

1.7. Concursal

El principio de continuación de la actividad del concursado vs. la *par condicio creditorum* en la apreciación del daño en las acciones de reintegración concursal

The continuation of insolvent's activity versus the par condicio creditorum principle in the assessment of damage linked to insolvency reintegration actions

por

JUAN PALAO UCEDA

*Profesor de Derecho mercantil y Gestor de Formación Integral
Universidad Francisco de Vitoria*

RESUMEN: Las acciones de reintegración durante el proceso de insolvencia tienen una eficiencia limitada debido al nuevo principio rector del proceso concursal que se añade a la *par condicio creditorum*. Este nuevo principio es el mantenimiento de la actividad empresarial. La interpretación dada por los tribunales al daño, el cual se necesita para conceder la reintegración, ha armonizado ambos principios atenuando parcialmente este inconveniente. Finalmente, debe resaltarse que la eficiencia de estas acciones es fundamental para la protección del crédito.

ABSTRACT: *Restitution actions during the Insolvency procedure are limited in their efficiency because of the new principle that governs insolvency procedures which was added to the «par conditio creditorum» principle (similar treatment to all creditors). This new principle is the preservation of the insolvent's activity. The interpretation of Courts given to the harm, which is needed in case of restitutions, has harmonized these two principles bringing this inconvenient partially to an end. Finally, it should be highlighted that the efficiency of these actions is fundamental for the protection of the commercial credit.*

PALABRAS CLAVE: Reintegración. Daño masa activa. Protección del crédito. Preservación de la actividad. *Par condicio creditorum*.

KEY WORDS: *Restitution. Harm on bankruptcy assets. Credit protection. Preservation of activity. Par condicio creditorum.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ALGUNOS PRINCIPIOS YACIENTES EN LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN CONCURSAL.—II. EL NUEVO PILAR DEL CONCURSO, LA CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL CONCURSADO, Y SU EFECTO EN LA ECONOMÍA DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN.—III. DERIVADAS DE LA APLICACIÓN PRIORITARIA DEL PRINCIPIO «PAR CONDICIO CREDITORUM» SOBRE EL PRINCIPIO DE CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL CONCURSADO O EL DAÑO A LA MASA ACTIVA: 1. LIMITACIÓN DEL COBRO CONTRA LA MASA DEL ACREEDOR PARTÍCIPE EN EL ACTO RESCINDIDO. 2. LIMITACIÓN DE LA IRRESCINDIBILIDAD DE LAS DEUDAS DE TRÁFICO ORDINARIO.—IV. DERIVADAS DE LA APLICACIÓN PRIORITARIA DEL PRINCIPIO DE CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL CONCURSADO O EL DAÑO A LA MASA ACTIVA FRENTE A LA «PAR CONDICIO CREDITORUM»: 1. CONSOLIDACIÓN DE CIERTAS OPERACIONES DE REPARTO PATRIMONIAL PREVIAS AL CONCURSO. 2. CONSECUENCIAS GENERALES DE ESTA PRIMACÍA: A) *Sustitución de la prueba del fraude por la del perjuicio patrimonial*. B) *La mengua en la protección del crédito*.—V. CONCLUSIONES.—VI. JURISPRUDENCIA CITADA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: ALGUNOS PRINCIPIOS YACIENTES EN LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN CONCURSAL

Es conocido que nuestro sistema jurídico se reputa de «civil law» dando con ello a entender que el fundamento último sobre el cual descansa y se asienta fundamentalmente el edificio de nuestro ordenamiento jurídico no es otro que nuestro Código civil o derecho común.

Y esta verdad tan evidente tampoco le es extraña a la acción de reintegración concursal, institución mercantil homóloga a la acción rescisoria civil acogida previamente en nuestro derecho común.

En efecto, tal como dijo el imperecedero maestro de juristas, Joaquín GARRIGUES, «[l]os conceptos [que] para el Derecho civil son puntos de llegada, para el Derecho mercantil son puntos de partida»¹.

Es pues a estos principios fundantes a los que hemos de fiar el rumbo de nuestra singladura jurídica para prevenirnos frente a los procelosos y turbulentos mares de la casuística y así aferrarnos a ellos como verdadero lucero, estrella, norte y guía para mantener el rumbo hacia puerto seguro.

Ciertamente es en la estrechez de las normativas especiales, sectoriales y su aplicación concreta donde nos es más dado, por las sacudidas del bravo mar de intereses y el particularismo que nos circuye, entrar en una franca confusión de suerte que, embotados y privados de perspectiva, nos separemos del salvífico puerto de los principios que propincuo y cercano se halla para precipitarnos nuevamente en el inclemente y cegador piélago del particularismo, tal como ha dicho BECENÁ:

«[...] así como el soldado ni ve ni dirige la batalla, así el práctico, dominado exclusivamente por el problema concreto, prescinde del sistema que es el núcleo esencial de toda obra de codificación y, a la larga, tiende a dar a su espíritu una dirección casuística que es lo más opuesto a una obra de esta naturaleza»².

Es el caso que la institución del derecho concursal o de quiebras ha nominado a todas aquellas operaciones oriundas de la rescisión pauliana civil, acciones de reintegración, construyendo así un instituto específico pero oriundo de esta última que facilita su ejercicio.

Esto se explica tanto por la contratación en masa³ propia del ámbito mercantil como por la asidua y endémica lesión de intereses de acreedores en los aledeños próximos a la declaración del concurso de acreedores⁴.

El concurso mismo pues justifica la creación de una institución específica y más acomodada a la necesidad de obrar rescisiones generalizadas, facilitando su ejercicio⁵ y fortaleciendo su eficacia en los períodos aledeños al concurso a través de la eliminación del fraude⁶ como requisito probatorio previo. Además, la mentada institución concursal, favorece este conato por un pliego de presunciones legales que allanan el camino a los demandantes⁷. No obstante lo cual entendemos que no hemos de perder el punto de partida civil que le dio hábito vital, ser y existencia, aún con los matices diferenciales que ambos presentan por los ámbitos que les son propios.

II. EL NUEVO PILAR DEL CONCURSO Y SU EFECTO EN LA ECONOMÍA DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN

Como sabemos el daño que toda rescisión presupone ha sido reputado como «daño a la masa activa»⁸ por la normativa concursal.

Sería lícito entender que esta expresión obedece más a un recurso lingüístico que a un postulado jurídico pues nos acogemos a que no hay relevancia jurídica en meros daños a las cosas aunque sean sobre el patrimonio del concursado pues este nunca pierde la titularidad de sus bienes hasta su efectiva ejecución y enajenación a lo largo del procedimiento concursal⁹.

Más bien, el daño se reputa en relación a aquellas cosas que caen bajo el dominio u otro derecho de sujeto(s) damnificado(s), que en nuestro caso sería la comunidad de acreedores, previniendo y disponiendo el ordenamiento en este caso para ellos una vía de reclamación a través del justo otorgamiento de las preceptivas acciones.

De ahí que la jurisprudencia haya terminado acercando también a los acreedores dicho daño por un «perjuicio indirecto»¹⁰ a causa de la exigencia tuitiva de que cualquier acción o interés alegado tenga un último asiento en sujetos particulares o colectivos legitimados para actuar en su propia defensa. Por eso se ha calificado por la jurisprudencia acto rescindible a aquel que supone un «sacrificio patrimonial injustificado» para la comunidad de acreedores¹¹.

Pero esta personalización de la masa activa como perjudicada, abre nuevas consideraciones de lesividad ajenas a los acreedores y «[a]unque el perjuicio [a la masa activa] guarda relación con el principio de paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia de todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa activa como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo de concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles»¹².

En especial esta personalización se debe a la introducción de un nuevo principio fundante en el instituto de la rescisión concursal no conocida en el derecho civil; el principio de continuación de la actividad que postula la irrevocabilidad de algunas operaciones en tanto «contribu[yan] a la subsistencia de la empresa y a que sigu[a] funcionando» entendiendo que es una forma de «generación de nuevos activos con los que cumplir con el resto de acreedores»¹³.

Este principio introducido por la normativa concursal actual pugna por atenuar la rigurosidad e inflexibilidad de las acciones rescisorias en el conato de

permitir una perdurabilidad de la sociedad y de sus cotidianas operaciones de mercado en condiciones normales.

La gestación de este criterio descansa en la consideración de la quiebra empresarial no como un fenecimiento empresarial disruptivo y lesivo para los acreedores sino, antes bien, como una situación frecuentemente recuperable y subsanable, llamada a generar los menores efectos si la actividad no es obstaculizada ni estorbada en su marcha, algo que es favorecido por la ley¹⁴.

De ahí que se haya limitado en el tiempo la rescisión frente al anterior sistema que establecía un período de tiempo indeterminado y fijado discrecionalmente por el juez que se podía alargar muchos años¹⁵ a la par que se ha puesto coto a las consecuencias adherentes a la rescisión concursal.

De este modo, ante el posible advenimiento de una quiebra y el consecutivo concurso de acreedores de un deudor, los proveedores estarán más inclinados a normalizar el tráfico comercial con el mismo no denegando suministros o servicios y, especialmente, en lo que toca y atañe a las operaciones circunscritas a su objeto social, de suerte que pueda continuar el deudor su actividad en la mayor medida posible salvo que alcance partes y cotas en las que esta actividad se haga inviable por el desajuste y ruina que auguran.

Por lo referido, tampoco serán atacables, por ejemplo, acuerdos de refinanciación en los umbrales del concurso que también dieron pábulo y vado a esa continuación empresarial¹⁶.

No obstante, esta perspectiva choca frontalmente con una realidad que arroja tasas de liquidaciones empresariales en sede concursal cercanas al 95%¹⁷.

La referida circunstancia ha quitado el natural protagonismo civilista de los acreedores en el empleo y efectividad de estas acciones y se ha situado junto a ellos un interés abstracto y no atribuido a ningún sujeto en particular, como es la continuación de la actividad¹⁸. Es decir, como decimos, con estas acciones se trata también de evitar «[el] riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor»¹⁹.

Pero el camino expedito a través del daño a la masa activa con la que se quiere preservar la continuación de la explotación también ha abierto la puerta, como veremos, a la protección de otro tipo de actos que no tocan tanto al mantenimiento y preservación de la actividad empresarial. Así este concepto abstracto, de difícil acuñación por no tener como fundamento último en sujetos damnificados, es el que, como veremos, ha generado mayor casuismo al tiempo de ser definido y aplicado por la jurisprudencia del alto tribunal.

Es indudable que los dos criterios rectores del concurso, la *par condicio creditorum* y el principio de continuación de empresa, han permeado toda la normativa del concurso y, en especial, este concreto instituto concursal. Por ello conviven en su seno al momento de su exégesis e interpretación.

III. DERIVADAS DE LA APLICACIÓN PRIORITARIA DEL PRINCIPIO *PAR CONDICIO CREDITORUM* SOBRE EL PRINCIPIO DE CONTINUACIÓN DE LA EMPRESA O DAÑO A LA MASA ACTIVA

1. LIMITACIÓN DEL COBRO CONTRA LA MASA DEL ACREEDOR PARTÍCIPE EN EL ACTO RESCINDIDO

A diferencia del anterior sistema de quiebras, toda acción de reintegración puede conllevar simultáneamente un pago al tercero afectado fuera del concurso a través de un crédito contra la masa²⁰, salvo que se apreciara mala fe.

Dicha primacía coloca al acreedor afectado por la rescisión en una situación de privilegio frente al resto de acreedores que, necesariamente, cobrarán en moneda del concurso, produciendo la acción de reintegración, además de un ingreso, una salida patrimonial consecutiva y paralela²¹. De ahí que se reste provecho a la misma²².

Además no hemos de obviar la acuitada situación patrimonial del concursado que, en no pocos casos, estorba o imposibilita la obtención de haberes bastantes como para atender esta recíproca devolución adherente a las acciones de reintegración. Lo mentado representa un verdadero óbice para el recto y adecuado ejercicio de las mismas, comprometiendo con ello el cabal curso del procedimiento concursal.

En primer lugar se ha trasladado a estas acciones que la mala fe del acreedor afectado por la rescisión, condición preceptiva para subordinar la devolución a la que el deudor común estaría obligado, *«no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores»*²³.

Seguidamente, aunque el reciente texto refundido ya distingue entre actos rescindibles unilaterales y bilaterales²⁴, la jurisprudencia ya había acotado el alcance de la rescisión en muchos casos; v.gr. había desligado la reintegración de un pago por un servicio de la devolución del servicio mismo²⁵, había rescindido solo la garantía real colocando al crédito garantizado en el rango de ordinario²⁶, etc.

Así ha sabido inteligentemente sortear en ocasiones la ineficacia práctica de la acción rescisoria, obligando al tercero a renunciar a sus beneficios o pagos pero sin devolución simultánea por parte de la concursada de lo debido al mismo fuera del concurso, cuya ratio ha sido acogida por el legislador en el texto refundido.

Esta rescindibilidad, no obstante, no ha sido en otros casos considerada en iguales términos, v.gr. se apreció que la venta de un inmueble a una sociedad participada por un banco y el empleo consecutivo del líquido obtenido para la satisfacción de los préstamos de dicho banco, era una actuación revestida de *«un carácter unitario, pues respondía a una misma causa y a una misma función económica»*²⁷.

2. LIMITACIÓN DE LA IRRESCINDIBILIDAD DE LAS DEUDAS DE TRÁFICO ORDINARIO

En segundo lugar, también a diferencia del anterior sistema, no se rescinden todos los actos de *«dominio y administración»*²⁸ acontecidos en el período sospechoso (dos años en la actualidad) sino, más bien, solo algunos, permitiendo al concursado, en determinados casos, favorecer a unos acreedores frente a otros antes de la declaración de concurso como la propia jurisprudencia ha declarado.

En especial, como anticipábamos, se consideran inatacables los actos del tráfico ordinario del deudor común en condiciones de mercado.

Piénsese en el pago de deudas vencidas y exigibles a algunos proveedores propincuos al deudor común con exclusión de otros proveedores sin esta familiaridad o cercanía que se ven naturalmente abocados a cobrar dentro del concurso²⁹.

Casos hay en los que, de setenta y cinco proveedores pendientes de cobro, tan solo a dos se ha satisfecho su crédito íntegramente, concediéndoles a estos últimos un trato favorable en los mismos umbrales del concurso frente a los primeros³⁰.

Ante este hecho, como dijimos, la jurisprudencia ha extrapolado también el daño a la masa activa a la lesión de la comunidad de acreedores por medio de la vulneración de su paridad de trato (*«par condicio creditorum»*)³¹.

Ello les ha permitido considerar que el pago normal (no rescindible) no se circunscribe tan solo a una equivalencia entre las prestaciones realizadas dentro del objeto social sino que han de tomarse en consideración otras circunstancias del momento y el contexto en el que se realizan entre las que se incluye la proximidad temporal con la declaración de concurso y el conocimiento de los administradores de la crítica situación así como el agravio comparativo que produce entre acreedores³².

Es decir, la «*par condicio creditorum*» principia ya en momentos anteriores al concurso a través de la rescisión de las operaciones hechas en fraude/mengua de los acreedores³³.

De este modo y manera vemos como la jurisprudencia ha extendido el concepto de daño a la masa activa al daño a la comunidad de acreedores devolviéndole en parte su antigua fisonomía civilista.

La pervivencia de esta defensa de los intereses de los acreedores y su trato similar se explican también por las presunciones de lesividad prevenidas por la norma concursal al objeto de allanar el camino a la rescisión.

Este es el caso del presupuesto de lesividad de «*iuris tantum*» relativo a la constitución de hipotecas para cubrir deudas preexistentes. Aunque la jurisprudencia la ha conectado con una disminución «*cualitativa*» de la masa activa que pone en peligro la permanencia y gravamen de uno de sus activos³⁴, al final hemos también de entender que se sujeta un bien al pago de un acreedor con exclusión del resto los cuales, antes de esa operación de garantía, se encontraban en idéntica situación ante el concursado, quebrantando con ello el inveterado principio concursal de la *par condicio creditorum*.

La diferencia fundamental del aseguramiento de deudas preexistentes con una ulterior hipoteca frente a las hipotecas de máximos es que, en las primeras, solo se tuvo en cuenta un crédito o confianza personal al entablar la relación comercial con el deudor común que luego fue cambiada artificialmente por un crédito real hipotecario. Sin embargo en las segundas fue un crédito real primigenio el fautor y valedor de esa relación, tal y como la jurisprudencia advierte³⁵.

También confirma la instrumentalización de estas acciones de reintegración en pro de la *par condicio creditorum* el hecho de que la Ley Concursal, con carácter subsidiario, deposite en manos de los acreedores³⁶ la potestad para la apertura de un incidente de reintegración cuando la administración concursal, aún prevenida por ellos a tal fin, no haya asumido su criterio en materia de reintegración y haya obviado la apertura de un incidente a tal término.

Es nuevamente la normativa civil la que, fuera del procedimiento concursal, arroja luz sobre el innegable interés de los acreedores en estas acciones al confiarles por entero la acción para iniciar tales procedimientos por lesividad³⁷.

En efecto es en las acciones de rescisión del código civil, donde se distingue el faro y lucero que arroja claridad sobre la génesis de esta institución concursal, como es la protección de los acreedores y su trato justo, encarnados estos en la protección del crédito que más adelante comentaremos.

Esta, pues, es la prístina, genésica y exegetica causa de la institución concursal consagrada en la normativa decimonónica que ha sido en el presente suavizada tras la promulgación de la actual normativa concursal pues junto a este principio instituye la conservación de la actividad dividiendo los amores a los que ha de consagrar sus esfuerzos el aparato concursal.

En efecto, en la medida en que el crédito se defiende en una nación, es decir, el cumplimiento de las obligaciones discurra por desembarazados y ágiles cauces, también fluirán con igual presteza el entendimiento entre oferta y demanda

en el convencimiento de un férreo sistema de protección ante la concesión de crédito a un contratante.

IV. DERIVADAS DE LA APLICACIÓN PRIORITARIA DEL PRINCIPIO DE DAÑO A LA MASA ACTIVA O CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD FRENTE A LA PAR CONDICIO CREDITORUM

1. CONSOLIDACIÓN DE CIERTAS OPERACIONES DE REPARTO PATRIMONIAL PREVIAS AL CONCURSO

La primacía de la continuación empresarial, ciertamente ha movido a la jurisprudencia a declarar que el deudor es libre de atender los pagos a su arbitrio no siendo estos rescindibles pese al desigual trato a los acreedores salvo que, en el momento de efectuarlos, estuviese ya en situación de insolvencia declarada o no³⁸.

De hecho la presunción del estado de insolvencia en la que en el momento de las actuaciones se hallaba el concursado es la justificación que se esgrime en varias sentencias para reputar rescindible el acto en cuestión³⁹.

Esta era precisamente la razón de la antigua retroacción del anterior sistema de quiebras en donde se pretendía retrotraer la situación patrimonial del deudor al inicio de su situación de quiebra a partir del cual se presupone, no sin razón en muchos casos, que el deudor ya actuó empujado por la inquietud, desesperación o fraude lesionando los intereses de la comunidad de acreedores⁴⁰ (liquidaciones apresuradas de bienes, préstamos a alto interés, beneficio a acreedores más cercanos antes del total colapso de la sociedad, alzamiento de bienes, generación de créditos ficticios, etc.). En especial la jurisprudencia del Supremo es abundante en actos rescindidos por favorecer a los propios socios de la sociedad concursada durante ese período sospechoso⁴¹.

Sin embargo, conducida por esta primacía de la continuidad empresarial y defensa de la masa activa, la jurisprudencia ha ido un paso más allá.

La posposición del principio de trato similar a los acreedores en idéntica situación desemboca en situaciones como que las que presentamos a continuación verditas en varias sentencias del alto tribunal⁴².

En los presentes casos, un deudor común, tan solo tres meses antes de declararse en concurso y habiendo ya manifestado su situación preconcursal, comienza a compensar sus deudas con cesiones de bienes de gran valor que tenía en el balance, en este caso plazas de garajes. En el conato de rescisión de algunas de estas cesiones las mismas llegan ante el Tribunal Supremo.

Las cesiones de bienes que se estudian en estos casos, se aceptan por los acreedores con quitas. En la mayoría de los casos los bienes cedidos para el pago de las deudas existentes importaban tan solo el 50% de la deuda que se cancela con su entrega *pro soluto*. En esas mismas semanas muchos tratos de este jaez fueron engendrados.

Por el principio de ausencia de daño a la masa activa y continuación empresarial se ve forzado el tribunal a conceder que no hay tal sacrificio patrimonial injustificado y, por lo tanto, permite la consolidación de tales operaciones.

Vemos, sin embargo, que las circunstancias concomitantes al caso insinúan y casi confirman que en los referidos pagos medió parcialmente la desesperación y premura del deudor común y la aceptación por parte de los acreedores de tan altas quitas parece más bien nacer de un recíproco conocimiento de la crítica situación del mismo que ya se encontraba en situación preconcursal en esas fechas y que, tres meses más tarde, solicitaría el concurso.

Entendemos que en este caso las circunstancias adherentes a las mentadas operaciones que en otras sentencias se consideraban, podrían haber inclinado al tribunal a adoptar una solución de signo contrario debido al conocimiento de la administración de la situación crítica, la cercanía con la insolvencia y el trato discriminatorio a los acreedores, etc.⁴³. Sin embargo, las altas quitas obradas a favor del concursado, como reconoce el propio tribunal en las sentencias citadas, no le permiten en este caso dar vado a la rescisión pretendida.

Por ende, para no vaciar de contenido el concurso mediante tales acuerdos de cancelación de deuda previos al procedimiento concursal obrando un ostensible quebrantamiento de la *par condicio creditorum*, el alto tribunal consideró que los acuerdos de pago adoptados en el seno del posterior concurso se habían despachado conviniendo con los acreedores concursales quitas similares del 50%, aunque estas últimas deudas se pagaran con más dilación en el tiempo, amén de otras circunstancias que, por tanto, no agravan de forma tan desmedida este principio de igualdad de trato⁴⁴.

Como dijimos más atrás, el ánimo de beneficiar a ciertos deudores cercano el concurso, ha sido rescindido en otras sentencias entendiendo que la deudora cuando realizó la operación «*ya estaba en situación de insolvencia y la cesión puso de manifiesto su intención de realizar una discriminación de pagos a favor de un concreto acreedor en detrimento de otros*»⁴⁵. No obstante, las sentencias comentadas esgrimen en apoyo de su partido el ofrecimiento generalizado de daciones en pago que el deudor común realizó a todos o la mayoría de sus acreedores antes del concurso.

Por último citamos en esta línea un caso en donde se realizó una venta de activos a unas entidades participadas por una entidad bancaria para, con el líquido resultante, satisfacer a dicha entidad bancaria los préstamos habidos con anterioridad⁴⁶.

En este caso el tribunal consideró que las operaciones no eran rescindibles aunque, ostensiblemente, disminuyeron la paridad de trato con los otros acreedores a través de ventas de bienes muebles ya que uno de esos bienes muebles era de una compañía del grupo de la concursada y no de la propia concursada.

2. CONSECUENCIAS GENERALES DE ESTA PRIMACÍA

A) *Sustitución de la prueba del fraude por la del perjuicio patrimonial*

Confiados muchos de sus esfuerzos en favorecer la continuación de la actividad del concursado, la normativa concursal ha hecho inexpugnables ciertos actos previos al concurso.

Si la eliminación del fraude o mero conocimiento de las partes de la acuitada situación del deudor común, allanaba y aderezaba el pacífico camino a las acciones rescisorias concursales, se ha interpuesto otro óbice en el antes sencillo tránsito hacia la reintegración, el perjuicio a la masa activa.

El perjuicio supone la necesidad de presentar una nueva prueba⁴⁷ ante el órgano juzgador que, aunque asistida y subvenida en su ejercicio por un conjunto de presunciones legales⁴⁸, complica por otro lado lo que la eliminación del fraude había querido facilitar como veíamos en el encabezado.

Si la continuación protegía normalmente operaciones de tráfico ordinario hechas en condiciones de normales⁴⁹ esta se ha extendido a otras operaciones.

Como hemos podido ver en los casos precedentes, ha abierto la puerta, en nuestra opinión desafortunadamente, a pagos diversos que entendemos se salen

de lo que es la simple cancelación de deudas líquidas, vencidas y exigibles con el líquido existente en la empresa.

Por ello la evaluación del perjuicio a la masa activa no solo se tiene en cuenta la continuación sino también una suerte de operaciones diversas que obedecen a diferentes criterios como hemos visto más atrás, situando dicha decisión en un campo de amplia discrecionalidad judicial nada deseable.

La decisión sobre el perjuicio del acto se ha tornado en un examen asaz de casuístico como la misma jurisprudencia ha declarado⁵⁰ que no solo impide enervar y quitar fuerza a la reintegración plena a la masa activa del concurso sino también menoscaba la protección del crédito.

B) Mengua en la protección del crédito

Ya los autores clásicos del derecho de quiebras afirmaban: «*Esta disciplina (derecho concursal) protege intereses públicos y colectivos del crédito, de la economía y del comercio y los particulares de las Empresas y los acreedores*»⁵¹.

El crédito favorece una operación «*cundo entre la prestación y la contraprestación media un intervalo de tiempo: el acreedor efectúa, de inmediato, su prestación (entrega de un bien, realización de un servicio, etc.), pero el deudor solo realizará la prestación posteriormente*»⁵². El crédito (credere, lat = confiar)⁵³ sería la «*confianza y opinión que goza una persona de que cumplirá puntualmente los compromisos que contraiga*»⁵⁴.

Las operaciones a crédito, derivadas de un aumento de la confianza comercial no solo en los operadores sino en el sistema legal mismo, son necesarias en tanto incrementan el volumen de contratación y negocios a falta de líquido «*con el consiguiente beneficio individual y colectivo*»⁵⁵ y de esta forma el crédito constituye «*un vastísimo sistema complejo y simétrico, que sirve de potente fuerza motriz para el desarrollo económico, adquiriendo una importancia decisiva en la producción social*»⁵⁶.

Si las empresas encontraran vedado el camino a las transacciones a falta de líquido y no pudieran contratar a crédito (suministros, materias primas, préstamos...) por falta de dicha confianza, el sistema productivo se estancaría entre tanto.

Una función sencillísima, esto es, a más negociación, mayor producción que respalde esa contratación (PIB), es decir, mayor riqueza para el país⁵⁷.

Una vez la contratación esta desembarazada o, a lo menos depurada, de recelos, sospechas y desconfianza por el benéfico influjo del crédito, el entendimiento entre oferta y demanda se facilita, alentándose el crecimiento de una economía cuya principal divisa es el incremento de su producción interna.

Es tal la importancia del crédito que el Registro de la Propiedad, a través de sus garantías registrales, contribuyó a generar un crédito de corte, no personal, sino real (en concreto territorial) para suplir la escasez de crédito personal en periodos concretos de crisis profundas⁵⁸.

En especial, en el ámbito concursal, el ordenamiento debe empeñar sus más denodados esfuerzos en que la comunidad de acreedores, verdadera representante del crédito, a través del reparto equitativo y mayor posible del patrimonio del concursado asuma sin fisuras la seriedad y firmeza del sistema jurídico que ampara y protege el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

La seguridad jurídica no se puede predicar de unos pocos acreedores beneficiados en el período anterior del concurso, sino del grueso de la masa de acreedores concursales que representa al crédito en su totalidad.

Es así como la caída del «*crédito privado*» o comercial llega a afectar al «*orden público*»⁵⁹ si este no se tutela con orden y justicia.

Si los acreedores no ven satisfechas, aún en un mínimo porcentaje, sus expectativas de cobro a costa de unos pocos, la falta de confianza terminará por minar el tráfico comercial, ralentizando el entendimiento entre oferta y demanda y frenando el crecimiento de la economía avalado por el crédito.

La credibilidad que brinda un sistema efectivo, justo y rápido de reclamación de deudas, aún en sede concursal, es una de las medidas de política legislativa que con más verdad favorecen, estimulan y alientan el tráfico comercial, la inversión y la producción dentro de una nación.

Si las acciones de rescisión no minoran los repartos desiguales e insolidarios de activos en los concursos, los mismos se tornan en un verdadero elemento de distorsión del tráfico que causa general desconfianza e incertidumbre para invertir y acceder a un mercado concreto.

V. CONCLUSIONES

I. La adición del principio de continuación de la actividad del concursado al ya tradicional de la *par condicio creditorum* parece que ha alterado la eficiencia del sistema de reintegración concursal en el periodo sospechoso.

II. La jurisprudencia ha tenido que ponderar y sopesar cuidadosamente la preeminencia de uno sobre otro principio al momento de apreciar o no la lesión adherente a toda acción de rescisión. Esto ha hecho de su decisión un acto de compleja exégesis y hermenéutica dependiente siempre de las circunstancias concretas concomitantes.

III. Lo referido ha tenido dos consecuencias importantes en la jurisprudencia y en la apreciación del daño a la masa activa.

IV. En primer lugar ha conducido irremediablemente a un nada deseable casuismo en la apreciación de la rescisión concursal que resta seguridad jurídica al sistema concursal y que, en ocasiones, produce el vaciamiento parcial y práctico de la institución concursal ante el reparto previo de activos.

V. En segundo lugar ha entorpecido el pacífico y rápido ejercicio de las acciones de reintegración prevenido por el legislador concursal al eliminar la prueba del fraude pues, actualmente, la prueba del perjuicio resulta compleja y ardua ante la difícil, fina y cuidadosa ponderación judicial de ambos principios configuradores al tiempo de conceder acerca del perjuicio necesario para la que las acciones de reintegración concursal prosperen.

VI. Por último, se ha desamparado parcialmente la protección del crédito que ha sido siempre el principio rector y verdadero baluarte del concurso. Es decir, evitar que por múltiples caminos y vías (ejecuciones singulares, repartos interesados e incluso maquinaciones fraudulentas) la satisfacción de los créditos se produzca de forma injusta y desordenada al margen de la meditada, medida y ponderada prelación al pago adherente a la unidad de un proceso universal.

VI. JURISPRUDENCIA CITADA

- STS de 21 de junio de 2018
- STS de 30 de mayo de 2018
- STS de 26 de abril de 2018
- STS de 7 de marzo de 2018
- STS de 13 de julio de 2017

- STS de 30 de marzo de 2017
- STS de 4 de noviembre de 2016
- STS de 26 de octubre de 2016
- STS de 17 de abril de 2015
- STS de 26 de marzo de 2015
- STS de 10 de marzo de 2015
- STS de 17 de febrero de 2015
- STS de 1 de noviembre de 2014
- STS de 13 de octubre de 2014
- STS de 30 de abril de 2014
- STS de 27 de marzo de 2014
- STS de 10 de julio de 2013
- STS de 2 de abril de 2012
- STS de 8 de noviembre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 27 de octubre de 2010
- STS de 24 de julio de 2007
- STS de 26 de marzo de 2004
- STS de 29 de enero de 2004
- STS de 8 de febrero de 2001
- STS de 18 de abril de 1929
- SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009
- SAP de Valladolid de 23 de marzo de 2009
- SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008
- SAP de Barcelona de 19 de diciembre de 2008

VII. BIBLIOGRAFÍA

- APODACA Y OSUNA, F. (1945). *Presupuestos de la quiebra*. México D.F.: Editorial Stylo.
- BECÉÑA, F. (1928). *Magistratura y Justicia: notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez.
- CRESPO ALLUÉ, F. (2004). Sánchez-Calero, J. y Guilarte Gutiérrez, V. (dirs.). *Comentarios a la Ley Concursal*. 1.^a. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- Estadística concursal el concurso de acreedores en cifras (2018). Anuario 2018. www.registradores.org.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (2011). Comentario de la Sentencia de 16 de septiembre de 2010 en Yzquierdo Tolsada, M. [coord.] *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 4, Madrid: Dykinson, 851-881.
- GARRIGUES, J. (Tomo I - 1959 y Tomo II - 1960). *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: Silverio Aguirre.
- HOPT, K.J. & MÜLBERT, P.O. (1989). *Kreditrecht. Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht*, Berlin: J. Schweitzer Verlag KG & de Gruyter.

- LEÓN, F. (2004) en Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas.
- QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. (1949). *Código civil comentado: Del mandato*. Tomo XXVI. Vol. I. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- ROJO, A. y TIRADO, I. (2004). en Rojo, A. [dir.] y Beltrán, E. [dir.]. *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Thomson-Civitas, Tomo II.
- TORRES DE CRUELLES, J. (1957). *La Suspensión de Pagos*. BOSCH: Barcelona.

NOTAS

¹ GARRIGUES, J. (Tomo I - 1959 y Tomo II - 1960) *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: Silverio Aguirre. Tomo II, 35.

² BECEÑA, Francisco. *Magistratura y Justicia: notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1928, 30.

³ GARRIGUES, J., *op. cit.* Tomo I, 30. «Un Derecho llamado a regir operaciones en masa tiene que ser muy parco en formalidades. Las exige, en cambio, el Derecho Civil, creado para la regulación de actos aislados, propios de una vida de relación de tempo lento, en comparación con el tráfico mercantil».

⁴ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (2011). *Comentario de la Sentencia de 16 de septiembre de 2010 en Yzquierdo Tolsada, M. [coord.] Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 4, Madrid: Dykinson, 851-881. 853.

⁵ LEÓN, F. (2004) en Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.). *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas, 1304 y CRESPO ALLUÉ, F. (2004) en Sánchez-Calero, J. y Guilarte Gutiérrez, V. (dirs.). *Comentarios a la Ley Concursal*. 1.ª. Valladolid: Editorial Lex Nova. pg. 1398.

⁶ Artículo 226 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC).

⁷ Artículos 227 y 228 del TRLC.

⁸ Artículo 226 TRLC «...serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa...».

⁹ GARRIGUES, J., *Op. cit.* Tomo II, 448. «Ningún precepto del Derecho positivo autoriza a conceder personalidad jurídica a la masa de la quiebra. Doctrinalmente, ello sería, además incompatible con su función de objeto de responsabilidad: es inconcebible que la masa sea, al mismo tiempo, objeto y sujeto de relaciones jurídicas». En puridad es un demérito irrogado al deudor que se extiende a sus acreedores ya que el deudor detenta durante el concurso la propiedad de sus bienes hasta que estos se enajenan o asignan para el pago de las deudas, y el acreedor, en ningún caso, tiene derecho real alguno sobre los mismos. Solo hay un embargo general pero no una pérdida de la titularidad real de los bienes. cfr. TORRES DE CRUELLES, J. (1957) *La Suspensión de Pagos*. Bosch: Barcelona, 498. Por todo ello la masa del concurso no requiere una ficción de personalidad a diferencia de v.gr. una herencia yacente que se ha aceptado a beneficio de inventario o una persona jurídica (sistema alemán). En estos casos los bienes adquieren una personalidad jurídica propia puesto que no hay persona natural responsable detrás.

¹⁰ STS de 4 de noviembre de 2016.

¹¹ STS de 13 de octubre de 2014, STS de 2 de abril de 2012 y STS de 8 de noviembre de 2012.

¹² STS de 26 de octubre de 2012 y STS de 26 de octubre de 2016.

¹³ STS de 26 de octubre de 2016.

¹⁴ EM de la ley Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. «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 [...] La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede

ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses».

¹⁵ Artículo 878 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

¹⁶ Artículo 698 del TRLC.

¹⁷ 94,3% acabaron en liquidación en 2018. Estadística concursal el concurso de acreedores en cifras. Anuario 2018. URL: www.registradores.org. Por todo ello la decidida defensa de la continuación también puede traer consecuencias negativas por la mengua y menoscabo en el patrimonio del deudor común que las nuevas cargas derivadas de la continuación auguran. En efecto, en el caso que el concurso desembocara en la liquidación de la compañía, el objeto de dichos gastos tras la declaración de concurso, en muchos casos, devendría inane y baldío de todo punto en ostensible daño de la comunidad de acreedores.

¹⁸ STS de 13 de julio de 2017 «[...] es necesario examinar y analizar las circunstancias en que se concierta la operación, las ventajas que pudo suponerle al concursado para desarrollar su actividad, económica o profesional [...], y en concreto si una ampliación significativa del crédito aportó liquidez para seguir operando en el mercado».

¹⁹ STS de 10 de marzo de 2015 y STS de 26 de octubre de 2012 y STS de 26 de octubre de 2016.

²⁰ 235 del TRLC.

²¹ Artículo 236. 1 del TRLC.

²² La anterior regulación situaba al acreedor afectado por la rescisión en una situación de igualdad con los demás acreedores concursales, siendo finalmente pagado en moneda de la quiebra según la categoría de crédito que posea.

²³ STS 27 de octubre de 2010.

²⁴ Artículo 236 TRLC.

²⁵ STS de 26 de octubre de 2012.

²⁶ STS de 30 de marzo de 2017.

²⁷ STS de 4 de noviembre de 2016.

²⁸ STS de 26 de marzo de 2004, STS de 29 de enero de 2004 y STS de 8 de febrero de 2001.

²⁹ Amén de las corruptelas que el cambio del vencimiento de facturas a personas cercanas puede producir para adelantarles el pago antes que se declare el concurso.

³⁰ SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009.

³¹ STS de 26 de octubre de 2012 «Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum». También STS de 4 de noviembre de 2016 y STS de 13 de octubre de 2014.

³² SAP de Valladolid de 23 de marzo de 2009, SAP de Valladolid 7 de mayo de 2009 y SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008, STS de 10 de marzo de 2015.

³³ SAP de Barcelona de 19 de diciembre de 2008 y SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009.

³⁴ STS de 30 de abril de 2014 y STS de 26 de marzo de 2015

³⁵ STS de 26 de octubre de 2016 «Al contrario, al no garantizar el pago de deudas preexistentes, sino el de deudas futuras contraídas por la recepción de suministros imprescindibles para el mantenimiento de la actividad empresarial [...]»

³⁶ Artículo 232 TRLC.

³⁷ Artículo 1.291 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil (en adelante CC).

³⁸ STS de 24 de julio de 2007 y STS de 26 de octubre de 2012 «el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el del Có-

digo civil (art. 1292) [...] cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor; salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido».

³⁹ STS de 26 de octubre de 2012, en esta línea también STS de 26 de octubre de 2016.

⁴⁰ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. *op. cit.* 853.

⁴¹ SSTs de 27 de marzo de 2014, 17 de abril de 2015, 10 de julio de 2013 y 1 de noviembre de 2014.

⁴² STS de 30 de mayo de 2018, STS 21 de junio de 2018 y STS de 7 de marzo de 2018.

⁴³ STS de 26 de octubre de 2012.

⁴⁴ Entre otras la STS de 7 de marzo de 2018, STS de 26 de abril de 2018, STS de 21 de junio de 2018, etc. «Si bien la concurrencia del perjuicio debe juzgarse de acuerdo con las circunstancias concurrentes al tiempo de ser realizados los actos de disposición objeto de rescisión (las daciones de pago), en este caso en que el perjuicio se funda en la alteración de la par condicio creditorum, es muy ilustrativo advertir que los créditos sujetos al concurso sufrieron una quita del 50%, cuyo pago se fraccionó y demoró entre uno y cinco años. De tal forma que los acreedores que percibieron las cesiones recibieron en pago unos derechos de difícil comercialización cuyo valor era inferior a la mitad de sus créditos y los acreedores que se sometieron al concurso vieron reducidos sus créditos a un 50%, aunque fuera demorado su cobro cinco años».

⁴⁵ STS de 26 de octubre de 2016.

⁴⁶ STS de 4 de noviembre de 2016.

⁴⁷ artículo 229 TRLC.

⁴⁸ artículos 227 y 228 del TRLC.

⁴⁹ artículo 230.1 artículos 227 y 228 del TRLC.

⁵⁰ SSTs de 17 de febrero de 2015, 10 de julio de 2013 y 26 de octubre de 2016.

⁵¹ TORRES DE CRUELLES, J. *op. cit.* 13. De ahí que el seguro de impagos se denomine seguro de crédito.

⁵² IBIDEM, 14.

⁵³ HOPT, K.J. & MÜLBERT, P.O. (1989) *Kreditrecht. Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht*, Berlin: J. Schweitzer Verlag KG & de Gruyter, pg. 54.- „Voraussetzung für die Kreditgewährung ist das Vertrauen des Kreditgebers auf die Zahlungsunfähigkeit und Zahlungswilligkeit des Kreditnehmers, sog. Kreditwürdigkeit (Kredit von lateinisch credere). Dieses mehr oder weniger ausgeprägte Vertrauen ist für das Kreditgeschäft typisch.”

⁵⁴ Aceptación del Diccionario de la Real Academia de la Lengua. APODACA Y OSUNA, F. (1945), *Presupuestos de la quiebra*. México D.F.: Editorial Stylo. pg. 23.- «La palabra crédito significa confianza».

⁵⁵ TORRES DE CRUELLES, J. *op. cit.* 14.

⁵⁶ APODACA Y OSUNA, F. *op. cit.* 24.

⁵⁷ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. (1949), *Código civil comentado: Del mandato*. Tomo XXVI. Volumen I. Madrid: Instituto Editorial Reus, 19. «A la tutela de la producción está ligada la tutela del crédito, que es el presupuesto del desenvolvimiento de la economía general; el crédito, en efecto, estimula la producción, incrementa los cambios, hace fecundos aquellos capitales que inmovilizados no podrían representarse como riqueza real».

⁵⁸ Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1891 que regulariza el Registro Hipotecario nace con un norte muy definido: «La condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases donde descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad: si esta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario».

⁵⁹ STS de 18 de abril de 1929. ROJO, A. y TIRADO, I. en Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.) *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Thomson- Civitas, 2004. Tomo II, 472.- «...esta segunda función (satisfacción de la colectividad crediticia). —en que está presente el interés público— no podría satisfacerse». GARRIGUES, J. *op. cit.* 1960. Tomo II, 3.- «Así resulta que las obligaciones son los vehículos jurídicos para la circulación de los bienes (tráfico) y para la conjugación de los elementos de producción (organización). El sistema económico moderno descansa fundamentalmente sobre el vínculo de las obligaciones jurídico-privadas».