

4. DERECHO BANCARIO

La reintegración concursal de pagos preferentes realizados a favor de entidades bancarias fruto de operaciones sobre activos inmobiliarios

The revocation on preferential payments to banks arising from real estate operations in bankruptcy proceedings

por

MIGUEL MARTÍNEZ MUÑOZ

*Profesor Colaborador Asistente de Derecho Mercantil
Universidad Pontificia Comillas*

RESUMEN: Este trabajo pretende analizar la facultad de rescisión de los pagos preferentes realizados a favor de los bancos por el deudor con la finalidad de desvirtuar el principio de igualdad entre acreedores. Si se demuestra que la transmisión realizada durante un plazo determinado siendo el deudor insolvente vulnera la *par conditio creditorum*, el administrador concursal podrá anular dicho negocio y recuperar el activo transmitido en beneficio de la masa.

ABSTRACT: *This paper aims to analyse the revocation on preferential payments made by the debtor to banks in order to break the principle of equality among creditors. If it is shown that the transaction carried out during a certain period while the debtor was insolvent infringes the par conditio creditorum, then the trustee could avoid such payment and recover the transferred asset for the benefit of the estate.*

PALABRAS CLAVE: Rescisión. Transmisión preferente. Entidades bancarias. Administrador concursal. Masa activa. Principio de igualdad entre acreedores.

KEY WORDS: *Revocation. Preferential transfer. Banks. Trustee. Estate. Principle of equality among creditors.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN CONCURSAL: 1. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN. 2. EL CONCEPTO DE PERJUICIO.—III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN.—IV. EFECTOS DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN.—V. OPERACIONES CON ENTIDADES BANCARIAS.—VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Las situaciones de crisis empresarial o de proximidad a la insolvencia generan la realización de ciertas actuaciones que, en unos casos, pueden tener como finalidad intentar salvar la inminencia de la insolvencia, presupuesto objetivo del concurso de acreedores y, en otros, pretender defraudar los legítimos intereses de los acreedores en su conjunto, bien sea mediante la salida de activos o a través del pago preferente a ciertos acreedores en detrimento de otros.

Sea cual sea el fin perseguido, lo cierto es que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto el desarrollo de ciertas prácticas que se han venido realizando en el tráfico jurídico consistentes en el pago y cancelación de la totalidad o gran parte de la deuda mantenida con las entidades bancarias en el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso¹. En muchas ocasiones, los fondos necesarios para proceder a dichos pagos han tenido su origen en la realización de una serie de compraventas o de daciones en pago de inmuebles propiedad del deudor y en el que han sido partes implicadas, además de la sociedad concursada, las entidades bancarias prestamistas y sus sociedades gestoras de inmuebles.

Los antecedentes de estas operaciones se encuentran en un marco de falta de liquidez y sobreendeudamiento financiero en el que la mayoría de las empresas ha procedido a impagar las cuotas de los préstamos y créditos concedidos en una época anterior y más boyante, llevando consecuentemente a muchas de ellas a renegociar la deuda contraída con las entidades bancarias prestamistas de esas líneas de financiación. Algunos de aquellos deudores, como estrategias preconcursales y a los efectos de aligerar el pasivo de sus balances, han procedido a la realización de daciones en pago directamente con los bancos prestamistas o han desarrollado una serie de compraventas con las sociedades gestoras del patrimonio inmobiliario constituidas por las propias entidades bancarias. En todos esos supuestos el objeto ha consistido en patrimonio inmobiliario del deudor, el cual podía encontrarse gravado con algún tipo de garantía, principalmente la hipotecaria, cancelándose consecuentemente, total o parcialmente, el crédito existente tras la realización de los inmuebles.

En este contexto, si el concurso se declara dentro de los dos años siguientes a la fecha de ejecución de tales pagos, la Administración Concursal procederá a analizar la validez y pertinencia de dichos actos a la luz del interés del concurso, de tal suerte que si se considera que los mismos son perjudiciales para la masa, procederá el ejercicio de la acción de reintegración. El fundamento de dicho ejercicio reside en que la acción de reintegración o de rescisión concursal se reputa como uno de los mecanismos fundamentales para la culminación del proceso de formación de la masa activa, toda vez que el propio artículo 76 LC prevé que conforman la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. En efecto, este proceso resulta de vital importancia para la satisfacción de los intereses de los acreedores en la medida en que habrá que examinar e inventariar los bienes y derechos del deudor concursado con los que hacer frente a los créditos concursales y contra la masa. Si se observa que dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso se han ejecutado actos que han tenido efectos perjudiciales para la masa activa, podrán aquellos ser rescindidos y ser los bienes o derechos objeto de esos actos reintegrados al concurso para acrecer la masa activa en beneficio de los acreedores.

Precisamente, se puede citar como ejemplo el caso objeto de resolución por la STS de 4 de noviembre de 2016. El supuesto de hecho consistía en determinar si resultaba perjudicial, a los efectos del ejercicio de la acción de reintegración concursal, que la sociedad deudora hubiera llevado a cabo unos pagos para cancelar una serie de contratos bancarios de póliza de crédito, de préstamo hipotecario y de aval bancario a favor de Banco Español de Crédito, S.A. (hoy Banco Santander, S.A. tras la absorción llevada a cabo). Los fondos para cancelar las deudas bancarias procedían de las compraventas de inmuebles realizadas entre el deudor, una sociedad de su grupo y las entidades gestoras del patrimonio de la entidad bancaria, de tal suerte que el montante resultante de las operaciones fue ingresado en una cuenta titularidad de la concursada en la entidad bancaria prestamista aplicada sin solución de continuidad a cancelar los saldos deudores de las referidas pólizas bancarias de crédito, préstamo hipotecario y aval. En este ámbito, declarado el concurso, la Administración Concursal ejercitó la acción de reintegración al entender que los pagos realizados a dicha entidad bancaria resultaban perjudiciales para la masa al suponer un pago preferente a favor de un acreedor (perjuicio a la masa pasiva) materializado a través de la compraventa de inmuebles, lo que implicaba salida de bienes de la masa del concurso (perjuicio a la masa activa).

El presente trabajo pretende analizar la problemática de las operaciones descritas así como los efectos que se desencadenarán como consecuencia de la rescisión concursal de las mismas, principalmente de cara a las entidades bancarias, poniendo igualmente de manifiesto ciertas cautelas o estrategias señaladas en la propia jurisprudencia.

II. LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN CONCURSAL

1. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN

La acción de reintegración está regulada en el artículo 71.1 LC de la manera siguiente: *«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»*.

Tal y como puede extraerse de la dicción literal del precepto, se precisa la concurrencia de dos elementos para el ejercicio de la acción de reintegración. Por un lado, que se hayan realizado actos considerados perjudiciales para la masa activa y, por otro, que el acto en cuestión haya sido realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. De esta forma, podrán impugnarse todos aquellos actos de disposición realizados por el deudor concursal dentro de ese límite temporal que constituye el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. Ha de precisarse que el término «actos perjudiciales» recogido en la norma debe interpretarse en un sentido amplio de contratos o negocios, pagos y declaraciones unilaterales de voluntad que comporten un sacrificio patrimonial, incluyendo igualmente las conductas pasivas del deudor concursal que representen una pérdida de activo patrimonial². Así, el fundamento de la ineficacia de estos actos reside en el mero perjuicio causado a la masa activa del concurso, sin que sea necesaria la concurrencia, en estos casos, de fraude entre los contratantes³.

Con respecto a la naturaleza concreta de la acción de reintegración, se debe poner de manifiesto que la propia norma apunta ya la misma al sostener que

«(...) serán rescindibles (...)». Es por esto por lo que la acción de reintegración es, primero y ante todo, una acción rescisoria, aspecto este que ha sido claramente confirmado por la jurisprudencia⁴.

En este sentido, el artículo 1290 del Código Civil establece que «los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley». Se extrae así que únicamente son rescindibles los contratos, o actos en genérico, válidamente celebrados. No obstante, en el ámbito concursal existen ciertas dudas respecto de la naturaleza rescisoria de la acción de reintegración. Un sector doctrinal apunta que la acción rescisoria concursal se ejercita normalmente, y naturalmente, frente a actos válidos, es decir, sin la concurrencia de vicios o defectos en su celebración⁵. Sin embargo, por razones de oportunidad, la Administración Concursal ejercita la acción también contra actos no válidos, es decir, actos nulos o anulables que son igualmente perjudiciales para la masa. Este hecho quiebra en cierta medida la afirmación de que la acción de reintegración es una acción rescisoria y es lo que ha llevado a este sector a calificarla como una acción rescisoria especial al tener un campo de aplicación más amplio que la acción rescisoria general del Derecho común⁶.

En el ámbito concursal, por la propia configuración que el legislador ha querido dar a esta acción, se ha suprimido el requisito de la subsidiariedad exigido en el Derecho civil y, por ello, se utiliza esta acción para atacar actos válidos por la vía del perjuicio al ser la carga de la prueba necesaria mucho menor, pues bastará simplemente con probar que el acto es perjudicial para la masa activa. De esta forma, se utiliza la acción de reintegración «para todo» y no las acciones de impugnación previstas en la Ley. Además, la LC establece la no necesidad de existencia de intención fraudulenta o *consilium fraudis*, aspecto que sí exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo para la acción rescisoria por fraude de acreedores en el ámbito civil⁷. Es decir, la acción rescisoria civil tiene carácter subjetivo en la medida en que sí que se requiere que exista mala fe, aspecto que choca con el carácter objetivo de la acción de reintegración concursal, que únicamente precisa que el acto sea perjudicial para la masa, aspecto que se analiza a continuación⁸.

2. EL CONCEPTO DE PERJUICIO

Como se ha puesto de manifiesto, es en el concepto de perjuicio donde reside la esencia del régimen de la reintegración concursal. Uno de los requisitos establecidos en el artículo 71.1 LC para poder ejercitar la acción de reintegración es que los actos a rescindir hayan sido perjudiciales para la masa activa del concurso. Sin embargo, la cuestión acerca de qué es lo que se debe entender por perjuicio no está del todo clara⁹. Si bien la LC no proporciona una definición expresa de lo que considera «acto perjudicial para la masa activa», sí establece un sistema de presunciones que, si bien ayuda a discernir en ciertas ocasiones lo perjudicial de lo que no lo es, no soluciona del todo el problema al no ofrecerse un concepto unívoco.

El concepto de perjuicio concursal entraña la existencia de un daño patrimonial, es decir, de una disminución o menoscabo del patrimonio del deudor concursado o el impedimento de su aumento con afectación a la masa activa. No obstante, no ha de soslayarse el efecto que dicho daño patrimonial genera sobre los propios acreedores, cuyos créditos conforman la masa pasiva, toda vez que los mismos se erigen en los principales perjudicados en la medida en que escapan bienes con arreglo a los cuáles satisfacer sus créditos. En este sentido, se

establece que si bien la literalidad de la norma es clara al sostener que solo son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, también es cierto que dado que el sistema de reintegración persigue la mejor tutela de los acreedores, esta solo será salvaguardada si se toma en consideración a estos sujetos. De este modo, también habrá que afirmar el carácter perjudicial del acto del deudor cuando el mismo venga a incidir negativamente y de modo directo sobre estos acreedores, quebrándose así la regla de la *par conditio creditorum*¹⁰.

En definitiva, se advierte que resulta necesario ampliar la noción de perjuicio, de tal manera que la posible impugnación al amparo de estas normas no solo resultará procedente cuando el acto implique un menoscabo a la masa activa sino también una lesión a la igualdad de los acreedores concursales o masa pasiva¹¹. Esta orientación resulta fundamental para la Administración Concursal, la cual se erige en legitimado principal para el ejercicio de esta acción. De esta forma, con su ejercicio debe la Administración Concursal procurar la integridad de la masa activa y, también, la protección de la regla de igualdad entre los acreedores en el concurso.

Por su parte, ha de señalarse cómo la jurisprudencia ha acogido mayoritariamente esta interpretación amplia del concepto de perjuicio y así ha entendido que existe este cuando, por un lado, el acto realizado por el deudor concursado supone una disminución del patrimonio y, por otro, cuando el acto rompe con el principio de la *par conditio creditorum*, privilegiándose a unos acreedores en detrimento de otros¹².

En contra de esta interpretación amplia existe una corriente que aboga por una interpretación estricta del concepto de perjuicio, en virtud de la cual solo habrá perjuicio si se da un auténtico sacrificio patrimonial para la masa activa y dicho sacrificio no está justificado¹³. Es decir, se prescinde del posible daño a la masa pasiva y se circunscribe el perjuicio a la masa activa tal y como prevé la propia literalidad de la LC.

En el fondo, lo que late en esa concepción estricta de perjuicio es una consideración de que el principio de la *par conditio creditorum* es más mito que realidad en la medida en que legislador, doctrina, jurisprudencia y grupos de interés no han hecho otra cosa más que limitar, desvirtuar y degradar la esencia misma de la igualdad de trato entre acreedores allí donde precisamente debería haber un tratamiento igualitario. Así, se considera que llevar este principio hasta sus últimas consecuencias chocaría, en principio, con el concepto de justo, en la medida en que es justo que el acreedor que ha desarrollado una mayor inversión en la vigilancia del estado patrimonial del deudor pueda obtener una mejor satisfacción que aquel que ha permanecido indiferente. Además, es justo que aquellos acreedores que estudian el riesgo del deudor y que, al conocerlo, negocian y contratan provistos de garantías gocen de una mejor posición en caso de concurso.

Los privilegios son, en definitiva, la excepción y la ruptura de la *par conditio creditorum* de manera que los acreedores privilegiados no se someten a proporción alguna entre el total del activo del deudor común concursado y el pasivo¹⁴. Es decir, se argumenta que desde el momento en que se reconoce la existencia de privilegios, el principio de igualdad de trato quiebra, razón por la que la masa pasiva no debe considerarse a efectos de perjuicio. Se sostiene que antes de la situación de concurso, los acreedores no tienen derecho a un trato paritario porque sus situaciones son desiguales y que en lo único que son iguales es en que han de ser satisfechos en su deuda¹⁵. La *par conditio creditorum* no constituye un derecho subjetivo ni tampoco existe una solidaridad ideal que conlleve la *par conditio creditorum* pues el Derecho Concursal está encaminado a la cancelación

de las obligaciones de los acreedores y, con ello, a su satisfacción, lo cual pone de manifiesto cómo la concursabilidad es compatible con la disparidad de tratamientos de los acreedores y supone, en última instancia, la quiebra de este principio¹⁶.

No obstante esta posición a favor de una concepción estricta de perjuicio, ha de señalarse cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma mayoritaria, concibe el perjuicio desde una perspectiva amplia, integrando el daño causado a la masa activa y pasiva, si bien precisando que solo se causará un daño a la masa pasiva cuando al tiempo de satisfacer el crédito, el deudor concursado estuviera ya en estado de insolvencia y, por ello, debería haber solicitado el concurso¹⁷. Es decir, el pago realizado a favor de un acreedor no es perjudicial para la masa si dicho pago es debido y resulta exigible, salvo en aquellos supuestos en los que el deudor se encuentra en situación de insolvencia (o de proximidad a ella) y debiera haber declarado ya su concurso, toda vez que el principio de la *par conditio creditorum* resulta plenamente aplicable y se estaría ejecutando, en consecuencia, un pago preferente. Esta cuestión resulta de capital importancia en las defensas que están empleando las entidades bancarias en los casos de rescisión de operaciones que vienen a suponer un pago preferente, realizado antes de la declaración del concurso, tal y como se tratará *infra* y se ilustrará con el supuesto de la STS de 4 de noviembre de 2016.

Como ya apuntamos, la LC no define expresamente «acto perjudicial para la masa activa» y por eso establece una serie de presunciones, *iuris et de iure* en el artículo 71.2 LC y *iuris tantum* en el artículo 71.3 LC, que describen unas conductas que afectan tanto a la masa activa como a la pasiva y que, por ello, son merecedoras de una presunción de perjuicio con distinto alcance¹⁸. Así, los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos o actos de extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la fecha de declaración de concurso, salvo que contasen con garantía real, serán siempre perjudiciales sin admitir prueba en contrario¹⁹. Sí que admitirán prueba en contrario, por su parte, los actos dispositivos a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas y, por último, los actos de extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la fecha de declaración del concurso que estuvieran garantizadas con garantía real.

En estos supuestos, la Administración Concursal únicamente deberá probar la existencia del acto objeto de la presunción para que la reintegración tenga éxito. Si el acto a rescindir no estuviera previsto dentro del catálogo de presunciones, sí que deberá esforzarse la Administración Concursal en probar la existencia de perjuicio a las masas activa y pasiva, para lo cual deberá acudir a todos los medios de prueba que tenga a su alcance. Asimismo, el artículo 71.5 LC contempla una serie de supuestos irrevocables consistentes en los actos ordinarios de la actividad del deudor realizados en condiciones normales, los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados y las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y del FOGASA²⁰.

III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN

Previamente a la iniciación del procedimiento, la Administración Concursal debe realizar una labor de investigación y retrotraerse hasta dos años antes de

la fecha de declaración del concurso para analizar si han podido llevarse a cabo, por parte del deudor, actos que tengan que ser rescindidos. En este sentido, el trabajo previo de la Administración Concursal resulta de vital importancia para proceder a la reintegración de aquellos bienes que han salido del patrimonio en perjuicio de los acreedores y poderse constituir así la masa activa con base en el principio de universalidad (art. 76 LC). Por ello, y siempre tendiendo a la consecución de tal fin, se aprecia que el momento temporal más eficiente para ejercitar la acción de reintegración es durante la elaboración del inventario por parte de la Administración Concursal, toda vez que será en esa fase cuando se realizará la necesaria labor de investigación y se observará qué bienes es preciso reintegrar a la masa²¹.

Así, con base en ese objetivo, una de las funciones principales encomendadas a la Administración Concursal es la de ejercer las acciones rescisorias y demás de impugnación [art. 33.1a) 6.º LC]²². El artículo 72 LC otorga la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones a la Administración Concursal casi exclusivamente y ello con independencia del régimen de suspensión o intervención de las facultades del deudor. En efecto, la Administración Concursal es la legitimada principal en tanto que actúa en interés de la masa y no del concursado²³.

Con carácter subsidiario, los acreedores que hayan instado por escrito el ejercicio de una determinada acción, señalando el acto concreto a rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitar la acción de reintegración si la Administración Concursal no lo hiciere en los dos meses siguientes al requerimiento. Con esta norma, la LC deja el poder de decisión final respecto de la reintegración en manos de los acreedores, algo que no está exento de crítica²⁴. Se establece, en consecuencia, un sistema de legitimación activa en cascada, en la medida en que la Administración Concursal se erige en legitimada principal y directa para el ejercicio de la acción de reintegración y demás acciones de impugnación. En el caso de que la Administración Concursal no ejercite la acción a propuesta de los acreedores, podrán estos ejercitarla pero no podrán ejercitarla ambos colectivos a la vez, es decir, no puede haber concurrencia en el ejercicio de la acción²⁵.

El carácter de legitimado principal de la Administración Concursal se ve reforzado con la exclusión de la legitimación subsidiaria de los acreedores para los casos de rescisión de acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis LC, en los que únicamente podrá la Administración Concursal iniciar las acciones de rescisión e impugnación mediante la prueba del incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en aquel precepto.

Así, sea por iniciativa propia o a requerimiento de los acreedores, la Administración Concursal iniciará el procedimiento de rescisión mediante la presentación de una demanda que irá dirigida contra el deudor y contra todo aquel que haya sido parte en el acto que se pretende impugnar, sean acreedores, personas relacionadas con el deudor concursado o cualquier tercero (litisconsorcio pasivo necesario)²⁶. Como decimos, el deudor concursado necesariamente será legitimado pasivo en la medida en que fue una de las partes en el negocio que se pretende rescindir con el ejercicio de la acción de reintegración. En este punto puede surgir un problema y es el de la coincidencia entre la administración concursal actora y la misma administración concursal como representante del deudor demandado cuando sus facultades hayan quedado en suspenso. Sin embargo, tal problema no debería surgir en tanto el artículo 54.3 LC prevé, precisamente para evitar esta paradoja, que el deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios promovidos por la Administración Concursal, no teniendo en estos

casos las costas la consideración de deudas de la masa. Es decir, en estos casos el deudor conserva su capacidad procesal y podrá defenderse asistido por letrado y representado por procurador²⁷.

Por otro lado, prevé expresamente el artículo 72.3 LC que, si el bien que se pretende reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda deberá también dirigirse contra esa persona únicamente cuando la Administración Concursal (o los acreedores subsidiariamente) pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de la que goce a través de la protección dispensada por la publicidad registral (art. 34 LH).

El procedimiento que se seguirá en la sustanciación de la tramitación de la acción de reintegración o de cualquier acción de impugnación será el previsto para el incidente concursal. Así, la demanda presentada tendrá el carácter de incidental y se presentará en la forma prevista en el artículo 399 LEC (demanda para el juicio ordinario). Tras la presentación de la demanda, se emplazará a los demandados para contestar a la misma en el plazo de diez días y se seguirán los trámites para la vista previstos en el artículo 194 LC, si es que procede²⁸. Será en esa demanda incidental donde la Administración Concursal habrá de consignar y probar el perjuicio del acto a rescindir, para lo cual podrá valerse de pruebas documentales, testificales, informes de peritos, así como de cualquier otra clase de prueba prevista en la legislación procesal civil. Evidentemente, en los casos en los que concurra una presunción *iuris et de iure* de perjuicio, la Administración Concursal no tendrá que aportar prueba alguna. En cambio, en caso de alegar una presunción *iuris tantum*, la carga de la prueba se desplazará a los demandados, los cuales habrán de probar que el acto no es perjudicial para la masa²⁹.

El incidente concursal culminará con una sentencia que producirá efectos de cosa juzgada y que establecerá las consecuencias asociadas a la estimación de la demanda incidental de reintegración.

IV. EFECTOS DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN

El principal efecto asociado al éxito de la acción de reintegración es el hecho de que en la sentencia se declarará la ineficacia del acto impugnado y se condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC).

Del tenor literal del precepto observamos que es preciso que exista una resolución judicial que se pronuncie acerca del ejercicio de la acción de reintegración, de tal forma que una vez dictada una sentencia estimatoria, el efecto principal será la declaración de ineficacia del acto impugnado con la consiguiente restitución mutua de las prestaciones. Así, con carácter general, el tercero repondrá a la masa los bienes recibidos, junto con los frutos e intereses, y el deudor «devolverá» el derecho de crédito que se había extinguido, en caso de que el tercero fuese un acreedor, o surgirá un nuevo crédito por el dinero objeto del acto oneroso en caso de que el tercero no sea un acreedor. Se observa pues cómo la sentencia impone a un acto, estructural y formalmente válido, una ineficacia sobrevenida y funcional en atención al interés de la masa y de los acreedores³⁰.

Uno de los problemas fundamentales en este punto será el de la ejecución de la sentencia, aspecto sobre el que la LC no se pronuncia y que sin duda alguna generará dificultades. La declaración de ineficacia del acto impugnado producirá la eliminación de los efectos económicos asociados al mismo y repondrá los patrimonios a la situación anterior a la celebración del acto. Sin embargo, la

declaración contenida en la sentencia de nada servirá si la misma no es ejecutada y ello producirá numerosos problemas, sea el acto rescindido un contrato bilateral, la concesión de una garantía o, por ejemplo, una modificación estructural, con las dificultades que este hecho entraña.

Por otro lado, la LC distingue entre si la persona que ha contratado, en sentido amplio, con el concursado, ha actuado de buena o de mala fe, atribuyendo una serie de efectos particulares en función de ese comportamiento. Así, siempre y cuando se haya actuado de buena fe, prevé la norma que el derecho a la prestación que surge como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa *ex* artículo 73.3 LC, debiendo en consecuencia satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes objeto del acto rescindido.

Por otra parte, si la persona con la que se contrató se ha comportado de mala fe, las consecuencias que prevé la LC son bastante más severas³¹. Con respecto a qué constituye mala fe, hay que entender que la misma está presente cuando se sabía, o no se podía ignorar, que la actuación a realizar era constitutiva de un acto perjudicial para la masa activa y que el deudor estaba en una situación patrimonial comprometida³². Para estos casos, la LC prevé la devolución del bien y la subordinación del crédito que surge de la restitución, lo cual implica que la prestación no goza del derecho a que se restituya al mismo tiempo que la entrega de los bienes reintegrados. Es decir, en estos casos desaparece la simultaneidad que está presente en el caso de la buena fe y, en consecuencia, las posibilidades de recuperación del crédito son mínimas ya que los créditos subordinados difícilmente son hechos efectivos.

Esta situación es la que normalmente concurrirá en la mayoría de los supuestos en los que la entidad bancaria lleve a cabo una estrategia preconcursal comprometida, toda vez que el perjuicio a la masa podrá ser acreditado por la Administración Concursal, con o sin la ayuda de las distintas presunciones *ex* artículo 71 LC, así como la mala fe del acreedor financiero al no poder ignorarse el estado de insolvencia inminente del deudor. En efecto, serán indicios de esa mala fe la celeridad de la propia operación a realizar así como las simulaciones que se llevarán a cabo, principalmente las de compraventas directas o a través de las entidades gestoras de activos con la consiguiente subrogación hipotecaria³³ para ocultar lo que en el fondo es una dación en pago. Por ello, además de rescindir la transacción y de que el bien que indebidamente salió del patrimonio del deudor retorne a él, se subordinará el crédito (normalmente privilegiado especial) de la entidad bancaria.

Además, tal y como señalamos anteriormente, la presencia de dolo o mala fe en el acto rescindido podrá entrañar la calificación culpable del concurso. En este sentido, si la persona con la que el deudor contrató actuó de mala fe, además de las consecuencias previstas acerca de la subordinación de su crédito y la ausencia de simultaneidad, podrá aquel ser declarado cómplice en la sección de calificación (art. 166 LC), pudiéndosele sancionar por alguna de las vías del artículo 172 LC³⁴.

Por otro lado, se prevé un régimen especial *ex* artículo 73.2 LC para los casos en los que los bienes a reintegrar se encuentren en poder de un tercero. De esta manera, si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse 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 (art. 34 LH), se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran los bienes o derechos cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal. Si, por el

contrario, 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.

Se distingue en esta norma dos situaciones diferentes. Por un lado, que el tercero no haya sido demandado o, por el contrario, que habiendo sido demandado, la sentencia haya apreciado que actuó de buena fe o que goza de irreivindicabilidad o de protección registral³⁵. En cualquier caso, el tercero subadquirente estará protegido en su adquisición del que fue parte con el deudor concursado en el acto rescindido y, por esta razón, será la otra parte en el acto la que será condenada a entregar a la masa el valor que tuvieran los bienes en el momento en que abandonaron el patrimonio del deudor más el interés legal correspondiente. En caso de que se apreciase mala fe en la parte que contrató con el tercero protegido, la condena será la de indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa.

V. OPERACIONES CON ENTIDADES BANCARIAS

Las entidades bancarias son acreedores recurrentes en la mayor parte de los procesos concursales declarados en los últimos tiempos. Obviamente, su presencia se debe a que son titulares de derechos de crédito reconocidos que tienen su origen en la financiación otorgada a particulares y empresas en los años anteriores a la situación de crisis económica. Normalmente, concurren a los concursos como acreedores privilegiados al ostentar sus créditos garantías sobre diversos tipos de bienes, tanto muebles como inmuebles, que aseguran en la mayor parte de los casos el cobro íntegro de las deudas. Sin embargo, todo concurso de acreedores conlleva un riesgo y, sobre todo, una serie de costes económicos, temporales y de transacción que muchos acreedores quieren evitar³⁶.

Como se indicó, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto la práctica de ciertas operaciones en un momento cercano a la fecha de declaración del concurso en la que el deudor ejecuta ciertos actos de extinción de obligaciones con un vencimiento futuro o realiza verdaderos pagos por obligaciones vencidas, líquidas y exigibles. Estos negocios jurídicos pueden constituir estrategias preconcursales válidas de cara a la reducción del pasivo en un intento por resolver el estado de insolvencia o, por el contrario, buscar apartar del futuro procedimiento concursal a ciertos acreedores en perjuicio del resto. En cualquier caso, todo acto ejecutado en el intervalo temporal de los dos años anteriores a la declaración del concurso será examinado con atención por parte de la Administración Concursal de cara al ejercicio de la acción de reintegración *ex* artículos 71 y sigs. LC.

Concretamente, los negocios jurídicos sobre activos inmobiliarios han sido muy comunes en los últimos tiempos, implicando no solo a las entidades bancarias y a sus deudores sino también a las entidades gestoras del patrimonio de las primeras, así como a sociedades del mismo grupo de los segundos. En este sentido, se ha procedido a realizar tanto daciones de inmuebles en pago para extinguir directamente las deudas existentes como compraventas sobre dichos activos para que, una vez ingresado el importe de la venta, se saldase las obligaciones pertinentes. En cada operación, los sujetos intervinientes y las condiciones variaban para evitar precisamente la sombra del perjuicio y la posible reintegración concursal.

Como se adelantó, el supuesto de hecho de la STS de 4 de noviembre de 2016 ilustra perfectamente este tipo de situaciones. La sociedad deudora lleva a cabo una serie de pagos para cancelar un conjunto de contratos bancarios de

póliza de crédito, préstamo hipotecario y aval bancario suscritos en su día con Banco Español de Crédito, S.A. Los fondos para hacer frente a dichas deudas tenían su origen en las compraventas de ciertos inmuebles ejecutadas entre el deudor, una sociedad de su grupo y las entidades gestoras del patrimonio de la entidad bancaria. De esta forma, el importe resultante de las ventas fue ingresado directamente en una cuenta bancaria que la concursada tenía en la entidad prestamista, destinándose consecuentemente en su totalidad a cancelar los saldos deudores de las referidas pólizas bancarias. Los inmuebles vendidos pertenecían al deudor salvo uno, el de mayor valor, que era propiedad de una sociedad de su grupo. Es decir, una sociedad vinculada al deudor vendió un inmueble para cancelar una deuda ajena, lo que haría surgir consecuentemente un derecho de crédito dentro del propio grupo entre ambos socios.

Así, la Administración Concursal consideró estas compraventas y la extinción de obligaciones posterior como perjudicial para las masas activa y pasiva por acontecer una salida de bienes del patrimonio del deudor con los que realizar un pago preferente a un acreedor determinado, rescindiendo las mismas y subordinando el crédito del banco.

En primer lugar, hemos de señalar que tanto el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia como la Audiencia Provincial de Murcia, estimaron la acción de reintegración ejercitada por la Administración Concursal al considerar perjudiciales los pagos realizados a favor del banco, aspecto que no fue compartido por el Tribunal Supremo en tanto casó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial revocando la rescisión del pago preferente ejecutado tiempo atrás. A este respecto, conviene precisar que la SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 25 de julio de 2013, resolución contra la que Banco Santander, S.A. (entidad absorbente de Banco Español de Crédito, S.A.) interpone recurso de casación en el supuesto comentado, parte de que el pago de obligaciones vencidas y exigibles antes del concurso no es perjudicial en todos los casos, sino que el perjuicio tiene carácter excepcional. En principio, los pagos realizados en el periodo sospechoso estarían justificados y no ocasionarían perjuicio alguno para la masa activa y ello aún en mayor medida si se tratase de actos ordinarios de la actividad profesional de la sociedad mercantil deudora. La clave, señala la sentencia de la Audiencia, reside en la acreditación de la situación de insolvencia de la deudora en el momento de la realización de la operación, de tal suerte que si el acreedor conocía o no podía ignorar que su deudor era insolvente, será de aplicación el concepto amplio de perjuicio al pago realizado, tal y como se señala de forma mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia y hemos tratado *supra*.

En este sentido, el informe de la Administración Concursal justificaba de manera indubitada la situación de insolvencia en la que se encontraba la mercantil concursada cuando las operaciones objeto de rescisión fueron ejecutadas, aspecto tenido en cuenta por el juez del concurso y posteriormente por la Audiencia Provincial de Murcia. Asimismo, se entendió que la propia mecánica y la rapidez de la operación reforzaban el conocimiento de la delicada situación económica del deudor por parte de la entidad bancaria y, por tanto, demostraban la finalidad perseguida tendente a la cancelación de los contratos bancarios suscritos. El banco, con su actuación, resultaba ser el único beneficiado, cancelaba sus créditos y se situaba así al margen de una futura declaración de concurso, como en efecto así aconteció.

Por otro lado, Banco Santander, S.A. trató igualmente de justificar la irrevocabilidad de la operación sobre la base de su carácter de actividad ordinaria de la sociedad concursada. En concreto, el banco argumentaba que la venta de

los inmuebles por parte de una empresa dedicada a la promoción inmobiliaria se realizó a precio de mercado y en base a previas tasaciones actualizadas, extinguiéndose con el producto una obligación financiera ordinaria que estaba vencida e iba a generar importantes intereses de demora, gastos y costas a cargo del deudor. Sin embargo, tal manifestación no podía sostenerse por parte del juzgador al no ostentar la supuesta actividad ordinaria el carácter de habitualidad y ser la referida operación una forma encubierta de proceder a la liquidación de determinados créditos titularidad de la entidad bancaria prestamista³⁷.

Finalmente, en lo que se basa el Tribunal Supremo para estimar el recurso de casación y afirmar la ausencia de perjuicio a la masa es en la procedencia de la finca cuya enajenación extingue la deuda con la entidad bancaria en gran parte, algo que resulta criticable cuando menos. En este sentido, el Alto Tribunal parte de que las compraventas encubren realmente daciones en pago de las que el banco era el único beneficiario y que, bajo ningún concepto, pueden considerarse actividad ordinaria desarrollada por el deudor. Además, se dice que para la consideración de la concepción amplia de perjuicio hay que estar a la acreditación de la situación de insolvencia del deudor en el momento de la realización del acto objeto de rescisión, circunstancia que acaece en tanto la entidad bancaria no solo conocía la situación de insolvencia sino que, además, las características de la operación mostraban que era consciente de que con la misma se afectaba negativamente a los demás acreedores.

No obstante lo mantenido, el hecho de que una parte sustancial de la deuda cancelada procediera de los fondos de la venta de una finca propiedad de una entidad del grupo del deudor, y no del propio deudor, hace que el Tribunal Supremo establezca la no existencia de perjuicio a la masa a pesar de todas sus consideraciones anteriores. Más en concreto, se considera que al haberse cancelado la mayor parte de la deuda que la sociedad deudora tenía con el banco prestamista a través de la dación en pago, simulada bajo una compraventa, de una finca que no era propiedad de la deudora, sino de una tercera sociedad perteneciente al mismo grupo, la operación no solo no fue perjudicial para la masa, sino que, incluso, fue beneficiosa en tanto se sustituyó un crédito de más de dos millones de euros que el deudor mantenía con el banco por otro crédito de un millón cien mil euros con una sociedad del mismo grupo, el cual tendría carácter subordinado si dicha sociedad procediera a reclamar el mismo a la concursada.

La doctrina que se extrae a este respecto de la STS de 4 de noviembre de 2016 es que para que proceda la acción rescisoria concursal basta con que concurra el elemento objetivo del perjuicio. Expresamente se dice que el perjuicio relevante para la estimación de las acciones de rescisión concursal es el que supone un sacrificio patrimonial injustificado. Por tanto, lo relevante para apreciar la concurrencia de ese elemento no es la intención que moviera al banco al realizar la operación, sino si la misma causó un sacrificio patrimonial injustificado. En efecto, en tanto la mayor parte del pago cuya rescisión se pretende con el ejercicio de la acción rescisoria concursal se hizo con el precio obtenido por una finca de una tercera sociedad perteneciente al mismo grupo que la concursada, el resultado fue la cancelación de un crédito contra un activo propiedad del deudor y otro procedente del patrimonio de un tercero, el más importante para extinguir dicho crédito.

En definitiva, lo que se concluye a la vista de la resolución judicial es que la intervención de una tercera persona en la cancelación de la deuda que la concursada mantenía con el banco determina que no concurra el requisito del perjuicio, pues excluye la existencia de un sacrificio patrimonial injustificado en

sede de la sociedad concursada, ya sea directo, porque su patrimonio sufriera una merma considerable, ya sea indirecto, porque se perjudicara la condición de otros acreedores estando la deudora en una situación de clara insolvencia.

La estrategia que se deduce claramente del supuesto de hecho comentado apunta a la intervención de terceros en todas las operaciones de cancelación de deuda bancaria con el fin de neutralizar cualquier tipo de posibilidad de rescisión concursal. En este sentido, si las entidades bancarias pretenden sortear la entrada en el concurso de acreedores de sus sociedades deudoras por la vía de las estrategias preconcursales de cancelación de deudas no vencidas a través de la dación en pago o la compraventa con subrogación hipotecaria de inmuebles habrán de plantear la posibilidad de que sean inmuebles propiedad de terceros los que sean destinados para tal fin³⁸. De esta forma, el perjuicio no acontecerá en la medida en que no se producirá un sacrificio patrimonial injustificado. Obviamente, la intervención de terceros se explicará si nos encontramos ante supuestos de grupos de sociedades³⁹, resultando de otro modo un supuesto extraño, salvo que surgiese de la ejecución de una garantía o se acordase la extinción de la deuda contra el pago realizado por un tercero conforme a lo previsto en los artículos 1158 y siguientes del Código Civil⁴⁰.

En conclusión, creemos que la resolución judicial comentada abre la puerta a la realización de una serie de prácticas que, si bien no van a suponer un sacrificio patrimonial injustificado, sí van a constituir un pago preferente que va a perjudicar los intereses legítimos de los demás acreedores, incumpléndose consecuentemente el concepto amplio de perjuicio en tanto esa preferencia vulnera el principio de la *par conditio creditorum* y exista de hecho una situación o estado de insolvencia en el deudor aún no concursado. Sobre este extremo, el Tribunal Supremo deja entrever que, si bien puede perjudicarse el interés del resto de acreedores solamente en la parte de los bienes del deudor (no en la parte del crédito cancelada por la venta de la finca del tercero), la operación que se realiza tiene carácter unitario en tanto responde a una misma causa y función económica, no pudiendo desmembrarse la misma para rescindir la parte menos beneficiosa y dejar subsistente la beneficiosa. En definitiva, obsérvese cómo no es descabellado considerar que el resultado que se alcanza con esta doctrina jurisprudencial es el completo falseamiento del concepto amplio de perjuicio con el consiguiente daño a los derechos de los acreedores que no resultan ser destinatarios de los pagos preferentes.

VI. CONCLUSIONES

I. El ejercicio de la acción de reintegración por parte de la Administración Concursal se reputa uno de los medios más idóneos para velar por la integridad de la masa activa. Como se ha tratado, es el perjuicio, y no el fraude, el presupuesto objetivo que tiene que concurrir necesariamente para que proceda el uso de la acción, debiendo contemplarse siempre dicho elemento desde una perspectiva amplia. Así, tan perjudicial para la masa será la salida de cualquier bien o derecho como el pago preferente realizado a un acreedor en detrimento de otros en un estado de insolvencia, lo que supondrá en última instancia la vulneración del principio de igualdad de trato o *par conditio creditorum*.

II. La ejecución por parte de las entidades bancarias de ciertos negocios en un periodo de proximidad a la insolvencia hace que la Administración Concursal evalúe los mismos y acabe ejercitando la acción de reintegración si observa la

existencia de perjuicio. En los últimos años han sido relativamente frecuentes las operaciones con activos inmobiliarios como formas de cancelación de los contratos de préstamo o crédito existentes entre los bancos y los deudores luego concursados. Así, como estrategias para aligerar los pasivos de los balances y evitar la entrada en concurso de acreedores, se han realizado daciones en pago, simuladas muchas de ellas bajo la forma de compraventas, así como compraventas de activos inmobiliarios con subrogación hipotecaria. En todos los casos, el resultado consistía en la extinción de los créditos vigentes hasta el momento sobre la base de la salida de ciertos activos, lo que generaba un notable perjuicio para la masa cuando la sociedad deudora se encontraba ya en una situación cercana al estado de insolvencia.

III. Si bien la jurisprudencia se ha mostrado constante y decidida en la lucha de estas prácticas sobre la base de la rescisión concursal de las mismas y de la apreciación de la mala fe en la entidad bancaria prestamista, se han dado ciertos casos sorprendentes en los que no se ha procedido a rescindir una determinada transacción existiendo perjuicio en sentido amplio. El caso al que nos hemos referido, y que podría ser utilizado como estrategia para evitar el filtro de la acción de reintegración concursal por parte de los acreedores financieros, es aquel que supone utilizar a un tercero para cancelar con sus propios bienes las deudas bancarias ajenas. De esta forma, ha dicho el Tribunal Supremo, no existirá un perjuicio a la masa en el sentido de un sacrificio patrimonial injustificado al extinguirse las deudas del concursado tras la venta de los bienes de ese tercero, normalmente una sociedad perteneciente al mismo grupo que la sociedad concursada.

En este sentido, si bien entendemos la ventaja que supone cancelar un pasivo gracias a los fondos procedentes de la venta de activos ajenos al patrimonio del deudor, no hemos de perder de vista el prisma que da la *par conditio creditorum*, fundamento último del perjuicio en sentido amplio. Así, cuando ese negocio ventajoso haya sido realizado en un estado patrimonial cercano a la insolvencia, el principio de igualdad resultará plenamente aplicable a pesar de no haberse procedido a declarar aún el concurso, siendo ese pago preferente perjudicial para la masa a pesar de que los fondos procedan de la enajenación de bienes diferentes a los que integran el patrimonio del deudor.

IV. En conclusión, si bien ese tipo de actos jurídicos o de estrategias de intervención de un tercero no supondrían un sacrificio patrimonial desproporcionado para la masa activa, sí que existirá un perjuicio objetivo basado en la quiebra de la igualdad de trato de los acreedores, perjuicio que tendría que ser necesariamente suficiente para rescindir los actos realizados. Entender lo contrario supone neutralizar la doctrina del perjuicio en sentido amplio y terminar con el principio de la *par conditio creditorum*, abriendo la puerta a una serie de prácticas que pondrían en jaque ciertos aspectos del sistema de Derecho Concursal.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 30 de marzo de 2017
- STS de 4 de noviembre de 2016
- STS de 3 de noviembre de 2015
- STS de 24 de junio de 2015
- STS de 13 de julio de 2013
- STS de 10 de julio de 2013

- STS de 2 de julio de 2013
- STS de 24 de junio de 2013
- STS de 12 de diciembre de 2012
- STS de 8 de noviembre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 12 de abril de 2012
- STS de 27 de octubre de 2010
- STS de 16 de septiembre de 2010
- STS de 25 de junio de 2010
- STS de 24 de julio de 2007
- STS de 17 de julio de 2006
- STS de 28 de octubre de 1996
- SAP de Madrid (Sección 28.ª) de 6 de noviembre de 2017
- SAP de Sevilla (Sección 5.ª) de 10 de mayo de 2017
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.ª) de 28 de junio de 2016
- SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 13 de octubre de 2014
- SAP de Tarragona (Sección 1.ª) de 19 de marzo de 2014
- SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 25 de julio de 2013
- SAP de Palencia (Sección 1.ª) de 24 de marzo de 2011
- SAP de Zaragoza (Sección 5.ª) de 25 de noviembre de 2010
- SAP de León (Sección 1.ª) de 12 de noviembre de 2010
- SAP de Asturias (Sección 1.ª) de 15 de julio de 2010
- SAP de Barcelona (Sección 15.ª) de 6 de febrero de 2010
- SAP de Barcelona (Sección 15.ª) de 22 de mayo de 2008
- SJPI núm. 4 de Salamanca de 29 de febrero de 2016
- SJM núm. 9 de Barcelona de 9 de julio de 2015
- SJM núm. 1 de Badajoz de 26 de marzo de 2014
- SJM núm. 5 de Madrid de 29 de junio de 2012

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1996). Los costes de transacción. En J. L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Madrid: Civitas, 131-162.
- ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, J. (2012). Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 43-66.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2003). El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico. En Á. Rojo (Dir.), *La reforma de la legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, Madrid: Marcial Pons, 323-338.
- (2002). Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal. En R. García Villaverde/A. Alonso Ureba/J. Pulgar Ezquerro (Dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid: Dilex, 153 y sigs.
- ESCRIBANO GAMIR, R. (2002). La reintegración de la masa activa del concurso. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 38, 47-88.
- ESPIGARES HUETES, J. C. (2011). *La acción rescisoria concursal*, Cizur Menor: Civitas.
- GARCÍA-CRUCES, J. A. (2014). Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de perjuicio. En J.A.

- García-Cruces (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de Acreedores*, Cizur Menor: Civitas, 31-72.
- (2011). Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte *in bonis* (STS de 16 de septiembre de 2010). *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 307-340.
- (2004). De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 2, 43-80.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F. (2014). Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración. En J.A. García-Cruces (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de Acreedores*, Cizur Menor: Civitas, 175-210.
- GIRGADO PERANDONES, P. (2018). La acción rescisoria concursal frente a las garantías intragrupo. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 43, 89-112.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005). La acción rescisoria concursal. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 4125-4135.
- LEÓN LEÓN, F. (2004). Acciones de reintegración. En Á. Rojo/E. Beltrán (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I, Cizur Menor: Civitas, 1301-1321.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2016). La Administración concursal en el ejercicio de la acción de reintegración. En Á. Rojo/A.B. Campuzano (Dir.), *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Cizur Menor: Civitas, 621-637.
- (2013). Preconcursalidad de inmobiliarias, entrega de viviendas y rescisión concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, 295-303.
- PARRA LUCÁN, M.A. (2010). La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 19, 45-86.
- PEINADO GRACIA, J. I. (2005). La distribución del riesgo de insolvencia. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 427-465.
- PINAZO TOBES, E. (2012). El ejercicio de la acción rescisoria. La legitimación activa. En E. Beltrán/E. Sanjuán (Dir.), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 de abril de 2012*, Cizur Menor: Civitas, 445-454.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2012). El perjuicio para la masa activa. En E. Beltrán/E. Sanjuán (Dir.), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 de abril de 2012*, Cizur Menor: Civitas, 129-162.
- SHAW MORCILLO, L. (2012). La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria. En E. Beltrán/E. Sanjuán (Dir.), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 de abril de 2012*, Cizur Menor: Civitas, 455-476.
- VEIGA COPO, A.B. (2011). *Tratado de la Prenda*, Cizur Menor: Civitas.
- VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B. (2012). La legitimación y las costas de la acción de reintegración. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 27, 303-324.

NOTAS

¹ Véase a modo de ejemplo las SSTs de 4 de noviembre de 2016 y de 24 de junio de 2013; la SAP de Islas Baleares (Sección 5.ª) de 28 de junio de 2016; la SJPI núm. 4 de Salamanca

de 29 de febrero de 2016; la SJM núm. 9 de Barcelona de 9 de julio de 2015; la SJM núm. 1 de Badajoz de 26 de marzo de 2014 y la SJM núm. 5 de Madrid de 29 de junio de 2012.

² LEÓN LEÓN, F., 2004, 1305.

³ Véase por todas la SAP de Sevilla (Sección 5.ª) de 10 de mayo de 2017.

⁴ Véase las SSTs de 2 y de 10 de julio de 2013. En este sentido, la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 13 de octubre de 2014 sostiene: «En definitiva, las acciones que contempla el artículo 71 LC bajo la denominación de “acciones de reintegración” se integran en la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en la existencia o causación de un perjuicio». Asimismo, la SAP de Tarragona (Sección 1.ª) de 19 de marzo de 2014 prevé: «En el 71 de la LC se instaura una acción de naturaleza rescisoria que da lugar a lo que se designó como una rescisión concursal, la que nace con el concurso y únicamente cabe ejercitar durante su vigencia, pretendiendo ser una garantía para los derechos de los acreedores del concurso al pretender preservar la integridad del patrimonio que debe satisfacer sus créditos y salvaguardando la par condicio creditorum, para evitar una discriminación arbitraria de los acreedores a los que se debe pagar». En el mismo sentido, la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) de 22 de mayo de 2008 mantiene el carácter rescisorio de esta acción cuando se pronuncia de la siguiente forma: «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 del Código Civil), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 del Código Civil), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (arts. 1300 y sigs. del Código Civil). 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».

⁵ Por todos, ESPIGARES HUETES, J.C., 2011, 32-37.

⁶ ESCRIBANO GAMIR, R., 2002, 57, afirma que la acción rescisoria concursal descansa en la acción rescisoria civil pero que aquella presenta rasgos específicos que hacen que nos encontremos ante una acción de corte civil pero con una naturaleza especial. Igualmente, véase MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2016, 623.

⁷ El *consilium fraudis* es un requisito consistente en la conciencia del deudor acerca del perjuicio que causa al acreedor con su acto, bien como actividad intencionada o dolosa. Véase GULLÓN BALLESTEROS, A., 2005, 4125 y sigs. En este sentido, véase también las SSTs de 4 de noviembre de 2016; de 3 de noviembre de 2015; de 25 de junio de 2010 y de 17 de julio de 2006.

⁸ El hecho de que no se exija intención fraudulenta para el ejercicio de la acción de reintegración no significa que no tenga importancia. Si bien la intención fraudulenta (dolo o mala fe) no es requisito para la reintegración, el mismo es importante de cara a la sección de calificación en la medida en que, si concurre el requisito subjetivo, podrá calificarse culpable el concurso sobre la base del supuesto previsto en el artículo 164.2.5.º LC, es decir, por salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso. Así, una vez reintegrados los bienes, podrá la Administración Concursal y/o el Ministerio Fiscal instar la culpabilidad del concurso sobre la base de esta norma y, además, podrá declararse la complicidad de cualquier persona que haya colaborado con el deudor en esa salida fraudulenta de bienes.

⁹ GARCÍA-CRUCES, J.A., 2011, 321; SANJUÁN Y MUÑOZ, E., 2012, 134 y sigs.; MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2016, 625.

¹⁰ GARCÍA-CRUCES, J.A., 2014, 31 y sigs.

¹¹ En este sentido, prevé la SAP de Sevilla (Sección 5.ª) de 10 de mayo de 2017: «Se pretende, en resumen, evitar que un acreedor determinado y singular resulte beneficiado en relación al conjunto de acreedores. Sin que sea necesario que estemos ante un perjuicio directo, que tiene lugar cuando se produce una disminución del patrimonio, ya que alcanza, también, cuando este es indirecto, como ocurre cuando se da un trato privilegiado a un acreedor, sin causa justificada».

¹² La STS de 10 de julio de 2013 prevé: «La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones

concursoales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobrepasado el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado. Tal criterio ha sido seguido por la jurisprudencia al aplicar el régimen de retroacción de la quiebra, en que se ha afirmado el carácter perjudicial de una dación en pago de una deuda de entre las diversas que mantenía la quebrada con sus acreedores, en un momento en que ya se encontraba en estado de insolvencia y debía haber instado un proceso concursal para el pago ordenado de sus deudas conforme al principio de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores], con lo que privó a la generalidad de sus acreedores de un activo con el que debían satisfacerse sus créditos con arreglo a criterios concursales, favoreciendo a uno solo de sus acreedores, que se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos extinguidos con la dación en pago, en perjuicio del resto). También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. 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. 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». Asimismo, en esta misma línea se manifiestan, entre otras, las SSTs de 24 de junio de 2015; de 13 de julio de 2013; de 8 de noviembre de 2012; de 26 de octubre de 2012; de 12 de abril de 2012; y de 27 de octubre de 2010.

¹³ Véase la SAP de Palencia (Sección 1.ª) 24 de marzo de 2011, que recoge lo expresado en la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) 6 de febrero de 2010; la SAP de León (Sección 1.ª) 12 de noviembre de 2010 y la SAP de Zaragoza (Sección 5.ª) 25 de noviembre de 2010.

¹⁴ VEIGA COPO, A.B., 2011, 1085-1104.

¹⁵ En este sentido, resulta muy clarificador lo previsto en la STS de 24 de julio de 2007: «(...) 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 del Código Civil (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)».

¹⁶ PEINADO GRACIA, J.I., 2005, 427 y sigs.

¹⁷ Por todas, véase la STS de 24 de junio de 2015.

¹⁸ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., 2012, 154 y sigs.

¹⁹ Este último supuesto fue modificado por la Ley 38/2011, la cual introdujo la excepción de la garantía real para que pudiera probarse la ausencia de perjuicio. Es decir, antes de esta reforma, todo acto de extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la fecha de declaración del concurso se presumía perjudicial *iuris et de iure*, aspecto que fue modificado para que, cuando esa obligación contase con garantía real, pudiera probarse la no concurrencia de perjuicio. El fundamento está, sin duda, en el tratamiento privilegiado concedido a los acreedores hipotecarios. Véase sobre este extremo MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2013, 295 y sigs.

²⁰ Los actos ordinarios realizados en condiciones normales son los supuestos mayormente alegados por quienes intentan evitar la rescisión concursal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas las SSTs de 10 de julio de 2013; de 12 de diciembre de 2012 y de 28

de octubre de 1996) ha establecido que el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el artículo 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 constituirían 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». 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 responden 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 puede 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. Véase MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2016, 628-629.

²¹ Véase, entre otras, la SAP de Asturias (Sección 1.ª) de 15 de julio de 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, y en este sentido el artículo 82-4 LC señala que el inventario de la masa activa elaborado por la Administración concursal con ocasión de la presentación de su informe deberá venir acompañado de una relación comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse para la reintegración de la masa activa, previsión que encuentra su explicación simplemente en que de ordinario será este el momento en que la Administración concursal disponga de una mayor información a la hora de evaluar la procedencia y viabilidad del ejercicio de tales acciones. 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*». PINAZO TOBES, E., 2012, 448.

²² PARRA LUCÁN, M.A., 2010, 45 y sigs.

²³ VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., 2012, 313; LEÓN LEÓN, F., 2004, 1324; ESCRIBANO GAMIR, R., 2002, 82; PINAZO TOBES, E., 2012, 447. En concreto se considera que la Administración Concursal ejerce una legitimación por sustitución al ejercitar un derecho subjetivo que corresponde a los acreedores pero que se reputa en interés de la masa. Sobre este punto véase, HERRERO PEREZAGUA, J.F., 2014, 179-180.

²⁴ ESCRIBANO GAMIR, R., 2002, 82. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., 2002, 174, considera esta legitimación subsidiaria un error en la medida en que puede complicar innecesariamente la tramitación del procedimiento concursal. Véase las consideraciones realizadas a propósito de la legitimación subsidiaria de los acreedores en VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., 2012, 314-317 y HERRERO PEREZAGUA, J.F., 2014, 185-192.

²⁵ En el mismo sentido, tampoco podrá ningún acreedor coadyuvar a la Administración Concursal en la medida en que esta goza de una legitimación excluyente.

²⁶ SHAW MORCILLO, L., 2012, 455 y sigs.; HERRERO PEREZAGUA, J.F., 2014, 192.

²⁷ VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., 2012, 318 y HERRERO PEREZAGUA, J.F., 2014, 196-197.

²⁸ La Ley 38/2011 modificó la tramitación procesal del incidente concursal para restringir la celebración de las vistas y así otorgar mayor celeridad al procedimiento mediante la tramitación escrita, que es más rápida. Véase ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, J., 2012, 63.

²⁹ VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., 2012, 322 y LEÓN LEÓN, F., 2004, 1308.

³⁰ GARCÍA-CRUCES, J.A., 2004, 68. Sin embargo, se ha de precisar que la validez del acto no es requisito para el ejercicio de la acción de reintegración, razón por la que la

misma podrá ejercitarse siempre que exista perjuicio a la masa, sea el acto válido o no, lo cual conecta con su calificación por la doctrina como de una acción rescisoria especial.

³¹ GARCÍA-CRUCES, J.A., 2011, *in totum*; MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2016, 634.

³² Véase la STS de 30 de marzo de 2017, que establece: «Cuando el artículo 73.3 LC regula las consecuencias de la mala fe en la contraparte del concursado, exige 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. La mala fe está 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 esta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico». Por su parte, la STS de 16 de septiembre de 2010 prevé: «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 esta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico».

³³ MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2013, 302.

³⁴ Las principales sanciones que pueden derivarse para los declarados cómplices en un concurso culpable serán la pérdida de cualquier derecho que el cómplice tuviera como acreedor así como la devolución de los bienes o derechos recibidos del patrimonio del deudor. Además, la sentencia de calificación podrá condenar al cómplice, sea o no acreedor, a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

³⁵ GULLÓN BALLESTEROS, A., 2005, 4125 y sigs.

³⁶ En este sentido, véase ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1996, 144-145: «El coste fundamental es el de vigilancia de la conducta del deudor. (...) Por tanto, los costes fundamentales para el acreedor son los de garantizarse el cumplimiento por parte del deudor. El acreedor —por definición— otorga crédito, es decir, el riesgo de incumplimiento está presente y, por lo tanto, cabe esperar que se inviertan recursos costosos en garantizar que el deudor cumplirá. En caso de incumplimiento, además, el acreedor ha de contar con los costes de ejecutar judicialmente el contrato o de ser indemnizado de los daños sufridos. Por último, una vez realizado el intercambio, el acreedor ha de contar con la posibilidad de que un tercero (el Estado u otro particular) le prive del derecho adquirido por cualquier razón». Igualmente, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., 2003, 323 y sigs.

³⁷ Tal y como establece la SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 25 de julio de 2013: «Se trataría en definitiva, como se indica por la propia concursada en su escrito de oposición al recurso de adverso, de una operación que no deja liquidez, pues se realiza en pago de créditos no vencidos y a través de una operación previa claramente fiduciaria y simulada que oculta una dación en pago, que como decíamos en la sentencia antes citada de 23 de marzo de 2009, excluye que la operación pueda gozar del carácter ordinario que la recurrente le atribuye y aún en mayor medida cuando la singularidad de la misma excluye asimismo el requisito de “habitualidad” que también se exige al respecto».

³⁸ MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2013, 295 y sigs.

³⁹ Véase ampliamente sobre esto GIRGADO PERANDONES, P., 2018, 89-112.

⁴⁰ Sin perjuicio de la intervención de un tercero, habrá de estarse a la propia situación de insolvencia en la que podrá incurrir dicho tercero por auxiliar en la forma que sea a otras sociedades frente a los acreedores bancarios, pudiendo rescindirse en sede concurso de esta sociedad cualesquiera actos realizados para cubrir las deudas ajenas. Véase como ejemplo de un supuesto semejante la SAP de Madrid (Sección 28.ª) de 6 de noviembre de 2017.