

LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Carlos III de Madrid

1. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Prevé el artículo 76 de la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio como contenido propio del principio de universalidad que "*Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquieran hasta la conclusión del procedimiento*".

Pues bien, ante semejante declaración parece sencillo determinar cuáles sean los bienes que pertenecen al deudor, sin embargo no lo es, pues no tienen porque ser suyos todos los bienes que están en su poder, ni tienen porque estar en su poder todos los que deberían estar. En efecto, por una parte, es posible que el deudor tenga bienes o derechos cuya titularidad no le corresponde. Y por otra, el deudor ha podido realizar actos de disposición o negocios perjudiciales para la masa, lo que justifica la necesidad de que se reintegren a la misma¹. Esto es, junto a los bienes y derechos que se hallen en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración del concurso se entienden pertenecientes a la masa activa, aquellos bienes y derechos que deberían ser reintegrados a la misma.

Todo de tal manera que para llegar a determinar la masa activa será necesario efectuar dos tipos de operaciones diferentes:

- Por un lado, aquella que implica separación de bienes del patrimonio del deudor, aquellos bienes y derechos que, aún teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inem-

¹ CERDÁ ALBERO, F/SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, en Colección Estudios Económicos, 14 de octubre de 2003, pág. 84.

bargables -art. 76.2-; los bienes de propiedad ajena que se hallen en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención -art. 80.1-2; los bienes o derechos vinculados a la satisfacción particular de ciertos créditos -art. 90.1.1º-, pues el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva -art. 155.1-.

-Y por otra, las que suponen reintegrar en aquel patrimonio aquellos bienes que han sido sacados de forma perjudicial para la masa activa³. La reintegración tiene su razón de ser en la ausencia de coincidencia entre el momento en que se declara el concurso y aquel primer momento en que el sujeto se halla en situación de insolvencia. Por lo tanto, existe una falta de coincidencia entre la situación de hecho y la de derecho, lo que provoca la necesidad de las acciones de reintegración.

2. NATURALEZA DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN

El término acciones de reintegración que utiliza el legislador, tiene un significado más amplio que el que en principio parece darle el texto, esto es, parece desprenderse de lo previsto en el artículo 71 que las acciones de reintegración son las acciones rescisorias, pero no es así, pues estas sólo son una de las diferentes formas de traer a la masa activa los bienes del concursado.

² Como explica CERDÁ ALBERO, F/SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones...*, cit. pág. 86, la Ley se inspira en el sistema alemán (Parágrafos 48 y 49 de la *Insolvenzordnung* alemana). En este sentido el derecho alemán regula que quien pueda alegar que un bien o derecho no pertenece a la masa del concurso, no es acreedor concursal, y su derecho de separación del bien se determina según las leyes, que rigen al margen del procedimiento concursal. Dos reglas se añaden para el caso en que el bien cuya separación se pretende ya no esté en el patrimonio del deudor concursado, bien porque el propio deudor lo enajenó antes de la declaración de insolvencia, bien porque después de esta declaración el administrador judicial ha enajenado injustificadamente el bien en cuestión. Si el tercero adquirente aún no ha satisfecho su contraprestación, el titular del derecho de separación puede exigir que se le ceda el derecho a reclamar el pago de esta contraprestación. En cambio, cuando el tercero ya ha satisfecho su contraprestación a la masa, el titular del derecho de separación sólo puede exigir esta contraprestación de la masa concursal, en tanto que dicha contraprestación permanezca en la masa y sea identificable.

³ Según CERDÁ ALBERO, F/SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones...*, cit., pág. 84, con carácter previo a estas operaciones, en la formación del inventario se presentan dos problemas especiales, en el caso de bienes conyugales y en el de cuentas indistintas.

Por lo que se refiere a los bienes conyugales, no hay duda que el concurso afecta a los bienes privativos del cónyuge concursado. Con respecto a aquellos gananciales o que formen parte de un régimen de comunidad conyugal, se incluirá en la masa activa el derecho correspondiente del cónyuge concursado sobre el patrimonio común.

Con relación a las cuentas indistintas, la jurisprudencia tiene declarado que la cuenta indistinta no prejuzga la titularidad del saldo. Por este motivo, el saldo existente al tiempo de declararse el concurso de un deudor que es cotitular de la cuenta puede ser incluido en la masa activa, sin perjuicio de que el verdadero titular de la totalidad o parte de dichos fondos pueda acreditarlo, y ejercitar la correspondiente acción de separación a través de un incidente concursal, que supondrá la declaración de su derecho.

De otra forma lo pone de manifiesto GARCÍA-CRUCES, J.A., *La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal*, Revista Jurídica Aranzadi, núm. 590, 2003, pág. 2, al manifestar que junto a las operaciones de reducción de la masa, también existen otras dirigidas a buscar su incremento que, al menos, conducen a ese resultado. Así, la Ley Concursal destaca que ciertos bienes, pese a no ser de titularidad del concursado, deben integrar la masa activa de su concurso, tal y como ocurre con los saldos que sean de titularidad indistinta y en la que participa el concursado -art. 79.1-, o bien, que tal resultado derive de la aplicación de la presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre cónyuges, a tenor de cuanto señala el artículo 78 LC, o de la extensión, en su caso, a los bienes comunes o gananciales, según previene el artículo 772 LC.

De hecho, se prevé expresamente que el ejercicio de las acciones rescisorias no impide el de otras acciones de impugnación de actos del deudor -art. 54- las que también se hallan dentro de las acciones de reintegración de la masa. En este sentido se manifiesta el legislador en la Exposición de Motivos, haciendo ver que las acciones rescisorias son "*específicas*" acciones de reintegración.

Pues bien, con semejante previsión el legislador trata de huir del antiguo sistema de retroacción, según el cual se preveía un período de retroacción, único pero cuya determinación resultaba variable, pues se confiaba al juez su concreción -art. 878.2 CdC⁴-, con una pluralidad de períodos sospechosos, ya que el legislador los determinaba en razón de los distintos actos que contemplara -arts. 879 a 882 CdC-. En ambos casos, el cómputo de los plazos que se fijaran siempre habría de hacerse hacia atrás, tomando como *dies a quo* para el cómputo de los períodos de sospecha aquella fecha anterior a la declaración de quiebra y que el juez hubiera determinado como fecha de retroacción concursal. Los actos que el quebrado hubiera realizado en aquel período de retroacción venían a sancionarse con la pena de nulidad, la cual ha sido interpretada de forma máxima y rigorista por nuestra jurisprudencia⁵. Todo ello ha dado lugar a que se crearan situaciones de indudable inseguridad jurídica, lo que desembocó en un generalizado sentir favorable a la superación de este modelo⁶. Así lo puso de manifiesto el mismo Tribunal Supremo en una sentencia de línea mi-

⁴ Artículo 878. Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes.

Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos.

⁵ Vid. SSTS de 28 de febrero de 2003; 26 de julio de 2001; 22 de mayo de 2000; de 25 de octubre de 1999; de 22 de enero de 1999; de 26 de marzo de 1997; de 28 de octubre de 1996; de 11 de noviembre de 1993; de 19 de diciembre de 1991; de 11 de noviembre de 1993.

Al respecto pone de manifiesto de forma terminante la sentencia de 22 de mayo de 2000 que "*Si la atención se centra en las de los diez últimos años, se comprobará en seguida el dominio casi absoluto del criterio denominado estricto o rigorista, es decir, el que considera afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Así, la sentencia de 19 de diciembre de 1991 (recurso n° 2566/89) la considera una nulidad de pleno derecho; la de 11 de noviembre de 1993 (recurso n° 3249/90), una nulidad radical; la de 20 de octubre de 1994 (recurso n° 2730/91), un vicio de origen que afecta a los adquirentes; la de 28 de octubre de 1996 (recurso n° 197/93), "una nulidad intrínseca y absoluta, que actúa <> y que no precisa declaración judicial de invalidez de los actos efectuados, pues la Ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado"; en la misma línea se pronuncia la de 26 de marzo de 1997 (recurso n° 1620/93); y en fin, la de 25 de octubre de 1999 (recurso n° 387/95) da por definitivamente consolidado tal criterio al declarar que "salvo las dos sentencias que cita la recurrente, es doctrina reiterada y prácticamente uniforme de esta Sala, que aquí se mantiene y ratifica, la que proclama la nulidad radical, ipso iure, de todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra".*

⁶ Así lo pone de manifiesto GARCÍA-CRUCES, J.A., *La reintegración de la masa...*, cit., pág. 2.

Según GARRIGUEZ, *Curso de Derecho Mercantil II*, Madrid, 1980, pág. 431, manifiesta que la aplicación rigurosa de la nulidad absoluta excede evidentemente las exigencias de defensa de los acreedores. Bastaría a este efecto con una nulidad relativa tanto en el aspecto objetivo (limitada a los actos que tuviesen repercusión real sobre la masa de la quiebra, aumentando el pasivo o disminuyendo el activo).

Por su parte MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Madrid, 1986, manifiesta que el artículo 878 CdC ha sido suavizado por la doctrina. La doctrina mayoritaria sostiene que la nulidad no alcanza a todos los negocios celebrados por el quebrado, quedando fuera de su alcance los que tengan por objeto bienes integrantes del patrimonio inembargable del quebrado, los que hubiere realizado en representación o por cuenta de un tercero y aquellos de los que no se derive un perjuicio para la masa activa de la quiebra.

noritaria, la de 20 de septiembre de 1993, según la cual "*como la absoluta indiscriminación no proyecta una seguridad de justicia y equidad en materia que el propio Ordenamiento Jurídico (artículo 1.024 del Código de Comercio de 1.829) establece que el señalamiento de la fecha de retroacción será "con la calidad de ahora y sin perjuicio de tercero" como muy certeramente pone de relieve la Sentencia de 4 de Julio de 1.990, se ha venido corrigiendo el rigor del texto literal cuando los actos de transmisión o administración no afecten o no sean contrarios a los intereses de los acreedores (Sentencias de 11 de Diciembre de 1.965; 20 de Marzo de 1.970; 10 de Marzo de 1.976 y 12 de Noviembre de 1.977) y buena prueba del giro que se está produciendo incluso en la "mens legis", es lo dispuesto en el artículo 10 por la Ley de 25 de Marzo de 1.981 (Ley 2/81) de Regulación del mercado hipotecario sobre el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 878-2º del Código de Comercio, lo que nos impele a la adecuación normativa imperada en el artículo 3 del Código Civil*"⁷.

Es por ello que el legislador prevé el cambio de sistema, como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos "*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 sospechosos por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro*".

De hecho, cambia sustancialmente el contenido de lo previsto en el artículo 878.2º CdC de 1885 en el que se regulaba la retroacción de la quiebra y la declaración de nulidad radical de los actos realizados en este período, "*Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*"⁸. Por lo tanto la acción de retroacción suponía que todos los actos de dominio y administración del deudor realizados en época posterior a aquella en que se retrotraigan los efectos de la quiebra, se reputaban nulos aunque no supusieran perjuicio alguno para la masa activa y producían efectos frente a todos, es decir, se preveía que:

- Primero, englobaba todos los actos de dominio y administración del deudor independientemente de que supusieran un perjuicio patrimonial.

También ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, RDM, núm. 151, 1979, pág. 67, entiende que lo conveniente es configurar la nulidad prevista en el artículo 878.II CdC como una simple anulabilidad. No obstante, aun reconociendo las graves deficiencias de la tesis de la nulidad, ésta es la propia del derecho español.

⁷ Otras sentencias que se manifestaron en el mismo sentido son d 20 de septiembre de 1993; de 12 de marzo de 1993; de 8 de febrero de 1988; de 12 de noviembre de 1977; de 15 de octubre de 1976; de 11 de diciembre de 1965 y de 28 de mayo de 1960.

⁸ Disposición derogatoria única, en su número 3, 3º, prevé que quedan derogados los artículos 870 a 941 del Código de Comercio de 1885.

- Segundo, los actos se reputaban nulos cuando se había realizado válidamente y no adolecían de vicio alguno.

- Tercero, por decisión judicial se podían retrotraer los efectos a cualquier momento.

- Cuarto, todos los sujetos, fueren de buena o mala fe, adquirentes o subadquirentes, se hallaban afectados por la retroacción.

El efecto era realmente peligroso y producían grandes dosis de inseguridad jurídica, por ello el legislador concursal trata de alejarse de los perniciosos resultados de la anterior regulación, y lo hace eludiendo la mayoría de las notas que la caracterizaban, aunque, algunas de ellas siguen presentes. En este sentido, no cabe duda que la rescindibilidad de contratos anteriores en dos años a la declaración de concurso, prevista en el artículo 71, constituye en cierta medida una retroacción de los efectos de dicha declaración⁹, pues para los actos que relaciona dicho artículo en su número 2, opera de forma automática la rescisión, se presume "*iuris et de iure*" el perjuicio patrimonial para la masa.

A salvo de lo que acabamos de decir, la naturaleza de las acciones de reintegración resulta muy diferente a la retroacción. En cuanto, en primer lugar, es necesario un perjuicio patrimonial, a éste nos referiremos en el epígrafe siguiente.

En segundo lugar, el legislador se aleja de la rigurosa nulidad *ipso iure*¹⁰, y se inclina por la rescisión, lo que se compagina mejor con la naturaleza de las acciones de reintegración que pretenden el traer a la masa bienes y derechos de los que hizo uso el concursado a través de negocios válidos, por lo que no se reincorporan por el vicio en la forma,

⁹ Manifiesta MAIRATA LAVIÑA, J., *Los efectos del concurso*, en "Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001", Madrid, pág. 143, que a partir de la declaración de concurso tiene lugar la intervención a favor de los acreedores del patrimonio del deudor, sin que desde entonces pueda éste sustraer ningún elemento ante la limitación operada en dichos bienes que, en caso contrario, deberán integrarse a la masa, contemplándose normalmente dos sistemas: el de retroacción absoluta y el de retroacción relativa. En el primero, el juez señala el período de retroacción, durante el cual se produce la nulidad *ipso iure* de todos los actos de disposición intervivos posteriores a la fecha de retroacción, sistema sin duda muy perturbador del tráfico jurídico. En el segundo -sistema de retroacción relativa- el juez fija igualmente el período de retroacción, existente entre la fecha que se produce la insolvencia y la de declaración del concurso, produciéndose la anulabilidad no de todos sino de determinados actos, bien *ipso iure* -así, los actos a título gratuito, los pagos de deudas no vencidas o realizados bajo la forma de dación en pago, y las constituciones de garantía real para deudas anteriormente contraídas- o previa prueba de la circunstancia subjetiva del conocimiento por el otro contratante del hecho de la casación de los pagos. Entre los dos sistemas, un sistema intermedio establece la nulidad absoluta para todos los actos de dominio y administración del quebrado posteriores a la época de retroacción, junto a un sistema de acciones de impugnación de los actos que se determinan en base a criterios eminentemente subjetivos. En cualquier caso, todos los sistemas intentan proteger la necesidad de hacer coincidir la quiebra de derecho con la quiebra de hecho, mediante la aplicación de técnicas o instituciones que permitan traer a la masa del concurso bienes o derechos que salieron indebidamente de la misma, en fraude o en perjuicio de acreedores, lo que sin duda provoca un grave conflicto de intereses entre los propios acreedores concursales, que buscan el máximo incremento del patrimonio a liquidar, y los terceros afectados, que pretenden, por seguridad del tráfico, además, quedar inmunes al concurso y no verse desposeídos de los bienes originariamente pertenecientes al concursado.

¹⁰ Según la STS de 22 de mayo de 2000 "*el dominio casi absoluto del criterio denominado estricto o rigorista, es decir, el que considera afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra*".

sino por el perjuicio causado, por tratar de restaurar una situación de desigualdad frente a otros sujetos, los acreedores.

En tercer lugar, se elimina el examen del momento efectivo de la insolvencia anterior a la declaración del concurso como en la época anterior en la que el Código de Comercio entendía nulos los actos de dominio y administración posteriores a la época en que se retrotraigan los efectos de la quiebra", momento que era valorado judicialmente¹¹. En la regulación actual, se señala un plazo de dos años desde que se dictó el auto de declaración del concurso y no desde que éste adquirió firmeza, como se desprende de la dicción del artículo 21.2, según el cual el auto producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso, que comprenderá las actuaciones previstas en los cuatro primeros títulos de esta ley, y será ejecutivo aunque no sea firme.

Plazo éste al que se puede extender retroactivamente el ámbito objetivo de este tipo de acciones, se elimina así la incertidumbre que motivaba la inexistencia de plazo. Y aunque resulta posible que con la fijación del citado plazo queden fuera actos cuya impugnación, dado su carácter lesivo, pudiera ser más que evidente, no parece negativo que el legislador haya primado frente al posible perjuicio del derecho de crédito, la inseguridad jurídica en la que se situaba a los sujetos que habían contratado con el ahora concursado. Además, como ya hemos puesto de manifiesto, junto al sistema de rescisión existen otras acciones que son compatibles y entran dentro de las que podríamos denominar de reintegración. Por ello, con el juego de estas otras acciones generales de impugnación podrían darse cobertura a aquellos supuestos que puedan quedar al margen del sistema de reintegración por razón de la fecha en que se hubieran celebrado tales actos¹².

¹¹ Como ponen de manifiesto Según CERDÁ ALBERO, F/SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones...*, cit., pág. 89, la retroacción pretende hacer coincidir la situación de concurso real (la insolvencia) con el concurso declarado, para trasladar la prohibición de disponer al momento en que se produjo el presupuesto del concurso. De este modo, se consideran ineficaces todos los actos realizados desde que el deudor entró en situación de insolvencia y debió acudir al concurso hasta que éste fue declarado. Suele corresponder al juez fijar este período de retroacción, que va desde que aparece la insolvencia hasta que se declara el concurso (retroacción judicial). Aunque en algunos ordenamientos lo fijaba la propia ley de antemano, a través de una ficción legal (retroacción legal). En un caso o en otro, los actos comprendidos en este período carecían de eficacia. Es frecuente hablar de retroacción absoluta, cuando esta ineficacia se predica de todos los actos o negocios realizados en este tiempo de retroacción; mientras que se califica de relativa, cuando sólo afecta a unos cuantos determinados. Una retroacción absoluta y judicial, como la que existe en el artículo 878.2 del Código de Comercio, origina muchos problemas de inseguridad jurídica, pues con frecuencia es muy difícil llegar a determinar con seguridad el momento de la insolvencia, y además es precisamente en esos momentos cuando las empresas necesitan de mayor apoyo financiero. Apoyo que difícilmente se aportará si se advierte que, en caso de declararse la quiebra, el juez puede retrotraer los efectos a aquel momento y, con ello, se pierden las garantías o contraprestaciones recibidas al suministrar apoyo financiero al deudor o simplemente al seguir contratando con él. La inseguridad se acrecienta más si tenemos en cuenta el modo en que la retroacción ha sido interpretada por la jurisprudencia, que no ha hecho distinción de actos o negocios afectados, ni de personas, haciendo prevalecer la ineficacia frente a terceros de buena fe, que incluso tenían la consideración de terceros hipotecarios. Por este motivo, no es un instrumento adecuado para articular la reintegración, debiéndose acudir a otros que permitan distinguir mejor los actos o negocios perjudiciales, prececederos de la sanción de ineficacia, de aquellos que no lo son, cuya validez no debe quedar afectada por el concurso.

¹² GARCÍA-CRUCES, J.A., *La reintegración de la masa...*, cit., pág. 4.

Hay, no obstante, autores que opinan lo contrario y que entienden mejor el sistema fijado en el artículo 882 del Código de Comercio, en el que se fijaba el plazo máximo de dos años para el período sospechoso que antecede a la cesación de pagos o fecha de retroacción de la quiebra, pero permite al juez, una vez verificado el presupuesto objetivo de la quiebra, averiguar el momento en que el quebrado se encontró en situación de insolvencia (art. 886), y le manda que en el auto declarativo fije con la calidad de "*por ahora y sin perjuicio de tercero*" la época a la que deberán retrotraerse los efectos de la quiebra, atendiendo al momento en que el quebrado cesó en el pago corriente de sus obligaciones¹³.

Por último, salvo en los supuestos tasados en los que se presume "*iuris et de iure*" el perjuicio patrimonial para la masa, en los demás actos la retroacción de la declaración de concurso admite prueba en contrario o está necesitada de prueba. Así pues, caben dos supuestos:

- Aquellos en los que se presume el perjuicio para la masa activa pero que admite prueba en contrario, constituyendo aquélla una presunción "*iuris tantum*". Se trata de un acto en el que está vinculada una persona especialmente relacionada con el concursado o de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas contraídas en sustitución de aquellas.

- Aquellos en los que resulta necesario que el que ejercite la acción de rescisión pruebe el perjuicio patrimonial, lo que comporta una retroacción de la declaración de concurso pero como consecuencia de dicha prueba -art. 71.3-¹⁴.

Por tanto, la rescisión opera con la combinación de dos factores, el tiempo y el perjuicio, el cual en algunos supuestos se presume.

3. EL PERJUICIO COMO PRESUPUESTO INDISCUTIBLE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA

Aunque para proceder a ejercitar la acción rescisoria frente a la enajenación de determinados bienes, no haga falta demostrar la intención fraudulenta de su autor, lo normal viene siendo que los bienes sean sacados del patrimonio para eludir algunos de ellos de su posterior aprehensión, o bien simplemente para favorecer a algunos de sus acreedores frente a otros. Por ello, se hace necesario ofrecer en sede de concurso, un tratamiento especial a estos actos de enajenación, para así asegurar dos principios esenciales en la solución concursal¹⁵:

¹³ MAIRATA LAVIÑA, J., *Los efectos del concurso...*, cit., pág. 145. Este autor sigue diciendo que en su experiencia ha llegado a ver quiebras en las que la retroacción ha alcanzado a la fecha de constitución de la sociedad quebrada, nacida precisamente con fines de fraudulencia frente a acreedores, que durante años no pudieron hacer nada y que cuando lograron la declaración de quiebra de dicha sociedad, pudieron al mismo tiempo por vía de retroacción anular aquellos actos del quebrado que habían permitido la salida de bienes y hacían imposible la recuperación de los créditos.

¹⁴ MARTI SÁNCHEZ, N., *El papel del juez en la nueva Ley concursal. La especialización mercantil*, Revista Jurídica La Ley, núm. 5741, 2003, págs. 4 y 5.

¹⁵ Según Cerdá Alberó, F/Sancho Gargallo, I., *Quiebras y suspensiones...*, cit., pág. 88.

- Preservar la integridad patrimonial del concursado, sin lo cual no será posible la satisfacción de los créditos.

- Salvaguardar la *par condicio creditorum*.

A las acciones de reintegración se refiere el artículo 71, regulándose expresamente las acciones de rescisión frente a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Además se refiere dentro de las acciones de reintegración a cualesquiera otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho -art. 71.6-.

En principio, pudiere parecer que tal y como están definidas las acciones rescisorias, su concepto no coincide con el previsto en el Código Civil¹⁶, en el que se exige para que sean rescindibles los conceptos válidamente celebrados "*el fraude de acreedores*", mientras que el artículo 71 excluye la necesidad de fraude, exigiendo tan sólo "perjuicio" para la masa activa.

Sin embargo, de una forma implícita se prevé igualmente la exigencia de fraude, pues al requerir que exista perjuicio se está presumiendo la existencia de fraude, en cuanto la construcción objetiva del fraude exige la producción de perjuicio. En efecto, la última corriente doctrinal, como pone de manifiesto JEREZ DELGADO¹⁷, considera que resulta posible construir el fraude de dos modos diferentes, es más, que el mismo Código Civil en su articulado lo prevé. Por un lado, la construcción subjetiva del fraude prevista en el artículo 1291.3 Cc, según el cual el fraude se caracteriza por la conducta del deudor, celebrando contratos en fraude de acreedores, y por el efecto del contrato, que no puedan cobrar lo que se les deba.

Pero existe también una construcción objetiva del fraude que tiene su sede en varios preceptos del Código, según los cuales independientemente de cual fuera la intención del deudor, la realización de determinados actos implica la existencia "objetiva" de fraude. En este sentido el artículo 643.II Cc se refiere a la idea de gratuidad como sinónimo de engaño "*Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella*". Asimismo se prevé en la Ley Concursal como presunción "*iuris et de iure*" del perjuicio patrimonial, los actos de disposición a título gratuito.

¹⁶ Artículo 1290. *Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley.*

Artículo 1291. *Son rescindibles:*

3. *Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrarlo que se les deba.*

Artículo 1292. *Son 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.*

¹⁷ JEREZ DELGAGO, C., *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999.

Pero esa idea de gratuidad puede ensancharse, a actos que no siendo totalmente gratuitos, se revisten del velo de la onerosidad para convertirlo en inatacable para los acreedores. Es típico el supuesto en el que un sujeto realiza una compraventa con precio por debajo del valor de mercado o cuando se realiza una compraventa entre personas con una determinada relación familiar, padre e hijo. En estos supuestos el poder de configuración de la autonomía de la voluntad debe ceder ante la lesión que el acto produce a los acreedores. De este modo se produce un ensanchamiento de la idea de gratuidad, y se objetiva el fraude. Pues bien la Ley concursal en su artículo 71 dispone que salvo prueba en contrario el perjuicio patrimonial se presume en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Se apoya también la construcción objetiva del fraude en el artículo 1292 Cc, que hace 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. En este supuesto se producen dos situaciones, por un lado, la situación de desigualdad en la que se colocan unos acreedores frente a otros, y por otro, el enriquecimiento insuficientemente justificado de uno de los acreedores, aquel que ha recibido una atribución que, por el momento, no era exigible de acuerdo con su derecho. A este respecto en la Ley Concursal se prevé en primer lugar una presunción "*iuris et de iure*" cuando se efectuarán pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; así como otra "*iuris tantum*" cuando se hubieren constituido garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. En ambos casos se presume el perjuicio patrimonial.

Por último, la visión objetiva del fraude tiene fundamento en el artículo 6.2 del Código Civil, conforme al cual la renuncia a los derechos no es válida en cuanto perjudica a terceros. A partir de él se puede llegar al entendimiento de que cualquier acto de renuncia que perjudique, sea lesivo para un acreedor y su derecho de crédito podrá ser rescindido.

Todas estas normas tienen una nota en común, permiten impugnar concretos actos jurídicos del insolvente prescindiendo del elemento subjetivo del fraude.

Todo esto lleva a que la construcción objetiva del fraude implica la consideración primaria y esencial de que en el entorno del deudor hay sujetos que resultan beneficiados por sus acciones y otros perjudicados, por lo que resulta necesario al derecho limitar el poder de la autonomía de la voluntad para evitar la producción de determinados perjuicios.

Y esto es lo que parece haber intentado nuestro legislador, pero no ha sabido plasmarlo en el texto legal. Se ha referido al perjuicio como presupuesto necesario para la integrar un bien o derecho en la masa activa, y al mismo tiempo ha considerado innecesaria la "*intención fraudulenta*", pero no era necesario decirlo, pues ha objetivado el fraude, y en esa construcción, como ya hemos indicado, la intención no hay que demostrarla, puede estar o no estar, independientemente de ello se presume el fraude. Así pues, el perjuicio sufrido por la masa es precisamente la fórmula actual de objetivación de la acción fraudulenta, indiferente a la existencia en la mente del sujeto de intención fraudulenta. Ésta se da por

supuesta cuando concurren determinados actos, los que presumen un perjuicio¹⁸. El fraude en estos casos es objetivo. Fraude en sentido objetivo equivale a la lesión del derecho de crédito.

4. LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES RESCISORIAS

4.1. Legitimación activa

Las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal, como procedimiento especial a través del cual se sustancian todas las cuestiones que se produzcan durante el concurso y no tengan señalada en la ley otra tramitación. También se tramitan a través de este procedimiento aquellas otras que se remitan de forma expresa al mismo, entre las que se hallan precisamente las acciones rescisorias -art. 72.3-.

En el incidente podrá ejercitar las acciones rescisorias y demás de impugnación, la administración concursal, quien, junto al Juez, son los órganos necesarios en el procedimiento. Este órgano podrá accionar tras haber realizado el inventario de la masa activa, así se deduce de lo dispuesto en el artículo 84.2, según el cual resulta necesario que al inventario se añada una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa.

La administración concursal actúa en el proceso con una legitimación que le atribuye el ordenamiento en defensa de los intereses de la masa. No se trata de una legitimación ordinaria, y sí, muy parecida o similar a la que se atribuye a determinadas personas jurídicas para la defensa de intereses colectivos y difusos, se legitima en ambos casos para la defensa de intereses que trascienden del interés propio de quien comparece en el proceso.

Pero no sólo podrá la administración concursal ejercitar las citadas acciones, sino también los acreedores que hayan instado por escrito, de la administración concursal, el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello. En estos supuestos si la administración concursal no interpusiere en el plazo de dos meses siguientes al requerimiento la acción rescisoria, lo podrán hacer los acreedores como legitimados subsidiarios. Y así los denomina la ley, en cuanto sólo podrán ejercitar la acción rescisoria si no lo hiciera la administración concursal, en su defecto, nunca con carácter principal -art. 72.1-.

A ellos les llama el legislador legitimados subsidiarios y a la acción por ellos ejercitada acción subsidiaria, en este sentido el artículo 54.4 "*Los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su funda-*

¹⁸ Todo lo hasta aquí manifestado está espléndidamente expuesto en el libro de JEREZ DELAGO, C., *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999.

mentación jurídica, estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo hicieren dentro de los dos meses siguientes al requerimiento".

De la dicción de ambos preceptos se desprende que deben concurrir determinados presupuestos para que los acreedores puedan instar la acción rescisoria, así como cualquier otra de impugnación, por lo que se prevén como requisitos de procedibilidad, sin los cuales no podrá admitirse a trámite la demanda:

- Se inste a la administración concursal el ejercicio de alguna acción mediante escrito.

- En el escrito se ha de hacer constar el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello.

- Transcurso de dos meses desde que se solicitó sin que la administración concursal la ejercite. Por lo que resulta imprescindible la falta de actuación de la administración durante ese plazo, no pareciendo posible que se inste antes basándose en la negativa expresa de la administración concursal a ejercitar la acción solicitada.

Pues bien, en este supuesto, en ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa, en interés de la masa. Este tipo de legitimación se conoce como "*legitimación extraordinaria*", se concede legitimación a sujetos que no fueron parte de la relación jurídica material o que no tomaron parte en el negocio jurídico. Se trata de un supuesto de legitimación extraordinaria semejante a la creación jurisprudencial de la comparecencia en juicio de la comunidad de bienes. El Tribunal Supremo ha admitido que el comunero actúe en el proceso en nombre propio derechos de la comunidad y en provecho de ésta si no hay oposición de los demás comuneros. Así el acreedor actúa en el proceso en nombre propio derechos de la masa patrimonial y en provecho de ésta¹⁹.

Es por ello que, en caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme. Este derecho al reembolso es un crédito frente a la masa que tiene la consideración de "*crédito contra la masa*". Así se prevé en el artículo 84.2.3º, según el cual "*tienen la consideración de créditos contra la masa los de costas y gastos judiciales, ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de los acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos*".

La satisfacción de estos créditos es privilegiada en cuanto el artículo 154 dispone que antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal de-

¹⁹ SSTs de 22 de marzo de 2002; de 7 de diciembre de 1999; y de 28 de julio de 1999.

ducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta.

En cualquier caso, las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios han de notificarse a la administración concursal.

4.2. Legitimación pasiva

En el incidente deben ser partes demandadas el deudor y aquellos quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Se trata del supuesto común en el que el deudor ha transmitido un bien a otro sujeto, ambos deben ser llamados al proceso en calidad de litisconsortes pasivos necesarios, pues no se puede rescindir un acto en el que han tenido parte dos personas, sin la concurrencia de aquéllas en el procedimiento.

Así pues, los que hayan sido parte en el acto impugnado, independientemente de su calidad de "terceros de buena fe" e incluso de terceros con protección registral del artículo 34 LH²⁰, serán llamados al proceso para rescindir el acto por el que adquirieron el bien o derecho; no impidiendo la protección del artículo 34 LH, el reintegro de los bienes a la masa de la quiebra. Así ha venido pasando ya con la anterior regulación en cuanto como manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2000 "*El segundo motivo alega la infracción del art. 34 de la Ley Hipotecaria, porque la finca se adquirió a título oneroso de la entidad Salinera Chacartegui S.A. que aparecía en el Registro de la Propiedad con facultades para transmitir. Aduce, asimismo, infracción de los artículos 37 y 38 de la citada Ley Hipotecaria y añade, que el recurrente no tuvo conocimiento de la suspensión de pagos y posterior quiebra hasta el momento de lectura de la demanda formulada por la Sindicatura de la Quiebra.*

La cita del art. 34 de la Ley Hipotecaria, pretendiendo el recurrente ser un tercero hipotecario, olvida que la fe pública registral no puede sanar o convalidar un contrato nulo por encontrarse dentro del periodo de retroacción de la quiebra. Así se ha recogido en las sentencias de este Tribunal de 15 de noviembre de 1991 y 2 de diciembre de 1999.

El artículo 878,2 del Código de Comercio resulterminante en cuanto declara nulos ipso iure los actos de administración y desposesión realizados por el quebrado sobre bie-

²⁰ Según DE COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1986, pág. 230, el tercero para adquirir la calidad de hipotecario requiere:

1) Haber adquirido de persona que según el Registro aparezca con facultades para transmitir. Por tanto, quien con su título adquisitivo provoca una primera adquisición (asiento de inmatriculación) no es tercero hipotecario, ni goza de la protección de la fe pública registral. Es esta una consecuencia lógica del principio de la fe pública del Registro, porque si en virtud del mismo se protege al tercero que adquiere confiado en el contenido del Registro, antes de la inmatriculación no hay tal contenido registral, pues los libros sólo constatan el vacío registral.

2) Haber adquirido a título oneroso. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente. En efecto, si la finalidad del Registro es la seguridad del tráfico, la protección de las transmisiones gratuitas difícilmente puede justificarse a favor de quien nada ha dado y en daño de quien materialmente es verdadero titular del derecho, habiéndolo adquirido pagando el mismo una contraprestación.

3) Adquirir de buena fe.

nes de su patrimonio dentro de la fecha o periodo de retroacción de la quiebra y dicha nulidad es absoluta -sentencias de 28 de octubre de 1980, 20 de junio de 1996, 26 de marzo de 1997 y 2 de diciembre de 1999-. Dicha nulidad deriva de la inhabilitación del quebrado a partir de la declaración de quiebra que realiza el párrafo primero del art. 878 citado, no cabiendo por ello ningún tipo de convalidación o confirmación de los actos citados".

Esta parece ser la previsión del legislador en cuanto distingue entre aquel que ha formado parte del acto que se impugna, y aquel otro "tercero" al que se le transmite el bien que se pretende reintegrar. Quizás el legislador lo haya regulado así en la idea de que el derecho que el concursado transmite no se rescinde por una causa que pudiera constar en el Registro de la Propiedad, sino precisamente por la sola circunstancia de haberse adquirido en un tiempo anterior a la declaración de concurso, de suerte que en rigor no cabe hablar de inexactitud del Registro, y por tanto, de protección registral²¹.

²¹ Al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997 dice que "*Así pues, aplicando el artículo 878 del Código de Comercio se produce, tal como dice la sentencia de 20 de junio de 1.996, una nulidad intrínseca y absoluta, que actúa "ope legis", y que no precisa declaración judicial de invalidez de los actos afectados, pues la Ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado. La referida nulidad sólo supedita los efectos en cuanto precisa sea declarada judicialmente en aquellos casos en que determinada persona se oponga a la misma (sentencias de 9-12-1981, 24-10-1989, 15-11-1991, 19-12-1991 y 11-11-1993, entre otras). Y además, como añade la misma sentencia: el artículo 918 del Código de Comercio no especifica si los actos constitutivos de prenda, que necesariamente deberán constar en escritura pública o en póliza intervenida por Agente o Corredor de Comercio, han de ser aquellos llevados a cabo con anterioridad a la fecha de la retroacción o durante la misma, que es el supuesto de autos, en todo caso se trata de un derecho prendario no preexistente, sino ejecutado precisamente en el periodo de retroacción".*

También en este sentido cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000, según la cual "*como ya se declaró en sentencia de 1 de febrero de 1974, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria nunca puede amparar a quien contrata directamente con el quebrado, pues aquél no es en puridad tercero y por eso queda plenamente sometido al artículo 33 de la misma Ley, a cuyo tenor la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, de suerte que el negocio jurídico entre el quebrado y quien de éste adquiera será nulo por aplicación del art. 878 Ccom y como tal no podrá ser convalidado pese a su inscripción registral; segunda, que una aplicación indiscriminada del citado art. 34 a favor de los subadquirentes acabaría con la eficacia del art. 878 Ccom al impedir el reintegro de los bienes a la masa de la quiebra siempre que el adquirente directo del quebrado transmitiera rápidamente a terceros de buena fe que con igual celeridad inscribieran asimismo su derecho; tercera, que los términos en que se protegen los derechos del tercero de buena fe por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria son de muy difícil incidencia en el riguroso régimen del artículo 878 del Código de Comercio, pues el derecho de quien trasmite al tercero no se anula o resuelve por una causa que pudiera constar en el Registro de la Propiedad, sino precisamente por la sola circunstancia de haberse adquirido ese derecho en un tiempo anterior que se fija retroactivamente por el Auto judicial de declaración de la quiebra, de suerte que en rigor no cabría hablar de inexactitud del Registro; y cuarta, que buena prueba de esa difícil incidencia es la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado al declarar que puede inscribirse una compraventa presentada antes que un auto de declaración de quiebra que retrotraiga sus efectos a fecha anterior a la de aquélla... o que en los folios de las fincas enajenadas por el quebrado durante el periodo de retroacción no puede ser anotada la declaración de quiebra dictada en un procedimiento en el que no son citados ni oídos los titulares registrales actuales de aquélla... o, en fin, que el simple auto de declaración de la quiebra y retroacción no es suficiente para cancelar los asientos a favor de terceras personas que adquirieron de quienes habían adquirido del quebrado ni tampoco para anotar la declaración de quiebra sobre las fincas".*

Pero además, puede también ser parte demandada el tercero -el legislador en ese caso parece utilizar el concepto de tercero civil²²- a quien se haya transmitido el bien que se pretenda reintegrar. En efecto, la demanda también debe dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral. Por lo tanto, en este supuesto la protección registral del 34 LH si funciona, no pudiendo ser objeto de reintegración a la masa aquellos bienes que fueron adquiridos por un tercero de buena fe protegido por la publicidad del registro²³.

El tercero entra en el proceso en calidad de litisconsorte pasivo necesario, pues el legislador ha impuesto su llamada al proceso, pero sólo cuando se pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral. En caso contrario, no debe ser llamado al proceso, y por tanto, la sentencia que en su caso se dictará no podrá apreciar la falta del debido litisconsorcio²⁴. Por todo ello, su falta en el proceso produce dos importantes consecuencias:

- En primer lugar, respecto de la sentencia, en cuanto se condena a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y

²² Dice DE COSSIO Y CORRAL, A, *Instituciones de Derecho...*, cit., pág. 234, que tercero se determina en derecho civil, por oposición al concepto de parte. Si entendemos por parte a todo aquel que queda vinculado mediante la prestación de su consentimiento a un acto o contrato. Tercero será todo aquel que no haya sido parte en el acto o contrato.

²³ Con este reconocimiento de derechos al subadquirente el legislador sigue la línea minoritaria propuesta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de septiembre de 1993, según la cual "el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, -Ley posterior al Código de Comercio (años 1.946 y 1.885)-, tiene una virtualidad que no es dable desconocer; cuando como en el caso presente la sentencia recurrida sienta el hecho probado y no desvirtuado de que el negocio jurídico de enajenación no fue perjudicial para la masa de acreedores en lo que subyace una declaración de buena fe, anudada a la presunción legal establecida por dicha norma hipotecaria en su párrafo segundo, de donde fluye una situación a dos vertientes, o una dicotomía normativa, según la cual el negocio jurídico se descompone en su virtualidad en dos proyecciones; una la que afecta al ámbito inmobiliario o de derechos reales y otra la del negocio en su esfera obligacional. Aquélla regulada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (insistimos que es aplicable ante una declaración de hechos no desvirtuados coonestable con el requisito de dicho precepto, en el presente caso), y ésta, la obligacional regulada por el artículo 878-2º del Código de Comercio de 1.885. Ante esta perspectiva la transmisión de los derechos reales que integran el dominio de la finca o local enajenado permanece incólume protegido por la fe pública registral, principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario (artículo 9 de la Constitución)".

²⁴ Como pone de manifiesto Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil*, Madrid, 2001, normalmente, los supuestos de litisconsorcio necesario propio tienen el mismo fundamento que los supuestos de litisconsorcio necesario impropio. Se trata de supuestos en que el legislador ha detectado que la relación jurídica no puede ser objeto de un pronunciamiento jurisdiccional si no es en presencia de todos los titulares de la misma. La única diferencia estriba en que en unos casos el legislador se ha dado cuenta de la necesidad, mientras que en otros no lo ha dispuesto expresamente.

Siendo ello cierto, también es verdad que hay casos en que el litisconsorcio necesario propio puede derivar de razones de conveniencia u oportunidad. En estos casos, el legislador puede decidir obligar a litigar frente a varias personas conjuntamente, o no hacerlo. Por ejemplo, mientras en el art. 1539 LEC obligaba al tercerista, en las demandas de tercería de dominio o de mejor derecho, a demandar tanto al ejecutante como al ejecutado, estableciendo un litisconsorcio pasivo necesario propio por razones de conveniencia procesal, los artículos 600 y 617 LEC han suprimido -o, al menos limitado- ese litisconsorcio.

perjuicios causados a la masa activa. Con esta previsión se suaviza en gran medida la aplicación rigorista que hasta ahora venía haciendo numerosa jurisprudencia del artículo 878.2 del Código de Comercio, según la cual cuando se ha planteado la presunta protección de los subadquirentes por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la tendencia del Tribunal Supremo ha sido a declarar como regla general la inoperancia de este precepto frente al rigor del art. 878 Ccom²⁵. De hecho alguna sentencia llegó a decir que una aplicación indiscriminada del citado art. 34 a favor de los subadquirentes acabaría con la eficacia del art. 878 CdC al impedir el reintegro de los bienes a la masa de la quiebra siempre que el adquirente directo del quebrado transmitiera rápidamente a terceros de buena fe que con igual celeridad inscribieran asimismo su derecho²⁶.

- En segundo lugar, el acreedor o la administración concursal no podrán iniciar una nueva acción contra el tercero con objeto de desvirtuar la presunción de buena fe o atacar la irreivindicabilidad del bien o la protección derivada de la publicidad registral, tras haber instado el procedimiento frente a quien le transmitió el bien al tercero de buena fe. Y ello porque, aunque es cierto que el efecto de cosa juzgada de la sentencia anterior no puede extenderse al que no litigó en otro proceso, resulta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 400 LEC, a efectos de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiese podido alegarse en éste. Pues bien, el demandante pudo alegar la existencia de un tercero y la transmisión de la cosa, para a continuación, bien desvirtuar la presunción de buena fe del tercero, bien atacar la irreivindicabilidad del bien, o bien atacar la protección derivada de la publicidad registral. Si no se hizo en su momento y no se llamó al tercero en calidad de litisconsorte, al haberse podido hacer, los efectos de la cosa juzgada se despliegan sobre lo alegado y alegable, incluido el tercero. Queda de esta manera seguro el derecho del tercero y, al mismo tiempo reintegrada la masa, en cuanto, como ya hemos puesto de manifiesto el artículo 73.2 prevé como efecto de la rescisión cuando no se pudieran reintegrar a la masa los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor por pertenecer a tercero no demandado, que se condene a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal.

En todo caso, también es posible aunque no lo prevea el precepto, la posibilidad de que no conociendo el acreedor o la administración concursal la transmisión de la cosa a un tercero, no lo demande, y quien ha sido parte con el concursado en el acto impugnado provoque su intervención en el proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 LEC. A esto se puede oponer que el legislador ha previsto que sea el actor quien dirija la demanda cuando pretenda determinadas cuestiones, pero sin duda podrá ser igualmente el que decida el actor, cuando al llamar el tribunal al demandante para oírle antes de resolver, el juez haga depender la decisión de que intervenga a si el actor pretende desvirtuar la presunción de

²⁵ Vid. SSTS de 17 de marzo de 1958; de 15 de noviembre de 1991; de 16 de marzo de 1995 o de 16 de febrero de 2003.

²⁶ STS de 22 de mayo de 2000.

buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral.

5. LA PRUEBA EN EL INCIDENTE

La prueba en el incidente concursal de reintegración de la masa versará sobre el perjuicio que el acto supone para la masa activa, esto es, el acto supone un perjuicio en los intereses de aquélla. La necesidad de que los actos realizados en el período de retroacción tengan un carácter perjudicial surge como reacción a la interpretación rigurosa que numerosa jurisprudencia estaba dando al artículo 878.2 del Código de Comercio con relación a la nulidad radical y absoluta de todos los actos contemplados en dicho precepto.

En efecto, dicha interpretación fue objeto de crítica por la inseguridad que producía en el tráfico jurídico, ante la ruptura por vía de excepción del principio general de irretroactividad con la finalidad de evitar perjuicios a los acreedores, al entender que el carácter absoluto de esa nulidad excede las exigencias de defensa de los acreedores, siendo suficiente una nulidad relativa objetiva y subjetivamente considerada. Desde el punto de vista objetivo, porque la nulidad quedaría limitada a los actos que tuviesen repercusión real sobre la masa de la quiebra, aumentando el pasivo o disminuyendo el activo; y desde el punto de vista subjetivo, porque sólo podría hacerse valer por los acreedores, no por el quebrado ni por el que contrató con él²⁷.

La prueba de qué se entienda por acto perjudicial no se admitirá, por lo que no tendrá que aportarla aquel que inste el procedimiento, cuando nos hallemos ante actos de disposición a título gratuito²⁸, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso²⁹.

²⁷ MAIRATA LAVIÑA, J., *Los efectos del concurso...*, cit., pág. 148. Este autor sigue diciendo que las consecuencias del rigorismo en la aplicación de la sanción de nulidad del artículo 878.2 ha dado lugar a la aparición de normas sectoriales que excluyen dicha acción -por ejemplo: art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, que exige prueba de fraude por parte de la sindicatura en la constitución de determinadas hipotecas, y deja a salvo en todo caso los derechos de terceros que no hubieran sido cómplices-, y a la aparición de interpretaciones jurisprudenciales muy positivas contrarias al rigorismo y automatización de la sanción, al considerar que el resultado de la inseguridad jurídica que provocada podría atentar contra el artículo 9 de la Constitución, propugnado en consecuencia la admisibilidad de excepciones que permitan evitar la nulidad por retroacción mediante la prueba de que el acto concreto afectado no ha sido perjudicial para la masa y la citada de 20 de septiembre de 1993; algunos autores consideran que esta tesis tiene un apoyo explícito en el criterio de perjuicio para la masa del artículo 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que legitima a la sindicatura para el ejercicio de las acciones de retroacción de "los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo hábil", identificándose dicho tiempo inhábil con el período de retroacción en la STS de 16 de febrero de 1993.

²⁸ Según el artículo 880 CdC derogado por ley 22/2003, "*Se reputarán fraudulentos y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por ése en los treinta días precedentes a su quiebra, si pertenecen a alguna de las clases siguientes:*

1º Transmisiones de bienes inmuebles hechas a título gratuito.

2º Constituciones dotales hechas de bienes privativos suyos a sus hijas.

...5º Las donaciones entre vivos que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias, otorgadas después del balance anterior a la quiebra, si de éste resultare un pasivo superior al activo del quebrado".

²⁹ Se hallaba previsto en el artículo 879 CdC, según el cual "las cantidades que el quebrado hubiere satisfecho en dinero, efectos o valores de crédito en los quince días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuere posterior a ésta, se devolverán a la masa por quienes las percibieron.

En este sentido, recordemos que la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 217.5 permite que otras leyes establezcan criterios distintos a los generales de distribución de la carga de la prueba. La aplicación de dichos criterios puede suponer modificaciones o exoneraciones de la carga de la prueba. En el supuesto que nos ocupa nos hallamos ante una exoneración de la carga de la prueba para el actor, impidiendo en todo caso la prueba por el demandado.

Por otro lado, nos hallamos ante norma especial sobre la carga de la prueba³⁰ cuando se trata de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (las del artículo 93) o frente a actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas³¹. En estos supuestos si que se admite prueba en contrario. Y se admite porque es posible que concurra una justificación material suficiente y que acreditará la inexistencia de perjuicio alguno para la masa activa pese a que el acto que pudiera impugnarse vinculará "a persona especialmente vinculada con el concursado", o bien, conllevara la constitución de garantías reales en el sentido indicado³².

Por último, la carga de la prueba funcionará de modo normal cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos anteriores, por lo que la carga de la prueba corresponderá a quien tenga que probar los hechos constitutivos de la pretensión, esto es, por quien tenga que probar el perjuicio patrimonial base de la acción rescisoria.

En todo caso, no es posible alegar el perjuicio de cualquier que fuere el acto, de hecho, nunca podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni los actos comprendidos en

El descuento de sus propios efectos, hecho por el comerciante dentro del mismo plazo se considerará como pago anticipado. Y el artículo 880, en su número 3º "Concesiones y traspasos de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas al tiempo de declararse al quiebra".

³⁰ Parte de la doctrina incluye los hechos favorecidos por una presunción dentro de los hechos exentos de ser probados. Hay aquí un error de base, pues lo que en realidad ocurre es que se altera el tema a probar y surge la contrapueba.

En efecto, en las presunciones legales existen uno o varios indicios y un hecho presumido y lo que la ley dice es que, admitido o probado el indicio, se presume existente el hecho presumido, el cual no necesita ser probado directamente; todo esto no impide que exista prueba, pues siempre deberán probarse el o los indicios.

Por otra parte todas las presunciones legales *iuris tantum* admiten prueba en contrario, de lo que se deduce asimismo que no existe exención de prueba, sino norma especial sobre la carga de la prueba que es cosa distinta. El que se oponga a la presunción puede pretender probar, bien la inexistencia del hecho presunto, bien la falta de enlace entre el indicio y el hecho presumido. Vid. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, Valencia, 2002, pág. 253.

³¹ Según CERDÁ ALBERO, F/SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones...*, cit., pág. 91, es un supuesto tradicional en nuestro derecho, que encontramos en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y en la actualidad en el artículo 880 del Código de Comercio vigente. Se pretende evitar que el deudor favorezca injustificadamente a un acreedor en perjuicio de otros, constituyendo una garantía real sobre alguno de sus bienes en beneficio de un determinado acreedor. De otro modo, el acreedor hipotecario podría hacer uso del beneficio de ejecución separada, y cobrarse su crédito con lo obtenido de dicha ejecución, con preferencia sobre el resto de los acreedores. Por desgracia, esto suele ser muy habitual en el tráfico, pues muchas entidades de crédito que carecen de garantía reales, en los momentos previos a la quiebra suelen perseguir esta garantía para sus créditos, que en ocasiones supeditan a la ampliación del crédito.

³² GARCÍA-CRUCES, J.A., *La reintegración de la masa...*, cit., pág. 6.

el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados. Y es que, con relación al primer acto, la declaración de concurso no interrumpe, en principio, la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor -art. 44.1-. De hecho, si se decreta la intervención de las facultades del deudor, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general. Por ello, el artículo 71.5 establece que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, como ya lo hacía el artículo 70.3 del Anteproyecto del 2000 de Ley concursal, previsión que sin embargo desaparece en el Anteproyecto del 2001 de Ley concursal, así como en el Proyecto de Ley, con lo que ese tipo de acto no se hallaba exento de aplicación de una acción rescisoria.

Tampoco, como hemos dicho, pueden ser objeto de rescisión los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados³³. La razón de su exclusión deriva de un criterio de seguridad jurídica, dada la incidencia que sobre todo el sistema tendría la ineficacia de los actos de este tipo que pudieran ser impugnados al amparo de cuanto dispone el artículo 71³⁴.

Con relación a estas normas la misma Ley concursal en sede de normas de Derecho Internacional Privado prevé que los efectos del concurso sobre derechos que recaigan en valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta se regirán por la Ley del Estado del Registro donde dichos valores estuvieren anotados. Esta norma comprende cualquier registro de valores legalmente reconocido, incluidos los llevados por entidades financieras sujetas a supervisión legal. La aplicación como regla de base de la "*lex fori concursus*" constituye uno de los principios generales del Derecho concursal internacional comparado. Habitualmente se suelen emplear dos argumentos a favor de esta solución, por un lado que facilita la administración del proceso ya que hace coincidir "*forum*" e "*ius*", y por consiguiente evita los costes asociados a la aplicación de un Derecho extranjero, tales como los problemas de ajuste normativo, información... Este argumento es particularmente fuerte en aquellos procedimientos, como son los concursales, donde los aspectos procesales y los aspectos materiales guardan una estrecha relación. Por otro lado, se argumenta que asegura la "*par conditio*" conflictual, de hecho, todos los acreedores del mismo deudor insolente quedan sujetos al mismo derecho concursal³⁵.

³³ Según la Disposición adicional segunda. Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, en su número 2, se dispone que se considera legislación especial la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en lo que respecta al régimen aplicable a los sistemas de compensación y liquidación en ella regulados, y a las entidades participantes en dichos sistemas, y en particular los artículos 58 y 59.

³⁴ GARCÍA-CRUCES, J.A., *La reintegración de la masa...*, cit., pág. 6.

³⁵ VIRGOS SORIANO, M/GARCI MARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna*, Revista española de derecho europeo, número 1, enero-marzo, 2002, pág. 79.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 201³⁶, los efectos del concurso sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o compensación o en un mercado financiero se regirán exclusivamente por la ley del Estado aplicable a dicho sistema o mercado. Este precepto no es sino repetición del artículo 9 del Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia, en el que se establece la competencia judicial, el reconocimiento y efectos de las resoluciones dictadas en los procedimientos de insolvencia, y el derecho aplicable en los mismos. Con relación a esto último, se prevé como regla general que la ley del Estado de apertura del procedimiento concursal determina los efectos procesales y materiales del concurso. Sólo se excluyen del referido reconocimiento directo aquellas medidas que limitan la libertad personal y el secreto postal, y aquellas que afectan al orden público de un Estado miembro. De otro lado, se contienen algunas excepciones a la regla de que el procedimiento concursal se rige por la legislación del Estado de apertura, así ocurre en relación con los derechos reales, la admisión de la compensación, los sistemas de pago o compensación en mercados financieros y las relaciones laborales³⁷.

6. EFECTOS DE LA SENTENCIA

El efecto de la sentencia estimatoria es una de las múltiples muestras que el legislador nos reserva con relación a la flexibilidad del procedimiento. Al respecto prevé el artículo 73 que la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado. Además se condenará a la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, con sus frutos e intereses, esto produce que aquel que contrató de buena fe, sin conocer la situación del ahora concursado, tiene que devolver el bien que recibió como consecuencia del contrato realizado con aquel y que en el proceso de rescisión ha sido declarado ineficaz. La situación se entiende ciertamente injusta, por ello parece necesaria la previsión del legislador en el artículo 73.3, según el cual el que sin ser el concursado, ha sido parte en el acto impugnado y actúa en el procedimiento como demandado, tiene derecho a que tras la restitución de la prestación objeto del acto impugnado, se le reintegre en el valor que tuvo cuando salió del patrimonio del deudor concursado; por ello tendrá la consideración de crédito contra la masa, el que ha de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido -arts. 73.3 y 84.2.8°. Por lo tanto, en estos cré-

³⁶ Artículo 201. Derechos reales y reservas de dominio.

1. Los efectos del concurso sobre derechos reales de un acreedor o de un tercero que recaigan en bienes o derechos de cualquier clase pertenecientes al deudor, comprendidos los conjuntos de bienes cuya composición pueda variar en el tiempo, y que en el momento de declaración del concurso se encuentren en el territorio de otro Estado se regirán exclusivamente por ley de éste.

La misma regla se aplicará a los derechos del vendedor respecto de los bienes vendidos al concursado con reserva de dominio

2. La declaración de concurso del vendedor de un bien con reserva de dominio que ya haya sido entregado y que al momento de la declaración se encuentre en el territorio de otro Estado no constituye, por sí sola, causa de resolución ni de rescisión de la venta y no impedirá al comprador la adquisición de su propiedad.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de las acciones de reintegración que en su caso procedan".

³⁷ CERDÁ ALBERO, F/SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones...*, cit., pág. 49.

Vid a este respecto CORDÓN MORENO, F., *La unificación del derecho concursal en el ámbito de la Unión Europea: el reglamento comunitario 1346/2000, de procedimientos de insolvencia*, Unión Europea Aranzadi, Enero-Marzo, 2003, pág. 10.

ditos contra la masa no se aplica la regla general prevista en el artículo 154 para el pago de créditos contra la masa, pues no será necesario para hacerlos efectivos que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o que transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido ninguno de los actos anteriores. De este modo, la satisfacción del crédito del tercero "*in bonis*" y que sea consecuencia de la reintegración concursal aparece configurada como condición de exigibilidad de la obligación de restitución que, al amparo del artículo 73.1, pesa sobre este sujeto. Sin que actúe simultáneamente el pago del crédito de restitución de este sujeto, la administración concursal no podrá conseguir la devolución de la prestación que hiciera el concursado como consecuencia del acto ahora rescindido³⁸.

He afirmado con anterioridad que se le reintegra al que ha sido parte en el acto impugnado en el valor que tuviere la cosa cuando saliera del patrimonio del deudor concursado; sin embargo, no se halla previsión alguna al respecto en la ley, podría, por tanto, reintegrarse al sujeto en el valor del bien en el momento en el que se reintegrarán los bienes o derechos objeto del acto rescindido a la masa. No obstante, dos razones nos llevan a seguir manteniendo la afirmación vertida:

- Por un lado, la intención del legislador al devolver al sujeto lo que entregó en un momento determinado es el proteger su buena fe, no la de enriquecerle, suponiendo que el bien hubiera adquirido un valor superior.

- Por otro, el número segundo del mismo artículo 73, para aquellos supuestos en los que no fuere posible reintegrar el bien o derecho a la masa, dispone que el que hubiera sido parte en el acto rescindido debe ser condenado a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal. Por lo que si al resultar el sujeto condenado ha de entregar el valor que tuviera en el momento del perfeccionamiento del acto ineficaz, cuando deba percibir, parece que lo conveniente será que la solución sea la misma.

La situación ciertamente varía si el acreedor de la masa, esto es, aquel que ha sido parte en el acto impugnado y ahora debe restituir la prestación objeto de aquel, actuó con mala fe en el momento en el que percibió el bien o derecho del deudor concursado; si así

³⁸ GARCÍA-CRUCES, J.A., *La reintegración de la masa...*, cit., pág. 3. Este autor sigue diciendo que este tratamiento que la ley concursal dispensa al tercero "*in bonis*" ha de merecer una valoración positiva. No cabe duda de la necesidad de ofrecer una adecuada protección a los legítimos intereses del tercero que, habiéndose relacionado con quien posteriormente fuera declarado en concurso, ve cómo su adquisición se hace venir a menos como consecuencia de la reintegración de la masa activa del concurso. Sin embargo, la solución dada en la Ley concursal no está exenta de crítica, al menos si no se evita una interpretación puramente literal de la norma. En efecto, una lectura superficial del apartado tercero de este artículo 73 LC nos llevaría a afirmar la improcedencia de la restitución derivada de la impugnación de un acto cuando la masa activa existente con anterioridad fuera insuficiente para atender simultáneamente el pago del crédito de ese tercero "*in bonis*". Esta consecuencia pudiera resultar criticable cuando, al menos y como consecuencia de su revalorización, el valor de la cosa que se restituyera fuera relevante y permitiera no sólo satisfacer ese crédito, sino, también, un incremento de la masa activa. Por ello, quizás fuera preferible una interpretación correctora del tal norma y en la que viniera a evitarse un resultado como el descrito, asegurando -en todo caso- la satisfacción prioritaria del crédito de ese tercero "*in bonis*".

se apreciare en la sentencia, el crédito de ser contra la masa, pasa a ser concursal subordinado. Estos créditos son una nueva categoría introducida por la Ley para clasificar aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, ya sea por su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) o por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado) o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso, siendo este último supuesto el de aplicación en sentencia de rescisión³⁹. En todo caso, estos créditos, subordinados o no tendrán la consideración de deudas de la masa. Deuda que se satisfará en último lugar, pues conforme al artículo 158.2 el pago de los créditos subordinados se realizará por el orden establecido en el artículo 92, y este último deja para último lugar en número 6º, los que como consecuencia de rescisión concursal resulte a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.

En esta misma línea hay que tener en cuenta también que la calificación del tercero como de mala fe no afecta en principio, a su derecho de crédito derivado de la rescisión, pues su proceder no acarrea la consideración de cómplice "ex" artículo 166 de la Ley concursal, pero sí a la calificación que ha de merecer tal derecho de crédito. De modo expreso, el apartado tercero del artículo 73 LC nos advierte que, bajo tales circunstancias, dicho crédito se calificará como subordinado⁴⁰.

No obstante, una vez formada la sección sexta de calificación, si se demuestra que durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso han salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos; y a continuación se prueba que determinadas personas, con dolo o culpa grave, han cooperado con el deudor, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, en la realización de ese acto que sirvió para calificar el concurso como culpable, hace que a estos últimos pueden ser considerados cómplices. Siendo esto así, aquel sujeto que como consecuencia del ejercicio de una acción de rescisión fue calificado como acreedor de un crédito concursal subordinado, con obligación de restituir la prestación y derecho a ser restituido en el valor de la prestación con posterioridad a los créditos ordinarios; si en sección de calificación se califica el concurso como culpable porque durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos, y en aquel acto que ha servido para la calificación ha participado aquél, actuando con dolo o culpa grave, la resolución que en este caso se emita si que afectará esta vez al derecho de crédito derivado de la rescisión, en cuanto supondrá la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa art. 172.2.3º.

Al respecto, estamos totalmente de acuerdo con lo que pone de manifiesto GARCÍA-CRUCES⁴¹, según el cual la inserción de la conducta que describe el artículo

³⁹ CORDÓN MORENO, F., *Las normas procesales...*, cit., pág. 6.

⁴⁰ GARCÍA-CRUCES, J.A., *La reintegración de la masa...*, cit., págs. 3 y 4.

⁴¹ GARCÍA-CRUCES, J.A., *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003, pág. 272.

164.2.5º como supuesto de hecho al que se le anuda la presunción del concurso culpable es absolutamente acertada y resulta totalmente oportuna. En efecto, la realización de actos de disposición fraudulenta que se produjeran en la época que fija la norma conllevan, por su propio significado, una alteración de la situación patrimonial del deudor común, determinando el origen o, al menos, el agravamiento de su futuro estado de insolvencia. La calificación de tales actos como fraudulentos afirma la coherencia de esta presunción respecto del criterio general de calificación del concurso como culpable, pues asegura la concurrencia de dolo en el deudor común al llevar a cabo tales actos de disposición patrimonial. Nuestra jurisprudencia, sigue diciendo, ha venido aplicando una regla de alcance similar a la que nos ocupa y que venía recogida como una particularización de la misma en la normativa anterior. Así, y al amparo de cuanto prevenía el artículo 890.13ª CdC (haber anticipado pagos en perjuicio de los acreedores), la SAP de Barcelona de 14 de junio de 1993 advirtió que la concurrencia de otros efectos derivados de la realización del supuesto de hecho no impedía la calificación como fraudulenta de la insolvencia. Con esta observación se viene a poner de manifiesto que la concurrencia del supuesto de hecho no sólo aboca a la calificación del concurso como culpable, sino, también, y en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto, cabría la posibilidad de calificar a los terceros como cómplices, recayendo sobre ellos la obligación de restitución de lo percibido con la pérdida de todo derecho, así como la de indemnizar los daños y perjuicios causados. Pero también, y siempre según las circunstancias que rodeen el caso concreto, sería posible que el tercero no pudiera ser calificado como cómplice, dada su buena fe y actuar diligente, y, sin embargo, como consecuencia del ejercicio de las acciones de reintegración quedara afectado, dados los efectos derivados de éstas -art. 72.2 y 3).

Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa. En este supuesto el condenado a entregar el importe económico de la prestación es, por un lado, deudor de la masa y, por otro, acreedor pues tiene derecho a la prestación resultado de la rescisión, considerándose su crédito, crédito contra la masa, procediéndose a su pago, antes de proceder al pago de los créditos concursales, deduciendo de la masa activa la administración concursal los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta, no pudiendo iniciarse sus ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos.

Si el que fue parte en el acto rescindido actuó con mala fe en la transmisión de la prestación a persona ajena a él y al deudor concursado, esto es, si el tercero que dispuso del bien que recibió del concursado, a favor de persona ajena a ellos, actuó de mala fe, si el tercero de mala fe enajenó lo que le había transmitido el deudor común, sin que sea posible

su restitución por resultar protegido el actual titular, no sólo debe satisfacer al concurso el valor de lo que recibiera, sino, también será condenado a indemnizar el daño causado a la masa⁴².

Finalmente, y en todo caso no procede el ejercicio de acciones de reintegración al amparo de la ley concursal cuando el beneficiado por el acto perjudicial para la masa activa pruebe que dicho acto está sujeto a la ley de otro Estado que no permite en ningún caso su impugnación.

En conclusión, si bien es cierto que la actual regulación produce un menor efecto para incrementar la masa activa del concurso, pues se ofrece un trato mucho más favorable a los terceros que se relacionen con el concursado en los 2 años anteriores a la declaración del concurso, no ha de merecer por ello una valoración negativa el actual sistema de reintegración de la masa. Y ello por dos razones:

Primera, la mayoritaria interpretación rigorista del artículo 878.2 CdC, rompía el fiel de la balanza, descargando todas las consecuencias negativas sobre uno de los valores en conflicto, pues logrando un efecto restitutorio de los bienes se sacrifica, en todo caso el valor que representa la seguridad jurídica, máxime cuando el crédito que pudiera asistir al tercero cuya adquisición deviene nula por retroacción no merecía ninguna consideración particular, siendo calificado como crédito ordinario.

Segunda, la ley ha introducido determinadas reglas llamadas a generar incrementos de la masa activa, así con el expediente de calificación se obtienen importantes efectos de orden patrimonial: pérdida de derechos, obligación de restitución, responsabilidad por el fallido concursal con la figura de las "personas especialmente relacionadas con el concursado", al incidir en la masa pasiva mediante la calificación de los créditos de estos sujetos como créditos subordinados⁴³.

⁴² GARCÍA-CRUCES, J.A., *La reintegración de la masa...*, cit., pág. 5.

⁴³ GARCÍA-CRUCES, J.A., *La reintegración de la masa...*, cit., pág. 6.