimismo, dado que la rescisoria concursal sólo puede interponerse una vez constituida la administración concursal, y precisamente a instancia de la misma, la previsión legal contenida en este artículo en relación al auto de declaración del concurso no sería aplicable. Así, en relación a las medidas cautelares, no existe especialidad alguna en materia de legitimación y capacidad procesal⁵⁵⁰.

2.- Presupuestos para su adopción.

Los presupuestos para la adopción de una medida cautelar en el incidente rescisorio del art. 71.1 LC, a falta de una regulación específica, serán los fijados de

le atribuya competencia para la resolución del conflicto, como ocurre en (...) las que procedan en el marco de las acciones rescisorias o de impugnación por actos perjudiciales para la masa realizados por el deudor (art. 71).

Porque incumben al juez del concurso las acciones que se dirigen contra el patrimonio del concursado (éste ha de tener la condición de demandado – arts. 8.1º y 51.1 LC en relación con el artículo 98.1.1º de la LEC y con el núm. 1 del artículo 86 ter de la LOPJ), pero no necesariamente cualquier acción que el propio concursado interponga contra tercero en defensa de su patrimonio, aunque ello pueda incidir en la integración de bienes y derechos en la masa activa del concurso, que, salvo previsión específica en contrario, deberá ser conocida por el Juez de Primera Instancia (art. 85.1 de la LOPJ) que corresponda según las reglas de determinación de la competencia que contiene la LECiv (arts. 44 a 62 LECiv)”, GARCÍA GARCÍA, E, y IBORRA, C., op. cit, p. 7.

⁵⁴⁹ GARNICA MARTÍN, J.F., al estudiar las medidas cautelares en el proceso concursal en general, distingue entre medidas cautelares, que no pueden ser adoptadas de oficio, y las que denomina medidas de garantía, que sí pueden ser adoptadas de oficio. Esta diferencia justifica, a su juicio, que las medidas contenidas en el art. 21.1, 4º, que considera medidas de garantía, puedan ser adoptadas de oficio, GARNICA MARTÍN, op. cit., “Aspectos procesales...”, en AA.VV. “La nueva Ley Concursal”, pp. 273-274.

⁵⁵⁰ Sobre las partes en el proceso cautelar civil en general, ver, entre otros a BARONA VILAR, S., “El proceso cautelar”, en AA.VV., “Proceso Jurisdiccional II, Derecho Civil”, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 18ª, Valencia, 2010, p. 691.

manera general para todo proceso cautelar en el proceso civil: el “*fumus boni iuris*”, el “*periculum in mora*” y la prestación de caución o fianza.

2.1.- El “*fumus boni iuris*”.

El “*fumus boni iuris*” o apariencia de buen derecho de la pretensión ejercitada en el incidente rescisorio concursal exige, según lo establecido en el art. 728.2 LEC, que el solicitante de la medida aporte elementos fácticos y jurídicos suficientes, valiéndose para ello de cualquier medio de prueba, para que el juez pueda realizar “*un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión*” sin prejuzgar el fondo del asunto. Se trata, como en cualquier supuesto de solicitud de una medida cautelar, de realizar un examen inicial y meramente provisional sobre la solidez de la fundamentación y posible estimación final de la acción rescisoria, que justifique la adopción de la medida cautelar solicitada⁵⁵¹. Tal y como afirma RAMOS MÉNDEZ “*la medida cautelar se concede no porque el solicitante ostente un derecho indiscutido sobre el objeto del juicio, sino simplemente porque prima facie su petición aparece como tutelable en la medida cautelar*”⁵⁵². Así pues, el actor que pretenda la adopción de una medida cautelar en el incidente rescisorio, deberá aportar indicios de que el acto o

⁵⁵¹ Sobre esta cuestión resultan muy ilustrativos los argumentos del Auto AP Barcelona 16.01.2007 (JUR 2007/206097): “*TERCERO: Apariencia de buen derecho.- Conviene aclarar que la medida cautelar acordada es de anotación preventiva de la demanda de reintegración, ejercitada en el concurso de acreedores de los señores Sonia y Carlos Ramón. La pretensión principal ejercitada por la administración concursal en dicho incidente concursal es la rescisión de dos actos de disposición realizados por los deudores concursados, dos años antes de la declaración de concurso, al amparo de la normativa contenida en los arts. 71 y ss. LC. Estos actos de disposición se contienen en dos escrituras públicas (...) Basta la simple lectura de la primera escritura para advertir que a través de ella uno de los dos cónyuges declarados en concurso lleva a cabo una asunción de deuda que una sociedad tiene frente a otra, sin que conste contraprestación alguna a su favor, por lo que se trata de un acto de disposición a título gratuito, al no manifestarse otra causa que la mera liberalidad (art. 1274 CC), lo que constituye a su vez una presunción de perjuicio, iuris et de iure, conforme al art. 71.2 LC. Además, y partiendo de esta consideración, ambos cónyuges, Sonia y Carlos Ramón, constituyen una hipoteca sobre una obligación que la Sra. Soniano tenía, por lo que respecto de ella se trata igualmente de un acto de disposición a título gratuito, y que respecto del Sr. Carlos Ramón habría sido previamente rescindida. En consecuencia, y por la misma razón, la ausencia de contraprestación que determina la causa gratuita del negocio de disposición que supone la constitución de la hipoteca, este último queda afectado por la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC, lo que es a su vez suficiente para fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario a favor de la pretensión de reintegración ejercitada con la acción principal.*

Bastaría lo argumentado hasta ahora para justificar la anotación preventiva de la demanda en la finca registral sobre la que se constituyó la referida hipoteca, siendo innecesario justificar que además existe una apariencia de buen derecho respecto de la acción rescisoria ejercitada frente al negocio de disposición contenido en la segunda escritura, sin perjuicio de que la hipoteca en él constituida afecta a la misma finca (...).”

⁵⁵² RAMOS MÉNDEZ, F., op. cit., p. 529.

negocio cuya resolución solicita se ha realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, y de su carácter presuntamente perjudicial para la masa activa.

2.2.- *Periculum in mora.*

Este presupuesto, que responde a la necesidad de evitar el riesgo que para el efectivo cumplimiento de una futura sentencia estimatoria supone la duración de los procesos en general, es especialmente importante en el caso de la rescisoria concursal. El solicitante deberá justificar, en virtud del art. 728.1 LEC, que la adopción de la medida solicitada es necesaria para evitar que durante la tramitación del incidente concursal se lleven a cabo actos o se produzcan situaciones que dificulten o impidan la efectividad de la sentencia futura. En el caso que nos ocupa, en el que mayoritariamente se pretende el retorno al patrimonio del deudor-concursado de bienes (especialmente inmuebles) o derechos salidos del mismo, resulta evidente que el riesgo de que dichos bienes sean transmitidos a terceros de buena fe amparados por la legislación de derecho común y registral es muy alto, tal y como demuestra la regulación de los efectos de la rescisoria concursal contenida en el art. 73 LC⁵⁵³. Por ello este presupuesto se da en la mayoría de los supuestos en los que se ejercita la acción rescisoria del art. 71.1 LC, aunque a veces resulte difícil probar su concurrencia⁵⁵⁴.

2.3.- *Caución.*

La adopción de una medida cautelar normalmente supone un perjuicio para el demandado afectado por la misma, de ahí que el art. 728.3 LEC, establezca salvo excepción, la obligación de que el solicitante preste la fianza o caución que el juez

⁵⁵³ En relación con este presupuesto, vid nuevamente el Auto AP Barcelona 16.01.2007 (JUR 2007/206097): “*CUARTO: Peligro por la mora procesal: El periculum in mora en este caso viene justificado por la limitación de efectos que la sentencia de reintegración puede ocasionar para los terceros de buena fe que hubieran llegado a adquirir la finca o el derecho de crédito y la garantía real, de conformidad con el art. 73 LC. La forma más sencilla y menos lesiva de garantizar que no aparezca ningún tercero hipotecario, que pudiera hacer valer esta condición amparada en el art. 34 LH frente a la administración concursal, y frustrar con ello la eficacia de una sentencia estimatoria de la pretensión rescisoria, es la publicidad registral de la demanda de reintegración.*”

⁵⁵⁴ Sobre esta cuestión, RAMOS MÉNDEZ muy acertadamente afirma que: “*el periculum in mora es algo objetivo, que deriva de la propia naturaleza del procesus iudicii y del hecho de que éste no pueda ser instantáneo. No hace falta añadir ninguna connotación subjetiva sobre las circunstancias personales del demandado (...). La ley creo que ha entrado en el buen camino de la objetivación, al suprimir todas las referencias subjetivas que históricamente se exigían para la concesión de la medida cautelar. Ahora, el solicitante ha de centrarse en explicar cómo afecta la mora procesal a la cosa litigiosa, dadas las circunstancias del caso*”, RAMOS MÉNDEZ, F., op. cit., pp. 526-527.

considere necesaria para el resarcimiento de los daños y perjuicios que la medida adoptada pueda causar al patrimonio del demandado⁵⁵⁵. PÉREZ DAUDÍ considera que la caución, tal y como ha venido declarando de forma uniforme la jurisprudencia, debe exigirse en todo caso, si bien ponderando debidamente su cuantía en función de los posibles perjuicios, no admitiendo el argumento de que los presumible escasos perjuicios permitan su exención⁵⁵⁶. En materia concursal, este presupuesto se matiza cuando se solicita la aplicación de medidas cautelares antes de la declaración de concurso al establecer el art. 17.2 LC que: “*El juez podrá pedir al solicitante que preste fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios ...*”. Partiendo de esta redacción, ORTIZ PRADILLO⁵⁵⁷ opina que la LC: “*difiere de la norma general sobre la preceptividad de la prestación de caución*”. Creemos que esta norma no permite hacer una afirmación tan general y extendida a toda las medidas cautelares aplicables en un proceso o incidente concursal, y menos en relación con la rescisoria concursal, acción ejercitable sólo después de la declaración de concurso.

En este caso, además, dadas las especiales características de la administración concursal (la legitimada principal para la interposición de esta demanda incidental), se plantea la duda de si debe exigírsele o no la prestación de fianza. La doctrina jurisprudencial en relación a este punto es dispar, mientras algunos juzgados consideran que en los incidentes concursales, como regla general, la administración concursal no debe prestar fianza⁵⁵⁸, otros consideran que la administración concursal debe ser tratada

⁵⁵⁵ Para RAMOS MÉNDEZ, la caución: “*cumple una función de equilibrio de las posiciones del demandante y del demandado cuando el periculum tiende a objetivarse y debe graduarse adecuadamente.*”, RAMOS MÉNDEZ, F., op. cit., p. 531.

⁵⁵⁶ PÉREZ DAUDÍ, V., op. cit., p. 213.

⁵⁵⁷ Vide ORTIZ PRADILLO, J.C., “Las medidas cautelares en los procesos mercantiles”, Ed. Iustel, Madrid, 2004, p. 265.

⁵⁵⁸ Sobre este punto resultan especialmente interesantes los argumentos contenidos en el Auto JM- 3 Barcelona 20.12.2007 (Incidente Concursal 597/2007): “*2. En el supuesto de autos el administrador concursal solicita – en el marco del incidente de una acción de reintegración – la adopción de medidas cautelares, no ofreciendo caución ni tan siquiera formalmente. El primer obstáculo que se observa es la absoluta falta de liquidez de la concursada unida a una situación de falta de activos realizables, circunstancia que determina que el administrador concursal no pueda ofrecer aquello de lo que no dispone. El segundo obstáculo sería de naturaleza legal puesto que si ofreciera fianza o caución lo tendría que hacer con cargo a la masa, circunstancia que determinaría la inclusión de esa disposición patrimonial grande o pequeña dentro de las previsiones del artículo 84.2 de la Ley Concursal; los créditos contra la masa se satisfacen a su vencimiento – artículo 154 de la Ley – por ello no sería razonable que quedara comprometido tan siquiera temporalmente una parte de los activos de la concursada para un hipotético cargo contra la masa sin tener en cuenta otros créditos contra la masa no*

como cualquier otra parte y por tanto debe prestar la fianza legalmente exigida para cubrir los posibles daños y perjuicios⁵⁵⁹. Sobre esta cuestión creemos que dada la complejidad del proceso concursal, a la que hay que sumar la del incidente de rescisión concursal tramitado dentro del mismo, parece razonable partir del régimen general de obligación de prestar fianza o caución, y ponderarlo en base a las circunstancias e

satisfechos. El tercer obstáculo debe conectar con el hecho de que el administrador concursal no actúa en interés propio, sino en interés de la masa activa del concurso, interés colectivo que obliga a interpretar las exigencias legales en términos que permitan una efectiva protección de la masa y del concurso por encima de intereses particulares. El último obstáculo se engarza con la propia naturaleza de la acción de reintegración que tiene por objeto restablecer el “orden” concursal trayendo de nuevo al concurso bienes o derechos que han salido del mismo de modo incorrecto, las medidas cautelares son imprescindibles para garantizar el éxito de una futura sentencia estimatoria evitando que los bienes o contratos objeto de rescisión puedan pasar a terceras manos o ser consumidos de no establecerse cautela alguna. Los demandados de modo razonable pueden reclamar garantías para paliar los perjuicios que pudieran causarles medidas adoptadas si finalmente se rechaza la pretensión principal, pero esos perjuicios habrían de quedar sometidos en cuanto a su exacción y pago a la disciplina del concurso y de los créditos contra la masa. Por ello se debe considerar que en los incidentes concursales la administración concursal no habrá, como norma general, prestar fianza o caución”. Discrepamos de los tres primeros argumentos esgrimidos en este Auto: el hecho de que la masa carezca de liquidez no nos parece un argumento sólido para no exigir la fianza establecida legalmente; en cuanto al diferente trato que podría provocar respecto de otros créditos contra la masa, consideramos que desde el momento en que el juez exige el pago de la fianza ésta pasa a ser un crédito exigible en el plazo fijado judicialmente para su pago, por lo que, la prestación de la fianza en el plazo legalmente exigido no deja de ser el pago de un crédito contra la masa a su vencimiento, tal y como prevé el art. 154.2 LC; finalmente, si bien es cierto que la administración concursal no actúa en interés propio, y que en el proceso concursal debe tenderse a proteger los intereses de la masa por encima de los particulares, extender este criterio a todos los diversos y concretos actos procesales que se realizan en un concurso, en el que ya se parte de esta premisa, puede producir una sobreprotección de la masa activa injusta o injustificada respecto del propio deudor o terceros no acreedores. Sí compartimos el último argumento según el cual, si finalmente nace una obligación de pago de daños y perjuicios al deudor, ésta debería quedar sujeta al igual que el resto de créditos, a la disciplina del concurso y de los créditos contra la masa, perdiendo la fianza en este caso la justificación que sí tiene en otros procesos. La AP de Barcelona en el Auto de fecha 16.01.2007 ya citado tampoco exige la prestación de fianza a la administración concursal.

⁵⁵⁹ Exige fianza a la administración concursal el Auto AP Girona (Secc. 1ª), de 25-3-2010, (Auto 74/2010; Rollo nº: 640/2009; Id. Cendoj: 17079370012010200035): “Segundo.- Visto el artículo 728.3 de la L.E.C. debe darse la razón a la parte recurrente de que era necesaria la prestación de caución, no teniendo base legal los argumentos del auto para eximir de tal prestación, pues es obvio que los administradores concursales no deben prestar la caución con su propio peculio, sino que lo deben hacer con el de la sociedad concursada. Y dicho precepto sólo establece la excepción a la prestación de la caución cuando expresamente se disponga otra cosa, lo cual no puede referirse más que a aquellos supuestos legales en los que se exima de la prestación de caución, no pudiendo el Juez a su libre arbitrio decidir si acuerda o no la prestación de caución. El cual sólo tiene facultades para determinar el importe de la caución, así como la forma y el tiempo en que debe prestarse, conforme dispone el artículo 735 de la L.E.C”. En términos muy similares se pronuncia también la SAP Madrid (Sección 28) 26.02.2012 (Sentencia 17/2012; Rollo 634/2011): “La caución constituye un presupuesto de adopción de las medidas cautelares, de manera que solo puede ser excluido cuando exista previsión legal al respecto. La Ley Concursal no establece una excepción a la prestación de caución fundada en la naturaleza del concurso, como tampoco lo hace atendiendo a las acciones que pudiera ejercitar la administración concursal o al interés del concurso (...)Es más, la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal establece que, en lo no previsto en la misma, será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que la solicitud de medidas cautelares en un incidente concursal debe cumplir los requisitos previstos en el artículo 732 LEC y su adopción depende de los presupuestos contemplados en su artículo 728”.

intereses que concurran en cada caso concreto, teniendo muy en cuenta la solidez de los indicios sobre el cumplimiento de los otros dos presupuestos ya comentados.

En todo caso, como en cualquier otro proceso, en el escrito de solicitud de la medida cautelar la Administración concursal deberá ponerse de manifiesto la concurrencia en ese caso concreto, de los presupuestos necesarios para su adopción y ofrecer la caución exigida por la ley o argumentar porqué no debería ser exigible en ese caso, además de proponer las pruebas necesarias para la defensa de sus pretensiones⁵⁶⁰.

3.- Medidas cautelares aplicables en el incidente rescisorio concursal

Partiendo de los conceptos y presupuestos generales reseñados, podemos decir que las medidas cautelares concretas que, a priori parecen las más adecuadas para el aseguramiento de la sentencia que se dicte en un incidente rescisorio concursal, son las que afectan a los bienes, no siendo adecuadas, en términos generales, las de carácter personal. Centrándonos pues en las medidas de carácter patrimonial, de todas las posibles, destaca por su eficacia la anotación preventiva de demanda regulada en el art. 727.5º LEC para los bienes y derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos. Muchas rescisorias concursales se ejercitan para reintegrar a la masa bienes inmuebles, por lo que la anotación preventiva de demanda es la medida idónea, por eficaz y menos lesiva, para evitar que dichos bienes puedan ser adquiridos por terceros de buena fe amparados en la publicidad del Registro de conformidad con lo establecido en el art. 34 LH.

En los supuestos en los que el bien objeto de rescisión no pueda ser reintegrado a la masa por haber sido adquirido por un tercero no demandado, o respecto del cual sea irreivindicable, el que contrató con el deudor deberá devolver a la masa el valor del bien en el momento de su adquisición. En estos casos la medida más adecuada será el embargo preventivo de bienes al amparo del 727.1º LEC, y en su caso, la anotación preventiva de embargo en el registro que corresponda cuando el embargo recaiga sobre

⁵⁶⁰ Sobre el procedimiento a seguir para reclamar los daños y perjuicios causados, ver el AAP Madrid 38/2015, de 13.02.15, (Rollo 639/2014, Auto Medidas 644/2012, JM 2 Madrid).

bienes inscribibles, fundamentándola en las “*otras anotaciones registrales*” a las que alude el art. 727.6º LEC.

Otras medidas cautelares aplicables, pero no de forma generalizada sino en supuestos muy concretos pueden ser la intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda reintegrar dichos bienes, o incluso una unidad productiva (art. 727.2º LEC). En este último caso, también podría ser necesaria la formación de un inventario de toda la maquinaria o materias primas objeto del incidente, medida adoptable al amparo del art. 727.4º LEC. Asimismo, el inventario de bienes podría ser necesario cuando se pretenda reincorporar a la masa activa un conjunto de bienes muebles, si bien en este caso, la medida que parece que pudiera ser más efectiva es el depósito de cosa mueble, de conformidad con lo establecido en el art. 727.3º LEC. Otras medidas posibles son la suspensión de acuerdos sociales impugnados pero en el caso de la rescisoria concursal no en base al apartado 10º del art. 727.10º LEC sino en base al 11º. Finalmente creemos que en todo los casos reseñados, sería posible adoptar la medida cautelar consistente en la prohibición de disponer el bien objeto de la acción de reintegración, pudiendo fundamentar la medida tanto en el apartado 7º del art. 727 LEC como en el 11º. Precisamente este apartado 11º permite la adopción de cualquier otra medida que se considere necesaria para asegurar la efectividad de una posible sentencia estimatoria de la demanda rescisoria concursal.

CAPÍTULO VI.- EL INCIDENTE RESCISORIO CONCURSAL

La Ley Concursal prevé (aunque sea someramente) una tramitación especial para el incidente rescisoria concursal en su artículo 72⁵⁶¹. No obstante ello, el apartado

⁵⁶¹ Sobre la situación antes de la entrada en vigor de la LEC, GONZÁLEZ CANO afirma que: “*Frente al sistema anterior, en el que existían hasta tres procedimientos para conocer de la ineficacia de los actos dispositivos del deudor quebrado y la consiguiente reintegración a la masa, con los problemas ante el silencio de la ley sobre la competencia objetiva y territorial, la nueva LC (art. 73.3) unifica todos estos cauces procesales en uno solo, que es el incidente concursal ordinario de la LC (arts 192 a 196). Efectivamente existían acciones a tramitar por el juicio ordinario y ante el juez competente, como la acción de nulidad del art. 878.2 o el resto de acciones revocatorias en fraude de acreedores del art. 1377 antigua LEC. Y ese juez competente no era necesariamente el Juzgado de Primera Instancia del concurso o la quiebra, sino que en virtud de las normas del art. 63.8º y 9º de la LEC y del Decreto Ley de 1947 sobre jueces especialmente nombrados, al que ya nos hemos referido en páginas anteriores, podía resultar competente otro Juzgado de Primera Instancia distinto al que tramita el proceso concursal, con los consiguientes problemas de declinatorias y cuestiones de competencia para impugnar la competencia objetiva de estos jueces especiales y su competencia territorio. Hasta el punto de que el TS (STS de 4 de marzo de 1974) llegó a afirmar que la demanda de retroacción debía se entendida como un incidente de*

4º de este artículo establece que: “*Las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal*”, lo que nos conduce a la aplicación subsidiaria de la regulación general prevista en los artículos 192 a 196 LC⁵⁶² para la tramitación del incidente concursal, por el que deberán tramitarse todas las cuestiones que se planteen durante la tramitación del proceso concursal y no tengan señalada una tramitación específica (esta previsión, a su vez es reflejo de la contenida en el art. 388 LEC, que establece que se tramiten por el procedimiento incidental las cuestiones incidentales que no tengan señalada en la LEC otra tramitación específica).

El procedimiento incidental general regulado en la LC es un procedimiento declarativo plenario especial⁵⁶³, que combina trámites del juicio ordinario y del verbal; la fase de alegaciones (demanda y contestación), al igual que en el ordinario se tramita por escrito, y a partir de ese momento se siguen, al menos formalmente, los trámites del juicio verbal. Para todas las cuestiones no reguladas expresamente en la LC, serán de aplicación subsidiaria los artículos 387 a 393 de la LEC que regula las cuestiones incidentales. Lógicamente, el incidente rescisorio concursal también debe respetar los

la quiebra, extendiendo su conocimiento al Juez del concurso como incidente del proceso universal, postura que también fue objeto de crítica, al entender que las acciones revocatorias no se trataban de acciones contra la masa de los bienes o masa activa, por lo que no operaba la vis atractiva del concurso, sino que eran acciones autónomas.

Por su parte, la Disposición Derogatoria única 1.1ª de la LEC del 2000, establecía que hasta la entrada en vigor de la LC los incidentes que surgiesen en el seno de los procesos concursales se regirían por los trámites de los incidentes de la nueva LEC. Sin embargo, los arts 1371 a 1374 de la antigua LEC que establecen unos trámites procesales específicos en materia de incidentes y acciones de reintegración, permanecían en vigor, lógicamente hasta la entrada en vigor de la LC. Por lo demás, como veíamos, se aplicaba el cauce incidental de la LEC o los trámites del juicio declarativo ordinario o verbal”, GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., pp. 435-436.

⁵⁶² La regulación inicial del incidente concursal ha sido modificada por la Ley 38/2011 de reforma de la LC, explicando la necesidad de su modificación en el punto IV de su Exposición de Motivos: “*Por otro lado, las modificaciones procesales alcanzan también al incidente concursal, que restringe aún más la posibilidad de celebrar una vista, como reflejo de la opción preferente de una tramitación escrita más rápida*”. Posteriormente, también se ha visto indirectamente afectada, en relación a las tasas judiciales, por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, que regula determinadas tasas en el ámbito de la administración de justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, y por el Decreto-Ley 1/2014, de 3 de junio, que modifica el Texto refundido de la Ley de Tasas y precios públicos de la Generalitat de Cataluña. Recientemente, la Ley 10/2012 ha sido modificada por el RDL 1/2015, de 27 de febrero 215, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

⁵⁶³ Vide ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J: “*...el incidente concursal reglado en los artículos 192 a 196 LC como cauce procesal específico para ventilar –ex artículo 192.1 LC- todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan legalmente señalada otra tramitación es un proceso declarativo plenario especial ... no cabe a nuestro entender duda de que el incidente concursal, que ex art. 196 LC acaba siempre por sentencia que produce plenos efectos de cosa juzgada, es –pese a la confusa denominación legal de incidente- un proceso declarativo plenario de carácter especial, habida cuenta de su especial tramitación*”, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., op. cit., “El incidente concursal”, p. 271, y “La ‘vis atractiva’ del proceso concursal”, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 334-335.

principios propios del proceso civil (especialmente el principio dispositivo, el de dualidad de partes, el de audiencia, el de igualdad entre las partes, y el de libre valoración de la prueba)⁵⁶⁴.

Según la regulación contenida en los artículos 183. 3 y 192.2 LC, el incidente rescisorio concursal se tramitará como pieza separada dentro de la Sección 3ª del concurso (la relativa a la masa activa), en principio, sin suspender el procedimiento concursal, sin perjuicio de que se puedan suspender, de oficio o a instancia de parte, las actuaciones concretas que puedan verse afectadas por la resolución del incidente⁵⁶⁵.

1.- Fase de alegaciones: la demanda y la contestación a la demanda

La regulación contenida en el artículo 72 de la LC, salvo lo referente a la legitimación, no hace mención alguna a los escritos de alegaciones de las partes, por lo que tenemos que aplicar subsidiariamente la regulación del incidente concursal general. El artículo 194.1 LC establece que la demanda incidental debe presentarse en la forma prevista en el art. 399 LEC (artículo que regula la forma de la demanda del juicio ordinario). Esta remisión debe entenderse no sólo a la forma de la demanda, sino también a la necesaria aportación de las copias y documentos de prueba que

⁵⁶⁴ Así lo pone de manifiesto, entre otros, REDONDO GARCÍA: “La vigente legislación concursal española, contenida fundamentalmente en los dos textos LO 8/2003 de 9 de julio, para la Reforma Concursal y la Ley 22/2003 de 9 de julio, y sus posteriores reformas, regula un proceso complejo con función y finalidades múltiples, caracterizado porque se rige por los principios fundamentales del proceso civil, el dispositivo (del que deriva la justicia rogada) y el principio de aportación de parte o de sustanciación del proceso por las partes”, REDONDO GARCÍA, F., “Algunas cuestiones sobre el principio de igualdad de las partes en el procedimiento incidental tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma concursal”, en AAVV., “Principios y garantía procesales”, (Dir. Picó Junio, J.), Ed. Bosch, octubre 2013, pp. 393.

Sobre la aplicación de los principios procesales nos parece muy acertada la reflexión realizada por BERZOSA FRANCO: “Creemos que en el proceso y en las distintas instituciones que lo integran existen numerosos aspectos técnicos cuya regulación obedece a criterios de racionalidad y a razones de eficacia. Mantener lo contrario sería olvidar el carácter de medio o instrumento que el ordenamiento jurídico le asigna. Sin embargo, estimamos que este dato fundamental no permite obviar la influencia de elementos socio-económicos y políticos en el proceso y en los principios que lo configuran (...) la titularidad del interés que se evidencia como lesionado en las peticiones que abren los procesos, y que puede pertenecer a la comunidad o al individuo, determina la indisponibilidad o disponibilidad de los derechos y produce la aparición de diferentes principios procedimentales”, BERZOSA FRANCO, M.V., “Principios del Proceso”, *Justicia*, 1992, III, pp. 558.

⁵⁶⁵ El AAP Pontevedra 27.11.2008 (JUR 2009/432904; Auto 221/2008; Rollo 456/2008) afirma que la suspensión del procedimiento concursal que prevé la ley con carácter excepcional en el art. 186.2, difiere de la suspensión a que se refiere el art. 192.2 LC, que podrá ser acordada de oficio o a instancia de parte, circunscribiéndose a aquellas actuaciones que se estime puedan verse afectadas por la resolución recurrida.

necesariamente deben acompañar al escrito de demanda. Llama la atención GONZÁLES CANO⁵⁶⁶, sobre el hecho de que la regulación del trámite incidental en general no prevé un trámite de subsanación de los defectos que pueda contener la demanda, lo que puede conllevar en los casos más graves, directamente al sobreseimiento del procedimiento⁵⁶⁷. Si la demanda cumple los requisitos legalmente exigidos, el juez dictará una providencia admitiendo a trámite el incidente y acordando el emplazamiento de las demás partes personadas que dispondrán de un plazo común de 10 días para contestar la demanda en la forma prevista en el art. 405 LEC. Por el contrario, si el juez considera que la cuestión planteada es impertinente o carece de la

⁵⁶⁶ Vide GONZÁLES CANO, M. I., op. cit., p. 113: “En segundo lugar, si la petición del actor incidental no es lo suficientemente clara o precisa, obsérvese que el art. 193.3 no ofrece ningún trámite de subsanación al modo del art. 424 LEC, que ante la falta de claridad o precisión en la demanda (...) permite la aclaraciones o precisiones oportunas (en la audiencia previa), y sólo ante la falta de éstas se decretará el sobreseimiento del pleito, cuando no fuese en absoluta posible determinar en que consisten las pretensiones del actor o del demandado en la reconvencción. Por su parte, en el incidente concursal laboral, también se prevé ese posible trámite de subsanación”.

⁵⁶⁷ Al respecto vide la SAP Alava (Sección 1) 17.11.2011 (Rollo 127/2011) que estima la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda por falta de concreción de los actos cuya rescisión se solicita: “Segundo.- (...) En este caso la documentación evidencia, en efecto, que se realizaron varias operaciones por la deudora, pero en absoluto puede determinarse cuáles sean las que la administración concursal demandante pretendió debieran rescindirse. No se identifica tampoco quienes sean los sujetos afectados además de la deudora concursada, por lo que se incurriría en el mismo defecto apreciado en el anterior ordinal. No se señalan qué cuantías han de reintegrarse, ni en qué supuesto legal se incardina la pretensión rescisoria. No hay datos suficientes porque no se han concretado los que eran objeto de la pretensión, que padece por ello un alto grado de inconcreción. El sistema rescisorio que disciplina el procedimiento concursal no puede ser utilizado in genere, sin concretar los actos cuya rescisión se pretende, como tajantemente se desprende del art. 72.1 LC cuando para habilitar la legitimación subsidiaria de los acreedores les ordena señalar “... el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello”.

Asimismo, sobre la corrección de la inadmisión de la demanda incidental por no haber aportado las copias exigidas por la LEC se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia, vid a modo de ejemplo: AAP Madrid (Sección 28) de 12.02.2009 (JUR 2009/171758; Auto 30/2009; Rollo 317/2008), de 27.11.2009 (JUR 2010/73783; Auto 198/2009; Rollo 167/2009), y de 22.01.2010 (JUR 2010/136646; Auto 11/2010; Rollo 352/2009). Por su parte la SAP Baleares 19.02.2008 (JUR 2008/296881) tras declarar aplicables subsidiariamente las normas de la LEC en los aspectos procedimentales no especialmente regulados en el incidente concursal, atenúa las normas de la LEC relativas a la aportación de documentos si éstos ya constan aportados en otra pieza del concurso: “La Sala ratifica la acertada fundamentación de la sentencia recurrida, resaltando que el artículo 194.1 de la LC indica en relación con el incidente concursal que ‘La demanda se presentará en la forma prevista en el art. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil’, con vigencia supletoria de la LECiv en los aspectos no específicamente regulados por la Ley Concursal. Ello conlleva que en aplicación del artículo 265 de la LECiv, la actora con dicho escrito debió presentar los documentos en que funda su derecho a la tutela judicial que pretende (...). En conclusión, consideramos que en relación con la presentación de documentos en un incidente concursal rigen las normas generales de la LECiv., si bien atendido que los documentos se hallan en el expediente, sería suficiente una copia, la cual, en su caso, puede ser impugnada por las demás partes, y en el supuesto que nos ocupa ni siquiera se presenta copia alguna. Por tanto, se desestima dicho motivo del recurso”. Por su parte la SAP Huesca 27.10.2009 (JUR 2009/497149; Sentencia 193/2009; Rollo 139/2008), siguiendo en este punto la doctrina de la Audiencia Provincial de Vizcaya, afirma que el plazo para la aportación de los documentos de prueba precluye con la presentación de los escritos de demanda incidental y contestación de la demanda respectivamente.

entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental podrá inadmitir la demanda. Así, la primera cuestión a dilucidar es qué debe entenderse por cuestión impertinente en el incidente rescisorio concursal. En principio, cuestión impertinente es la no pertinente, la que no guarda relación con el objeto del proceso⁵⁶⁸, por tanto, en este caso concreto, todas aquellas cuya pretensión final no sea la declaración de ineficacia de actos o negocios jurídicos, y la consiguiente reintegración de bienes o derechos a la masa activa. Estas pretensiones se podrán ejercitar a través del incidente concursal, o de un proceso al margen del concurso, pero no en el incidente rescisorio concursal regulado en el 72 LC⁵⁶⁹. La segunda cuestión planteada es determinar la aplicabilidad que en este caso, puede tener la segunda causa de inadmisión, que la cuestión planteada carezca de la “*entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental*”. Al haber una previsión expresa de tramitación de la rescisoria concursal por el trámite incidental, consideramos que en este caso sólo puede ser aplicable cuando la pretensión ejercitada carezca totalmente de entidad para su tramitación judicial, por irrelevante o ser el importe o valor de lo que se pretende reintegrar ínfimo. Fuera de estos supuestos (que una administración concursal diligente y responsable ya no plantea), si el objeto es pertinente se deberá admitir y tramitar por el incidente rescisorio especialmente regulado a tal efecto.

Cuestión distinta e indiscutida es la inadmisión de la demanda incidental por extemporánea, es decir, por haberse interpuesto fuera de los plazos procesales legalmente establecidos. La inadmisión de la demanda de reintegración concursal interpuesta con posterioridad a la finalización del concurso es procesalmente correcta y

⁵⁶⁸ En este sentido se pronuncian la doctrina y jurisprudencia de forma unánime. Ver a modo de ejemplo, el AAP Tarragona 30.12.2009 (JUR 2010/115534; Auto 1/2010; Rollo 460/2009): “*TERCERO.-Ciertamente es que el art. 194-2 L.C. establece que el Juez del concurso inadmitirá a trámite la cuestión planteada cuando estime que ‘es impertinente o carece de la entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental’. Por ‘impertinente’ debe entenderse, según el art. 283 LEC, lo que no guarde relación con lo que sea objeto del proceso, contemplándose también, como causa de inadmisión, la de aquellas materias que carezcan de la entidad necesaria para el acceso al cauce incidental*”. Por su parte ALONSO-CUEVILLAS SAYROL considera que hay que considerar impertinentes aquellas cuestiones que la propia ley prevé que no puedan ser planteadas por la vía incidental y cuando se trate de cuestiones que excedan la jurisdicción del juez mercantil, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., op. cit., “El incidente concursal”, p. 285, y “Comentario al art. 194 LC”, en “*Nueva Ley Concursal*”, (Coord., Sala Reixachs, Mercadal Vidal, Alonso-Cuevillas Sayrol), Bosch 2003, p. 819.

⁵⁶⁹ Citamos a modo de ejemplo, la SAP Barcelona (Sección 15) 11.06.2014 (Sentencia 210/2014; Rollo 497/2013), FD Tercero.6, que acoge la motivación del JM 8 de Barcelona: “*En cuanto a las alegaciones de enriquecimiento injusto o abuso de derecho advierte que se trata de pretensiones que exceden del ámbito del art. 71 LC, incluso fuera del ámbito competencial del juez del concurso*”.

no plantea por ello ningún problema. El auto de inadmisión de la demanda incidental es recurrible en apelación, admitiendo la apelación directa la jurisprudencia mayoritaria dictada antes de la reforma realizada en este punto por la Ley 38/2011⁵⁷⁰.

Tal y como ya hemos reseñado anteriormente, el art. 194 de la LC no ha sido modificado (como el 404 LEC⁵⁷¹) en el sentido de que sea el Secretario judicial el que admita la demanda incidental mediante el correspondiente decreto. Por ello la admisión de la demanda rescisoria concursal sigue siendo competencia del juez competente para conocer del concurso.

⁵⁷⁰ De conformidad con lo previsto en el art. 194.2 LC, y la reiterada jurisprudencia dictada en este sentido. Por la claridad de sus argumentos reseñamos extensamente el AAP Córdoba (sección 3) 05.12.2008 (Rollo 70/2008): “*PRIMERO.- De forma resumida, lo que se plantea en el presente recurso de queja es si la admisión a trámite de un recurso de apelación contra el auto que inadmite una demanda de incidente concursal está sometida a las reglas de apelación diferida del artículo 197.3 de la Ley Concursal, como sostiene el Juzgado, o por el contrario, tiene un cauce propio de impugnación, conforme a los artículos 194.2 y 197.1 de la misma Ley, como sostiene la parte recurrente. SEGUNDO.- La norma restrictiva del artículo 197.3 de la Ley Concursal (la mención que se hace en la providencia de 29 de julio al artículo 193 debe ser un error material) sólo es aplicable a los supuestos concretos previstos en el propio precepto: autos resolutorios de recursos de reposición y sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio; y precisamente por su carácter limitativo de derechos no caben interpretaciones extensivas. TERCERA.- Es más, para el caso concreto del auto de inadmisión de una demanda de incidente concursal, el artículo 194.2 de la Ley Concursal, prevé expresamente que contra el mismo cabrá recurso de apelación y se remite al régimen general del número 1 del artículo 197 y no al número 3 (aunque realmente el régimen general en este caso es el número 2 del precepto, que establece que “contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto”;* puesto que como se concluyó en el Primer Encuentro de Valencia de jueces especialistas de lo mercantil, «la remisión a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil contenida en el artículo 197.1 de la Ley Concursal lo es en cuanto a la forma de sustanciación, es decir, plazos, traslados, forma a adoptar por la resolución teniendo por preparado o no preparado, por interpuesto o declarando desierto el recurso, pero no en cuanto a las resoluciones contra las que cabe uno u otro recurso o que son irrecurribles, cuestión ésta regulada expresamente en el artículo 197.2 de la Ley Concursal en relación al texto del articulado de la Ley Concursal». Es cierto que el juzgador de instancia no admitió a trámite la demanda incidental por los motivos expresados en el artículo 194.2 (impertinencia de la cuestión planteada o carencia de entidad), sino porque consideró que la pretensión era extemporánea, pero puestos a encajar el supuesto de hecho en alguna de las normas posibles, habrá de hacerse en la más favorable al derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye el derecho a los recursos, y no en la más restrictiva. CUARTO.- Como consecuencia de todo lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 495.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe declararse mal denegada la tramitación del recurso de apelación, ordenándose al juzgado de instancia que continúe la tramitación”. Sobre esta cuestión también se pronunció de forma reiterada la AP de Madrid, citando a modo de ejemplo el AAP Madrid 21.12.2006 (JUR 2007/162127): “*TERCERO.- En segundo lugar, la Sala entiende que la previsión del art. 194.2 de la Ley Concursal supone la concesión de recurso de apelación directo contra el auto de inadmisión a trámite del incidente concursal que ha de tramitarse sin esperar a que proceda otro futuro recurso de apelación. La remisión que el último inciso del art. 194.2 “in fine” hace, en cuanto al recurso de apelación que se prevé contra el auto de inadmisión a trámite del incidente concursal, a “los términos establecidos en el apartado 1 del artículo 197” han de entenderse referidos a la remisión que dicho precepto contiene a la sustanciación del recurso en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo tal sustanciación la prevista en los arts. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*”.

⁵⁷¹ Reforma realizada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

También se ha planteado en la práctica si es necesaria para la admisión de la demanda incidental el pago de la tasa judicial, cuestión resuelta de momento por la Audiencia Provincial de Girona en sentido negativo⁵⁷².

Finalmente, debemos reseñar que, según la jurisprudencia dictada hasta el momento, la tramitación previa de otro incidente concursal (p. ej, de calificación o de impugnación de créditos o de impugnación del inventario) no impide posteriormente instar el incidente rescisorio, si no concurren entre ellos los presupuestos necesarios para poder apreciar la existencia de cosa juzgada. Sobre esta cuestión, ya se pronunciado el TS en la Sentencia dictada el 8 de noviembre del 2012⁵⁷³.

⁵⁷² Vid., AAP Girona 30.10.2009 (Auto 293/2009; Rollo 389/2009): “PRIMERO.- El auto apelado desestimó el recurso de reposición interpuesto por la representación de la entidad CAIXA D' ESTALVIS DE SABADELL, al considerar que el incidente de impugnación instado por la recurrente era una demanda a pesar de que debía ser sustanciada por el cauce incidental. Así las cosas, de acuerdo con el artículo 35.1 a) de la Ley 53/2002, la Juez a quo entendió que la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional era exigible en el caso concreto. En contra de dicha argumentación, la parte recurrente (que procedió al pago de la referida tasa para no ver perjudicados sus intereses, oponiéndose formalmente a su devengo mediante escrito de fecha 26-07-2007) alega la imposibilidad de aplicar la analogía extensiva en lo que a hechos imponderables por tributos y tasas se refiere. Pues bien, en este punto ciertamente le asiste la razón a la apelante, pues el artículo 14 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria, prohíbe expresamente la analogía en la interpretación de las normas tributarias (...). SEGUNDO.- Sentado lo anterior, la resolución del recurso ha de centrarse, en primer término, en el contenido del artículo 35 apartado uno de la Ley 53/2002 de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que enumera los actos procesales que constituyen hecho imponible a los efectos de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y entre los cuales, ciertamente, no se encuentra la presentación de un incidente concursal. (...) En estos términos, como acertadamente argumenta la recurrente, ya se pronunció la Dirección General de Tributos en la Resolución núm. 539/2005 de 1 de abril (JUR 2005, 120419)”.

⁵⁷³ STS 08.11.2012 (Sentencia 652/2012; Recurso 836/2010): “2.1. La cosa juzgada. 51. A lo expuesto, hay que añadir, como hemos declarado en la sentencia 360/2012, de 13 de junio, que la presunción histórica de que lo juzgado debía ser tenido por verdad –‘quia res iudicata pro veritate accipitur’ (porque la cosa juzgada se tiene por verdad) - y la ficción de que las sentencias transforman la realidad de las cosas para ajustarla a lo decidido –‘sententia facit de albo nigrum, aequalat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat’ (la sentencia hace de lo blanco, negro; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero)-, se ha reconducido en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido, por un lado, a impedir la repetición indebida de litigios mediante el llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material –‘non bis in idem’- que no permite que una contienda judicial, ya dilucidada por sentencia firme sobre el fondo de la cuestión, pueda volver a plantearse (artículo 222.1 de la LEC) y, por otro, a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente por sentencia sobre el fondo, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos, mediante el efecto positivo o vinculante para los tribunales que hayan de conocer de un proceso posterior cuando lo resuelto aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto (artículo 222.4 de la propia LEC), que exige la concurrencia de los clásicos requisitos eadem personae, eadem res, eadem causa, (las mismas personas, la misma cosa, la misma causa).

2.3. Impugnación del inventario y la lista de acreedores vs. Acción rescisoria. 52. El motivo debe rechazarse ya que el juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso a que se refiere la sentencia 159/2011, de 10 de marzo, como operación precisa para compulsar la paridad entre los dos litigios evidencia que mientras el incidente al que se refiere el artículo 96 de la

Admitida a trámite la demanda incidental, el art. 194.3 LC ordena el emplazamiento a los demandados y demás partes personadas para que en el plazo de 10 días, contesten la demanda por escrito de conformidad con lo establecido en el art. 405 LEC. Si los demandados no contestan la demanda, aplicando las reglas generales de la LEC, se los declara en rebeldía, continuando la tramitación del incidente sin su presencia ni comunicación alguna hasta la sentencia. Algunos autores como GARNICA MARTÍN⁵⁷⁴ y GONZÁLEZ CANO⁵⁷⁵, en relación con el incidente concursal en general, defienden que cuando los demandados estén personados en el proceso concursal ya ostentan la condición de parte, y que por ello no es necesaria su comparecencia formal en el incidente. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, el proceso continuará, al menos formalmente, según los trámites del proceso verbal, aunque con especialidades importantes en cuanto a la celebración de la vista.

LC, a tenor del apartado 3 'podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos', el regulado en el artículo 72 de la LC tiene por objeto la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, lo que, lógicamente, supone que se trata de créditos que aparecen reconocidos en la lista de acreedores. Máxime, cuando la rescisión, por esencia, afecta a actos estructuralmente válidos y eficaces, por lo que no hay base alguna para rechazar su inicial reconocimiento, a lo que añadiremos que el artículo 73 de la LC no se refiere a la modificación de la lista que la norma califica de "definitiva". Sobre esta cuestión ver también la SAP Sevilla (Sección 5) 28.05.2012 (Sentencia 277/2012; Rollo 2964/2012), y la SAP Valencia (Sección 9) 10.04.2012 (Sentencia 132/2012; Rollo 941/2011).

⁵⁷⁴ Para este autor: "... basta que se esté personado en el proceso principal para que se ostente el estatus formal de parte, sin que se deba exigir siquiera una comparecencia formal en el proceso incidental. Como excepción sí debe declararse en rebeldía a quien fuera demandado en el proceso incidental y no comparezca a contestar ni se encuentre comparecido en el proceso principal", GARNICA MARTIN, J., op. cit., "Aspectos procesales ...", en AA.VV. "La nueva Ley Concursal", p. 261.

⁵⁷⁵ Vid. GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., p. 112: "En este sentido, y en este lugar, el art. 193.2 establece que cualquier persona comparecida en forma, podrá intervenir con 'plena autonomía' en el incidente concursal, 'coadyuvando' con la parte que lo haya promovido o con la contraria. El precepto plantea dos cuestiones. En primer lugar, exige expresamente para la intervención en el incidente la comparecencia en forma, cuestión que regula con carácter general para el proceso concursal el art. 184, el cual dispone que por una parte, el deudor no necesita comparecer en ningún caso, y por tanto para intervenir en un incidente concursal tampoco necesitará esa personación en forma; y, por otra, respecto al acreedor y otros legitimados, el precepto exige la comparecencia para 'plantear incidentes', pero no para intervenir en el ya instado por otra parte del concurso. Ahora bien, y con relación a estos últimos sujetos, si con arreglo a la LEC la intervención voluntaria del art. 13 permite al interviniente la adquisición de la condición plena de parte, es lógico entender que para esa intervención y para realizar en el incidente las alegaciones que convengan a sus derechos, será necesaria la previa personación en forma".

2.- La vista del juicio oral. Fase de prueba.

La muy deficiente redacción inicial del artículo 194 LC, y los problemas procesales que planteaba, ha hecho necesaria su reforma ya en dos ocasiones, por medio del RDL 3/2009, y de la Ley 38/2011, a pesar de lo cual, no se ha conseguido una regulación de la vista y la práctica de la prueba clara, y precisa que solucione todas las dudas y problemas procesales puestos de manifiesto por la doctrina⁵⁷⁶.

2.1.- Proposición y admisión de los medios de prueba.

En el incidente rescisorio, al contestar la demanda por escrito, la vista queda reducida a la práctica de la prueba cuando ello sea necesario, y en su caso, al trámite de conclusiones, si bien la posibilidad de realizar o no conclusiones en los incidentes concursales es también una cuestión discutida.

A) Celebración de la vista

Tras la reforma del art. 194.4, 1º en el 2011, contestada la demanda, *“sólo se citará a las partes para la vista cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa la declaración de su pertinencia y utilidad. Esta vista se desarrollará en la forma prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales”*⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Citamos a modo de ejemplo, a REDONDO GARCÍA para el que la inicial regulación del incidente concursal tenía deficiencias, tanto por su escasa claridad, como por las soluciones legales adoptadas (trámite inicial de alegaciones por escrito, seguida por una segunda, la vista, regida por los principios de oralidad e inmediatez). La primera reforma realizada por el RDL 3/2009 introdujo modificaciones que, a juicio del autor, dificultaron aún más la interpretación de la norma (impedían saber cuándo y cómo debían proponerse los medios de prueba y en qué supuestos el juez del concurso debía convocar a las partes a la celebración de una vista). La reforma del 2011, restringe *“aún más la posibilidad de celebrar una vista como reflejo de la opción preferente de una tramitación escrita más rápida”* (exposición de motivos). Se pregunta si las modificaciones en el 194.4 LC garantizan la igualdad real de las partes en el proceso incidental, es decir: *“... que las dos partes deban poder intervenir en el proceso con igualdad de derechos posibilidades, ocasiones, expectativas y cargas”*, REDONDO GARCÍA, F., op. cit., pp. 394-395.

⁵⁷⁷ En relación al momento de proposición de la prueba, el legislador finalmente ha optado por seguir la regla general prevista en la LEC para el proceso incidental, exigiendo la proposición en los escritos de demanda y contestación de la demanda. El art. 392.1 de la LEC establece que: *“Las cuestiones incidentales se plantearán por escrito, al que se acompañarán los documentos pertinentes y en el que se propondrá la prueba que fuera necesaria...”*.

La redacción inicial era bastante más escueta, limitándose a remitir a la regulación del juicio verbal contenida en la LEC⁵⁷⁸. Esta paupérrima regulación procesal, tanto del incidente rescisorio, como en el del incidente concursal en general, sorprende sobre todo si se tiene en cuenta la regulación del incidente concursal en materia laboral contenida en el art. 195 LC (en ese caso se prevé que si no es posible la avenencia de las partes al indicio del juicio, el actor ratificará o ampliará la demanda sin alterar sustancialmente sus pretensiones, el demandado la contestará oralmente y seguidamente, ambas partes propondrán las pruebas, continuando el juicio conforme a los trámites del juicio verbal con la única diferencia de que se otorgará a las partes un trámite de conclusiones no previsto, ni en la tramitación de los otros incidentes, ni en la regulación del juicio verbal en general). Entendemos que esta diferencia de tramitación no está justificada y crea confusión y desigualdades indeseables.

Rápidamente se constató que la remisión genérica a los trámites del verbal no sólo no era útil, sino todo lo contrario, planteaba serios problemas, entre ellos, la celebración de multitud de vistas innecesarias que contribuían a saturar aún más los juzgados mercantiles. Por ello, en el 2009 se realizó la primera reforma de esta norma, manteniendo la remisión a los trámites del verbal, pero exceptuando lo relativo a la celebración de la vista, abriendo la posibilidad de resolver el incidente sin la celebración de vista⁵⁷⁹. Tras esta reforma, algunos autores como HERRERO PEREZAGUA⁵⁸⁰ ya

⁵⁷⁸ Antiguo art. 194.4 LC (redacción a 9 julio 2003): “Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

⁵⁷⁹ Art. 194.4 LC (redacción tras el RD 3/2009): “Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo en lo relativo a la celebración de la vista. El juez únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda y contestación, y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados. En otro caso, procederá a dictar sentencia sin más trámite”. A juicio de GARNICA MARTÍN: “En la mayoría de los casos la vista resultaba innecesaria. El Real Decreto Ley 3/2009 quiso resolver este problema y no hizo otra cosa que agravarlo, pues suprimió la vista y no reguló de forma adecuada los supuestos en los que debía señalarse y cuál debía ser su contenido cuando se señalaba, particularmente si las partes podían proponer prueba durante la misma. De nuevo la Ley 38/2011 modificó la regulación y resolvió algunos de los problemas originados por la Reforma anterior, pero creando otros nuevos”, GARNICA MARTÍN, J. F., “Principios del proceso y proceso concursal”, en AAVV., “Principios y garantías procesales”, (Dir. Picó Junoy, J.), Ed. Bosch, octubre 2013, p. 364.

⁵⁸⁰ Vide. HERRERO PEREZAGUA, J.F., ob. cit., p. 186. Sobre esta reforma también se pronuncia de forma muy crítica GARNICA MARTÍN: “Existencia de gravísimos desajustes en el esquema legal del incidente concursal, desajustes que pueden propiciar que se produzcan serias fracturas de la garantía de

pusieron de manifiesto que la LC identificaba la celebración de vista con la necesidad de practicar prueba, lo que podía dejar a alguna parte indefensa cuando, no siendo necesaria la práctica de prueba, la otra parte hubiera planteado cuestiones o excepciones procesales sobre las que debe poder ser oído.

En términos generales, esta reforma fue duramente criticada por la doctrina, considerándola un mero parche sin mucho sentido, ya que de poco servía remitir a los trámites del verbal, si después se excepcionaba precisamente la celebración de la vista, el acto procesal central y prácticamente único en el verbal antes de dictar sentencia.

Nuevamente, las muchas dudas y problemas de inseguridad jurídica que planteó la nueva regulación, provocaron una nueva reforma del art. 194 por la Ley 38/2011 que redactó el párrafo 4º de forma mucho más extensa y detallada (se pasa de las dos líneas iniciales, a tres párrafos). Con la nueva regulación, sólo se celebrará vista cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos, éstos sean relevantes, se haya solicitado la práctica de prueba (en los escritos de alegaciones no en la vista como ocurre en el verbal), y ésta se haya admitido por ser útil y pertinente. La norma, si bien ya reseña que la prueba se debe proponer en los escritos de alegaciones (demanda y contestación), sigue sin concretar en qué momento debe declarar el juez la utilidad y pertinencia de la prueba. Teniendo en cuenta que la deficiente regulación de la prueba en este incidente había dado lugar a interpretaciones dispares entre los diversos jueces mercantiles, y que la prueba es un elemento del proceso esencial para la defensa de los intereses de las partes y el principio de igualdad entre ellas, creemos que el legislador debería de haber regulado de forma más precisa desde el punto de vista técnico-procesal, algunas cuestiones. Nada dice sobre la forma y momento de admisión de la prueba; si cabe recurso contra la inadmisión de alguna prueba; la posible introducción en el proceso de hechos nuevos; tampoco prevé la posibilidad de que la actora, que inicialmente no ha propuesto prueba en la demanda incidental, a la vista de las alegaciones contenidas en el escrito de contestación a la

contradicción efectiva que constituye la esencia del proceso civil", GARNICA MARTÍN, J. F., op. cit. "Principios del proceso ...", p. 368.

demanda, pueda impugnar documentos de la demandada o solicitar la práctica de prueba.

Así pues, cuando no se den las circunstancias reseñadas en el párrafo anterior, presentados los escritos de demanda y contestación, el juez procederá directamente a dictar sentencia. Prevé la ley que también proceda a dictar sentencia, sin más trámites, cuando la única prueba admitida sea la documental (y no se hubiera impugnado ningún documento), o cuando se hayan aportado informes periciales y no se haya solicitado la ratificación de los peritos en juicio (art 194.4.2º). Nuevamente debemos destacar la deficiente técnica legislativa, que puede dar lugar a resoluciones judiciales diferentes o incluso contradictorias. El legislador no aclara que pasa si sólo se aportan como prueba documentos, y éstos son parcial o totalmente impugnados (¿se celebrará vista o no?). Tampoco qué ocurre si además de la documental (la ley excluye la celebración de la vista si la única prueba es la documental y no se impugnan los documentos), se propone una prueba pericial pero no se solicita la ratificación del perito en juicio (entendemos que también en este caso será innecesaria la celebración de la vista pero ello supone contradecir el literal de la norma). Simplemente eliminando el adjetivo “única” en relación a la prueba documental se evitaría tener que interpretar la norma contraviniendo su redacción literal, o que las interpretaciones realizadas en cada uno de los supuestos concretos puedan llegar a ser dispares. También critica la doctrina que no se haya previsto que el juez pueda decidir la celebración de la vista, aún cuando no lo haya solicitado ninguna de las partes⁵⁸¹. En este punto, sería deseable que el legislador hubiera dotado al juzgador de un poco más de autonomía para poder utilizar los recursos procesales en función de las necesidades de cada caso concreto.

Cuando no proceda la celebración de vista, si se plantean cuestiones procesales por la parte demandada en la contestación, o la demandante una vez se le ha dado traslado de este escrito, el art. 194.4,3º LC establece que: *“el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la*

⁵⁸¹ Así lo pone de manifiesto RUÍZ DE LA FUENTE junto con la posible iniciativa probatoria del juez en aplicación de las reglas generales contenidas en los artículos 429.1 y 443.4 LEC, RUÍZ DE LA FUENTE, M.C., “Comentarios sobre la prueba en el incidente concursal”, AAVV., *“Problemas procesales del concurso de acreedores”*, (Coor. Cachón Cadenas, M., Picó Junoy, J., Riba Trepas, C., y Ruíz de la Fuente, M.C.), Ed. Atelier, 2013, pp. 229-230.

audiencia previa del juicio ordinario. Si la decisión fuera la de continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días". Esta regulación también ha sido criticada por la doctrina, por ejemplo, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL considera esta solución adecuada cuando las cuestiones procesales planteadas requieran alguna subsanación, o cuando, por ser insubsanable comporte necesariamente el sobreseimiento del incidente, pero no en los supuestos en los que el juez aprecie la inexistencia del defecto denunciado⁵⁸². Si finalmente no se celebra la vista, la tramitación del procedimiento será totalmente escrita, apartándose del principio de oralidad que se ha impuesto en la mayoría de los procedimientos civiles.

B) Proposición y admisión de la prueba

En los artículos 71 a 73 LC, salvo las presunciones en relación con la prueba del perjuicio, no se hace ninguna otra mención a la prueba, por lo que nuevamente tenemos que acudir a la regulación genérica del incidente concursal, y en lo no regulado expresamente, a las normas contenidas en la LEC⁵⁸³. Aunque por vía indirecta, el nuevo 194.4 LC determina que la prueba se proponga en los escritos de demanda y contestación a la demanda⁵⁸⁴. En cuanto al momento de admisión o inadmisión de la

⁵⁸² Para este autor: *"La solución adoptada por el legislador parece adecuada para los supuestos en los que las cuestiones procesales suscitadas por demandado o demandante requirieran alguna actividad subsanatoria [p. e. en caso de apreciarse una acumulación improcedente de acciones (art. 419 LEC) o un defecto de litisconsorcio necesario (art. 420 LEC). E igual puede decirse para cuando la estimación del defecto insubsanable denunciado comporte el sobreseimiento del proceso. Sin embargo, cuando el Juez aprecie que el defecto denunciado no existe, carece de sentido que dicte un auto así declarándolo para dictar acto seguido sentencia sobre el fondo. En dicho supuesto, entendemos que en aplicación de los principios de flexibilidad, rapidez y simplicidad proclamados en el apartado X de la exposición de motivos de la Ley como principios inspiradores del procedimiento concursal, nada impide que el Juez pueda obviar el superfluo trámite del auto resolutorio de la cuestión procesal planteada, resolviéndola en la propia sentencia con carácter previo al fondo del asunto"*, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., "Aspectos procesales de la reforma de la Ley concursal (Ley 38/2011)", *RDCP*, nº 16, Sección Estudios, Primer semestre de 2012 (pág. 43 y ss), Ed. La Ley, versión digital ICAB, pp. 19-20.

⁵⁸³ Sobre esta cuestión RUÍZ DE LA FUENTE afirma que: *"La regulación de la LC es parca por lo que resulta muy necesario acudir a las reglas sobre la prueba de la LEC, y en particular del juicio ordinario de estructura más similar al procedimiento del incidente concursal..."*, RUÍZ DE LA FUENTE, M.C., op. cit., p. 227. Compartimos la remisión a las normas de la LEC que regulan la prueba en general, y que por ello, tal vez hubiese sido más adecuado que la remisión general que se hace a las normas del juicio verbal, fuera a las normas que regulan la prueba en el ordinario.

⁵⁸⁴ Esta es la posición mantenida ya con la antigua regulación del 194.4 LC por algunos juzgados mercantiles que inadmitían la prueba solicitada en la vista del juicio verbal alegando que había precluido el plazo procesal para su proposición, aunque esta posición, no era la mayoritaria. En sentido contrario se pronunciaban SANCHO GARGALLO: *"En este procedimiento, regulado en los arts. 192 y ss. LC, las alegaciones se harán por escrito, celebrándose después la vista del juicio, para el saneamiento del proceso, fijación de las cuestiones y hechos controvertidos, proposiciones y práctica de la prueba, y conclusiones de las partes..."*, SANCHO GARGALLO, I., op. cit., "Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos...", p. 15; y GARNICA MARTÍN para el que la proposición y práctica de

prueba propuesta, establece el 194.4º de la LC que con carácter previo a la celebración de la vista el juez se pronunciará sobre la pertinencia de los medios de prueba anunciados por las partes, sin mayor concreción. Debemos destacar que en este punto la LC no sigue, ni la solución adoptada para el juicio ordinario (la admisión de la prueba tiene lugar en la audiencia previa –art. 429 LEC-), ni la del verbal o el trámite incidental (en los que la admisión de la prueba tiene lugar en la vista art. 443 para el verbal, y el 393.4º el incidente).

No obstante, tal y como ya hemos adelantado anteriormente, la LC no prevé nada para el supuesto en el que la actora, que inicialmente no ha propuesto prueba en la demanda incidental, a la vista de las alegaciones contenidas en el escrito de contestación a la demanda, considere necesario impugnar alguna de las pruebas propuestas de adverso o solicitar la práctica de prueba⁵⁸⁵. Entendemos que este caso, al igual que cuando se hayan producido hechos nuevos que deban ser llevados al proceso, debe admitirse, antes de la celebración de la vista, la presentación de un escrito de hechos nuevos o de proposición impugnación de prueba, del que deberá darse traslado a la otra parte antes de la resolución judicial sobre la admisión de los nuevos hechos o la prueba

la prueba debía llevarse a cabo en el acto del juicio oral, GARNICA MARTÍN J.F., op. cit., "Aspectos procesales ...", en AA.VV. *"La nueva Ley Concursal"*, p. 263; En esta misma línea véase la SAP Huesca 27.10.2009 (JUR 2009\497149; Sentencia 193/2009; Rollo 139/2008): "3.- En este sentido la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 15 de septiembre de 2008, señala "la especialidad de este proceso es que nos encontramos ante un juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con contestación escrita, un procedimiento que debe principiar por demanda que reúna los requisitos del art. 399 LEC y que una vez contestada, seguirá conforme a lo previsto en los art. 437 y siguientes LEC. La única especialidad que se fija es el referente a la contestación a la demanda, la cual ya no se hará de forma oral en el acto del juicio, sino que se anticipa a ese acto y se exige que se ponga por escrito. En lo demás el proceso es el que impone la normativa procesal general, disposiciones que se aplican en todo lo referente a la prueba por cuanto así lo determina la disposición final quinta y el apartado X de la Exposición de Motivos de la nueva Ley Concursal. En materia de prueba documental, siguiendo las disposiciones generales de los artículos 264 y siguientes LEC, debe acompañarse con los escritos iniciales de las partes, de tal forma que la actora debería aportarlos en su demanda, precluyéndole el plazo para hacerlo con este trámite (art. 136 y 272 LEC), a salvo las excepciones previstas en el art. 270 LEC".

⁵⁸⁵ Sobre los problemas que esta regulación plantea en la práctica se ha pronunciado ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J: "Téngase al respecto en cuenta que la parte demandante no dispondrá de ningún trámite específico para impugnar los documentos acompañados en la contestación y/o solicitar la presencia en juicio del perito emisor de algún dictamen acompañado en el escrito de contestación a la demanda incidental. El demandante deberá pues presentar un escrito ad hoc efectuando tal petición para que el Juez pueda tenerla en cuenta, convocando en tal caso la vista si procede su celebración. No es difícil aventurar que la falta de un trámite específico al respecto puede plantear frecuentes problemas en la práctica forense. Se refuerza así el carácter excepcional de la celebración de vista", ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., op. cit., "Aspectos procesales de la reforma ...", p. 19. En este mismo sentido se pronuncia RUÍZ DE LA FUENTE, M.C., op. cit, p. 228.

propuesta. También cabe la posibilidad de que se lleve a cabo este trámite al inicio de la vista⁵⁸⁶, pero creemos que esta solución sería peor por cuanto la introducción en ese momento de hechos nuevos llevaría casi sistemáticamente a una suspensión de la vista para que la otra parte pueda tener tiempo de analizar, y proponer prueba sobre ellos.

Otra cuestión no resuelta es si las partes pueden interponer o no un recurso contra la admisión o inadmisión de una prueba en el incidente rescisorio concursal. Ni la regulación concreta de este incidente, ni la genérica del incidente concursal regulan esta cuestión, agravándose el problema al remitir el art 194.4 LC, para la celebración de la vista, a las normas de la LEC para el juicio verbal. La admisión de la prueba en este incidente tiene lugar en un momento entre la contestación de la demanda y la celebración de la vista (y por tanto, al menos de forma general no en el acto de la vista), y creemos que son de aplicación las normas contenidas en el Cap. IV del Título VIII de la LC que regula de forma general el régimen de recursos en el procedimiento concursal. El art. 197.3º establece que: *“Contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto”*. Asimismo, según el 197.4º contra los autos resolutorios de recursos de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la partes formulen protesta a los efectos de poder reproducir la cuestión en la apelación más próxima. Así, atendiendo al contenido de estos artículos y el 194.4º LC, dado que el juez deberá pronunciarse sobre la admisión de la prueba antes de la vista mediante un Auto, contra éste cabrá interponer recurso de reposición, no pudiendo interponer recurso directo alguno contra la resolución que lo resuelva. No obstante ello, si interpretamos que el régimen de recursos debe ser el previsto para el juicio verbal, sobre todo en aquellos supuestos en los que el juez considere que se puede proponer prueba en el acto

⁵⁸⁶ En este sentido, en relación a la proposición de prueba por el actor a resultas de la contestación de la demanda, ya se ha pronunciado el JM 6 Barcelona, en la sentencia de 30 junio 2014 (Sentencia 123; incidente nº926/2013; concurso 350/2013), FJ CUARTO: *“No se ha propuesto prueba alguna, ni siquiera documental, comprensiva de la aportada con los respectivos escritos rectores del procedimiento, por las partes intervinientes en este procedimiento concursal, ni tampoco por el administrador concursal, conforme a lo dispuesto en el art. 194-4º de la Ley Concursal, lo que conlleva la desestimación de la demanda, dado que el juzgador no puede entrar a efectuar valoración de pruebas que no han sido propuestas en el momento procesal oportuno, que en este caso, como excepción a lo previsto para la regulación ordinaria del juicio verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 443, es con los respectivos escritos de demanda y de contestación a la demanda, pudiendo proponerse prueba en el acto del juicio, únicamente a la parte demandante, como consecuencia de las alegaciones realizadas por la parte demandada, en el acto del juicio”*.

de la vista, resolviéndose en el acto sobre su admisión o no, contra la admisión o inadmisión de una prueba no cabría recurso alguno de conformidad con lo establecido en el art. 446 de la LEC.

Una cuestión planteada en la práctica es la referente a la necesidad de proponer como prueba, y aportar al incidente rescisorio en concreto y los incidentes concursales en general, los documentos que ya consten en otras piezas del proceso concursal, y por tanto, sean necesariamente conocidos por las partes comparecidas en el mismo. Sobre esta cuestión, ya ha tenido ocasión de pronunciarse el TS, en la sentencia dictada el 22 de abril del 2010⁵⁸⁷, en relación con el incidente concursal en general, considerando que ni afecta al derecho de defensa, ni es razonable, que se exija que se reproduzca en el incidente, documentos que por obrar en otras secciones ya son conocidos por las partes. Cuestión distinta es que, en aplicación de la regulación general de la prueba, los documentos que ya obran en los autos del concurso, deban proponerse y admitirse formalmente como prueba, (no aportándolos físicamente, pero sí remitiéndose a ellos de la forma con concreta y precisa posible)⁵⁸⁸. No debemos olvidar que es posible que se hayan aportado al proceso concursal documentos que no consten expresamente admitidos como prueba (p. ej, los aportados como requisitos necesario para declarar de concurso, o los informes de la administración concursal). En el caso de que consten aportados a una pieza en la que no consten comparecidas todas las partes del incidente rescisorio, entiendo que sí será necesario aportar copia de los mismos para las partes que no dispongan ya de ellos.

⁵⁸⁷ STS 22.04.2010, DF Tercero.- “Por lo demás, la prueba documental fue admitida, la parte recurrente no podía desconocerla dado que obraba en las actuaciones, y es de absoluta lógica que la Audiencia Provincial reclame las restantes actuaciones en que obran documentos para cumplir la función de valoración probatoria en segunda instancia. La exigencia de que se deban reproducir, para acompañar con el informe de los administradores, documentos que obran en otras secciones no es razonable, ni es conforme a la economía procesal al suponer un derroche de tiempo y coste económico absolutamente innecesario, sin que resulte afectado en modo alguno el derecho de defensa”. Sigue esta misma posición la SAP Oviedo (Sección 1) 14.10.2010 (Sentencia 334/2010; Rollo 229/2010) y SAP Oviedo (Sección 1) 03.03.2011 (Sentencia 116/2011; Rollo 223/2010).

⁵⁸⁸ Discrepa RUÍZ DE LA FUENTE, M.C., para la que: “Este requisito jurisprudencial resulta bastante criticable. No podemos olvidar que, aunque el incidente tiene un objeto distinto que el del pleito principal y tiene una tramitación autónoma, está directa e inmediatamente relacionado con éste. Una vez que una prueba documental es incorporada al proceso principal, ya consta en el proceso, y una mera referencia a ellas en el procedimiento incidental debería ser suficiente para que el tribunal las tuviera en cuenta. No se entiende cual es la finalidad de que una misma prueba documental, y admitida en el pleito principal, tenga que ser nueva y formalmente propuesta y admitida”, RUÍZ DE LA FUENTE, M.C., op. cit., p. 229.

Para finalizar este apartado debemos indicar que, habiendo puesto de manifiesto la práctica diaria y la doctrina la muy deficiente regulación de la prueba, parece que deberían haberse aprovechado las reformas del art. 194 LC para darle una redacción más clara y precisa desde el punto de vista técnico-procesal, sobre todo si tenemos en cuenta que afecta a un elemento del proceso fundamental en relación con la defensa de los intereses de las partes. Ciertamente, se han subsanado alguna de las dudas que la regulación anterior planteaba en relación con el momento de proposición de la prueba, la tramitación de cuestiones procesales, la celebración de la vista, y el recurso de apelación directo. Sin embargo, persisten las lagunas ya señaladas, y la falta de previsión expresa del trámite de conclusiones que consideramos necesario dada la variedad y complejidad de la prueba que suele practicarse en este tipo de incidentes (no debemos perder de vista que de no existir el concurso la acción rescisoria se tramitaría mayoritariamente por el juicio ordinario). La introducción de este trámite no alargaría la tramitación del procedimiento ni aumentaría su complejidad, por el contrario contribuiría a una mejor defensa de los intereses de las partes.

2.2.- Medios de prueba.

En el incidente rescisorio concursal las partes podrán hacer uso de todos los medios de prueba legalmente admitidos: el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, los medios de archivo y reproducción de la palabra, el sonido, la imagen, y datos en general, los testigos, los dictámenes periciales, el reconocimiento judicial y cualquier otro adecuado para obtener la certeza de los hechos controvertidos. No obstante, dado el objeto del incidente, los medios de prueba más utilizados son el interrogatorio de parte, los documentos, los testigos y la pericial consistente en tasaciones de los bienes cuya reintegración a la masa se pretenda. La LC no ha recogido norma alguna respecto de la práctica de los diversos medios de prueba por lo que ésta se regirá por la regulación general contenida en la LEC⁵⁸⁹. Lo que sí ha establecido son una serie de presunciones sobre la existencia de perjuicio para la masa.

2.3.- Las presunciones.

⁵⁸⁹ Regulan los medios de prueba y su práctica los artículos 299 a 384 de la LEC.

Tal y como ya hemos indicado anteriormente, la LC establece una serie de presunciones sobre la existencia de perjuicio para la masa, presupuesto objetivo para el ejercicio de la rescisoria concursal. Las presunciones, según la Exposición de motivos de la LEC (XI in fine), son un mecanismo o “*método de fijar la certeza de ciertos hechos*”, no un medio de prueba, aunque en última instancia, tengan la misma finalidad que los medios de prueba, dar por probado un hecho⁵⁹⁰. RAMOS MÉNDEZ sitúa el fundamento de las presunciones en los principios de normalidad, causalidad, y a veces, el de oportunidad⁵⁹¹. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN⁵⁹² las define como “*un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado (hecho indicio), se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho (hecho presunto), que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo el nexo lógico existente entre los dos hechos*”. VAZQUEZ SOTELO⁵⁹³ afirma que las presunciones relacionan dos hechos “*(aquél del que se parte y aquél al que se quiere llegar) vinculándolos entre sí en una relación lógica de producción, de causa y efecto, según una regla del criterio o*

⁵⁹⁰ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN afirma que: “*La doctrina se ha apresurado a repetir, frente a un jurisprudencia confusa y titubeante, que las presunciones no son un medio sino un método de prueba. Esta afirmación se evidenciaría si atendemos a que las presunciones no están sujetas al régimen legal propio de los medios de prueba, y así no pueden proponerse como medios de prueba, ni se pueden ‘practicar’, ya que forman parte de la lógica, ya sea ésta dictada en términos generales por el legislador o en particular por un Juez. En cambio, hablaríamos de método para probar en cuanto que las presunciones sirven para dar por probado un hecho afirmado por las partes*”, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., “*La prueba por presunciones*”, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 41; En este mismo sentido se pronuncian RAMOS MENDEZ para el que, al ser las presunciones esencialmente actividad, carecen de carácter instrumental para ser consideradas como medio de prueba, RAMOS MENDEZ, F., op. cit., p. 662; VAZQUEZ SOTELO: “*Acertadamente la LEC no considera a las presunciones como medios de prueba (por esa razón no debe proponerse prueba de presunciones, tal como se proponen y articulan los verdaderos medios de prueba). Pero esta nota caracterizadora no resta importancia a las presunciones como razonamiento o conclusión probatoria que permite establecer en el proceso como producido un hecho no probado directamente, pero cuya existencia es el corolario lógico y racional de otro hecho admitido o demostrado*”, VAZQUEZ SOTELO, J. L., “*La ‘prueba en contrario’ de las presunciones judiciales*”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001 n° 4, p. 153; y ABEL LLUCH según el cual: “*De modo significativo, el Cap. VI, del Tit I, del Libro II se rubrica ‘De los medios de prueba y las presunciones’*”, indicando la partícula copulativa ‘y’ que son conceptos con entidad autónoma; por una parte los medios de prueba, con un régimen jurídico de previa proposición y en la forma y tiempo marcado por la ley; y, por otra parte, las presunciones más cercanas a un razonamiento o método probatorio o ‘*método de fijar la certeza de ciertos hechos*’ (Exposición de Motivos LEC)”, ABEL LLUCH, X., “*Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*”, AA.VV., “*Objeto y carga de la Prueba Civil*”, (Dir. Picó i Junoy, J., y Abel Lluch, X.) Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 26.

⁵⁹¹ Afirma este autor que “*En la vida ordinaria, cuando se realiza una presunción es porque normalmente las cosas ocurren así (id quod plerumque acidit), o porque unas causas producen normalmente determinados efectos (...)* Esta apreciación experimental de la regla general permite su aplicación al campo probatorio para realizar la misma actividad: extraer las consecuencia lógicas que normalmente se siguen de determinados hechos”, RAMOS MENDEZ, F., op. cit., p. 662.

⁵⁹² ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., ob. cit., p. 10.

⁵⁹³ VÁZQUEZ SOTELO, J.L., ob. cit., p. 155.

experiencia humana”. Así, mediante las presunciones legales se dispensa de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca, siempre y cuando se haya alegado y probado el hecho indicio del que parte la presunción. La doctrina discrepa sobre si las presunciones suponen o no una inversión de la carga de la prueba⁵⁹⁴.

El art. 71 de la LC (al igual que el art. 385 LEC), se refiere a presunciones que no admiten prueba en contrario (*iure et de iure*), y presunciones que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*), si bien, desde el punto de vista técnico-procesal, sólo deben considerarse presunciones propiamente dichas las que admiten prueba en contrario⁵⁹⁵. Cuando se solicite la rescisión de un acto distinto de los que son objeto de las presunciones del 71.2 y 3, el perjuicio deberá ser debidamente probado por la parte actora, atendiendo a las normas sobre la práctica y carga de la prueba contenidas en la LEC.

Si analizamos las denominadas presunciones *iure et de iure* vemos que, en la primera de ellas (actos de disposición a título gratuito), el hecho indicio que debe ser probado es la realización del acto de disposición de forma gratuita, el hecho presumido es el perjuicio en su acepción estricta de reducción o disminución del patrimonio del

⁵⁹⁴ En relación a esta cuestión, CORTES DOMINGUEZ considera que se produce, no una inversión de la carga de la prueba, sino una modificación del tema de la prueba, CORTES DOMÍNGUEZ, V., “*Derecho Procesal Civil. Parte general*”, 3ª ed., Ed. Colex, 2000, p. 243. Por su parte RAMOS MÉNDEZ afirma que: “*las presunciones legales constituyen la regulación ordinaria de la carga de la prueba, es decir, fijan imperativamente un determinado hecho y no pueden ser modificadas por las partes*”, RAMOS MÉNDEZ, F., op. cit., p. 677; Finalmente URIARTE CODÓN para el que: “*En este sentido las presunciones, tanto si admiten prueba en contrario como si no lo hacen modifican el contenido de la carga de la prueba, alterando los hechos que corresponde probar a cada parte, sustituyendo el supuesto fáctico de compleja prueba por otro hecho más fácil de acreditar, relacionado con aquél*”, URIARTE CODÓN, A., “La inversión de la carga de la prueba” AA.VV., “*Objeto y carga de la Prueba Civil*”, (Dir. Picó i Junoy, J. y Abel Lluch, X.), p. 106.

⁵⁹⁵ En este sentido se pronuncian ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN: “*Sobre las presunciones iure et de iure ya dijimos que doctrinalmente no se entiende que sean verdaderas presunciones, hasta el punto de afirmar que la posibilidad de prueba en contrario es un requisito de la auténtica presunción. Es precisamente esta imposibilidad de prueba en contrario lo que ha llevado a entender que las referidas y mal llamadas presunciones iure et de iure, o presunciones absolutas, no sólo resultan ajenas al concepto técnico de presunción sino al propio ámbito probatorio y al mismo derecho procesal, respondiendo su naturaleza a la de una norma jurídica sustantiva*”, op. cit., p. 34; RAMOS MÉNDEZ para el que: “*Las llamadas presunciones iuris et de iure son puras disposiciones legales encubiertas bajo una fórmula más o menos aparatosa de presunción*”, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., op. cit., p. 666; y VÁZQUEZ SOTELO: “*El art. 385 contiene la regulación de las presunciones legales, en sus dos clásicas manifestaciones de presunciones iuris tantum (a las que se refieren los núm. 1 y 2) y presunciones iuris et de iure (a las que se refiere el núm. 3, aunque tales normas legales no sean propiamente presunciones)*”, VÁZQUEZ SOTELO, J. L., op. cit., p. 153.

deudor, y el nexo lógico que los une, el hecho objetivo de que la salida de un bien del patrimonio del deudor sin contraprestación alguna conlleva necesariamente una disminución de su patrimonio en el importe del valor de dicho bien. En el segundo supuesto (pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso...), el hecho indicio es la realización de pagos o actos extintivos de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración de concurso y sin garantía real, por tanto la parte actora deberá probar dos hechos: la extinción de las obligaciones ya sea mediante su pago o cualquier otro acto extintivo con cargo al patrimonio del deudor, y que el vencimiento inicial de dichas obligaciones era posterior a la declaración de concurso. En este caso el hecho presumido es el perjuicio en su acepción amplia, como alteración de la *par conditio creditorum*. El nexo lógico o enlace preciso y directo entre ambos es el hecho objetivo de que el pago anticipado a algún acreedor que ha cobrado la totalidad o parte de su deuda, no sólo le ha situado en una posición indebidamente privilegiada respecto del resto de acreedores que no han cobrado, sino que además disminuye el patrimonio del deudor destinado a pagar al resto de sus acreedores. En estos dos supuestos, probados los hechos indicio, se presume el perjuicio sin que pueda admitirse prueba alguna respecto a la posibilidad de que no se haya producido tal perjuicio. La posible existencia de una garantía real (que supondría la aplicación de la presunción *iuris tantum* del 71.3, 3º), que excluiría la aplicación de la presunción *iure et de iure*, corresponderá alegarla y probarla al demandado.

En relación con las presunciones *iuris tantum*, en el supuesto del 71.3,1º (actos de disposición a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor), el hecho indicio en realidad son dos: la realización de un acto de disposición oneroso, y la condición del que contrata con el deudor de “*persona especialmente relacionada con el concursado*”, debiéndose acudir para delimitar las personas a las que se otorga dicha condición al art. 93 LC. El hecho presunto es el perjuicio, tanto en sentido estricto como amplio, y el nexo lógico es la máxima de experiencia de que para evitar perder todo su patrimonio los deudores acostumbran a transmitir bienes de forma real o simulada a familiares o personas de su entorno más cercano por un precio inferior al de mercado⁵⁹⁶. El 2º supuesto del 71.3

⁵⁹⁶ En el supuesto de que se pudiera probar que el precio no se ha pagado, en realidad estaríamos ante un acto gratuito disimulado y por tanto debería quedar encuadrado en la presunción *iuris et de iure* del 71.2.

(constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas), en realidad incluye dos supuestos distintos. En el primero, el hecho indicio es la constitución de garantías reales a favor de obligaciones del deudor preexistentes, por tanto la parte actora deberá probar que se constituyeron garantías reales con posterioridad a la constitución de la obligación. El hecho presunto lógicamente es de nuevo el perjuicio, esta vez en su concepción amplia como infracción de la par conditio creditorum, y el nexo lógico el hecho de que constituir garantías reales sólo a favor de algún acreedor lo convierte en un acreedor privilegiado respecto del resto, infringiendo con ello el principio de la par conditio creditorum. En el segundo supuesto, el hecho indicio es la constitución de obligaciones nuevas que sustituyan a las preexistentes, y además garantizarlas con una garantía real, por tanto, en este caso la parte actora deberá probar la constitución de las nuevas obligaciones en sustitución de las preexistentes, y la constitución de la garantía real. En este caso, el hecho presunto también es el perjuicio entendido como infracción de la par conditio creditorum, y el nexo lógico, en la misma línea que el anterior, el hecho de que constituir nuevas obligaciones que sustituyan a las preexistentes, y garantizarlas con una garantía reales convierte a uno o varios acreedores en acreedores privilegiados en perjuicio de los demás, infringiendo por tanto el principio de la par conditio creditorum. En el tercer supuesto (pagos u otros actos de extinción de obligaciones con garantía real y vencimiento posterior a la declaración de concurso), el hecho indicio es la realización de pagos o actos extintivos de obligaciones, cuyo vencimiento sea posterior a la declaración de concurso, y cuenten con una garantía real, por tanto la parte actora deberá probar dos hechos: la extinción de las obligaciones ya sea mediante su pago o cualquier otro acto extintivo con cargo al patrimonio del deudor, y que el vencimiento inicial de dichas obligaciones era posterior a la declaración de concurso. En este caso el hecho presumido es también el perjuicio en su acepción amplia, como alteración de la par conditio creditorum. El nexo lógico o enlace preciso y directo entre ambos es el hecho objetivo de que el pago anticipado a algún acreedor que ha cobrado la totalidad o gran parte de su deuda le ha situado en una posición indebidamente privilegiada respecto del resto de acreedores que no han cobrado. En estos casos, probados los hechos indicio, se presume el perjuicio, pero se permite prueba para demostrar que el acto o negocio no ha producido ningún perjuicio a la masa. Probada la no producción del perjuicio, la presunción queda sin efecto.

Cuando se solicite la rescisión de un acto distinto de los que son objeto de las presunciones del 71.2 y 3, el perjuicio deberá ser debidamente probado por la parte actora, de conformidad con las normas sobre la práctica y carga de la prueba contenidas en la LEC.

2.4.- Carga de la prueba

La LC, (dejando a salvo lo ya reseñado sobre las presunciones en relación con la prueba del perjuicio que de facto modifican las reglas de la carga de la prueba de los hechos afectados por la presunción), no modifica, ni en la regulación del incidente concursal en general, ni en la del incidente rescisorio en particular, las reglas generales de la carga de la prueba contenidas en la LEC. Por ello, no existiendo regulación expresa en la LC, debemos acudir nuevamente a la regulación supletoria de la LEC, concretamente al artículo 217⁵⁹⁷. En esta cuestión, el incidente rescisorio concursal se rige por las mismas reglas que cualquier otro procedimiento civil.

Así, corresponde a la parte actora (la administración concursal en la mayoría de los casos) probar el perjuicio en el que basa el ejercicio de la acción, producido por la disminución injustificada del patrimonio del concursado y/o por la infracción de la par conditio creditorum, así como que el acto se realizó dentro del plazo de dos años antes de la declaración de concurso. En el caso de que pretenda beneficiarse de la aplicación de alguna de las presunciones legalmente previstas, como ya hemos indicado, deberá probar el hecho base de la presunción. Asimismo, en caso de alegar mala fe, le corresponderá probar su concurrencia. Por otra parte, corresponde a la parte demandada, probar la concurrencia de circunstancias que evitarían la aplicación de las presunciones legalmente establecidas (p. ej, que se trata de un acto de liberalidad al uso), la inexistencia de perjuicio, o que se trata de un acto que está excluido de la rescisión (art. 71.5 LC), o que no se realizó dentro del plazo legalmente fijado. Tampoco debemos

⁵⁹⁷ En este sentido se pronuncia expresamente la SJM 6 Barcelona, de 30 junio 2014 (Sentencia 123; incidente nº926/2013; concurso 350/2013), FJ CUARTO: “*No se ha propuesto prueba alguna, ni siquiera documental, comprensiva de la aportada con los respectivos escritos rectores del procedimiento, por las partes intervinientes en este procedimiento concursal, ni tampoco por el administrador concursal, conforme a lo dispuesto en el art. 194-4º de la Ley Concursal, lo que conlleva la desestimación de la demanda (...) La carga de la prueba de la actuación irregular de la compañía concursada, que aparece reseñada en el escrito de demanda, recae sobre la parte demandante, que en este caso es la administración concursal, en aplicación de lo previsto en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo incumplimiento conlleva necesariamente la desestimación de la demanda*”.

olvidar el llamado principio de facilidad probatoria contenido en el artículo 217.7º LEC, en la medida en que puede llegar a excepcionar las reglas generales de la carga de la prueba⁵⁹⁸.

3.- Trámite de conclusiones.

La valoración por las partes de la prueba practicada sólo es posible en el juicio ordinario en el trámite de conclusiones que pone fin a la vista oral. En el juicio verbal, una interpretación literal del art. 447 LEC (“*Practicadas las pruebas... se dará por terminada la vista...*”) ha llevado a la mayoría de jueces a considerar que en este tipo de juicios no es posible realizar conclusiones al finalizar la práctica de la prueba. Discrepa parte de la doctrina⁵⁹⁹ que considera que la no referencia expresa en la LEC al trámite de conclusiones en el juicio verbal, no significa que no sea posible, fundamentándolo principalmente en la aplicación subsidiaria al juicio verbal de la regulación del juicio ordinario y de las vistas en general. En el caso de la acción rescisoria, si tenemos en cuenta que de no existir el concurso la rescisión del acto se tramitaría mayoritariamente

⁵⁹⁸ La AP de Alicante (Sección 8) en la sentencia de 22.10.2008 (JUR 2009/25857; Sentencia 367/2008; Rollo 92/2008) aplica este principio: CUARTO.- “ (...) *No tiene este Tribunal intención de analizar el mercado en general ni el mercado inmobiliario en particular. Lo notorio es obvio y por tanto, carente de prueba - art 281.4 LEC -, afirmación que hacemos en relación a dos contenidos del recurso, primero, al que el precio se fija por el mercado y, por tanto, no es un factor objetivo y matemáticamente determinable y, segundo, que el mercado inmobiliario es fluctuante (...) resulta evidente que el mercado inmobiliario, hasta el año 2007, ha sido creciente en demanda, lo que ha determinado que durante más de una década, la fluctuación de precios siempre haya sido al alza, en particular en las grandes ciudades y desde luego, en toda la zona marítima y sus adyacentes. Con tales antecedentes, sí podemos extraer consecuencias a partir de los datos de que disponemos, indubitadamente contrastados en autos (...) No consta en autos el precio de transmisión del recurrente a los terceros adquirentes, aunque se afirma en la contestación a la demanda que lo es por 100.000 euros. La falta de contraste de tal dato permite sin embargo evaluarlo como de débil o escasa credibilidad. La simplicidad de su prueba hace que el principio de facilidad probatoria - art 217.6 LEC - permita exigir al demandado la prueba de tal alegación y que sobre él recaiga la falta de verosimilitud del mismo como factor para desvirtuar lo que resulta de aquellos que sí están contrastados y que nos permiten afirmar que, más allá de la concreción que el Juez, en un detallado y fundado análisis que de la cuestión hace, resulta evidenciada la desproporción entre el valor del bien entregado en satisfacción de la deuda pendiente y el valor de mercado de dicho bien en función de la relación existente entre el tiempo transcurrido entre una y otra operación (veintisiete meses) y la diferencia de valor otorgado a efectos de pago de deuda y del otorgado a los efectos de garantía de un préstamo hipotecario (que lo triplica)*”.

⁵⁹⁹ Sobre esta cuestión se pronuncia GARNICA MARTÍN para el que, en aplicación de lo establecido en el art. 185.4º LEC en relación a la forma de celebración de las vistas en general, y por tanto también a la del juicio verbal, tras la práctica de la prueba, deberá darse la palabra a las partes para que formulen concisamente sus conclusiones, GARNICA MARTÍN, J. F., “El juicio verbal: aspectos prácticos”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001, nº 4, p. 189.

por el juicio ordinario, así como la complejidad del asunto y, en muchos casos, de las pruebas necesarias, consideramos conveniente que se permita el trámite de conclusiones al finalizar la práctica de la prueba, si bien, tal y como ya hemos dicho, este no es el criterio mayoritariamente seguido por los jueces mercantiles.

4.- La sentencia

Finalizada la vista, el juicio incidental queda visto para sentencia, salvo que se hubiera admitido la práctica de diligencias finales. Al no haber una regulación específica de las mismas en la LC, se llevarán a cabo en los supuestos y en la forma prevista en el artículo 435 de la LEC. Una vez practicada toda la prueba, corresponde al juez valorarla aplicando para ello la regulación general sobre valoración, inversión y carga de la prueba contenida en la LEC.

. La sentencia que se dicte deberá estimar o desestimar la rescisión del acto o negocio jurídico impugnado, motivando debidamente la concurrencia o no de los presupuestos legalmente exigidos para estimar este tipo de acciones. Como cualquier otra sentencia, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que sea congruente con lo solicitado por las partes. El Tribunal Constitucional ha otorgado amparo constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, a los recurrentes que han alegado y probado que la sentencia de un órgano judicial ha incurrido en incongruencia, considerando la incongruencia una infracción de los principios dispositivos y de aportación de parte que rigen en el proceso civil⁶⁰⁰.

Tal y como ya hemos reseñado en otro capítulo de este trabajo, el TS también se ha pronunciado ya sobre la congruencia de las sentencias dictadas en incidentes rescisorios concursales, remitiéndonos por ello al contenido de dicho capítulo. También las Audiencias Provinciales han dictado doctrina sobre esta cuestión, declarando la

⁶⁰⁰ Podemos citar, a modo de ejemplo, la STC 182/2000, de 10 de julio: “3.- *La incongruencia por exceso o extra petitum es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso. En tal aspecto constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al juzgador, en el proceso civil, donde ahora nos movemos, pronunciarse sobre aquéllas peticiones que no fueron esgrimidas por las partes, a quienes se atribuye legalmente la calidad de verdaderos domini litis y conformar el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial*”.

congruencia de las sentencias cuando han sido dictadas de conformidad con el petitum y la causa petendi. Destacamos, de entre todas las posibles, la sentencia de la AP Barcelona dictada el 19 de junio de 2014, que tras recordar que la doctrina del TC considera la congruencia parte del derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que afecta al principio de contradicción, y en última instancia, al derecho de defensa, declara que en ese caso concreto no existe incongruencia porque *“la sentencia respeta la esencia de lo pedido, aunque no se ajuste en su literalidad a las concretas pretensiones ejercitadas. Cuestión distinta es si la demanda y la sentencia dan una respuesta correcta a los efectos que se derivan de la rescisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Concursal”*⁶⁰¹. También resulta interesante reseñar la doctrina dictada por las Audiencias de Baleares y Jaén respecto de la relación y el

⁶⁰¹ SAP Barcelona (Sección 15) 19.06.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 249/2013) [Id Cendoj: 08019370152014100226]: *“FJ CUARTO: El deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum y la causa de pedir, y el fallo de la sentencia. La congruencia, como requisito ineludible de la función judicial, está contemplada en términos generales en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Forma parte de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución, en tanto en cuanto afecta al principio de contradicción. Una modificación sustancial de los términos del debate procesal se traduce, lógicamente, en indefensión para las partes.*

Tal y como ha sido planteada, entendemos que las recurrentes consideran que la sentencia ha ido más allá de lo pretendido por la administración concursal (incongruencia ultra petitum) o que ha concedido una cosa distinta (incongruencia extra petita). Al rescindir únicamente los pagos realizados en ejecución de los acuerdos de refinanciación, manteniendo la validez de los contratos, la posición de los acreedores se ha visto sustancialmente agravada, dado que perduran las quitas y aplazamientos de los acuerdos impugnados. Esto es, aunque pueda resultar paradójico, limitando el alcance de los actos rescindidos, se estaría perjudicando la situación jurídica de las demandadas (han de restituir las cantidades percibidas y, por el contrario, se mantienen las quitas).

La STC 262/2005, de 24 de octubre, con cita de otras anteriores, recuerda que para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes (STC 20/1982, de 5 de mayo), de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales. Es cierto, como afirman las recurrentes, que la administración concursal solicitó la ‘invalidez de los contratos de pago y refinanciación de la deuda a favor de los proveedores’, suscritos entre los días 25 de octubre de 2010, mientras que la sentencia rescinde exclusivamente los pagos. Ahora bien, la demanda únicamente postuló, como efecto de la rescisión, la ‘íntegra restitución de la totalidad de los pagos referenciados’. Consideramos, por tanto, que la sentencia respeta la esencia de lo pedido, aunque no se ajuste en su literalidad a las concretas pretensiones ejercitadas. Cuestión distinta es si la demanda y la sentencia dan una respuesta correcta a los efectos que se derivan de la rescisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Concursal”.

necesario equilibrio entre el petitum de las partes, la causa petendi, y el principio iura novit curia⁶⁰².

⁶⁰² Sobre esta cuestión resultan muy interesantes las SAP Baleares (Sección 5) 17.03.2014 (Sentencia 75/2014; Rollo 9/2014), y la SAP Jaén (Sección 1) 01.02.2013 (Sentencia 18/2013; Rollo 13/2013). La primera, hace un análisis extenso: “SEGUNDO .- (...) Aún, mas como ya tuvo ocasión de señalar este mismo Tribunal, en otro incidente similar y derivado del mismo concurso de acreedores, en resolución de fecha 7 de marzo de 2014 ‘Para decidir esta cuestión debemos citar dos sentencias del Tribunal Supremo cuyo contenido extractamos en lo que a estos autos se refiere. En primer lugar la Sentencia núm. 361/2012 de 18 junio, RJ 2012\6854 razona en su fundamento jurídico séptimo: ‘ La causa de pedir , por tanto, tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez de aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio iura novit curia (STS 7-10-02 (RJ 2003, 357) en rec. 923/97) descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por demás resulta del art. 218 LEC al disponer que el tribunal resuelva conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer (...)’.

Hay que reconocer, no obstante, que la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y las normas aplicables por el juez conforme al principio iura novit curia no siempre es clara. Por eso el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia (STS 3-4-01 (RJ 2001, 10326), rec. 669/96), consistirá, dada la dimensión constitucional de la congruencia como inherente a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión (art. 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836)), ‘en determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa como, por ejemplo, proponer excepciones procesales o la de prescripción en función de la acción ejercitada en la demanda (SSTS 23-12-04, rec. 3393/98, y 5-3-07 (RJ 2007, 1538), rec. 1412/00).’ (...)

Finalmente, la doctrina jurisprudencial pertinente a este caso ha de completarse con la que, también en materia de congruencia, declara que las partes deben asumir las consecuencias de sus respectivos planteamientos, sin descargarlas sobre la parte contraria ni sobre el juez cuando estos se atengan precisamente a esos planteamientos (SSTS 20-10-04, rec. 2712/98, y 18-3-10 (RJ 2010, 3914), rec. 2621/05), .Idem, según Sentencias de esta Sala, de fechas 17-marzo y 7-marzo-2014 .” En la misma línea la SAP Baleares (Sección 5) 24.03.2014 (Sentencia 86/2014; Rollo 487/2013).

Por su parte, la SAP Jaén (Sección 1) 01.02.2013 (Sentencia 18/2013; Rollo 13/2013) afirma: “TERCERO.-Se sostiene por el recurrente en el apartado correlativo al presente, que la sentencia vulnera el principio dispositivo al aplicar de oficio la presunción contenida en el artículo 71 de la Ley Concursal, incidiendo en incongruencia. No estimamos que concurra tal defecto en la sentencia.

En primer lugar debemos acudir nuevamente a la doctrina jurisprudencial sobre la congruencia. Dice la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2012: ‘En relación al tercer motivo hay que señalar, conforme a la sentencia de 18 de mayo de 2012, que:’... Constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (STS de 14 de abril de 2011 , ROJ 2898, 2011).El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva - dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada. (ST de 13 de junio de 2005, RJ 2005, 5462) De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988, RJ 1988, 2572 y 20 de diciembre de 1989, RJ 1989, 8846). En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte. (STS de 4 de octubre de 1993, RJ 1993, 7454). En esta línea, y en términos generales, también hay que señalar que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales (SSTS de 10 de diciembre de 2004 RJ 2004, 7876 y 5 de febrero de 2009

Por su parte, han declarado incongruentes las sentencias que no han respetado los límites entre lo pedido y lo finalmente resuelto. Así, las Audiencias han declarado incongruentes la sentencia en casos en los que, habiéndose solicitado la rescisión de una garantía, la sentencia rescinde también el préstamo garantizado⁶⁰³; cuando solicitada la rescisión de un contrato, se rescinde no el contrato sino los pagos derivados del mismo⁶⁰⁴; o cuando el juzgador aplica una presunción de perjuicio (constitución de garantía a favor de deudas preexistentes o las que las sustituían) distinta de la alegada por la parte actora (ser un acto gratuito)⁶⁰⁵.

RJ 2009, 1366). Con lo que la incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de iura novit curia, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones (SSTS de 6 de octubre de 1988 RJ 1988, 753 y 1 de octubre de 2010 RJ 2010, 7303)". Sigue esta misma doctrina la SAP Madrid (Sección 28) 05.10.2012 (Sentencia 275/2012; Rollo 70/2012).

⁶⁰³ Sobre esta cuestión, vide la SAP Oviedo 17.07.2008 (JUR 2008/353716; Sentencia 245/2008; Rollo 8/2008), y la SAP Sevilla (Sección 5) 29.01.2013 (Sentencia 31/2013; Rollo 9224/2012).

⁶⁰⁴ Vide a modo de ejemplo, la SAP Valencia (Sección 9) 09.12.2013 (Sentencia 282/2013; Rollo 606/2013): *"Segundo.- (...) el Juzgador a quo debió resolver con arreglo a la pretensión contenida en el suplico de la demanda, que no era otro que estimar o desestimar la acción rescisoria respecto del contrato de 2 de enero de 2009; sin embargo, como quiera que éste se encuentra fuera del plazo de los dos años de retroacción a que se refiere el artículo 71 LC y ello determinaba la imposibilidad de rescindir tal contrato -como expresamente se indica en el fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada-, la solución por la que se opta no es la de desestimar la demanda, en lógica consecuencia con el suplico de tal escrito y que antes ha quedado transcrito, sino la de declarar la rescisión de los pagos de 15 y 10 millones de euros efectuados "a consecuencia del contrato de cuentas en participación suscrito entre las codemandas con fecha 2/01/2009", contrato que, se ha de insistir, no ha sido declarado rescindido en la sentencia.*

Resulta así incontestable el defecto de incongruencia de que adolece la sentencia de la instancia, pues solo una pretensión se formuló en la demanda sin pretensiones alternativas o subsidiarias que justificasen otro pronunciamiento (...).

⁶⁰⁵ SAP Castellón (Sección 3) 26.09.2013 (Sentencia 376/2013; Rollo 171/2013): *"SEGUNDO.- (...) El art. 218 de la LEC es suficientemente expresivo al respecto, sin que nada cambie el principio iura novit curia como viene a alegarse en el recurso, dado que, como dice el Tribunal Supremo (Sentencia de 1 de octubre de 2010),' autoriza al tribunal para encontrar el derecho aplicable a la solución del caso aunque la parte no lo haya alegado, pero no para alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones" .*

En esta línea, aunque poniendo más el énfasis en el aspecto relativo a los fundamentos de derecho que en los fácticos dentro del marco de la causa petendi, podemos citar las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 26 de septiembre y 19 de diciembre de 2007, que en supuestos en que se adujo la existencia de perjuicio en los actos impugnados por aplicación de presunciones previstas en el art. 71.3 de la Ley Concursal se señaló la improcedencia de aplicar la presunción del art. 71.2 de la misma Ley porque no se invocó en la demanda (la cuestión esencialmente es la misma pero al contrario, porque aquí se aplica el art. 71.3 no invocado en la demanda que solo refirió el art. 71.2 y de ahí la incongruencia, mientras que en los reseñados se invocó el art. 71.3 pero no el art. 71.2 que debería aplicable o cuya aplicación se postulada extemporáneamente en la alzada). Así, dice la primera de las sentencias citadas que 'Descartado el perjuicio por aplicación del art. 71.3.2º LC se agota el enjuiciamiento del litigio en estricta congruencia con la causa de pedir, ya que la demanda no ofrecía otro fundamento de la rescisión que el supuesto de hecho, inaplicable como hemos visto, que contempla ese precepto, sin alusión alguna a otros supuestos constitutivos de una presunción legal de perjuicio, como podría ser la gratuidad del acto de disposición o gravamen (art. 71.2 LC), contemplando el

En materia de costas, el incidente rescisorio concursal se rige por las reglas generales contenidas en la LEC, tanto en relación con su imposición, como con su exacción (art. 196.2 LC). Así pues, si se desestima la demanda, en aplicación del criterio de vencimiento objetivo, deberá imponerse el pago de las costas a la parte actora, la masa activa representada por la administración concursal, salvo que se aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Debe destacarse que las costas son un crédito contra la masa.

Por el contrario, en caso de estimar la demanda, el principio de vencimiento objetivo determina la condena en costas a las partes demandadas, entre las que necesariamente estará el concursado. El artículo 84.2 LC califica como créditos contra la masa: *“Los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas”*. Dado que la propia LC obliga a demandar al concursado en el incidente rescisorio, debemos entender que su intervención es *“legalmente obligatoria”*

perjuicio a las respectivas masas activas de las personas hipotecantes. (...) Así debe estimarse ya que el tribunal debe resolver el litigio sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. La causa de pedir que fundamentaba la rescisión se integraba, en el plano fáctico, por los negocios que documentan las referidas escrituras en el contexto en que se otorgaron, pero el fundamento de derecho se hizo radicar única y exclusivamente en la presunción del art. 71.3.2º LC , y ello ha impedido, como se ha dicho, un debate y una defensa sobre la concurrencia del supuesto de hecho que prevé la norma tardíamente invocada, el art. 71.2 LC , en particular sobre el carácter gratuito del acto ,

(...) posiblemente no hubiera sido tal de haber existido una referencia, por mínima que fuere, en la relación fáctica de la demanda a hechos que permitieren incardinar también la operación litigiosa en la presunción de perjuicio contemplada expresamente en la resolución impugnada (esto es, una deuda anterior preexistente o sustituida por otra con la adición en cualquiera de los casos de la garantía real) con alegación sobre su base de un específico perjuicio al principio de igualdad de trato, lo que no acaba de comprenderse porque no se adujo, no solo por el conocimiento que debía ostentarse por las funciones que se desarrollan dentro del marco del proceso concursal, sino porque en la propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria se refiere que el destino del préstamo es refinanciar una deuda. En este sentido cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 13 de diciembre de 2011”.

en el mismo (aunque, obviamente, no está obligado a comparecer pudiendo mantenerse durante todo el procedimiento en rebeldía). Sin embargo, la forma en la que está redactada esta norma no deja claro si quedan incluidas las costas a las que sea condenado el concursado en la sentencia de rescisión. En este punto no debemos olvidar que todo el patrimonio del deudor está o al menos debería estar en la masa pasiva del concurso, siendo en el supuesto planteado la propia masa la destinataria del pago de las costas.

Lo relevante en este caso es que la aplicación de las reglas generales pueden llevar a que la masa del concurso sea inevitablemente la que deba cargar con el pago de las costas, tanto si se estima la demanda (en tanto deuda del concursado), como si se desestima (en tanto que deuda de la propia masa). En estos casos entrará en juego la facultad de moderación que sobre esta cuestión tienen los jueces, que puede permitirles, por ejemplo, no condenar en costas al concursado que no se oponga a la estimación de la rescisoria, o que se mantiene en rebeldía durante la tramitación del incidente.

5.- Los recursos

La LC regula los recursos que se pueden interponer en el proceso concursal de forma muy genérica en el artículo 197. En sus apartados 1º y 2º, este artículo se remite expresamente a la LEC, al indicar que los recursos que se interpongan contra las resoluciones del juez o el secretario judicial, se sustanciarán en la forma prevista en la LEC (salvo que la propia LC contenga alguna modificación)⁶⁰⁶.

La regulación inicial contenida en el art 197 LC planteó serios problemas especialmente en relación al recurso de apelación⁶⁰⁷, de ahí que ya en la Ley 38/2011 se

⁶⁰⁶ SERRA DOMINGUEZ, M., es sumamente crítico con el régimen de recursos introducido por la LO 1/2009 y la Ley 13/2009: “... ha provocado una caótica situación derivada en gran parte tanto del difícil deslinde entre las funciones de ambos órganos judiciales (juez y secretario judicial), como sobre todo por el defectuoso sistema de recurso frente a las resoluciones de los Secretarios, creando incluso contradicciones insalvables y no prevista respecto de la LEC 1/2000”, SERRA DOMINGUEZ, M., “Intervención litisconsorcial provocada en los procesos sobre vicios de la construcción”, AAVV., “Principios y garantía procesales”, (Dir. Picó Junio, J.), Ed. Bosch, octubre 2013, p. 137.

⁶⁰⁷ La redacción inicial de la LC establecía un doble sistema para recurrir la sentencia dictada en un incidente concursal: si el incidente se tramitaba durante la fase común o de convenio, no cabía recurso de apelación directo, debiendo esperar la parte a la apelación más próxima para impugnar la resolución del

modificara, para recoger de forma expresa en su apartado 4º que las sentencias dictadas en incidentes rescisorios eran directamente apelables. Con esta nueva regulación se puso fin a la polémica sobre si las sentencias dictadas en un incidente rescisorio instado durante la fase común o la de convenio podían ser objeto de apelación directa o no. Así pues, después de esta reforma ya no cabe duda de que la sentencia dictada en los incidentes rescisorios es directamente apelable, teniendo este recurso carácter preferente.

Al admitir el recurso, el juez del concurso puede acordar, de oficio o a instancia de parte, la suspensión de las actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución (art, 197.6 LC). Su decisión puede ser revisada por la Audiencia, si lo solicita alguna de las partes presentando un escrito en este sentido directamente en la Audiencia⁶⁰⁸. La Audiencia deberá resolver esta cuestión con carácter previo a la resolución de fondo del recurso, y contra su resolución no cabrá recurso alguno.

Contra la sentencia de la AP que resuelva el recurso de apelación podrán interponerse, en su caso, el recurso de casación y el de infracción procesal, siguiendo

incidente (apelación diferida); cuando el incidente se tramitaba durante la fase de liquidación cabía recurso de apelación directo tramitándose éste con carácter preferente. No obstante la literalidad del artículo, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia defendieron una interpretación de la ley en la que tenía cabida la apelación directa, aún cuando para ello tuvieron que recurrir a alambicadas interpretaciones. Entre la jurisprudencia, citamos, a modo de ejemplo, el AAP Barcelona (Sección 15) 24.07.2006 (Rollo 263/2006); AAP Barcelona 16.01.2007 (JUR 2007/206097); AAP Barcelona (Sección 15) 27.03.2009 (JUR 2009/411326; Auto 70/2009; Rollo 733/2008); y SAP Castellón (Sección 3) 15.02.2010 (Sentencia 44/2010; Rollo 129/2009), la SAP Vizcaya (sección 4) 06.06.2008 (AC 2008\2270); la SAP Jaén 07.05.2007 (JUR 2007/367176); la SAP Sevilla (sección 5) 02.06.2008 (JUR 2009\18834); y el AAP La Coruña (Sección 4) 04.12.2009 (JUR 2010/199581; Auto 174/2009; Rollo 547/2009). Entre la doctrina, entre otros, SANCHO GARGALLO, GARNICA MARTÍN, FERNÁNDEZ SEIJO y GONZÁLEZ GARCÍA. Este último, puso de manifiesto que a estas sentencias se les aplicaba el mismo régimen en materia de recursos que a los autos resolutorios de los recursos de reposición: *“lo que les otorga en la Ley, en términos relativos, un tratamiento menos ventajoso que a cualquier auto o providencia que, al menos son recurribles en reposición”*, GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “Comentario al art. 197 LC”, AA.VV. *“Comentarios a la Legislación Concursal”* T. II, (Dir. Pulgar Ezquerro, J. y otros), Ed Dykinson S.L., Madrid, 2004, p. 1638.

⁶⁰⁸ Sobre esta cuestión se ha pronunciado ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: *“Por lo que se refiere a la posible suspensión de las actuaciones en caso de recurso, se mantiene la regla general conforme a la cual el Juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, al admitir el recurso de apelación podrá acordar motivadamente la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por la resolución del recurso, decisión (del Juez del concurso) que podrá ser revisada por la Audiencia Provincial. Y es en este punto donde la reforma introduce una modificación procedimental al disponer que la solicitud a la Audiencia Provincial para que revise la decisión del Juez del concurso (suspendiendo o no las actuaciones) deberá formularse mediante escrito presentado ante la propia Audiencia en los cinco días siguientes a la notificación del Juez del concurso”*, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., op. cit., “Aspectos procesales ...”, pp. 20-21.

los criterios de admisión y tramitación de los mismos previstos en la LEC (art. 197.7º LC). Al respecto debemos destacar que el TS ha declarado ya en dos sentencias (28 de marzo y 12 de abril de 2012), que la existencia de perjuicio es una valoración que en cuanto supone un juicio de hecho, no es susceptible de control en casación⁶⁰⁹.

Una vez firme, la sentencia del incidente concursal será ejecutable según las reglas generales de la LEC, y producirá efectos de cosa juzgada (art. 196.4º LC), tanto formal como material, en la medida en que el órgano judicial ha podido tener respecto del objeto del incidente, un conocimiento plenario y sin limitación en materia de prueba.

6.- La idoneidad del procedimiento incidental

A nuestro juicio el incidente rescisorio concursal es un puzzle formado, además de por sus concretas especialidades, por piezas del ordinario (escritos de alegaciones y regulación general de la prueba), del proceso incidental (proposición prueba), y del proceso verbal (desarrollo de la vista), que las sucesivas reformas no han acabado de encajar debidamente, quedando además, lagunas aún pendientes de cubrir.

Tal y como ya hemos señalado anteriormente en este trabajo, el incidente concursal es un procedimiento declarativo plenario especial. Entre la doctrina, ROJO considera totalmente innecesaria su creación, abogando por tramitar este tipo de cuestiones siguiendo los trámites del juicio verbal, con “*alguna ligera adaptación*”⁶¹⁰. Por su parte, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL⁶¹¹ se plantea si era necesaria la creación de un nuevo procedimiento especial que en ocasiones es demasiado sencillo para resolver el objeto del mismo, y en otras, demasiado complejo. Por ello, critica la opción legislativa (considera que la opción por el trámite incidental responde a la voluntad del legislador de acelerar la tramitación del concurso, mediante una

⁶⁰⁹ STS 28.03.2012, FD Tercero: “36. *Esta es la posición que ha apreciado la Audiencia al concluir que el comportamiento negocial complejo, no susceptible de fragmentación en distintos actos a efectos de la acción de reintegración, es lesivo para la masa activa, lo que constituye una valoración que, en cuanto supone un juicio de hecho no es susceptible de control en casación, a salvo supuestos excepcionales, lo que no es el caso*”. En términos idénticos, la STS 12.04.2012, FD Tercero, 2.- 32.

⁶¹⁰ ROJO, A., op. cit., p. 101.

⁶¹¹ Vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J, ob.cit. “El incidente ...”, p. 271.

tramitación acelerada o simplificada de todas estas cuestiones), considerando más conveniente acudir, en función de la complejidad del objeto del proceso, al proceso ordinario o al verbal⁶¹². Por su parte GONZÁLEZ CANO, considera que hay objetos incidentales que por su complejidad no se acomodan bien a la simplicidad del trámite incidental, incluyendo entre ellas las acciones rescisorias⁶¹³. No obstante ello, considera excesivo el plazo de 10 días para contestar, abogando por un plazo de tan sólo 5 días⁶¹⁴.

En contra de la opinión de los autores citados, consideramos adecuado, aunque mejorable, el procedimiento incidental para la tramitación de los incidentes concursales en general⁶¹⁵, y de la rescisoria concursal en particular. La remisión a los procedimientos declarativos de la LEC para tramitar la rescisoria concursal por el

⁶¹² Este autor, afirma que: “... *el único fundamento que se estima válido como causa justificativa de la institución es el de intentar acelerar la tramitación del proceso concursal o al menos intentar evitar al máximo las dilaciones en su conclusión. Cabe asimismo afirmar que éste parece haber sido el propósito perseguido por el legislador concursal español al disponer el seguimiento de una tramitación procesal acelerada o simplificada para ventilar por tal cauce los procesos singulares al concurso.... Pero cabe asimismo avanzar que, ... la solución adoptada por el legislador español no es satisfactoria ni en cuanto al objetivo perseguido ni, especialmente, en méritos de los muy numerosos problemas que dicha solución normativa puede plantear*”, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., op. cit., “La ‘vis atractiva’ ...”, p. 82. Asimismo, considera que este problema podría solucionarse aplicando los principios inspiradores del procedimiento concursal: flexibilidad, rapidez y simplificar: “*la flexibilidad rectora del procedimiento concursal y especialmente, una lectura constitucional de las normas procesales en aras a garantizar de la forma más efectiva posible el correcto derecho de defensa de los diversos intereses confrontados en juego, bien pudiera llevar al juez del concurso a prescindir del incidente concursal y disponer el seguimiento de otro cauce procesal más apropiado a la cuestión litigiosa –por ejemplo, el juicio ordinario- o bien a ampliar los plazos legalmente previstos para la tramitación del incidente concursal*”. No obstante, seguidamente, reconoce la falta de apoyatura legal de su tesis, por lo que aboga por una reforma legal y mientras no se produzca, por la articulación de mecanismos correctores por parte de la jurisprudencia, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., ult. ob. cit., pp. 273-274, y op. cit. “Comentario al art. 192 LC”, pp. 809-810. No compartimos la opinión del autor de que el juez mercantil pueda prescindir del incidente concursal al amparo de los principios e interpretaciones constitucionales citadas, ni mucho menos el establecimiento de mecanismos correctores por parte de la jurisprudencia, dada la inseguridad jurídica que ello comportaría en una cuestión tan básica como el procedimiento aplicable y los trámites procesales a seguir en la defensa de los intereses de cada una de las partes.

⁶¹³ Según esta autora: “*A nuestro parecer, el ámbito del incidente concursal no ha sido configurado de la manera más idónea. Y ello por tres razones diversas. En primer lugar, y como acabamos de afirmar, hay objetos incidentales de complejidad extrema que mal se acomodarán a una tramitación tan simple y escueta como la del art. 194, que se reduce a demanda, contestación a la misma y prosecución por los trámites del juicio verbal. Nos referimos a materias tales como las acciones de reintegración de los arts. 71 a 73, la oposición a la calificación del concurso (art 171), o la oposición al convenio (art. 129)*”, GONZÁLEZ CANO M.I., op. cit., p. 109.

⁶¹⁴ Vide GONZÁLEZ CANO: “*En primer lugar, si se admite a trámite el incidente concursal, se dictará providencia emplazando a las partes personadas para que contesten en 10 días (art. 194.3), plazo, que aunque reducido respecto de inicialmente previsto en el PLC de 20 días, sigue resultando excesivo, habiendo resultado más oportuno la remisión al art. 393.3 LEC en materia de incidentes (plazo de 5 días)*”, GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., p.114.

⁶¹⁵ Esta es también la opinión, por ejemplo, de GARNICA MARTÍN, J., op. cit., “Aspectos procesales ..”, en AA.VV. “*La nueva Ley Concursal*”, pp. 260-261.

procedimiento ordinario (lo que ocurriría en la mayoría de los casos) o el verbal, creemos que conllevaría más problemas que ventajas. En el caso del procedimiento ordinario, el proceso concursal ya es lo suficientemente complejo como para introducir en el mismo, uno o varios procesos ordinarios para la resolución de las rescisorias concursales que se puedan plantear. Ello supondría alargar y complicar el trámite sin obtener a cambio ventajas tangibles. La tramitación del incidente concursal, con contestación por escrito, se diferencia de la del ordinario únicamente en la reducción del plazo para contestar de 20 a 10 días, en la no celebración de la audiencia previa, y en la inexistencia del trámite de conclusiones según la interpretación casi unánime de los jueces mercantiles. La reducción del plazo para contestar la consideramos adecuada y no creemos que en la práctica plantee más problemas que la exigencia de una mayor celeridad y diligencia a los letrados de las demandadas. La celebración de la audiencia previa tampoco resulta imprescindible y por tanto, puede suprimirse sin mayor problema debiendo eso sí, mejorar la regulación del trámite de proposición y admisión de la prueba, tal y como ya hemos comentado anteriormente. Finalmente, en relación al trámite de conclusiones sí que consideramos necesario o como mínimo conveniente su realización, especialmente en supuestos en los que el objeto litigioso sea complejo y la prueba practicada extensa y/o muy técnica. Actualmente, solo la aplicación directa del art. 185.4º de la LEC que propone GARNICA MARTÍN, permite defender un trámite de conclusiones en el incidente.

Por otro lado, consideramos que la tramitación del juicio verbal es demasiado sencilla e inadecuada para resolver un incidente rescisorio, especialmente la contestación oral en la vista de la demanda, que en estos casos exige rebatir la realización de actos o negocios jurídicos complejos y/o conexos, así como la aportación de numerosa información de carácter económico, no siendo el trámite oral el más adecuado para ello. Tampoco debemos perder de vista que, pese a que inicialmente la LC establece que después de la contestación de la demanda incidental se seguirán los trámites del juicio verbal, las modificaciones introducidas en el procedimiento son tan grandes que no parece que podamos seguir manteniendo esta afirmación.

Así pues, en la medida en que el incidente rescisorio es un procedimiento intermedio entre la complejidad del ordinario, y la simplicidad del verbal, lo considero adecuado para la tramitar de la acción rescisoria concursal, admitiendo no obstante ello,

que sería deseable una mejor regulación del mismo, más clara y extensa, que evite los problemas que pese a las reformas ya realizadas, aún plantea. Y específicamente en cuanto al incidente rescisorio, a nuestro juicio es necesario mejorar la regulación sobre la proposición y admisión de la prueba, así como la celebración de la vista. En primer lugar es necesario explicitar el momento procesal en el que debe realizarse la proposición y admisión de la prueba, dada la trascendencia que tiene esta cuestión en relación con el derecho de defensa. También habría que mejorar la regulación de la impugnación de pruebas, o el planteamiento de cuestiones procesales. Asimismo, teniendo en cuenta que en estos procedimientos suelen practicarse muchas pruebas, y que alguna de ellas, como la pericial-contable, puede llegar a ser de gran complejidad, consideramos conveniente explicitar la obligatoriedad del trámite de conclusiones. Con ello no se incrementarían ni las cargas de las partes, ni el coste, ni la duración del procedimiento, y por el contrario se reforzaría el derecho de defensa de las partes.

Así, propondríamos una nueva reforma del artículo 194 de la LC. En el apartado 2º, introduciríamos como causa de inadmisión junto con las dos ya existentes, el incumplimiento, apreciable ya en este momento inicial, de los requisitos exigidos en cada uno de los posibles incidentes para su posterior admisión. En el apartado 3º, si se quiere mantener el criterio general, debería indicarse que será el Secretario el que dictará la providencia de admisión a trámite del incidente. La modificación más importante sería necesaria en el apartado cuarto, proponiendo la redacción siguiente:

“4.- La prueba deberá proponerse en los escritos de alegaciones de cada una de las partes.

Si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales, o las planteara la parte actora en el plazo de 5 días desde que se le dio traslado del mismo, en este último caso previo traslado a la demandada para que se manifieste, también en el plazo de 5 días, el juez resolverá por escrito.

Cuando la única prueba admitida sea la documental, la parte actora podrá impugnar los documentos presentados por la parte demandada también en el plazo de 5 días desde que se le dio traslado del escrito de contestación, resolviendo el juez lo que corresponda al admitir o inadmitir la prueba propuesta por las partes.

La prueba se admitirá en la resolución en la que se señale vista o se declare el incidente visto para sentencia, por no ser necesaria la vista al haberse admitido

sólo la prueba documental. En este último caso el juez dictará sentencia sin más trámites.

Se celebrará vista, citando a las partes para su asistencia a la misma, cuando se haya admitido prueba que deba celebrarse en la misma, o cuando, por cualquier otro motivo, el juez lo considere necesario. Practicada la prueba y formuladas oralmente las conclusiones de las partes, el juez declarará el incidente visto para sentencia”.

Creemos que esta redacción, sin duda mejorable, elimina alguna de las lagunas actualmente existentes, simplifica una redacción en exceso complicada, y evita interpretaciones dispares entre los diferentes juzgados y tribunales.

CAPÍTULO VII.- EFECTOS DE LA ESTIMACIÓN DE LA RESCISORIA CONCURSAL

1.- Consideraciones generales

La nueva regulación contenida en la LC sobre los efectos de la estimación de la acción rescisoria concursal se separa notablemente de la legislación anterior y de la rígida interpretación que de la misma había venido haciendo el TS. No obstante, la doctrina mayoritaria considera que en este punto la LC aún presenta deficiencias notables que no han sido subsanadas en las últimas e importantes reformas de la ley (el art. 73 es el único de su capítulo que aún conserva la redacción original)⁶¹⁶. Ello ha

⁶¹⁶ Entre la doctrina podemos citar a CURIEL LORENTE, F., op. cit., p. 211: “La LC regula con extraordinaria parquedad esta materia. Se limita a señalar el contenido general de la sentencia estimatoria, a establecer, genéricamente también, las causas de inoponibilidad de la sentencia frente a terceros y a regular las consecuencias de la mala fe de los obligados a restitución, contemplando, exclusivamente, el supuesto de salida de un bien no fungible del patrimonio del deudor, hoy concursado a cambio de un precio”; En términos similares se pronuncia LEON SANZ, F.J., op. cit., “La rescisión de las operaciones societarias”, p. 12: “Las consecuencias de la rescisión es una de las materias que presenta mayores deficiencias en el régimen de la acción rescisoria concursal. El tenor literal del art. 73.1 es bastante similar al art. 1295 del Código Civil. A su vez, la primera parte del texto del art. 1295 del Código Civil establece una regulación de los efectos relativamente paralela a la nulidad de los contratos en la que se hubieran cumplido las prestaciones de las partes (art. 1303 CC). La Ley Concursal parece haber tratado de establecer una regulación de los efectos de las acciones rescisorias que se correspondiera con el tenor de lo dispuesto en el Código Civil, en lugar de atender a la evolución y a las aportaciones jurisprudenciales que se han producido sobre esta materia desde su aprobación. De esta forma, por un lado se reconoce la naturaleza rescisoria de las acciones de reintegración y al mismo tiempo se prevé un régimen de los efectos que no resulta acorde con la especialidad de estas acciones. La

supuesto que, nuevamente, sea la jurisprudencia la que esté concretando y delimitando los efectos de la acción rescisoria, dado lugar a veces a resoluciones claramente contradictorias.

Hasta la entrada en vigor de la LC, el tercero que había contratado con el deudor posteriormente declarado en concurso, debía reintegrar a la masa el bien o derecho objeto del acto rescindido pero sin recibir a cambio la devolución de la contraprestación entregada por su parte, pasando a ser un acreedor ordinario más del concurso por el importe del crédito nacido de la estimación de la acción rescisoria. Este régimen se extendía incluso a los terceros subadquirentes de buena fe amparados por el art. 34 LH a los que, una interpretación rigurosa del 878 CCo, extendía la sanción de nulidad absoluta del negocio jurídico concertado con el adquirente del deudor. Esta interpretación jurisprudencial, muy criticada por la doctrina mayoritaria, daba lugar a situaciones de verdadera injusticia; de hecho, en no pocas ocasiones se producía un enriquecimiento injusto de la masa del concurso a costa del correlativo perjuicio injustificado de los terceros que habían contratado con el deudor⁶¹⁷. Sólo en los últimos años inmediatamente anteriores a la entrada en vigor de la LEC (y especialmente después de su entrada en vigor) se atenuó significativamente esta interpretación rigorista.

La LC concentra la regulación de los efectos de la acción rescisoria concursal en un único artículo, el 73, dividido en tres apartados. En el primero establece que el

afirmación de que la resolución judicial que estime la rescisión proceda a la declaración de la ineficacia del acto impugnado resulta equívoca y es poco afortunada (art. 73.1 LC)”; Vid también MUÑOZ DE BENAVIDES, C., op. cit., p. 10. Entre la jurisprudencia la SAP Badajoz (Sección 2) 31.01.2012 (Sentencia 45/2012; Rollo 526/2011), también hacen referencia a la similitud con la regulación del 1295 CC.

⁶¹⁷ Sintetiza la situación anterior a la LC, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La protección del tercero adquirente frente a las acciones revocatoria concursales”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012: “*En su interpretación muy mayoritaria, el sistema de la retroacción absoluta de la quiebra, en el venerable artículo 878 CCom, en su laconismo maximalista, contravenía derechamente la seguridad jurídica (art. 9.3 Constitución) y resultaba irreconciliable con la tutela del tercer adquirente de buena fe que opera en Derecho común a propósito de la acción pauliana (arts. 1.295.2º y 1.297.1º CC), en Derecho hipotecario a propósito de la tutela de terceros frente al ejercicio de acciones rescisorias (art. 37 LH) y, muy singularmente, frente al principio de fe pública registral (art. 34 LH). Esa antinomia axiológica era desconcertante y de insatisfactoria resolución dogmática y práctica (...) Es clara la intención del legislador de mejorar la situación precedente de manifiesta falta de tutela de la seguridad del tráfico...en cuanto al tercero subadquirente de buena fe*”. Sobre esta cuestión también se pronuncia LINACERO DE LA FUENTE, M., op. cit., p. 225.

primer y principal efecto de una sentencia que estime el incidente de rescisión concursal es la declaración de ineficacia del acto impugnado, y la correspondiente restitución de las prestaciones entre las partes, junto con sus frutos e intereses (restitución in natura). La consecuencia de ello es que el bien o derecho rescindido es devuelto a la masa activa, y en contraprestación el tercero que contrató con el deudor recupera lo que en su día pagó o entregó a cambio.

En el segundo apartado regula los efectos para el caso en que el bien o derecho objeto de rescisión no pueda ser reintegrado a la masa, diferenciando si la sentencia aprecia la existencia de buena o mala fe en la contraparte. Partiendo de esta regulación, la doctrina ha distinguido diversos supuestos, dependiendo de si es posible o no la restitución de las prestaciones, y de la existencia de buena o mala fe⁶¹⁸. Finalmente, en el apartado tercero regula la calificación del derecho a la prestación que resulte como consecuencia de la rescisión, dependiendo también, de la declaración o no de mala fe.

Esta redacción se ha considerado muy deficiente, por cuanto no sólo resulta insuficiente, sino que además toma “*la parte por el todo*” centrándose en los negocios jurídicos bilaterales y dejando fuera los otros supuestos posibles. Ciertamente, el apartado primero del artículo 73 está redactado pensando sólo en negocio jurídicos bilaterales, ignorando aquellos unilaterales en los que no hay contraprestación (p. ej, la rescisión de una donación, un pago, una garantía, etc) de una de las partes, y por tanto, no sea posible una correlativa devolución de contraprestaciones. Este hecho ha sido puesto de manifiesto tanto por la doctrina⁶¹⁹, como por la jurisprudencia ya de forma reiterada, tanto por el TS como por las Audiencias⁶²⁰. Por otro lado, nada dice en cuanto

⁶¹⁸ Ver, a modo de ejemplo, LINACERO DE LA FUENTE, M., ob. cit., pp. 244-245; y ALCOVER GARAU, G., op. cit., pp. 346 a 351.

⁶¹⁹ Citamos a modo de ejemplo, a VILA FLORENZA: “...*la norma centra su disciplina en el ámbito de la rescisión de contratos con obligaciones recíprocas y deja fuera del mismo otros supuestos distintos de rescisión que se presentan en la práctica y en la propia Ley concursal, como son los actos de disposición a título gratuito, la constitución de garantías sobre deudas preexistentes, o la extinción de obligaciones con vencimiento posterior. En estos casos la solución prevista en el art. 73 no se adecua a este tipo de actuaciones, motivo por el que habrá que buscar otras alternativas más acordes al acto rescindido*”, VILA FLORENZA. M., op. cit., pp. 497.

⁶²⁰ Así lo expresa la STS de 30 de abril de 2014: “*Séptimo.- 2.-El art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que ‘la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses’.* Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas.

a la liquidación de frutos e intereses, por cuanto deberemos acudir a la regulación general contenida en la LEC.

En segundo lugar, al regular los efectos en caso de que no sea posible la restitución de los bienes y derechos rescindidos de forma casuística (bienes pertenecientes a terceros no demandados, de buena fe o que gozase de irreivindicabilidad), deja fuera el resto de posibles supuestos, como por ejemplo, la imposibilidad de restitución cuando el bien se hubiese perdido⁶²¹. Asimismo, MASSAGUER pone de manifiesto que el precepto no regula los supuestos en los que el acto rescindido esté pendiente de ejecución o no comporte la ejecución de una prestación. También señala que la norma sólo prevé uno de los posible efectos de la declaración de ineficacia (la devolución de las prestaciones), pero no otros efectos que dicha declaración puede llevar aparejados (p.ej, inscripciones o cancelaciones registrales, restablecimiento de garantías, etc), y que sólo se refiere a los actos que consistan en obligaciones de dar, pero no en los que consistan en obligaciones de hacer o no hacer⁶²². Por su parte, la jurisprudencia también ha señalado que la LC sólo prevé

De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción". En términos casi idénticos se había manifestado ya la SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 120/2012; Rollo 376/2011): "*Debe aclararse al respecto que desde la promulgación de la Ley Concursal la redacción del artículo 73 de la Ley Concursal ha sido objeto de críticas en el terreno doctrinal porque, al señalar su apartado 1 que la sentencia que estime la acción de reintegración condenará a la restitución de las prestaciones objeto de acto impugnado, la norma toma la parte por el todo, centrando su disciplina en el ámbito de la rescisión de contratos con obligaciones recíprocas y dejando fuera del mismo otros supuestos distintos de rescisión (vgr., la rescisión de garantías reales)*".

⁶²¹ Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M., ob. cit., p. 245. En este punto discrepamos de la autora cuando afirma que el art. 73 LC no prevé el alcance de la rescisión en relación a los subadquirentes en quienes no concurren los requisitos del art. 73.3 LC. En la medida en que los subadquirentes son terceros, entendemos que se les aplica lo previsto en el artículo para los terceros en general.

⁶²² MASSAGUER considera incompleta la regulación de la LC en este punto. Afirma que sólo prevé: "*los supuestos en los que el acto rescindido hubiere dado lugar efectivamente a la ejecución de una prestación (y no en los que el acto todavía se encuentre pendiente de ejecución o en que el acto no comporte propiamente la ejecución de una prestación, como puede suceder en el caso de la renuncia de derechos o la constitución de garantías reales), sólo 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 establecimiento de relaciones jurídicas en el caso de la rescisión de actos extintivos) y sólo considera el supuesto de que el acto rescindido tuviere por objeto obligaciones de dar (y no obligaciones de hacer o no hacer)*". No obstante ello, considera que esta omisión se debe al hecho de que la rescisión se reserva para los supuestos en los que el acto o negocio se hubiera cumplido ya que sino no se habría producido la lesión que fundamenta la reintegración; MASSAGUER, J., op. cit., "Aproximación al régimen...", pp. 4232-4233. En este mismo sentido se pronuncia VARGAS BENJUMEA, I., op. cit., p. 80.

“los efectos de la rescisión sobre los actos de disposición del deudor que comportan la salida de activos de su patrimonio”, pero no “la posibilidad de rescindir la constitución de la garantía”, afirmando no obstante, que ello es posible al amparo del 73 LC⁶²³.

Finalmente, en el apartado tercero se regula la calificación del derecho a la prestación que resulte a favor de los demandados como consecuencia de la estimación de la acción rescisoria, distinguiendo también en este punto, si ha actuado con buena o mala fe. El hecho de que los efectos sean distintos en caso de mala fe del adquirente (no del deudor), pone de manifiesto que, pese a haberse objetivizado el fundamento de la acción rescisoria basándolo en el concepto de perjuicio, no se ha erradicado del todo la intención fraudulenta, dándole relevancia a la hora de fijar los efectos de la reintegración. Así pues, antes de entrar en el análisis de los efectos, consideramos necesario analizar dos cuestiones: el momento desde el que debe entenderse producida la ineficacia del acto o negocio jurídico, y el alcance de la misma; y qué debe entenderse, a estos efectos, por mala fe.

1.1.- Efectos *ex tunc* o *ex nunc*

Establece el artículo 73.1 LC que: “la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado...”⁶²⁴. Así pues, una de las primeras cuestiones que debemos analizar es si la ineficacia del acto o negocio jurídico es *ex nunc* o *ex tunc*, cuestión respecto de la que no existe una posición unitaria. En relación a esta cuestión, la jurisprudencia se ha venido manifestando de forma contradictoria. El TS, en una sentencia dictada el 12 de abril del 2012, parece defender (aunque con matices) que los efectos se producen *ex tunc*, aplicando analógicamente la doctrina dictada por el propio tribunal en relación a la resolución contractual⁶²⁵. En cuanto a las Audiencia

⁶²³ Vid SAP Pontevedra (Sección 1) 27.07.2011 (Sentencia 433/2011; Rollo 466/2011).

⁶²⁴ CURIEL LORENTE considera que el hecho de que la sentencia se limite a declarar la ineficacia sin entrar a declarar la validez o nulidad del mismo refuerza la doctrina dominante sobre el carácter rescisorio de la acción, CURIEL LORENTE, F., op. cit., p. 215.

⁶²⁵ STS 12.04.2012 (Sentencia 210/2012; Rollo 482/2009): “34.- ... 3) Como hemos apuntado en el anterior apartado 29 de esta sentencia, caben respuestas liquidatorias y no restitutorias de la relación contractual, afirmando la sentencia 681/1998, de 10 de julio que ‘si, en principio y por regla general, los efectos de la resolución contractual se producen «ex tunc», colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación de

Provinciales, se han pronunciado en el sentido de que la ineficacia es “ex nunc”, entre otras, la A.P. de Barcelona⁶²⁶ y la de Pontevedra⁶²⁷. En sentido totalmente contrario, considerando que la ineficacia es ex tunc, se han pronunciado la A.P. Valladolid⁶²⁸, la de Girona, y la de Jaen⁶²⁹.

restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera «ex nunc», produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual”.

⁶²⁶ SAP Barcelona (Sección 15) 06.02.2009 (Rollo 607/2008): “*QUINTO: El allanamiento realizado por las demandadas a la rescisión concursal de las otras cuatro escrituras de constitución de hipoteca, lleva consigo su ineficacia. Es cierto que se trata de una ineficacia ex nunc, que opera desde la declaración, por lo que hasta entonces el negocio es válido y produce sus efectos. Es a partir de la resolución judicial que estima la rescisión cuando se declara la ineficacia de los actos impugnados, y surge para las partes la obligación de restituirse las prestaciones que fueron objeto del negocio o acto dispositivo, más los intereses y frutos, conforme a lo dispuesto en el art. 73.1 LC. No empece a esta naturaleza de los efectos ex nunc, el hecho de que la restitución incluya los intereses y frutos producidos desde la celebración del negocio, pues con ello más que tratar de borrar los efectos desplegados antes de la rescisión del acto, se pretende compensar los posibles daños y perjuicios ocasionados por el negocio“.*

⁶²⁷ SAP Pontevedra (Sección 1) 27.07.2011 (Sentencia 433/2011; Rollo 466/2011): “*La rescisión es de interpretación estricta. Afecta a negocios válidamente celebrados, de ahí que sus efectos operen con carácter ex nunc. En el caso, su efecto típico es la extinción de la garantía, pero no necesariamente la de todos los negocios accesorios o relacionados con su constitución. Su efecto, pues, se limita a lo preciso para satisfacer al perjudicado, lesionado por el acto rescindido. Tampoco conlleva necesariamente la rescisión del negocio la ineficacia de todos los que de él se deriven. Como recordaba la antigua STS de 17 de abril de 1943, al subrayar las diferencias entre la acción de rescisión y la de nulidad, “ la rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del marco creado, y sus consecuencias, o no afectan a todos los interesados, o se traducen en una indemnización que compensa la lesión sufrida”.* En el mismo sentido, la SJM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551), que pese a ser de un Juzgado Mercantil extractamos por su claridad expositiva : “*SÉPTIMO (...)* Como el citado precepto no aclara esta cuestión, tendríamos que remitirnos a la teoría general sobre la rescisión de los contratos, y en particular a la interpretación del artículo 1.295 del Código Civil, respecto del cual la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sostienen que la rescisión únicamente opera «ex nunc», porque la rescisión actúa sobre un contrato válidamente celebrado, y dado su carácter excepcional y extraordinario, ha de limitarse a lo preciso para satisfacer los derechos del perjudicado (en este caso, de la masa); por ello, la jurisprudencia tiene establecido que, al no perder el negocio rescindido su condición de válido, no conlleva la ineficacia de los negocios que de él derivan (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1904, 13 de abril de 1943 y 14 de junio de 1958, y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 1945). Además, en la actual regulación concursal, el que la declaración de ineficacia no tenga efectos «ex tunc» se deduce de la imposibilidad de extensión de los efectos de la rescisión a los subadquirentes onerosos de buena fe o que gocen de irreivindicabilidad o de protección registral (artículo 73.2 de la Ley Concursal).”

⁶²⁸ SAP Valladolid (Sección 3) 07.05.2009 (AC 2009/1161; Sentencia 124/2009; Rollo 52/2009): “*CUARTO Por lo que atañe a los efectos de la rescisión, el apelante discute que los intereses de la condena puedan correr desde la fecha del pago rescindido, pues entiende que el cómputo debe hacerse desde la fecha de la sentencia. El argumento esgrimido se centra en el hecho de que el acto impugnado es válido y eficaz en su nacimiento; y es la sentencia que condena a la reintegración, la que declara su ineficacia. El artículo 73.1 LC señala que la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses. Esta regulación coincide con la que contempla el artículo 1.295 del Código Civil para la rescisión en general, por lo que habremos de estar a la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido ofreciendo sobre la materia.*

Por nuestra parte, compartimos la tesis de SANCHO GARGALLO y CURIEL LORENTE⁶³⁰ según el cual se trata de una ineficacia ex nunc que opera desde la declaración judicial que estima la rescisión, ya que antes de dicha resolución el negocio era válido y producía sus efectos. La devolución de los frutos e intereses, según la ya citada Audiencia de Barcelona, no pretendería borrar los efectos del acto o negocio rescindido, sino compensar los posibles daños y perjuicios causados por el mismo.

1.2.- Alcance y extensión

En cuanto al alcance de la rescisión, ésta puede afectar a la totalidad del negocio jurídico, como sólo a parte del mismo o de sus efectos, en cuyo caso estaríamos ante una rescisión parcial. La posibilidad de una rescisión sólo parcial ha sido expresamente admitida por la jurisprudencia y la doctrina⁶³¹. Ya hemos visto como el Tribunal Supremo afirma en la sentencia de 12 de abril de 2012, que si bien, como regla general la rescisión debe alcanzar a la totalidad del negocio jurídico, no existe ninguna norma que prohíba expresamente la rescisión parcial del negocio. Por el contrario, ya hemos reseñado también que no es posible extender los efectos de la rescisión a actos distintos del rescindido.

El argumento expuesto por el apelante no puede prosperar puesto que, aunque el acto o negocio rescindido sea válido y eficaz en un principio, la jurisprudencia, de siempre, ha señalado que la rescisión supone la destrucción de sus efectos "ex tunc" y no "ex nunc". Por ello, aunque los institutos como la resolución, rescisión, nulidad o anulabilidad mantienen sus diferencias conceptuales, el Tribunal Supremo ha asimilado estas figuras en este particular (...) En el mismo sentido la STS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 8412), refiriéndose concretamente a la acción rescisoria señaló que la declaración de ineficacia del contrato que se rescinde se produce "ex tunc" con efectos retroactivos desde su perfección y produce la restitución de las prestaciones percibidas por cada contratante incrementadas con sus frutos e intereses".

⁶²⁹ SAP Girona de 20.03.2009 (AC 2009/1603; Sentencia 137/2009; Rollo 33/2009), y SAP Jaén (Sección 1) en la Sentencia de 19.01.2011 (Sentencia 8/2011; Rollo 410/2010).

⁶³⁰ SANCHO GARGALLO, I., op. cit. "Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos...", p. 175; CURIEL LORENTE, F., op. cit., p. 216.

⁶³¹ En la práctica se plantea, por ejemplo, en las donaciones remuneratorias, y los supuestos de superposición de garantías, tal y como han puesto de manifiesto, SANCHO GARGALLO, op. cit., "Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos...", pp. 175-176; y PULGAR EZQUERRA, ob. cit., "Rescisión concursal y refinanciaciones...", pp. 1366-1367.

Finalmente, debemos señalar que la regulación de los efectos, al referirse exclusivamente a la rescisión concursal, no se extiende a las demás acciones de impugnación que pueden ejercitarse en el concurso⁶³². Esto supone que los efectos de estas otras acciones se regirán por la regulación común de derecho civil, que difiere de la concursal, muy especialmente en las consecuencias prevista en caso de buena o mala fe⁶³³.

1.3.- Conceptos de buena y mala fe

En este punto se hace necesario intentar delimitar el alcance de los conceptos de buena y mala fe, en referencia a la realización del negocio objeto de una rescisoria concursal. La buena y mala fe son conceptos jurídicos indeterminados de carácter sustantivo o material, no procesal⁶³⁴, que deben ser acotados no ya desde la perspectiva del derecho civil o mercantil en general, sino desde las concretas circunstancias que dan origen y fundamentan la acción rescisoria concursal. La mala fe va referida a la realización del negocio jurídico, y en general, tanto la doctrina como la jurisprudencia definen la buena fe como ausencia de mala fe, por lo que se hace necesario fijar primero qué se entiende por mala fe.

La doctrina defiende mayoritariamente la asimilación de mala fe con la existencia de “*consilium fraudis*” entendido como mero conocimiento del perjuicio que

⁶³² En este sentido se pronuncian expresamente MASSAGUER, J., ult. ob. cit., p. 4232; ESCRIBANO GÁMIR, R.C., op. cit., p. 4042; y MARTIN REYES, M. A., op. cit., p. 4187.

⁶³³ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ es muy crítico con la regulación de los efectos de la rescisoria concursal considerando que lesiona el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución. Afirma que: “*puede ocurrir que el ejercicio simultáneo de las acciones concursal y pauliana en un determinado procedimiento concursal generen, no obstante la identidad de fundamentos y de objetivos perseguidos por ambos tipos de acciones, efectos dispares con relación a la tutela de los contratantes de buena fe, lo que vendría a lesionar, por lo demás, el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de nuestra Constitución*”, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., op. cit., p. 4207-4208. En un sentido totalmente opuesto se manifiesta ESCRIBANO GÁMIR para la cual, la LC regula atinadamente los efectos de la rescisión, destacando como un acierto que los efectos de las otras acciones de impugnación se regulen por el derecho común, ESCRIBANO GÁMIR, R.C., op. cit., p. 4042.

⁶³⁴ Respecto de la distinción entre los concepto de buena fe en sentido material, y buena fe procesal, y la dificultad de delimitación de los mismos véanse, CACHÓN CADENAS, M., “La buena fe en el proceso civil”, en AA.VV., “El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. 18, 2005, pp. 209-249; y PICO I JUNOY, J., “Aproximación al principio de la buena fe procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Tomo 4, 2001, pp.7-28.

el acto causaba a los acreedores⁶³⁵. Por su parte, la jurisprudencia también se decanta por una concepción de mala fe en la que no es suficiente conocer la situación de insolvencia y el perjuicio del acto, sino que exige además conocimiento del perjuicio que el acto causaba a los acreedores aunque no tuviera intención de causarlo, y una cierta repulsa ética de dicho comportamiento.

El Tribunal Supremo, en una primera sentencia de septiembre del 2010⁶³⁶, ya afirma que el concepto de mala fe lo integran dos aspectos: el subjetivo, que no requiere la intención de dañar, sino que *“basta la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio- a los demás acreedores”*; y el objetivo (valorativo de la conducta), es decir, que la conducta del acreedor sea reprobable éticamente en el tráfico jurídico. Esta doctrina del TS sobre el concepto de mala fe a los efectos de aplicación del artículo 73 de la LC se viene manteniendo en las diferentes sentencias en las que se ha pronunciado, siendo la más significativa hasta el momento la del 7 de diciembre de 2012⁶³⁷. En ella ya hemos visto anteriormente que sostiene que la mala fe (referida a la

⁶³⁵ Vide., por ejemplo, SANCHO GARGALLO que asimila mala fe a: *“consilium fraudis”* entendido éste como *“conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor y los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores”*, SANCHO GARGALLO, I., op. cit., *“Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos...”*, p. 179; ALCOVER GARAU para el que: *“la mala fe debe entenderse existente si se demuestra que la contraparte sabía o no podía ignorar cuando contrató con el deudor que el negocio realizado entre ambos era perjudicial y que se realizó cuando éste estaba en una situación económicamente comprometida por lo que, en definitiva, la contraparte se avenía a la realización de un acto que perjudicaba a los acreedores”*, ALCOVER GARAU, G., ob. cit., p. 348. En términos similares se pronuncian LINACERO DE LA FUENTE, M., op. cit., p. 268; MASSAGUER, J., ob. cit., *“Aproximación al régimen...”*, p. 4235; y VARGAS BENJUMEA, I., op. cit., p. 84.

⁶³⁶ STS (Sala Civil) nº 5328/2010, de 16-9-2010: *“(…) deteniendo la atención en el examen de la concurrencia o no de la mala fe, debe decirse: b) que carece de sustento la alegación del motivo relativa a una supuesta falta de base fáctica en la sentencia recurrida para apreciar la mala fe, pues, entre otras alusiones, en el fto. Ap. quinto, B, ap. 4) se hace referencia a que La Caixa actuó a sabiendas de la delicadísima situación financiera de los concursados individuales y de la entidad concursada, y en el mismo fto., ap. 10, se afirma que La Caixa conocía sobradamente al contratar la insolvencia de los concursados; y si bien es cierto que para declarar la existencia de mala fe ex art. 73.3 LC no se estima suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia, sin embargo, en el caso, dadas las demás circunstancias concurrentes en la operación, ya aludidas, cabe considerar justificada la apreciación de la resolución recurrida. La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico.”*. Esta doctrina la reitera el TS en su sentencia de 27-10-2010, al decir *“La apreciación de mala fe a los efectos del artículo 73.3, in fine, no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores”*. Doctrina reiterada de forma casi idéntica en la STS 27.10.2010 (Sentencia 662/2010; Recurso 10/2007).

⁶³⁷ STS 07.12.2012 (Sentencia 723/2012; Recurso 1057/2010).

realización del negocio), supone ausencia de buena fe. Y que la mala fe en la contraparte del concursado a la que se refiere el art. 73.3 LC, exige algo más que el mero conocimiento de la situación o inminencia de la insolvencia del deudor, y de los efectos perjudiciales que el acto o negocio puede ocasionar a los acreedores. Reitera ampliando la argumentación, que la mala fe esta compuesta por un aspecto subjetivo que requiere no la intención de dañar sino *"la conciencia de que se afecta negativamente (perjuicio) a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos"*; y el objetivo, consistente en que la conducta del acreedor sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico. Esta cuestión ha sido tratada más extensamente en el apartado 5.5 del Capítulo II, del Título I de este trabajo.

Por su parte, la jurisprudencia dictada hasta ahora por las Audiencias Provinciales se puede dividir en dos grupos. Un primer grupo que considera que hay mala fe de la contraparte si conoce la situación de insolvencia y la perjudicialidad del acto. En este primer grupo, podemos citar a las Audiencias de Almería, Baleares, Granada, Lugo, Málaga y Oviedo⁶³⁸, Y un segundo grupo que va más allá, exigiendo la existencia de *"consilium fraudis"*, el mero conocimiento de la insolvencia o difícil situación patrimonial del deudor no es suficiente, es además necesario su conocimiento y voluntad de colaborar en la defraudación a los acreedores. En este grupo podemos situar a las Audiencias de Barcelona⁶³⁹, Alicante, Castellón, Girona y Jaen⁶⁴⁰. En

⁶³⁸ Estas resoluciones ponen el acento en el conocimiento de la situación económica de la deudora y en su caso, de la afectación al resto de los acreedores: SAP Baleares (Sección 5) 22.10.2009 (JUR 2009/476376; Sentencia 359/2009; Rollo 332/2009); SAP Almería (Sección 2) 11.09.2012 (Sentencia 166/2012; Rollo 306/2011); SAP Granada (Sección 3) 04.04.2011 (Sentencia 145/2011; Rollo 33/2011); la SAP Lugo 19.12.2006 (JUR 2007/128096), que considera que la contraparte actuó de mala al no desconocer la incorrección de los actos realizados y el estado de insolvencia de la deudora; la SAP Málaga (Sección 6) 26.03.2009 (JUR 2009/274183) que aprecia mala fe porque la adquirente conocía perfectamente la situación de crisis de la cedente, buscando su exclusivo beneficio en perjuicio de los demás acreedores con vulneración del principio *«par conditio creditorum»*; y la SAP Oviedo 04.03.2009 (JUR 2009/187097) que declara la mala fe de quien contrató con el concursado porque debía conocer la difícil situación económica de éste y que el negocio era perjudicial.

⁶³⁹ La AP de Barcelona (Sección 15), en la sentencia de 09.07.2010 (Sentencia 215/2010; Rollo 171/2010), parte de que la previsión del 73.3 LC tiene carácter sancionador: *"Ello es compatible con que la Ley, al regular los efectos de la rescisión, imponga una sanción a la contraparte que hubiera actuado de mala fe, postergando el cobro de crédito a la restitución de su contraprestación. El carácter sancionador de esta norma, que va más allá de los equitativos efectos jurídicos ligados a la rescisión de un negocio (la recíproca restitución de las prestaciones), tanto en la acción pauliana como en la rescisión concursal, es el que nos lleva a exigir un pequeño plus al "consilium fraudis", tal y como viene siendo apreciado por la jurisprudencia, cuando lo objetiva como mero conocimiento de las*

relación con la doctrina de las diferentes Audiencias, tendremos que esperar a ver si modifican o no su posición una vez fijada la doctrina del Tribunal Supremo, habiendo sido ya varias las que fundamentan su resolución en las sentencias ya dictadas por el TS sobre esta cuestión⁶⁴¹.

En todo caso, no debemos olvidar que la buena fe se presume, por lo que la mala fe debe ser alegada, probada y declarada su existencia en la sentencia que resuelve el

circunstancias en que se realiza el negocio. Parece que el art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los eventuales efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores, en concreto un cierto animus nocendi al aceptar y con ello querer dichos efectos”.

⁶⁴⁰ Entre las primera sentencias que se pronuncian sobre esta cuestión podemos citar la SAP Alicante (sección 8ª), de 9 de abril de 2008: "*Ciertamente, la mala fe no se presume y por tanto, quien ejercita la acción de rescisión, debe probarla ... Pues bien, entiende el Tribunal que la mala fe que se requiere para agravar las consecuencias de la estimación de una acción rescisoria frente a los terceros condenados a la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado (...- art.73-2-3 LC -) se debe construir, partiendo de la objetividad con que se construye y fundamenta el sistema rescisorio concursal - art.71-1 in fine LC -, a partir del artículo 1298 Código Civil y, por tanto, adicionando un particular dolo a la conducta negocial del tercero con ocasión del acto declarado ineficaz, ello en el sentido de entender que hay mala fe solo cuando la intervención en el negocio rescindido se ha producido conociendo que se está participando en un acto destinado a causar perjuicio a los acreedores de la contraparte en el negocio. Dicho de otro modo, resulta insuficiente para apreciar mala fe que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza aquél con intención de perjudicar a sus acreedores, esto es, de que lo que se quiere es sustraer bienes en perjuicio de acreedores. Hay pues mala fe en el tercero partícipe en el acto que se declara ineficaz en virtud de una acción rescisoria concursal cuando la parte -de ordinario, el adquirente-, conoce y, conociendo, colabora con el deudor, en la finalidad defraudatoria seguida por éste. Hay mala fe cuando existe un consilium fraudis”.* Esta tesis la ha ido reiterando la AP de Alicante varias sentencias de 14.02.2008 (JUR 2008/166965, Rollo 33/2008), de 10.06.2008 (JUR 2009/18076; Sentencia 221/2008; Rollo 71/2008) que estima mala fe cuando existe un consilium fraudis, entendido como conocer y colaborar con el deudor en la finalidad defraudatoria; la de 13.10.2011 (Sentencia 408/2011; Rollo 217/2011); y más recientemente la de 21.12.2012 (Sentencia 545/2012; Rollo 257/2012) que resume la doctrina del tribunal sobre la mala fe. También siguen esta línea, la SAP Castellón (Sección 3) 29.10.2010 (JUR 2011/65135; Sentencia 337/2010; Rollo 332/2010); la SAP Girona 20.03.2009 (AC 2009/1603; Sentencia 137/2009; Rollo 33/2009): "*se requiere en el "consilium fraudis", como elemento cognitivo, un conocimiento directo por los intervinientes en el acto de obrar en fraude de derechos ajenos legítimamente tutelados, y la directa voluntad de ejecutar el acto con tal intención, como elemento volitivo, sin que para ello sea exigible la directa intención de dañar, sino que basta con la previsión de disminuir la posibilidad de cumplimiento de la propia obligación”*; las SAP Jaén de 24.09.2010 (JUR 2011/66584; Sentencia 192/2010; Rollo 227/2010), y la de 25.10.2011 (Sentencia 248/2011; Rollo 294/2011).

⁶⁴¹ Así por ejemplo, la SAP de Madrid (Sección 28) 11.01.2013 (Sentencia 4/2013; Rollo 640/2011), tras hacer un resumen de la doctrina jurisprudencial, sigue punto por punto la doctrina del TS. En el mismo sentido se pronuncian la SAP Madrid (Sección 28) 07.05.2012 (Sentencia 140/2012; Rollo 331/2011). Otras sentencias que ya han recogido de forma expresa la doctrina del TS son la SAP Tarragona (Sección 1) 05.07.2013 (Sentencia 247/2013; Rollo 213/2012); la SAP Lleida (Sección 2) 27.09.2012 (Sentencia 353/2012; Rollo 261/2012); y la SAP Murcia (Sección 4) 25.07.2013 (Sentencia 479/2013; Rollo 412/2013); SAP Pontevedra (Sección 1) 16.12.2011 (Sentencia 645/2011; Rollo 734/2011); la SAP Salamanca (Sección 1) 01.07.2011 (Sentencia 297/2011; Rollo 739/2010).

incidente rescisorio concursal. En este punto, y aunque parezca una obviedad, parece necesario reseñar que la estimación de la acción rescisoria no supone la automática apreciación de mala fe en la contraparte (tal y como se ha pretendido en algunos casos), sino que la concurrencia de ésta debe ser alegada y probada, debidamente fundamentada en los hechos. Así lo han declarado expresamente varias Audiencias Provinciales (p.ej, las de Oviedo, Valladolid, Murcia y Valencia), considerando una infracción del principio de justicia rogada, o del art 218 LC en relación con la congruencia, que el juzgador de primera instancia aprecie de oficio, sin previa petición de la parte actora, la existencia de mala fe⁶⁴². Es más, la pretensión de apreciación de la existencia de mala fe a los efectos del 73.3 LC, debe introducirse ya en la demanda, no siendo admisible que se haga posteriormente, aún cuando la parte demandada haya podido defenderse⁶⁴³. En esta misma línea, el TS ha puesto de manifiesto en su sentencia de 7 de diciembre del 2012, que pese a considerar que no existía la mala fe declarada por la Audiencia, al no haberse cuestionado en el recurso la apreciación de la mala fe, no puede entrar a revisar este extremo.

La prueba de la mala fe, siguiendo las reglas generales de la LEC, corresponde a la parte actora, la que insta la acción rescisoria y pretende la subordinación del crédito de la contraparte en base a la misma. Sobre la prueba necesaria para la apreciación de mala fe, podemos citar, por ser muy clara, la SAP La Coruña: *“Pero la mala fe no se presume nunca sino la buena fe, por lo que habrá de demostrarse. Aunque un acuerdo o*

⁶⁴² La SAP Oviedo (Sección 1) 02.07.2010 (Sentencia 252/2010; Rollo 172/2010) lo argumenta sobre la base del principio de rogación: *“CUARTO:” (...) la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, como es sobradamente conocido, es la presunción de la buena fe, esto es, que se ha respetado el estándar jurídico entendido como conducta socialmente exigible conforme al imperativo ético dado. Es por ello que el pronunciamiento judicial que declare la existencia de mala fe en cualquiera de los intervinientes en un negocio jurídico deberá obedecer necesariamente a la previa rogación por la parte legitimada que actúe una pretensión en tales términos y a la demostración que consiga realizar en el proceso, pues como señala nuestro Alto Tribunal ‘la buena fe o, en su caso, la mala fe, es concepto jurídico que se apoya en una conducta deducida de los hechos’ (STS 10 julio 2001 y las que en ella se citan)”. En este mismo sentido se pronuncia esta Audiencia (Sección 1) en la Sentencia de 03.03.2011 (Sentencia 116/2011; Rollo 223/2010). Por su parte, la SAP Valladolid (Sección 3) 30.10.2012 (Sentencia 319/2012; Rollo 146/2012) argumenta que: *“(…) no ha sido alegada en la demanda ni por tanto analizada en la sentencia pues lo veda la obligada congruencia”*. En esta misma línea la SAP Valencia (Sección 9) 30.12.2013 (Sentencia 310/2013; Rollo 695/2013); y la SAP Murcia (Sección 4) 21.11.2013 (Sentencia 694/2013; Rollo 634/2013), que no considera suficiente, a estos efectos, la simple oposición a la demanda. Por su parte, la AP de Madrid admite la solicitud no expresa, pero sí por reverencias en la Sentencia 140/2012 (Rollo 331/2011) de 07.05.2012.*

⁶⁴³ SAP Sevilla (Sección 5) 04.12.2012 (Sentencia 592/2012; Rollo 7440/2012): *“Tercero (...) Por tanto era improcedente el planteamiento de esta nueva pretensión en el acto de la vista y ello no queda subsanado por la circunstancia de que la otra parte haya tenido oportunidad de rebatirla en dicho acto”*.

convenio defraudatorio normalmente trate de ocultarse quedando en el fuero interno de los intervinientes en el negocio, y por ello deba en la mayoría de las ocasiones de desvelarse mediante pruebas indirectas o de indicios, en todo caso el hecho ha de quedar cumplidamente demostrado, correspondiendo la carga de tal prueba a la parte demandante que pretende extraer consecuencias favorables del mismo, perjudicándole las dudas. No basta con cualesquiera indicios de significado diverso y no solo en el sentido pretendido de la mala fe. Esto es lo que sucede en el presente caso. Los indicios son muy escasos y de ellos no cabe extraer racionalmente la inequívoca convicción o una conclusión de alta probabilidad como la sentenciada, no siendo suficiente con la sola posibilidad de que así también pudiera ser...”⁶⁴⁴.

2.- La restitución de las prestaciones

La estimación de la acción rescisoria concursal conlleva la declaración de ineficacia del acto o negocio jurídico, y la restitución recíproca de las prestaciones objeto del acto declarado ineficaz, incluyendo los frutos e intereses. La declaración de ineficacia no plantea problemas, el acto o negocio jurídico deja de surtir efectos jurídicos entre las partes, pudiendo subsistir sus efectos en relación a terceros a los que no pueda oponerse la resolución judicial. El pronunciamiento sobre la necesaria restitución de las prestaciones, la jurisprudencia lo ha venido considerando un efecto ex lege, por imperativo legal, y por consiguiente, un pronunciamiento que debe realizarse en la sentencia con independencia de que haya sido expresamente solicitado por la parte actora o no⁶⁴⁵.

Sí que plantea problemas la restitución recíproca de las prestaciones. En primer lugar, la recíproca devolución de prestaciones no siempre es posible, de hecho, sólo

⁶⁴⁴ SAP La Coruña (Sección 4) 23.12.2011 (Sentencia 5607/2011; Rollo 298/2011).

⁶⁴⁵ Sobre esta cuestión, citamos a modo de ejemplo, por ser muy clara, la SJM-1 Alicante 05.05.2008 (AC 2008\1086; Sentencia 59/2008; Incidente Concursal 637/2007): “En cuanto al deber de devolución, este deriva del art. 73.1 LC, como efecto de la ineficacia, por lo que en caso de estimarse está y acordarse la reintegración, entiendo que es pronunciamiento que debe contener la sentencia, aunque el demandado no interese nada al respecto, abarcada por el principio iura novit curia. Es decir, se trata de un deber de restitución que nace de la Ley y no necesita petición expresa, tal y como ha venido entendiendo la jurisprudencia en interpretación del art. 1303 (Sentencias de 24 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1513], de 11 de febrero de 2003 [RJ 2003, 1004], de 20 de junio de 2001 [RJ 2001, 4346], entre otras) cuya ratio se considera aplicable, máxime cuando la satisfacción de esa contraprestación se eleva a condición para la efectiva reintegración (art. 73.3 LC)”.

podrá tener lugar cuando la rescisión afecte a actos o negocios onerosos⁶⁴⁶ y bilaterales. En los supuestos en los que el acto o negocio haya sido gratuito o unilateral (p. ej, la mera constitución de una garantía real), al no existir contraprestación por la otra parte, los efectos se limitarán a la restitución del bien o derecho, normalmente por parte del tercero que contrató con el concursado (aunque excepcionalmente puede ser el concursado).

Según la reseñada STS de 26 de octubre del 2012, si se rescinde un contrato bilateral, su ineficacia sobrevenida tendría como efecto la declaración de ineficacia del mismo y la restitución recíproca de las prestaciones (naciendo a favor del tercero contratante con el deudor un crédito contra la masa). Por el contrario, la rescisión de un acto de disposición unilateral, como por ejemplo un pago, no supondría la ineficacia del negocio jurídico del que deriva el pago, la ineficacia sólo alcanzaría al pago debiendo por ello ser éste restituido, pero sin perder el acreedor su derecho de crédito, que al ser anterior a la declaración de concurso, sería calificado como crédito concursal.

2.1.- Alcance de la restitución

La restitución de las prestaciones inherente a la rescisión, según la jurisprudencia, incluye:

- Los gastos necesarios que, el adquirente de buena fe, haya tenido que soportar (salvo los que sean de mero lujo)⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ En este sentido se pronuncia expresamente, p. ej, ALCOVER GARAU, G., ob. cit., p. 346.

⁶⁴⁷ SAP Córdoba (Sección 3) 21.11.2007 (Rollo 252/2007): “3.- (...) la cuestión determinante en este caso es decidir si los gastos originados por la compraventa ahora rescindida tienen o no el carácter legal de frutos e intereses a estos efectos de restitución como crédito contra la masa. Ni la Ley Concursal ni la legislación civil general en materia rescisoria (artículo 1.295 del Código Civil) dan respuesta expresa al problema de si los gastos propios de la operación rescindida deben tener, respecto de la restitución, el mismo carácter que los frutos y rentas en sentido estricto. En los casos de rescisión en que el contratante no es calificado como de mala fe, la doctrina civilista mayoritaria considera que son de aplicación los artículos 453 y 454 del Código Civil, y por tanto al adquirente se le habrán de compensar, junto con los frutos y rentas, los gastos necesarios que haya tenido que soportar, salvo los que sean de mero lujo (así mismo, parecen inclinarse por esta solución las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1970 y 14 de junio de 1976); solución que, desde un punto de vista de justicia material, también parece aplicable a la rescisión concursal, al no existir prohibición legal en contrario y ser el régimen del artículo 73.3 de la Ley Concursal básicamente asimilable a lo previsto en los artículos 1.295 y 1.303 del Código Civil. Téngase en cuenta que, según la jurisprudencia, con la restitución de prestaciones en caso de rescisión se pretende retrotraer la situación de los contratantes al momento anterior a la celebración del contrato que se rescinde (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1986). Las obligaciones de restituir tienen su fundamento en la ley, no en el contrato rescindido, y son consecuencia natural e ineludible de la declaración de rescisión, por lo que no requieren el ejercicio de

- No es pacífica la doctrina sobre los gastos en los que incurrió la concursada para constituir las hipotecas rescindidas. Se pronuncian a favor de su inclusión, las AP. de Barcelona y Tenerife, para las que la devolución de estos gastos “*pretende hacer efectiva la restitución del sacrificio patrimonial*”, es decir, englobar toda la prestación realizada por el concursado, no resarcir daños y perjuicios, por ello es independiente de que se declare o no la existencia de mala fe⁶⁴⁸. Asimismo, las AP. de Sevilla, Barcelona y Castellón, argumentan que estos gastos han disminuido el activo de la concursada, y por ello deben ser restituidos por la persona en cuyo beneficio se llevaron a cabo⁶⁴⁹. En contra de esta tesis se pronuncian la AP. de Castellón, que en su sentencia de 24 de abril de 2014, hace un análisis de las diferentes posturas jurisprudenciales, para decantarse finalmente por la no inclusión⁶⁵⁰; y la AP. de Pontevedra, según

una acción independiente de la principal de rescisión; de ahí que esta Sala no comparta la resolución del juzgador de instancia de reservar a la parte su derecho a reclamar en un procedimiento posterior los gastos generados por la compraventa”.

⁶⁴⁸ SAP Barcelona (Sección 15) 06.02.2009 (Rollo 607/2008): “... en un supuesto como el presente en que el acto impugnado es unilateral de la concursada de constitución de una garantía hipotecaria a favor de una obligación que sustituye a otra preexistente, los efectos ordinarios de la rescisión alcancen no sólo a dejar sin efecto la hipoteca sino también a compensarle de los gastos que ocasionó a la deudora concursada la constitución de la garantía real declarada ineficaz. Se trata de un efecto consiguiente a la rescisión, pues pretende hacer efectiva la restitución del sacrificio patrimonial que supuso el acto de disposición impugnado. Para que opere esta condena no es preciso declarar la mala fe del destinatario del derecho real de garantía rescindido, pues no se trata de un supuesto especial de restitución contenido en el art. 73.2 LC...pues la restitución de los gastos de constitución de las hipotecas no son los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de restituir los derechos transmitidos, sino que pueden equipararse a la prestación que tuvo que realizar el concursado para constituir la hipoteca a favor de los demandados”. En sentido idéntico, la SAP Tenerife (Sección 4) 08.04.2013 (Sentencia 125/2013; Rollo 465/2012)

⁶⁴⁹ SAP Sevilla (Sección 5) 23.10.2013 (Sentencia 481/2013; Rollo 5075/2013): “Los gastos que afrontó la concursada como consecuencia de la constitución de las hipotecas y prendas que rescinde la sentencia apelada, representan una cantidad que ha disminuido el activo de la misma. La consecuencia de la rescisión de esas operaciones conforme al artículo 73.1 citado es no sólo la ineficacia del acto impugnado, sino la restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses que es lo que pidió la Administración Concursal. Este precepto implica que si los actos rescindidos por haberse llevado a cabo en beneficio del acreedor y en perjuicio de la concursada ocasionaron gastos que se cargaron a la concursada, tales gastos han de ser restituidos por la persona o entidad en cuyo beneficio se llevaron a cabo...”; y en la misma línea SAP Barcelona (Sección 15) 04.06.2013 (Sentencia 234/2013; Rollo 117/2013); SAP Castellón (Sección 3) 12.07.2012 (Sentencia 368/2012; Rollo 371/2012); SAP Sevilla (Sección 5) 26.09.2013 (Sentencia 431/2013; Rollo 3850/2013)

⁶⁵⁰ SAP Castellón (Sección 3) 24.04.2014 (Sentencia 151/2014; Rollo 81/2014): “... no existe una opinión uniforme sobre si es factible la condena a su reintegro, con posiciones favorables por entender que su devolución se asimila por su naturaleza indemnizatoria al abono de los frutos e intereses que contempla el art. 72.1 de la Ley Concursal (“ La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses ”) y otras contrarias por considerar que no cabe dicha asimilación por no estar ante restitución de prestación alguna sino ante la mera anulación del acto de constitución de unas garantías que dista del

la cual: “... los desplazamientos de numerario realizados por el deudor para la constitución del negocio rescindido, a salvo de que fueran objeto de una acción autónoma de impugnación, no han de ser reintegrados por el acreedor como efecto necesario de la rescisión si no se proclama su mala fe”.⁶⁵¹

- Los gastos de cancelación de la hipoteca rescindida, y los gastos registrales de la transmisión⁶⁵². En relación con los primeros, la AP. de Castellón, afirma que: “... su reintegro viene determinado por las propias consecuencias naturales de la rescisión en orden a atajar sus repercusiones económicas”⁶⁵³. En este mismo

supuesto de rescisión de negocios con obligaciones recíprocas en el que propiamente está pensando dicho precepto legal.

En el ámbito de la denominada jurisprudencia menor prevalece la primera opinión, pudiendo citar al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, S.1ª, de 10 de mayo de 2011 ; Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, S.5, de 26 de septiembre y 23 de octubre de 2013 ; y Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 6 de febrero de 2009 , 15 de abril y 4 de junio de 2013 , aunque ésta última ya refleja que la cuestión presenta serias dudas de derecho. Sigue la otra opinión la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, S.1, de 27 de julio de 2011. Esta última posición es la que consideramos más ajustada a la regulación de la reintegración concursal y naturaleza de la acción rescisoria.

Por un lado, porque propiamente no cabe hablar de restitución cuando se trata del coste de una operación que tuvo un destino ajeno a las partes y no integró su asunción prestación alguna que tuviere como contrapartida otra interdependiente en la otra parte en consonancia con la naturaleza del acto a rescindir que no implica un contrato con obligaciones recíprocas que pudiese dar lugar a la devolución de prestaciones que contempla el art. 72.1 de la Ley Concursal . Es más, de pretender alguna equivalencia, la misma debería situarse en los gastos que puede suponer la cancelación de las garantías que se rescinden, tal como viene a contemplar en cierto sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, S.1ª, de 25 de enero de 201 , cuando dice que los gastos de cancelación quedan englobados dentro de la restitución de prestaciones. De hecho, si partimos de que la rescisión opera sobre negocios en principio válidos en orden a anular la situación derivada de su concertación no ha lugar a encontrar una justificación desde esa óptica a que tenga que asumir la entidad garantizada tanto el coste de constitución de las garantías como el de su cancelación que con carácter general se le impone en todo caso, rompiéndose así toda equivalencia en orden a la reintegración a la situación precedente.

Por otro lado, porque no estando ante un efecto derivado de la rescisión como tal según cabe colegir de las consideraciones precedentes, tampoco cabe una equiparación a los frutos e intereses que contempla el art. 72.1 de la LEC en relación con las consecuencias inmediatamente derivadas de dicho supuesto de ineficacia, no pudiendo más que situarse toda pretensión de imposición de dichos gastos en el ámbito de una indemnización de daños y perjuicios que nos conduce directamente a un ámbito diverso al que nos ubicamos”.

⁶⁵¹ SAP Pontevedra (Sección 1) 27.07.2011 (Sentencia 433/2011; Rollo 466/2011).

⁶⁵² Sobre esta cuestión ver la SAP Alicante (Sección 8) 05.04.2011 (Sentencia 122/2011; Rollo 903/2010).

⁶⁵³ SAP Castellón (Sección 3) 12.07.2012 (Sentencia 368/2012; Rollo 371/2012). En este mismo sentido, la SAP Castellón (Sección 3) 27.04.2009 (JUR 2009/304131; Sentencia 134/2009; Rollo 586/2008), que rechaza calificar como crédito contra la masa el pago necesario para cancelar las cargas de la finca adquirida mediante la dación en pago rescindida (forma de liberar el bien transmitido de las cargas, por lo que el pago no tiene relación con la dación en pago).

sentido se pronuncia la AP. de Oviedo⁶⁵⁴. Por su parte, la AP Pontevedra los considera gastos necesarios para la ejecución de la sentencia⁶⁵⁵.

Es posible, aunque la norma no lo prevé, que en el momento de la restitución los bienes hubiesen aumentado o disminuido su valor. En caso de aumento de valor, VILA FLORENZA⁶⁵⁶, afirma que caben dos alternativas: a) Aplicar el régimen del art. 73.1 LC, opción que no resulta del todo satisfactoria porque traslada el perjuicio del concursado a la contraparte que solo recibirá lo que pagó en su momento por el bien transmitido, cifra que puede ser muy inferior al valor del bien que se ve obligado a devolver. Para obtener una solución más equitativa, el concursado debería pagar no sólo el valor del bien, sino todas las mejoras y gastos útiles que se hicieron en el bien transmitido (o alternativamente que pague el valor real del bien). A favor de esta consideración operaría el derecho de retención del art. 453.2 CC; b) Entender que el mayor valor del bien ha alterado de forma sustancial el bien transmitido por el concursado y que dicha situación es equiparable a la imposibilidad de devolver la cosa inicialmente transmitida, con la consecuencia de que resulta de aplicación la solución prevista en el art. 73.2 LC. Por su parte, SEBASTIAN propone no devolver el bien sino sólo su valor en el momento de realizar la operación, o aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto⁶⁵⁷.

En el supuesto contrario, la disminución de valor (por ejemplo si el bien ha sido gravado y no puede rescindirse el gravamen), CURIEL LORENTE⁶⁵⁸ considera que hay dos opciones: a) No es posible la restitución “in natura” por falta de identidad material y jurídica (no puede devolverse un bien libre) recurriendo por ello a la prestación sustitutoria; b) Considerar que la falta de restitución es sólo parcial (por el valor del

⁶⁵⁴ SAP Oviedo 17.07.2008 (JUR 2008/353716; Sentencia 245/2008; Rollo 8/2008): “... si los efectos de la rescisión a que se refiere el art. 73 LC es la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, con sus frutos e intereses, la cancelación arrastra consigo para la entidad que obtuvo la garantía del préstamo que se realice con todos los gastos a que haya lugar, como consecuencia de lo cual será la última de las opciones reseñadas con anterioridad la que deberá imponerse. Y ello sin que se haga necesario el análisis de la posible conducta con mala fe de la entidad prestamista”.

⁶⁵⁵ SAP Pontevedra (Sección 1) 27.07.2011 (Sentencia 433/2011; Rollo 466/2011).

⁶⁵⁶ Vide VILA FLORENZA, N., op. cit., pp. 498-499.

⁶⁵⁷ SEBASTIAN, R., op. cit., pp. 113-115.

⁶⁵⁸ Vid. CURIEL LORENTE, F., op. cit., p. 218.

gravamen) por lo que procedería la devolución del bien más una compensación equivalente a la pérdida de valor.

En ambos casos, tanto el de aumento como en el de disminución del valor del bien, la falta de regulación y la casuística que puede darse en la práctica, nos lleva a pensar que la solución tendrá que darse caso por caso, partiendo de la regulación general contenida en el CC sobre estas materias, y las circunstancias que concurran en el caso concreto.

La restitución también comporta la devolución de los frutos que el bien hubiera generado desde su adquisición y el pago del interés legal cuando lo que deba devolverse sea dinero. Nada dice la LC en cuanto a la liquidación de frutos e intereses, por cuanto deberemos acudir a la regulación general contenida en la LEC⁶⁵⁹. Por su parte, la AP. de Sevilla⁶⁶⁰ afirma que los intereses deberán ser los pactados, aunque sean inferiores a los legales.

Tampoco dice nada la LC en relación a las mejoras⁶⁶¹ y gastos que el adquirente hubiese podido hacer en el bien reintegrado. Respecto del tratamiento que debe darse a los gastos en general existe jurisprudencia contradictoria. La AP Córdoba los califica

⁶⁵⁹ SAP Badajoz (Sección 2) 31.01.2012 (Sentencia 45/2012; Rollo 526/2011): “... existe obligación de devolver los frutos, pero una vez que exista determinación de los mismos, para lo que el cauce adecuado, al no consignarse en el fallo de nuestra Sentencia, la cantidad exacta de los mismos, ni los criterios para su determinación, habrá de ser el Art. 718 y ss. de la LEC”.

⁶⁶⁰ SAP Sevilla (Sección 5) 04.12.2012 (Sentencia 592/2012; Rollo 7440/2012).

⁶⁶¹ En relación a esta cuestión, ALCOVER GARAU afirma siguiendo la opinión de DE CASTRO, que deben ser de aplicación a la contraparte del deudor concursado la regulación contenida en los artículos 453 y 454 CC relativa a los gastos hechos en los bienes reintegrados, y el 1298 CC en caso de pérdida de la cosa, ALCOVER GARAU, G., ob. cit., p. 347 y 351; En este mismo sentido se pronuncian GARCÍA SANZ. A., "Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva LEC", en AA.VV., “*Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*”, T. IV, p. 4079; y LINACERO DE LA FUENTE considerando además, aplicable el art. 457,1º CC en relación a la responsabilidad por pérdida y deterioro, LINACERO DE LA FUENTE, M., ob. cit., pp. 248. Sobre esta cuestión consideramos que, regulando la propia LC un cumplimiento por equivalencia cuando el bien no pueda ser devuelto por estar en posesión de un tercero que no pueda ser privado del mismo, y estableciendo expresamente que el valor a devolver debe ser el que tenía el bien en el momento en el que salió del patrimonio del deudor, parece más adecuado aplicar analógicamente estas normas en caso de mejoras, gastos, pérdida o deterioro por ser la LC ley especial respecto del CC. SANCHO GARGALLO parece decantarse por esta opción en caso de pérdida de la cosa, SANCHO GARGALLO, I., op. cit., “Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos...”, p. 180. No obstante ello, la cuestión es dudosa ya que la aplicación analógica de la LC puede dar lugar a situaciones injustas y por tanto, indeseables.

como crédito contra la masa⁶⁶², mientras que el JM 2 Barcelona los califica como crédito ordinario⁶⁶³. Cuestión distinta son los gastos en que incurrió la concursada por constituir las hipotecas posteriormente rescindidas, gastos que como ya hemos indicado anteriormente, se obliga a soportar al acreedor⁶⁶⁴.

Finalmente, creemos necesario, por su interés práctico, citar tres supuestos especiales sobre los que ya se ha pronunciado la jurisprudencia. En el primero de ellos, la finca que debía ser reintegrada a la masa, había sido gravada por su adquirente con una hipoteca en garantía de un préstamo. La AP. de Alicante, determina que se devuelva la finca libre de cargas, compensando el importe necesario para cancelar el préstamo y con él la carga hipotecaria, con el precio de la finca que debía entregarse al adquirente con cargo a la masa. El Tribunal argumenta que dicha compensación no infringe la prohibición del artículo 58 LC, por cuanto éste se refiere a los créditos no derivados del propio concurso, como sería en este caso, sino a los generales del mercado jurídico⁶⁶⁵.

⁶⁶² SAP Córdoba (Sección 3) 21.11.2007 (Rollo 252/2007): “3.- la cuestión determinante en este caso es decidir si los gastos originados por la compraventa ahora rescindida tienen o no el carácter legal de frutos e intereses a estos efectos de restitución como crédito contra la masa. Ni la Ley Concursal ni la legislación civil general en materia rescisoria (artículo 1.295 del Código Civil) dan respuesta expresa al problema de si los gastos propios de la operación rescindida deben tener, respecto de la restitución, el mismo carácter que los frutos y rentas en sentido estricto. En los casos de rescisión en que el contratante no es calificado como de mala fe, la doctrina civilista mayoritaria considera que son de aplicación los artículos 453 y 454 del Código Civil, y por tanto al adquirente se le habrán de compensar, junto con los frutos y rentas, los gastos necesarios que haya tenido que soportar, salvo los que sean de mero lujo (así mismo, parecen inclinarse por esta solución las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1970 y 14 de junio de 1976); solución que, desde un punto de vista de justicia material, también parece aplicable a la rescisión concursal, al no existir prohibición legal en contrario y ser el régimen del artículo 73.3 de la Ley Concursal básicamente asimilable a lo previsto en los artículos 1.295 y 1.303 del Código Civil”.

⁶⁶³ SJM 2 Barcelona de 25.02.2005 (AC 2005/534) los califica de crédito ordinario: “CUARTO.- (...) Debe descartarse que los gastos de la adjudicación deban ser soportados por la masa, dado que dicho efecto no está contemplado en el artículo 73 de la LC como propio de la rescisión dicho precepto solo habla de «frutos e intereses». Ahora bien, la entidad demandada deberá figurar en la relación de acreedores, incluyéndose su crédito como ordinario, dado que no se aprecia mala fe”.

⁶⁶⁴ SAP Barcelona (Sección 15) 06.02.2009 (Rollo 607/2008), y la SAP Asturias 17.07.2008 (JUR 2008/353716; Sentencia 245/2008; Rollo 8/2008).

⁶⁶⁵ SAP Alicante (Sección 8) 09.04.2008 (JUR 2008/189071): “En el cumplimiento de esta obligación es dable, en apreciación de este Tribunal, y no obstante la dicción del artículo 58 de la Ley Concursal, la compensación, en su caso, con el importe de que pudiera hacerse entrega a los adquirentes como restitución de la prestación de la concursada en tanto mecanismo que simplifica el propio cumplimiento de lo impuesto con ocasión de la rescisión. Y es que entiende este Tribunal que cuando el artículo 58 de la Ley Concursal prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado una vez declarado el concurso (salvo si los requisitos de la misma hubieran existido con anterioridad a la declaración), se está haciendo referencia a créditos no derivados del propio concurso o de sus específicos mecanismos, sino a los generales del mercado jurídico, de modo que si la compensación encuentra su fundamento general en lo injusto y desleal que implica la reclamación del crédito por quien al tiempo es deudor, la

El segundo supuesto se refiere a la ineficacia de cargas de los bienes objeto de rescisión. Así, la AP. de Jaén decreta la cancelación de los embargos que gravan la finca cuya compraventa se rescinde, por ser posteriores a dicha compraventa, considerando que no son terceros hipotecarios a los efectos del artículo 34 de la LH⁶⁶⁶. Más recientemente, la AP. de Baleares estimada la rescisión de una compraventa con cesión de créditos, declara también la ineficacia de la subrogación en la deuda hipotecaria derivada de dicha compraventa (la entidad compradora había asumido el pago del saldo pendiente de un préstamo con garantía hipotecaria que gravaba el bien adquirido), considerando improcedente la subsistencia de una subrogación hipotecaria cuando se ha declarado la rescisión de la compraventa y cesión de crédito que le sirve de base, resaltando que lo esencial es que integra un mismo acto jurídico⁶⁶⁷.

Asimismo, debemos tener en cuenta los supuestos de rescisión de un acto o negocio unilateral, que conlleve la rehabilitación o renacimiento de un negocio jurídico garantizado. En estos supuestos, el pago del negocio jurídico habrá comportado la

fuerza común en el nacimiento de las obligaciones de restitución a cargo de la masa y del tercero adquirente autoriza la superación de la excepción, justificada en el principio de la par conditio creditorum para el caso de las ejecuciones universales, que carece de sentido respecto de los terceros cuyo crédito la Ley califica de crédito contra la masa y no está afecto, por tanto, por aquél principio. Debe por tanto admitirse la compensación in boni iuris en respuesta a las consecuencias del mecanismo rescisorio y a sus efectos legales". En esta misma línea la SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 598/2007; Concurso 811/2008) en un supuesto en el que además de con una hipoteca, el bien había sido gravado por varios embargos.

⁶⁶⁶ SAP Jaén (Sección 1) 19.01.2011 (Sentencia 8/2011; Rollo 410/2010): “*Primero.- (...) y el efecto natural y regular de la rescisión es la restitución de la prestación, restitución que ha de ser propia, es decir, de lo percibido en su día y por tanto, con devolución e identidad de estado, condiciones y naturaleza y valor, tanto jurídico como económico, debiendo de tenerse en cuenta que las referidas anotaciones de embargo se produjeron tras la transmisión de las fincas que deben ser restituidas y que en este caso no son irreivindicables y que aun cuando les ampare la fe pública registral no confieren la condición de terceros hipotecarios a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria aquellos cuyo favor están inscritas.*”.

⁶⁶⁷ SAP Baleares (Sección 5) 23.01.2014 (Sentencia 19/2014; Rollo 530/2013): “*La subrogación hipotecaria es totalmente conexa a la compraventa antes reseñada y estrechamente vinculada a la misma, y sin tal subrogación presumiblemente no se habría celebrado el íntegro acto jurídico, o se habría optado por otras posibilidades. La subsistencia de la subrogación hipotecaria cuando se rescinde el negocio jurídico que constituye su antecedente y soporte se considera inviable y se ve arrastrada por el efecto jurídico de la rescisión antes expresado (...) Consideramos que la rescisión de la subrogación hipotecaria es una consecuencia de la rescisión de la compraventa y cesión de créditos que constituye su antecedente y base, como efecto derivado del artículo 73.1 de la LC, e improcedente la subsistencia de una subrogación hipotecaria cuando se ha declarado la rescisión de la compraventa y cesión de crédito que le sirve de base, resaltando que lo esencial es que integra un mismo acto jurídico (...) este mismo criterio sigue la SAP Asturias, Sec 1, de 3 de marzo de 2.011 (...). En parecido sentido, la SAP Asturias, sec 1, de 14 octubre 2.010*”.

cancelación de las garantías prestadas para garantizar el cumplimiento del mismo (p. ej, hipotecas o prendas). La rescisión del pago, supondrá el renacimiento del crédito, y con él, el de sus garantías⁶⁶⁸.

Si el adquirente actuó de mala fe estará igualmente obligado a la devolución de los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor, con sus frutos e intereses, debiendo recibir a cambio la contraprestación entregada. La diferencia está en que la restitución de las prestaciones con los frutos e intereses correspondientes, debe ser recíproca pero no simultánea como en el supuesto anterior. En este caso, el adquirente debe reintegrar el bien o derecho a la masa activa del concurso, pero su crédito se califica como concursal subordinado, por lo que, no sólo no será pagado de forma simultánea a la devolución del bien, sino que, en caso de liquidación, quedará relegado detrás de todos los ordinarios, e incluso de los propios subordinados, cobrando en último lugar si es que hubiera bienes suficientes para ello; en caso de convenio no tendrán derecho a voto en la junta de acreedores (art. 122.1 LC) pero quedarán vinculados por éste en caso de aprobación del mismo (art. 134 LC).

Además, de conformidad con el art. 73.2º, cuando se pueda probar su mala fe, el adquirente será condenado a indemnizar a la masa por los daños y perjuicios causados. Por tanto, la declaración de mala fe agrava los efectos de la reintegración respecto del adquirente ya que conlleva la subordinación del crédito derivado de la rescisión (la contraprestación que le debe ser devuelta), y la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados⁶⁶⁹.

⁶⁶⁸ SAP Salamanca (Sección 1) 04.12.2012 (Sentencia 649/2012; Rollo 526/2011): “QUINTO.- (...) condenado el Banco Popular Español a reintegrar al patrimonio de la concursada la cantidad total de 664.255,60 €, correspondiente a la cancelación anticipada de las hipotecas, debe procederse por los Administradores concursales a calificar adecuadamente el crédito, procediendo a la rehabilitación de la hipoteca en la cuantía que corresponda.”

⁶⁶⁹ Dentro de estos daños y perjuicios, el JM 2 de Bilbao (sentencia de 13-10-2006) incluye el lucro cesante. Algún autor entiende que la mala fe, además, puede fundamentar una declaración de complicidad. En este sentido, ver a PONS ALBENTOSA, L.: “En buena lógica coincide la doctrina (García-Cruces y otros, 2004; Etxarandio, 2009; Vilata, 2011) en considerar que los terceros partícipes en la realización del acto que pudiera tener encaje en el supuesto del artículo 164.2.5º, en el presente caso el acto ordinario efectuado en condiciones anormales reintegrado en sede del artículo 71, podrá tener la consideración de cómplice de acuerdo con lo establecido en el artículo 166 de la Ley Concursal”, PONS ALBENTOSA, L., op. cit., p. 18.

También, aunque pueda parecer una obviedad, debemos dejar constancia de que nuestros tribunales de justicia vienen rechazando sistemáticamente las pretensiones de que la resolución que pone fin al incidente rescisorio concursal, produzca efectos que no corresponden a la rescisión del acto impugnado. Así ocurre, por ejemplo, cuando se pretende extender los efectos de la declaración de ineficacia, a un negocio jurídico que no es objeto de rescisión, pero que está vinculado o relacionado de forma directa o indirecta con el que sí es objeto de rescisión⁶⁷⁰.

Finalmente no podemos concluir este punto sin hacer una breve reseña respecto del alcance que la estimación de una acción rescisoria concursal tiene en materia tributaria. Los actos o negocios jurídicos, en el momento de su realización, constituyeron el hecho imponible y generaron el pago de uno o varios impuestos (Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas, Impuesto de Sociedades, Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuestos de Bienes Inmuebles, Impuesto de Donaciones y Sucesiones, etc). La declaración de ineficacia del acto, especialmente si se considera que los efectos de dicha ineficacia son “ex tunc”, tendrá efectos tributarios, por cuanto, si se deja sin efecto el negocio jurídico, al desaparecer el hecho imponible, desaparece la obligación de pagar el impuesto o impuestos que correspondían por causa del mismo. En estos casos, será necesario regularizar la situación fiscal, solicitando la restitución de los impuestos correspondientes al acto jurídico declarado ineficaz. Lógicamente, cuando el beneficiado sea el concursado, el importe recuperado pasará a aumentar la masa activa del concurso.

La doctrina fiscalista considera que el procedimiento para ello, en los supuestos en los que no haya previsto un procedimiento específico (como el establecido para solicitar la devolución del IVA) será el correspondiente a la solicitud de devolución de pagos indebidos (sostienen que puede utilizarse esta vía porque aunque debidos en su momento, la rescisión los ha convertido en indebidos).

⁶⁷⁰ Por ejemplo, la SAP Segovia (Sección 1) 18.02.2014 (Sentencia 20/2014; Rollo 9/2014), declara la rescisión de una cláusula penal pactada en una compraventa, pero no de la compraventa, por lo que no condena al reembolso del pago del precio tal y como se pretendía.

Sin embargo, también cabe la posibilidad que que la restitución conlleve el nacimiento de un crédito a favor de la Agencia Tributaria (p. ej, en caso de pérdidas patrimoniales compensadas con ganancias de otros ejercicios, o si se han generado plusvalías, o se recupera la posesión de inmuebles sujetos al IBI, etc). En este caso, la rescisión puede suponer un gravamen tributario para la masa (o cualquier otro sujeto parte del negocio rescindido, o subadquirente), que lógicamente deberá ser valorado por la Administración Concursal, o en su caso los acreedores instantes, a la hora de decidir o no la conveniencia de su interposición⁶⁷¹.

2.2.- Calificación del crédito derivado de la restitución.

A) Actos bilaterales:

El art. 73.3 LC establece que el derecho a la prestación que corresponda a los demandados como consecuencia de la rescisión tiene la consideración de crédito contra la masa (por tratarse de un derecho de crédito nacido después de la apertura del concurso), y que debe satisfacerse de forma simultánea a la devolución del bien o derecho. La LC exige que las restituciones sean simultáneas⁶⁷², de manera que si en la masa no hay activo suficiente para pagar o devolver la contraprestación a la otra parte, ésta no estará obligada a la devolución del bien o derecho a pesar de haberse declarado ineficaz el acto en virtud del cual lo adquirió.

No obstante ello, ya hemos adelantado que la ley excepciona este régimen en los supuestos en los que la sentencia declare la existencia de mala fe en la contraparte, calificando en estos casos el crédito derivado de la rescisión como concursal subordinado. El TS en la sentencia dictada el 7 de diciembre del 2012, reafirma que el crédito que nace a favor de la contraparte como consecuencia de la rescisión debe calificarse como crédito contra la masa, salvo que concurra mala fe en cuyo caso se

⁶⁷¹ Sobre los efectos tributarios que puede producir la estimación de una acción de reintegración concursal ver, ÁLVAREZ MARTINEZ, J. y GARCÍA GÓMEZ, A., “Efectos tributarios del ejercicio de las acciones de reintegración” en AA.VV., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 455-485.

⁶⁷² Sobre esta cuestión, VILA FLORENSA considera que se trata de prestaciones simultáneas de obligado cumplimiento por lo que considera que no cabe la posibilidad de postergación establecida en el art. 84.3 LC, VILA FLORENSA, N., op. cit., p. 498.

califica como crédito subordinado⁶⁷³. Según el TS, la sanción prevista por la LC en caso de mala fe es la subordinación del crédito de la contraparte no siendo posible mitigar este efecto subordinando sólo una parte del crédito, el art. 73.3 LC no lo permite⁶⁷⁴.

B) Actos unilaterales:

La regulación contenida en el artículo 73 LC sólo es aplicable en caso de contratos o negocios jurídicos bilaterales, no en los unilaterales en los que la rescisión no supone el nacimiento de una contraprestación para el adquirente (el acto rescindido es una prestación unilateral de la concursada) que deba ser restituida por la masa paralelamente al negocio rescindido. Así, al no nacer un crédito a favor del tercero derivado de la rescisión, la mala fe no puede tener este efecto por cuanto no existe un crédito que subordinar.

Sobre esta cuestión el TS se ha pronunciado en sus sentencias de 12 de abril del 2012⁶⁷⁵, y especialmente en la de 26 de octubre del 2012, en la que afirma que: "*La*

⁶⁷³ STS 07.12.2012 (Sentencia 723/2012; Recuso 1057/2010): "Efectos de la rescisión concursal. 6.- *En principio, el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde es un crédito contra la masa (art. 84.2.8º LC), y debe ser abonado por la administración concursal 'simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido' (art. 73.3 LC). Esta referencia a la consideración de crédito contra la masa es para diferenciarlo de los créditos concursales y, por lo tanto, para legitimar la obligación impuesta a continuación de que la restitución sea simultánea, y para que, en el hipotético caso en que la contraparte hubiera restituido la prestación por ella recibida sin obtener a cambio la suya, se le permita reclamar su satisfacción inmediatamente, y, en cualquier caso, con la preferencia respecto de los créditos concursales derivada de lo dispuesto por los arts. 48.3 y 154 LC .*

Excepcionalmente, para el caso en que la contraparte hubiere actuado de mala fe, el art. 73.3 LC prevé la transformación de su crédito en concursal, y, dentro de éstos, en crédito subordinado (art. 92.6º LC), con la consiguiente postergación en el cobro, caso de liquidación, y el régimen de participación y vinculación, en caso de convenio. Si es un crédito concursal, entonces cesa el derecho a ser cobrado simultáneamente a la entrega de su prestación".

⁶⁷⁴ Nuevamente, la STS 07.12.2012: "6.- (...) *En principio, una vez apreciada la mala fe de la contraparte, debe operar la sanción que supone la subordinación de su crédito, sin que pueda mitigarse este efecto aplicándolo sólo a una parte del crédito. Desde esta perspectiva, no cabe distinguir, como hace la Audiencia, entre una parte del crédito que corresponde a la compradora Cris-Copa, S.L. por la devolución del precio abonado con la compraventa de las 25 naves industriales (1.800.000 euros) y otra (2.400.000 euros), para aplicar a la primera la sanción de subordinación y mantener respecto de la segunda su carácter de crédito contra la masa.*

La discrecionalidad judicial alcanza a la apreciación de la mala fe en la conducta de quien contrató con la concursada, pero no permite mitigar el rigor de la sanción de subordinación, pues la dicción del art. 73.3 LC no lo admite, ya que se refiere a la totalidad del crédito afectado por derecho a la restitución, sin que pueda valorarse otra circunstancia o criterio que no sea la mala fe".

⁶⁷⁵ STS 12.04.2012: "34 (...) *En contra de lo pretendido en el recurso, no siempre la rescisión comporta restitución de prestaciones, sino tan solo en aquellos casos en los que la liquidación de la situación resultante de la rescisión así lo exija a fin de mantener el equilibrio de prestaciones, pero no en aquellos*

previsión contenida en el apartado 3 del art. 73 LC (...) invocado por el recurrente como infringido, presupone que, conforme al apartado 1, que regula los efectos de la rescisión del acto impugnado, se hubiera condenado ‘a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses’. Si se hubiera rescindido en contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito.”. En esta misma línea se mantienen las STS de 9 de abril del 2014⁶⁷⁶, y la inmediatamente posterior de 30 de abril⁶⁷⁷.

En estos supuestos en los que se rescinde un acto unilateral, no obstante no nacer un crédito contra la masa como contraprestación de la rescisión, hay que tener en cuenta que habitualmente la rescisión del acto conlleva el renacer el crédito cuyo pago o contraprestación se ha rescindido, y en su caso, de las garantías que pudieran haberse extinguido. Extinguido el pago de un crédito preexistente al concurso (por pago directo, por una dación en pago, por compensación o negocio con efectos jurídicos similares), el efecto debe ser la recuperación del derecho de crédito extinguido (lo que se declara ineficaz es el pago, no el negocio jurídico del que deriva dicho pago). El acreedor debe

en los que la reintegración se sustenta en la ausencia de contrapartida o en la falta de equilibrio determinante del perjuicio”.

⁶⁷⁶ STS 09.04.2014: “En realidad el recurrente quiere denunciar que el art. 73.3 LC sólo es aplicable a los contratos bilaterales, no a los que no lo son, como sucede en la dación en pago de deuda, considerando que es una forma de extinción de obligaciones, o, lo que es lo mismo, pago de una obligación preexistente a la fecha de declaración del concurso (...)”.

⁶⁷⁷ STS 30.04.2014: “Por otra parte, no puede accederse a la pretensión de la recurrente en el sentido de que la masa del concurso restituya al acreedor el importe del préstamo garantizado con la hipoteca, puesto que el origen del crédito garantizado no se halla en el acto rescindido, y el concursado no era el obligado a devolver tal préstamo, por lo que la rescisión no justifica el nacimiento de una deuda restitutoria en el concurso del garante. Además, acordar tal restitución como efecto de la rescisión puede suponer incluso un empeoramiento de la condición del garante respecto de la situación anterior a la rescisión que pugna con la naturaleza y finalidad del régimen de reintegración del concurso”.

devolver el pago rescindido, pero paralelamente recupera su derecho de crédito, que como tal debe ser reconocido y calificado en el concurso. Todo ello sin que tenga incidencia alguna la buena o mala fe del contratante porque este crédito preexistente no es una contraprestación derivada de la rescisión sino que nació por causa de un negocio anterior.

Pues bien, en la práctica, este supuesto aparentemente sencillo ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria, y en algunos casos, claramente errónea por confundir este crédito con el derivado de la restitución de contraprestaciones que conlleva la rescisión, aplicándole por ello -indebidamente- la subordinación prevista en el 73.3 LC para los créditos nacidos de la rescisión en los supuestos en los que se aprecie mala fe.

La tesis mayoritaria, y la que consideramos correcta, es la que califica el crédito renacido como consecuencia de la restitución de su pago (entendido en sentido amplio), como un crédito preexistente y por tanto ordinario. No es un crédito nacido propiamente de la rescisión (y por tanto no se puede subordinar en caso de apreciar mala fe), sino renacido o recuperado como consecuencia de la misma; extinguido su pago el acreedor debe recuperar su crédito, solicitar su inclusión en la lista de acreedores, y una vez calificado como ordinario, cobrar en la proporción que le corresponda a los acreedores de su grupo en aplicación del principio de la par conditio creditorum. El efecto de la rescisión en estos casos es la devolución de todos los pagos o derechos recibidos como consecuencia del acto rescindido, resurgiendo el derecho de crédito que se debe reconocer como crédito concursal ordinario. Esta interpretación es la defendida por el propio TS en la ya reseñada sentencia de 26 de octubre de 2012, y en la más reciente de 9 de abril del 2014⁶⁷⁸, y por numerosas Audiencia Provinciales. Se han pronunciado en este sentido, en supuestos de dación en pago, las Audiencias de Barcelona y Málaga⁶⁷⁹,

⁶⁷⁸ Ver nota a pie nº 138.

⁶⁷⁹ SAP Barcelona (Sección 15) 15.06.2011 (Sentencia 260/2011; Rollo 593/2010): "7.- (...) la dación en pago tan sólo originó una prestación unilateral del concursado, que entregó un vehículo en pago de una deuda preexistente. Por este motivo no resulta de aplicación el art. 73.3 LC : de la misma manera que el adquirente del vehículo, una vez rescindida la dación en pago, al tiempo de restituirlo carece de derecho a reclamar contra la masa el importe de su crédito, porque este ya existía antes de la dación en pago; tampoco cabe aplicar la regla de su conversión en subordinado, caso de apreciarse mala fe en el adquirente"; SAP Barcelona (Sección 15) 15.01.2013 (Sentencia 10/2013; Rollo 374/2012), y SAP Barcelona (Sección 15) 16.07.2014 (Sentencia 253/2014; Rollo 95/2014), [Id Cendoj 08019370152014100214]; y la SAP Málaga (Sección 6) 12.11.2013 (Sentencia 636/2013; Rollo 414/2012), aunque ésta última lo argumenta de forma poco clara.

Baleares, Castellón, Lugo y Oviedo⁶⁸⁰; y en un supuesto de rescisión de pagos anticipados, la Audiencia de Burgos⁶⁸¹. Por su parte, la Audiencia de Cáceres en dos sentencias de abril y mayo del 2014 va un poco más allá, añadiendo que: *“no tendría sentido, por tanto, declarar que el negocio jurídico rescindido es un acto claramente perjudicial para la masa, y a la vez, como consecuencia de la rescisión, otorgar al crédito litigioso un carácter más privilegiado que el que ostentaba con anterioridad al negocio jurídico que se rescinde”*⁶⁸².

Otros supuestos prácticos en los que la jurisprudencia ha considerado que, no se puede subordinar el crédito o calificarlo como crédito contra la masa, por no ser el mismo una prestación derivada de la rescisión (no ser un derecho nacido ex novo como consecuencia de la rescisión) son:

- Rescisión de garantías hipotecarias o prendarias. Sobre esta cuestión se ha pronunciado extensamente la AP de Madrid, tanto para considerar jurídicamente correcto el ejercicio de la acción rescisoria sólo contra la hipoteca (derecho real de garantía accesorio), y no contra el préstamo garantizado (obligación principal)⁶⁸³, como para excluir la calificación del crédito subsistente como subordinado o contra la masa⁶⁸⁴. En relación a esta segunda cuestión, argumenta

⁶⁸⁰ SAP Baleares (Sección 5) 29.11.2012 (Sentencia 510/2012; Rollo 320/2012): *“Quinto.- (...) la mala fe no puede ser aplicable al supuesto que comentamos, ya que se trata de un acto unilateral del concursado, como es la dación en pago, no entrando en juego, en estos supuestos, el art. 73.3 de la ley (SAP de Barcelona, sección 15ª, de 15 de junio de 2011). Ello es debido a que este precepto está concebido para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco (SAP de Madrid, sección 28ª, de 20 de abril de 2012), y la dación en pago no lo es, por lo que no surge prestación a favor de la codemandada”*. En el mismo sentido las SAP Castellón (Sección 3) 29.10.2010 (JUR 2011/65135; Sentencia 337/2010; Rollo 332/2010); SAP Lugo 23.09.2010 (Sentencia 481/2010; Rollo 261/2010); SAP Oviedo (Sección 1) 07.02.2013 (Sentencia 39/2013; Rollo 547/2012).

⁶⁸¹ SAP Burgos (Sección 3) 21.09.2011 (Sentencia 279/2011; Rollo 207/2011), FD Tercero.

⁶⁸² SAP Cáceres (Sección 1) 30.04.2014 (Sentencia 106/2014; Rollo 152/2014), y SAP Cáceres (Sección 1) 06.05.2014 (Sentencia 113/2014; Rollo 166/2014). En el mismo sentido la SAP Girona (Sección 1) 14.05.2013 (Sentencia 201/2013; Rollo 81/2013); SAP Granada (Sección 3) 08.11.2013 (Sentencia 360/2013; Rollo 453/2013).

⁶⁸³ SAP Madrid (Sección 28) 01.03.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 330/2011)

⁶⁸⁴ SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 120/2012; Rollo 376/2011): En este caso se pretendía la calificación del crédito tras la rescisión de la hipoteca que lo garantizaba como crédito contra la masa, rechazándolo el Tribunal: *“(...)Precisamente por ello, la aplicabilidad del precepto, en cuanto conceptúa el derecho del demandado como crédito contra la masa, se encuentra expresamente supeditada a que ese derecho haya nacido ‘... como consecuencia de la rescisión’, lo que es tanto como decir que, de no ser por la rescisión operada, tal derecho no habría nacido. En este caso se mantiene el crédito, calificado como ordinario, pero sin la garantía rescindida”*. En este mismo sentido se han pronunciado las SAP

que: “... dicha norma está concebida para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco, de manera que no podría aplicarse al propio capital del préstamo garantizado con la hipoteca rescindida como no fuera contrariando frontalmente el sentido y la lógica de las acciones de reintegración, pues, de aceptarse esa solución, el éxito de la acción rescisoria haría al acreedor frente al que la misma ha prosperado de mejor condición (crédito contra la masa) que la que tenía antes de su ejercicio (crédito dotado de privilegio especial)”.

- Rescisión de una compraventa, la subrogación en el crédito hipotecario, y los compromisos complementarios y accesorios de la misma, manteniendo el crédito como ordinario⁶⁸⁵.
- Rescisión de una compensación⁶⁸⁶
- Rescisión de un acuerdo de reparto de dividendos⁶⁸⁷

La tesis contraria, que consideramos no es correcta, es la que rescindido un acto unilateral, aplica indebidamente el artículo 73.3 LC y subordina el crédito preexistente renacido como consecuencia de dicha rescisión si aprecia mala fe. En este sentido se han pronunciado las audiencias de Granada y Salamanca en supuestos de rescisión de dación en pago y pagos en general⁶⁸⁸.

Madrid (Sección 28) 27.01.2012 (Sentencia 25/2012; Rollo 529/2011); SAP Burgos (Sección 3) 04.04.2013 (Sentencia 112/2013; Rollo 202/2012); SAP Albacete (Sección 1) 14.06.2013 (Sentencia 113/2013; Rollo 202/2012); SAP Pontevedra 15.03.2011 (JUR 2011/167838; Sentencia 134/2011; Rollo 880/2010); SAP Toledo (Sección 1) 12.09.2012 (Sentencia 232/2012; Rollo 22/2011); SAP Murcia (Sección 4) 14.11.2013 (Sentencia 669/2013; Rollo 710/2013).

⁶⁸⁵ SAP Lugo (Sección 1) 04.02.2014 (Sentencia 46/2014; Rollo 584/2013).

⁶⁸⁶ SAP Oviedo (Sección 1) en sus sentencias de 02.07.2010 (Sentencia 252/2010; Rollo 172/2010); de 02.07.2010; (Sentencia 250/2010; Rollo 166/2010) y de 15.07.2010 (Sentencia 267/2010; Rollo 218/2010).

⁶⁸⁷ SAP Tenerife (Sección 4) 04.09.2012 (Sentencia 320/2012; Rollo 742/2011).

⁶⁸⁸ SAP Granada (Sección 3) 04.04.2011 (Sentencia 145/2011; Rollo 33/2011); la SAP Salamanca (Sección 1) 01.07.2011 (Sentencia 297/2011; Rollo 739/2010); y la SAP Salamanca (Sección 1) 14.05.2013 (Sentencia 193/2013; Rollo 32/2013). Esta última sentencia llega (indebidamente) a subordinar el crédito derivado de la concesión de un préstamo no rescindido (porque ni siquiera se había solicitado), cuando lo que se rescinde son los pagos anticipados (las transferencias realizadas para hacer el pago) de otro crédito realizados con los fondos obtenidos con la concesión de este segundo préstamo no rescindido.

Obviamente, en los supuestos en los que el crédito cuyo pago se rescinde ya tuviera la consideración de subordinado (p. ej, por ser el acreedor persona especialmente relacionada con el concursado), el crédito rehabilitado mantendrá la consideración de subordinado, pero por su propia naturaleza, no porque apreciada mala fe, proceda la aplicación del artículo 73.3 LC⁶⁸⁹.

Finalmente debemos reseñar un supuesto en el que la Audiencia Provincial de Alicante, considera no aplicable el artículo 73.3 LC al rescindir un préstamo y la hipoteca que lo garantizaba, con el argumento de que el préstamo está configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un negocio unilateral. Esta interpretación, a nuestro juicio es errónea por cuanto confunde una clasificación teórico-doctrinal, con la unilateralidad-bilateralidad de las prestaciones en materia de rescisión. La rescisión del préstamo y su garantía, conlleva por un lado la ineficacia del mismo y de la hipoteca, y el nacimiento de contraprestaciones recíprocas entre las partes, entre otras, la devolución por parte de la masa del importe prestado, y la devolución por parte del prestamista de los intereses cobrados. Por tanto, consideramos que sí es de aplicación al crédito del prestamista derivado de la rescisión, la previsión del 73.3 LC

3.- Imposibilidad de restitución

En este caso, los efectos también son distintos según concurra buena o mala fe en la contraparte. Cuando los bienes o derechos rescindidos no puedan ser devueltos a la masa por ser propiedad de un tercero no demandado, o que hubiera contratado de buena fe con el adquirente, o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, el adquirente deberá devolver el valor de los bienes o derechos en el momento en el que salieron del patrimonio del deudor, más el interés legal. Nada se dice respecto de si la imposibilidad de restitución se debe a otra causa, por ejemplo, por haberse perdido o destruido la cosa. En este caso, parece razonable acudir a la aplicación analógica del cumplimiento por sustitución, restituyendo el valor de la cosa o derecho.

⁶⁸⁹ SAP Oviedo (Sección 1) 10.06.2013 (Sentencia 195/2013; Rollo 449/2012).

Por el contrario, si se aprecia mala fe en la contraparte, además de restituir el valor que el bien o derecho tuviera en el momento de realización del negocio jurídico, deberá pagar a la masa, no sólo el interés legal del dinero, sino la totalidad de los daños y perjuicios causados.

Procesalmente debe tenerse en cuenta que cuando se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa, la actora, de conformidad con lo preceptuado en la LEC, deberá incluir en la demanda incidental esta pretensión cuantificando la cantidad a la que ascienden estos daños y perjuicios (o fijando las bases para su cuantificación), y posteriormente probar los daños, su importe y la relación de causalidad⁶⁹⁰. En esta misma línea, cuando la pretensión sea, por ejemplo, la resolución de una garantía real, la demanda deberá solicitar además, la necesaria cancelación registral del derecho real cuya resolución pretende.

4.- Extensión de los efectos a los subadquirentes

La ineficacia del acto afecta tanto al adquirente (el que contrató directamente con el deudor concursado), como a los sucesivos subadquirentes (del adquirente inicial o de otro subadquirente anterior), si bien a estos últimos sólo puede alcanzarles los efectos de la rescisoria concursal si son codemandados, y no concurren los presupuestos previstos en el artículo 72.2 LC. Tal y como ya hemos reseñado anteriormente en el apartado dedicado a la legitimación pasiva, no serán oponibles a los subadquirentes los efectos de la acción rescisoria concursal, y por tanto los bienes objeto de la rescisión no podrán reintegrarse a la masa, si pertenecen a tercero no demandado, o si según la propia sentencia de rescisión, ha actuado de buena fe, o goza de irreivindicabilidad o de protección registral⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ Sobre esta cuestión se pronuncia expresamente HERRERO PEREZAGUA para el que: “*La mala fe del adquirente, en cuanto transmita a favor de un tercero que consolide su adquisición, cobra importancia en la medida en que, de ser apreciada, provocara su condena a indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa conforme a los preceptuado en el 73.2 LC. En previsión de esta condena, el legitimado activo deberá en su demanda determinarlos y ofrecer su cuantificación, porque, en virtud de la proscripción de las sentencias con reserva de liquidación recogida en el art. 219 LEC, no cabe pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos y reserva la determinación de su importe a la ejecución posterior*”, HERRERO PEREZAGUA, J. F., op. cit., p. 180.

⁶⁹¹ Según FERNÁNDEZ DEL POZO en el caso de segundas y sucesivas transmisiones del deudor concursado, realizadas dentro del periodo sospechoso, es posible conciliar la regulación concursal con la hipotecaria en cuanto a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario. Dicho de otra manera: es posible

Es importante recordar que, tal y como prevé el artículo 72.3, la demanda únicamente se dirigirá contra el tercero subadquirente poseedor del bien, si se pretende recuperar para la masa el bien (y la cancelación de la inscripción registral a nombre del tercero), desvirtuando la presunción de buena fe de dicho tercero, o bien atacar la irreivindicabilidad de la que goce, o la protección que le otorga la publicidad registral. De no ser así, la demanda se dirigirá únicamente contra el deudor y contra quién fue parte en el acto impugnado, aceptando la no devolución del bien a la masa, sino su equivalencia en dinero.

Si la sentencia declara la existencia de mala fe en el subadquirente, o que no goza de irreivindicabilidad o protección registral, la LC se limita a establecer como efectos, la obligación de restituir el bien u objeto del negocio rescindido, más el interés legal. No regula expresamente la devolución de la contraprestación en este supuesto. La única previsión es la contenida en el artículo 73.3 LC, al referirse a *“la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión...”*. Algún autor⁶⁹² fundamenta en esta redacción la calificación del crédito que nace a favor del subadquirente como un crédito subordinado. No compartimos esta interpretación que sólo sería sostenible en los casos en que la protección del subadquirente se condicionase a la inexistencia de una "mala fe" con un contenido idéntico al relevante a efectos de subordinación por rescisoria concursal. Lógicamente, el subadquierente tiene derecho a la devolución de la contraprestación o precio pagado por el bien (lo contrario daría lugar a un enriquecimiento injusto, por parte de la masa o su contraparte, que no puede ser amparado por el derecho). En la medida en que no contrató con el deudor-concursado, sino con el que adquirió de éste o de un adquirente posterior, nada puede reclamar a la masa del concurso, debiendo obtener la devolución del precio o contraprestación entregada a cambio del bien o derecho devuelto, de la persona con la que contrató, que será, en su caso, la obligada a restituirle el valor del mismo. Así la sentencia que lo condene a restituir el bien o derecho a la masa, debería paralelamente contener la condena a la contraparte del concursado a devolver la contraprestación o

“leer” los artículos 72.2 y 73.2 LC “a la luz” de lo previsto en los artículos 34 y 37 LH: no puede ser obligado a la restitución el subadquirente de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no protegidos serían, básicamente, los que adquirieron a título gratuito, los de mala fe, y los que adquirieron después de la anotación preventiva de demanda (procedimiento concursal o incidente de rescisión según los autores), FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit.

⁶⁹² Por ejemplo, CURIEL LORENTE, F., ob. cit. “Los efectos de la acción de reintegración...” p. 230.

precio entregado por el subadquirente. En este caso la sentencia produciría efectos en cadena: el subadquiriente devuelve el bien objeto de rescisión, la masa devuelve la contraprestación o precio pagado por su contraparte, y ésta a su vez devuelve al subadquirente la contraprestación o precio pagado por él, que o tiene que ser la misma, o el mismo importe que en la primera transacción. El subadquirente demandado, debería solicitar esta devolución, al menos como pretensión subsidiaria para el supuesto de que se estimara la demanda. Pero si no lo hace, el resultado debería ser el mismo, ya que la devolución de la contraprestación es un efecto ex lege, y por tanto, debe declararse de oficio. También creemos que cabe la posibilidad de que el subadquirente solicite que le sea entregado directamente por la masa, el importe a devolver a su contraparte (y que ésta debería entregarle después a él), y la sentencia acordarlo así, ya sea total o parcialmente en función de los importes que se deben devolver en cada una de las transmisiones⁶⁹³.

⁶⁹³ Sería ésta una solución inspirada en la acción directa del subcontratista contra el propietario de la obra, regulada en el artículo 1597 CC.

CONCLUSIONES

1ª.- La acción rescisoria concursal tiene como función intentar reintegrar o devolver al patrimonio del concursado los bienes o derechos salidos del mismo en unas determinadas condiciones y durante el plazo legalmente establecido. Tanto nuestro país como los países de nuestro entorno disponen de un instrumento o mecanismo jurídico que permite recuperar los bienes que los deudores hayan podido sacar indebidamente de su patrimonio para, evitar responder de sus deudas con todos sus bienes o beneficiar a unos acreedores en perjuicio de otros. En nuestro país, la aprobación de la Ley Concursal supuso un cambio muy profundo en la regulación de los procedimientos de ejecución universal, y muy especialmente, en el sistema de reintegración concursal. La nueva regulación de la acción rescisoria concursal, merece en términos generales, una valoración positiva, sin perjuicio de considerar necesarias algunas reformas que den solución a los problemas que aún persisten.

A raíz de la crisis económica que se inició el año 2008, la LC ha sido reiteradamente modificada para intentar adaptar la normativa concursal a las necesidades reales de los deudores y sus acreedores, afectando estas reformas al sistema de reintegración de forma relevante. No obstante ello, consideramos que las reformas, realizadas en lapsos de tiempo muy breves, se han dirigido más a poner “parches” en problemas muy concretos sin la reflexión o el sosiego necesario (y a veces sin el resultado esperado), que a repensar una reforma integral y coherente del sistema concursal en su conjunto.

2º.- Nuestra LC establece un sistema de reintegración formado por varias acciones, una de las cuales, la principal y más efectiva, por ser la única especialmente pensada para instar la reintegración de los bienes o derechos indebidamente salidos del patrimonio de un deudor en concurso, es la acción rescisoria concursal. Junto con la rescisoria concursal, que es una acción específicamente concursal, especial y autónoma, pueden ejercitarse ante el juez del concurso, cualquier otra acción prevista en nuestro ordenamiento para declarar la nulidad, rescisión o resolución de un acto o negocio jurídico. Es esta concepción de reintegración, no como acción individual, sino como sistema, la que permite que cada una de las acciones que lo integran mantengan su propio ámbito de aplicación, requisitos y efectos, complementándose entre sí. La acción

rescisoria concursal tiene su ámbito de aplicación (suficientemente amplio a nuestro juicio), y el resto de acciones de impugnación el suyo, siendo precisamente la suma de todas ellas la que crea un sistema de protección, no perfecto, pero sí lo suficientemente amplio, equilibrado y seguro para todas las partes implicadas en el proceso.

3º.- La acción rescisoria concursal, como su propio nombre indica, es una acción rescisoria, de carácter especial que, aunque comparte las características esenciales de la rescisión civil, presenta una serie de diferencias que la convierte en una acción autónoma de ésta, con requisitos sustantivos y procesales propios. Se trata de una acción específicamente concursal, la declaración de concurso es un presupuesto necesario para su ejercicio, nace con el concurso y sólo puede ser ejercitada durante la vigencia del mismo, y ante el juez que conozca del procedimiento concursal. Se fundamenta no en la existencia de un vicio o causa de nulidad, sino en la existencia de un perjuicio para la masa activa del concurso, configurado como concepto objetivo y desligado de aspectos subjetivos, siendo su finalidad precisamente la declaración de ineficacia de actos o negocios jurídicos válidos y que han desplegado sus efectos desde el momento de su realización basándose únicamente en el perjuicio. No se trata de una acción subsidiaria, su ejercicio no está condicionado a que no exista otra acción para conseguir la ineficacia del acto perjudicial para la masa, sino que es la acción principal para conseguir esa finalidad en el proceso concursal.

4ª.- Los requisitos necesarios para que pueda estimarse la rescisoria concursal son tres. En primer lugar, el requisito subjetivo, consistente en que el acto o negocio impugnado haya sido realizado por el deudor, no por terceros, aún cuando los actos de estos terceros puedan afectar, directa o indirectamente al patrimonio del deudor.

En segundo lugar, el requisito temporal, consistente en que el acto haya sido realizado dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso. En relación con el requisito temporal se plantean diversas cuestiones de interés. Una de ellas es la del *dies a quo*, siendo pacífico que debe tomarse la fecha del auto de declaración y no la de la mera solicitud del concurso. Por ello no nos parece razonable que la nueva regulación del concurso consecutivo fije como *dies a quo* para el cómputo de los dos años, el de la fecha de la solicitud de nombramiento de mediador concursal realizada por el deudor al registrador mercantil, notario o Cámaras Oficiales

de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, por cuanto establece una diferencia respecto del régimen general, no justificada, y distorsionadora del sistema. Por otra parte, no es posible el ejercicio de la rescisoria concursal para declarar la ineficacia de los actos realizados después de la declaración de concurso, estos actos pueden ser rescindidos o anulados, pero ejercitando cualquier otra acción impugnatoria en el proceso concursal.

Este plazo de dos años es material, no procesal, y su fijación por ley es, de entre todas la opciones posibles, la que consideramos más adecuada. Un plazo de dos años parece tiempo suficiente para conciliar los intereses de los acreedores y de los terceros contratantes, mejorando esta opción la seguridad jurídica de todas las partes implicadas. En todo caso, debemos reconocer que ninguna de las diferentes opciones planteadas por la doctrina puede cubrir todos los supuestos o casuística posibles, de ahí la importancia de que la LC haya creado un sistema integrado no sólo por la acción de reintegración, sino por un conjunto de acciones rescisorias e impugnatorias que permiten cubrir la casi totalidad de los actos o negocios rescindibles por perjuicio a la masa.

Finalmente, en tercer lugar, el requisito objetivo, que en el momento de su realización haya supuesto un perjuicio para el patrimonio del deudor.

5ª.- El concepto de perjuicio aparece en este nuevo sistema como requisito esencial para determinar si procede o no estimar la rescisoria concursal. La poco precisa redacción del art. 71 LC ha dado lugar a dos interpretaciones de este concepto, la que equipara perjuicio a disminución de la masa activa; y la que considera que el concepto de perjuicio es más amplio que el de mero perjuicio patrimonial, considerando que existe perjuicio para la masa, tanto cuando el acto impugnado produce una disminución de la masa activa, como cuando dándose o no esa disminución patrimonial, se vulnera el principio de la *par conditio creditorum* (aunque no puede considerarse automáticamente perjuicio cualquier infracción de la *par conditio*). Según este concepto amplio, el concepto de perjuicio vendría integrado por dos requisitos independientes y autónomos, la disminución de la masa activa por un lado, y la infracción de la *par conditio creditorum* por otro, de manera que existirá perjuicio si concurre cualquiera de los dos

Pese a ser esta concepción abrumadoramente mayoritaria entre la doctrina y la jurisprudencia, creemos que no encuentra amparo en la literalidad del art. 71.1º de la LC que se refiere a los “*actos perjudiciales para la masa activa*” pero no a la *par conditio creditorum*. Tampoco en las presunciones contenidas en el art. 71.2º y 3º de la LC; no consideramos jurídicamente razonable fundamentar la concurrencia de un presupuesto no incluido en el concepto de perjuicio en las presunciones contenidas en el 71.2º y 3º, por cuanto son presunciones de carácter procesal, establecidas únicamente a efectos de modificar las reglas de la carga de la prueba del perjuicio facilitando con ello la prueba del mismo.

No obstante, dado que el principio de la *par conditio* está en la esencia de la normativa concursal, consideramos necesario un cambio legislativo que incluya de forma expresa la infracción del principio de la *par conditio creditorum* en el apartado 1º del art. 71, como requisito para el ejercicio de la rescisoria concursal, al mismo nivel que el perjuicio a la masa activa. La redacción que proponemos es la siguiente: “*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, o los que infrinjan injustificadamente el principio de la par conditio creditorum, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*”. Sin embargo, pese a la polémica que el concepto de perjuicio ya suscitado a lo largo de los últimos 10 años, el legislador no ha considerado necesario concretarlo, aclararlo o matizarlo en modo alguno, dejando en manos de la doctrina y jurisprudencia la delimitación de su contenido y alcance.

Por su parte, la valoración de la existencia o no de perjuicio debe hacerse teniendo en cuenta el negocio jurídico en su conjunto, no un acto aislado, y atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. Asimismo, la determinación de un acto como perjudicial no depende necesariamente de que se haya realizado estando el deudor ya en situación de insolvencia, es suficiente que la actuación del deudor sea perjudicial para la masa, aun cuando no sea causa de la insolvencia final.

6ª.- La dificultad de probar el perjuicio a la masa ha llevado al legislador a establecer una serie de presunciones con desigual acierto. Tratándose de presunciones que prueban la concurrencia de perjuicio, elemento esencial de la rescisoria concursal, consideramos que su redacción debería ser más precisa, y no incluir conceptos jurídicos

tan indeterminados como “*disposición*” o “*liberalidades de uso*”, máxime cuando en algunos supuestos se trata de una presunción *iure et de iure* que no admite prueba en contrario.

La configuración meramente objetiva de las presunciones, dificulta la financiación de las personas y empresas con dificultades económicas porque quién podría hacerlo, sus allegados o socios y las entidades financieras, en la mayoría de los casos deciden no arriesgarse, ya que en caso de concurso, se presumirá directamente el perjuicio en los supuestos de las presunciones *iuris et de iure*, o tendrán que probar la inexistencia de perjuicio en los supuestos de las presunciones *iuris tantum* para evitar que prospere la rescisoria concursal. La constatación práctica de que se estaba produciendo este efecto indeseado (pero advertido por la doctrina desde antes de entrada en vigor de la LC), ha determinado que las últimas reformas se hayan dirigido a reforzar las garantías de los acuerdos de refinanciación y los nuevos acuerdos extrajudiciales de pagos, excluyéndolos de los negocios reintegrables si cumplen los requisitos legalmente establecidos.

Entre los problemas planteados en la práctica, queremos destacar el de las garantías por deudas ajenas, y el de las garantías contextuales. En todos ellos debemos analizar la posible existencia de perjuicio partiendo de la globalidad del negocio en el que se conceden las garantías, ya que en numerosas ocasiones, analizado aisladamente el otorgamiento de la garantía será perjudicial pero no lo será si se analiza conjuntamente con la obligación garantizada. En las garantías por deudas ajenas, especialmente cuando se trate de deudas de otra sociedad del grupo (y por tanto una operación con persona especialmente relacionada), para determinar la concurrencia o no de perjuicio, debe valorarse la posible contraprestación directa o indirecta a la sociedad que presta la garantía, no siendo admitiéndose como justificación únicamente el llamado “interés de grupo”. Finalmente, en cuanto a las garantías contextuales, salvo prueba en contrario, deben considerarse negocios onerosos por cuanto la garantía es un elemento esencial para la constitución del negocio jurídico en la medida en que sin ella no se hubiera realizado. No obstante, que no les sea de aplicación la presunción de “actos de disposición a título gratuito” no significa que no puedan ser rescindidas si se prueba por otros medios la existencia del perjuicio.

7ª.- Son rescindibles los actos o negocios de naturaleza patrimonial, cualquiera que sea su clase, no limitándose a los que causan una pérdida patrimonial directa, sino también los que causan una pérdida patrimonial indirecta por la pérdida de un beneficio o incremento patrimonial. No es necesario que exista relación de causalidad entre el acto o negocio rescindible y la insolvencia que ha dado lugar al concurso.

No obstante ello, nuestro ordenamiento jurídico excluye directamente una serie de actos de la rescisión concursal regulados de forma expresa en el apartado 5º del at. 71 LC, recurriendo también en este caso, a nuestro juicio, a conceptos jurídicos demasiado indeterminados, como “actos ordinarios”, o “condiciones normales”. Las exclusiones contenidas en este apartado se consideran necesarias para la continuidad del tráfico mercantil, salvo la de los créditos de derecho público, que consideramos no tiene una justificación razonable si atendemos a los principios y finalidad de la normativa concursal.

También se ha configurado un régimen especial de rescisión para otros actos, entre los que se encuentran los supuestos regulados por el RDL 5/2005, de 11 de marzo, y la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, así como de los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos. Respecto de los acuerdos de refinanciación, tras varias reformas, parece que el resultado práctico va a ser aún limitado. Especialmente, en el caso del 71 bis 2, en la medida en que si se cumplen todos y cada uno de los requisitos que este precepto exige para “blindar” el acuerdo de refinanciación es prácticamente imposible que pueda apreciarse la existencia de perjuicio, y sin perjuicio no hay rescisión, con “blindaje” o sin él. En este punto, parece que el legislador ha querido evitar que se pudiera pensar que con la reforma buscaba favorecer a las entidades financieras, y por ello, ha regulado un sistema complejo que exige el cumplimiento acumulativo de una serie de requisitos que, de facto, impiden que pueda haber perjuicio para la masa, lo que en definitiva hace innecesario ese blindaje.

Entre lo supuestos concretos que han planteado dudas podemos citar, en primer lugar, los pagos debidos. A nuestro juicio, no hay cuestión si lo planteamos desde el punto de vista del perjuicio, por cuando al realizar un pago debido se produce la correlativa disminución de la masa pasiva de manera que no hay una disminución, y mucho menos injustificada, del patrimonio. En cuanto a una posible infracción de la par

conditio, ésta sólo se puede producir si en el momento de realizar el pago el deudor estaba en situación de insolvencia y había dejado de pagar deudas de vencimiento anterior o simultáneo, de otra forma, simplemente se estaría cumpliendo con las obligaciones de pago contraídas a medida que éstas van venciendo, no pudiendo fundamentar la infracción de la par conditio en el impago de obligaciones vencidas con posterioridad.

A nuestro juicio también son rescindibles los actos procesales de parte que causen un perjuicio a la masa (p. ej, cualquier acto de disposición del proceso: allanamiento, desistimiento, renuncia, acuerdo transaccional ya sean extrajudiciales o aprobados y homologados judicialmente), no así las actuaciones ordinarias del procedimiento (p. ej., las alegaciones, proposición y práctica de la prueba). No obstante ello, los problemas prácticos que plantea la ejecución de una sentencia que rescindiera uno de estos actos nos lleva a pensar que no parecer ser la rescisoria concursal el instrumento más idóneo para dejar sin efecto los actos procesales realizados en perjuicio de la masa. Por ello, para conseguir la ineficacia de estos actos, tal vez sería más conveniente acudir al incidente de nulidad de actuaciones.

También han se han planteado dudas sobre la rescindibilidad de las operaciones societarias, especialmente las modificaciones estructurales traslativas (fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo), y los acuerdos societarios, debido a la dualidad de regulaciones aplicables, por un lado la regulación concursal y por otro la regulación de las sociedades mercantiles, discrepando la doctrina y la jurisprudencia cual debe ser de aplicación preferente en relación con la rescisoria concursal. Por nuestra parte consideramos que estos actos no quedan excluidos de la rescisoria concursal, no encontrando base jurídica alguna para que en estos casos, tal y como defienden algunos autores, prevalezca la regulación societaria sobre la concursal.

8ª.- La competencia para tramitar esta acción corresponde al juez competente para conocer del concurso, que será el juez en cuyo territorio tenga el deudor el “*centro de sus intereses principales*”, fuero utilizado tanto para determinar la competencia territorial, como la competencia internacional para conocer del procedimiento principal.

En los concursos a los que les es aplicable el Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia, este Reglamento también será aplicable a las rescisorias concursales que se planteen en el concurso.

9ª.- La legitimación activa para el ejercicio de la rescisoria concursal se limita a la administración concursal, y sólo de manera subsidiaria se concede a los acreedores que hayan requerido a la administración concursal para su ejercicio si ésta no lo hubiera hecho. Sin embargo, como parte del blindaje de los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago se elimina la legitimación subsidiaria para instar la rescisión concursal contra ellos. Con la regulación actual, en caso de manifiesta falta de legitimación activa no sería posible inadmitir la demanda *in limine litis*, por ello, sería conveniente una pequeña reforma del artículo 194.2 LC que prevea expresamente la inadmisión de la demanda cuando la falta de legitimación activa pueda apreciarse ya en el momento de interponerse la demanda.

En cuanto a la legitimación pasiva, dado que la LC obliga a demandar al deudor y a quien haya sido parte en el acto impugnado, estamos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, que tiene su fundamento en la propia LC, y que tiene su base en el derecho de defensa, por ello, la no correcta constitución del litisconsorcio es apreciable de oficio por el propio juez. También puede ser demandando el tercero subadquirente, pero en este caso el litisconsorcio pasivo sería facultativo. Finalmente, también caben en este incidente intervenciones adhesivas litisconsorciales y/o simples en apoyo de la parte actora, o lo que será más normal, de la parte demandada.

10º.- Como en cualquier otro procedimiento, en el incidente rescisorio concursal es posible solicitar y adoptar medidas cautelares considerándose, a priori, como las más adecuadas la anotación preventiva de demanda, y el embargo preventivo. En cuanto a los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares creemos que no hay un fundamento jurídico sólido, para eximir a la administración concursal de la obligación de prestar la caución exigida en la LEC.

11º.- No obstante considerar adecuado el trámite del incidente concursal, sí creemos necesario una mejor regulación del mismo, más clara, coordinada y completa, que evite los problemas que ahora plantea. Y específicamente en cuanto al incidente

rescisorio, a nuestro juicio es necesario mejorar la regulación sobre la proposición y admisión de la prueba, así como la celebración de la vista. En primer lugar es necesario explicitar el momento procesal en el que debe realizarse la proposición y admisión de la prueba, y mejorar la regulación de la impugnación de pruebas y el planteamiento de cuestiones procesales. Asimismo, teniendo en cuenta que las pruebas en este incidente pueden llegar a ser de gran complejidad, consideramos conveniente introducir el trámite de conclusiones. Con ello no se incrementarían ni las cargas de las partes, ni el coste, ni la duración del procedimiento, y por el contrario se reforzaría el derecho de defensa de las partes.

Por ello, proponemos una nueva reforma del artículo 194 de la LC. En el apartado 2º, introduciríamos como causa de inadmisión junto con las dos ya existentes, el incumplimiento, apreciable ya en este momento inicial, de los requisitos exigidos en cada uno de los posibles incidentes para su posterior admisión. En el apartado 3º, si se quiere mantener el criterio general, debería indicarse que será el Secretario el que dictará la providencia de admisión a trámite del incidente. La modificación más importante sería la del apartado cuarto, proponiendo la redacción siguiente:

“4.- La prueba deberá proponerse en los escritos de alegaciones de cada una de las partes.

Si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales, o las planteara la parte actora en el plazo de 5 días desde que se le dio traslado del mismo, en este último caso previo traslado a la demandada para que se manifieste, también en el plazo de 5 días, el juez resolverá por escrito.

Cuando la única prueba admitida sea la documental, la parte actora podrá impugnar los documentos presentados por la parte demandada también en el plazo de 5 días desde que se le dio traslado del escrito de contestación, resolviendo el juez lo que corresponda al admitir o inadmitir la prueba propuesta por las partes.

La prueba se admitirá en la resolución en la que se señale vista o se declare el incidente visto para sentencia, por no ser necesaria la vista al haberse admitido sólo la prueba documental. En este último caso el juez dictará sentencia sin más trámites.

Se celebrará vista, citando a las partes para su asistencia a la misma, cuando se haya admitido prueba que deba celebrarse en la misma, o cuando, por cualquier otro motivo, el juez lo considere necesario. Practicada la prueba y formuladas oralmente las conclusiones de las partes, el juez declarará el incidente visto para sentencia”.

11ª.- La nueva regulación contenida en la LC sobre los efectos de la estimación de la acción rescisoria concursal se separa notablemente de la legislación anterior y de

la rígida interpretación jurisprudencial. No obstante, aún presenta deficiencias notables por cuanto la regulación es insuficiente, y además toma “la parte por el todo” centrándose en los negocios jurídicos bilaterales y dejando fuera los otros supuestos posibles, como por ejemplo, los negocios unilaterales en los que no hay contraprestación. Ello ha dado lugar a interpretaciones erróneas al calificar el crédito que nace a favor del adquirente, que debe ser calificado como crédito contra la masa exigible de forma simultánea a la restitución de la cosa objeto del incidente en caso de buena fe, o como crédito subordinado si se aprecia mala fe. En el caso de los negocios unilaterales, al no haber contraprestación ni crédito que nazca de la rescisoria, no es aplicable esta previsión legal.

El efecto principal es la declaración de ineficacia ex nunc del acto impugnado, y la correspondiente restitución de las prestaciones entre las partes, junto con sus frutos e intereses, aunque no se especifica el régimen aplicable a las mejoras y gastos realizados en el bien restituido. Un efecto de la rescisoria concursal no recogido legalmente, pero que sin duda opera en la práctica, es el efecto disuasorio; creemos que esta acción tiene de facto también una función preventiva, en la medida en que su existencia y posible utilización por parte de la administración concursal o los acreedores, sin duda disuade de la realización de actos o negocios jurídicos rescindibles.

12º.- En términos generales, la nueva regulación de la acción rescisoria concursal ha sido un gran avance respecto de la regulación anterior, por lo que su valoración debe ser positiva, sin perjuicio, de reconocer los problemas desgranados a lo largo de este trabajo, y la necesidad reformas para su mejora.

Para finalizar, creemos importante destacar que la regulación de la acción rescisoria concursal excepciona el régimen general aplicable a deudores y acreedores, primando a estos últimos por el mero hecho de estar el deudor en una situación de concurso. Si esta regulación especialmente pensada para satisfacer los intereses de los acreedores concursales, y privilegiada respecto de los acreedores no concursales, además, se interpreta de manera extensiva a favor de los acreedores concursales se pueden producir situaciones de injusticia difícilmente justificables. Una cosa es facilitar la restitución de los actos realizados en perjuicio la masa activa, o intentar evitar situaciones de desigualdad entre acreedores concursales, y otra muy distinta, colocar a

los acreedores concursales en una situación de injustificable privilegio respecto de terceros o de los acreedores de deudores que no estén en concurso. Por ello creemos que es importante que los derechos e intereses de los acreedores concursales en concreto y de la masa activa en general, sean debidamente ponderados junto con los del resto de intervinientes, de los afectados por el concurso, e incluso de los acreedores de los deudores no concursados, a fin de encontrar el necesario equilibrio entre los legítimos derechos de las partes, los terceros, los acreedores y los deudores en general.

INDICE BIBLIOGRÁFICO

AA.VV., “*Comentarios a la Ley Concursal*”, (Dir. Cordón Moreno, F.), Tomo I, 2ª ed., Ed. Aranzadi, S.A. Navarra 2010, pp. 795-849.

AA.VV., “*Comentarios a la Ley Concursal*”, (Dir. Faustino Cordón), actualizado para la 2ª edición por Eduardo Valpuesta Gastaminza, Tomo I, 2ª ed., Ed. Aranzadi, S.A. Navarra 2010, p. 796.

AA.VV., “*Comentarios a la Ley Concursal*” (Coord., Fernández de la Gándara, L. y Sánchez Álvarez, M.M.), Marcial Pons, Col. Garrigues, Madrid, 2004.

AA.VV. “*Comentarios a la Legislación Concursal*” T. II, (Dir. Pulgar Ezquerro, J. y otros), Ed Dykinson S.L., Madrid, 2004, pp. 1.634 a 1643.

AA.VV., “*Créditos, Garantías y concurso*”, (Coord. Veiga Copo, A.B.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, septiembre 2010.

AA.VV., “*Derecho Concursal IP*”, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 5, 1996.

AA.VV., “*Derecho Concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*” (Coord. Fernández-Ballester, M. A.), Ed. La Ley, Madrid, 2004.

AA.VV., “*Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal.*” (Dir. García Villaverde, R, Alonso Ureba, A., Pulgar Ezquerro, J.), Ed. Dilex, S.L., 2003.

AA.VV., “*El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. 18, 2005.

AA.VV., “*Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*”, Tomos III y IV, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., Madrid 2005.

AA.VV., “*La nueva Ley concursal*”, Cuadernos de Derecho Judicial XVIII- 2003 (Dir. Garnica Martín, J.F.).

AA.VV., “*La nueva Ley concursal*” (Dir. Olivencia Ruiz, M.), Estudios de Derecho Judicial 59-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

AA.VV., “*La reforma concursal*” (Dir. Fernández Seijo, J.M.), Estudios de Derecho Judicial, nº 85, 2005.

AA.VV., “*La reforma de la legislación concursal*” (Dir. Rojo, A.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

A.A.V.V., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009.

A.A.V.V., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014.

AA.VV., “*Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*”, (Dir. Abellán Honrubia y Vilá Costa), Ed. Ariel, 6ª ed, Barcelona, 2011.

AA.VV., “*Los problemas de la Ley Concursal*”, I Congreso español de Derecho de la insolvencia (Gijón 16-18 abril 2009), (Dir., Beltrán, E. y Prendes, P.), Ed. Aranzadi, Pamplona 2009.

AA.VV., “*Nueva Ley Concursal*”, (Coord., Sala Reixachs, Mercadal Vidal, Alonso-Cuevillas Sayrol), Ed. Bosch, 2003.

AA.VV., “*Objeto y carga de la Prueba Civil*”, (Dir. Picó i Junoy, J., y Abel Lluch, X.), Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

AA.VV., “*Principios y garantía procesales*”, (Dir. Picó Junoy, J.), Ed. Bosch, octubre 2013.

AAVV., “*Problemas procesales del concurso de acreedores*”, (Coor. Cachón Cadenas, M., Picó Junoy, J., Riba Trepal, C., y Ruíz de la Fuente, M.C.), Ed. Atelier, 2013.

AA.VV., “*Proceso Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*”, (Coord. Fernández-Ballesteros López), Ed. La Ley, Madrid, 2004.

AA.VV., “*Proceso Jurisdiccional II, Derecho Civil*”, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 18ª, Valencia, 2010.

AA.VV. “*Tratado judicial de la insolvencia*”, (Dir. Prendes Carril y Muñoz Paredes), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

ABEL LLUCH, X., “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, en AA.VV. “Objeto y carga de la Prueba Civil”, (Dir. Picó i Junoy, J., y Abel Lluch, X.) Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al Régimen Jurídico de la Reintegración Concursal” en AA.VV., “*Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal.*” (Dir. García Villaverde, R, Alonso Ureba, A., Pulgar Ezquerro, J.), Ed. Dilex, S.L., 2003, pp. 325 a 356.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J “Comentario al art. 192 LC”, en AA.VV., “*Nueva Ley Concursal*” (Coord., Sala Reixachs, Mercadal Vidal, Alonso-Cuevillas Sayrol), Ed. Bosch, 2003, pp. 808-813.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J “Comentario al art. 194 LC”, en AA.VV., “*Nueva Ley Concursal*” (Coord., Sala Reixachs, Mercadal Vidal, Alonso-Cuevillas Sayrol), Ed. Bosch, 2003, pp. 817-823.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “El incidente concursal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004 nº 4 (monográfico sobre la Ley Concursal), pp. 271-299.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “La ‘vis atractiva’ del proceso concursal”, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 334-335.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “El interés del concurso como principio inspirador del proceso concursal”, AAVV., “*Principios y garantía procesales*”, (Dir. Picó Junio, J.), Ed. Bosch, octubre 2013, pp. 373-379.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley concursal (Ley 38/2011)”, RDCP, nº 16, Sección Estudios, Primer semestre de 2012 (pág. 43 y ss), Ed. La Ley, versión digital ICAB.

ÁLVAREZ MARTINEZ, J. y GARCÍA GÓMEZ, A., “Efectos tributarios del ejercicio de las acciones de reintegración” en “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, A.A.V.V (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 455-485.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., “*La prueba por presunciones*”, Ed. Comares, Granada, 2007.

ÁVILA DE LA TORRE, A., “Las presunciones relativas de perjuicio (I): impugnación de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, en A.A.V.V., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 1ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, pp. 89-110.

AZNAR GINER, E., “*La acción rescisoria concursal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BARO CASALS, A. Y PEDREÑO MAESTRE, F., “*Derecho concursal. La Quiebra*”, Tomo II, 1ª ed., Cedecs Editorial, Barcelona, 1999.

BARO CASALS, A. y PEDREÑO MAESTRE, F., “*Derecho concursal. La suspensión de pagos*”, Tomo I, 1ª ed., Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

BARO CASALS, A.: Jurisprudencia concursal sistematizada publicada en la web <http://www.bufete-baro.com/pub-docs/jurisprudencia-concursal.pdf> (consultada desde noviembre del 2010 a mayo del 2015).

BARÓ CASALS, A., “Régimen de dotaciones en caso de refinanciación de créditos bancarios tras el RDL 4/2014” en Revista Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 22, 2015, (pp. 261-270), pp. 267 y ss.

BARÓ CASALS, A., *Revista de derecho concursal y paraconcursal:*

- “Régimen de dotaciones en caso de refinanciación de créditos bancarios”, nº19, 2013, pp. 397-402.
- “Las dotaciones para la cobertura del riesgo de insolvencia en el sistema financiero español”, nº 20, 2014, pp. 385-403.
- “Régimen de dotaciones en caso de refinanciación de crédito bancarios tras el RDL 4/2004, y la Ley 17/2014”, nº 22, 2015, pp. 261-270.

BARO CASALS, A., “Tratamiento de las garantías reales en la reforma de la Ley concursal por el RDL 4/2014”, Ponencia expuesta en la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA), el 3 de abril de 2014.

BARONA VILAR, S., “El proceso cautelar”, en AA.VV., “*Proceso Jurisdiccional II, Derecho Civil*”, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 18ª, Valencia, 2010, p. 685-727.

BELTRAN, E., Prólogo de “*Concurso y rescisión*”, SEBASTIAN, R., Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2013, edición en e-book, formato epuck, pp 12-13.

BELTRAN, E., “*Curso de Derecho Mercantil II*” (Dir. Uria y Menéndez), 2ª ed., Madrid, 2007, p. 1024.

BERZOSA FRANCOS, M.V., “Principios del Proceso”, *Justicia*, 1992, III, pp. 553-620.

CABALLERO GARCÍA, F., “La acumulación de las acciones de reintegración”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012.

CACHÓN CADENAS, M., “La buena fe en el proceso civil”, en AA.VV., “*El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. 18, 2005, pp. 209-249.

CARBALLO PIÑEIRO, L., “*Acciones de Reintegración de la masa y derecho concursal internacional*”, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela Campus universitario sur 15782 Santiago de Compostela, 2005.

CARRASCO PERERA, A., “*Los derechos de garantía en la ley concursal*”, Ed. Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor, 2009.

CGPJ, Informe al anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley concursal elaborado por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, aprobado por el pleno el 28 de febrero de 2011, página web <http://www.poderjudicial.es> (consultada el 28 de abril de 2011).

CORDÓN MORENO, F. “*El proceso concursal*”, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.

CORTÉS DOMINGUEZ, V. y otros, “*Derecho Procesal civil. Parte general*”, 3ª ed., Ed. Colex, 2000.

CUENA CASAS, MATILDE: “Rescisión y derecho de familia”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012.

CURIEL LORENTE, F., “Los efectos de la acción de reintegración” en “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, A.A.V.V (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, pp. 195-222.

DÍAZ MARTÍNEZ, "Presente y futuro de las acciones de reintegración", *Diario La Ley*, nº 5640, Sección doctrina, 24-10-2002, Año XXIII, Ref. D-225 pp. 1816-1821., Tomo 5.

DÍAZ MARTÍNEZ, M, y IGLESIAS ESCUDERO, S., "Las acciones de reintegración y la constitución d garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 16, Sección Varía, Primer semestre de 2012, Editorial LA LEY, versión digital ICAB.

DÍEZ PICAZO L. y GULLÓN A., "*Sistema de Derecho Civil*", Vol. II, 9ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

ESCRIBANO GÁMIR. R.C., "La reintegración de la masa activa del concurso" en AA.VV., "*Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*", T. IV, pp. 4009-4044.

ESPIGALES HUETE, J.C., "La acción rescisoria concursal", Ed. Aranzadi S.A., (Thomson Reuters-Civitas), Cizur Menor, 2011.

ESPINIELLA, MENÉNDEZ, A., "Cesión internacional de acciones por la administración concursal (*), Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2012, asunto C-213/10, *F-Tex SIA c. Jadecloud Vilma*", *Diario La Ley*, Año XXXIII, Número 7891, 29 de junio de 2012, www.diariolaley.es, consultado 26-07-12.

ESPINIELLA, MENÉNDEZ, A., "El procedimiento auxiliar de insolvencia: una nueva configuración del derecho concursal internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 5, 2005, pp. 153-198.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La protección del tercero adquirente frente a las acciones revocatoria concusales", Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., "Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor", en AA.VV., "*La reforma concursal*" (Dir. Fernández Seijo, J.M.), Estudios de Derecho Judicial, nº 85, 2005, pp. 215-252.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. "Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal" en AA.VV., "*La reintegración en el concurso de acreedores*", (Dir. José Antonio García-Cruces González), Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, edición de 2014, pp. 321-375.

FUENTES BUJALANCE, A.: "La rescisión y la cuenta corriente", Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012 (Magistrado mercantil 1 Málaga).

GALGO PECO, A., "Normas de derecho internacional privado. La Ley aplicable", en "*Tratado judicial de la insolvencia*", AA.VV (Dir. Prendes Carril y Muñoz Paredes), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 945-972.

GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., “Efectos de la declaración del concurso sobre las relaciones jurídico-privadas del deudor”, en AA.VV., “*Comentarios a la Ley Concursal*” (Coord. Fernández de la Gándara, L. y Sánchez Álvarez, M.M.), Marcial Pons, Col. Garrigues, Madrid, 2004, pp. 267-276.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: “La cesión de las acciones rescisorias”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012.

GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte «in bonis»”, Anuario de Derecho Concursal nº 24/2011 parte Comentario de Jurisprudencia, Ed. Civitas, Madrid, 2011, versión digital ICAB.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., en A.A.V.V., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, Nota a la segunda edición, p. 23 y Prólogo, pp. 25-28.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ. J.A., “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores”, en AA.VV., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González, J.A.), Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, pp. 27-58.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de perjuicio”, en AA.VV., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 31-76.

GARCIA-CRUCES, J.A. y GARCIA VICENTE, J.R., “La disponibilidad de la acción rescisoria concursal (cesión, renuncia y transacción)”, en AA.VV., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 631-656.

GARCÍA GARCÍA, E, y IBORRA, C., “Un catálogo de las medidas cautelares en el concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, num. 12/2007, parte Problemas y Cuestiones, Ed. Civitas, Pamplona, 2007, p. 1.

GARCÍA VICENTE, J.R., “La rescisión concursal de las garantía reales: algunas observaciones”, en AA.VV., “*Créditos, Garantías y concurso*”, (Cood. Veiga Copo, A.B.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, septiembre 2010, pp. 111-137.

GARCÍA SANZ, A., "Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva LEC", en AA.VV., “*Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*”, T. IV, pp. 4063-4082.

GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J., “Las normas de derecho internacional privado de la LC: algunas pautas para su correcto entendimiento”, *RJC*, 2004, p. 303 (pp. 1269-1291).

GARNICA MARTÍN, J.F., "Aspectos procesales de la Ley Concursal", en AA.VV. *"La nueva Ley Concursal"*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, 2003, (Dir. Juan Francisco Garnica Martín), pp. 127-324.

GARNICA MARTÍN, J.F., "Aspectos procesales de la Ley Concursal", en AA.VV. *"Tratado judicial de la insolvencia"*, (Dir. Prendes Carril y Muñoz Paredes), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

GARNICA MARTÍN, J.F., "Principios del proceso y proceso concursal", AAVV., *"Principios y garantía procesales"*, (Dir. Picó Junoy, J.), Ed. Bosch, octubre 2013, pp. 359-372.

GARNICA MARTÍN, J.F., "El juicio verbal: aspectos prácticos", *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001, nº 4 (monográfico sobre la nueva LEC), pp.167-193.

GÓMEZ COLOMER, J.L., "El proceso concursal", en MONTERO Y AROCA, J. y otros, *"Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil"*, 18ª ed., Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2010.

GONZÁLEZ CANO, M^a ISABEL, *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., comentario al art. 193 LC, en AA.VV. *"Comentarios a la Legislación Concursal"* T. II, (Dir. Pulgar Ezquerro, J. y otros), Ed Dykinson S.L., Madrid, 2004, pp. 1.602-1609.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., comentario al art. 197 LC, en AA.VV. *"Comentarios a la Legislación Concursal"* T. II, (Dir. Pulgar Ezquerro, J. y otros), Ed Dykinson S.L., Madrid, 2004, pp. 1.634-1643.

GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., "Reintegración concursal y normas especiales: el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo", en A.A.V.V., *"La reintegración en el Concurso de Acreedores"*, (Dir. García-Cruces González J.A.), 1ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, pp. 405-454.

GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., "La rescisión de las modificaciones estructurales societarias", Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012.

GÓRRIZ LÓPEZ, C., y MORRAL SOLDEVILA, R., "Declaración y conclusión del concurso por insuficiente de masa activa", AAVV., *"Problemas procesales del concurso de acreedores"*, (Coor. Cachón Cadenas, M., Picó Junoy, J., Riba Trepas, C., y Ruíz de la Fuente, M.C.), Ed. Atelier, 2013, pp. 203-226

GULLÓN BALLESTEROS, A., "La acción rescisoria concursal", en AA.VV., *"Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia"*, T. IV, pp. 4125-4135.

GURREA MARTÍNEZ, A., “La reintegración de las 'undervalue transactions' en el derecho inglés”, www.dictumabogados.com (Actualidad/Eventos/Conferencia), consultado el 13 de abril de 2014, pp. 2-3.

HERRERO PEREZAGUA, J.F. “Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración” en AA.VV., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. José Antonio García-Cruces González), Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, pp.163 a 194; y edición de 2014, pp. 175-209.

HURTADO YELO, J.J. “Problemas de legitimación en el incidente concursal”, *El Derecho- Revista de Jurisprudencia* nº 2, julio 2014.

HURTADO YELO, J.J., “El ejercicio de la acción de reintegración en supuestos de incumplimiento del convenio”, *Diario La Ley* nº 8434, Sección Tribuna, 3 de diciembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-409, Editorial LA LEY, LA LEY 8419/2014.

LEON SANZ, F.J., “El régimen de reintegración concursal de las garantías financieras”, *ADC* nº 6/2005, Ed. Civitas, Pamplina, 2005, versión digital ICAB.

LEON SANZ, F. J., "El sistema de reintegración concursal", *Revista del poder judicial*, número especial XVIII, 2004, p. 241-292.

LEON SANZ, F.J., “La rescisión de las operaciones societarias”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012, pp. 1-8.

LEON SANZ, F.J., “La finalidad y estructura de la acción rescisoria”, *Anuario de Derecho Concursal* num.11/2007 parte Estudios, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2007, copia ICAB de 28.01.14.

LINACERO DE LA FUENTE, M., “*Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*”, Ed. Reus S.A., Madrid, 2005.

LÓPEZ-MELLADO, A., “Las acciones de reintegración; aspectos procesales”, *Boletín de Derecho Mercantil* nº 5, de julio de 2008, pp. 2-3, consultado en la página web <http://online.elderecho.com>, el 26.11.2010.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Actos procesales de índole dispositiva y rescisión concursal”, en AA.VV., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 661.

MAIRATA LAVIÑA, J., “Los efectos del concurso en la Ley Concursal”, en AA.VV., “*Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*” (Dir. García Villaverde, R, Alonso Ureba, A., Pulgar Ezquerro, J.), Ed. Dilex, S.L., 2003, pp. 275 a 324.

MARTÍN REYES, M.A., "La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada" en AA.VV., “*Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*”, T. IV, pp. 4175-4191.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sobre la protección de los adquirentes de buena fe en el sistema de reintegración contenido en la Ley Concursal”, en AA.VV., “*Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*”, Tomo IV, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2005, pp. 4193-4210.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Constitución de garantías personales por el concursado durante el periodo de reintegración”, en “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, A.A.V.V (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, pp. 353-404.

MASCARELL NAVARRO, M.J., “*Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*”, Ed. Comares, 1994.

MASCARELL NAVARRO, Mª, J., “Derecho procesal civil” (Dir. Ortells Ramos, M.), 9ª ed., Ed. Aranzadi S.A., Cizur Menor (Pamplona), 2009, p. 1073.

MASSAGUER FUENTES, J., “La reintegración de la masa”, *El notario*, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, nº 32 julio-agosto 2010, p. 2, consultada en <http://www.elnotario.com/egest/noticia.php>, el 8-10-2010.

MASSAGUER FUENTES, J., “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa”, en AA.VV., “*Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*”, T. IV, pp. 4211-4237.

MERCADAL VIDAL, F., “Comentario al art. 76 LC”, en AA.VV., “*Nueva Ley Concursal*”, (Coord., Sala Reixachs, Mercadal Vidal, Alonso-Cuevillas Sayrol), Bosch 2003, pp. 394-395.

MERCADAL VIDAL, F., “Comentario al art. 93 LC”, AA.VV., “*Nueva Ley Concursal*”, (Coord., Sala Reixachs, Mercadal Vidal, Alonso-Cuevillas Sayrol), Bosch 2003, pp. 453-460.

MERCADAL VIDAL, F., “La determinación del centro de intereses principales de sociedad española dominada por sociedad extranjera”, en *ADC*, nº 12, 2007. Ed. Cívitas, Pamplona, pp. 363-415.

MONTERO Y AROCA, J. y otros, “*Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*”, 18ª ed. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

MONTÓN REDONDO, A. y MONTÓN GARCÍA, M., “*El nuevo proceso concursal*”, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2005.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, nº 17 parte Estudios, Ed. Civitas, Pamplona 2009, pp. 81-138, (consultada en versión digital. Thomson Reuters Aranzadi, de 28 de enero de 2014, pp 1-32).

MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Las presunciones relativas de perjuicio (II): la impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas”, en A.A.V.V., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 1ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, pp. 144-145.

MORENO CATENA, V., y otros, “*Derecho Procesal Civil. Parte general*”, 3ª ed. Ed. Colex, Madrid, 2000.

MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “Las acciones de reintegración concursales”, *Diario La Ley* nº 6967, sección Tribuna, 13 junio 2008, Año XXIX, Ed. La Ley (La Ley 23082/2008).

NAVAS NAVARRO, S., “*Concurso de acreedores y pacto de supervivencia*”, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

OLIVENCIA RUIZ, M., “Los principios de la reforma concursal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4 de 2004 (monográfico sobre la Ley Concursal) p. 7-20.

ORTELLS RAMOS, M., “*Derecho procesal civil*”, 9ª ed., Ed. Aranzadi S.A., Cizur Menor (Pamplona), 2009.

ORTIZ PRADILLO, J.C., “*Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*”, Ed. Iustel, Madrid, 2004.

PALAO UCEDA, J., “Las acciones de rescisión en el concurso de acreedores” *Diario La Ley* nº 7820, sección Tribuna, 16 marzo 2012 (La Ley 2481/2012).

PARRA LUCÁN, M. A., “La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 19/2010 parte Estudios, Ed. Civitas, Pamplona, 2010, pp. 6-7.

PAVÓN NEIRA, C., “*El incidente concursal*”, Ed Bosch, octubre 2014, L’Hospitalet de Llobregat, pp. 55-56.

PÉREZ BENITEZ, J.J., “El perjuicio patrimonial y la posibilidad de rescisión independiente de las garantías en el concurso”, *Boletín Mercantil*, Año V, nº 51, septiembre 2012.

PÉREZ DAUDÍ, V., "Los criterios de admisión y denegación de las medidas cautelares en las recientes resoluciones de la AP de Barcelona", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2009, nº 1-2, pp. 207-238.

PEREZ TROYA, A., “La rescisión concursal de las modificaciones estructurales”, en “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, A.A.V.V (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 587-630.

PICO I JUNOY, J., “Aproximación al principio de la buena fe procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Tomo 4, 2001, pp.7-28.

PINTO RUIZ, J.J., "De la retroacción al retorno de las acciones recisorias" en AA.VV., *"Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia"*, T. IV, pp. 4279-4330.

PIÑEL LÓPEZ, E., "Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales contra la masa" en AA.VV. *"La nueva Ley Concursal"*, (Dir. Olivencia Ruiz, M.), Estudios de Derecho judicial 59-2004, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2005.

PONS ALBENTOSA, L., "Las acciones de reintegración a la masa activa en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Aspectos generales, novedades introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, casos especiales y experiencias en derecho Comparado", Ponencia realizada en el IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia y VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía realizado en Antequera del 19-21 de abril de 2012.

PRENDES CARRIL, P, y otros, *"Guía Práctica Concursal"*, 3ª ed., Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009.

PULGAR EZQUERRA, J., "Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias", *Diario La Ley*, nº 7097, Sección Doctrina, 21 Enero 2009, Año XXX, Ed. La Ley (La Ley 41791/2008).

PULGAR EZQUERRA, J., "Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: Cláusulas convencionalmente pactadas", *Revista de Derecho Mercantil* 279, Enero-Marzo, 2011, pp. 147-176.

QUINTANA CARLO, I., "Las exclusiones legales de rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa", en AA.VV., *"La reintegración en el Concurso de Acreedores"*, (Dir. García-Cruces González J.A.), 1ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, pp. 147-162.

RAMÍREZ, J. A., *"Derecho Concursal Español. La quiebra"*, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 1959.

RAMOS MÉNDEZ, F., *"Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles"*. Tomos I y II, Ed. Atelier, Barcelona, 2008.

RAMOS ROMEU, F., "Los presupuestos procesales de la tutela cautelar", *Justicia*, 2006, pp. 189-215.

REDONDO GARCÍA, F., "Algunas cuestiones sobre el principio igualdad de las partes en el procedimiento incidental tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma concursal", en AAVV., *"Principios y garantía procesales"*, (Dir. Picó Junio, J.), Ed. Bosch, octubre 2013, pp. 393-399.

RIBA TREPAT, C., "El juez predeterminado por la ley en la acumulación de concursos", en AAVV., *"Principios y garantía procesales"*, (Dir. Picó Junio, J.), Ed. Bosch, octubre 2013, pp. 381-391.

RIBA TREPAT, C., “Reflexiones sobre competencia judicial y acumulación de concursos”, en AAVV., “Problemas procesales del concurso de acreedores”, (Coor. Cachón Cadenas, M., Picó Junoy, J., Riba Trepata, C., y Ruíz de la Fuente, M.C.), Ed. Atelier, 2013, pp. 37-51.

RIPOLL OLAZÁBAL, G., “Comentario al art. 71 LC”, en AA.VV., “Derecho Concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal” (Coord. Fernández-Ballester, M. A.), Ed. La Ley, Madrid, 2004.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Reintegración y concurso de acreedores”, Ed. Dilex, Madrid, 2005.

RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa”, en AA.VV., “La reintegración en el concurso de acreedores”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 77-111.

ROJO, A., “La reforma del derecho concursal español”, en AA.VV. “La reforma de la legislación concursal” (Dir. Rojo, A.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 87-130.

RUÍZ DE LA FUENTE, M.C., “Comentarios sobre la prueba en el incidente concursal”, AAVV., “Problemas procesales del concurso de acreedores”, (Coor. Cachón Cadenas, M., Picó Junoy, J., Riba Trepata, C., y Ruíz de la Fuente, M.C.), Ed. Atelier, 2013, pp. 227-234.

SÁNCHEZ-CALERO, J., “Refinanciación y reintegración concursal”, *Anuario de Derecho de Derecho Concursal*, nº 20, 2010, p. 9-38.

SANCHO GARGALLO, I., “Las acciones de reintegración”, en AA.VV. “Tratado judicial de la insolvencia”, (Dir. Prendes Carril y Muñoz Paredes), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp.1141-1245.

SANCHO GARGALLO, I. “Operaciones de reintegración de la masa de la quiebra”, AA.VV. “Derecho Concursal II”, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 5, 1996, pp. 417-506, versión digital ICAB, pp 1-47.

SANCHO GARGALLO, I., “Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 2006, pp. 9-30.

SANCHO GARGALLO, I., “Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2004 (monográfico sobre la Ley Concursal), pp. 153-184.

SANCHO GARGALLO, I., “Tratamiento actual del sobreendeudamiento financiero y de empresas y particulares RDL 4/2014”, Ponencia realizada el 3 de junio de 2014 en el Foro Jurídico Económico organizado conjuntamente por el CGPJ y CaixaBank.

SEBASTIAN, R., “Concurso y rescisión”, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2013, edición en e-book (formato epub), p. 19-20.

SENÉS MOTILLA, C., “La rescisión de los actos procesales del deudor”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. Antequera 19-21 abril 2012

SERRA DOMINGUEZ, M., “Intervención litisconsorcial provocada en los procesos sobre vicios de la construcción”, AAVV., “*Principios y garantía procesales*”, (Dir. Picó Junio, J.), Ed. Bosch, octubre 2013, pp. 135-146.

SHAW MORCILLO, L. (Juez de lo Mercantil de Jaen): “La Legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia y VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía realizado en Antequera del 19-21 de abril de 2012.

SICRE, L., “Hacia una Ley Concursal para toda la UE”, *Diario elEconomista, Iuris&Lex*, 28.03.2014, pp.18-19.

SILVETTI, E., “Comentarios a los artículos 71 a 73 LC” en AA.VV. “*Comentarios a la Ley Concursal*” (Dir. Faustino Cordón), actualizado para la 2ª edición por Eduardo Valpuesta Gastaminza, Tomo I, 2ª ed., Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2010, pp. 795-849.

SOLER PASCUAL, L.A., “A vueltas con las acciones de reintegración concursal ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?”, *El Derecho, Revista de Derecho mercantil* nº 8 mayo 2013, <http://revistas.elderecho.com>, consultada el 19 de junio de 2013.

URÍA y MENÉNDEZ, “*Curso de Derecho Mercantil I*”, 2ª ed., Madrid, 2007.

URÍA, R., “*Derecho Mercantil*”, 25ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1998.

URIARTE CODÓN, A., “La inversión de la carga de la prueba”, en AA.VV., “*Objeto y carga de la Prueba Civil*” (Dir. Picó i Junoy, J y Abel Lluch, X.), Ed. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 101-128.

VARGAS BENJUMEA, I., “*La acción de reintegración concursal*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

VAZQUEZ SOTELO, J.L., “La ‘prueba en contrario’ de las presunciones judiciales”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001, nº 4 (monográfico sobre la nueva LEC), pp.151-166.

VIGUER SOLER, P.L., “La masa activa: determinación y acciones de reintegración”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII, 2003, (Dir. Garnica Martín J.F.), pp. 355-398.

VILA FLORENSA, M., “Comentario a los arts. 71 a 73 LC”, en AA.VV., “*Nueva Ley Concursal*” (Coord., Sala Reixachs, Mercadal Vidal, Alonso-Cuevillas Sayrol), Ed. Bosch, 2003, pp. 366-381.

VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., “La legitimación y las costas de la acción de reintegración”, *ADCo*, 2012, nº 27, pp. 303-324.

VILLORIA RIVERA, I., “La rescisión de las garantías prestadas por deuda a cargo de sociedades del grupo”, Ponencia realizada en el IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía, Antequera, 19-21 abril 2012.

VIRGOS SORIANO, M., “Normas de Derecho internacional Privado”, en AA.VV., “*La nueva Ley Concursal*” (Dir. Olivencia, M.), CGPJ, Madrid, 2005.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “*Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*”, Ed. Civitas, Madrid, 2003. pp. 134-136.

YAÑEZ EVANGELISTA, J., “Riesgo de reintegración en operaciones de financiación del grupo de sociedades”, *Boletín de Derecho Mercantil*, Año IV – núm. 38 – junio 2011. Consultado en www.elderecho.com, el 26 de noviembre de 2011.

ZAPATER DUQUE, E., “Estructura orgánica (II)”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo* (Dir. Abellán Honrubia, V., y Vila Costa, B.), Ed. Ariel, 6º ed., 2011, pp 80-81 y 86.

ZUBIRI DE SALINAS, M., “El papel del auditor en los procedimientos previos a la declaración del concurso y su relevancia a efectos de la reintegración concursal” en A.A.V.V., “*La reintegración en el Concurso de Acreedores*”, (Dir. García-Cruces González J.A.), 2ª ed, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 377-431.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

TJUE

- STJCE (ahora TJUE) de 22 .02.1979, asunto GOURDIN c. NADLER (asunto 133/78).
- STJCE (ahora TJUE) de 12 de febrero de 2009, asunto SEAGO c. DEKO MARTY, (asunto C-339/07).

Tribunal Supremo (Sala civil)

- STS de 10.12.2009 (Sentencia nº 802/2009, Recurso 1990/2005).
- STS de 16.09.2010 (Sentencia nº 548/2010; Recurso 1924/2006) [Roj:STS 5328/2010, Id Cendoj:28079110012010100610].
- STS de 27.10.2010 (Sentencia nº 662/2010; Recurso 10/2007) [Roj:STS 5329/2010, Id Cendoj: 28079110012010100611].
- STS de 13.12.2010 (Sentencia nº 791/2010; Recurso 824/2007) [Roj:STS 7163/2010,Id Cendoj:28079110012010100798].
- STS de 28.03.2012 (Sentencia nº 185/2012; Recurso 550/2009) [Roj:STS 2995/2012, Id Cendoj:28079110012012100285].
- STS de 12.04.2012 (Sentencia nº 210/2012; Recurso 482/2009), [Roj: STS 4181/2012, Id Cendoj: 28079110012012100362].
- STS de 20.06.2012, (Sentencia nº 373/2012; Recurso 1616/2009), [Roj: STS 5047/2012; Id Cendoj: 28079110012012100421].
- STS de 26.06.2012 (Sentencia nº 388/2012; Recurso 178/2009) [Roj:STS 5566/2012, Id Cendoj:28079110012012100443].
- STS de 26.10.2012 (Sentencia nº 629/2012; Recurso 672/2010) [Roj:STS 7265/2012, Id Cendoj:28079110012012100641].
- STS de 08.11.2012 (Sentencia nº 652/2012; Recurso 836/2010) [Roj:STS 7746/2012, Id Cendoj:28079110012012100677].
- STS de 07.12.2012 (Sentencia nº 723/2012; Recurso 1057/2010) [Roj: STS 8314/2012, Id Cendoj: 28079110012012100733].
- STS de 11.12.2012 (Sentencia nº 736/2012; Recurso 1167/2010) [Roj:STS 8522/2012, Id Cendoj:28079110012012100743].

- STS de 19.12.2012 (Sentencia nº 758/2012; Recurso 1240/2010) [Roj: STS 8861/2012, Id Cendoj: 28079110012012100754].
- STS de 10.07.2013 (Sentencia nº 487/2013; Recurso 440/2011), [Roj: STS 4178/2013, Id Cendoj: 28079110012013100456].
- STS de 08.04.2014 (Resolución: 169/2014; Recurso: 935/2012), [Roj: STS 1629/2014; Id Cendoj: 28079110012014100179].
- STS de 09.04.2014 (Sentencia nº 175/2014; Recurso 812/2012), [Roj: STS 1760/2014 Id Cendoj: 28079110012014100190].
- STS de 21.04.2014 (Sentencia nº 193/2014; Recurso 914/2012), [Roj: STS 2467/2014 Id Cendoj: 28079110012014100280].
- STS de 30.04.2014 (Sentencia nº 100/2014; Recurso 745/2012), [Roj: STS 1954/2014 Id Cendoj: 28079110012014100219].
- STS de 09.07.2014 (Sentencia nº 363/2014; Recurso 2566/2012), [Roj: STS 2945/2014 Id Cendoj: 28079110012014100353].
- STS de 21.07.2014 (Sentencia nº 401/2014; Recurso 2511/2012), [Roj: STS 3170/2014 Id Cendoj: 28079110012014100396].
- STS de 24.07.2014 (Sentencia nº 428/2014; Recurso 2912/2012), [Roj: STS 3566/2014 Id Cendoj: 28079110012014100428].
- STS de 04.09.2014 (Sentencia nº 451/2014; Recurso 3060/2012), [Roj: STS 3748/2014; Id Cendoj: 28079110012014100444].
- STS de 01.11.2014, (Sentencia nº 631/2014; Recurso 491/2013), [Roj: STS 4839/2014; Id Cendoj: 28079110012014100628].
- STS de 12.11.2014, (Sentencia nº 615/2014; Recurso 117/2013), [Roj: STS 4444/2014 ; Id Cendoj: 28079110012014100575].
- STS de 16.12.2014, (Sentencia nº 715/2014; Recurso 802/2013), [Roj: STS 5694/2014; Id Cendoj: 28079110012014100727].
- STS de 29.12.2014, (Sentencia nº 735/2014; Recurso 766/2013), [Roj: STS 5693/2014; Id Cendoj: 28079110012014100726].
- ATS de 18.02.2009 (Recurso 244/2008).
- ATS de 11.03.2009 (RJ 2009/1642).
- ATS de 14.04.2009 (JUR 2009/205956).
- ATS de 14.07.2009 (RJ 2009/4471; Recurso 93/2009).

- ATS de 14.07.2009 (RJ 2009/4469; Recurso 157/2009).
- ATS de 09.12.2009 (RJ 2010/276; Recurso 285/2009).
- ATS de 25.05.2010 (RJ 2010/3720; Recurso 200/2010).
- ATS de 2.11.2010 (JUR 2011, 2017) [ATS 1409/2010].
- ATS de 04.10.2011, Recurso: 181/2011 (Roj: ATS 10019/2011; Id Cendoj: 28079110012011203210).
- ATS de 24.01.2012.
- ATS de 27.11.2012 (Recurso 210/2012).
- ATS de 16.09.2014, (Recurso 2036/2013), [Roj: ATS 6992/2014; Id Cendoj: 28079110012014202113].

Tribunales Superiores de Justicia

- ATSJ Andalucía (Granada) de 09.09.2009 (AC 2010/1165; Auto 34/2009; Recurso 27/2009).
- ATSJ Andalucía (Granada) de 01.12.2009 (AC 2010/1167; auto 46/2009; Recurso 40/2009).
- ATSJ Andalucía (Granada) de 25.01.2012 (Auto 5/2012; Recurso 1/2012).

Audiencias Provinciales

AP Álava

- SAP Álava (Sección 1) de 04.03.2011 (Sentencia 125/2011; Rollo 310/2010).
- SAP Álava (Sección 1) de 17.11.2011 (Rollo 127/2011).
- AAP Álava (Sección 1) de 14.03.2012 (Auto 36/2012; Rollo 606/2011).

AP Albacete

- SAP Albacete (Sección 1) de 14.06.2013 (Sentencia 113/2013; Rollo 202/2012).
- SAP Albacete (Sección 1) de 10.03.2014 (Sentencia 42/2014; Rollo 123/2013).

AP Alicante

- SAP Alicante (Sección 8) de 14.02.2008 (JUR 2008/166965) (Rollo 33/2008).
- SAP Alicante (Sección 8) de 15.02.2008 (JUR 2008/166801) (Rollo 32/2008).
- SAP Alicante (Sección 8) de 09.04.2008 (JUR 2008/189071).
- SAP Alicante (Sección 8) de 10.06.2008 (JUR 2009/18076; Sentencia 221/2008; Rollo 71/2008).
- SAP Alicante (Sección 8) de 22.10.2008 (JUR 2009/25857; Sentencia 367/2008; Rollo 92/2008).
- SAP Alicante (Sección 8) de 05.04.2011 (Sentencia 122/2011; Rollo 903/2010).
- SAP Alicante (Sección 8) de 13.10.2011 (Sentencia 408/2011; Rollo 217/2011).
- SAP Alicante (Sección 5) de 11.10.2012 (Sentencia 410/2012; Rollo 340/2012).
- SAP Alicante (Sección 5) de 08.11.2012 (Sentencia 454/2012; Rollo 359/2012).
- SAP Alicante (Sección 5) de 21.12.2012 (Sentencia 545/2012; Rollo 257/2012).
- SAP Alicante (Sección 5) de 06.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 490/2012).
- SAP Alicante (Sección 8) de 17.10.2013 (Sentencia 395/2013; Rollo 315/2013).
- SAP Alicante (Sección 8) de 24.10.2013 (Sentencia 402/2013; Rollo 320/2013).

AP Almería

- SAP Almería (Sección 2) de 11.09.2012 (Sentencia 166/2012; Rollo 306/2011).
- SAP Almería (Sección 2) de 29.05.2013 (Sentencia 132/2013; Rollo 164/2012).

AP Badajoz

- SAP Badajoz (Sección 2) de 02.10.2008 (Sentencia 231/2008; Rollo 837/2007).
- SAP Badajoz (Sección 2) de 31.01.2012 (Sentencia 45/2012; Rollo 526/2011).
- SAP Badajoz (Sección 2) de 20.09.2013 (Sentencia 226/2013; Rollo 253/2013).

AP Baleares

- SAP Baleares de 19.02.2008 (JUR 2008/296881).
- SAP Baleares (Sección 5) de 22.10.2009 (JUR 2009\476376; Sentencia 359/2009; Rollo 332/2009).
- SAP Baleares (Sección 5) de 29.11.2012 (Sentencia 510/2012; Rollo 320/2012).

- SAP Baleares (Sección 5) de 29.01.2013 (Sentencia 32/2013; Rollo 686/2012).
- SAP Baleares (Sección 5) de 15.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 38/2013).
- SAP Baleares de 25.03.2013 (Sentencia 117/2013; Rollo 683/2012).
- SAP Baleares (Sección 5) de 23.04.2013 (Sentencia 168/2013; Rollo 10/2013) .
- SAP Baleares (Sección 5) de 26.06.2013 (Sentencia 277/2013; Rollo 139/2013).
- SAP Baleares (Sección 5) de 22.01.2014 (Sentencia 16/2014; Rollo 532/2013).
- SAP Baleares (Sección 5) de 23.01.2014 (Sentencia 19/2014; Rollo 530/2013).
- SAP Baleares (Sección 5) de 17.03.2014 (Sentencia 75/2014; Rollo 9/2014).
- SAP Baleares (Sección 5) de 08.05.2014 (Sentencia 140/2014; Rollo 72/2014).

AP Barcelona

- SAP Barcelona (Sección 15) de 02.05.2006 (Rollo 47/2006).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 26.04.2007 (Rollo 16/2007).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 11.06.2007 (Rollo 320/2006).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 19.12.2007 (Rollo 592/2007).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 22.05.2008 (Rollo 646/2007).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 30.09.2008 (JUR 2009794119).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 08.01.2009 (AC 2009/1180; Sentencia 3/2009; Rollo 497/2008).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 06.02.2009 (Rollo 607/2008).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 30.03.2009 (JUR 2009/411292; Sentencia 106/2009; Rollo 696/2008).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 13.01.2010 (Sentencia 2/2010; Rollo 365/2009).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 30.03.2010 (Rollo 507/2009; RJC 150).
- SAP de Barcelona (Sección 15) de 09.07.2010 (Sentencia 215/2010; Rollo 171/2010).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 22.09.2010 (Sentencia 280/2010; Rollo 260/2010).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 28.09.2010.
- SAP Barcelona (Sección 15) de 20.01.2011 (Sentencia 7/2011; Rollo 502/2010).
- SAP Barcelona, de 27.01.2011, nº 34/11 (Incidente concursal de reintegración nº 294/2008, Rollo nº 369/2010-1ª).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 22.02.2011 (JUR 2011/181704; Sentencia 68/2011; Rollo 468/2010).

- SAP Barcelona (Sección 15) de 17.03.2011 (Sentencia 121/2011; Rollo 481/2010).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 20.04.2011 (Sentencia 192/2011; Rollo 578/2010).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 29.04.2011 (Sentencia 207/2011; Rollo 554/2010).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 15.06.2011 (Sentencia 260/2011; Rollo 593/2010).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 15.12.2011 (Sentencia 493/2011; Rollo 320/2011).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 01.03.2012 (Sentencia 84/2012; Rollo 532/2011).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 15.06.2012 (Sentencia 240/2012; Rollo 89/2012)
- SAP Barcelona (Sección 15) de 28.06.2012 (Sentencia 248/2012; Rollo 6600/2011).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 09.07.2012 (Sentencia 261/2012; Rollo 193/2012).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 15.01.2013 (Sentencia 10/2013; Rollo 374/2012).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 06.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 714/2012).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 02.05.2013 (Sentencia 176/2013; Rollo 34/2013).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 04.06.2013 (Sentencia 234/2013; Rollo 117/2013).
- SAP Barcelona (sección 15) de 26.06.2013 (Sentencia 267/2013; Rollo 148/2013)
- SAP Barcelona (Sección 15) de 30.09.2013 (Sentencia 344/2013; Rollo 814/2012).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 09.10.2013 (Sentencia 355/2013; Rollo 218/2013).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 23.10.2013 (Sentencia 373/2013; Rollo 203/2013).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 07.04.2014 (Sentencia 156/2014; Rollo 492/2013).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 22.04.2014 (Sentencia 135/2014; Rollo 479/2013).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 19.05.2014 (Sentencia 172/2014; Rollo 439/2013).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 27.05.2014 (Sentencia 182/2014, FD 4º; Rollo 503/2013).
- SAP Barcelona de 11.06.2014 (Sentencia 210/2014, FD 4º.12; Rollo 497/2013).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 19.06.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 249/2013) [Id Cendoj: 08019370152014100226].
- SAP Barcelona de 02.07.2014, (Sentencia 234/2014, FD 3º.7; Rollo 99/2014).
- SAP Barcelona (Sección 15) de 16.07.2014 (Sentencia 253/2014; Rollo 95/2014), [Id Cendoj 08019370152014100214].
- SAP Barcelona (Sección 15) de 26-2-2015 (Rollo 348/2014), [Roj: SAP B 602/2015; Id Cendoj: 08019370152015100043].
- AAP Barcelona (Sección 15) de 24.07.2006 (Rollo 263/2006)
- AAP Barcelona de 16.01.2007 (JUR 2007/206097)

- AAP Barcelona (Sección 15) de 26.03.2008 (Rollo 717/2007)
- AAP Barcelona (secc.15) de 24.10.2008 (JUR 2009/35554)
- AAP Barcelona (Sección 15) de 27.03.2009 (JUR 2009/411326; Auto 70/2009; Rollo 733/2008)

AP Burgos

- SAP Burgos (Sección 3) de 30.04.2010 (Sentencia 202/2010; Rollo 90/2010).
- SAP Burgos (Sección 3) de 21.09.2011 (Sentencia 279/2011; Rollo 207/2011).
- SAP Burgos (Sección 3) de 10.10.2012 (Sentencia 357/2012; Rollo 259/2012).
- SAP Burgos (Sección 3) de 04.04.2013 (Sentencia 112/2013; Rollo 202/2012).
- SAP Burgos (Sección 3) de 11.06.2013 (Sentencia 168/2013; Rollo 108/2013).
- SAP Burgos (Sección 3) de 05.09.2013 (Sentencia 216/2013; Rollo 148/2013).
- SAP Burgos (Sección 3) de 12.12.2013 (Sentencia 297/2013; Rollo 243/2013).
- SAP Burgos (Sección 3) de 20.12.2013 (Sentencia 310/2013; Rollo 249/2013).

AP Cáceres

- SAP Cáceres (Sección 1) de 20.07.2011 (Sentencia 303/2011; Rollo 381/2011).
- SAP Cáceres (Sección 1) de 30.04.2014 (Sentencia 106/2014; Rollo 152/2014).
- SAP Cáceres (Sección 1) de 06.05.2014 (Sentencia 113/2014; Rollo 166/2014).

AP Cádiz

- SAP Cádiz (Sección 5) de 06.06.2011 (Sentencia 325/201; Rollo 61/2011).
- SAP Cádiz (Sección 5) de 15.04.2014 (Sentencia 204/2014; Rollo 53/2014).
- SAP Cádiz (Sección 5) de 22.05.2014 (Sentencia 288/2014; Rollo 422/2013).

AP Cantabria

- SAP Cantabria (Sección 2) de 20.05.2010 (JUR 2010/356899; Sentencia 42/2010; Rollo 122/2009).

AP Castellón

- SAP Castellón (Sección 3) de 27.04.2009 (JUR 2009/304131; Sentencia 134/2009; Rollo 586/2008).
- SAP Castellón (Sección 3) de 15.02.2010 (Sentencia 44/2010; Rollo 129/2009).
- SAP Castellón (Sección 3) de 29.10.2010 (JUR 2011/65135; Sentencia 337/2010; Rollo 332/2010).
- SAP Castellón (Sección 3) de 02.06.2011 (Sentencia 191/2011; Rollo 394/2010).
- SAP Castellón (Sección 3) de 07.03.2012 (Sentencia 112/2012; Rollo 601/2011).
- SAP Castellón (Sección 3) de 12.07.2012 (Sentencia 368/2012; Rollo 371/2012).
- SAP Castellón (Sección 3) de 23.11.2012 (Sentencia 560/2012; Rollo 470/2012).
- SAP Castellón (Sección 3) de 26.02.2013 (Sentencia 93/2013; Rollo 763/2012).
- SAP Castellón (Sección 3) de 20.09.2013 (Sentencia 371/2013; Rollo 370/2013).
- SAP Castellón (Sección 3) de 26.09.2013 (Sentencia 376/2013; Rollo 171/2013).
- SAP Castellón (Sección 3) de 17.01.2014 (Sentencia 18/2014; Rollo 508/2013).
- SAP Castellón (Sección 3) de 24.04.2014 (Sentencia 151/2014; Rollo 81/2014).

- AAP Castellón (Sección 3) de 26.07.2010 (Auto 156/2010; Rollo 254/2010).

AP Córdoba

- SAP Córdoba (Sección 3) de 21.11.2007 (Rollo 252/2007).
- SAP Córdoba (Sección 3) de 03.12.2010 (Sentencia 232/2010; Rollo 303/2010).
- SAP Córdoba (Sección 3) de 10.05.2011 (Sentencia 104/2011; Rollo 119/2011).
- SAP Córdoba (Sección 3) de 08.07.2011 (Sentencia 163/2011; Rollo 207/2011).
- SAP Córdoba (Sección 3) de 29.07.2013 (Sentencia 132/2013; Rollo 207/2013).

- AAP Córdoba (Sección 3) de 05.12.2008 (Rollo 70/2008).

AP Girona

- SAP Girona de 20.03.2009 (AC 2009/1603; Sentencia 137/2009; Rollo 33/2009).
- SAP Girona de 28.10.2009 (Sentencia 384/2009; Rollo 392/2009).
- SAP Girona (Sección 1) de 14.05.2013 (Sentencia 201/2013; Rollo 81/2013).

- AAP Girona (Secc. 1ª) de 25-3-2010, (Auto 74/2010; Rollo nº 640/2009; Id. Cendoj: 17079370012010200035).
- AAP Girona de 30.10.2009 (Auto 293/2009; Rollo 389/2009).

AP Granada

- SAP Granada (Sección 3) de 04.04.2011 (Sentencia 145/2011; Rollo 33/2011).
- SAP Granada (Sección 3) de 06.09.2013 (Sentencia 265/2013; Rollo 287/2013).
- SAP Granada (Sección 3) de 18.09.2013 (Sentencia 296/2013; Rollo 359/2013).
- SAP Granada (Sección 3) de 08.11.2013 (Sentencia 360/2013; Rollo 453/2013).
- SAP Granada (Sección 3) de 21.02.2014 (Sentencia 48/2014; Rollo 24/2014).

AP Guipúzcoa

- SAP Guipúzcoa (sección 2) de 30.09.2009 (Sentencia 2310/2009; Rollo 2183/2009).
- SAP Guipúzcoa (Sección 2) de 31.05.2013 (Sentencia 167/2013; Rollo 2118/2013)

AP Huesca

- SAP Huesca de 07.02.2008 (JUR 2008\131186; Sentencia 33/2008; Rollo 277/2007).
- SAP Huesca de 27.10.2009 (JUR 2009\497149; Sentencia 193/2009; Rollo 139/2008).

AP Jaén

- SAP Jaén de 07.05.2007 (JUR 2007/367176)
- SAP Jaén de 24.09.2010 (JUR 2011/66584 (Sentencia 192/2010; Rollo 227/2010).
- SAP Jaén (Sección 1) de 19.01.2011 (Sentencia 8/2011; Rollo 410/2010).
- SAP Jaén de 25.10.2011 (Sentencia 248/2011; Rollo 294/2011).
- SAP Jaén (Sección 1) de 01.02.2013 (Sentencia 18/2013; Rollo 13/2013).

AP La Coruña

- SAP La Coruña de 16.01.2005 (JUR 2006/124260).
- SAP La Coruña (Sección 4) de 14.04.2011 (JUR 2011/198589; Sentencia 168/201; Rollo 656/2010).
- SAP La Coruña (Sección 4) de 20.10.2011 (Sentencia 442/2011; Rollo 331/2011).
- SAP La Coruña (Sección 4) de 23.12.2011 (Sentencia 5607/2011; Rollo 298/2011).
- SAP La Coruña (Sección 4) de 02.10.2012 (Sentencia 392/2012; Rollo 175/2012).
- SAP La Coruña (Sección 4) de 14.12.2012 (Sentencia 531/2012; Rollo 538/2012).
- SAP La Coruña (Sección 4) de 24.05.2013 (Sentencia 207/2013; Rollo 744/2011).
- SAP La Coruña (Sección 4) de 13.02.2014 (Sentencia 38/2014; Rollo 10/2014).

- AAP La Coruña (Sección 4) de 04.12.2009 (JUR 2010/199581; Auto 174/2009; Rollo 547/2009).
- AAP La Coruña (sección 4) de 16.04.2010 (JUR 2010/203668; Auto 63/2010; Rollo 101/2010).

AP Las Palmas de Gran Canaria

- SAP Las Palmas de Gran Canaria (Secc 4ª) de 29 de octubre de 2013 (Sentencia 389/2013; Rollo 379/2012).

AP La Rioja

- SAP La Rioja (Sección 1) de 24.09.2012 (Sentencia 310/2012; Rollo 154/2012).

AP León

- SAP León de 12.11.2010 (Sentencia 449/2010; Rollo 343/2010).
- SAP León de 10.03.2011 (Sentencia 91/2011; Rollo 81/2011).
- SAP León (Sección 1) de 22.02.2013 (Sentencia 80/2013; Rollo 575/2012).

AP Lugo

- SAP Lugo de 19.12.2006 (JUR 2007/128096).
- SAP Lugo de 06.07.2010 (Sentencia 382/2010; Rollo 821/2009).
- SAP Lugo de 23.09.2010 (Sentencia 481/2010; Rollo 261/2010).
- SAP Lugo (Sección 1) de 04.02.2014 (Sentencia 46/2014; Rollo 584/2013).

AP Lleida

- SAP Lleida (Sección 2) de 29.10.2008 (JUR 2009/78109).
- SAP Lleida (Sección 2) de 27.09.2012 (Sentencia 353/2012; Rollo 261/2012).
- SAP Lleida (Sección 2) de 14.02.2013 (Sentencia 74/2013; Rollo 525/2012).

AP Madrid

- SAP Madrid (Sección 28) de 19.12.2008 (Rollo 36/2008).
- SAP Madrid de 30.12.2008 (Rollo 250/2007).
- SAP Madrid (Sección 28) de 10.10.2011 (Sentencia 293/2011; Rollo 106/2011).
- SAP Madrid (Sección 28) de 27.01.2012 (Sentencia 25/2012; Rollo 529/2011).
- SAP Madrid (Sección 28) de 26.02.2012 (Sentencia 17/2012; Rollo 634/2011).
- SAP Madrid (Sección 28) de 20.04.2012 (Sentencia 120/2012; Rollo 376/2011).
- SAP Madrid (Sección 28) de 07.05.2012 (Sentencia 140/2012; Rollo 331/2011).
- SAP Madrid (Sección 28) de 05.10.2012 (Sentencia 275/2012; Rollo 70/2012).
- SAP Madrid (Sección 28) de 11.01.2013 (Sentencia 4/2013; Rollo 640/2011).
- SAP Madrid (Sección 28) de 01.03.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 330/2011).
- SAP Madrid (Sección 28) de 22.03.2013 (Sentencia 91/2013; Rollo 730/2011).
- SAP Madrid (Sección 28) de 05.04.2013 (Sentencia 97/2013; Rollo 66/2012).
- SAP Madrid (Sección 28) de 1.07.2013 (Sentencia 212/2013; Rollo 247/2012).
- SAP Madrid (Sección 28) de 20.09.2013 (Sentencia 257/2013; Rollo 201/2012).
- SAP Madrid (Sección 28) de 18.10.2013 (Sentencia 148/2013; Rollo 369/2012).
- SAP Madrid (Sección 28) de 24.02.2014 (Sentencia 66/2014; Rollo 623/2012).
- SAP Madrid (Sección 28) de 21.04.2014 (Sentencia 126/2014; Rollo 609/2012).
- SAP Madrid (Sección 28) de 14.07.2014 (Sentencia 223/2014; Rollo 914/2012).

- AAP Madrid de 21.12.2006 (JUR 2007/162127).

- AAP Madrid de 11.06.2007 (JUR 2008/62234).
- AAP Madrid de 07.03.2008 (JUR 2008/143059).
- AAP Madrid (Sección 28) de 12.02.2009 (JUR 2009/171758; Auto 30/2009; Rollo 317/2008).
- AAP Madrid de 18.09.2009 (JUR 2009/471063; Auto 154/2009; Rollo 431/2008).
- AAP Madrid (Sección 28) de 27.11.2009 (JUR 2010/73783; Auto 198/2009; Rollo 167/2009).
- AAP Madrid (Sección 28) de 22.01.2010 (JUR 2010/136646; Auto 11/2010; Rollo 352/2009).
- AAP Madrid 38/2015 de 13.02.15, (Rollo 639/2014, Auto Medidas 644/2012, JM 2 Madrid).

AP Málaga

- SAP Málaga (Sección 6) de 12.03.2009 (JUR 2009/275004).
- SAP Málaga (Sección 6) de 26.03.2009 (JUR 2009/274183).
- SAP Málaga (Sección 6) de 12.11.2013 (Sentencia 636/2013; Rollo 414/2012).

AP Murcia

- SAP Murcia (Sección 4) de 23.05.2008 (JUR 2008; Sentencia 181/2008; Rollo 354/2006).
- SAP Murcia (Sección 4) de 23.03.2009 (AC 2009/768; Sentencia 187/2009; Rollo 81/2009).
- SAP Murcia de 18.03.2011 (Sentencia 131/2011; Rollo 131/2011).
- SAP Murcia (Sección 4) de 14.10.2011 (Sentencia 487/2011; Rollo 416/2011).
- SAP Murcia (Sección 4) de 29.03.2012.
- SAP Murcia (Sección 4) de 27.09.2012 (Sentencia 606/2012; Rollo 601/2012).
- SAP Murcia (Sección 4) de 27.12.2012 (Sentencia 856/2012; Rollo 934/2012).
- SAP Murcia (Sección 4) de 28.02.2013 (Sentencia 132/2013; Rollo 1075/2012).
- SAP Murcia (Sección 4) de 25.07.2013 (Sentencia 479/2013; Rollo 412/2013).
- SAP Murcia (Sección 4) de 14.11.2013 (Sentencia 669/2013; Rollo 710/2013).
- SAP Murcia (Sección 4) de 21.11.2013 (Sentencia 694/2013; Rollo 634/2013).
- SAP Murcia (Sección 4) de 13.02.2014 (Sentencia 92/2014; Rollo 625/2013).

- SAP Murcia (Sección 4) de 27.03.2014 (Sentencia 201/2014; Rollo 990/2013).
- SAP Murcia (Sección 4) de 08.05.2014 (Sentencia 274/2014; Rollo 220/2014).

AP Navarra

- SAP Navarra (Sección 3) de 10.11.2009 (JUR 2010/187862; nº 167/2009; Rollo 179/2008).
- SAP Navarra (Sección 3) de 04.10.2012 (Sentencia 148/2012; Rollo 151/2012).

AP Orense

- SAP Orense (Sección 1) de 19.07.2013 (Sentencia 302/2013; Rollo 189/2012).

AP Oviedo

- SAP Oviedo de 24.05.2007 (Rollo 92/2007, Sentencia 230/2007).
- SAP Oviedo de 17.07.2008 (JUR 2008/353716; Sentencia 245/2008; Rollo 8/2008).
- SAP Oviedo de 04.03.2009 (JUR 2009/187097).
- SAP de Oviedo (Sección 1) de 02.07.2010 (sentencia 252/2010; Rollo 172/2010).
- SAP Oviedo de 15.07.2010 (Sentencia 267/2010; Rollo 218/2010).
- SAP Oviedo (Sección 1) de 14.10.2010 (Sentencia 334/2010; Rollo 229/2010).
- SAP Oviedo (Sección 1) de 03.03.2011; Sentencia 116/2011; Rollo 223/2010).
- SAP Oviedo (Sección 1) de 14.03.2012 (Sentencia 130/2012; Rollo 260/2011).
- SAP Oviedo (Sección 1ª) de 15.03.2012 (Sentencia 131/2012; Rollo 265/2011) .
- SAP Oviedo (Sección 1) de 07.02.2013 (Sentencia 39/2013; Rollo 547/2012).
- SAP Oviedo (Sección 1) de 10.06.2013 (Sentencia 195/2013; Rollo 449/2012).
- SAP Oviedo (Sección 1ª) de 24.07.2013 (Sentencia 252/2013; Rollo 546/2012).
- SAP Oviedo (Sección 1) de 04.04.2014 (Sentencia 120/2014; Rollo 392/2013).
- SAP Oviedo (Sección 1) de 05.06.2014 (Sentencia 179/2014; Rollo 403/2013).

AP Palencia

- SAP Palencia (Sección 1) de 12.06.2012 (Sentencia 168/2012; Rollo 154/2012).

AP Pontevedra

- SAP Pontevedra de 22.7.2009 (Sentencia 369/2009; Rollo 406/2009).
- SAP Pontevedra de 18.11.2009 (AC 2010/34; Sentencia 570/2009; Rollo 632/2009).
- SAP Pontevedra de 15.03.2011 (JUR 2011/167838; Sentencia 134/2011; Rollo 880/2010).
- SAP Pontevedra (Sección 1) de 30.06.2011 (Sentencia 372/2011; Rollo 307/2011).
- SAP Pontevedra (Sección 1) de 27.07.2011 (Sentencia 433/2011; Rollo 466/2011).
- SAP Pontevedra (Sección 1) de 16.12.2011 (Sentencia 645/2011; Rollo 734/2011).
- SAP Pontevedra (Sección 1) de 08.03.2012 (Sentencia 103/2012; Rollo 717/2011).
- SAP Pontevedra (Sección 1) de 21.06.2012 (Sentencia 358/2012; Rollo 915/2011).
- SAP Pontevedra (Sección 1) de 28.09.2012 (Sentencia 149/2012; Rollo 608/2012).
- SAP Pontevedra (Sec. 1) de 14.11.2012 (Sentencia 568/2012; Rollo 585/2012).
- SAP Pontevedra (Sección 1) de 09.10.2013 (Sentencia 371/2013; Rollo 396/2013).

- AAP Pontevedra de 27.11.2008 (JUR 2009/432904; Auto 221/2008; Rollo 456/2008).

AP Salamanca

- SAP Salamanca (Sección 1) de 01.07.2011 (Sentencia 297/2011; Rollo 739/2010).
- SAP Salamanca (Sección 1) de 04.12.2012 (Sentencia 649/2012; Rollo 526/2011).
- SAP Salamanca (Sección 1) de 14.05.2013 (Sentencia.193/2013; Rollo 32/2013).
- SAP Salamanca (Sección 1) de 27.11.2013 (Sentencia 398/2013; Rollo 337/2013)

- AAP Salamanca (Sección 1) de 19.12.2011 (Auto 538/2012; Rollo 593/2011).

AP Segovia

- SAP Segovia (Sección 1) 18.02.2014 (Sentencia 20/2014; Rollo 9/2014).

AP Sevilla

- SAP Sevilla (sección 5) de 02.06.2008 (JUR 2009\18834).
- SAP Sevilla (Sección 5) de 28.05.2012 (Sentencia 277/2012; Rollo 2964/2012).

- SAP Sevilla (Sección 5) de 11.06.2012 (Sentencia 298/2012; Rollo 3543/2012).
- SAP Sevilla (Sección 5) de 10.09.2012 (Sentencia 422/2012; Rollo 4393/2012).
- SAP Sevilla (Sección 5) de 20.09.2012 (Sentencia 442/2012; Rollo 3667/2012).
- SAP Sevilla (Sección 5) de 04.12.2012 (Sentencia 592/2012; Rollo 7440/2012).
- SAP Sevilla (Sección 5) de 29.01.2013 (Sentencia 31/2013; Rollo 9224/2012).
- SAP Sevilla (Sección 5) de 26.09.2013 (Sentencia 431/2013; Rollo 3850/2013).
- SAP Sevilla (Sección 5) de 23.10.2013 (Sentencia 481/2013; Rollo 5075/2013).
- SAP Sevilla (Sección 5) de 17.01.2014 (Sentencia 36/2014; Rollo 5568/2013).
- SAP Sevilla (Sección 5) de 20.01.2014 (Sentencia 40/2014; Rollo 6447/2013).

AP Tarragona

- SAP Tarragona de 20.06.2008 (JUR 2008/355025).
- SAP Tarragona (Sección 1) de 03.09.2012 (Sentencia 329/2012; Rollo 212/2012).
- SAP Tarragona (Sección 1) de 05.07.2013 (Sentencia 247/2013; Rollo 213/2012).
- SAP Tarragona (Sección 1) de 24.09.2013 (Sentencia 329/2013; Rollo 293/2012).
- SAP Tarragona (Sección 1) de 14.10.2013 (Sentencia 427/2013; Rollo 356/2012).
- SAP Tarragona (Sección 1) de 19.03.2014 (Sentencia 117/2014; Rollo 270/2013).

- AAP Tarragona de 30.12.2009 (JUR 2010/115534; Auto 1/2010; Rollo 460/2009).

AP Tenerife

- SAP Tenerife (Sección 4) de 04.09.2012 (Sentencia 320/2012; Rollo 742/2011).
- SAP Tenerife (Sección 4) de 09.10.2012 (Sentencia 386/2012; Rollo 249/2012).
- SAP Tenerife (Sección 4) de 08.04.2013 (Sentencia 125/2013; Rollo 465/2012).

AP Toledo

- SAP Toledo (Sección 1) de 12.09.2012 (Sentencia 232/2012; Rollo 22/2011).
- SAP Toledo (Sección 1) de 25.06.2013 (Sentencia 172/2013; Rollo 3/2013).
- SAP Toledo (Sección 1) de 17.09.2013 (Sentencia 200/2013; Rollo 4/2013).

AP Valencia

- SAP Valencia (Sección 9) de 03.02.2011 (Sentencia 52/2011; Rollo 691/2010).
- SAP Valencia (Sección 9ª) de 27.10.2011 (Sentencia 399/2011; Rollo 425/2011).
[Roj: SAP V 5827/2011; Id. Cendoj: 46250370092011100396].
- SAP Valencia (Sección 9) de 05.03.2012 (Sentencia 82/2012; Rollo 858/2011).
- SAP Valencia (Sección 9) de 12.03.2012 (Sentencia 89/2012; Rollo 814/2011).
- SAP Valencia (Sección 9) de 10.04.2012 (Sentencia 132/2012; Rollo 941).
- SAP Valencia (Sección 9) de 19.04.2012 (Sentencia 141/2012; Rollo 923/2011).
- SAP Valencia (Sección 9) de 18.07.2013 (Sentencia 209/2013; Rollo 211/2013).
- SAP Valencia (Sección 9) de 24.10.2013 (Sentencia 244/2013; Rollo 384/2013).
- SAP Valencia (Sección 9) de 09.12.2013 (Sentencia 282/2013; Rollo 606/2013).
- SAP Valencia (Sección 9) de 30.12.2013 (Sentencia 310/2013; Rollo 695/2013).

AP Valladolid

- SAP Valladolid (Sección 3) de 23.03.2009 (JUR 2009/207224).
- SAP Valladolid (Sección 3) de 07.05.2009 (AC 2009/1161).
- SAP Valladolid (Sección 3) de 15.10.2009 (JUR 2009\468431).
- SAP Valladolid (Sección 3) de 28.06.2011 (Sentencia 230/2011; Rollo 10/2011).
- SAP Valladolid (Sección 3) de 12.12.2011 (Sentencia 424/2011; Rollo 405/2011).
- SAP Valladolid (Sección 3) de 30.10.2012 (Sentencia 319/2012; Rollo 146/2012).
- SAP Valladolid (Sección 3) de 02.09.2013 (Sentencia 209/2013; Rollo 24/2013).
- SAP Valladolid (Sección 3) de 17.06.2014 (Sentencia 130/2014; Rollo 76/2014).

AP Vizcaya

- SAP Vizcaya (Sección 4) de 06.06.2008 (AC 2008\2270)
- SAP Vizcaya (Sección 4) de 30.12.2008 (JUR 2009/200211)
- SAP Vizcaya (Sección 4) de 07.07.2009 (Rollo 179/2008; Sentencia 525/2009)
- SAP Vizcaya (Sección 4) de 13.05.2010 (Sentencia 370/2010; Rollo 593/2009)

AP Zaragoza

- SAP Zaragoza (Sección 5) de 18.11.2010 (Sentencia 707/2010; Rollo 593/2010).

- SAP Zaragoza (Sección 5) de 11.07.2011 (Sentencia 454/2011; Rollo 171/2011).
- SAP Zaragoza (Sección 5) de 11.09.2012 (Sentencia 456/2012; Rollo 398/2012).
- SAP Zaragoza (Sección 5) de 12.02.2013 (Sentencia 93/2013;Rollo 35/2013).
- SAP Zaragoza (Sección 5) de 24.06.2013 (Sentencia 331/2013; Rollo 272/2013).
- SAP Zaragoza (Sec. 5) 25.09.2013 (Sentencia 398/2013; Rollo 316/2013).

- AAP Zaragoza de 03.11.2008 (JUR 2009\120698).

Juzgados Mercantiles

- SJM-1 Alicante de 10.10.2007 (Incidente Concursal 235/2007).
- SJM-1 Alicante de 05.05.2008 (AC 2008\1086; Sentencia 59/2008; Incidente Concursal 637/2007).
- SJM-1 Alicante de 26.03.2009 (Sentencia 86/2009; Incidente Concursal 240/2009).
- SJM-1 Alicante de 09.03.2010 (Incidente Concursal 598/2007; Concurso 811/2008).

- SJM-2 Barcelona de 25.02.2005 (AC 2005/534).
- SJM 1 Barcelona de 10.05.2010, (nº 166/10) incidente de culpabilidad nº 535-2009 G, (concurso 306-2008 G).
- SJM 8 Barcelona de 27.06.2014 (Sentencia 132; incidente 893/2013; concurso voluntario 691/2012).
- SJM 6 Barcelona de 30.06.2014 (Sentencia 123; incidente nº 926/2013; concurso 350/2013).

- SJM 2 de Bilbao de 13-10-2006.
- SJM-1 Bilbao de 18.10.2007 (Incidente Concursal 150/2007, Sentencia 477/2007).
- SJM 1 Bilbao de 31-10-2007, Incidente concursal 272/2007, Sentencia 505/2007.

- AJM-1 Cádiz de 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008).

- SJM Córdoba de 25.07.2005 (AC 2005/1551).

- SJM-1 Lugo de 14.06.2006 (Incidente Concursal 215/2006).

- SJM-1 Madrid de 30.11.2009 (AC 2010/80; Incidente Concursal 660/2009).
- SJM-9 Madrid de 03.09.2010 (AC 2010/1448; Concurso 508/2009).
- SJM-5 Madrid de 7.10.2010.

- SJM-1 Málaga de 12-10-2007 (JUR 2008/148575).
- SJM-1 Málaga de 12.10.2007 (JUR 2008/148575).
- SJM-1 Málaga de 21.04.2008 (Incidente Concursal 63.3.1/2007).

- SJM-1 Murcia de 12.07.2005 (Incidente Concursal 127/2005).
- SJM 1 Murcia de 28.07.2010.

- SJM-2 Pontevedra de 01.04.2009 (Incidente Concursal 50/2009).
- SJM 3 Pontevedra de 24.06.2014 (Concurso 69/2010; Incidente 3/2014).

- SJM 1 Sevilla de 27.04.2007 (Incidente Concursal 342/2006; Sentencia 54/2007).

- AJM-1 Alicante de 16.06.2008 (Concurso 149/2008).
- AJM-4 Barcelona de 23.04.2007 (concurso necesario 80/2007).
- AJM- 3 Barcelona de 20.12.2007 (Incidente Concursal 597/2007).
- AJM-6 Madrid de 01.03.2011 (AC 2011/875; Concurso 863/2010).

La mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales y los Juzgados Mercantiles reseñadas en este trabajo han sido consultadas en la Recopilación de JURISPRUDENCIA CONCURSAL SISTEMATIZADA realizada por Antonio Baró Casals, <http://www.bufete-baro.com/pub-docs/jurisprudencia-concursal-1-art-1-a-73.pdf> y <http://www.bufete-baro.com/pub-docs/jurisprudencia-concursal-3-art-98-a-final.pdf>.

ABREVIATURAS

- AA.VV.....Autores varios
- AAP.....Auto Audiencia Provincial
- ADC.....Anuario de Derecho Concursal
- AJM.....Auto Juzgado Mercantil
- AP.....Audiencia Provincial
- Art.....Artículo
- ATS.....Auto Tribunal Supremo
- BOE.....Boletín Oficial del Estado
- CC.....Código Civil
- CCo.....Código de Comercio
- DA.....Disposición adicional
- Ed.....Editorial
- Ed.....Edición
- FD.....Fundamento de Derecho
- FMI.....Fondo Monetario Internacional
- ICAB.....Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona
- JM.....Juzgado Mercantil
- LC.....Ley concursal
- LEC.....Ley de Enjuiciamiento Civil
- LH.....Ley Hipotecaria.
- LME.....Ley de Modificaciones Estructurales
- LOPJ.....Ley Orgánica del Poder Judicial
- Ob.cit.....Obra citada
- Op. cit.....Obra citada
- PYMES.....Pequeñas y medianas empresas
- RDL.....Real Decreto Ley
- RDCP.....Revista de Derecho concursal y paraconcursal
- RI.....Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia.
- RJC.....Revista Jurídica de Catalunya
- SAP.....Sentencia Audiencia Provincial
- SJM.....Sentencia Juzgado Mercantil

- STJUE.....Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- STS.....Sentencia Tribunal Supremo
- TJUE.....Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TS.....Tribunal Supremo
- TSJ.....Tribunal Superior de Justicia