

La facultad de anticipar el
cumplimiento del artículo 1129.1
del Código Civil y el concurso
de acreedores*

*The creditor's faculty to require
the anticipated performance of the
obligation in case of «insolvency»
(art. 1129 Spanish civil Code) and the
Spanish Bankruptcy Act 22/2003*

por

GONZALO SEVERIN FUSTER**

Profesor asociado de Derecho Civil

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

RESUMEN: Este trabajo estudia la relación que existe entre la facultad de anticipar el cumplimiento por insolvencia del deudor que contempla el ar-

* Este artículo es una adaptación del trabajo que fue presentado para obtener el grado de Máster en Derecho Empresarial de la UAM, realizado bajo la dirección de la profesora doctora Aurora Martínez Flórez, a quien agradezco los comentarios, sugerencias y correcciones realizadas en dicha oportunidad. Asimismo, agradezco los comentarios y las sugerencias que me hicieron los profesores de la UAM, doctora Nieves Fenoy Picón y doctor Máximo Pérez García. Los errores son exclusivamente míos. Téngase en consideración que este trabajo fue aceptado para su publicación el 21 de enero del 2013, y que en este periodo la LC ha sufrido

título 1129.1 del Código Civil y el concurso de acreedores regulado en la Ley Concursal 22/2003, de 7 de julio. Se intenta demostrar: 1) que el ejercicio de la facultad del artículo 1129.1 del Código Civil no solo no requiere la previa apertura del concurso, sino que, por el contrario, es necesario que el concurso aún no se haya abierto; 2) que la pluralidad de acreedores es un presupuesto implícito de esta facultad, y que, por tanto, la declaración de concurso es una consecuencia inminente en caso que opere el supuesto del artículo 1129.1 del Código Civil; y 3) que la eficacia de un pago hecho bajo el amparo de la facultad de anticipación del artículo 1129.1 del Código Civil es dudosa, debido a la forma en que la Ley Concursal regula la acción rescisoria dentro del concurso, y, sobre todo, porque se trata de una regla que no encaja bien con los principios de la moderna legislación concursal.

ABSTRACT: This paper deals with the relationship between the creditor's faculty to require the anticipated performance of the obligation in case of «insolvency» (article 1129 of Spanish Civil Code —CC—) and the Spanish Bankruptcy Act 22/2003 (July, 7). It is proposed that: 1) art. 1129.1 CC requires that there is no bankruptcy proceeding; 2) plurality of creditors is an implicit condition of this faculty, and that opening insolvency proceeding is an imminent and inevitable consequence if the event of article 1129.1 CC occurs; and 3) the efficacy of a payment made under article 1129.1 is questionable, regarded the regulation of the actio pauliana in the Bankruptcy Act, and, mainly, since this rule is against the principles that govern the modern insolvency proceeding.

PALABRAS CLAVE: Cumplimiento anticipado. Insolvencia. Concurso de acreedores. Acción pauliana.

KEY WORDS: *Anticipated compliance. Bankruptcy. Insolvency proceedings. Actio pauliana.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. PRIMERA CUESTIÓN: ¿SUPONE EL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL UNA DECLARACIÓN PREVIA DE CONCURSO?: 1. SOLUCIÓN CON ANTERIORIDAD A LA LC: 1.1. *Argumentos históricos.* 1.2. *Argumentos dogmáticos o de interpretación sistemática.* 2. LA SOLUCIÓN CON LA LC.—III. SEGUNDA CUESTIÓN. ¿ES POSIBLE (Y

varias modificaciones, algunas de las cuales afectan a algunos de los artículos referidos en este trabajo. Se ha procurado actualizar esas referencias en el cuerpo del texto, y en su caso, en las respectivas notas a pie de página.

EN SU CASO, SUFICIENTEMENTE PROBABLE) LA APERTURA DEL CONCURSO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ANTICIPAR EL CUMPLIMIENTO?: 1. LA NOCIÓN DE «INSOLVENCIA» DEL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL: 1.1. *Delimitación negativa*. 1.2. *Delimitación positiva*. *Pasivo «exigible» mayor que el activo «realizable»*. *Consecuencias de admitir este concepto*. 2. EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA EN LA LC. 3. LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO ES UNA CONSECUENCIA LÓGICA E INMINENTE EN CASO QUE OPERE EL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. TERCERA CUESTIÓN: LA EFICACIA DEL PAGO HECHO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. UNA BREVE MIRADA AL PROBLEMA ANTES DE LA LC. 2. EL PROBLEMA TRAS LA LC: 2.1. *Las bases del problema: La par conditio creditorum y la recomposición patrimonial*: a) La insolvencia y el principio de *par conditio creditorum*; b) El sistema de recomposición patrimonial. 2.2. *La eficacia del pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil frente a la acción rescisoria concursal*: a) Ámbito de aplicación. Actos realizados por el deudor; b) Exclusión de ciertos actos; c) El perjuicio como fundamento de la rescisión; d) Consecuencias de admitir esta noción de perjuicio y posición crítica; e) El efecto de la rescisión. 2.3. *Eficacia del pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil frente a las acciones rescisorias de Derecho Civil*: a) La eficacia del pago hecho en situación de insolvencia frente a otros acreedores (art. 1292 CC); b) La impugnación del pago por fraude de acreedores (art. 1111 CC); c) Conclusión.—V. CONCLUSIÓN Y COMENTARIOS FINALES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

El objeto de estudio de este trabajo es la relación que existe entre el supuesto contemplado en el artículo 1129.1 del Código Civil y la apertura del concurso de acreedores regulado en la Ley Concursal 22/2003, de 7 de julio (en adelante, LC).

El artículo 1129 del Código Civil —a propósito de las «obligaciones a plazo»— establece tres supuestos en los que el deudor «(p)erderá (...) *todo derecho a utilizar el plazo*». No se trata, como a veces se afirma, de casos en los que se produce un «vencimiento anticipado» de la obligación, sino de casos en los que la ley se concede una *facultad* al acreedor para anticipar el cumplimiento de una obligación aplazada¹. Por lo mismo, y aun cuando el artículo no lo indica expresamente, es evidente que esta facultad supone que el plazo ha sido establecido en beneficio exclusivo del deudor o en beneficio de ambas partes².

El primero de dichos supuestos —que es el que interesa en este trabajo— es «cuando [el deudor] después de contraída la obligación resulte insolvente,

salvo que garantice la deuda». La justificación de este supuesto es fácil de comprender: parece razonable permitir que el acreedor pueda cobrar su crédito sin tener que esperar el cumplimiento del plazo, porque la insolvencia *sobrevenida* del deudor³ le hace perder la confianza en este, y pone en peligro su derecho de crédito⁴.

El problema es que el artículo 1129.1 del Código Civil no define «insolvencia», y no existe una definición con alcance general en el Código Civil a la que pueda recurrirse⁵. Aquí se sitúa la primera pregunta a la que se busca dar respuesta en este trabajo: ¿para poder anticipar el cumplimiento en virtud del artículo 1129.1 del Código Civil se requiere que previamente se haya abierto el concurso de acreedores?; o dicho de otro modo, ¿supone la «insolvencia» del artículo 1129.1 del Código Civil una declaración previa de concurso? Antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003, la doctrina ya se había preguntado si la noción de «insolvencia» del artículo 1129.1 del Código Civil suponía una la declaración previa de *quiebra o concurso*⁶, y como veremos, la respuesta era negativa. Con la LC es posible concluir, como se intentará demostrar, que no solo no se requiere que se haya abierto previamente el concurso sino que se requiere *precisamente que no se haya abierto el concurso de acreedores*. Es decir, la apertura del concurso de acreedores excluye la posibilidad de ejercer la facultad de anticipación del cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil (Parte II).

Esta conclusión permite plantearse una segunda interrogante: una vez que ha obtenido el cobro anticipado en virtud del artículo 1129.1 del Código Civil, ¿qué ocurre si, con posterioridad, se abre el concurso de acreedores? ¿Es eficaz este pago anticipado? Lo primero que interesa es demostrar que, a diferencia de lo que ocurría antes de la entrada en vigor de la LC, ello no es una mera «posibilidad teórica»⁷, sino que, al contrario, se trata de un problema que resulta justificado e importante abordar, en la medida que la declaración de concurso es una consecuencia lógica e inminente en caso que opere el artículo 1129.1 del Código Civil (Parte III). Luego, se ofrece una respuesta a esta cuestión, defendiendo la tesis que la eficacia de tal pago es dudosa, debido a la forma en que la Ley Concursal regula la acción rescisoria dentro del concurso, y, sobre todo, porque se trata de una regla que no encaja bien con los principios de la moderna legislación concursal (Parte IV).

II. PRIMERA CUESTIÓN: ¿SUPONE EL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL UNA DECLARACIÓN PREVIA DE CONCURSO?

La facultad de anticipación del cumplimiento por insolvencia del artículo 1129.1 del Código Civil no parece ser un tema que despierte demasiado interés en la doctrina civil. En efecto, los comentarios a este artículo que pueden

hallarse en los tratados y textos generales —anteriores a la entrada en vigor de la LC— suelen limitarse a transcribir el artículo, y a lo más, a proponer alguna idea sobre qué ha de entenderse por «insolvencia» o por «suficiente garantía»⁸. Y si bien la pregunta por si la «insolvencia» del artículo 1129.1 del Código Civil supone una declaración previa de concurso se planteaba algunas veces, no se respondía con demasiada claridad⁹. Hoy esta pregunta sigue vigente¹⁰. Las posiciones doctrinales existentes antes de la entrada en vigor de la LC pueden arrojar algunas luces para responder, y en esa medida vale la pena revisar los argumentos esgrimidos; sin embargo, no todos ellos son válidos a la luz de la LC.

1. LA SOLUCIÓN CON ANTERIORIDAD A LA LC

Se puede concluir que, antes de la entrada en vigor de la LC, la doctrina que se planteaba esta cuestión se inclinaba a sostener que el artículo 1129.1 del Código Civil no requería para operar una declaración previa de concurso o quiebra, porque se trataba de supuestos diferentes, cada uno con su propio ámbito de aplicación, lo que se afirmaba con apoyo tanto en argumentos históricos como en argumentos de interpretación sistemática. Los revisamos a continuación.

1.1. *Argumentos históricos*

Aunque con algunos antecedentes previos¹¹, se entiende que la regla que permite la anticipación del cumplimiento por insolvencia tendría un doble origen. Por un lado, sería resultado de un proceso de evolución doctrinal, a partir de los casos particulares que reconocían los antiguos ordenamientos, y que se observan con algo más de claridad en el Derecho Español de los siglos XVI al XVIII (en cuanto los comentaristas admitían el vencimiento anticipado por la causa general de *tendencia a la pobreza*). La existencia de esta regla se explicaría, también, por la influencia que en la codificación civil española tiene el *Code Civil* de 1804, que recoge, en este punto, las ideas de POTHIER¹².

Para POTHIER, «cuando el deudor se ha presentado en quiebra y el precio de sus bienes se distribuye entre los acreedores, el acreedor puede cobrar, aun cuando no haya expirado el término de la deuda», ya que la concesión del término se justifica en la confianza en la solvencia del deudor¹³. Esta regla fue recogida en el artículo 1188 del *Code*, que contempla la «quiebra» (*faillite*) como causa del vencimiento¹⁴. Si bien la «quiebra» (*faillite*) era el procedimiento universal de ejecución de bienes de los comerciantes, la doctrina francesa amplió sin reparos el alcance del artículo 1188 del *Code* a los no comerciantes, estableciendo una equiparación de hecho entre este concepto (quiebra-*faillite*) con el de «insolvencia» (*insolvabilité*), a partir de su extensión a la *deconfiture*¹⁵.

La influencia de esta doctrina de equiparación entre «quiebra» e «insolven-
cia» se puede observar en diversos códigos civiles posteriores que, en alguna
medida, son tributarios del *Code*, y que conservan tanto el fundamento «concur-
sal» como el de la insolvencia¹⁶. En el caso de España, no obstante, el supuesto
simplemente se redujo a «la insolvencia», adoptando sin más la equiparación,
tal como antes lo había hecho el Código Civil italiano de 1865, que sin duda
le sirvió de fuente¹⁷. De esta forma, se plantea que la «insolvencia» adquiere
autonomía como fundamento de la anticipación respecto del tradicional funda-
mento concursal, que era el seguido en todos los proyectos del Código Civil
más antiguos¹⁸. Como señala CLEMENTE, «(e)n lugar de hablar de quiebra se
habla de insolvencia como causa de vencimiento anticipado»¹⁹.

Sin perjuicio de estos argumentos, hay quienes sostienen que fundar la
anticipación del cobro en la sola insolvencia carece de justificación histórica²⁰.

1.2. *Argumentos dogmáticos o de interpretación sistemática*

En lo que se refiere a los argumentos dogmáticos, la conclusión de que el
artículo 1129.1 del Código Civil no requería una declaración previa de quiebra
o concurso se sostenía a partir de los siguientes argumentos²¹:

- i) En primer lugar, se afirmaba que la regulación de los procedimien-
tos concursales (el *concurso de acreedores*, en el art. 1915 CC; y la
quiebra, en el art. 883 C. de C.) tornaba innecesario entender que el
artículo 1129.1 del Código Civil exigía una declaración previa de con-
curso o de quiebra, ya que en caso de existir una situación concursal, la
anticipación del cumplimiento no operaría en virtud del artículo 1129.1
del Código Civil, sino como consecuencia de estas regulaciones espe-
cíficas, porque la sola declaración de dichos procedimientos producía
el vencimiento anticipado de todas las deudas²²; y
- ii) En segundo lugar, se decía que *las situaciones de concurso y quiebra*
no suponían, necesariamente, insolvencia, ya que podía obtenerse la
correspondiente declaración por el hecho de verificarse ciertos supues-
tos que no necesariamente implicaban un estado de insolvencia (por
ejemplo, la falta de pago de ciertas deudas, la existencia de juicios
ejecutivos pendientes o la falta de bienes para embargar, etc.). Y, por
otro lado, se sostenía que «cabe insolvencia fuera de la declaración de
concurso y quiebra»²³.

Junto con estos argumentos, se presentaban otros que no servían tanto para
sostener que el artículo 1129.1 del Código Civil no requeriría una declaración
previa de concurso o quiebra, sino para sostener que se trataba de supuestos

de vencimiento anticipado que tenían su propio ámbito de aplicación, distinto y autónomo, y que su solapamiento no era posible²⁴. En este sentido, se decía que los procedimientos concursales suponen *pluralidad de acreedores*, lo que no es necesario para que exista insolvencia, de forma que un único acreedor puede apreciar la insolvencia, y así aprovecharse de la anticipación del cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil²⁵.

Por todo ello, la doctrina entendía que la insolvencia del artículo 1129.1 del Código Civil no exigía una declaración previa de quiebra o concurso²⁶.

2. LA SOLUCIÓN CON LA LC

Parece posible sostener que, desde una perspectiva histórica, la incorporación de la noción de «insolvencia» en el artículo 1129.1 del Código Civil, como condición de la anticipación del cumplimiento, es deliberada. En consecuencia, es posible concluir su autonomía frente a la declaración de concurso o quiebra, y por lo mismo, este recurso permitiría justificar su autonomía frente al concurso de acreedores de la LC. La facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil *no supone una declaración de concurso*.

Sin embargo, la utilidad que pueden ofrecer los argumentos de interpretación sistemática, vigente la LC, es muy discutible: en *primer lugar*, porque hoy la sola declaración de concurso no produce el vencimiento anticipado de las deudas a plazo, efecto que se difiere a la eventual apertura de la fase de liquidación (cfr. art. 146 LC); en *segundo lugar*, porque no es posible sostener que el concurso de acreedores no suponga necesariamente «insolvencia» (cfr. art. 2.2 LC); y en *tercer lugar*, porque si bien generalmente se entiende que la pluralidad de acreedores es un requisito del concurso²⁷, todavía habría que analizar si la facultad del artículo 1129.1 del Código Civil supone una pluralidad de acreedores. Nuestra opinión, como se verá más adelante, es que es así.

Por lo dicho, la conclusión a la que puede llegarse es que la facultad de anticipación del artículo 1129.1 del Código Civil no solo no exige una declaración de concurso, sino que, al contrario, *es preciso que no exista situación concursal*. Antes de la LC, se entendía que la razón de ello —y prescindiendo de toda otra argumentación— era que el ejercicio de dicha facultad carecía de sentido una vez declarado el concurso, ya que la sola declaración de quiebra o concurso acarrearba el vencimiento anticipado de todas las deudas aplazadas²⁸. Con la LC la justificación es distinta, pues la sola declaración de concurso no produce el vencimiento anticipado de las deudas aplazadas, *pero impide el ejercicio de las acciones individuales destinadas a obtener el cobro de la obligación* (cfr. art. 55.1 LC).

Si se sostuviera que el artículo 1129.1 del Código Civil exige la declaración previa de concurso, entonces tendríamos dos soluciones legales absolutamente

contradictorias: Por un lado, que por la declaración de concurso el acreedor aplazado puede exigir anticipadamente el cobro al deudor; por otro, que por la sola declaración de concurso los créditos aplazados no solo conservan su plazo (pues vencen en caso de abrirse la fase de liquidación), sino que los acreedores quedan impedidos de iniciar ejecuciones individuales. Luego, la forma de resolver este conflicto de normas sería recurriendo a las reglas de antinomia, que favorecen a la ley especial sobre la general; o a la ley posterior sobre la anterior; y en ambos casos, primaría la LC. Es cierto que todavía subsistirían ciertas diferencias, entre ellas, que el vencimiento del artículo 1129.1 del Código Civil es una facultad del acreedor, en cambio el vencimiento en el concurso es un efecto de la apertura de la liquidación que opera *ipso iure*. Pero también es cierto que no tiene sentido admitir que, en concurso, un acreedor aplazado pueda ejercitar este derecho, pues la finalidad de la anticipación de cobro es obtener el pago, y esto no es posible sino en la fase de liquidación o en la forma que se establezca en el convenio. Y además, porque el hecho de que los créditos aplazados no venzan sino una vez que se abra la liquidación obedece a una lógica que entiende que el cauce preferible del concurso es el convenio y no la liquidación del patrimonio²⁹.

En conclusión: la insolvencia del artículo 1129.1 del Código Civil no solo no supone o no requiere una declaración de concurso, sino que la excluye. Para que el artículo 1129.1 del Código Civil pueda operar, por tanto, no debe existir un concurso de acreedores. Una vez abierto el concurso, esta facultad no puede ejercitarse, porque en tal caso se impone la regla concursal, que impide a los acreedores ejercitar acciones individuales destinadas a obtener el cobro.

III. SEGUNDA CUESTIÓN. ¿ES POSIBLE (Y EN SU CASO, SUFICIENTEMENTE PROBABLE) LA APERTURA DEL CONCURSO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ANTICIPAR EL CUMPLIMIENTO?

La conclusión hasta este punto es que la facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil no solo no requiere una declaración previa de concurso, sino que requiere que no exista concurso. Con ello respondemos a una de las preguntas que la doctrina se planteaba con anterioridad a la LC. La segunda pregunta que se hacía la doctrina decía relación con la eficacia de un pago anticipado *en caso que, con posterioridad al ejercicio de la facultad de anticipar el cumplimiento, se abriera el concurso de acreedores*.

En esta parte del trabajo, únicamente se pretende analizar el presupuesto de esta pregunta: si opera el artículo 1129.1 del Código Civil, ¿es posible abrir el concurso de acreedores?, y es más, ¿es la apertura del concurso una consecuencia suficientemente probable como para que justifique estudiar el problema de

la eficacia de dicho pago? En buena medida, la respuesta depende de la identidad que pueda existir entre los presupuestos de aplicación de la facultad de anticipación del cumplimiento y los del concurso de acreedores, lo que supone adentrarse un poco más en la noción de «insolvencia» del artículo 1129.1 del Código Civil. La conclusión que ello sugiere es que si opera el artículo 1129.1 del Código Civil, la apertura del concurso no solo es altamente probable, sino además, una consecuencia inminente.

1. LA NOCIÓN DE «INSOLVENCIA» DEL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL

Lo primero que habría que destacar es que una aproximación etimológica a «insolvencia» no ofrece muchas luces sobre esta cuestión³⁰. Y si bien existe consenso en la doctrina en entender la insolvencia como una situación patrimonial «objetiva», distinta del concurso de acreedores, se observa una importante discrepancia a la hora de determinar qué específica situación patrimonial debe ser calificada como insolvencia. En este sentido, es posible hallar algunos esfuerzos, tanto de delimitación negativa (qué no debe considerarse como «insolvencia» a los efectos de este artículo), como de conceptualización positiva.

1.1. *Delimitación negativa*

La doctrina suele rechazar ciertos supuestos como situaciones de «insolvencia», aunque sin negar que los mismos puedan ser indicios más o menos claros de esta, según las circunstancias. Así (además de excluir que la insolvencia suponga una declaración de concurso, como ya hemos visto), se entiende que la insolvencia no debe asimilarse a «incumplimiento»³¹; que la mera «iliquidez» no configura necesariamente un supuesto de insolvencia³²; que el concepto de insolvencia no se puede identificar con los indicios o manifestaciones externas de su existencia (venta ruinosa de bienes, fuga, etc.)³³; y que la insolvencia no supone inexistencia absoluta de bienes³⁴.

Por otro lado, a pesar de que algún autor ha sostenido que «la insolvencia puede quedar definida como la alteración del estado patrimonial del deudor consistente en una merma o disminución significativa de la garantía patrimonial»³⁵, la mayoría de los autores parece entender que la insolvencia no podría identificarse con una mera variación o alteración de la situación patrimonial del deudor»³⁶. En nuestra opinión, hay al menos tres buenas razones para justificar esta conclusión:

- i) La facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil constituye una excepción a lo pactado por las partes, y como consiste en la pérdida de un derecho para una de ellas (el beneficio del

plazo), resulta que, por su propia naturaleza, no puede ser aplicada por analogía a otros casos distintos de los contemplados en dicho artículo, aunque revelaran un mismo fundamento, y además, *sus supuestos de aplicación deben ser interpretados en forma restrictiva*³⁷.

- ii) Asimilar la insolvencia a una mera variación de la situación patrimonial del deudor no es razonable si se consideran los rasgos jurídicos de la llamada responsabilidad patrimonial universal, que no es, como a veces se entiende, una «prenda» o «garantía real» sobre el patrimonio³⁸. La garantía patrimonial es un poder que tiene el acreedor para obtener el cumplimiento de lo debido o su equivalente económico, en caso de que la obligación no sea cumplida por el deudor³⁹. Como esta garantía recae sobre una universalidad jurídica, se extiende sobre todos los bienes que existen al momento de solicitar la ejecución⁴⁰. Por ello, *el acreedor a plazo no puede pretender el cumplimiento en forma anticipada de la deuda por haber variado la composición del patrimonio del deudor*, pues lo que asegura su satisfacción es el patrimonio como tal y no los elementos que lo integraban al momento de contraer la deuda⁴¹; y
- iii) Admitir que la mera disminución del patrimonio del deudor —aun cuando sea significativa— puede constituir «insolvencia», y que consecuentemente posibilita la anticipación del cumplimiento, introduce un elemento distorsionador en las bases de la contratación, pues imposibilita al deudor para planificar sus pagos, en relación a sus ingresos esperados. Por ello, no es razonable entender que el acreedor puede, en cualquier momento pendiente la obligación, actualizar teóricamente su exigibilidad, a fin de establecer si el deudor puede o no pagarle la deuda aplazada en ese momento.

1.2. *Delimitación positiva. Pasivo «exigible» mayor que el activo «realizable». Consecuencias de admitir este concepto*

Antes de la entrada en vigor de la LC, se entendía que un atisbo de definición legal se encontraba en el artículo 1913 del Código Civil, que prescribía: *«El deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida»*. La insolvencia, de este modo, se caracterizaba por la concurrencia de dos circunstancias: una situación patrimonial (contable) determinada (un pasivo mayor que el activo) y un hecho externo (la falta de pago de las obligaciones corrientes). La concurrencia de ambos requisitos permitía diferenciar la insolvencia, en un sentido estricto, de un mero incumplimiento⁴².

Este concepto doctrinal indicado, sin embargo, no solo pierde su base legal al ser derogado el artículo 1913 del Código Civil, sino que ya antes la doctrina había encontrado insuficiente una configuración de la insolvencia desde el punto de vista contable (pasivo mayor que activo)⁴³. Tomando en consideración que el activo y el pasivo pueden ser nociones muy generales, esta concepción requería ser matizada: en consecuencia, se entiende que hay insolvencia cuando el pasivo «exigible» exceda del activo «realizable»⁴⁴.

Una de las consecuencias más importantes de entender la insolvencia como una relación entre el pasivo exigible y los bienes realizables es que, en el caso del artículo 1129.1 del Código Civil, la insolvencia *supone una pluralidad de créditos*, y esta, a su vez, supone pluralidad de deudores. En efecto, partiendo del imperativo lógico de que el crédito del que es titular el acreedor aplazado no puede ser tomado en cuenta para configurar la insolvencia (debido, precisamente, a que dicha obligación no es exigible), la noción de insolvencia del artículo 1129.1 del Código Civil contiene un presupuesto «implícito»: debe haber pluralidad de créditos. Habrá, de una parte, obligaciones exigibles a las que no puede hacer frente (al menos una) y, de otra, la obligación aplazada que se pretende anticipar. Desde este punto de vista, si no hay obligaciones exigibles no puede decirse que el deudor sea insolvente, por muy disminuido que esté su patrimonio en cuanto a los bienes que lo componen. Por lo tanto, la insolvencia supone pluralidad de créditos.

Pero además, esta pluralidad de créditos supone pluralidad de acreedores. El supuesto de un único acreedor no solo es «de laboratorio», sino que en dicho caso la anticipación carecería de sentido: habría que pensar en un único acreedor que es titular de al menos dos créditos, uno de los cuales tendría que ser exigible (en relación con el cual puede establecerse el estado de insolvencia) y otro estar aplazado (respecto del cual se pretende la anticipación). Pero aún en este caso cabría preguntarse, ¿qué utilidad tendría para este único acreedor exigir anticipadamente el crédito aplazado? Como el deudor es «insolvente», por definición sus bienes ni siquiera alcanzarán para cubrir el importe del crédito que ya ha vencido. Al menos desde el punto de vista de la satisfacción de su crédito, un único acreedor no gana nada anticipando el cumplimiento de una deuda aplazada. Es más, le resultaría conveniente solo intentar el cobro de los créditos vencidos y esperar el vencimiento natural de los aplazados, ya que, desde la perspectiva teórica de un único acreedor, lo único que cabe esperar es que la situación del deudor mejore en el futuro⁴⁵.

En cambio, en el supuesto de pluralidad de acreedores, la anticipación del cumplimiento en caso de insolvencia tiene sentido, pues permite al acreedor aplazado participar en la ejecución de los bienes del deudor junto con los otros acreedores. De esta forma, aunque se sostenga la autonomía del concepto de «insolvencia» del artículo 1129.1 del Código Civil respecto de una previa declaración del concurso de acreedores, el fundamento de la norma sigue siendo

«concursal», en el sentido de que lo que se busca es permitir al acreedor aplazado cobrar anticipadamente frente a un patrimonio insuficiente, por el peligro de no llegar a cobrar que conlleva la espera hasta el vencimiento natural de la obligación⁴⁶.

2. EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA EN LA LC

Como se sabe, «(e)l nuevo sistema concursal está basado en un esfuerzo de unificación del presupuesto objetivo, tanto desde el punto subjetivo —cualquier persona— como objetivo —la insolvencia— como de procedimiento...»⁴⁷. En lo que respecta al presupuesto objetivo, el artículo 2.1 LC señala que: «*La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común*». No obstante, como se expresa en la Exposición de Motivos (ap. II), «ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario».

Para algunos, esto no obsta la conclusión de que «el presupuesto del concurso es único y en todo caso, reside en la insolvencia del deudor»⁴⁸. Sin embargo, ROJO cuestiona esta pretendida unidad, y sostiene que, en realidad, «la Ley establece tres presupuestos objetivos diferentes, que, de menor a mayor razón de la gravedad de la situación, son *insolvencia inminente* (que define el art. 2.3, segundo inciso), la *insolvencia actual* (que define el art. 2.2) y la que podría llamarse *insolvencia cualificada*, la que al estado de insolvencia actual añade la concurrencia de alguno de los “hechos externos” de especial gravedad que, con criterio taxativo, enumera la propia Ley (art. 2.4)»⁴⁹. En efecto, es posible distinguir tres «clases» de insolvencia:

- i) La insolvencia actual, que está definida en el artículo 2.2 la LC: «*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*».

Se dice que esta definición «aporta un grado de razonable certidumbre en uno de los aspectos decisivos del procedimiento concursal (...) porque la determinación normativa de la insolvencia obliga a considerar todos los intereses que se ven afectados por la eventual iniciación de un procedimiento»⁵⁰. A partir de esta definición, la doctrina ha intentado delinear, no sin discusión, los contornos de la «insolvencia» como presupuesto del concurso⁵¹. Se pone de relieve que es una *situación de hecho* de carácter económico⁵², caracterizada por una *imposibilidad* de cumplir con las obligaciones *exigibles*⁵³; que no se identifica con una mera insuficiencia patrimonial⁵⁴; por lo tanto, excluye los incumplimientos voluntarios⁵⁵; y excluye una transitoria falta de liquidez⁵⁶. Además, la causa por la cual se ha llegado a este estado es irrelevante, a efectos de la declaración del concurso⁵⁷.

Por otro lado, la imposibilidad de cumplir se ha modulado con el adverbio «regularmente», para el que la doctrina ha propuesto diversas interpretaciones, que no necesariamente se excluyen entre sí, por ejemplo: que se trata de una referencia a las reglas generales del pago (requisitos objetivos del pago)⁵⁸; que se trata de una dimensión temporal, que sugiere cierta «continuidad» en el incumplimiento⁵⁹; que se refiere a un cumplimiento que no pueda ser considerado perjudicial para la masa activa⁶⁰; o que se refiere a un cumplimiento por los medios normales u «ordinarios» utilizados por operadores económicos en el sector de la actividad del deudor⁶¹.

De esta forma, la insolvencia (actual) puede comprender diversas situaciones. En la mayoría de los casos será un deudor cuyo pasivo sea mayor que el activo, pero además podría incluir supuestos en los que un deudor con un activo mayor que el pasivo no puede, sin embargo, liquidar su patrimonio en un plazo razonable, o que obtiene liquidez por medios que no puedan ser considerados regulares⁶².

- ii) La «insolvencia cualificada», que es el presupuesto objetivo del concurso cuando quien solicita la apertura es un acreedor o cualquier otro legitimado distinto del deudor (cfr. arts. 3.1, 3.3. y 2 LC). No basta probar la imposibilidad del deudor de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, sino que se debe acreditar que concurre uno de los hechos que la LC taxativamente enumera en el artículo 2.4. Estos hechos son considerados por la Ley como reveladores de la insolvencia, y pueden ser alegados por cualquier legitimado, aunque no sea el directamente afectado por el supuesto de hecho⁶³.
- iii) La insolvencia inminente, que está definida en el artículo 2.3 LC: «*se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*». Solo está legitimado el deudor para solicitar el concurso en este caso, pues, como señala ROJO, solo él puede establecer un juicio de previsibilidad sobre la posibilidad o imposibilidad de cumplir⁶⁴. En este sentido, solo es insolvencia inminente cuando sea objetivamente probable que se produzca de modo inmediato, y no si es a medio o largo plazo. Determinar este límite temporal de la inminencia, sin embargo, es muy difícil.

Ahora, a pesar de que efectivamente se distinguen estas tres situaciones (insolvencia actual, cualificada e inminente), ello no significa que el concepto de insolvencia sea distinto en cada caso. Al contrario, sigue siendo solo uno: *la imposibilidad de cumplir con las obligaciones exigibles*. Otra cosa es que se reconozca al deudor la posibilidad de solicitar el concurso de acreedores cuando prevea la inminencia de dicho estado, o que se exija a los legitimados activos la concurrencia de otros elementos para acreditarlo procesalmente. En conse-

cuencia, la noción de insolvencia contenida en LC recoge el sentido común y natural del término (una imposibilidad para cumplir) y desde esta perspectiva, se identifica con el concepto que la doctrina civil otorga al concepto de insolvencia contenido en el artículo 1129.1 del Código Civil, cuya razonabilidad hemos justificado anteriormente. En ambos casos, se trata de un estado patrimonial del deudor en el que no puede cumplir con sus obligaciones exigibles, sin que importe la causa por la cual se ha llegado a dicho estado, y que no se identifica necesariamente ni con falta de bienes ni con una transitoria falta de liquidez.

3. LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO ES UNA CONSECUENCIA LÓGICA E INMINENTE EN CASO QUE OPERE EL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL

Lo dicho hasta ahora permite concluir que la apertura del concurso de acreedores con posterioridad al ejercicio de la facultad del artículo 1129.1 del Código Civil, hoy, lejos de ser, como se planteaba antes de la LC, una «posibilidad teórica»⁶⁵, es una posibilidad altamente probable, puesto que si opera el artículo 1129.1 del Código Civil *se cumple con el presupuesto objetivo del concurso*, de forma que tanto el propio acreedor aplazado como los demás acreedores del deudor —que como hemos justificado, los habrá— podrán instar su apertura, cumpliendo con los requisitos que a estos efectos establece la LC⁶⁶.

Pero además, podría decirse que la apertura del concurso es una consecuencia lógica e inminente en caso que opere la facultad de anticipación, porque la declaración de concurso a solicitud del propio deudor (concurso voluntario) no se solo se configura como una *facultad* del deudor (cuyo ejercicio la ley incentiva a través de estímulos positivos)⁶⁷, sino además, como un *deber*. En efecto, el artículo 5 LC sostiene que: «*El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*»; y además, en el segundo apartado, estableciendo una presunción *iuris tantum* sobre dicho conocimiento, cuando «*haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4, haya transcurrido el plazo correspondiente*»⁶⁸. El incumplimiento de este deber autoriza presumir *iuris tantum* la existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia en caso que se forme la sección de calificación (art. 165.1.º LC); y adicionalmente, genera responsabilidad para los administradores de sociedades de capital (cfr. art. 367 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital)⁶⁹.

De esta forma, en la medida que el artículo 1129.1 del Código Civil tiene como presupuesto la existencia del estado de insolvencia, la declaración posterior del concurso no es solo una posibilidad «teórica» sino que es una consecuen-

cia *lógica*, desde que es un imperativo para el deudor solicitar el concurso, porque es evidente que, desde el momento en que efectúa el pago (o desde la sentencia que da por acreditada la insolvencia para efectos del art. 1129.1 del CC), el deudor ya sabe que es insolvente. Y además, la declaración posterior de concurso es *inminente*, porque el deudor debe solicitar el concurso dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que conoce o debía conocer su estado de insolvencia.

* * *

Es tiempo de recapitular. Hasta ahora, hemos intentado demostrar que una lectura más detenida de los presupuestos legales de la facultad de anticipación del cumplimiento que contempla el artículo 1129.1 del Código Civil lleva a concluir que *el fundamento de dicha facultad es claramente concursal*, esto es, que supone una pluralidad de acreedores. En efecto, si se asume el concepto de insolvencia propuesto por la doctrina civil, resulta que la pluralidad de acreedores se presenta como un elemento implícito, pues la facultad de anticipar pretende proteger al acreedor aplazado, permitiéndole actualizar su crédito, equiparándolo a los demás acreedores del deudor. Esta facultad no tiene sentido si ese acreedor aplazado es el único acreedor, y prueba de ello es que tampoco es útil esta facultad de anticipación para perseguir a los posibles deudores por garantía, porque en tal caso, el acreedor no tiene facultad de anticipación⁷⁰.

Igualmente, hemos establecido que resulta claro que *la declaración de concurso excluye esta facultad de anticipación*, pues, una vez abierto el concurso, el acreedor aplazado ya no puede proteger su interés en forma individual, y de hecho, el concurso de acreedores (a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior) no importa el vencimiento anticipado de los créditos, sino todo lo contrario: los plazos siguen vigentes.

De esta forma, resulta interesante —tal como ocurría antes de la LC— preguntarse por la eficacia de un pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil si con posterioridad se abre el concurso. En lo que respecta a esta pregunta, hasta ahora únicamente hemos intentado justificar que buscar una respuesta es mucho más urgente que con la antigua legislación concursal, ya que si bien el hecho de que opere el artículo 1129.1 del Código Civil no determina automáticamente la declaración de concurso, la apertura del concurso se presenta como una consecuencia inminente, debido a la identidad en el presupuesto objetivo y, principalmente, por el deber que la LC impone al propio deudor de solicitar la apertura. Queda pendiente, por tanto, analizar la eficacia de un pago realizado en virtud de la facultad de anticipación del artículo 1129.1 del Código Civil.

IV. TERCERA CUESTIÓN: LA EFICACIA DEL PAGO HECHO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL

En este último apartado, como hemos anunciado, interesa estudiar un aspecto particular de la relación que existe entre la facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil y el concurso de acreedores: la eficacia del pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil si, con posterioridad, se declara el concurso.

1. UNA BREVE MIRADA AL PROBLEMA ANTES DE LA LC

Como hemos apuntado antes, con la antigua legislación concursal, la doctrina sostenía que los ámbitos y presupuestos de aplicación del artículo 1129.1 del Código Civil y de los procedimientos concursales (quiebra y concurso) eran, en realidad, distintos. Sin embargo, ello no permitía descartar el problema de la eficacia de un pago realizado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil frente a una posterior declaración del concurso, ya que, desde que la extensión del primero alcanza tanto a los deudores civiles como a los comerciantes por ser una norma de Derecho común, se advertía que «la insolvencia extrajudicial del comerciante puede abocar al sobreseimiento en el pago corriente de sus obligaciones —o, si se quiere, a cualquiera de los denominados “actos de quiebra”, y, en consecuencia, a la declaración de quiebra—»⁷¹.

Esta posibilidad ponía de relieve un problema de difícil solución, en cuanto envolvía un conflicto de intereses, ambos en principio protegidos por el ordenamiento: el individual, del acreedor aplazado que ejercita la facultad del artículo 1129 del Código Civil, y el colectivo, de los acreedores en concurso. No es que a estos acreedores concursales se les negara la facultad de anticipar el crédito; lo que ocurría es que dicha facultad era innecesaria, porque la declaración del concurso (y quiebra) tenía precisamente este efecto⁷². Sin embargo, este vencimiento anticipado que producía la declaración de concurso o quiebra no tenía por finalidad la protección de los derechos de crédito de los deudores aplazados (objetivo que se obtenía con la misma declaración, por el desapoderamiento del deudor), sino que, como se trataba de procedimientos orientados a la liquidación, lo que se buscaba era no extender el proceso en el tiempo hasta el vencimiento natural de cada una de las deudas, y en cambio, ir pagando todos los acreedores, aplazados o no, a medida que era posible, y bajo la ley del dividendo.

Por esto, el problema se planteaba desde la perspectiva de la vigencia de la *par conditio creditorum*, básicamente, que «algún acreedor, mediante el ejercicio de la acción individual del artículo 1129.1 del Código Civil reciba el importe íntegro, mientras que los acreedores inmersos en los mecanismos concursales de defensa colectiva únicamente percibirán en su momento el dividendo co-

respondiente»⁷³. La posibilidad de rescindir el pago recurriendo a las acciones revocatorias concursales no era una solución obvia, sino al contrario, más bien difícil de sostener, considerando que la doctrina entendía que si opera el artículo 1129.1 del Código Civil no se está realmente frente a un pago anticipado, sino frente a un supuesto de exigibilidad anticipada contemplado en la ley, y por ende, la deuda pagada era exigible y no podía en ello haber fraude⁷⁴.

2. EL PROBLEMA TRAS LA LC

Como hemos visto, con la legislación anterior la respuesta no era fácil, debido a que este problema tenía a la base un potencial conflicto de intereses (interés del acreedor aplazado —*par conditio creditorum*—) que no estaba resuelto expresamente en la ley. En nuestra opinión, este problema no solo no queda resuelto con la LC, sino que la solución resulta más difícil. Ello, principalmente por la forma en que se configura el sistema de rescisión en la LC, que se basa en un elemento objetivo: el «perjuicio». Y por otro lado, porque, a diferencia de lo que establecían los antiguos procedimientos concursales (concurso y quiebra), la apertura del concurso no conlleva el vencimiento anticipado de las deudas pendientes, sino, justamente, la conservación del plazo, porque el objetivo mismo del procedimiento concursal ha cambiado.

2.1. *Las bases del problema: La par conditio creditorum y la recomposición patrimonial*

a) La insolvencia y el principio de *par conditio creditorum*

El problema de la eficacia del pago al amparo del artículo 1129 del Código Civil, una vez declarado el concurso, sigue siendo hoy un conflicto de intereses. Por un lado, el interés del acreedor individual, que en ejercicio de una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico ha obtenido el pago del crédito; y por otro, el de los acreedores en concurso, a quienes se impone el principio de la igualdad de trato en la ejecución del patrimonio del deudor: como dicho patrimonio garantiza el cumplimiento de las obligaciones de distintos acreedores, debe ejecutarse a favor de todos.

El eje del problema es que la igualdad de trato frente al patrimonio del deudor no se impone a partir del momento de la declaración del concurso, sino que es una exigencia derivada del hecho mismo de la insolvencia. Como señala LEÓN, «(e)n la insolvencia los efectos del concurso no se producen solo a partir de la declaración del concurso, sino que afectan a los actos del deudor que han sido hechos en el periodo anterior a esta declaración»⁷⁵. Y, por ello, se

busca «recomponer» el patrimonio concursal⁷⁶. Desde luego, el alcance de esta recomposición no solo debe mirar el interés de los acreedores, sino también la protección de los demás intereses en juego, como los del propio deudor, y de los de terceros.

b) El sistema de recomposición patrimonial

Hay diversos «sistemas» por los que puede obtenerse la recomposición patrimonial: un sistema de *retroacción absoluta*, en el que se fija una fecha anterior a la declaración del concurso que se entiende es el momento en que cesaron efectivamente los pagos, y que conlleva que todos los actos realizados por el deudor con posterioridad devienen nulos; un sistema de *retroacción relativa*, que fija un periodo anterior que se considera como «sospechoso», en los que ciertos actos quedan anulados por disposición de la ley, y otros pueden serlo si se prueba el fraude; y un sistema de ausencia de retroacción, tanto absoluta como relativa, en el que si bien se fija un periodo «sospechoso», se requiere que se ejerciten acciones para obtener la ineficacia de los actos que, singularmente considerados, sean perjudiciales para los acreedores⁷⁷.

El sistema vigente en la antigua legislación concursal era un sistema «mixto o doble»⁷⁸, en cuanto combinaba un periodo de retroacción absoluta (sancionando todos los actos con nulidad) con una pluralidad de periodos sospechosos⁷⁹. El fundamento de la ineficacia de los actos realizados por el deudor se hallaba en una retroacción del efecto de la declaración consistente en la inhabilitación o desapoderamiento de los bienes del deudor⁸⁰. Como se sabe, desde esta perspectiva la LC importa un cambio significativo, porque opta por un sistema de impugnación, estableciendo una acción *rescisoria*⁸¹, cuyo fundamento no es otro que el *perjuicio* que el acto causa a los intereses de la masa activa⁸².

La regulación de este sistema se encuentra en los artículos 71 a 73 LC, de los que se deduce, que «los presupuestos y requisitos para el ejercicio de las acciones (...) se reducen a la previa declaración del concurso, la realización de los actos perjudiciales para la masa activa y la limitación temporal a los dos años anteriores a la declaración de concurso»⁸³. La ley, para facilitar el ejercicio de estas acciones, presume el perjuicio *iuris et de iure* en determinados actos (art. 71.2), y *iuris tantum* en otros (art. 71.3). Para los casos no contemplados, el perjuicio debe probarse (art. 71.4). Finalmente, no se impide el ejercicio de otras acciones de impugnación de los actos del deudor (art. 71.6). Por otro lado, se establece que, bajo ciertas condiciones, no podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación y otros pagos y actos relacionados con estos procesos (art. 71 bis)⁸⁴.

Esta configuración, en consecuencia, sugiere la necesidad de un doble análisis. *Primero*, analizar la posibilidad de que la eficacia del pago hecho al amparo

del artículo 1129.1 del Código Civil quede restringida en virtud de la acción rescisoria concursal. El *segundo*, la posibilidad de que el pago pueda ser atacado recurriendo a otras acciones de Derecho común.

2.2. La eficacia del pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil frente a la acción rescisoria concursal

Una mirada a los distintos numerales del artículo 71 LC, en lo que toca a los pagos hechos en situación de insolvencia, nos permite resolver la cuestión. Los dos extremos que delimitan el ámbito de aplicación de estas acciones rescisorias concursales en cuanto a los actos son: *a)* que se trate de un acto realizado por deudor; y *b)* que no sea de aquellos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados de forma normal. Lo primero que hay que hacer, entonces, es analizar si el supuesto del artículo 1129.1 tiene lugar entre ellos. Solo si el supuesto del artículo 1129.1 del Código Civil puede quedar dentro del ámbito de aplicación de la rescisoria concursal, habrá que analizar, considerando que el fundamento de la impugnación es siempre el perjuicio a la masa, si puede decirse que el pago entraña tal perjuicio, y en su caso, si queda cubierto por alguna de las presunciones legales que facilitan su prueba. Veamos estos puntos.

a) Ámbito de aplicación. Actos realizados por el deudor

Lo primero que hay que tener presente es que estas acciones tienen por objeto la impugnación de *actos realizados por el deudor* (cfr. art. 71.1). ¿En qué medida un pago realizado en virtud del artículo 1129.1 del Código Civil puede ser considerado «acto del deudor»? Al respecto podemos encontrar dos posiciones:

- i) *Es acto del deudor siempre que no haya imposición judicial.* De acuerdo con la interpretación mayoritaria, si el acto no deriva de una facultad del deudor, sino que ha sido resultado de una imposición judicial, la impugnación no es posible. Como sostiene algún autor, «de ahí que siga siendo válida la aseveración de que han de dejarse al margen “aquellas transmisiones operadas por virtud de una ejecución forzosa, ya sea administrativa o judicial” y en las que el adjudicatario no puede ser inquietado, aunque el auto de remate encajara dentro del periodo sospechoso»⁸⁵. Si se admite esta interpretación, el pago que recibe el acreedor aplazado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil solo quedaría a salvo de la rescisión concursal en cuanto hubiera sido un pago obtenido como consecuencia de un cobro en juicio, y no, en cambio, si el pago se hubiera hecho extrajudicialmente⁸⁶.

- ii) *Es acto del deudor siempre que no haya requerimiento del acreedor.* Para MASSAGUER, deben incluirse solamente los «pagos voluntariamente realizados por el deudor antes de la fecha del vencimiento, pero no los pagos que hubiere realizado de forma obligatoria, y en particular, compelido por la resolución del contrato o por un vencimiento anticipado que de forma ilícita hubiere promovido el acreedor» (nota: el sentido de la oración obliga a entender que «ilícita» es un error de transcripción, queriendo decir «lícita»)⁸⁷. Como se puede observar, se trata de una postura más favorable a la eficacia extrajudicial del artículo 1129.1 del Código Civil.

b) Exclusión de ciertos actos

Por otro lado, hay que tener presente que ciertos actos son legalmente excluidos (art. 71.5 LC), entre ellos, los *actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales*. La justificación de esta excepción es la necesidad de mantener el funcionamiento de la empresa⁸⁸, y de hecho, se aceptaba *de facto* por la doctrina y jurisprudencia como excepción a la retroacción en la antigua regulación⁸⁹. En todo caso, no parece que se pretenda establecer un blindaje respecto de cualquier vía de impugnación, sino solo respecto de la rescisoria concursal, de modo que «en lo que se refiere a los actos correspondientes a estos ámbitos, la reintegración de la masa solo podrá llegar (...) de la mano de otras figuras impugnatorias, como la nulidad o la revocatoria por fraude de acreedores⁹⁰».

Como se puede apreciar, la cuestión es determinar, por un lado, qué ha de entenderse por *acto ordinario*, lo cual es difícil. Como sostiene CRESPO, «quizás el criterio definidor sea el de actos necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional, es decir, todos aquellos de carácter impositivo, laboral, suministros y en general los de mantenimiento ordinario, sin cuya realización se paralizaría en un corto periodo de tiempo la actividad productiva de la empresa»⁹¹. Pero, para que resulte excluido, el acto debe ser, además, *realizado en condiciones normales*. En todo caso, tratándose de un pago al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil, es dudoso que, en consideración del fundamento de esta exclusión, pueda quedar «blindado» por esta vía, precisamente porque el presupuesto que habilita al acreedor a cobrar es una situación de suyo anormal, como es la insolvencia. En condiciones normales las deudas se pagan a su vencimiento.

c) El perjuicio como fundamento de la rescisión

El fundamento de la acción rescisoria concursal es, exclusivamente, la existencia de perjuicio. Para determinar cuando existe o no «perjuicio» —que evidentemente es un concepto jurídico indeterminado— podemos recurrir, como punto de partida, al marco funcional de esta acción: el procedimiento concursal⁹². El perjuicio a que alude el legislador concursal va referido a las expectativas de realización de los créditos que se integran en la masa pasiva⁹³. Y, desde esta perspectiva, la mayoría de la doctrina entiende que, a efectos de la acción rescisoria, no solo hay perjuicio cuando disminuye el patrimonio o sale un bien sin que ingrese un valor equivalente, sino además, en aquellos casos en los que infringe la regla de la *par conditio creditorum*⁹⁴.

Por eso, la LC no solo presume el perjuicio *iuris et de iure* en los actos de disposición a título gratuito, en los que, por definición son actos de disposición patrimonial sin contrapartida por parte del beneficiario⁹⁵, sino también en el *pago u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*⁹⁶. En efecto, el fundamento de la presunción en este caso es que dicho pago supone un beneficio exclusivo para el acreedor que ve satisfecho su crédito, en perjuicio de la igualdad de trato del resto de los acreedores de su misma condición, violando la regla de la *par conditio creditorum*⁹⁷. Se sostiene que «como consecuencia de tal proceder media un empeoramiento para la masa, que se ve perjudicada por la pérdida del beneficio del plazo sin justificación —o contraprestación— alguna. De igual modo, la discriminación injustificada entre los propios acreedores, cuyo origen está en la simple voluntad del deudor cuando la obligación que sobre él pesa aún no es exigible pero, también en la voluntad que expresara el acreedor beneficiario de tal pago (...) provoca unos efectos de cara al concurso que no son ni pueden ser asumibles»⁹⁸.

Y en este sentido, se ha llegado a sostener que el perjuicio se presume de modo absoluto también frente a los supuestos legales de anticipación del vencimiento del artículo 1129 del Código Civil, en base a que la letra del precepto no da margen para otra interpretación⁹⁹. Esta conclusión no deja de ser lógica, pues por el artículo 1129.1 del Código Civil la obligación aplazada no «vence», sino que se vuelve «exigible». De forma que, en rigor, si el vencimiento natural de la obligación era posterior a la declaración de concurso, el pago de la obligación aplazada quedaría comprendido dentro de esta presunción.

d) Consecuencias de admitir esta noción de perjuicio y posición crítica

Desde esta perspectiva, cualquier pago hecho por el deudor antes de la declaración de concurso y dentro de los dos años anteriores, podría ser considerado

«perjudicial», en cuanto afectaría la *par conditio creditorum* por su proximidad temporal al momento de la declaración del concurso¹⁰⁰. La LC solo considera bajo presunción *iuris et de iure* el pago de una deuda cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración, pero ello no significa que, en los demás casos —por ejemplo, el pago anticipado de una deuda cuyo vencimiento fuere anterior a la fecha de declaración del concurso, o incluso el pago de una deuda exigible y vencida— no se pueda probar la existencia del perjuicio patrimonial por quien ejercite la acción rescisoria (cfr. art. 71.4 LC)¹⁰¹.

Hay, sin embargo, buenos argumentos para oponerse a un concepto tan amplio de perjuicio. En este sentido, se ha señalado que un concepto de perjuicio tan amplio y general no debe mantenerse por ser contrario «al principio de seguridad del tráfico, y por esconder, en definitiva, una suerte de retroacción encubierta»¹⁰². Más categórico es VILLORIA, para quien: «(a)demás de ser contrario a la seguridad jurídica, revisar el pasado a la vista de la insolvencia posterior es una tarea inabarcable. Antes de la insolvencia, el deudor habrá pagado a numerosos acreedores (¿acaso hay algo malo en ello?), y, sin embargo, habrá dejado a otros pendientes (de otro modo no habría insolvencia). En todo concurso se habrá producido un trato desigual de los acreedores, y este hecho no se puede corregir»¹⁰³.

e) El efecto de la rescisión

El artículo 73 LC prevé como efecto de la rescisión, la ineficacia del acto y la restitución de las prestaciones recíprocas. El artículo 73.3 señala que «(e)l derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado».

Sin embargo, es evidente que la restitución de las prestaciones se limita a aquellos casos en que resulten posibles, en consideración a la naturaleza del acto. Así, por ejemplo, no habrá restitución si se ha constituido una garantía real a favor de una deuda preexistente¹⁰⁴. Y en los casos de pagos de deudas, sean o no vencidas, ocurre lo mismo, ya que la restitución solo incumbe a la contraparte del deudor concursado (el acreedor del pago): no habrá contraprestación y el crédito será considerado como crédito concursal y no como crédito contra la masa¹⁰⁵.

2.3. *Eficacia del pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil frente a las acciones rescisorias de Derecho Civil*

Al lado de la acción rescisoria concursal fundada en el perjuicio, la vía para impugnar un pago queda abierta a través del ejercicio de acciones extra-concursales. La LC no excluye la posibilidad de ejercer otras acciones de impugnación que procedan conforme a Derecho (art. 71.6 LC)¹⁰⁶. Y entre ellas, desde luego, las acciones rescisorias de Derecho Civil, siendo particularmente aplicables al caso del pago las contenidas en los artículos 1111 y 1292 del Código Civil. La posibilidad de que el pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil no sea rescindible mediante el ejercicio de la acción concursal justifica analizar esta otra vía de impugnación.

- a) La eficacia del pago hecho en situación de insolvencia frente a otros acreedores (art. 1292 CC)

El artículo 1292 del Código Civil establece que: «(s)on también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos». Por ello, la eficacia del pago hecho por el deudor insolvente al acreedor aplazado dependerá de si es posible excluirlo del ámbito de aplicación del artículo 1292 del Código Civil. En general, la doctrina ha propuesto dos vías por las cuales puede sostenerse la eficacia del pago frente a esta acción rescisoria:

- i) Una primera alternativa es proponer ámbitos distintos de aplicación: se puede entender que el artículo 1129.1 del Código Civil contempla una consecuencia general de la insolvencia que atañe a la relación jurídica entre acreedor y deudor, mientras que el artículo 1292 del Código Civil tiene un campo de acción más estricto —insolvencia más fraude— y mira el caso de colisión de varios derechos de crédito. Desde esta perspectiva, el acreedor podría exigir anticipadamente, pero el deudor debería pagar por el orden de prioridad en la fecha¹⁰⁷. Nos parece que esta interpretación, sin embargo, tiene dos problemas: primero, que reduce el ámbito de aplicación del artículo 1129.1 del Código Civil al supuesto en que no hay colisión de derechos y, como hemos sostenido, la facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 solo se explica en cuanto hay pluralidad de acreedores, de forma que no puede pretenderse que su eficacia quede reducida al caso en que existe un solo acreedor; y segundo, que tampoco parece determinante que siempre que opere el artículo 1129.1 del Código Civil se excluya el fraude, que por lo demás, ni siquiera parece exigir el artículo 1292 del Código Civil¹⁰⁸.

- ii) Otra alternativa es entender que, en estado de insolvencia, el pago de una obligación aplazada es siempre pago de una obligación exigible. Como sostiene un autor, «si se da la situación de insolvencia, en las obligaciones a término no existirán pagos a cuyo cumplimiento no pudiera ser compelido el deudor, porque la propia insolvencia determina la posibilidad de exigir»¹⁰⁹. Lo que se puede rescindir en virtud del artículo 1292 del Código Civil son pagos hechos por el deudor en estado de insolvencia *a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*, y si existe insolvencia, se faculta al acreedor aplazado a exigir el cumplimiento, por lo tanto, es un pago al que el deudor *podía ser compelido*, aunque, de hecho, no lo hubiera sido todavía. Si en verdad existía situación de insolvencia al momento del pago, el acreedor aplazado que ha recibido el pago quedaría siempre a cubierto de la rescisión que pudieran solicitar los demás acreedores, y, en principio, sería irrelevante que dicho acreedor haya obtenido este pago como consecuencia de un acto espontáneo del deudor, como consecuencia de haberlo solicitado al deudor en forma extrajudicial, o por haber obtenido sentencia favorable en juicio. En todos los casos, dicho pago quedaría excluido del ámbito de la acción rescisoria del artículo 1292 del Código Civil¹¹⁰.

Se ha puesto de relieve, sin embargo, que asumir esta posición dejaría al artículo 1292 del Código Civil «prácticamente sin posibilidad de operar»¹¹¹. La justificación de esta afirmación parte de reconocer que las «*obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor*» no solo comprenden las obligaciones aplazadas, sino además otras categorías de obligaciones, como las sujetas a condición suspensiva, las obligaciones naturales y las prescritas, pero, al menos respecto de las condicionales y las prescritas, el artículo 1292 no sería aplicable, limitando su ámbito de aplicación únicamente al pago de obligaciones naturales. Desde esta perspectiva, sería necesario, por tanto, buscar una interpretación diversa, que no restrinja tanto el alcance al artículo 1292 del Código Civil.

No obstante, el fundamento de esta posición nos parece discutible. En relación con las obligaciones *condicionales*, el argumento que permitiría excluirlas del artículo 1292 del Código Civil es que no sería necesario rescindir el pago, porque si se paga la deuda, pendiente la condición, hay pago de lo no debido, y los acreedores pueden ejercitar la acción oblicua para obtener la restitución de lo pagado (cfr. art. 1121. ap. 2 CC y art. 1111 CC). Sin embargo, la existencia de otra vía de protección no es suficiente argumento para privar a los acreedores de la acción rescisoria (de hecho, no es infrecuente que los acreedores tengan a su disposición acciones diferentes que, sin embargo, tienen similar finalidad, como ocurre en la fianza —cfr. arts. 1210.3, 1839 y 1838 CC—). Respecto de las

obligaciones *prescritas*, se ha dicho que quedarían fuera del ámbito del artículo 1292 del Código Civil porque la obligación en tal caso sigue existiendo, porque la prescripción puede renunciarse, y porque debe alegarse como excepción, de forma «que son tan exigibles como cualesquiera otras»¹¹², conclusión que, desde luego, no es correcta, ya que la prescripción tiene por efecto, precisamente, extinguir las acciones (cfr. 1930 CC).

En consideración de lo expuesto, nos parece que hay suficientes argumentos para concluir que el artículo 1292 del Código Civil conserva un ámbito de aplicación que justifica su existencia, y que es posible excluir el pago de obligaciones aplazadas, aun cuando el pago hubiera sido hecho en sede extrajudicial.

b) La impugnación del pago por fraude de acreedores (art. 1111 CC)

La acción por fraude de acreedores (acción pauliana) está contemplada en el artículo 1111 del Código Civil en los siguientes términos: «*(l)os acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe (...) pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho*». La cuestión aquí es: ¿puede haber fraude en un pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil? La respuesta depende de lo que se entienda por «fraude», y al respecto, hay diversas opiniones en la doctrina:

- i) Unos entienden que el pago anticipado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil no puede ser fraudulento en ningún caso, porque el acreedor que exige en este supuesto cobra lo que se le debe, es decir, ejerce un derecho legítimo¹¹³. Por ello, no puede sostenerse que haya fraude a los demás acreedores en el pago de una deuda *exigible*, aun cuando exista insolvencia y tanto el deudor como el acreedor conozcan dicho estado, pues, «(e)l pago es por su propia naturaleza un acto que excluye el fraude en el deudor, en cuanto que es necesario»¹¹⁴. La cuestión es distinta si no existía insolvencia al momento de efectuar el pago, pues la obligación aplazada no era una obligación exigible, y por tanto, el requerimiento anticipado por parte del acreedor, o el pago voluntario en forma anticipada no excluye necesariamente el fraude a los demás acreedores. Y decimos «necesariamente» porque siempre podría sostenerse que el acreedor que cobra antes exige legítimamente, pues corresponde al deudor oponer frente al cobro la excepción de plazo, ya que la obligación existe, y de hecho, el pago voluntario que haga el deudor no puede repetirse. Lo que es claro es que es la insolvencia la que determina la exigibilidad del crédito, por lo que, desde el punto de vista lógico, no habría inconveniente en que pueda

acreditarse con posterioridad —precisamente frente al ejercicio de la acción pauliana— que el deudor era insolvente al tiempo de pagar la deuda aplazada. Desde este punto de vista, el pago al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil quedaría a cubierto del ejercicio de la acción pauliana incluso si hubiera operado en vía extrajudicial.

- ii) Se ha sostenido, por otro lado, que si quiere alejar la duda de fraude, simulación o mala fe, el acreedor que pretende cobrar antes del vencimiento debe acreditar que existe insolvencia, porque es esta la que, precisamente, faculta al acreedor a exigir anticipadamente¹¹⁵. Además, se sostiene que esto no quiere decir que el acreedor deba iniciar un procedimiento declarativo previo, sino que basta que la insolvencia se acredite en el mismo juicio en que se exige el cobro anticipado¹¹⁶. Desde esta perspectiva, el pago realizado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil solo quedaría protegido frente a la acción pauliana cuando el acreedor aplazado hubiera acreditado la insolvencia del deudor. Esta posición permite, al menos, dudar de la eficacia de un pago en sede extrajudicial.
- iii) Otra postura, finalmente, entiende que puede haber fraude si el acreedor obtiene una ventaja respecto de los demás, ventaja que deberá restituir, y que la doctrina denomina el *interusurium*, que es el valor de los intereses y frutos percibidos (que algunos consideran desde una perspectiva únicamente temporal, que comprende el periodo entre el vencimiento y la fecha de anticipación, y otros consideran, además, que se haga en proporción al patrimonio del deudor)¹¹⁷.

Por otro lado, la jurisprudencia del TS, en forma constante y consolidada, exige ciertos requisitos para la viabilidad de esta acción, a saber: *a)* la existencia de un crédito a favor de la parte actora; *b)* la realización de un acto por virtud del cual desaparece el patrimonio del deudor y que sea posterior al nacimiento del crédito del actor; *c)* propósito defraudatorio, tanto de dicho deudor como del que adquiere los bienes; *d)* ausencia de otro medio para obtener la reparación (carácter subsidiario de la acción)¹¹⁸. En este sentido, el TS entiende que el «fraude» no precisa la intención de dañar (*animus nocendi*) sino que basta la conciencia del perjuicio a los acreedores (*scientia fraudis*)¹¹⁹, pero se exige que la celebración del negocio dispositivo que causa el daño a los acreedores (en este caso, sería el pago) «se haya realizado con la complicidad o conocimiento de la persona con la que contrata y hace suyos los bienes para dejarlos fuera de la acción de su acreedor, por lo que no basta por sí solo el perjuicio causado con el negocio en cuestión, sino que es preciso que vaya acompañado de este propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación»¹²⁰. En este punto, es importante destacar que el mismo TS ha señalado que «la presunción de fraude [que establece el artículo 1297.2

del Código Civil: «También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes»] desaparece cuando se acredita que las enajenaciones tuvieron por objeto satisfacer obligaciones anteriormente contraídas»¹²¹.

En nuestra opinión, no parece razonable identificar la noción de fraude con perjuicio. Como el supuesto de hecho del artículo 1129.1 del Código Civil es la insolvencia, el acreedor aplazado siempre sería consciente que, por el hecho de recibir el pago, se causa un perjuicio a los demás acreedores, y, en consecuencia, siempre sería posible rescindir un pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil. Ello privaría de sentido a la norma, pero además implicaría para los acreedores una especie de deber de abstenerse de exigir el pago de sus créditos si conocen el mal estado patrimonial del deudor. No parece que sea esa la finalidad de la acción pauliana, y por ello, nos inclinamos por entender, como lo ha hecho el TS, que el pago de una obligación contraída con anterioridad, en principio, excluye el fraude, tanto en los casos en los que se ha exigido judicialmente el cobro, como en aquellos en los que el acreedor ha requerido extrajudicialmente al deudor, o se ha pagado voluntariamente la deuda.

c) Conclusión

Hay suficientes motivos para sostener que el pago realizado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil no puede ser dejado sin efecto por los demás acreedores, ni en virtud del artículo 1292 del Código Civil ni del 1111 del Código Civil, ni siquiera en los casos en que fuese hecho extrajudicialmente. En efecto, la situación de insolvencia, en cuanto justifica el cobro anticipado, torna «exigible» la obligación aplazada, y en consecuencia, el pago realizado queda comprendido dentro de aquellos pagos a los que el deudor *podía ser compelido*, incluso si dicho pago fue voluntario. Y ello es un argumento importante para admitir la eficacia extrajudicial de la anticipación del cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil. Por su parte, si bien la acción del artículo 1111 del Código Civil permite dejar sin efecto los actos del deudor realizados en fraude de los derechos de los acreedores, es posible sostener que el pago de una obligación existente excluye el fraude.

V. CONCLUSIÓN Y COMENTARIOS FINALES

Considerando que las acciones de Derecho Común (arts. 1292 CC y 1111 CC) no permiten obtener la ineficacia de un pago anticipado realizado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil, nos parece que su eficacia en una

posterior declaración de concurso dependerá del alcance que se otorgue a la rescisoria concursal, y de la forma en que ha tenido lugar el pago al acreedor aplazado.

En este sentido, la postura que se adopte en relación a la extensión que debe darse a la frase: *actos realizados por el deudor* (art. 71.1 LC) tiene una importancia capital sobre la eficacia del artículo 1129.1 del Código Civil, ya que si se adopta una interpretación amplia, que incluye en «actos del deudor» tanto las actuaciones voluntarias como las obligatorias, el pago que sea consecuencia de la exigibilidad anticipada del artículo 1129.1 del Código Civil sería siempre rescindible una vez declarado el concurso, en cuanto perjudicial para la masa, siendo indiferente que haya sido espontáneo, motivado por un requerimiento del acreedor, o en cumplimiento de una sentencia judicial¹²². Si, en cambio, se interpreta en forma más restrictiva, no serían rescindibles los actos que sean resultado de una resolución judicial que condene al pago, y, aunque algo más dudoso, podría también sostenerse lo mismo de aquellos pagos que sea hagan como consecuencia de un requerimiento extrajudicial del acreedor.

Para poder rescindir un determinado acto, se requiere que sea perjudicial para la masa. Y, en general, se entiende que existe «perjuicio» no solo cuando se produzca una disminución patrimonial, sino también cuando se afecte la *par conditio creditorum*. Desde esta perspectiva, puede sostenerse que todo pago a un acreedor realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso es *siempre* perjudicial para la masa, y por lo mismo, que resulta irrelevante, a estos efectos, que la deuda pagada tuviera un vencimiento posterior a la declaración de concurso o se tratase de una deuda que era exigible con anterioridad. La única diferencia estaría en que, en el primer caso, la LC presume la existencia del perjuicio, sin admitir prueba en contrario; en el segundo caso, la prueba del perjuicio es necesaria. No obstante, esta interpretación ha sido objeto de críticas, pues parece exagerado permitir rescindir pagos de obligaciones exigibles cuando todavía no existía insolvencia. El pago realizado al amparo de la facultad de anticipación del artículo 1129.1 del Código Civil seguiría siendo rescindible, pues opera precisamente cuando ya existe insolvencia.

En definitiva, nos inclinamos por pensar que el pago que recibe el acreedor de una obligación aplazada en virtud del artículo 1129.1 del Código Civil corre un grave riesgo de ser rescindido por el ejercicio de la acción rescisoria concursal. Y dado que, como hemos justificado, la legislación concursal determina que la declaración de concurso sea una consecuencia necesaria de la existencia de la insolvencia, resulta que la facultad de anticipación del artículo 1129.1 del Código Civil queda privada de sentido. Una vía para afirmar la eficacia del pago frente a la rescisión concursal es entender que en caso de operar el artículo 1129.1 del Código Civil no hay en realidad un *acto del deudor*, lo que será más fácil de justificar cuando el pago haya sido ordenado judicialmente (cumplimiento forzado) en un proceso en el que se haya acreditado la existencia

de la insolvencia. De esta forma no se restringe la noción de «perjuicio» como fundamento de la rescisión, que, efectivamente considera también la alteración de la *par conditio creditorum*.

La solución anterior tiene como punto de partida la vigencia del artículo 1129.1 del Código Civil, y en consecuencia, la necesidad de buscar una interpretación que no le prive de eficacia. Pero esto no impide que, desde una mirada más amplia, podamos cuestionar esa vigencia, en cuanto aparece como un elemento distorsionador dentro de un ordenamiento jurídico que pretende un tratamiento sistémico del fenómeno de la insolvencia. Como hemos señalado, con la antigua legislación concursal la doctrina entendía que el supuesto de «vencimiento» anticipado del artículo 1129.1 del Código Civil —como generalmente se le denomina, en forma errónea— no solo no suponía una declaración previa de concurso, sino que requeriría, precisamente, que no existiera tal declaración, pues en tal caso la facultad reconocida al acreedor carecía de sentido: la declaración de la quiebra o del concurso tenía como efecto, «con carácter legal y de eficacia automática»¹²³, el vencimiento anticipado de todas las deudas a plazo¹²⁴. En efecto, el vencimiento anticipado de las deudas es un efecto que aparecía anudado a la declaración misma del concurso o la quiebra, en tanto ambos eran procedimientos de ejecución universal, destinados naturalmente a la liquidación del patrimonio del deudor¹²⁵. Pero el fundamento de este vencimiento anticipado no se encontraba únicamente en la pérdida de la confianza en el deudor o en la lesión del derecho de crédito, sino en una exigencia propia de la ejecución colectiva de las deudas del quebrado: su pago actual, a medida que fuera posible con el importe de la masa activa, sin esperar el vencimiento del plazo¹²⁶. Se justifica en la necesidad de «que todos los acreedores del deudor puedan hacer valer un derecho actual a obtener el dividendo que les corresponde»¹²⁷, sin dilatar injustificadamente el procedimiento¹²⁸.

Hoy, en el sistema de la LC, ya no es la declaración del concurso la que produce este efecto, sino la apertura de la fase de liquidación. Sin desconocer que la principal finalidad del concurso de acreedores sigue siendo la satisfacción de estos, la LC también busca proteger otros intereses, y entiende que el cauce más adecuado para ello es el convenio, y no la liquidación¹²⁹. Por ello, «mientras sea posible llegar a un convenio, no hay necesidad de decretar el vencimiento anticipado»¹³⁰. El procedimiento concursal de la LC es, desde esta perspectiva, un procedimiento de quiebra —reorganización— (y no de quiebra —liquidación—) en el que se busca la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor¹³¹. Y en este tipo de procedimientos, «se piensa que la mejor forma de remover las dificultades solutorias de esta (la empresa) en relación a su pasivo exigible no es precisamente añadirle la carga suplementaria del pasivo no exigible»¹³². Ello conlleva la «crisis» del principio del vencimiento anticipado, y la exigencia del principio inverso: la conservación de los plazos¹³³. Precisamente por esto se explica la desaparición del presupuesto concursal (*faillite*) como

fundamento del vencimiento anticipado en el artículo 1188 del *Code*, norma en la que, como hemos dicho, encuentra su origen histórico la introducción del concepto de «insolvencia» en el artículo 1129.1 del Código Civil, como causa suficiente para anticipar el cobro¹³⁴.

Si la idea de la LC es favorecer la continuidad de la actividad del deudor, y alcanzar un convenio, entonces no solo no se justifica el vencimiento automático de todas las deudas a plazo, sino que tampoco es razonable que, ya en estado de insolvencia pero antes de la declaración de concurso, cualquier acreedor aplazado pueda anticipar la exigibilidad de su crédito. Por ello, más allá de los esfuerzos que podamos hacer por encontrar una interpretación que no reste absoluta eficacia al artículo 1129.1 del Código Civil, creemos que esta facultad de anticipar el cobro en caso de insolvencia se aviene mal con el resto del sistema jurídico, y en particular, con la regulación de la LC. Es un elemento distorsionador dentro del sistema de tratamiento de la insolvencia.

En consecuencia, aún cuando se realice un esfuerzo por justificar la eficacia del artículo 1129.1 del Código Civil, siempre podrá sostenerse que, si existe una situación de insolvencia con pluralidad de acreedores (que es precisamente el supuesto del art. 1129.1 CC), «la ejecución individual del crédito, basada en el principio de prioridad en el tiempo del embargo (*prior tempore potior iure*) se considera injusta porque beneficiará a los acreedores más diligentes...»¹³⁵, de forma que lo suyo es la apertura del concurso. La facultad del artículo 1129.1 «supone contradecir la filosofía de la defensa colectiva»¹³⁶, y con mayor razón, como hemos visto, la de un concurso orientado a la celebración de un convenio. A nuestro juicio, la conservación de esta norma es un ejemplo patente de la denuncia hecha por la doctrina en cuanto a que la LC, «no ha penalizado en grado suficiente la iniciación de ejecuciones individuales en situaciones de insolvencia con pluralidad de acreedores»¹³⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, 18.ª ed., Edisofer, Madrid, 2009.
- BELTRÁN, Emilio: «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 29-52.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Artículo 2», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, tomo 1, págs. 36-48.
- BLASCO GASCÓ, Francisco: «Comentarios al artículo 146», en SAGREGA TIZÓN, J., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 1526-1539.
- BOLDÓ RODA, Carmen: «Efectos del concurso sobre los créditos en particular», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 2499-2530.

- BONNECASE, Julien: *Elementos de Derecho Civil*, Editorial José Cajica, Puebla, 1945.
- BUSTILLO SAIZ, María: «Razones de Derogación de la retroacción judicial absoluta en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 3971-4008.
- CAPILLA RONCERO, FRANCISCO: *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1989.
- Voz «Insolvencia», en MONTAÑA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. 3, págs. 3614-3615.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 17.ª ed., Reus, Madrid, 2008 [tomo 3].
- CERDÁ ALBERO, Fernando: «La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 953-999.
- CLEMENTE MEORO, Mario: *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- COROMILLAS, J. y PASCUAL, J. A.: *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, 1.ª ed., Gredos, Madrid, 1980.
- CRESPO ALLUÉ, Fernando: «Comentario al artículo 71», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 1365-1402.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La vía pauliana*, Tecnos, Madrid, 1997.
- DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: «Comentario al artículo 1129», en PASQUAU LIAÑO, M. (dir.), *Código Civil. Jurisprudencia Civil comentada*, 2.ª ed., Colmares, Granada, 2009, págs. 2008-2009.
- DE MIGUEL, Raimundo: *Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico*, 2.ª ed., 1897, Reimpreso por Visor Libros, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «El pago anticipado», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, julio-septiembre, págs. 37-117.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Reus, Madrid, 2006.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Artículo 146. Efectos sobre los créditos concursales», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 2575-2598.
- *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- *El cumplimiento anticipado de las obligaciones*, Civitas, Madrid, 1992.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino: «Sobre el concepto básico de insolvencia», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 1001-1016.
- ESCRIBANO GÁMIR, Rosario: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, págs. 7-60.
- «La reintegración de la masa activa del concurso», en *Estudios sobre la ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4009-4044.

- ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «El presupuesto subjetivo del concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, 2009, págs. 151-193.
- FERNÁNDEZ CARRÓN, Clara: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Aranzadi, Navarra, 2008.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «Comentario al artículo 146», en la misma (coord.): *Ley Concursal. Comentarios, Jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 447-452.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Comentario al artículo 1467», en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (coords.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, tomo 2, págs. 918 y 919.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio: «De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 2, 2004, págs. 43-80.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel: *Derecho Privado Romano*, 14.^a ed., Ediciones académicas, Madrid, 2005.
- GARCÍA SANZ, Arturo: «Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4063-4082.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Comentario al artículo 71», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, tomo 1, págs. 829-871.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel: *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración de concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, págs. 383-390.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «La acción rescisoria concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4125-4135.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Derecho Romano Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- HERRADOR MUÑOZ, Alicia: «Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva ley concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, págs. 169-177.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2007 [tomo 2, vol. 1].
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «De las obligaciones a plazo», en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (coord.): *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, tomo 2, págs. 100-109.
- LEÓN, Francisco José: «Comentario al artículo 71», en ROJO, Á. y BELTRÁN, Emilio (coords.): *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, 2004, págs. 1301-1321.
- «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria (I)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 53-104.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Reus, Madrid, 2005.

- LOIS PUENTE, José Manuel: «Anticipación unilateral del vencimiento y procedimiento ejecutivo», en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* [La Ley], 1996, tomo 5, D-315.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «La acción revocatoria concursal: perfiles generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4159-4174.
- MANRESA, José María: *Código Civil español*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1901 [tomo 8].
- MARTÍNEZ, Aurora: *La inhabilitación del quebrado. Ámbito temporal*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- MASSAGUER, José: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4211-4237.
- MERCADAL VIDAL, Francisco: «Comentarios al artículo 2», en SAGREGA TIZÓN, J., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 30-43.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: «Comentario al artículo 1129 del Código Civil», en ALBALADEJO, Manuel (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1982, tomo 15, vol. 2, págs. 127-147.
- MONTÉS REIG, Luis: «¿Cómo debe acreditar el deudor que solicita la declaración de concurso la concurrencia del presupuesto objetivo necesario a tal efecto?», en *Revista de Derecho Patrimonial* [Aranzadi], núm. 12, 2004, págs. 153-167.
- MORALEJO, Ignacio: *Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)*, núm. 17, 2009, págs. 81-138.
- ORDUÑA MORENO, Francisco: *La insolvencia. Análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «De las obligaciones a plazo», en BERCOVITZ (coord.): *Comentarios al Código Civil*, 2.ª ed., Aranzadi, Madrid, 2006, págs. 1359-1365.
- PLANIOL, Marcel/RIPERT, Georges: *Traité Pratique de Droit Civil Français* [tomo 7], 2.ª ed., Libraire General de Droit et Jurisprudence, París, 1954.
- POTHIER, R. J.: *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Argentina, 1993.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, 4.ª ed., Bosh, Barcelona, 1988 [tomo 1, vol. 2].
- PUYALTO FRANCO, María José: *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios de consumo*, Dykinson, Madrid, 2006.
- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Las siete partidas, cotejadas con varios códigos antiguos*, Imprenta Real, Madrid, 1807.
- ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio: «Regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal», en MENÉNDEZ, A. (dir.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, 4.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 889-895.
- ROJO, Ángel: «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E.: *Comentarios de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo 1, págs. 164-193.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Comentario al artículo 146», en BERCOVITZ, R. (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 1568-1580.

- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 95-137.
- «Refinanciación y reintegración concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, 2010, págs. 9-38.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: «Acciones de impugnación por fraude o invalidez de los actos del deudor: El artículo 71.6 de la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2009, págs. 391-405.
- SANTOS BRIZ, Jaime: «Comentarios a los artículos 1125-1129», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, págs. 272-285.
- SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil*, Madrid, 1902.
- SEGURA MUNGÍA, Santiago: *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.
- SERRA, Catarina: «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009, págs. 329-341.
- TATO PLAZA, Anxo: «Algunos apuntes en torno a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 3279-3293.
- TOMILLO URBINA, Jorge Luis: *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Civitas, Madrid, 2006.
- VELA, Pedro: «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 221-228.
- VIGUERA RUBIO, José: «Los presupuestos del concurso», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (coord.): *Derecho Mercantil*, 11.ª ed., Ariel, Barcelona, 2006, págs. 765-793.
- VILLORIA RIVERA, Íñigo: «El mito de la *par conditio creditorum*», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, 2008, págs. 319-326.

NOTAS

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Doctorando en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo ha sido posible gracias al financiamiento del Programa de Formación de Capital Humano Avanzado BecasChile, del Estado de Chile (beca de doctorado en el extranjero).

¹ La comprensión por parte de la doctrina de este precepto como la concesión de una *facultad* al acreedor y no como un verdadero caso de «vencimiento anticipado» es correcta. Sobre la diferencia entre los conceptos de «vencimiento» y «exigibilidad», véase DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El cumplimiento anticipado de las obligaciones*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 37 y sigs., quien, en aplicación de esta distinción al supuesto del artículo 1129 del Código Civil, señala que: «(e)l vencimiento determina para el acreedor la posibilidad de exigir, y para el deudor la de imponer el cumplimiento. En el artículo 1129 lo único que se actualiza es la exigibilidad del crédito, aunque en sentido impropio se pueda decir que el acreedor queda facultado para dar por vencida la deuda» (pág. 80). La consecuencia de la insolvencia sobrevinida no es la extinción de plazo, sino la pérdida para el deudor del derecho a utilizarlo. El vencimiento no opera *ipso iure* por la insolvencia, sino que se producirá solo en forma facultativa, reclamándolo el acreedor según le convenga, y en todo caso, siempre que el deudor no garantice la deuda. De ahí que se prefiera hablar de facultad del acreedor o de una anticipada exigibilidad del crédito.

DOMÍNGUEZ critica la noción «pérdida del beneficio del plazo» y prefiere «facultad de dar por vencida la deuda» (DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, 2010, pág. 1135); aunque en otro lugar señala que es preferible hablar de «exigibilidad anticipada» (DOMÍNGUEZ, *El cumplimiento*, pág. 80). Por su parte, Díez-PICAZO señala: «los supuestos legales deben funcionar siempre que el plazo opere como límite a la facultad de exigir del acreedor, por lo cual, en rigor, más que una pérdida del beneficio del plazo, lo que se produce es un anticipado vencimiento de la deuda, o si se prefiere, una anticipada exigibilidad del crédito» (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2008, tomo 2, pág. 377). Otras expresiones para aludir a este supuesto son «pérdida del beneficio del plazo»; «pérdida del derecho a utilizar el plazo»; «caducidad del derecho a utilizar el plazo» o «decadencia del término» (MONTÉS PENADÉS, Vicente, «Comentario al artículo 1129 del Código Civil», en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1982, tomo 15, vol. 2, pág. 128). Incluso, algún autor lo considera un caso de «supresión legal del término establecido» (cfr. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, 18.^a ed., Edisofer, Madrid, 2009, tomo 1, págs. 678 y 679).

² Aun cuando la norma no hace referencia al beneficio del plazo, se trata de una exigencia lógica, pues para que pueda hablarse de pérdida del derecho a utilizar el plazo, el deudor debe haber tenido tal derecho inicialmente; y porque si el plazo está establecido en interés exclusivo del acreedor, la regla no es necesaria, ya que siempre puede exigir anticipadamente el cumplimiento de la obligación. Por ello, la doctrina siempre señala esta exigencia, ver, por ejemplo, DOMÍNGUEZ expresamente: «(si) es el acreedor quien puede exigir antes de que llegue el día señalado, lo dispuesto en el artículo 1129 no le añade ninguna protección supletoria», (*Comentarios*, pág. 1135). Véase también PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, 4.^a ed., Bosh, Barcelona, 1988, tomo 1, vol. 2, págs. 103-109.

³ Díez-PICAZO señala que: «(h)a de tratarse de una insolvencia sobrevenida, ya que según el Código, el deudor resulta insolvente después de contraída la obligación. Ello es obvio en aquellos casos en que el acreedor conocía la situación de insolvencia anterior en el momento de constituirse la obligación, y, no obstante, se arriesgó a conceder el crédito. La cuestión aparece más dudosa si la insolvencia existía, pero era de hecho desconocida para el acreedor, situación que el Código tiene en cuenta en otros casos, como son los relativos a la cesión de créditos o la asunción de deudas. La letra de la ley es clara y la solución tiene que ser negativa. La insolvencia anterior no permite nunca reclamar el vencimiento anticipado, lo que encuentra su fundamento en la existencia de una carga de diligencia del acreedor, que ha debido investigar y conocer la situación patrimonial del deudor» (*Fundamentos*, tomo 2, págs. 378-379). En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2007, tomo 2, vol. 1, pág. 148; y PEÑA LÓPEZ, Fernando, «De las obligaciones a plazo», en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2.^a ed., Aranzadi, Madrid, 2006, pág. 1364.

Por otro lado, si el acreedor no es diligente en conocer el estado patrimonial del deudor, no solo se verá privado de la posibilidad de exigir anticipadamente, sino que eventualmente podría ser privado del crédito mismo. Así sostiene SANTOS BRIZ, «si la insolvencia fuera anterior, esta sería anulable o rescindible por dicha circunstancia, como concertada en fraude de los acreedores (cfr. art. 1291 núm. 3 del CC, cuando esos acreedores no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba)» [SANTOS BRIZ, Jaime, «Comentarios a los artículos 1125-1129», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 2006, pág. 283].

⁴ Tradicionalmente, la facultad para anticipar el cumplimiento en caso de insolvencia se ha justificado en la pérdida de la confianza en el deudor y en la necesidad de otorgar una mayor protección al acreedor, con una connotación subjetiva que incluso a veces se entiende como una sanción al deudor (así, entre otros: Díez PICAZO, *Fundamentos*, tomo 2, pág. 377; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, 9.^a ed., Tecnos, Madrid, 2001, vol. 2, págs. 154 y 155; LACRUZ, *Elementos*, tomo 2, vol. 1, págs. 148 y 149; y SANTOS BRIZ

en SIERRA, *Comentario*, pág. 282). Esta postura tradicional sigue la justificación de POTHIER (véase, abajo, nota núm. 13).

La doctrina moderna, sin embargo, pone de relieve un aspecto más objetivo: la protección del acreedor ante una situación de peligro que compromete su derecho de crédito (así, por ejemplo, PEÑA LÓPEZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1364; PUYALTO FRANCO, María José, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios de consumo*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 111; y con más desarrollo, por ejemplo, CLEMENTE MEORO, Mario, *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 106 y 107; y ORDUÑA MORENO, FRANCISCO, *La insolvencia. Análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 204).

Por otro lado, se ha sugerido también que la insolvencia sobrevenida importa una *alteración en las bases del contrato*. El TS ha entendido, interpretando el artículo 1467 del Código Civil en relación con el artículo 1129.1 del Código Civil, que, en este supuesto, la concesión de un plazo en el contrato se basa en el hecho de la solvencia del deudor, y que la insolvencia sobrevenida «altera la posición que presidió la formación del contrato (...) la situación de insolvencia implica una disminución de la garantía del cobro del precio aplazado que sitúa al vendedor en el peligro inminente de no cobrar...» (STS de 13 de febrero de 1950, *RJ* 1950/344). No obstante, hay que tener presente que el artículo 1467 del Código Civil incorpora en el supuesto típico la noción de peligro *inminente*, que no se encuentra en el artículo 1129 del Código Civil. Sobre la relación entre el supuesto legal de vencimiento anticipado, y la cláusula *rebus sic stantibus*, con acento en sus diferencias, véase CLEMENTE, *Los supuestos legales*, págs. 287 y 289.

⁵ Se puede decir que la insolvencia se presenta como un hecho o causa legal que incide en la relación obligatoria, determinando distintas consecuencias jurídicas (cfr. ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 119), entre las cuales la anticipación del cumplimiento es solo una. En efecto, el Código Civil recurre a la noción de insolvencia, por ejemplo, en materia de responsabilidad de los herederos (arts. 1701 y 1702); en la regulación de las obligaciones con pluralidad de sujetos (art. 1139); en materia de compraventa (art. 1467); en materia de mandato (art. 1721); en materia de fianza (art. 1844).

⁶ Que hay que recordar, eran los procedimientos de ejecución universal que regulaban, respectivamente, el Código Civil y el Código de Comercio, y que fueron derogados por la LC.

⁷ Por todos, TOMILLO URBINA, Jorge Luis, *El vencimiento anticipado de las deudas en la Quiebra*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 67, quien además, agrega que «las dificultades prácticas que presenta esta posibilidad teórica son notables...» (pág. 74).

⁸ Por esta razón, incluso se ha llegado a decir que «cuando se leen los comentarios doctrinales al artículo 1129 se reproducen una y otra vez, *ad nauseam*, las mismas cuestiones, con una falta de originalidad que aterra» (LOIS PUENTE, José Manuel, «Anticipación unilateral del vencimiento y procedimiento ejecutivo», en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* [La Ley], 1996, tomo 5, D-315).

⁹ Así, por ejemplo, SANTOS BRIZ: «no alude necesariamente a que el deudor haya sido declarado en quiebra o concurso (...) (o)tra perspectiva es que por la declaración del deudor en concurso o quiebra venzan sus obligaciones contraídas a plazo» [en SIERRA, *Comentario*, pág. 283].

¹⁰ En los textos más recientes, la relación entre este supuesto y el concurso de acreedores suele consistir en una mera referencia a la LC, y a veces, con algunas afirmaciones no fundamentadas, o que no cabe tachar sino de erróneas. Por ejemplo, en Díez-PICAZO, *Fundamentos*, tomo 2, pág. 382, se puede leer: «en la ley concursal no hay regla específica de vencimiento anticipado, y la ley lo que dice en el artículo 159...», olvidando referirse absolutamente al artículo 146 LC, que es, precisamente, una regla específica de vencimiento anticipado en el concurso. Además, se propone que el fundamento del vencimiento anticipado que operaba en virtud de la declaración de concurso y quiebra, «se puede encontrar también en la concordancia de dicha regla con el artículo 1129.1, toda vez que el concurso presupone la insolvencia del deudor». Es curioso y no cabe pensar sino en un error involuntario, pues el mismo autor,

mucho antes, abordó el problema con profundidad (cfr. Díez-Picazo, Luis, «El pago anticipado», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, julio-septiembre, especialmente, págs. 69-72).

¹¹ Aunque en el Derecho Romano existieron ciertos casos particulares en los que la insolvencia del deudor produce consecuencias en las obligaciones no vencidas, la insolvencia no supone una excepción al principio general de que no puede pedirse anticipadamente el cumplimiento de la obligación sin incurrir en *pluris petitio tempore* (cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Romano Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, tomo 2, pág. 41 y pág. 301). Por esta razón, el mutuario podía oponer al acreedor que reclama antes del término convenido una *exceptio pacti* (cfr. GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Derecho Privado Romano*, 14.^a ed., Ediciones académicas, Madrid, 2005, pág. 241) y, en caso de haberse omitido un pacto de plazo, «de todas formas el mutuario está defendido por la *exceptio doli* frente a un cobro intempestivo o abusivo» (GUZMÁN BRITO, *Derecho Romano*, tomo 1, pág. 736).

Lo mismo puede decirse, en términos generales, respecto del Derecho Histórico castellano, por ejemplo, si se observan *Las Partidas*: En la Partida V, título XI, ley XIV: «*Sobre la promisión a dia señalado (a plazo) promissio in diem, en latín. A dia cierto ó so condicion prometiendo un home á otro de dar ó de facer alguna cosa, non es tenuto de cumplir la promisión fasta que muere aquel dia, ó que se cumpla aquella condicion sobre que fue fecha. Et si por aventura moriese alguno dellos enante que se compliese la condicion, ó que veniese el dia á que prometiera de lo facer, los sus herederos de aquel que finase fincan en aquella mesma manera obligados para cumplir lo que fue prometido, maguer viniese la condicion después de la muerte de qualquier dellos*». No obstante, en materia de fianza, la Partida V, título XII, ley XIV, se señalan cinco razones por las cuales «*se desata la fiadura et puede el fiador salir della*», entre ellas, «*la quinta es si aquel á quien fió comienza a desgastar sus bienes*».

¹² Una exposición histórica y sistemática de la regla, desde el Derecho Romano hasta la recepción en la codificación española, puede verse en CLEMENTE, *Los supuestos legales*, págs. 39-82; y en TOMILLO URBINA, Jorge Luis, *El vencimiento anticipado de las deudas en la Quiebra*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 23 y sigs. Para profundizar sobre el origen del concepto jurídico de insolvencia en el Derecho Romano, véase ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 37 y sigs.

¹³ POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Argentina, 1993, pág. 134. Sobre el fundamento, señala que: «(e)l término concedido por el acreedor al deudor, se considera que tiene por fundamento la confianza en su solvencia; cuando ese fundamento desaparece, el efecto del término cesa» (pág. 133).

¹⁴ En efecto, el texto en vigor con la sola vigencia del *Code* (17 de febrero de 1804) señalaba que: «*Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier*».

¹⁵ Los argumentos en los que se sostiene dicha equiparación son referidos por CLEMENTE, *Los supuestos legales*, págs. 63-66, y se resumen en tres: primero, que *faillite y deconfiture* era exactamente lo mismo, serían dos términos que apuntan a una misma cosa (se puede quebrar sin ser comerciante); segundo, que debido a la falta de una regulación concursal referida a los no comerciantes, se recurría al artículo 180 de las Costumbres de París; y tercero, que el *Code* se refería, en diversas disposiciones, a la insolvencia y la quiebra en conjunto, como supuestos de vencimiento anticipado, por lo que dicha equiparación debía también hacerse respecto del artículo 1188. También véase TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 33 y sigs., quien agrega que, además, se discutió si era aplicable a simples supuestos de hecho de insolvencia (*insolvabilité*) y que el mismo problema interpretativo que se extendió a otros ordenamientos en los que la norma en cuestión sirvió de base, como el Código de Comercio español de 1829 (art. 1043) y la codificación italiana de 1865.

¹⁶ Uno de estos códigos es el Código Civil chileno, de 1855 (aún en vigor), que en su artículo 1496 señala que se puede exigir el pago de la obligación, antes de expirar el plazo (núm. 1) «*al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia*».

¹⁷ El artículo 1176 del Código italiano de 1865 disponía que: «*Il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, se è divenuto non solvente (...)*».

¹⁸ Si se observa la génesis del texto legal del artículo 1129 del Código Civil, tanto en el proyecto de 1836 como en el de 1851 se establecía que, para que se pudiera exigir anticipadamente, el deudor debía haber sido declarado en quiebra (el primero decía «*deudor que hubiere quebrado*»; el segundo «*deudor constituido en quiebra*»). La «quiebra» referida en estos artículos era solo para comerciantes. No existe en estos proyectos referencia a la «insolvencia», que terminó siendo el presupuesto de la anticipación, sin que existieran precedentes legales para ello en la legislación española (cfr. SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil*, Madrid, 1902, tomo 19, págs. 683 y 684), y en este sentido, como sostiene CLEMENTE, concordaba —según él se trataba más bien de una reiteración innecesaria— con el artículo 1043 del Código de Comercio de 1829, que establecía que «con la declaración de quiebra se tienen por vencidas todas las deudas pendientes...» (*Los supuestos legales*, pág. 75). La redacción actual del artículo 1129.1 del Código Civil encuentra su fuente directa (de hecho, sin modificaciones materiales) en el artículo 1146 del Anteproyecto de Código Civil (1882-1888), que señalaba que «*pierde el deudor todo derecho a utilizar el plazo*»: 1.º *Cuando después de contraída la obligación caiga en insolvencia, salvo que garantice la deuda*».

¹⁹ CLEMENTE agrega: «(...) los efectos propios de la quiebra al respecto se encontraban regidos en el artículo 1043 del Código de Comercio de 1829 y, luego, en el artículo 883 del Código de Comercio de 1885. El Código Civil opta por no regular lo que es propio de la legislación mercantil. Se establece una separación entre ambos tipos de vencimiento que (...) no es solo por la causa, sino también por las consecuencias...» (*Los supuestos legales*, pág. 75). Por ello, la doctrina ha entendido que el Código Civil, al exigir como requisito de la facultad contenida en el artículo 1129.1 del Código Civil la «insolvencia», establece una separación, aparentemente clara, entre este supuesto de vencimiento anticipado y el que se produce en situación de concurso.

²⁰ Díez-PICAZO, por ejemplo, refiere que: «la doctrina que (...) ha discutido acerbamente el fundamento teórico y práctico de este vencimiento de los créditos causado por pura insolvencia, ha puesto en duda también su razón o justificación histórica (...) (l)a introducción del vencimiento por insolvencia se debe a un error de los jurisconsultos franceses que interpretaron la *deconfiture*, que en el artículo 180 de las Costumbres de París era causa de vencimiento anticipado de los créditos, como toda insolvencia civil, cuando en su sentido propio y originario denota el estado del insolvente cuyos bienes están siendo vendidos por los acreedores por consecuencia de un estado de concurso abierto sobre los bienes mismos». Y agrega luego que, desde esta posición, «la inclusión de este supuesto en el Código Civil español es menos explicable todavía que en los derechos francés e italiano, porque en estos no existía un procedimiento de ejecución universal de los no comerciantes, mientras que en el español existía y provocaba su propio y específico vencimiento anticipado» (Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 72, en nota).

²¹ Todos estos argumentos, recogidos resumidamente en CLEMENTE, *Los supuestos legales*, págs. 90-95; y en ORDUÑA, *La insolvencia*, págs. 130-135.

²² «Si existiera (situación concursal) el vencimiento de las deudas no se operaría por virtud del artículo 1129 sino de los preceptos específicos de la materia concursal» (Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 71). Con la misma argumentación, MONTÉS PENADÉS, en ALBADALEJO, *Comentarios*, tomo 15, vol. 2, pág. 131. CLEMENTE agrega que si no se admitiera un concepto propio de insolvencia y, en consecuencia, que el 1129.1 del Código Civil hubiera que referirlo necesariamente a la quiebra o al concurso, entonces carecería de sentido, porque solo reiteraría lo dicho en el artículo 1915 del Código Civil o artículo 883 del Código de Comercio (CLEMENTE, *Los supuestos legales*, pág. 95). O si se quiere, como sostiene otro autor, porque «el entendimiento contrario privaría de sentido la regulación concreta de los artículos 1915 del Código Civil y 883 del Código de Comercio» [LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «De las obligaciones a plazo», en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (coord.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, tomo 2, pág. 108]. Los mentados artículos transcritos, abajo, en nota 72.

²³ Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, págs. 70-71. En el mismo sentido, CAPILLA RONCERO, F., «Insolvencia», en MONTOYA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. 3, págs. 3614-3615.

²⁴ Así, por ejemplo, se decía que la posibilidad de enervar el vencimiento anticipado garantizando la deuda, en el caso del artículo 1129.1 del Código Civil, sería ineficaz una vez declarado el concurso o la quiebra (cfr. CLEMENTE, *Los supuestos legales*, pág. 94). Pero, como se puede observar, el argumento no sirve para sostener que la insolvencia del artículo 1129.1 del Código Civil no requiera una declaración previa de concurso, sino que apunta a la segunda pregunta, sobre la eficacia de una garantía (o del pago) si con posterioridad se declara el concurso. Y, en todo caso, se trata de una solución *a priori*, no una justificación. Por último, hay que considerar que una garantía otorgada por el propio deudor es de dudosa eficacia en atención a lo dispuesto por el artículo 1291.3 del Código Civil, sin necesidad de recurrir a las reglas concursales.

²⁵ Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 70. También recogido en MONTÉS PENADÉS, en AL-BADALEJO, *Comentarios*, pág. 131.

²⁶ LASARTE, en PAZ-ARES *et al.*, *Comentario*, pág. 108; PEÑA LÓPEZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1364; MANRESA, José María, *Código Civil español*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1901, tomo 8, pág. 155. En el mismo sentido, aunque en relación a la noción de insolvencia del artículo 1467 del Código Civil —que el autor considera como complementario del art. 1129.1 del CC y justificados en la misma *ratio*— GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario al artículo 1467», en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (coords.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, tomo 2, págs. 918 y 919.

²⁷ La posición mayoritaria ha sido la que sostiene que la pluralidad de acreedores es un presupuesto del concurso. Al respecto, véase VELA, Pedro, «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 221-228, quien señala que antes de la LC, tanto la jurisprudencia del TS como la de las Audiencias Provinciales exigía la pluralidad de acreedores para la declaración de quiebra o admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos, por entender que el concurso estaba basado en la *par conditio creditorum*; por la *ratio legis* de la declaración de quiebra, en cuanto permitía por su propia naturaleza la distribución de los bienes entre los acreedores; porque ambos procedimientos se concebían como de ejecución universal, y por ende, opuestos a la ejecución individual; entre otras razones. Si bien en la LC no hay un mención expresa a la pluralidad de acreedores, se recoge tácitamente en la Exposición de Motivos (*la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores* —en plural—) y de diversas normas (cita, por ejemplo, el art. 2.1 en cuanto exige un «deudor común» a varios acreedores; el art. 3, que menciona acreedores en plural; el art. 6.2.4.º, que exige «relación de acreedores, por orden alfabético» entre otros). El requisito brota además del mismo concepto de «concurso», y del hecho de que no tiene sentido imponer limitaciones y reconducir hacia la cooperación cuando hay un único acreedor. A lo anterior se suman varias razones prácticas (págs. 226-228). Otros autores adoptan la misma postura: así, por ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Artículo 2», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, tomo 1, págs. 39 y 40, como un requisito «imprescindible»; FERNÁNDEZ CARRÓN, Clara, *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 35-37; GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 23, quien señala que «la ejecución universal, y en ella el concurso, implica siempre una pluralidad de acreedores»; y agrega más adelante, que, en consecuencia «en el momento en el que se tenga constancia de la inexistencia de dicha pluralidad, por ejemplo, tras el informe de la administración concursal, el procedimiento deberá concluir» (págs. 155-156).

Desde luego, no es este el lugar para detenernos largamente sobre esta discusión. La posición minoritaria puede verse en SERRA, Catarina, «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009, págs. 329-341, con especial apoyo en la doctrina italiana.

²⁸ Véase, por ejemplo, DIEZ-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 71; y CASTÁN TOBENAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 17.ª ed., Reus, Madrid, 2008, tomo 3, pág. 225.

²⁹ En la Exposición de Motivos, párrafo VI, se lee: «*El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud*».

³⁰ El término insolvencia proviene de la voz latina *solvere*, que es, en su primera acepción, «desatar, soltar». De donde la derivación a *solutio* como «acción de desatar», «soltura», «libertad» (cfr. DE MIGUEL, Raimundo, *Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico*, 2.ª ed., 1897, reimpreso por Visor Libros, 2000; COROMILLAS, J. y PASCUAL, J. A., *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, 1.ª ed., Gredos, Madrid, 1980; SEGURA MUNGÍA, Santiago, *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001). Como señala ORDUÑA: «(l)a conexión de *solvere* con el significado originario de *obligatio* es obvia, pues si esta se refiere a una situación material de sujeción o ligamen (vínculo), aquel indica el hecho de quedar suelto o desatado» (*La insolvencia*, pág. 43). Así, continúa el autor, «la insolvencia tuvo una primera concreción como una locución negativa o privativa del verbo *solvere*, y aludía a la situación de sujeción material en la que se encontraba el obligado (*in solutus*). Posteriormente, y ligado al desarrollo de la noción de obligación como un vínculo temporal en el que el acto de liberación del deudor viene determinado por la satisfacción del acreedor, «el insolvente *in solutus* no es solo el que queda sujeto, el que no es liberado, sino el que frustra la posible satisfacción del interés patrimonial del acreedor inherente al crédito, esto es, su efectividad» (*La insolvencia*, pág. 52). Esta evolución explica que la significación jurídica se presente hoy como la acepción común del término: insolvencia es «falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda» (cfr. *Diccionario Esencial de la Lengua Española*, Real Academia Española, Espasa Calpe, Madrid, 2006).

³¹ Porque, como señala MONTÉS, «(m)ientras que este último (el incumplimiento) afecta la vida de una determinada relación obligatoria singular y puede tener su origen en la voluntad del deudor de no pagar, la insolvencia viene dada por una situación patrimonial objetiva y compleja...» (MONTÉS PENADÉS, en ALBADALEJO, *Comentarios*, tomo 15, vol. 2, pág. 132).

³² Cfr., por ejemplo, LACRUZ, *Elementos*, tomo 2, vol. 1, pág. 148; PEÑA LÓPEZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1364; ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 209.

³³ Por todos, CLEMENTE, *Los supuestos legales*, págs. 87-89.

³⁴ PEÑA LÓPEZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1364. También en ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 209, que además, ofrece la explicación: «(s)i se exigiera esta circunstancia quedaría frustrada la finalidad de la norma, que va dirigida a tutelar el interés del acreedor facultándole para la reclamación inmediata del crédito». En palabras de PUYALTO: «(l)a insolvencia como hecho o causa legal del vencimiento anticipado es una situación objetiva que ha de valorarse teniendo presente el importe de la deuda y el vencimiento señalado, a fin de verificar que, aun deteriorada, la garantía constituida por el patrimonio realizable del deudor resulta suficiente para satisfacer el interés del acreedor. Por ello, la falta absoluta de recursos económicos haría inútil por no decir inviable, el ejercicio del vencimiento anticipado» (*Las cláusulas de vencimiento*, pág. 112).

³⁵ ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 209.

³⁶ Cfr., por ejemplo, LASARTE, en PAZ-ARES *et al.*, *Comentario*, pág. 108; LACRUZ, *Elementos*, pág. 148. En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO, quien, aunque en referencia al concepto de insolvencia del artículo 1467 del Código Civil, que estima debe interpretarse en forma armónica con el del 1129.1 del Código Civil, afirma: «(h)a de ser verdadera insolvencia, no mera disminución de la solvencia» (en PAZ-ARES *et al.*, *Comentario*, págs. 918 y 919).

³⁷ Por esta misma razón, algunos autores franceses ponían en duda la aplicación extensiva del supuesto de pérdida del beneficio del plazo en caso de quiebra (*faillite*) contenido en el artículo 1188 del *Code* a otros supuestos en los que existía igual fundamento, como ocurría en el procedimiento concursal del no comerciante (*déconfiture*) y en general, en caso de insolvencia (*insolvabilité*). Sobre el punto, véase PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité*

Pratique de Droit Civil Français, 2.^a ed., Libraire General de Droit et Jurisprudence, París, 1954, tomo 7, pág. 350.

³⁸ Sobre el punto, véase, por todos, CASTÁN, *Derecho Civil*, tomo 3, pág. 298 y sigs.

³⁹ CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1989, págs. 65-67.

⁴⁰ La mención a bienes «presentes y futuros» del artículo 1911 del Código Civil se entiende, en este sentido, como los bienes que existen al momento de devenir exigible la obligación (por todos, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, tomo 2, págs. 149-150). Así, a la vez que encierra una ventaja (pues el acreedor puede dirigirse también contra los bienes adquiridos con posterioridad al momento en que se contrajo la deuda —e incluso puede lograr que ingresen bienes que no lo han hecho, por negligencia o pasividad del deudor—, la protección de su interés por esta vía es insuficiente, pues el deudor puede seguir administrando su patrimonio, y el acreedor no puede dirigirse contra los bienes que ya han salido del patrimonio, salvo que hayan salido en forma fraudulenta.

⁴¹ Como consecuencia de lo anterior, el valor del crédito del acreedor quirografario (ya veremos que la facultad del artículo 1129.1 del Código Civil solo existe cuando el acreedor no tiene otras garantías) solo tendrá algún valor si los medios de acción sobre el patrimonio son eficaces, compensando en cierta medida la ausencia de los derechos de preferencia y de persecución que pertenecen al titular de una derecho real de garantía. Corresponde al acreedor asegurar la satisfacción de su crédito, por ejemplo, solicitando al deudor la constitución de otras garantías reales o personales (cfr. BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil*, editorial José Cajica, Puebla, 1945, tomo 2, pág. 69).

⁴² CAPILLA, en MONTOYA, *Enciclopedia*, págs. 3614-3615.

⁴³ Se sostenía, en este sentido, que «la pura enunciación de que la insolvencia se da cuando el activo es menor que el pasivo, tiene algo de engañoso. Las exigencias del sistema de partida doble obligan a introducir en el activo cuentas que no reflejan bienes y derechos, sino gastos y pérdidas. Por la misma razón, las cuentas del pasivo —capital y reservas— no reflejan obligaciones, sino el estado real de la empresa» [Díez-PICAZO (Prólogo) en ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 10; y también en RDM, 1959, pág. 73].

⁴⁴ Cfr. CAPILLA, en MONTOYA, *Enciclopedia*, págs. 3614. Es esta la idea que subyace en la doctrina civil cuando comenta el artículo 1129.1 del Código Civil. Así, por ejemplo, Díez-PICAZO señala que por insolvencia debe entenderse «una situación objetiva del patrimonio del deudor (...) la situación ejecutiva del patrimonio ha de considerarse por la incapacidad de este para hacer frente a las deudas existentes y no, por tanto, solo a aquellas que pretenden la anticipación. La incapacidad de pago ha de medirse por la relación del activo realizable frente al pasivo exigible» (*Fundamentos*, tomo 2, pág. 378). En el mismo sentido, MONTÉS PENADÉS, en ALBADALEJO, *Comentarios*, pág. 132. No obstante, entre los comentaristas del Código, algunos continúan identificando la insolvencia con la relación activo/pasivo, o al menos, no hacen mención expresa al elemento de la exigibilidad de las deudas (así, por ejemplo, LACRUZ, *Elementos*, pág. 148).

⁴⁵ Si, en cambio, se admite que una «mera disminución» de la situación patrimonial del deudor podría ser considerada como insolvencia a los efectos del artículo 1129.1 del Código Civil, la anticipación del cumplimiento podría estar justificada incluso en el caso de que exista un único acreedor, titular de una única deuda a plazo: el supuesto no es de laboratorio y la anticipación sería útil. Ello implicaría reconocer un ámbito de aplicación propio al artículo 1129.1 del Código Civil, fuera de la lógica concursal (sin necesidad de que exista pluralidad de acreedores), que justificaría su vigencia; pero ya se ha justificado porqué no puede admitirse esta noción de insolvencia (véase arriba, texto que sigue a la nota 35).

⁴⁶ Podría objetarse que la facultad de anticipar el cumplimiento no solo permite a un acreedor obtener el cobro de lo debido, sino además podría ser útil para obtener la constitución de una garantía, o bien, para poder perseguir a los deudores por garantía. Sin embargo, en mi opinión ambas proposiciones deben rechazarse. La primera (la justificación de la anticipación del cumplimiento en caso de un solo deudor, con el fin de obtener la constitución de una

garantía), porque la garantía prestada por el deudor en estado de insolvencia para seguridad de una deuda existente será de eficacia dudosa, puesto que quedaría expuesta a acciones civiles por fraude (cfr. arts. 1111 CC y 1291.3 CC) y además, frente a una posterior declaración de concurso, quedaría expuesta a la acción de rescisión concursal, presumiéndose *iuris tantum* el perjuicio para la masa activa (cfr. art. 71.3-2.º LC). Por ello, la doctrina estima que, «rigurosamente, la garantía solo será bastante cuando la preste un tercero» (cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, tomo 2, pág. 379; MONTÉS PENADÉS, en ALBADALEJO, *Comentarios*, pág. 134). La segunda proposición (la justificación de la anticipación del cumplimiento en caso de un solo deudor, con el fin de perseguir a deudores por garantía), porque en la medida que se puede enervar la pretensión del acreedor de anticipar el cobro si su satisfacción se asegura mediante la constitución de una garantía, se entiende que, por la misma razón, el acreedor que tenía garantizada la deuda *ab initio* no tiene la facultad de exigir anticipadamente (así, MONTÉS PENADÉS, en ALBADALEJO, *Comentarios*, pág. 134; CLEMENTE, *Los supuestos legales*, pág. 97). Así lo ha entendido también la jurisprudencia (cfr. DÁVILA GONZÁLEZ, Javier, «Comentario al artículo 1129», en PASQUAU LIAÑO, Miguel (dir.), *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*, 2.ª ed., Colmares, Granada, 2009, pág. 2009). De hecho, ni siquiera existiría esta facultad en el caso que la garantía otorgada *ab initio* no fuese suficiente para cubrir el importe del crédito desde su constitución (cfr. CLEMENTE, *Los supuestos legales*, pág. 97). Algún autor llega a sostener que cabe dudar, incluso, que el deudor que ya tiene garantizada la deuda sea, en rigor, insolvente a efectos de este artículo (así Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 75; y ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 207). En conclusión, para el acreedor aplazado la utilidad de esta facultad se limita a la pretensión de cobro en forma anticipada al deudor, o en su caso, a que pueda operar otro modo oneroso de extinguir la obligación, como la compensación.

⁴⁷ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino, «Sobre el concepto básico de insolvencia», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 1002. En el mismo sentido, VIGUERA RUBIO, José, «Los presupuestos del concurso», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (coord.), *Derecho Mercantil*, 11.ª ed., Ariel, Barcelona, 2006, pág. 773.

⁴⁸ MERCADAL VIDAL, FRANCISCO, «Comentarios al artículo 2», en SAGREGA TIZÓN, J./SALA REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 31.

⁴⁹ ROJO, ÁNGEL, «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *Comentarios de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo 1, pág. 167.

⁵⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 104.

⁵¹ Precisamente esta idea de un concepto único pero flexible ha permitido a la doctrina plantear varias cuestiones en relación con el presupuesto objetivo, que aquí solo podemos apuntar y remitir a los respectivos trabajos para su profundización. Por ejemplo, sobre la delimitación, el concepto objetivo del concurso, con una importante revisión del Derecho Comparado, véase CERDÁ ALBERO, Fernando, «La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 955-958, y SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 99. Una crítica a la insolvencia como presupuesto, desde la óptica del concurso necesario, en BELTRÁN, Emilio, «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, pág. 35; sobre la posibilidad de probar la insolvencia por otras vías que las establecidas en los artículos 3 y 4 LC, véase MERCADAL, en SAGREGA *et al.*, *Comentarios*, pág. 36 y sigs.

⁵² Cfr. MONTÉS REIG, Luis, «¿Cómo debe acreditar el deudor que solicita la declaración de concurso la concurrencia del presupuesto objetivo necesario a tal efecto?», en *Revista de Derecho Patrimonial [Aranzadi]*, núm. 12, 2004, pág. 157; SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 97.

⁵³ En este sentido, ROJO, en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios*, pág. 171, dice que: «(e)n tanto no devenga exigible, al menos una obligación, el deudor no es insolvente (actual)». En el mismo sentido, DUQUE, en *Estudios*, pág. 1014; MERCADAL, en SAGREGA *et al.*, *Comentarios*, pág. 34; VIGUERA, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*, pág. 773; y CERDÁ, en *Estudios*, pág. 967.

En todo caso, parece existir consenso en que puede haber un estado de insolvencia si hay incapacidad para hacer frente a una obligación, aun cuando la LC describe y supone incumplimiento de varias obligaciones. De hecho, el artículo 2.4 LC lo permite (al respecto, véase SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 109; y DUQUE, en *Estudios* pág. 1006).

⁵⁴ SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 106. También DUQUE, en *Estudios*, pág. 1009, quien explica que «no puede ser interpretada como un desequilibrio contable (...) lo que se explica por las diversas fases por las que atraviesan las sociedades (...) la declaración del concurso no se produce automáticamente ante pérdidas muy calificadas del valor del patrimonio».

⁵⁵ Cfr. DUQUE, en *Estudios*, pág. 1006; SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 108.

⁵⁶ Así, por ejemplo, ROJO, en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios*, págs. 169-171; SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 105; MERCADAL, en SAGREGA *et al.*, *Comentarios*, pág. 35; CERDÁ, en *Estudios*, pág. 963.

⁵⁷ SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 106.

⁵⁸ SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, págs. 104-105. En opinión de BELTRÁN esta tesis niega valor al concepto, pues simplemente reconduce a las reglas de identidad e integridad del pago contenidas en el Código Civil (cfr. BELTRÁN, en *ADConcursal*, 2007, pág. 47).

⁵⁹ Cfr. SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, págs. 104-105.

⁶⁰ Cfr. BELTRÁN, *ADConcursal*, 2007, pág. 47, citando a la doctrina italiana. Agrega que, desde este punto de vista, la propia ley ofrece un concepto de regularidad, cuando establece que nunca serán rescindibles actos ordinarios, realizados, «en condiciones normales».

⁶¹ ROJO sostiene que «cumplimiento regular significa cumplimiento por medios normales», y que no sería regular si, por ejemplo, el deudor procede a la liquidación apresurada y ruinosa de los bienes (en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios*, pág. 172). En este mismo sentido, también BELTRÁN, en *ADConcursal*, 2007, pág. 48, y CERDÁ, en *Estudios*, págs. 956-966, para quien más bien se refiere a anormalidad en los medios de pago, si se hace el pago con medios distintos de los que comúnmente se aceptan en el comercio como sustitutivos del dinero».

⁶² Cfr. BELTRÁN, en *ADConcursal*, 2007, pág. 44.

⁶³ ROJO, en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios*, págs. 180-183.

⁶⁴ ROJO, en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios*, pág. 175.

⁶⁵ TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 74.

⁶⁶ En relación con la legitimación de los acreedores para instar el concurso, la mayoría de la doctrina entiende que el artículo 2.4 LC establece hechos que autorizan el ejercicio de esa legitimación con carácter *numerus clausus* (véase, por todos, SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 122). En contra, MERCADAL, para quien «cabrá que el deudor o el acreedor acrediten la concurrencia del presupuesto objetivo por la vía que tengan por conveniente al amparo de su derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución), aunque dicha vía no tenga una plasmación directa y expresa en los referidos apartados del precepto. Además, el solicitante debe cumplir con ciertos requisitos formales (cfr. art. 7 LC)» (cfr. MERCADAL, en SAGREGA *et al.*, *Comentarios*, págs. 31 y 35-36).

Por otro lado, hay que destacar que hoy es indiferente la naturaleza y actividad del sujeto pasivo del concurso de acreedores, desapareciendo la clásica distinción entre deudor común y deudor comerciante. En la Exposición de Motivos, apartado II: «La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello

suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarla obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación». Al respecto, véase ESTEBAN RAMOS, Luisa María, «El presupuesto subjetivo del concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, 2009, págs. 151-193. Esto no obsta que pueda discutirse la conveniencia o no de esta unificación, por ejemplo, que el concurso de acreedores sea el cauce idóneo para tratar la insolvencia de las personas físicas (este es precisamente el objeto del trabajo de FERNÁNDEZ CARRÓN, *El tratamiento*).

⁶⁷ En palabras de BELTRÁN, «añade un incentivo de carácter positivo, realmente determinante, procedente del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983: no se formará la sección de calificación —y, por tanto, el concurso de acreedores no generará sanciones para el deudor ni para los administradores de las sociedades— si llega a aprobarse judicialmente un convenio de espera inferior a tres años o de quita y espera inferior a la tercera parte (...) no habrá sanción para aquel deudor que alcance una solución razonable con los acreedores concursales. Con ello se consigue que los deudores insten su propio concurso cuando existan posibilidades razonables de satisfacción de los acreedores y, por tanto, de conservación de la empresa...» (*ADConcursal*, 2007, pág. 34; y cfr. art 163.1.1.º LC).

⁶⁸ En este sentido, se ha dicho que «queda claro que es una facultad del deudor presentarse a concurso voluntario cuando prevea su insolvencia futura. Pero, junto con esta facultad, también se impone el deber de solicitar la declaración de concurso (...) en situación de insolvencia actual» (CERDÁ, en *Estudios*, pág. 971). La introducción de este deber del deudor implica una superación de los antiguos debates sobre la existencia de este deber en el derecho concursal derogado (DUQUE, en *Estudios*, pág. 1009).

⁶⁹ En todo caso, sobre el deber que pesa sobre los administradores de solicitar el concurso, y de la subsiguiente responsabilidad que puede recaer sobre ellos, la lectura de las normas en juego plantea algunos problemas sobre los que no podemos detenernos aquí. Para una aproximación a ellos, ver CERDÁ, en *Estudios*, págs. 972-976 (aunque, por la fecha del estudio, la referencia es a los antiguos arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL).

⁷⁰ Véase, arriba, nota 46.

⁷¹ TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 67, quien agrega: «las dificultades prácticas que presenta esta posibilidad teórica son notables...» (pág. 74).

⁷² En efecto, el artículo 1915 del Código Civil establecía: «*Por la declaración del concurso vencen todas las deudas a plazo del concursado*»; y el artículo 883 del Código de Comercio, que: «*En virtud de la declaración de quiebra, se tendrán por vencidas a la fecha de la misma las deudas pendientes del quebrado*».

⁷³ TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 68.

⁷⁴ Cfr. TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 69. Se descartaba de plano la posibilidad de utilizar las normas que presumían *iuris et de iure* el fraude del deudor (contempladas en los artículos 879 y 880 del C. de C.) porque dicha presunción es incompatible con el ejercicio de una facultad legal reconocida al acreedor. Se entendía que ello no impediría, en principio, que se pudieran utilizar las demás acciones rescisorias especiales o la revocatoria de derecho común, pero se requeriría, en todo caso, probar el fraude.

⁷⁵ LEÓN, Francisco José, «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria (I)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, pág. 55.

⁷⁶ «Como trámite concursal, la reintegración es el conjunto de las operaciones dirigidas a traer al patrimonio del deudor común y concursado, aquellos bienes que salieron de él indebidamente. La distancia temporal, generalmente, entre el estado de insolvencia patrimonial y su declaración judicial, así como las más que probables consecuencias que para los acreedores se desatan en ese espacio es, precisamente, lo que trata de resolverse con el instituto de la reintegración» (ESCRIBANO GÁMIR, Rosario, «La reintegración de la masa activa del concurso»,

en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 4009).

⁷⁷ Cfr. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentario al artículo 71», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, tomo 1, págs. 830-834.

⁷⁸ GARCÍA-CRUCES, José Antonio, «De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 2, 2004, pág. 46.

⁷⁹ Para un análisis de la aplicación jurisprudencial y las críticas doctrinales de la retroacción absoluta, véase GIL, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 834 y sigs.; y GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, págs. 47-52. El excesivo rigor de esta regla fue moderado por interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias, que exigían que los síndicos solicitaran la declaración de nulidad. Señalaban además que el supuesto no era de nulidad, sino de anulabilidad, y que no eran actos ni nulos ni anulables, sino ineficaces (cfr. LEÓN, en *ADConcursal*, 2007, págs. 75-79). Por otro lado, alguna jurisprudencia minoritaria admitió la posibilidad de evitar la nulidad por retroacción si se probaba que el concreto acto afectado no era perjudicial para la masa (cfr. GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, pág. 54). El cambio de criterio en la LC se explica por la consideración unánime de la doctrina en cuanto a que la retroacción absoluta y judicial origina una gran inseguridad en el tráfico jurídico (véase, por todos, BUSTILLO SAIZ, María, «Razones de derogación de la retroacción judicial absoluta en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 3971-4008).

⁸⁰ GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, pág. 53. Sobre este punto, véase MARTÍNEZ, Aurora, *La inhabilitación del quebrado. Ámbito temporal*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 25 y sigs.

⁸¹ La denominación de «rescisorias» a estas acciones es una cuestión que se ha debatido, no obstante se entiende que es la que más se aproxima a su verdadera naturaleza (CRESPO ALLUÉ, Fernando, «Comentario al artículo 71», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 1366), y particularmente, dentro del marco de las acciones rescisorias por lesión. Sobre la naturaleza jurídica de la acción, puede verse ESCRIBANO, en *Estudios*, págs. 4023-4028; y ESCRIBANO GÁMIR, Rosario, «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, págs. 10-21. Para una comparación entre el modelo revocatorio concursal con el ordinario en el Derecho Positivo español, véase LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, «La acción revocatoria concursal: perfiles generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 4167 y sigs.

⁸² Cfr. GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, pág. 55. La Exposición de Motivos (ap. III) es clara en este sentido: «La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en periodo sospechoso por su proximidad a esta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irrevindicabilidad o del registro».

⁸³ CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1368. Como además desaparece expresamente el requisito del fraude, la doctrina entiende que se trata en realidad de un supuesto de rescisión por lesión, incardinable al artículo 1291.5.º del Código Civil.

⁸⁴ El actual contenido del artículo 71.6 LC es el que tenía el texto original de la LC. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo un numeral 6 al artículo 71 LC, relativa a los acuerdos de refinanciación, con el consiguiente desplazamiento del original numeral 6 al 7 (si bien la excepción relativa a los acuerdos de refinanciación había sido introducida antes por el RD-ley 3/2009, incorporando una Disposición Adicional cuarta a la Ley 22/2003; sobre

ello, véase, por ejemplo, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «Refinanciación y reintegración concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, 2010, págs. 9-38).

Por reciente modificación, realizada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (que ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2014, con posterioridad a la fecha de aceptación de este trabajo), el artículo 71.6 LC ha vuelto a tener su texto original; y el supuesto al que se refería el hasta entonces numeral 6 del artículo 71 LC, pasa a servir de base para la regulación del actual artículo 71 bis LC, que ha sido introducido por el mentado Real Decreto-ley 4/2014.

⁸⁵ Por todos, véase GIL, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 851, nota 58.

⁸⁶ Hay que tener presente que, desde el punto de vista de la regulación de la rescisoria concursal, quedaría dentro del concepto de «acto» no solo el pago espontáneo, sino también la falta de oposición del deudor, tanto en sede extrajudicial como judicial. En este sentido, CRESPO: «han de ser actos jurídicos realizados por el deudor que por incidir, de alguna forma, en la consistencia o composición de su patrimonio sujeto a responsabilidad, o simplemente, por disminuir el valor en ejecución, de los elementos del patrimonio del deudor susceptibles de ser embargados, perjudican a los acreedores...» (CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1376). Y luego, citando a DE CASTRO Y BRAVO (pág. 1376, en nota 20), agrega que la relación jurídica entre el deudor y el tercero, cuyo efecto sería el acto perjudicial impugnado, puede ser creada tanto por un negocio jurídico como por «actos de naturaleza semejante —como la confesión, el perdón, el reconocimiento, la renuncia—».

⁸⁷ MASSAGUER, José, «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 4222.

⁸⁸ Cfr. CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1396. Sobre la justificación, GARCÍA-CRUCES entiende que la inserción de esta excepción es acertada, pues si los actos se realizan en las condiciones previstas, «no supondrían perjuicio alguno para la masa, razón que explicaría ya suficientemente la excepción» (*ADConcursal*, 2004, pág. 59).

⁸⁹ Cfr. ESCRIBANO, en *ADConcursal*, 2007, pág. 54.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 53.

⁹¹ CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1397.

⁹² Cfr. ESCRIBANO, en *ADConcursal*, 2007, pág. 22.

⁹³ Cfr. MORALES, Ignacio, «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009, pág. 89.

⁹⁴ Así, por ejemplo, LEÓN: «(y) es que en la delimitación del concepto de perjuicio es menester tener en cuenta la finalidad de las acciones de reintegración concursal. Estas acciones se dirigen a la protección de los acreedores concursales para la satisfacción colectiva de los créditos. Significa ello que, para delimitar el concepto de perjuicio, es necesario atender al principio de paridad de trato...» (LEÓN, Francisco José, «Comentario al artículo 71», en ROJO, A. y BELTRÁN, Emilio (coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, 2004, pág. 1307). En mismo sentido, ESCRIBANO, en *ADConcursal*, 2007, pág. 23; y CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1377.

⁹⁵ El fundamento de esta presunción respecto de los actos gratuitos es, por un lado, que «el resultado perjudicial es más que obvio», ya que «supone una actuación contraria a elementales exigencias», y por otro, que es una previsión acorde al principio de Derecho Privado por el cual estas adquisiciones son objeto de menor tutela (GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, pág. 56).

⁹⁶ «Excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente». Esta precisión se debe a la Ley 38/2011, de 10 de octubre. En el apartado siguiente se establece, en consecuencia, se agrega (numeral 3) como un caso en el que se presume el perjuicio patrimonial (presunción simplemente legal), «Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso». Las modificaciones introducidas en este punto no inter-

resan especialmente a este trabajo, puesto que, como ya hemos justificado, el acreedor que tiene garantizado el crédito, no goza de la facultad para anticipar el cumplimiento (véase nota 46).

⁹⁷ Así, CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1397; y HERRADOR MUÑOZ, Alicia, «Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, pág. 173. Se ha dicho que esta presunción es una concreción de la norma civil contenida en el artículo 1292 del Código Civil (GARCÍA SANZ, Arturo, «Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 4071).

⁹⁸ GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, pág. 56.

⁹⁹ Así, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «La acción rescisoria concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4127-4128. El mismo autor, sin embargo, critica la norma, porque entiende que esto es exagerado.

¹⁰⁰ Cfr. CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1385.

¹⁰¹ LEÓN apunta, en este sentido, que «ciertamente, el criterio de la Ley no atiende de manera satisfactoria a los intereses de los acreedores concursales cuando se extingue de manera anticipada una obligación vencida después de la solicitud y antes de la declaración judicial de concurso, especialmente, en aquellos casos en que el procedimiento se haya iniciado a solicitud del deudor (art. 5). En este supuesto, los acreedores tienen que demostrar el daño (art. 71.4) a pesar de que el deudor haya manifestado en la solicitud de concurso que se encuentra ya en ese momento en estado de insolvencia, y se trate de un pago que implica favorecer a un acreedor singular frente a los demás» (en ROJO y BELTRÁN, *Comentario*, pág. 1310).

¹⁰² Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración de concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, págs. 384-387; quien además apunta que, para ese sector de la doctrina, el pago de deudas vencidas y exigibles no son rescindibles, porque se trata de un acto ordinario y debido, realizado en condiciones normales; o porque el pago de una deuda no es perjudicial, ya que a la disminución provocada por el acto sigue una disminución del pasivo.

¹⁰³ VILLORIA RIVERA, Íñigo, «El mito de la *par conditio creditorum*», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, 2008, pág. 325. Por ello, el autor cuestiona que el fundamento de la acción rescisoria sea la protección de los acreedores, sino que debe entenderse que es la del deudor, y agrega: «(n)o se trata de salvaguardar la *par conditio* de una masa pasiva que no existía al tiempo de realizarse el acto en cuestión, sino de proteger la masa activa frente al perjuicio derivado de actos lesivos».

¹⁰⁴ Cfr. HERRADOR, en *RDCyP*, 2005, pág. 176.

¹⁰⁵ Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, en *RDCyP*, 2008, pág. 387. La afirmación viene apoyada, además, por la jurisprudencia mercantil que la misma autora refiere, la cual acoge un concepto de perjuicio como infracción a la *par conditio creditorum*, y en consecuencia, admite la rescisión de pagos de obligaciones vencidas y exigibles (págs. 387-389).

¹⁰⁶ Una exposición sintética de ellas en SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel, «Acciones de impugnación por fraude o invalidez de los actos del deudor: El artículo 71.6 de la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2009, págs. 391-405. Considérese lo dicho en nota 84.

¹⁰⁷ Cfr. Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 114

¹⁰⁸ De hecho, el mismo Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 114, se pregunta, a continuación, si el fraude es un elemento exigido en el artículo 1292 del Código Civil, concluyendo, con el texto de la ley, que no se exige fraude, aunque esto no implica que pueda interponerse la acción pauliana sin que haya perjuicio para los acreedores.

¹⁰⁹ DOMÍNGUEZ, *El cumplimiento*, pág. 127.

¹¹⁰ Desde esta perspectiva, ORDUNA entiende que no puede haber fraude en el ejercicio de la facultad de exigir anticipadamente del artículo 1129.1 del Código Civil, de forma que el artículo 1292 del Código Civil difícilmente puede impedir o limitar la aplicación de aquel,

porque «su ejercicio no muda la condición del crédito vistiéndolo de privilegio alguno para el cobro preferente; con lo que el resto de acreedores podrán participar del embargo practicado conforme a la naturaleza y condición de sus créditos (...) solo la pasividad o inactividad de estos, ya respecto de la oposición al pago realizado, o bien, con relación al correspondiente procedimiento de ejecución, puede ser determinante de su plena eficacia» (*La insolvencia*, págs. 242-243). En nuestra opinión, sin embargo, esto no es tan claro, pues, si se admite una funcionalidad extrajudicial, los demás acreedores no habrán tenido, ni siquiera virtualmente la posibilidad de conocer la pretensión de anticipación del acreedor aplazado o el pago realizado en consecuencia, y por lo mismo, de ejercer sus derechos, oponiéndose al pago o participando del embargo.

¹¹¹ CRISTÓBAL MONTÉS, Ángel, *La vía pauliana*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 123.

¹¹² GIL, en BEROVITZ, en *Comentarios*, pág. 860. Además se podría sostener, en apoyo de esta tesis, que el acreedor no requiere recurrir a la rescisión del pago en este caso, porque la ley permite a los demás acreedores utilizar la prescripción, aunque el deudor hubiera renunciado en forma expresa o tácita (cfr. art. 1937 CC). Pero la facultad de «utilizar» la prescripción solo sería eficaz antes de que pagara al acreedor, quien en tal caso puede retener lo pagado, precisamente, porque la obligación existía.

¹¹³ Cfr. DOMÍNGUEZ, *El cumplimiento*, págs. 124-126.

¹¹⁴ PLANIOL y RIPERT, *Traité*, pág. 256. Estos autores sostienen que ello implica (solución que estaba ya presente en el Derecho romano) que el deudor no puede sustraerse a la necesidad de pagar una deuda exigible y al pagarla, no hará más que cumplir con un deber estricto. La misma regla de irrevocabilidad del pago se encuentra en *Las Partidas* (Partida V, título XV, ley IX), admitiéndose solo si el pago se hace antes que se entreguen los bienes a los deudores o antes que desamparase sus bienes (cesión del patrimonio).

¹¹⁵ Cfr. SANTOS BRIZ en SIERRA, *Comentario*, pág. 283.

¹¹⁶ Cfr. SANTOS BRIZ en SIERRA, *Comentario*, pág. 283. TOMILLO, al respecto, señala que «la eficacia del artículo 1129.1 del Código Civil no está subordinada a un previo pronunciamiento constitutivo de la pérdida del beneficio del término. Basta con el que juez aprecie *in casu* la insolvencia del deudor como resultado de la prueba practicada por el acreedor...» (*El vencimiento*, pág. 63). Y sobre el punto, PUIG BRUTAU sostiene que «cuando en conformidad con este artículo 1129, el deudor haya perdido el derecho a utilizar el plazo, el acreedor puede ejercitar directamente la acción de cumplimiento, sin necesidad de una previa declaración judicial. En definitiva, se estará en la misma situación que si la obligación hubiese llegado a término en el tiempo previsto. La anticipación del vencimiento por declaración legal no ha de producir ninguna variación en este punto» (*Fundamentos*, pág. 109).

¹¹⁷ Cfr. DOMÍNGUEZ, *El cumplimiento*, págs. 124-126.

¹¹⁸ Es la doctrina constante del Tribunal Supremo [véase, a modo de ejemplo, la STS de 24-11-1988 (Roj 8259/1988) Ponente. Excmo. Señor Alfonso Barcala Trillo-Figueroa (Fundamento de Derecho 4.º); y la STS de 19-9-2002 (Roj 850/2002) Ponente: Excmo. Señor Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (Fundamento de Derecho 2.º)].

En todo caso, el TS ha sido flexible en la exigencia de que el acto sea posterior al nacimiento del crédito del actor, «si la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia de dicho crédito» [STS de 15-2-2000 (Roj 1092/2000). Ponente: Excmo. Señor FRANCISCO MARÍN CASTÁN (Fundamento de Derecho 4.º)].

¹¹⁹ STS de 19-9-2002 (Roj 850/2002). Ponente: Excmo. Señor Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (Fundamento de Derecho 2.º).

¹²⁰ STS de 20-10-2005 (Roj 6382/2005). Ponente: Excmo. Señor José Antonio SEIJAS QUINTANA (Fundamento de Derecho 4.º); citando otras sentencias anteriores, en el mismo sentido.

¹²¹ STS de 23-9-2003 (Roj 9350/2003). Ponente: Excmo. Señor José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (Fundamento de Derecho 7.º); y la STS de 20-10-2005 (Roj 6382/2005). Ponente: Excmo. Señor José Antonio SEIJAS QUINTANA (Fundamento de Derecho 4.º).

¹²² Es desde esta perspectiva que puede llegarse incluso a justificar la aplicación de la presunción *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC al pago hecho en virtud del artículo 1129.1 del

Código Civil, como propone LINACERO DE LA FUENTE, María, *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Reus, Madrid, 2005, pág. 106: «En el supuesto que el cobro anticipado del crédito se produzca dentro del periodo sospechoso se presumirá *iuris et de iure* el perjuicio patrimonial...». Es evidente que, en base a los elementos objetivos que sirven de base a la presunción, al menos hay que matizar esta afirmación, en el sentido de que el vencimiento de la obligación cuyo cobro se anticipó debía ser posterior a la declaración del concurso. La misma autora luego agrega que «en el supuesto de que el cobro se hubiera recibido fuera del periodo sospechoso (...) entran en juego las demás acciones impugnatorias, y por tanto, la acción pauliana (art. 1292 CC por remisión del art. 71.6 LC)».

¹²³ BLASCO GASCÓ, Francisco, «Comentarios al artículo 146», en SAGREGA TIZÓN, J., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 1528. En el mismo sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, «Comentario al artículo 146», en la misma (coord.), *Ley Concursal. Comentarios, Jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 448.

¹²⁴ Así lo disponían los artículos 1915 del Código Civil y 883 del Código de Comercio, que hemos transcrito antes (nota 72), y el artículo 1172 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 («En virtud de la declaración de concurso se tendrán por vencidas todas las deudas pendientes del concursado»). Aunque la regla era la misma (el vencimiento anticipado), la doctrina ponía de relieve algunas diferencias entre estas normas. Mientras el primero se refería a deudas a plazo, y decía que estas *vencen*; los otros dos se referían a deudas *pendientes*, y que ellas *se tendrán por vencidas*. A partir de estas dos diferencias se discutió el carácter real o ficticio del vencimiento; y si entre las deudas pendientes podían considerarse incluidas las condicionales (al respecto, véase, por ejemplo, TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 91 y sigs.).

¹²⁵ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, «Comentario al artículo 146», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 1568. En el mismo sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, quien agrega: «la fase de liquidación tiene por objeto la ejecución coactiva de todos los bienes del deudor para satisfacer sus obligaciones, de modo que se impone que todos los acreedores sean admitidos en aquel momento a dirigirse contra el mismo» (en la misma, *Ley Concursal*, pág. 448). Aunque se sostiene que más que en la liquidación, la regla halla su fundamento en la ejecución universal, pues se podría liquidar a medida en que los créditos fueran venciendo (BLASCO en SAGREGA *et al.*, *Comentarios*, pág. 1528), ya que «si bien es lógico que los síndicos reconozcan los créditos, nada debe impedir que los vayan pagando sucesivamente» (TATO PLAZA, Anxo, «Algunos apuntes en torno a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 3290).

¹²⁶ BOLDÓ RODA, Carmen, «Efectos del concurso sobre los créditos en particular», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 2501.

¹²⁷ SÁNCHEZ ARISTI, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1568.

¹²⁸ Al respecto, véase TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 76 y sigs. También se encontraba la justificación en una aplicación concreta para la quiebra y el concurso de un «principio» o «regla» que establecería el artículo 1129.1 del Código Civil, en cuanto los procedimientos concursales entrañan la insolvencia (cfr. SÁNCHEZ ARISTI, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1529; y TATO, en *Estudios*, pág. 3290).

¹²⁹ Cfr. Exposición de Motivos. También véase DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Artículo 146. Efectos sobre los créditos concursales», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 2578; y SÁNCHEZ ARISTI, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1570.

¹³⁰ DOMÍNGUEZ, en SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 2578.

¹³¹ En este sentido, DÍEZ SOTO, quien agrega que: «(e)n coherencia con lo dispuesto con carácter general por el artículo 1129, 1.º del Código Civil (...) y en aras de facilitar la configuración de la masa pasiva del concurso con referencia a un momento determinado, nuestro Derecho Concursal ha vinculado tradicionalmente a la declaración del concurso o quiebra el

vencimiento anticipado de todas las deudas a plazo del concursado o quebrado. El principio (...) se mantiene en la nueva Ley Concursal, aunque con la importante salvedad de que tal efecto (...) se vincula, no ya a la declaración del concurso como tal, sino a la apertura de la fase de liquidación (...). Se trata de una más de las numerosas disposiciones que a lo largo de la LC tienden a favorecer la continuidad empresarial o profesional del deudor, evitando vincular a la propia declaración de concurso determinados efectos que podrían resultar incompatibles con esta finalidad, por lo que se remiten a una eventual apertura de la fase de liquidación» (DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*. Ed. Reus, Madrid, 2006, págs. 260-261).

¹³² TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 53.

¹³³ TOMILLO, *El vencimiento*, págs. 52-55.

¹³⁴ Precisamente como consecuencia de la instauración en el sistema concursal francés de los procedimientos de *redressement* y de *liquidation judiciaires des entreprises* (Ley núm. 85-98, de 25 de enero de 1985). Hoy, el artículo 1188 del *Code* solo contempla la pérdida del beneficio del plazo en caso de disminución de las garantías: «*Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier*».

¹³⁵ ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, «Regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal», en MENÉNDEZ, A. (dir), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 4.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 889-895.

¹³⁶ TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 73, quien agrega: «así como conceder una *vía de escape* a posibles acuerdos entre el deudor insolvente y algún acreedor con el fin de perjudicar al resto de los acreedores abocados a una inevitable quiebra».

¹³⁷ BELTRÁN, en *ADConcursal*, 2007, pág. 34.

(Trabajo recibido el 20-11-2012 y aceptado
para su publicación el 21-1-2013)