

ÍNDICE

Fundamentos de Derecho Empresarial (IV) (Civitas)

Fundamentos de Derecho Empresarial (IV) (4ª edición)

Tema 5

DATOS DEL DOCUMENTO

Fundamentos de Derecho Empresarial (IV)

[Borrador para nueva edición, copia de datos de la 4ª edición, de 7 noviembre 2018]

Rescisión concursal

Rafael Sebastián Quetglas (autor) |

ÁREA PRINCIPAL

Mercantil

COMENTARIOS:

1. Introducción

Es una constante en todas las crisis empresariales, que el deudor presiente que está abocado a la insolvencia y realiza, en el período anterior a la solicitud del concurso, acciones para ocultar bienes o beneficiar a ciertos acreedores.

El Derecho desde siempre ha querido poner coto a estos abusos. Así, la rescisión viene contemplada en el [artículo 1111](#) [LEG\1889\27#A.1111] del [Código Civil](#) ([LEG 1889, 27](#) [LEG\1889\27]) en relación al 1291 y siguientes del mismo cuerpo legal. En ellos se recogen unos supuestos limitados que permiten el ejercicio de las acciones rescisorias (acción pauliana): la lesión, el fraude y aquellos casos en los que expresamente estén previstos en la ley ([artículo 1291.5º](#) [LEG\1889\27#A.1291] del Código Civil). La limitación de los supuestos en los que puede ejercerse la rescisión es una consecuencia del remedio extraordinario que concede y supone un ataque al principio de seguridad jurídica de validez de los negocios celebrados.

No obstante, en el caso de la insolvencia el equilibrio entre la protección frente al abuso y la seguridad jurídica no ha sido siempre fácil. Los ordenamientos han venido reconociendo dos remedios tradicionales:

- Retroacción: se retrotrae la fecha de la insolvencia al momento en que realmente se produjo esta; todos los actos posteriores a esa fecha son nulos o anulables.
- Revocación: se pueden impugnar ciertos actos realizados antes de la declaración de insolvencia; se trata en este caso de una acción pauliana especial, en la que, al existir una insolvencia, se suprimen algunos de los requisitos ordinariamente exigidos para poder instar la anulación de esos actos y se establecen presunciones que simplifican la prueba.

El régimen anterior previsto en el [Código de Comercio](#) ([LEG 1885, 21](#) [LEG\1885\21]) aplicaba ambos remedios, lo cual generaba cierta inseguridad jurídica a los operadores.

La [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]) ha recogido el principio tradicional sentado por el Código Civil y ha creado una acción especial de rescisión en el artículo 226 del Texto Refundido mucho más amplia que la civil, pero sin recurrir en sentido estricto a un régimen de retroacción puro.

2. Requisitos de la reintegración

Con carácter previo al análisis de los supuestos que legitiman el ejercicio de la acción rescisoria, el Texto Refundido de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]) exige cuatro requisitos previos para esta acción sin los cuales no es posible su ejercicio.

2.1. Declaración previa del concurso

La primera exigencia para que proceda el ejercicio de las acciones rescisorias es que el concurso haya sido declarado. Es irrelevante que el deudor en cuestión hubiera realizado el acto que se va a rescindir cuando es solvente o cuando ya no podía afrontar sus obligaciones. El elemento que permite el ejercicio de las acciones rescisorias es que el concurso haya sido declarado, no que el acto que se va a rescindir hubiera sido realizado cuando el deudor se encontraba en situación de insolvencia. Y lo que el Texto Refundido de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]) requiere es que el concurso hubiese sido declarado. A estos efectos la solicitud del precurso del [artículo 583](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.5.BIS] de la Ley Concursal no autoriza a solicitar la acción rescisoria como tampoco la mera solicitud de concurso es suficiente, siendo necesario que el concurso esté declarado por el juez. El tiempo que media entre la solicitud y la declaración es irrelevante, como también lo es quien haya solicitado el concurso, es decir si lo pidió el deudor o sus acreedores.

2.2. Plazo

El [artículo 226](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.71] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]) declara que son rescindibles los actos realizados por el deudor en los dos últimos años anteriores a la fecha de la declaración. El plazo de dos años debe contarse desde la fecha del auto de declaración del concurso, no desde la mera solicitud del concurso ni desde la fecha en que adquirió firmeza el auto.

Por su parte, el Texto Refundido de 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 la administración concursal va a ejercer o no una acción contra ellos. Por ello se entiende por la doctrina que dichas acciones están sometidas al plazo de cuatro años por aplicación del 1299 del [Código Civil](#) (LEG 1889, 27 [LEG\1889\27]), y dicho plazo se computará desde el momento en que la persona legitimada pudo ejercer la acción por tener conocimiento del acto rescindible.

2.3. Legitimación

Los [artículos 231](#) y [232](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.72] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]) legitiman activamente a la administración concursal para el ejercicio de las acciones rescisorias y subsidiariamente a los acreedores que hubieran instado a la administración concursal al ejercicio de las acciones y esta no las hubiera iniciado transcurridos dos meses desde el requerimiento practicado al efecto.

Nótese que para que los acreedores puedan ejercer estas acciones deben tener dicha condición. Es decir, solo los acreedores concursales están legitimados y no otros (por ejemplo los acreedores de la masa), debiendo haber sido reconocidos como tales en el informe elaborado por la administración concursal.

En relación al ejercicio subsidiario de las acciones por los acreedores, hay que plantearse si los dos meses deben pasar en todo caso, o si sería suficiente para el inicio de las acciones el que la administración concursal hubiese manifestado antes del transcurso de ese plazo su voluntad contraria al ejercicio de las acciones que los acreedores solicitan. Parece que en este último caso no sería precisa la espera de dos meses ya que, si la administración concursal manifiesta su voluntad negativa, no tiene sentido la espera, que solo obedece a ver si la administración concursal va o no a ejercer las acciones.

En cuanto a la legitimación pasiva, las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte del acto impugnado, con independencia de la buena o mala fe de estos últimos. Ahora bien, si el bien se hubiera transmitido a un tercero, también se deberá demandar a este si se quiere desvirtuar la presunción de buena fe o atacar la irreivindicabilidad de la que pudiera gozar, o la protección derivada del régimen de publicidad registral.

En cualquier caso hay que tener en cuenta que este régimen de legitimación pasiva solo opera respecto de las acciones rescisorias concursales y no para las demás acciones que pueden iniciarse al amparo del [artículo 238](#) del Texto Refundido [\[RCL\2003\1748#A.71\]](#) de la Ley Concursal, es decir la revocatoria ordinaria, la de nulidad radical, la de simulación y la de anulabilidad (ver epígrafe 6 de este capítulo).

2.4. El perjuicio a la masa activa

Este requisito exige que el acto realizado por el deudor sea perjudicial para la masa activa, aclarando la ley que no se exige el fraude. A este respecto no cabe duda de que la rescisión puede alcanzar no sólo a los actos jurídicos, sino también las omisiones con significación jurídica como la renuncia a algún derecho, o incluso respecto de aquellos que presenten algún vicio.

La segunda característica que se exige es que el acto en cuestión haya causado un perjuicio a la masa activa. Ahora bien, es necesario que el acto objetivamente haya sido perjudicial para la masa activa (es decir para el patrimonio) del deudor, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La prueba de ello incumbe a la administración concursal, aunque para facilitar la rescisión el Texto Refundido de la [Ley Concursal \(RCL 2003, 1748 \[RCL\2003\1748\]\)](#) establece ciertas presunciones que analizaremos en el epígrafe siguiente.

Uno de los temas más polémicos a este respecto es qué constituye perjuicio en el Texto Refundido de la Ley Concursal. Los juzgados de lo mercantil consideran que también hay perjuicio cuando se enajena un bien por su valor de mercado si los fondos resultantes se utilizan para satisfacer a uno o varios acreedores en perjuicio de los demás, ya que se rompería de este modo la *par conditio creditorum*. Aunque es un tema polémico, no se puede olvidar que esta regla está presente en numerosas resoluciones de los juzgados de lo mercantil, aunque a mi juicio sea criticable.

En cualquier caso, lo que parece fuera de toda discusión es que el perjuicio hay que analizarlo en el momento temporal en que se realizó el acto objeto de la rescisión, y no cuando se produce la reintegración. El daño se habrá causado cuando se llevó a cabo el acto y en ese momento es cuando habrá que comprobar si hubo un perjuicio para la masa activa.

Asimismo, resulta exigible que a la hora de analizar el perjuicio causado a la masa activa el análisis del supuesto en concreto se lleve a cabo de forma unitaria, es decir, valorando todos los elementos que concurrieron en el acto objeto de rescisión. Por ejemplo, en la venta de un inmueble, no solo se deberá atender el precio del inmueble, si no las ofertas que se recibieran, la cantidad por la que estaba contabilizado, las condiciones del pago del precio, etc.

3. Supuestos de reintegración

Hay que reconocer que en la práctica no se puede dar una regla general sobre lo que constituye un acto perjudicial para la masa activa, y por eso habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para determinar si una operación tiene esta característica respecto a la masa activa.

Ahora bien, ante la dificultad probatoria que supone demostrar un perjuicio para la masa activa, el Texto Refundido de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]) establece una serie de presunciones encaminadas a facilitar a la administración concursal, y en última instancia a los acreedores, la existencia de un perjuicio para la masa activa.

3.1. Presunciones iuris et de iure

En el [artículo 227](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.71] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]) se presume, sin que quepa prueba en contrario, que se ha producido perjuicio a la masa activa cuando se trate de los siguientes actos:

1. Actos gratuitos: aquí se pretende traer a la masa activa los actos del concursado que suponen una transmisión de activos sin contraprestación alguna. Aquí no hay duda alguna de que se produce un empobrecimiento de la masa activa que no recibe remuneración por el bien que transmite.

Quedan excepcionadas las liberalidades al uso por su escaso valor económico, si bien hay que tener en cuenta que esta excepción legal no depende de su valor económico sino de su carácter habitual o no en la sociedad.

2. Vencimiento anticipado: los actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración judicial del concurso (pago anticipado), salvo que contasen con garantía real (en cuyo caso juega la presunción *iuris tantum*).

3.2. Presunciones iuris tantum

Según el [artículo 228](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.71] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]), se presumirá que ha existido un perjuicio a la masa activa en las tres situaciones que mencionamos a continuación, si bien en estos casos el Texto Refundido de la Ley Concursal admite prueba en contrario que demuestre que no ha existido tal perjuicio:

1. Actos en favor de personas relacionadas: cualquier acto realizado en favor de los acreedores especialmente relacionados está afectado por la sospecha de que ha sido efectuado en perjuicio de la masa activa y puede por tanto ser rescindido.

Los actos a los que se refiere este supuesto son claramente los actos onerosos ya que los gratuitos quedan recogidos por la presunción *iuris et de iure* que afecta a todas las disposiciones que se contemplan en el [artículo 227](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.71] de la Ley Concursal. La condición de persona relacionada debe haberse producido, de conformidad con el [artículo 283](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.93] de la Ley Concursal, no en el momento de la declaración del concurso, sino en el momento en que se efectuó el acto que pretende rescindirse, ya que fue en dicho momento en el que la especial relación pudo influir en la realización de un acto que puede llegar a catalogarse de perjudicial.

2. Garantías reales: en relación a las garantías reales hay que señalar su carácter complejo, ya que en muchas ocasiones su constitución o su ampliación se produce en el marco de un proceso de reestructuración en el que a cambio de aplazar parte de la deuda o de reducir el tipo de interés, el deudor otorga una garantía que compensa el sacrificio que está dispuesto a hacer el acreedor. Es verdad sin embargo, que si no se cumplen los requisitos de los [artículos 598 y 604](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.71] o [RCL\2003\1748#DA.4] de la Ley Concursal en materia de refinanciación, podemos encontrarnos con que dichas garantías pueden ser objeto de rescisión.
3. Vencimiento anticipado de obligaciones con garantía real: los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración del concurso. En estos supuestos hay que preguntarse el porqué de la excepción al principio de presunción *iuris et de iure* para el caso de que la obligación satisfecha anticipadamente contase con garantía real. Y parece que el origen hay que buscarlo en que si la obligación que se satisface anticipadamente contase con garantía real, podría no producirse el perjuicio patrimonial si lo que hace el acreedor es recibir el bien que sirve de garantía en pago de la obligación. Dicho de otra forma, el acreedor se cobra con el bien garantizado la deuda que tenía el deudor concursado sin necesidad de tener que instar el correspondiente procedimiento judicial, evitando de esta forma en incurrir en gastos adicionales (los derivados del procedimiento).

El Texto Refundido de la Ley Concursal cierra el capítulo de presunciones *iuris tantum* ([artículo 229](#)), indicando que cuando se trata de actos no comprendidos en los supuestos anteriores, deberá probarse el perjuicio por quien ejercite la acción rescisoria. Evidentemente en estos casos al no existir presunción de daño, será más difícil de probar por la administración concursal o los acreedores que el perjuicio se ha producido.

4. Actos que no quedan afectados

Una vez analizadas las presunciones absolutas y relativas de los supuestos de perjuicio, vamos a abordar en este epígrafe algunos de los supuestos previstos en el

Texto Refundido de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]) que excepcionan la aplicación de la acción rescisoria.

Estos supuestos están contemplados en los artículos 230 y 730 del Texto Refundido de la Ley Concursal y son: (i) los actos ordinarios de la actividad profesional, (ii) los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores, (iii) las garantías constituidas a favor de créditos de Derecho público y a favor de FOGASA, y (iv) los actos ejecutados al amparo del [artículo 730](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.208] de la Ley Concursal y sujetos a la ley de otro Estado que no permita su impugnación. En este epígrafe vamos a analizar el primero y el último de los supuestos, ya que los demás exigirían un tratamiento especial que excede de a un libro como este.

4.1. Actos ordinarios

No todos los actos dispositivos realizados por el deudor van a quedar afectados por las acciones de reintegración. Aquellos actos perjudiciales que estén comprendidos en el artículo 230 del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.71] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]) (actos ordinarios de la actividad profesional) no van a venir afectados por la rescisión a pesar de haber sido realizados en los dos últimos años, si el acreedor lograra demostrar que se encuadran en la actividad profesional del deudor y que constituyen actos ordinarios y no extraordinarios.

La determinación de lo que constituyen actos ordinarios de la actividad profesional va a constituir un delicado problema de interpretación que va a exigir una depurada técnica jurisprudencial. Lo que pretende el Texto Refundido de la Ley Concursal es evitar la inseguridad jurídica que supone rescindir los actos de gestión ordinaria del deudor en el período anterior al concurso y que son imprescindibles para el desarrollo del objeto social.

En cualquier caso los actos en cuestión necesitan la concurrencia de dos características: (i) que el acto se encuentre comprendido en la actividad profesional o empresarial de índole ordinaria, y (ii) que sea realizado en condiciones normales. Qué constituye un acto realizado en condiciones normales es difícil de precisar, pero la mejor doctrina entiende que se identifica con los actos efectuados según la manera habitual de operar del concursado, con independencia de si es de mercado o no. El acto no debe quedar singularizado ni por su objeto, ni por su volumen, ni por sus condiciones, y debe enmarcarse en lo que constituye la actividad normal y habitual del empresario.

Precisamente por no tener el carácter ordinario es por lo que los tribunales han rechazado esta excepción en aquéllos supuestos en los que el acto pudiera ser una práctica habitual de un grupo de empresas pero que sin embargo debe ser entendida como excepcional en el tráfico ordinario. Sin embargo sí lo va a tener, por ejemplo, el endoso de pagarés por entender que es una operación habitual que pretende agilizar el tráfico mercantil.

Igualmente hay que advertir que si un acto dispositivo puede quedar exonerado de la acción rescisoria concursal mediante la prueba de que dicho acto es de naturaleza profesional y de índole ordinaria, ello no obsta para que el acto pudiera ser revocado al amparo de otras acciones de impugnación previstas en el [artículo 238](#) del Texto

Refundido^[RCL\2003\1748#A.71] de la Ley Concursal ya que la excepción de los artículos 230 y 730 deben ser interpretadas restrictivamente.

^{[RCL\2003\1748#A.71][RCL\2003\1748#DA.2][RCL\2003\1748][RCL\2005\503#A.3][RCL\2005\503][RCL\2003\1748#A.72][RCL\1946\886][RCL\2009\930][RCL\1981\1605][RCL\2003\1748#A.71][RCL\2009\930#A.2][RCL\2003\1748#A.71][RCL\2003\1748#DA.2]}

4.2. Actos sujetos a la ley de otros Estados

Otra de las excepciones a las acciones de reintegración lo constituyen los actos sujetos a la ley de otro Estado. El principio general que recoge el [artículo 730](#) del Texto Refundido^[RCL\2003\1748#A.208] de la [Ley Concursal \(RCL 2003, 1748](#) ^[RCL\2003\1748]) es el previsto en el artículo 16 del Reglamento del Parlamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia ([Reglamento \(UE\) 2015/848](#) ^[LCEur\2015\759]) cuyo fundamento es preservar las expectativas de los acreedores del país en el que se formalizó el acto en su derecho nacional, frente al ordenamiento extranjero en el que está abierto un procedimiento de insolvencia.

Para que se dé el supuesto al que se refiere el artículo 730 del Texto Refundido de la Ley Concursal debemos encontrarnos ante un concurso sujeto al derecho español en el que algunos de los actos del deudor estén sometidos a la ley de otro Estado. Igualmente será aplicable el supuesto que analizamos, cuando se abra un concurso en otro país y el deudor contase con un establecimiento en España y se abra un procedimiento territorial respecto de los bienes situados en nuestro país. En este caso, a dichos bienes les será de aplicación la excepción que comentamos siempre que el acto en cuestión estuviera sujeto a la ley española y el procedimiento extranjero hubiese sido reconocido en España.

Y una vez que sea de aplicación la excepción que comentamos, se precisa que el acreedor afectado por la reintegración pruebe que el acto perjudicial para la masa activa no tiene tal consideración en la legislación que regula el mencionado acto. En este caso, a la administración concursal le toca demostrar o el perjuicio del acto realizado por el deudor en los supuestos del artículo 230, o la aplicación de las presunciones absolutas o relativas de los [artículos 227](#) y [228](#) del Texto Refundido^[RCL\2003\1748#A.71] de la Ley Concursal. Y al acreedor cuyo acto es considerado perjudicial le tocará probar que en el país por el que se rige el mencionado acto no se permite la impugnación.

Y la prueba que exige el Texto Refundido de la Ley Concursal es una prueba agravada ya que requiere que “*en ningún caso*” proceda la impugnación. Esto viene a significar que el acreedor no solo debe probar que, de conformidad con la legislación concursal del país en el que se ha ejecutado el acto, no procede la impugnación, sino que tampoco conforme a las normas generales (por ejemplo por vicios del consentimiento) puede impugnarse el acto realizado.

Un tema que no contempla el Texto Refundido de la Ley Concursal, aunque sí el Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia, es si la prueba es genérica o si debe ser aplicable al caso concreto cuya impugnación se pretende excepcionar. La doctrina entiende unánimemente que a pesar de que el Texto Refundido de la Ley Concursal no se pronuncia, la regla que debe aplicarse es la del “caso concreto” y en consecuencia quien alegue la excepción al régimen de reintegración debe probar la excepción aplicada al caso específico que trata de proteger.

Por último hay que mencionar que el Texto Refundido de la Ley Concursal menciona la palabra “acto” sin más al referirse a la aplicación de la excepción. Esta amplitud del término permite interpretar que en dicho concepto caben no sólo los actos obligacionales o reales, sino también los procesales.

Y por último hay que recordar que para la determinación de la legislación aplicable al acto concreto cuya impugnación pretende excepcionar, se deberán aplicar las normas generales del [artículo 10.1](#) [LEG\1889\27#A.10] del [Código Civil](#) (LEG 1889, 27 [LEG\1889\27]).

5. Efectos de la reintegración

Los efectos de la rescisión se recogen en el [artículo 235](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.73] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]), que establece un régimen propio y en cierta medida distinto del general recogido en el [artículo 1295](#) [LEG\1889\27#A.1295] del [Código Civil](#) (LEG 1889, 27 [LEG\1889\27]), que viene justificado por la naturaleza de las acciones que analizamos y por el procedimiento de ejecución colectiva en el que están inmersas.

Las acciones rescisorias concursales, aunque participan de la naturaleza de las rescisorias generales, están engarzadas en el seno de un procedimiento concursal cuya finalidad es la de traer a la masa activa aquellos bienes enajenados en los dos últimos años cuya transmisión causó un perjuicio para la masa.

Los bienes que salieron de la masa deben volver a ella para satisfacer un conjunto de acreedores de forma colectiva, y esa especialidad es la que justifica un régimen jurídico distinto del general previsto en el Código Civil.

El artículo 235 establece con carácter general que la sentencia que estime la acción rescisoria declarará (i) la ineficacia del acto, y (ii) condenará a la restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el [Código de Comercio](#) (LEG 1885, 21 [LEG\1885\21]) y en atención a la naturaleza rescisoria de las acciones que estamos analizando, el [artículo 235](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.73] de la Ley Concursal determina en qué consistirá concretamente la restitución de las aportaciones que debe realizar el acreedor cuyo acto se ha rescindido y para hacerlo distingue entre si actuó de buena fe o de mala fe.

5.1. Buena fe del acreedor

En el caso de que el acreedor cuyo acto se rescinde hubiera actuado de buena fe, el artículo 235 del Texto Refundido de la Ley Concursal dispone que deberá devolver las prestaciones del acto impugnado con sus frutos e intereses, teniendo su crédito la consideración de crédito contra la masa por aplicación del artículo 242.11 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Esta última consideración (crédito contra la masa) hace que las prestaciones del acreedor y deudor deban satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido.

La finalidad de la norma es la de situar al deudor en la misma posición que tenía antes de haber efectuado el acto de disposición y por ello la devolución incluye no solo la entrega del bien sino sus intereses y frutos.

Uno de los aspectos que merece la pena analizar en materia de efectos es si cabe una rescisión parcial, es decir, que sólo afecte a aquel perjuicio que se haya causado a

los acreedores. Algunos autores han defendido la oportunidad de esta rescisión parcial sobre la base de que si el fundamento de la acción es el perjuicio, una vez compensado este, el importe que pudiera exceder debería ser devuelto al acreedor. Otros, por el contrario, entienden que como el interés que se persigue es la protección de todos los acreedores, dicho interés impide la admisibilidad de una acción rescisoria parcial. Aunque ambas posiciones resultan sugerentes, creo que hay que inclinarse por la primera, es decir, que la rescisión debe quedar circunscrita al perjuicio causado, debiendo devolverse los bienes que excedan del perjuicio causado. Sin embargo, una solución como la propuesta puede resultar demasiado teórica, ya que el interés de la masa activa solo se satisface con el pago de sus créditos y la realidad demuestra que en la mayor parte de los convenios o liquidaciones esta regla no suele ser la tónica.

No dice nada el Texto Refundido de la [Ley Concursal \(RCL 2003, 1748 \[RCL\2003\1748\]\)](#) respecto de los gastos incurridos y perjuicios causados, pero por aplicación del régimen general del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \[LEG\1889\27\]\)](#) (artículos 451 y siguientes) debemos entender que deberá reembolsarse al acreedor los gastos necesarios y útiles como gastos de la masa. Tal naturaleza hay que atribuir a los gastos ocasionados para devolver el bien que se reintegra al patrimonio del deudor (gasto de la escritura de transmisión o de la hipoteca que se canceló, etcétera) y dichos gastos deben ser soportados por el deudor por aplicación del [artículo 451 \[LEG\1889\27#A.451\]](#) del Código Civil. En relación a los gastos de ornato, éstos no serán reembolsables, pero el acreedor los podrá retirar si el bien no sufre menoscabo alguno.

En relación a la restitución que debe llevar a cabo el deudor cabría preguntarse si cabe la compensación entre el importe a satisfacer por la administración concursal a un acreedor y el pago que ésta debiera efectuar por aplicación del ejercicio de las acciones rescisorias concursales. En estos casos y a pesar de la dicción del [artículo 153](#) del Texto Refundido [\[RCL\2003\1748#A.58\]](#) de la Ley Concursal que prohíbe la compensación, no hay inconveniente alguno en que se lleve a cabo, ya que no se producirá perjuicio alguno para la masa activa al tener el acreedor un derecho contra la masa ejercitable de modo simultáneo contra la entrega por parte de ésta de la contraprestación exigida. En este caso concreto, la compensación en nada perjudica la *par conditio creditorum* y debe ser admitida.

5.2. Mala fe del acreedor

En caso de mala fe del acreedor, la solución por la que se decantan los artículos 235.5 y 236 del Texto Refundido de la [Ley Concursal \(RCL 2003, 1748 \[RCL\2003\1748\]\)](#) es diferente de la que acabamos de analizar. Y es normal que así sea ya que el comportamiento del acreedor justifica un trato más severo.

Respecto de qué constituye mala fe hay que entender que esta se da cuando el acreedor sabía (o no podía ignorar) que al contratar estaba realizando un acto perjudicial para la masa activa y que quien lo efectuaba estaba en situación patrimonial comprometida. Esta posición no es seguida de forma unánime ya que parte de la doctrina exige que concurra un requisito más: la voluntad de perjudicar a los acreedores. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la mala fe que debe exigirse es la del acreedor que contrata con el deudor concursado ya que la del deudor resulta irrelevante a estos efectos.

La solución prevista en el Texto Refundido de la Ley Concursal, en el caso de que el acreedor actuase con mala fe, se asemeja a la prevista anteriormente en el [Código de Comercio \(LEG 1885, 21 \[LEG\1885\21\]\)](#), ya que el acreedor deberá devolver el bien, junto con los frutos recibidos y los que debían haberse percibido por aplicación analógica de los [artículos 451 \[LEG\1889\27#A.451\]](#) y siguientes del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \[LEG\1889\27\]\)](#). Igualmente los gastos y mejoras sólo le serán reembolsados si fueran necesarios para la conservación. No serán objeto de devolución los gastos útiles o los de mero ornato que, sin embargo, se podrán retirar si la administración concursal decide no abonar su valor y el bien no sufre menoscabo.

Pero la verdadera diferencia entre el acreedor de buena y mala fe lo constituye la consideración del acreedor de mala fe como crédito subordinado (artículo 236 del Texto Refundido de la Ley Concursal), lo que supone que su prestación no goza del derecho a que se le restituya a la misma vez que él entrega los bienes reintegrados. Es decir, deberá devolver el bien sin que pueda exigir como condición que se le devuelva la prestación entregada en su día, ya que desaparece la simultaneidad y, en consecuencia, las posibilidades de recuperación, por cuanto los créditos subordinados difícilmente serán hechos efectivos. Este mismo tratamiento (subordinación y ausencia de simultaneidad) es el que hay que aplicar también a los gastos necesarios que hubiera hecho el acreedor.

5.3. Imposibilidad de restitución del bien transmitido

Un tercer supuesto que recoge el Texto Refundido de la [Ley Concursal \(RCL 2003, 1748 \[RCL\2003\1748\]\)](#) es que el bien transferido al acreedor no pudiera ser devuelto como consecuencia de haber sido entregado a un tercero que no hubiera sido demandado o que gozase de la protección registral o hubiese actuado de buena fe. En este supuesto el [artículo 235.4 del Texto Refundido \[RCL\2003\1748#A.73\]](#) de la Ley Concursal establece dos consecuencias distintas en función de la buena o mala fe del acreedor demandado: si hubiera actuado con buena fe deberá devolver el valor equivalente al bien transferido al tiempo en que salió del patrimonio del deudor concursado más el interés legal; por el contrario, si hubiera actuado de mala fe, el acreedor, deberá indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

El primer problema que debemos analizar es si la condición de tercero puede predicarse de la persona que contrató con el deudor concursado. La doctrina anterior a la Ley Concursal había entendido de forma mayoritaria que no tenía la condición de tercero el que adquirió directamente del deudor concursado, con independencia de su buena o mala fe o de la inscripción de su derecho en el correspondiente registro. Y la razón es que no puede ser tercero quien contrató con el concursado ya que éste recibió el bien directamente del deudor insolvente y debió conocer la situación económica en la que se encontraba, lo cual constituye, a mi juicio, una presunción harto discutible.

Resuelto este problema previo, la solución por la que aboga el Texto Refundido de la Ley Concursal en los casos de que el tercero goce de una situación de irrevindicalidad (por no ser el que contrató con el deudor) es que queda al margen de la demanda de la administración concursal y el que contrató con el deudor debe devolver una cantidad igual al valor del bien cuando fue transmitido más sus intereses legales. La irrevindicalidad puede lograrse: o bien por no haber sido demandado el propietario del bien por la administración concursal; o porque la sentencia en cuya

virtud se resuelve la demanda efectuada por la administración concursal concluye que actuó de buena fe; o porque goza de protección registral; o finalmente porque los bienes adquiridos son irreivindicables.

Un problema particular que nos debemos plantear es qué sucede si el tercero adquirente de buena fe del bien es una persona relacionada con el deudor concursado y si esta circunstancia modifica en algo el régimen general que acabamos de definir. El Texto Refundido de la Ley Concursal no trata este problema, con lo que habrá que entender que en tales circunstancias no debe alterarse la regla del [artículo 235](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.73] de la Ley Concursal y exigir el pago del precio con sus intereses legales. El subadquirente persona relacionada debe quedar al margen y no tiene obligación de devolver bien alguno a pesar de su condición.

En el caso de que el adquirente hubiera actuado de mala fe y el bien no pudiese ser devuelto, la regla por la que opta el Texto Refundido de la Ley Concursal es distinta y penalizadora. El adquirente deberá satisfacer no sólo el valor del bien, sino todos los daños y perjuicios causados. No aclara el Texto Refundido de la Ley Concursal como se calculan estos daños y perjuicios, entendiendo la mayor parte de la doctrina que su cuantificación deberá efectuarse atendiendo el valor del bien en el momento de la reintegración, de tal suerte que, si este fuese superior al de transmisión, prevalecerá aquel. En cualquier caso deberá reintegrarse igualmente a la masa no sólo el valor del bien enajenado, sino todos los gastos que hubiere desembolsado la masa para recuperar el bien transmitido.

6. Otras acciones rescisorias

Aunque el contenido de este capítulo está centrado en las acciones de reintegración, resulta necesario referirse a las otras acciones que pueden ejercitarse al amparo del [artículo 238](#) del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.71] de la [Ley Concursal](#) ([RCL 2003, 1748](#) [RCL\2003\1748]), ya que en los casos en los que por diferentes motivos no sea posible la utilización de las acciones rescisorias descritas, los administradores concursales o acreedores solo dispondrán de estas acciones para impugnar los actos realizados por el deudor en perjuicio de la masa. Y debemos comenzar recordando que las acciones rescisorias no agotan las posibilidades de reintegración de la masa, ya que hay absoluta compatibilidad con las acciones a las que nos vamos a referir en este epígrafe, que en cualquier caso deberán ejercitarse ante el Juez del concurso.

El Texto Refundido de la Ley Concursal faculta a la administración concursal y a los acreedores como legitimados activos para el ejercicio de estas acciones cuyos efectos redundan en beneficio de la masa pasiva.

Las acciones a las que se refiere este artículo son: (i) la revocatoria ordinaria (ii) la de nulidad radical (iii) la de simulación absoluta o relativa, y (iv) la acción de anulabilidad por vicios.

En relación a la revocatoria ordinaria hay que tener en cuenta que los [artículos 1291](#) [LEG\1889\27#A.1291] y [1292](#) [LEG\1889\27#A.1292] del [Código Civil](#) ([LEG 1889, 27](#) [LEG\1889\27]) exigen para su ejercicio la prueba del fraude y del perjuicio causado. Sin embargo el plazo para su ejercicio es de cuatro años por aplicación del [artículo 1299](#) [LEG\1889\27#A.1299] del Código Civil, por lo que tiene la ventaja frente a la rescisoria concursal que puede

ejercerse por un plazo más amplio, aunque tenga el inconveniente de que exige la prueba del perjuicio.

La segunda acción que puede ejercitarse es la de nulidad radical por contravenir el contrato celebrado, la ley, la moral u orden público de conformidad con el [artículo 1255](#) [LEG\1889\27#A.1255] del Código Civil. Esta acción no está sometida a plazo alguno y podrá ser ejercida en cualquier momento.

La tercera acción que la administración concursal o los acreedores pueden ejercitar es la relativa a la simulación absoluta o relativa. Y habrá simulación absoluta cuando la declaración de una causa falsa no hace sino encubrir la carencia de causa; y habrá simulación relativa cuando se encubre otro contrato.

En materia de insolvencia es frecuente encontrarnos con ambos supuestos. Por ejemplo, sería simulación absoluta declarar la existencia de un contrato para justificar pagos de una sociedad a otra cuando no hay relación alguna que justifique dicha transmisión patrimonial. Y sería simulación relativa, por ejemplo, documentar como compraventa lo que en realidad constituye una donación. Las consecuencias son distintas según estemos en una clase u otra de simulación. En la absoluta cualquier acreedor puede, sin sujeción a plazo, anular el contrato simulado y exigir a la contraparte del deudor la devolución del bien. En la relativa, la validez del contrato celebrado dependerá de si concurren en él los requisitos exigidos para su validez (por ejemplo, las de la donación en el caso que hemos analizado). Y la posible ineficacia del contrato dependerá de si produce o no un perjuicio para el deudor (por ejemplo en el caso de la donación, claramente se podrá pedir la ineficacia de la misma por causar un perjuicio a la masa activa). La acción para declarar la simulación del contrato es también imprescriptible porque lo que no existe no puede ser convalidado por el transcurso de plazo alguno.

Finalmente, la última acción que puede utilizarse es la acción de anulabilidad por vicios de consentimiento regulada en los [artículos 1265](#) [LEG\1889\27#A.1265] a [1270](#) [LEG\1889\27#A.1270] del Código Civil. Esta acción regula un tipo de ineficacia fundamentada en los vicios de la voluntad que se regula en los mencionados artículos del Código Civil. Como señala acertadamente nuestra doctrina es poco probable que esta causa de ineficacia sea frecuente en los procedimientos de insolvencia. En cualquier caso hay que tener en cuenta que el plazo de ejercicio es el de cuatro años y que el principal efecto va a ser la restitución recíproca de las prestaciones.

Analizadas las diferentes acciones que pueden utilizarse, queda claro que el verdadero beneficio que aportan estas es el no estar sujetas a plazo (simulación, nulidad radical) o a un plazo superior al de la rescisoria concursal (cuatro años para la revocatoria ordinaria o la anulabilidad). Este mayor plazo es lo que va a permitir ser utilizado por la administración concursal cuando no pudiera interponerse la rescisoria concursal cuyo régimen de presunciones la hace más atractiva. Sin embargo hay que llamar la atención sobre el hecho de que en el ejercicio de estas acciones de impugnación se exige el cumplimiento de los requisitos procedimentales y de fondo expuestos y que en muchos casos van a ser difíciles de justificar y de probar.

CASO PRÁCTICO

Morucha, SA es una sociedad constructora dedicada principalmente a la obra civil. Desde su fundación, Morucha, SA había repartido cuantiosos dividendos a sus accionistas y la empresa había crecido hasta adquirir un tamaño nada desdeñable. Sin embargo, la crisis crediticia internacional y la explosión de la burbuja inmobiliaria en España han golpeado fuertemente a Morucha, SA., que ha visto cómo se dejaban de convocar concursos de obra civil por parte de las Administraciones Públicas al tiempo que le resultaba cada vez más difícil financiar su actividad a través de las entidades de crédito. Ante este entorno económico, Ticio, administrador único de Morucha, SA, trató sacar a flote a Morucha, SA por todos los medios, pero tras varios meses estresantes de negociaciones con acreedores y entidades de crédito, las deudas acabaron ahogando a Morucha, SA y Ticio se vio obligado a solicitar la apertura del concurso voluntario en el mes de abril de 2017.

Dentro del procedimiento concursal, el Juez decide nombrarle a usted administrador concursal en atención a la brillante carrera profesional que ha desempeñado como abogado tras su paso por ICADE y a sus amplios conocimientos en derecho concursal. El Banco Peseterus, principal acreedor de Morucha, SA, le ha instado a usted por escrito a ejercitar la acción rescisoria en estos tres casos concretos:

- a. Morucha, SA tradicionalmente había mantenido una línea de crédito con el Banco Usurus de 100 millones de euros, pero Ticio consiguió que en enero de 2017 le ampliaran la misma línea de crédito en otros 100 millones de euros a cambio de hipotecar como garantía de toda la línea de crédito una nave industrial libre de cargas y propiedad de Morucha, SA valorada en 210 millones de euros. El acuerdo se elevó a público, pero no atendía a ningún plan de viabilidad.

En la situación económica actual, ¿le parece este un acto perjudicial para la masa activa? ¿Cree que podría rescindirse fácilmente la constitución de la hipoteca a pesar de la ampliación de la línea de crédito?

- a. Ticio decidió vender su propio coche a Morucha, SA en agosto de 2016 para que se utilizara como coche de empresa del personal directivo (es decir, que seguía usándolo él mismo). El precio se fijó en 20.000 euros (el doble de su valor de mercado), pero debido a los problemas de liquidez de la empresa se acordó un aplazamiento hasta agosto de 2018. El coche sufrió un accidente y fue declarado como siniestro total, por lo que aunque Morucha, SA recibió dinero de la aseguradora (12.000 euros), ya no cuenta con el vehículo en su activo. Buscando el mayor beneficio para los acreedores, ¿cómo debería proceder?
- b. Alpha, SL y Beta, SL fueron subcontratadas en enero de 2016 por Morucha, SA para la construcción de una depuradora a cambio de 40.000 euros mancomunados (20.000 euros para cada una). Para estructurar la operación las tres partes acordaron que Morucha, SA constituiría una hipoteca sobre el terreno de la edificación en garantía del precio, siendo Alpha, SL y Beta, SL acreedores mancomunados garantizados con hipoteca. Ante la desconfianza que tenía Beta, SL en la solvencia de Morucha, SA, en septiembre de 2016 llegó a un acuerdo con Alpha, SL para que se hiciera cargo de todo el precio, para lo que cancelaron la hipoteca existente y constituyeron una nueva a nombre sólo de Alpha, SL por los 40.000 euros.

¿Se trata de un acto rescindible la última constitución de hipoteca? En caso afirmativo, ¿se le ocurre cómo estructurar la operación para que no sea rescindible?

Bibliografía

VEIGA COPO, ABEL B., «La masa activa del concurso de acreedores», Navarra 2017.

ALCOVER GARAU, G., *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996.

AZOFRA, F., «La homologación judicial de acuerdos de refinanciación», *Reus* 2017.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en **GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA, PULGAR EZQUERRA** (directores), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002, páginas 153 a 176.

ESPIGARES HUETE, J. C., *La acción rescisoria concursal*, Navarra, 2011.

GARCÍA-CRUCES, J. A., «Notas sobre el instituto concursal de la retroacción», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Madrid, 1996, páginas 3553 y siguientes; «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (II)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 590, 2003, páginas 1 y siguientes; «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (II)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 591, 2003, páginas 1 y siguientes.

MASSAGUER FUENTES, J., *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986; «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. 4, Madrid, 2005, páginas 4211 y siguientes.

PARRA LUCÁN, M. A., «El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso», en *La reintegración en el concurso de acreedores*, **GARCÍA-CRUCES** (dir.), Navarra, 2009, páginas 223 y siguientes.

SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, Pamplona, 1997.

SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *Concurso y Rescisión*. Valencia 2013