

RÉGIMEN JURÍDICO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL¹

FERNANDO DÍAZ VALES
Profesor Titular Interino de Derecho Civil
Universidad de Alcalá

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los requisitos establecidos por el art. 71 de la Ley Concursal para el ejercicio de la acción general de rescisión de los actos realizados por el deudor en el período inmediatamente anterior a la declaración de concurso de acreedores. Para ello, se analizan con carácter previo las especialidades normativas de la rescisión de determinados actos, para examinar a continuación los dos requisitos establecidos por aquella norma: el perjuicio patrimonial a la masa activa del concurso y la realización del acto en el período previo a la declaración de concurso. Para finalizar, se analiza cuál es el plazo de ejercicio de la acción.

Palabras claves: acción rescisoria, concursado, perjuicio patrimonial, masa activa.

Abstract: This paper aims to study the requirements of art. 71 of the Insolvency Act for the exercise of the general termination action of acts performed by the debtor in the immediately preceding the declaration of bankruptcy. This will be discussed in advance the legal specialties of termination of certain acts, for now consider the two conditions required by this rule: the property damage to the active mass of bankruptcy and the implementation thereof in the period before the declared bankrupt. Finally, he examines what the exercise period of the action.

Keywords: termination action, bankrupt, property damage, active mass of bankruptcy.

¹ El presente artículo tiene su origen en la ponencia presentada por el autor el 2 de julio de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá en el Curso de Verano “Aplicación de la Ley Concursal”.

SUMARIO: I. LA RESCISIÓN CONCURSAL: LAS DIFERENTES ACCIONES DE IMPUGNACIÓN. II. LOS PRESUPUESTOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL: 1. El perjuicio patrimonial a la masa activa: a) Contenido del perjuicio. b) Regla general: la prueba del perjuicio. c) Presunciones *iuris et de iure* de perjuicio. d) Presunciones *iuris tantum* de perjuicio. 2. Excepciones al ejercicio: a) Actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional realizados en condiciones normales. b) Actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados. c) Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica. d) Los acuerdos de refinanciación. 3. La realización del acto durante el período “sospechoso”. 4. Plazo de ejercicio de la acción.

I. LA RESCISIÓN CONCURSAL: LAS DIFERENTES ACCIONES DE IMPUGNACIÓN

El presente estudio pretende analizar los presupuestos de ejercicio de una de las piezas esenciales del sistema ordenador del concurso de acreedores establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), como es la acción rescisoria de determinados actos realizados por el concursado en el período previo a la declaración de concurso, cuya finalidad es la reintegración de la masa activa del concurso con los bienes y derechos que no deberían haber salido en la forma en que lo hicieron del patrimonio del concursado, y evitar asimismo cualquier alteración no justificada del principio cardinal del Derecho concursal de respeto a la *par condicio creditorum*.

En este sentido, la realidad muestra cómo, ante el riesgo de una situación de insolvencia, el deudor suele llevar a cabo una “huida hacia delante” que agrava aún más aquel estado, con grave perjuicio de sus acreedores, tratando de eludir ciertos bienes respecto de su futuro concurso o adoptando medidas para favorecer a unos acreedores en detrimento del resto.

La regulación de la figura se encuentra en el art. 71 y en la DA 4ª LC.

El primero de dichos preceptos, bajo la rúbrica “Acciones de reintegración”, regula contra qué actos y en qué condiciones procede el ejercicio de la acción. Dispone así:

“1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

2. *El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.*

3. *Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:*

1. *Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.*

2. *La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.*

4. *Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.*

5. *En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:*

1. *Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.*

2. *Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.*

3. *Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.*

6. *El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el Juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente”.*

Las previsiones de la norma se completan con lo establecido en la DA 4ª, recientemente agregada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que lleva por rúbrica “Acuerdos de refinanciación”, conforme a la cual:

“1. *A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de*

vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.

2. En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esta Ley siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a. Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.

b. Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

c. Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

3. Declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos².

Aunque la acción rescisoria reconocida en el nº 1 del art. 71 LC ocupa, sin duda, el lugar central en la reintegración de la masa activa del concurso, no es la única que puede ejercitarse a tal fin, puesto que el propio art. 71 en su nº 6 faculta el ejercicio de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho de acuerdo con las normas de legitimación y procedimiento contenidas en el art. 72 LC.

Dentro de estas otras acciones a las que se refiere el precepto, cabe distinguir entre aquellas acciones rescisorias concursales sometidas a un

² Por su parte, los arts. 72 y 73 LC disponen, respectivamente, el régimen procesal de la acción y los efectos de la estimación judicial de la impugnación del acto rescindible.

régimen especial y las acciones generales del Derecho común.

Las primeras no suponen más que la alteración de los presupuestos de ejercicio de la acción del art. 71 LC por aplicación de las singularidades para las situaciones concursales establecidas en la legislación específica sobre entidades de crédito o legalmente asimiladas a ellas, de servicios de inversión, aseguradoras, miembros de mercados oficiales de valores y participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores (conforme a la remisión contenida en la DA 2ª LC³). Son las siguientes:

1. Las ejercitables contra los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario en las cesiones de crédito que caen bajo el ámbito de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras (principalmente, las producidas en virtud de un contrato de *factoring*, aunque también de un préstamo garantizado mediante prenda ordinaria de créditos en que se haya pactado la cesión global anticipada de los mismos, de un contrato de *project finance*...)⁴.

³ Su nº 2 considera legislación especial: a) Los arts. 10, 14 y 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias; b) el art. 16 del Real Decreto-ley 3/1993, de 26 de febrero, sobre medidas urgentes en materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo; c) 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 44 bis, 44 ter y 58; d) la DA 5ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación bancaria; e) la Ley 13/1994, de 1 junio, de Autonomía del Banco de España, por lo que respecta al régimen aplicable a las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros bancos centrales nacionales de la Unión Europea, en el ejercicio de sus funciones; f) la DA 3ª de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras; g) la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores; h) los arts. 26 a 37, ambos inclusive, 39 y 59 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, y el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre; i) el Capítulo II del Título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública; j) la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre Saneamiento y Liquidación de las Entidades de Crédito; k) la DA 3ª del Real decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

⁴ Disposición que ha escapado a la derogación de la Ley 1/1999 por la nueva norma reguladora de la materia, la Ley 5/2005, de 24 de noviembre. Tales cesiones han de cumplir las siguientes condiciones: 1. Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial. 2. Que el cesionario sea una entidad de crédito o un Fondo de titulización. 3. Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores. 4. Que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado. 5. Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado

Conforme a su nº 4, dichos pagos están sujetos únicamente a rescisión en dos casos (mermándose en consecuencia enormemente las posibilidades de rescisión): i) si su vencimiento fuera posterior al concurso (supuesto que se corresponde plenamente con el segundo previsto en el art. 71.2 LC, vid. *infra*. II.1.c); ii) si se prueba que el cedente o el cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago, supuesto este que se aparta totalmente del régimen general de rescisión concursal del art. 71 LC, al exigirse implícitamente la demostración del carácter fraudulento del pago.

Por lo demás, las cesiones reguladas por la norma quedan sometidas al régimen general de rescisión del art. 71 LC, tras la modificación operada por el nº 3 de aquélla por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público⁵: deben, en consecuencia, distinguirse la propia cesión entre cedente y cesionario, sometida al régimen de rescisión del art. 71 LC, y los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario para los que la posibilidad de rescisión es excepcional conforme al nº 4 de la citada Disposición Adicional.

2. Las ejercitables contra las hipotecas inscritas a favor de Bancos, Cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito sometidas a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario⁶.

El art. 10 de ésta (reformado por el art. 12.2 de la Ley 41/2007)⁷ exige para su ejercicio la existencia de perjuicio a la masa activa del concurso en

al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento. Sobre la relación entre concurso de acreedores y *factoring*, vid., por todos, LEÓN SANZ y RECALDE CASTELLS (2005): 66–115.

⁵ La regulación anterior era diametralmente opuesta, al quedar excluidas de la posibilidad de rescisión tales cesiones (cfr. la SJM nº 1 Oviedo 26 junio 2006 –*BD Westlaw* 2006/299838–), habiéndose operado la reforma en el sentido propuesto por LEÓN SANZ y RECALDE CASTELLS (2005): 66–115.

⁶ Conforme a su art. 4 (modificado por el art. 12.1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria), “*la finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria ordinaria o de máximo, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad así como cualesquiera otros préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en esta Ley, sea cual sea su finalidad. Las disposiciones de los préstamos cuya hipoteca recaiga sobre inmuebles en construcción o rehabilitación, podrán atenerse a un calendario pactado con la entidad prestamista en función de la ejecución de las obras o la inversión y de la evolución de las ventas o adjudicaciones de las viviendas*”.

⁷ De idéntico tenor literal al art. 4.5 del RD 716/2009, de 24 de abril, desarrollador de determinados aspectos de la Ley 2/1981.

la constitución del gravamen, y adicionalmente la demostración por la administración concursal de su carácter fraudulento, con lo que se dificultan extraordinariamente las posibilidades de éxito de la acción⁸.

3. Aquellas en las que el objeto de la rescisión sea un acuerdo de compensación contractual (*netting*)⁹, una operación o una garantía financiera de los regulados en el Real Decreto–ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública¹⁰.

A pesar de que la norma regula por separado la rescisión de los acuerdos de garantías financieras o la aportación de éstas (art. 15.5) y las operaciones financieras o el acuerdo de compensación que las regula (art. 16.3), y no existe uniformidad terminológica entre ambos preceptos¹¹, el régimen es idéntico: sólo cabe la rescisión de los mismos si se prueba el perjuicio (“*de acreedores*” según el art. 15.5, y “*en dicha contratación*” conforme al art. 16.3). Como quiera que el texto definitivo eliminó la exigencia de la demostración de fraude contenida en el Proyecto, el régimen de rescisión queda totalmente equiparado al establecido por el art. 71.4 LC, a pesar de la diferente dicción de éste (que habla de “*perjuicio patrimonial*”) y aun cuando los arts. 15.5 y 16.3 comiencen excluyendo la rescisión *ex art. 71 LC*¹², sin que se aprecie, en principio, especialidad alguna, salvo que en el régimen específico del Real Decreto–ley dicho perjuicio ha de ser probado por la administración concursal en todo caso, no actuando las presunciones del art. 71.2 y 3 LC¹³.

⁸ Acerca del ámbito de aplicación de la excepción (en relación con la finalidad del art. 4), vid., entre otras, las SSTs 11 abril 2002 (RJ 2002/3290) y 29 marzo 2005 (RJ 2005/3205), y la SAP Valencia 29 abril 2005 (La Ley 96961/2005), y AZOFRA VEGAS y PÉREZ RIVARÉS (2009): 21–22.

⁹ Que puede ser definido, siguiendo a la SAP Barcelona 30 septiembre 2008 (La Ley 152100/2008) como aquel acuerdo marco (como por ejemplo, los ISDA o los CMOF en materia de derivados) “*que celebran dos entidades (una de ellas tiene que ser a estos efectos una entidad financiera) en el ámbito del cual se produce la sustitución de la pluralidad de deudas y créditos recíprocos derivados de determinadas operaciones financieras por una única deuda o crédito cuyo importe será la suma neta de los importes de cada una de las deudas y créditos recíprocos derivados de dichas operaciones financieras*”.

¹⁰ De acuerdo con su art. 3, quedan incluidos en él: a) Los acuerdos de compensación contractual financieros. b) Los acuerdos de garantías financieras, tanto de carácter singular como si forman parte de un acuerdo marco, o resultan de las normas de ordenación y disciplina de los mercados secundarios o de los sistemas de registro, compensación y liquidación o entidades de contrapartida central. c) Las propias garantías financieras.

¹¹ Como señalan DÍAZ RUIZ y RUIZ BACHS (2005): 1–3, la redacción de las normas es muy deficiente y confusa (en cuanto a las relaciones entre el art. 15.5 y el 16.3, y de éstas con el art. 71 LC...).

¹² Así, LEÓN SANZ (2005): 360.

¹³ En este sentido, IGLESIAS PRADA y MASSAGUER FUENTES (2006): 569–572, quienes consideran que se contiene una acción rescisoria más favorable para los contratantes, siendo en todo lo demás aplicable

4. Finalmente, conforme al penúltimo párrafo del art. 54 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV), en caso de declaración judicial de quiebra o admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos de una entidad adherida al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores (a la Sociedad de Sistemas en el momento en que ésta asuma las funciones de aquél), las garantías constituidas a favor del Servicio por aquélla sólo serán impugnables al amparo de lo dispuesto en el art. 878, párrafo 2º CCo, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de la garantía.

La norma, censurable por la remisión que realiza a la normativa derogada así como por las alusiones a la quiebra, suspensión de pagos y sindicatura de la quiebra (que habrán de entenderse adaptadas a la nueva regulación), exige de nuevo la prueba del fraude para la impugnación de la garantía, circunstancia que restringe en gran medida las posibilidades de triunfo de la rescisión como se señaló en relación con el art. 10 de la Ley 2/1981.

Por su parte, entre las acciones generales de Derecho común que pueden ser ejercitadas para la reintegración de la masa concursal (aunque su finalidad en ocasiones no sea propiamente tal reintegración) se encuentran las acciones revocatorias por fraude previstas en los arts. 1111 y 1291.3º CC, las acciones de nulidad y anulabilidad (ej. art. 1300 CC), así como las demás acciones rescisorias reconocidas por el propio art. 1291 CC (ej. contrato con un incapaz) o por cualesquiera cuerpos legales (conforme a la regla del art. 1291.5º CC, v. gr. art. 1074 CC).

La utilidad del ejercicio de estas acciones frente a la acción rescisoria concursal es reducida y se limita a la impugnación de los actos realizados por el deudor fuera del período “sospechoso” de dos años previos a la declaración de concurso cubierto por la acción del art. 71 LC¹⁴, puesto que, como se analizará a continuación, ésta no exige la prueba del fraude por parte de la administración concursal, y a su favor se halla generosamente

la LC en materia de reintegración. La SJM nº 1 La Coruña 12 noviembre 2007 (*La Ley* 328353/2007) aborda un supuesto de operación financiera de compensación de tipos de interés (SWAP). Sin embargo, de forma discutible no aplica el art. 16.3 (aplicando, por el contrario, el art. 71 LC), ya que lo que se cuestionaba no era la ineficacia de una operación financiera o de un acuerdo de compensación, sino la de un pacto de cancelación anticipada y la del pago que la concursada hizo en ejecución de ese pacto con fondos procedentes de su cuenta bancaria, en una época en la que ya tenía presentada la solicitud de concurso. Por su parte, la SJM nº 2 Barcelona 28 septiembre 2005 (*Aranzadi Civil* 2006/270) cita únicamente el Real Decreto-ley a efectos de señalar que ha normalizado las operaciones de compensación en el concurso.

¹⁴ Así, la SAP Baleares 28 febrero 2007 (*La Ley* 103559/2007) estimó una acción pauliana frente a una hipoteca constituida con anterioridad a dicho período, con detalle, por otro lado, de las diferencias entre aquélla y la rescisoria concursal.

presunta en diversas ocasiones la existencia del perjuicio. No obstante, ambas posibilidades de ejercicio (acción *ex art.* 71 LC y acciones generales) no son excluyentes entre sí, por lo que si el acto es impugnabile a través de uno y otro cauce (ej. acto simulado a su vez lesivo para la masa), la administración podrá optar entre ellas¹⁵.

Su ejemplo paradigmático en este ámbito es la acción de nulidad de los negocios simulados, que son tentación en todo deudor con problemas económicos, con la pretensión de que las prestaciones entregadas por aquél vuelvan a la masa sin devolver una contraprestación que nunca existió¹⁶.

Una vez expuesta una panorámica del régimen legal de reintegración de la masa concursal, y ante las limitaciones por razón de espacio, se efectúa una doble acotación del objeto de estudio:

- De un lado, se excluyen los aspectos procesales y los efectos de la declaración judicial de la rescindibilidad, para centrar únicamente el análisis en los aspectos problemáticos que suscitan las previsiones del art. 71 LC con relación a los requisitos que ha de reunir el acto rescindible.
- De otra parte, dicho examen se limitará únicamente a la acción rescisoria expresamente desarrollada en la LC, sin perjuicio de realizar las oportunas referencias al resto de acciones cuando se planteen problemas interpretativos acerca de los requisitos de ejercicio de la acción o de la inclusión de determinados actos dentro de su ámbito objetivo.

II. LOS PRESUPUESTOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL

De la lectura del art. 71.1 LC cabe extraer que son dos los requisitos que

¹⁵ En este sentido, LEÓN SANZ (2004): 1305, GIL RODRÍGUEZ (2004): 870, y MASSAGUER FUENTES (2005): 4219, así como las SSAAPP Baleares 28 febrero 2007 mencionada y La Rioja 26 diciembre 2008 (*La Ley* 312611/2008). En relación con la utilización de estas acciones dentro del procedimiento concursal, vid. SÁNCHEZ PACHÓN (2008): 391–405.

¹⁶ Tal como aconteció en el supuesto resuelto por la SJM nº 1 Málaga 20 noviembre 2006 (*Aranzadi Civil* 2007/447), que declaró la simulación absoluta de una asunción de deuda anterior al período sospechoso. Por su parte, la SAP Barcelona 28 abril 2008 (*La Ley* 105129/2008) decidió acerca de una demanda de nulidad de una compraventa con causa ilícita (a una sociedad vinculada para distraer el bien de su patrimonio) *ex art.* 1275 CC celebrada con anterioridad al período sospechoso, si bien fue desestimada en la consideración de inexistencia de causa ilícita en el negocio; por el contrario, considera la resolución que se produjo la concurrencia de fraude, si bien la acción del art. 1291.3º CC no fue ejercitada por la demandante.

han de concurrir en el acto rescindible: la causación de un perjuicio para la masa activa del concurso; su realización dentro de un determinado período de tiempo, concretamente los dos años anteriores a la declaración judicial del concurso (el denominado gráficamente período “sospechoso”)¹⁷.

Se aleja así del sistema basado en la declaración general de nulidad absoluta para todos los “*actos de dominio y administración*” posteriores a la época de retroacción de la quiebra del derogado art. 878, párrafo 2º CCo, que de forma tan estricta fue interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que recibió críticas generalizadas¹⁸.

1. El perjuicio patrimonial a la masa activa

a) Contenido del perjuicio

A diferencia de lo que acontece con las acciones de rescisión contenidas en el articulado del CC y las facultades de anulación de los actos enumerados en los derogados arts. 879 a 882 CCo, el fundamento de la rescindibilidad del acto conforme a la acción concedida por el art. 71.1 LC se halla exclusivamente en la lesión a la masa activa del concurso, sin tomar en consideración el elemento subjetivo de los en él intervinientes, es decir, con independencia de su intención fraudulenta, tal y como se encarga de resaltar el último inciso del precepto¹⁹.

En este punto, el legislador concursal ha optado por una acción rescisoria en fraude de acreedores que acoge acusadamente la tendencia actual hacia la objetivación de los remedios contra el fraude de acreedores, con la sustitución de la idea de fraude por la de perjuicio²⁰, y facilita, así, el ejerci-

¹⁷ El ejercicio de la acción reconocida por el precepto es judicial, tal y como se desprende los arts. 71.4 y 6, y 72.1 y 3 LC. Acerca de los requisitos, vid. la SJM nº 1 Alicante 5 mayo 2008 (*Aranzadi Civil* 2008/1086).

¹⁸ Vid., entre otras, las SSTS 22 marzo 1985 (*RJ* 1985/1198), 20 junio (*RJ* 1996/5077) y 28 octubre 1996 (*RJ* 1996/7434), 30 septiembre (*RJ* 2002/8490) y 5 diciembre 2002 (*RJ* 2002/10426). Acerca de las unánimes críticas doctrinales, vid., por todos, GIL RODRÍGUEZ (2004): 834–837, y SÁNCHEZ CALERO (2003): 467–468. El apartado III de la propia Exposición de Motivos de la LC califica el sistema de retroacción como “perturbador”. No obstante, tras la entrada en vigor de la LC la jurisprudencia recaída sobre supuestos a los que era aplicable la regulación derogada ha mitigado el rigor de la nulidad establecida en el art. 878.2 CCo, declarándola, en síntesis, sólo frente a aquellos actos realizados en perjuicio de la masa y con evidente finalidad fraudulenta. Vid., por todas, las SSTS 10 octubre (*RJ* 2007/7097) y 6 noviembre 2007 (*RJ* 2007/8102). Para un amplio estudio comparativo entre la regulación codificada derogada y la vigente, vid. la SJM nº 1 Málaga 12 octubre 2007 (*BD Westlaw* 2008/148577).

¹⁹ Cfr. la SAP Vizcaya 12 junio 2008 (*Aranzadi Civil* 2008/2360) y las SSJMM nº 2 Barcelona 13 octubre 2006 (*Aranzadi Civil* 2007/760) y nº 4 Barcelona 18 diciembre 2006 (*Aranzadi Civil* 2007/337).

²⁰ Como señala ALCOVER GARAU (2004): 770. Son exponentes de esta línea jurisprudencial, entre otras, las SSTS 13 febrero (*RJ* 1992/844) y 6 abril 1992 (*RJ* 1992/2942), 31 diciembre 1997 (*RJ* 1997/9196),

cio de la acción, dispensando al demandante de la onerosa demostración de la intención fraudulenta del deudor.

No obstante, la presencia del elemento subjetivo no ha desaparecido plenamente de la regulación legal, según se aprecia en el juego de las presunciones absolutas y relativas de perjuicio a la masa contenidas en los núm. 2 y 3 del art. 71 LC (como podrá comprobarse con posterioridad), así como en los efectos que disponen los núm. 2 y 3 del art. 73 para el supuesto en que sea declarada la mala fe de la contraparte del concursado²¹.

Por otro lado, tampoco exige la norma la apreciación de la situación de insolvencia del deudor en el momento de realización del acto objeto de impugnación, lo que supone una merma en la seguridad en el tráfico jurídico²².

Sin embargo, una vez establecido en términos bastante categóricos el requisito del carácter objetivamente perjudicial del acto rescindible para la masa, éste no pasa de ser un concepto jurídico indeterminado, al carecer la norma de una mínima definición del mismo. En consecuencia, para realizar esta descripción se hace necesario acudir al mecanismo de presunciones y excepciones del art. 71.2, 3 y 5 LC, de las que cabe extraer los siguientes caracteres del acto perjudicial:

- En primer lugar, ha de tratarse de un acto de desplazamiento patrimonial, por ejecución de obligación de cualquiera de las categorías previstas en el art. 1088 CC –dar, hacer o no hacer–.

La noción de acto es un concepto abierto, como actuación del deudor, incluidas las omisiones (ej. renuncia tácita de ejercicio de derechos o reclamaciones frente al deudor o a terceros), no restringido a los contratos. En particular, se encuentran comprendidos dentro de la noción, los pagos y demás actos extintivos de obligaciones, actos unilaterales del deudor o declarativos de derechos (como particiones de cosa común), y deben in-

31 diciembre 1998 (RJ 1998/9774), 25 enero 2000 (RJ 2000/350), 20 febrero 2001 (RJ 2001/2606), 31 octubre 2002 (RJ 2002/9735) y 13 junio 2003 (RJ 2003/4304).

²¹ Por ejemplo, si la sentencia estimatoria de la rescisión de una compraventa no aprecia mala fe en la contraparte, ésta sólo devolverá el objeto de la prestación si la administración concursal le entrega el precio que pagó; pero si aprecia su mala fe deberá devolver de inmediato el bien y cobrará el importe del precio tras el resto de acreedores concursales por su carácter subordinado. Por lo que se refiere al concepto de mala fe como agravante de la situación del adquirente, la SAP Alicante 10 junio 2008 (*La Ley* 198681/2008) lo define como adición de un particular dolo a la conducta negocial del tercero con ocasión del acto declarado ineficaz, en el sentido de entender que existe mala fe sólo cuando la intervención en el negocio rescindido se ha producido conociendo que se está participando en un acto destinado a causar perjuicio a los acreedores de la contraparte en el negocio.

²² Como pone de manifiesto LEÓN SANZ (2004): 1304.

cluirse asimismo los actos de gestión o administración²³.

Por el contrario, quedan excluidos los actos meramente fácticos, las obligaciones de trabajo personal del deudor no remuneradas, y la renuncia al ofrecimiento de una ganancia o a una oportunidad de negocio.

No cabe englobar dentro de ellos los actos cuya realización proceda de una imposición legal (v. gr. garantías y fianzas), administrativa o judicial.

- Por otro lado, el acto no puede verse correspondido por una contraprestación normal si se trata de un acto propio de la actividad ordinaria del concursado, según se infiere de lo dispuesto en el art. 71.5.1 LC (*infra*. II.2.a), que excluye tales actos de la posibilidad de rescisión²⁴.

Para los actos que no son propios de la actividad ordinaria del concursado, el perjuicio se producirá cuando la contraprestación recibida por el concursado no tenga un valor equivalente, para lo cual ha de analizarse si objetivamente se ha causado una disminución de la masa patrimonial, sirviendo las “*condiciones normales*” a las que alude el art. 71.5 como juicio de la equivalencia de los contravalores (justo correspondiente); asimismo, habrá perjuicio, aunque exista pleno correspondiente, cuando en el momento de celebrarse el acto impugnado hubieran existido mejores alternativas económicas para el concursado, con repercusión ulterior en su situación de concurso, o cuando el acto no hubiese sido útil en aquel momento²⁵.

El acto rescindible ha de producir una modificación injustificada de la posición jurídica de acreedor, bien por la vía de una reducción de su patrimonio, bien por la del impedimento de un incremento. No se trata de un perjuicio a la masa activa propiamente dicho (pues aún no hay masa), sino al patrimonio del deudor que posteriormente se convertirá en masa activa tras la declaración del concurso.

Son ilustrativas las idénticas palabras de la SAP Gerona 20 marzo

²³ Así, LEÓN SANZ (2004): 1305–1306, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 22–24. Para FERNÁNDEZ VILLARINO (2009): 87, la acción de reintegración es perfectamente aplicable a los actos de naturaleza laboral siempre que se cumplan los requisitos del art. 71.1 LC.

²⁴ Así, SAP Asturias 24 mayo 2007 (*BD Westlaw* 2007/303729), sobre unos pagarés librados para pagar unas facturas por unos servicios prestados normalmente.

²⁵ En este sentido, LEÓN SANZ (2004): 1308, GARCÍA VICENTE (2005): 527 y (2006): 87–90, y CARRASCO PERERA (2004): 313–315, quien efectúa en dicha obra un minucioso y casuístico examen de la aplicación de la revocatoria concursal en relación con las garantías (Capítulo XI, págs. 305–356) al que nos remitimos desde este momento, sin perjuicio de realizar las oportunas citas. Vid. las SSAAPP Barcelona 6 febrero 2009 (*La Ley* 6886/2009) y Málaga 26 marzo 2009 (*La Ley* 81273/2009), y la SJM nº 1 Málaga 8 junio 2007 (*Aranzadi Civil* 2007/1093).

2009 (*Aranzadi Civil* 2009/1603) y la SJM Córdoba 25 julio 2005 (*Aranzadi Civil* 2005/1551), cuando señalan que “hay que entender que habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general. Habrá un perjuicio particular si el acto en concreto implica una disminución en el patrimonio del deudor, lo que básicamente puede suceder si el acto es gratuito o si la prestación del deudor tiene un mayor valor que la contraprestación que recibe la contraparte. Mientras que habrá perjuicio general si el bien que sale del patrimonio del deudor impide el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor, o impide o dificulta que se pueda alcanzar un convenio, o determina que los bienes que quedan por liquidar tengan un valor menor²⁶. Debe tenerse en cuenta que el principio rector de todas las actuaciones del concurso, al que la Ley Concursal se refiere en múltiples ocasiones, es el ‘interés del concurso’, entendido como maximización de los activos con que hacer pago a los acreedores. Por tanto, habrá perjuicio determinante de la reintegración cuando el acto o negocio cuestionado atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa”.

- Pero, además, el concepto de perjuicio no ha de ser interpretado estrictamente, ya que puede venir igualmente determinado por una alteración de la *par condicio creditorum*, es decir, en un trato de favor a un(os) determinado(s) acreedor(es): existe perjuicio cuando el acto reduzca, dificulte, imposibilite o comporte un sacrificio patrimonial para la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, pudiendo aquél concurrir aun cuando el activo patrimonial del deudor no haya disminuido efectivamente, porque se hayan aminorado a la vez el activo y el pasivo (piénsese en el pago durante el período “sospechoso” de deudas conforme a su normal vencimiento)²⁷.

Como señala la SAP Barcelona 8 enero 2009 (*La Ley* 17608/2009), referida a éste último supuesto de hecho, “no puede aceptarse en puridad un perjuicio patrimonial directo o en sentido estricto, ya que la disminución

²⁶ Algo que no estimó probado la SAP Pontevedra 22 julio 2009 (*BD Westlaw* 2009/361897).

²⁷ Circunstancia que viene refrendada por la segunda presunción absoluta de perjuicio contenida en el art. 71.2 LC (actos extintivos de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración de concurso). Vid. *infra*. II.1.c). Así, LEÓN SANZ (2004): 1307, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 22–24. Por el contrario, CARRASCO PERERA (2004): 318, y MORALEJO MENÉNDEZ (2009): 91–93, consideran que no se pueden hacer equivalentes perjuicio de la masa y ruptura de la *par condicio creditorum*, pues en tal caso todas las garantías reales serían por definición judiciales para la masa.

del activo que supone el pago total o parcial de la deuda va acompañada, correlativamente, de la disminución del pasivo en la misma proporción, por lo que el patrimonio neto no se resiente. El perjuicio se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (y de ahí la apreciación del perjuicio, indirecto, a la masa activa)”²⁸.

b) Regla general: la prueba del perjuicio

A pesar de que la redacción del precepto puede inducir a creer lo contrario, por el orden secuencial y la prolija enumeración de presunciones absolutas y relativas de los núm. 2 y 3, no ha de perderse de vista que la regla general del precepto es la contenida en el nº 4, la carga de la prueba del perjuicio incumbe a quien la alega, la administración concursal, conforme a los principios generales aplicables en materia de carga de la prueba (art. 217.2 LEC) y es válida por cualquier medio admitido en Derecho (si bien adquiere un valor decisivo la prueba pericial, tal como pone de manifiesto un recorrido jurisprudencial). Por tanto, la norma es superflua al no añadir ninguna especialidad.

Un repaso de las diferentes resoluciones judiciales recaídas al respecto revela que la prueba normalmente se dirigirá contra los actos dispositivos a título oneroso realizados por el deudor durante los dos años previos a favor de extraños en condiciones de apreciable desequilibrio en las prestaciones (el activo entrante en el patrimonio del deudor posee un valor

²⁸ En el mismo sentido se pronuncian las SSAAPP Barcelona 1 febrero (*Aranzadi Civil* 2007/765) y 11 junio 2007 (*Aranzadi Civil* 2007/1535) y 30 marzo 2009 (*BD Westlaw* 2009/411292), Vizcaya 12 junio 2008, Málaga 12 (*BD Westlaw* 2009/275004) y 26 marzo 2009, Valladolid 23 marzo (*La Ley* 39999/2009) y 7 mayo 2009 (*Aranzadi Civil* 2009/1161), y Castellón 27 abril 2009 (*La Ley* 100515/2009), así como las SSJM nº 1 Barcelona 25 febrero 2005 (*Aranzadi Civil* 2005/534) –que declara el perjuicio a pesar de no haber sido probado el precio inferior por el que se hizo la adjudicación en pago de las fincas (supuesto de hecho básicamente coincidente con el de la SAP Castellón 27 abril 2009)–, nº 1 Palma de Mallorca 26 febrero (*Aranzadi Civil* 2008/391), 4 (*Aranzadi Civil* 2008/412) y 5 junio 2007 (*Aranzadi Civil* 2008/413), y nº 1 Alicante 10 octubre 2007 (*BD Westlaw* 2007/268557). La interesante SAP Madrid 19 diciembre 2008 (*Aranzadi Civil* 2009/201) abordó la venta de un inmueble a precio de mercado, con el que parcialmente se amortizó un préstamo hipotecario y con el resto se pagó a un acreedor. La resolución, a pesar de que considera que la amortización parcial del préstamo no es perjudicial, declara la rescisión de la totalidad de la operación porque estaba diseñada a fin de alterar la *par condicio creditorum*, y no sólo de la parte destinada al pago de ese acreedor. En un supuesto de hecho análogo, llegó a la solución contraria la SAP Pontevedra 22 julio 2009.

menor que el saliente), así como contra los actos de división de cosa común en que el desequilibrio se dé entre lo adjudicado y la cuota²⁹. En este punto, la casuística es amplia y los resultados a los que condujo la práctica de la prueba heterogéneos³⁰.

Sin embargo, la regla general queda ciertamente bastante desvirtuada por el elenco de presunciones de causación de perjuicio mencionadas y se convierte poco menos que en una regla residual, habida cuenta de que los actos ordinarios de tráfico empresarial o profesional del deudor realizados en condiciones normales quedan excluidos de la posibilidad de rescisión y de que probablemente no serán muchos los actos que queden fuera del juego de las presunciones³¹.

Con ellas, y teniendo en cuenta que no es exigida la prueba del elemento subjetivo, la administración concursal o el acreedor demandantes encuentran un expediente que simplifica considerablemente su impug-

²⁹ En el supuesto abordado por GARCÍA VICENTE (2006): 87-90, la prenda será perjudicial si hay desproporción entre los contravalores, debiendo calcularse el riesgo de aquélla, la repercusión sobre otros acreedores con una atribución injustificada de una posición prevalente al acreedor... Ha de tenerse en cuenta que la prenda de créditos es garantía muy exigente para el acreedor. La prueba del perjuicio no puede asimilarse sin más a la inoportunidad económica o al mal negocio que el pignorante pueda haber hecho.

³⁰ En los casos resueltos por las SSAAPP Córdoba 21 noviembre 2007 (*Aranzadi Civil* 2008/143), Alicante 14 febrero 2008 (*La Ley* 39637/2008), Badajoz 2 octubre 2008 (*La Ley* 257713/2008) y Asturias 4 marzo 2009 (*La Ley* 27791/2009), y las SSJJM nº 2 Barcelona 13 octubre 2006, nº 1 Palma de Mallorca 26 febrero 2007 y nº 1 Oviedo 26 septiembre 2007 (*Aranzadi Civil* 2008/372), quedó probado que la venta de los inmuebles por parte de las concursadas se produjo a un precio muy inferior de su valor real; del mismo modo, en el supuesto abordado por la SAP Alicante 22 octubre 2008 (*BD Westlaw* 2009/25857) –que resolvió la apelación planteada contra la SJM nº 1 Alicante 5 mayo 2008, quedando reducido en aquélla el objeto del litigio a la determinación del valor del bien–, la administración concursal acreditó que el valor del inmueble dado en pago por el concursado fiador, tenía un valor muy superior (más del doble) al crédito obtenido contra el deudor principal. Igualmente estimaron probado las SSAAPP Barcelona 11 junio 2007 y Alicante 14 febrero 2008 (*La Ley* 39633/2008) que las participaciones de las sociedades objeto, respectivamente, de compra y permuta por inmuebles tenían un valor real manifiestamente inferior al nominal (en el segundo caso, incluso se trataba de participaciones de una sociedad en abierta crisis económica con un desequilibrio patrimonial justificativo de disolución); por su parte, la SAP Gerona 20 marzo 2009, consideró demostrado que la liquidación por la concursada de una deuda de un tercero a cambio de la cesión del crédito supuso una importante disminución de su activo, que respondía a un mero mecanismo para hacer frente a las deudas de aquél; mientras que la SJM nº 3 Barcelona 20 septiembre 2005 (*La Ley* 313610/2005) estimó que la transacción pactada por la empresa con una empleada de confianza sin que existiese despido trataba de favorecer a ésta. Por el contrario, en los litigios solucionados por las SSAAPP Alicante 15 febrero 2008 (*La Ley* 39638/2008), Murcia 23 mayo 2008 (*BD Westlaw* 2008/330493), Madrid 19 diciembre 2008, Málaga 12 marzo 2009 y Pontevedra 22 julio 2009, quedó pericialmente probado que el precio de venta de los inmuebles no era inferior al de mercado; tampoco estaban objetivamente sobrevalorados los pagos realizados por diferentes servicios (alquiler de herramientas, intermediación en la captación de clientela...) planteados a la SAP Asturias 5 octubre 2007 (*Aranzadi Civil* 2007/2006).

³¹ Como señala CARRASCO PERERA (2004): 311, para los supuestos de otorgamiento de garantías.

nación. No obstante, las presunciones han de ser objeto de una interpretación restrictiva en la que no cabe la analogía a supuestos distintos de los enunciados en los apartados 2 y 3 del precepto: éstos han de quedar sometidos al régimen general de carga de la prueba del art. 71.4 LC.

c) Presunciones *iuris et de iure* de perjuicio

El art. 71.2 LC presume *iuris et de iure* el carácter perjudicial de dos tipos de actos: 1. Los dispositivos a título gratuito, con excepción de las liberalidades de uso. 2. Los pagos y demás actos extintivos de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración de concurso. En tales casos basta, en consecuencia, con probar que se realizó el acto de que se trate, y que ello aconteció en el período “sospechoso” determinado por la Ley, sin que quepa, lógicamente, la prueba de la ausencia de perjuicio, por lo que en ocasiones el litigio se convertirá en una mera cuestión probatoria³².

1. La presunción absoluta referente a los actos de liberalidad se encuentra plenamente justificada en el sistema concursal vigente, una vez que éste ha eliminado el elemento subjetivo del fraude de la rescindibilidad del acto: la ausencia de contraprestación, obviamente, supone un perjuicio objetivo para la masa activa³³.

El acto de disposición a título gratuito por antonomasia es la donación de bienes, si bien la presunción absoluta de perjuicio ha de ser excluida respecto de la donación remuneratoria, la donación con carga y el *negotium mixtum cum donatione*³⁴.

El concepto de acto dispositivo gratuito no se circunscribe exclusivamente a los actos transmisivos de la propiedad. En él han de ser incluidos del mismo modo –siempre que, lógicamente, no comporten ninguna contrapartida– los de constitución de derechos reales limitados (primordialmente los de garantía, de gran aplicación en este ámbito, como lo

³² Así, en la SJM nº 1 Santa Cruz de Tenerife 25 octubre 2005 (*Aranzadi Civil* 2006/1022) quedó demostrado el carácter gratuito de ciertos pagos realizados por la concursada; por contra, en el caso resuelto por la SJM nº 1 Oviedo 26 septiembre 2007, la administración concursal no logró probar que la compraventa impugnada encubriese una cesión a título gratuito.

³³ Justamente la diferencia con la presunción absoluta prevista en el art. 1297, párrafo 1º CC, se halla en que ésta se encuentra referida al carácter fraudulento del acto, no a su carácter lesivo. Para CARRASCO PERERA (2004): 324, en la presunción del art. 71.2 LC realmente no hay presunción, sino efecto jurídico.

³⁴ En el mismo sentido GIL RODRÍGUEZ (2004): 856, ESCRIBANO GÁMIR (2007): 30, y LEÓN SANZ (2004): 1309, si bien éste considera que con respecto al último negocio han de diferenciarse el negocio oneroso y la donación (respecto de la que sí operaría la presunción).

demuestra un examen de las resoluciones judiciales³⁵), las cesiones de crédito, el pago de deudas prescritas o ajenas³⁶, la renuncia a los diferentes derechos (a la herencia, a la prescripción, a derechos reales...), la condonación de deudas (arts. 1187 a 1191 CC), el pago de obligaciones naturales, y más específicamente, las constituciones de renta vitalicia, los actos entre cónyuges que no entrañen contraprestación económica, la dotación de fundaciones, los legados (en caso de fallecimiento del concursado, debiendo tomarse como momento de la liberalidad el del fallecimiento del testador), el pago de primas de seguros de vida a favor de terceros (no así el propio seguro)³⁷.

Por el contrario, no se hallan incluidos dentro de la presunción absoluta los actos realizados por una entidad con finalidad no lucrativa en el marco de los fines que desarrolla³⁸. Asimismo, las garantías personales (ej. fianzas y avales) no pueden ser subsumidas en el precepto y sólo pueden ser rescindidas de acuerdo con la regla del art. 71.1 LC, al tratarse de negocios obligacionales y no de actos de disposición³⁹.

Atención especial merecen en este punto los actos dispositivos realizados por una sociedad a favor de otra sociedad del grupo social a la que aquella pertenece o por la sociedad matriz a favor de una de sus filiales, supuesto que ha sido objeto de frecuente atención por los tribunales de justicia, en particular la constitución de garantías para financiación de proyectos (las llamadas garantías intragrupo)⁴⁰: ¿cabe predicar su gratui-

³⁵ No han de incluirse bajo el manto de la presunción las promesas de constitución de garantía ni las garantías cuyo nacimiento se encuentre sometido a condición suspensiva o a plazo (en caso de que se admita su validez). La presunción únicamente operará si el nacimiento efectivo de la garantía se produce durante el período “sospechoso” del nº 1, incluidas las hipotecas en garantía de obligaciones futuras o sometidas a condición o plazo (no confundir con las hipotecas condicionales o aplazadas). Vid., MORALEJO MENÉNDEZ (2009): 113, quien aborda la cuestión prolijamente, MASSAGUER FUENTES (2005): 4225, BERTRAM (2004): 1-4, y AZOFRA VEGAS (2009): 5.

³⁶ En contra, ESCRIBANO GÁMIR (2007): 39.

³⁷ Así, LEÓN SANZ (2004): 1309, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 30.

El supuesto abordado por la SAP Madrid 9 octubre 2008 (*La Ley* 279376/2008) es el de rescisión del pago realizado a la letrada de la concursada el mismo día de la declaración de concurso necesario por la tramitación de un concurso voluntario cuya solicitud se presenta en la misma fecha en la que la abogada tuvo conocimiento de la existencia del concurso necesario, que lo incardina dentro de la primera presunción del art. 71.2 LC, a lo que añade que aun cuando no existiese tal presunción sería claramente perjudicial.

³⁸ De este modo, LEÓN SANZ (2004): 1309, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 30.

³⁹ En este sentido, CARRASCO PERERA (2004): 311 y 324, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 32. En el caso resuelto por la SJM nº 1 Alicante 5 mayo 2008, la dación en pago del inmueble por el concursado se produjo por razón de su condición de fiador, por lo que no fue gratuita.

⁴⁰ Igualmente, cabe incluir por analogía aquí aquellos actos dispositivos realizados por los socios a

dad si, como es lo habitual, no son objeto de ninguna contraprestación?

En este punto, la STS 19 septiembre 2002 (RJ 2002/7949) sostuvo la onerosidad de los actos de disposición (en concreto, el reconocimiento de una deuda y la constitución de una hipoteca) que hace una sociedad a otra cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico o grupo⁴¹.

Frente a ella, las resoluciones que se han ocupado del caso con arreglo a la nueva normativa han declarado de forma casi unánime, que nos encontramos ante actos a título gratuito⁴², si bien alguna resolución aislada⁴³, ha declarado *obiter dicta*, que “la gratuidad puede quedar enervada en la medida en que, a cambio del gravamen, sus acciones e intereses económicos en la sociedad deudora aumentan o recuperan valor económico en función de la financiación que se obtiene, del pasivo que desaparece (frente a los proveedores) y de la consiguiente expectativa de viabilidad de la empresa”.

Como excepción a la presunción de perjuicio, las liberalidades de uso (los regalos de costumbre en la terminología del art. 1041 CC) encuentran escasa utilidad en la aplicación práctica (piénsese p. ej. en el regalo de una cesta de Navidad).

Téngase asimismo en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con los actos enumerados en el n° 5 del precepto, quedan excluidas de la presunción de perjuicio pero no a resguardo de la rescisión concursal: simplemente, habrá de probar el demandante su carácter perjudicial⁴⁴.

Aunque la norma no lo expresa, de su espíritu se desprende que las liberalidades de uso excluidas de la presunción han de ser de cuantía mo-

favor de la sociedad.

⁴¹ En el mismo sentido ESCRIBANO GÁMIR (2007): 31, y CARRASCO PERERA (2004): 330.

⁴² Así, las SSAAPP Barcelona 11 junio y 26 julio 2007 (BD Westlaw 2008/148730), Alicante 4 marzo 2008 (BD Westlaw 2008/153290), Baleares 16 mayo 2008 (BD Westlaw 2009/19754), y Asturias 17 julio 2008 (BD Westlaw 2008/353716), así como las SSJJM n° 1 Palma de Mallorca 4 y 5 junio 2007, y n° 1 Oviedo 25 abril (BD Westlaw 2008/357159) –que aplica erróneamente el art. 71.3.1 LC, pues en él se habla de actos a título oneroso– y 10 diciembre 2007 (Aranzadi Civil 2008/464). Las dos primeras y la SAP Asturias 17 julio 2008 se refieren a hipotecas constituidas para garantizar deudas de sociedades del grupo o de la sociedad de la que era socio el hipotecante, si bien la primera curiosamente no aplica el n° 2 sino el n° 4; la SAP Alicante 4 marzo 2008 a unos ingresos de la concursada a la sociedad de la que era socia; por su parte, las cuatro últimas resolvieron acerca de asunciones de deudas de otras sociedades del grupo.

⁴³ SAP Barcelona 26 septiembre 2007 (Aranzadi Civil 2008/436), referida a hipotecas constituidas por los socios para garantizar préstamos de la sociedad.

⁴⁴ Así, ESCRIBANO GÁMIR (2007): 32, y MASSAGUER FUENTES (2005): 4222.

derada⁴⁵, y no se encuentran incluidas expresamente por la Ley dentro de ellas las donaciones de utilidad pública (ej. restauración de monumento artístico).

2. El segundo supuesto de presunción absoluta de lesión previsto en la norma, con fundamento en la infracción a la *par condicio creditorum* (con mayor rigor que en el derogado art. 879 CCo), se refiere a los pagos y actos de extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración de concurso⁴⁶.

La fecha de vencimiento de la obligación debe ser posterior al auto de declaración de concurso, puesto que si es anterior (ej. tras la solicitud de concurso) deberá el demandante probar que hubo perjuicio en el pago adelantado conforme al art. 71.4 LC.

En todo caso, el precepto tiene en mente obligaciones sometidas a término o plazo de vencimiento; si éste no se pactó, la obligación es exigible desde luego o inmediatamente, por lo que no será de aplicación la presunción⁴⁷.

⁴⁵ En el mismo sentido, GIL RODRÍGUEZ (2004): 857, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 33. Por el contrario, LEÓN SANZ (2004): 1310, estima que, más que el valor monetario, lo decisivo es la normalidad y su justificación por la costumbre social.

⁴⁶ Vid. la SAP Barcelona 26 abril 2007 (*Aranzadi Civil* 2007/1698), y las SSJM nº 2 Barcelona 28 septiembre 2005, Santander 18 octubre 2006 (*La Ley* 289536/2006), nº 1 Málaga 12 octubre 2007 y 18 diciembre 2008 (*La Ley* 307947/ 2008), y nº 1 La Coruña 12 noviembre 2007. La SJM nº 1 Málaga 18 diciembre 2008 aborda un pago a la letrada de la concursada el mismo día de la declaración de concurso necesario por la tramitación de un concurso voluntario cuya solicitud se presenta en la misma fecha en la que la abogada tuvo conocimiento de la existencia del concurso necesario. Tales coincidencias, así como la concurrencia de otras circunstancias “sospechosas”, hacen presumir a la resolución un *consilium fraudis*, que permite incardinarlo dentro de cualquiera de las dos presunciones absolutas del art. 71.2 LC (recuérdese que ante similar supuesto, la SAP Madrid 9 octubre 2008 lo subsume dentro de la primera presunción); por su parte, la SJM Santander 18 octubre 2006 declaró la rescisión del pago realizado por la concursada con solo dos días de antelación a la declaración de concurso y sin que hubiera vencido la retribución mensual pactada con la arrendataria de servicios contratada para la gestión, apreciándose mala fe en ésta, que no podía desconocer la inminencia del procedimiento concursal. La SAP Barcelona 26 abril 2007 resolvió sobre la cancelación de una póliza de crédito dos meses antes de la declaración de concurso, pese a lo cual ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación aplicaron la presunción ante la claridad meridiana del perjuicio. En el supuesto analizado por la SJM nº 1 Málaga 12 octubre 2007 dos meses antes de la declaración de concurso el concursado cedió una serie de créditos para el pago de una serie de pagarés que vencían con posterioridad. En la SJM nº 1 La Coruña 12 noviembre 2007 se acordó la cancelación anticipada –esto es, la resolución del contrato–, la liquidación consiguiente del saldo deudor con anterioridad a su vencimiento previsto para fecha posterior a la declaración de concurso. Por el contrario, en el caso resuelto por la SJM nº 2 Barcelona 28 septiembre 2005 el crédito estaba vencido y era exigible en el momento de la operación bajo sospecha.

⁴⁷ Como señala la SAP Barcelona 8 enero 2009. En relación con ello, se suscita la duda sobre las obligaciones sometidas a condición: ¿es aplicable a ellas la presunción del precepto por analogía con las obligaciones a plazo no vencidas? Según GIL RODRÍGUEZ (2004): 860, no parece posible porque en ellas el acreedor tiene el remedio del art. 1121, párrafo 1º CC; por contra, ESCRIBANO GÁMIR (2007): 38, sí las incluye en el ámbito de la presunción.

Por otro lado, la presunción es aplicable sea el pago total o parcial⁴⁸.

Dentro de la expresión “*otros actos de extinción*” empleada por el precepto han de entenderse comprendidos a los subrogados del cumplimiento como la *datio in solutum* y la compensación facultativa pero no la legal (art. 1196 CC)⁴⁹, y han de excluirse la consignación y la cesión *pro solvendo* que carecen de efectos solutorios inmediatos.

Otra duda que aparece en relación con el ámbito objetivo de la presunción es si ésta abarca a todos los actos anticipados de extinción de obligaciones, con independencia de la causa que los motivó, o si, por el contrario, exclusivamente quedan englobados los realizados voluntariamente pero no los forzosos, como por ejemplo, los realizados en virtud de un vencimiento anticipado declarado por el acreedor. El espíritu de la norma induce a incluir sólo los primeros⁵⁰.

Por otro lado, la ausencia objetiva de un perjuicio debería excluir de la presunción la estipulación que permite al deudor el pago anticipado de un préstamo con el fin de lograr una disminución de intereses. Ausencia de perjuicio que se encuentra igualmente en aquellos pagos anticipados en los que el beneficiario es un acreedor que iba a cobrar de todos modos por estar garantizado su crédito totalmente con el único derecho real; sin embargo en una interpretación literal de la norma no escaparía a la presunción de perjuicio, por mucho que éste pudiera no existir en la realidad⁵¹.

Por último, la realización de estos pagos anticipados se ha planteado usualmente dentro de más amplias operaciones de refinanciación del deudor en situación de crisis que finalmente es declarado en concurso: lo habitual es que éste aplique el importe del préstamo obtenido de un tercero al pago anticipado de una deuda aún no vencida, sustituyendo la deuda anterior por la nueva. En una interpretación literalista de la norma, dicho

⁴⁸ Así, LEÓN SANZ (2004): 1310–1311, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 36.

⁴⁹ Que requiere que la deuda sea vencida y exigible (conforme a su nº 4). ESCRIBANO GÁMIR (2007): 37–40, excluye asimismo la convencional pactada antes del período “sospechoso”. Sobre *datio in solutum* y compensación facultativa, vid. SAP Barcelona 30 marzo 2009.

⁵⁰ Así, PULGAR EZQUERRA (2009a): 3, y MASSAGUER FUENTES (2005): 4222. En contra, ESCRIBANO GÁMIR (2007): 34, con base en la literalidad de la norma, si bien considera que ello representa un exceso del legislador.

⁵¹ CARRASCO PERERA (2004): 342, hace notar la absurda posición del legislador en este punto. La SJM nº 1 Málaga 6 febrero 2009 (BD Westlaw 2009/87930) niega que hubiese perjuicio en una dación en pago del único inmueble de la concursada que estaba hipotecado a la cesionaria por una deuda vencida y exigible, si bien el fundamento no se halla en el carácter preferente de la hipoteca en el cobro en el concurso con el que no se produciría una alteración de la *par condicio creditorum*, sino por entender que el perjuicio fue abstracto y no una lesión real probada por la administración.

pago anticipado ha de reputarse perjudicial, aun cuando las condiciones de la nueva deuda fuesen más ventajosas para el patrimonio del concurso y que no tuviese sentido desde un punto de vista financiero, lo que ha motivado el recelo de las entidades financieras a dichas operaciones de refinanciación. La cuestión ha sido finalmente resuelta por la DA 4ª LC⁵², excluyendo de la rescisión las operaciones de refinanciación que cumplan con los requisitos establecidos en la Disposición (no todas). A aquellos acuerdos de refinanciación que no cumplan con dichos requisitos legales habrá que seguirles aplicando la presunción absoluta de perjuicio.

d) Presunciones *iusuris tantum* de perjuicio

El nº 3 del art. 71 LC presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial para la masa de los actos:

- Dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado⁵³.
- Consistentes en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

1. A efectos de delimitación del término “acto dispositivo” empleado por la primera de las presunciones basta con la remisión a lo señalado en el anterior epígrafe acerca de los actos de disposición a título gratuito⁵⁴.

Para determinar quiénes son las “*personas especialmente relacionadas con el concursado*” destinatarias del acto dispositivo oneroso, ha de acudirse a la enumeración que efectúa el art. 93 LC (exclusivamente ellas), el cual distingue según que el concursado sea persona física o jurídica. El momento relevante a efectos de determinar dicha condición es el de la

⁵² Que será abordada con posterioridad, por lo que nos remitimos a lo que allí se exponga (*infra*. II.2.d).

⁵³ En esta presunción aparece de nuevo y de forma más ostensible la presencia del requisito del carácter fraudulento del acto rescindible en la actual regulación, pues no puede explicarse de otro modo por qué se presume el carácter perjudicial (que debe ser objetivo) en el acto dispositivo a favor de estas personas y no de otras, si no es porque se prevé que haya sido realizado con una intención fraudulenta. Vid. los supuestos resueltos por la SAP Alicante 9 abril 2008 (*BD Westlaw* 2008/189071) –en que la compraventa se hizo a la hija y yerno de la concursada, sin que se probara en contra de la presunción el pago de un precio real de mercado; por lo que concluye la existencia de un negocio simulado–, y el resuelto por la SAP Málaga 12 marzo 2009. En idéntico sentido, ALCOVER GARAU (2004): 773, y LEÓN SANZ (2004): 1311.

⁵⁴ Conforme a la SJM nº 2 Bilbao 1 septiembre 2006 (*La Ley* 298087/2006), la regla es aplicable a la indemnización del gerente (alto directivo) por despido objetivo.

celebración del acto⁵⁵.

En el primero de los casos, tienen la condición de personas especialmente relacionadas el cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior; los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

Cuando el concursado es persona jurídica están especialmente relacionados con él los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera; los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que los socios de la concursada anteriormente señaladas.

Por último, el nº 3 del art. 93, presume, salvo prueba en contrario (ciertamente complicada), especialmente relacionadas con el concursado a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas anteriormente, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (concordante de forma lógica con el período “sospechoso” del art. 71.1 LC).

Aunque pueda parecer obvio, no debe perderse de vista que los actos dispositivos a título oneroso a los que se refiere el precepto son a favor de la persona especialmente relacionada, y no aquellos realizados a favor de terceros (ej. constitución de garantías) que indirectamente benefician a quien se encuentra en alguna de las relaciones del art. 93: en este supuesto el beneficiario del acto dispositivo es el tercero, no la persona especialmente relacionada⁵⁶.

⁵⁵ Así, ESCRIBANO GÁMIR (2007): 43.

⁵⁶ Vid. la SAP Valencia 1 diciembre 2008 (*BD Westlaw* 2009/132370), sobre el pago de una deuda a tercero que extinguía la obligación de fianza del administrador de la empresa, y la SJM nº 1 Alicante 5 mayo 2008, referida a la constitución de una garantía para cubrir la responsabilidad del deudor especialmente relacionado. En idéntico sentido, CARRASCO PERERA (2004): 343, en relación con este último supuesto.

Habitualmente, el objeto del proceso se reducirá a la prueba por parte del demandante de la especial relación de la contraparte en el acto impugnado con el concursado, al efecto de que opere directamente la presunción de perjuicio, ejercicio que será dificultoso en multitud de supuestos, en los que habrá de acudir a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario⁵⁷.

En este punto, no es infrecuente que se produzcan actos dispositivos del concursado a favor del administrador de aquél⁵⁸, condición de administrador de hecho del concursado que concurrirá posiblemente en el financiador en casos de financiación de proyectos y financiación estructurada; no obstante, en este último no operará la presunción, ya que tal condición es consecuencia del acto oneroso sometido a reintegración, y no simultáneo a él⁵⁹.

Usualmente, unida y en contraposición a dicha prueba de especial relación, la demandada tratará de destruir la presunción de perjuicio, demostrando que las dos prestaciones (bien y precio) son equivalentes (pericialmente sobre todo), y no suponen una alteración de la *par condicio creditorum*⁶⁰.

En este punto, cuando se trata de destruir la presunción de perjuicio, en los casos de infracapitalización por la sociedad matriz y Derecho de grupos en general, no es suficiente con acreditar que no se trata de un supuesto de financiación sustitutiva del capital y que la sociedad sin

⁵⁷ Como aconteció en la SAP Baleares 16 mayo 2008 (con ella quedó plenamente demostrado que las empresas implicadas en los contratos de asunción de deuda formaban parte de un entramado empresarial administrado de hecho por una misma persona). Por su parte, la SAP Sevilla 17 julio 2008 (*Aranzadi Civil* 2009/21) estimó probado que las sociedades vendedora y la compradora formaba parte del mismo grupo por razón de la concurrencia en una misma persona de las condiciones de administrador y socio de ambas. Menores dudas aún se produjeron en las SSAAPP La Coruña 9 noviembre 2007 (*La Ley* 275752/2007) –las cantidades se entregaron al socio mayoritario y apoderado general–, y Badajoz 2 octubre 2008 (compradora y vendedora compartían administrador único, composición accionarial, domicilio y objeto social), Málaga 12 marzo 2009 y en la SJM nº 1 Málaga 20 noviembre 2006.

⁵⁸ En el supuesto resuelto por la SJM Córdoba 25 julio 2005 quedó demostrado que la dación en pago de los dos principales inmuebles de la concursada se hicieron a otra sociedad que era la administradora (por contrato) de aquélla. Por el contrario, en el caso resuelto por la SJM Santander 18 octubre 2006, la arrendataria de servicios contratada se limitó a desempeñar funciones de mera gestión empresarial, sin que se le otorgase poder de gobierno, por lo que no pudo ser considerada como administrador de hecho ni como persona especialmente vinculada a la concursada.

⁵⁹ Así, la SAP Barcelona 8 enero 2009 estimó, en contra de lo resuelto por la sentencia de primera instancia, que no se trataba de persona especialmente relacionada (no era socio capitalista) quien habitualmente financiaba la empresa aportándole la necesaria liquidez, aun cuando fuese el padre del administrador único.

⁶⁰ Circunstancia que no sucedió en los casos resueltos por la SAP Sevilla 17 julio 2008 con respecto al traspaso de cantidades derivada de la compraventa impugnada, y las SSJMM Córdoba 25 julio 2005 y nº 2 Bilbao 1 septiembre 2006.

esa financiación se hubiese encontrado en una situación de insolvencia, ni con acreditar que el acto se ha realizado en condiciones de mercado. Se requiere la prueba de la ausencia de perjuicio a los acreedores concursales⁶¹.

2. Por lo que se refiere al segundo supuesto para el que se presume *iuris tantum* el perjuicio⁶², el ámbito de aplicación de la previsión legal se extiende en primer lugar tanto a las garantías⁶³ a favor de las obligaciones preexistentes no garantizadas como a las ya garantizadas, sin distinción de si la obligación es del propio concursado (lo más usual) o de un tercero⁶⁴, ni exigencia de que las obligaciones correspondan al mismo acreedor⁶⁵. Lo que no se alcanza a comprender es, si el precepto no exige que haya renegociación de la deuda para su aplicación, por qué no se introduce una presunción absoluta de perjuicio, ya que en tal caso nos encontramos ante un acto típicamente gratuito, como es la superposición de garantía real sin contraprestación alguna⁶⁶.

⁶¹ Así, ESCRIBANO GÁMIR (2007): 43, CARRASCO PERERA (2004): 330, y LEÓN SANZ (2004): 1312.

⁶² Que, con matices, representa la continuación del previsto en el derogado art. 880.4ª CCo: la vigente Ley amplía extraordinariamente el período “sospechoso” (dos años frente a los anteriores 30 días) y extiende la presunción a las obligaciones nuevas contraídas en sustitución de las preexistentes. Por el contrario, suaviza el régimen de presunción al admitir prueba en contrario.

⁶³ La garantía ha de ser real (las personales son subsumibles en la regla general del nº 4), pero dentro de este género cabe que sea de cualquier clase (hipoteca inmobiliaria o mobiliaria, prenda de acciones o participaciones sociales, sin desplazamiento, créditos,...), pues la Ley no establece restricción alguna al respecto. Únicamente quedan fuera de la presunción del art. 71.3.2 LC aquellas cuya rescisión legalmente esté sometida a un régimen especial (*supra*. I) o haya sido excluida (*infra*. II.2.b y c). Así, LEÓN SANZ (2004): 1312-1313, MORALEJO MENÉNDEZ (2009): 109, ESCRIBANO GÁMIR (2007): 46, y CARRASCO PERERA (2004): 321. Incluso han de reputarse tales las operaciones con finalidad de garantía real, como los negocios fiduciarios. Así, la SAP Murcia 23 marzo 2009 (*Aranzadi Civil* 2009/768) y la SJM Córdoba 25 julio 2005 referidas respectivamente, a un *lease back* y a una dación pago en la que el cedente se reservó un arrendamiento a largo plazo por una renta ínfima).

⁶⁴ Como advierte BERTRAM (2004): 1-4, y la SAP Barcelona 11 junio 2007. En contra, MORALEJO MENÉNDEZ (2009): 129, y la SAP Barcelona 26 septiembre 2007, que excluye del ámbito de la presunción las hipotecas constituidas para refinanciar deudas de un tercero (la sociedad de la que el concursado es socio).

⁶⁵ SJM nº 4 Barcelona 18 diciembre 2006.

⁶⁶ En este sentido ALCOVER GARAU (2004): 774, MASSAGUER FUENTES (2005): 4225, y CARRASCO PERERA (2004): 326. Coinciden con este supuesto los casos resueltos por las SSAP Vizcaya 12 junio y 30 diciembre 2008 (*La Ley* 311665/2008), y las SSJMM nº 1 Málaga 20 noviembre 2006, y nº 2 Barcelona 25 febrero 2005 (*Aranzadi Civil* 2005/535). Por su parte, la interesante SAP Barcelona 6 febrero 2009 estimó la ausencia de perjuicio, a pesar de constituir la hipoteca litigiosa una merma del valor del bien y suponer una alteración injustificada de la *par condicio creditorum*, por concurrir en el caso una serie de circunstancias que la justificaban: 1. La hipoteca no se constituyó enteramente para garantizar una obligación preexistente –en este caso una nueva que sustituía a otra anterior–, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con la hipoteca se destinó a cancelar otra deuda anterior, vencida y

Con respecto a la constitución de garantías a favor de nuevas obligaciones en sustitución de las obligaciones preexistentes (segunda hipótesis a la que es de aplicación la presunción), en la inmensa mayoría de los casos se encuadra dentro de procesos de renegociación de deuda en los que generalmente el deudor otorga una nueva garantía real a cambio de un nuevo crédito con el que se paga el anterior vencido. Aunque en principio se trata de un acto oneroso, el negocio habitualmente se convierte en más lucrativo, y en consecuencia perjudicial para la masa activa, condición que habrá de determinarse analizando cuál es el valor económico de cada prestación (calidad de la deuda refinanciada y posibilidad de recuperarla –antigüedad, constancia en título ejecutivo, existencia de garantías anteriores...–, rango de la garantía, bienes sobre los que recae...), en el momento de su constitución. Parece correcta, por tanto, la presunción *iuris tantum*⁶⁷.

Al requerir la presunción la existencia de continuidad entre la obligación nueva y la anterior preexistente “sustituida”, cabe cuestionarse si aquella debe ser una “continuidad jurídica” (negocial, casos de novación, aun extintiva)⁶⁸, o si basta con que se trate de una “continuidad económica”, es decir, patrimonial, en la que la nueva obligación reemplaza a la vieja en el patrimonio del deudor, como ocurre con el importe de un préstamo con garantía real concedido por un tercero que se destina por el concursado al pago de una deuda anterior. Por razones de seguridad jurídica, parece preferible la primera opción⁶⁹.

Deben quedar excluidas del ámbito de la presunción todas aquellas garantías constituidas con anterioridad al período “sospechoso” de dos años del n° 1, aunque la responsabilidad inicial se vea ulteriormente incrementada durante dicho período en virtud de una facultad concedida en el propio contrato, v. gr. en el caso de una hipoteca flotante o de máximo (art. 153 bis LH), o en el de recarga de la hipoteca (admitida por el art. 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios): el precepto únicamente proscribía la constitución por el deudor (posteriormente concursado) de garantías reales

exigible, y algo más de una tercera parte fue una ampliación de crédito. 2. Se transformó una deuda preexistente inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente generaba elevados intereses de descubierta, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierta.

⁶⁷ En el mismo sentido, GARCÍA-CRUCES (2003a): 6, CARRASCO PERERA (2004): 317, y MORALEJO MENÉNDEZ (2009): 130. Vid., asimismo, la SAP Alicante 30 enero 2007 (*Aranzadi Civil* 2007/1091) y la SJM n° 4 Barcelona 18 diciembre 2006.

⁶⁸ Como sucedió en el supuesto de la SAP Barcelona 6 febrero 2009.

⁶⁹ Así, MASSAGUER FUENTES (2005): 4226, MORALEJO MENÉNDEZ (2009): 132, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 47. En contra, LEÓN SANZ (2004): 1312.

en fechas próximas a la declaración de concurso para aseguramiento de obligaciones que no gozaban de ella o de otras que se habilitaran para amortizar las anteriores, y en los supuestos señalados la garantía real ya se encontraba constituida previamente⁷⁰.

Para concluir, como se ha señalado (y al igual que acontece con los pagos anticipados contenidos en la presunción del art. 71.2 LC), la constitución de nuevas garantías por parte del deudor se enmarca habitualmente dentro de más amplios acuerdos de refinanciación que intentan salvar a la empresa de la crisis (quizá sean impensables fuera de ellos). Por ello, una vez que los mismos han recibido un tratamiento legal expreso por la DA 4ª nos remitimos de nuevo al ulterior comentario de ésta (*infra*. II.2.d). Para las garantías que, a pesar de buscar la refinanciación del empresario, no cumplan con los requisitos establecidos por la nueva Disposición, seguirá siendo de aplicación la presunción de perjuicio del art. 71.3.2 LC.

3. Fuera del precepto establece una presunción relativa de perjuicio el art. 78.1 LC (versión actualizada de la presunción muciana del art. 1442 CC) para las contraprestaciones satisfechas por el cónyuge del concursado casado y no separado (nº 2) en régimen de separación de bienes para la adquisición de bienes a título oneroso cuando aquéllas procediesen del patrimonio del concursado. Si no pudiera probarse la procedencia de la contraprestación, se presumirá que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

2. Excepciones al ejercicio

Junto a las excepciones al ejercicio de la acción rescisoria derivadas del Derecho Internacional Privado y de la normativa reguladora del Banco de España⁷¹, señala el nº 5 del art. 71 LC (redactado conforme al Real

⁷⁰ Como señalan MORALEJO MENÉNDEZ (2009): 118 (con profusión), MASSAGUER FUENTES (2005): 4225, AZOFRA VEGAS (2009): 5, y GÓMEZ GÁLLIGO (2008): 330-333. Para la promesa de constitución de garantías y la constitución de garantías sometida a condición o plazo, vid. lo señalado en nota 35.

⁷¹ Conforme al art. 208 LC (reproducción del art. 13 del Reglamento (CE) nº 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia), “no procederá el ejercicio de acciones de reintegración al amparo de esta Ley 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”. De acuerdo con la Disposición Adicional 6ª.2.d) de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España, tampoco son rescindibles la constitución, aceptación o ejecución de las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros Bancos Centrales Nacionales de la

Decreto-ley 3/2009) tres clases de actos que “*en ningún caso podrán ser objeto de rescisión*”, mientras que posteriormente la DA 4ª LC excluye de la rescisión los actos incluidos dentro de los acuerdos de refinanciación.

a) Actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional realizados en condiciones normales

La primera excepción del art. 71.5 LC a la impugnación (que comprende, incluso, los actos enumerados en los núm. 2 y 3) requiere que concurran en el acto dos requisitos: su carácter ordinario dentro del ámbito de la actividad profesional o empresarial del deudor; su realización en condiciones normales⁷².

Con carácter previo, cabe indicar que el precepto no precisa si los actos excluidos de rescisión únicamente son de administración o si han de comprenderse asimismo los actos de disposición, razón por la que han de entenderse incluidos ambos (si bien serán esencialmente de la primera categoría)⁷³.

Por lo que se refiere al primer requisito, el carácter ordinario del acto vendrá delimitado por el ámbito de la actividad empresarial o profesional en el que opere el concursado, quedando incluidos no solo los actos del giro o tráfico de la empresa, sino también los actos de preparación y organización de esas actividades⁷⁴.

Dicho carácter ordinario determinará usualmente que los actos de gestión extraordinaria de la actividad empresarial (ej. transmisión del es-

Unión Europea, en el ejercicio de sus funciones, el saldo de las cuentas o registros en que se materialicen y la formalización de las obligaciones garantizadas.

⁷² Aunque no lo exprese la norma quedan únicamente a salvo de la acción rescisoria concursal, pero no de las acciones generales *ex* art. 71.6 LC, ya que éste se encuentra tras el nº 5 y no hace salvedad. Así, GIL RODRÍGUEZ (2004): 867, ESCRIBANO GÁMIR (2007): 52-54, y la SJM Santander 29 marzo 2007 (BD *Westlaw* 2008/368545).

⁷³ En este sentido, MASSAGUER FUENTES (2005): 4226, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 55.

⁷⁴ Así, según las SSAAPP Barcelona 8 enero 2009 y Valladolid 7 mayo 2009 se comprenden los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria (proveedores, transportistas, prestadores de otros servicios, nóminas, rentas, etc.). Por su parte, la SJM nº 1 Oviedo 10 diciembre 2007 define los actos ordinarios como el conjunto de actividades cuya constante repetición viene a conformar el objeto social de una sociedad, mientras la SAP Murcia 23 marzo 2009 y la SJM nº 1 Málaga 8 junio 2007 consideran, de forma restrictiva, actividad ordinaria las operaciones ineludibles para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional y no las operaciones coyunturales por criterios de oportunidad. Conforme a la SAP Barcelona 30 marzo 2009 los ingresos en cuenta corriente son actos ordinarios en caso de disponerse de una póliza de crédito en cuenta corriente a través de la que se realizan pagos y cobros derivados de la actividad mercantil de la concursada.

tablecimiento) o de disposición y gravamen (ej. hipotecas) queden fuera de la excepción de rescisión (SAP Murcia 23 marzo 2009), si bien ello no puede afirmarse categóricamente, pues ha de atenderse al sector del tráfico (ej. hipotecas para un promotor inmobiliario, *factoring* con recurso cuando el cedente cobra ordinariamente así sus facturas...)⁷⁵.

De acuerdo con la letra de la norma no alcanza la excepción a cualquier acto al margen de la actividad propia de la empresa ni, lógicamente, a los actos de la economía personal o familiar del deudor común⁷⁶, aun cuando se trate ingresos realizados por el deudor común a la sociedad de la que es socio.

La casuística relativa al carácter ordinario del acto puede ser inagotable. Así, a modo de ejemplo, no lo es la cancelación total de una póliza de crédito, ni la constitución de una hipoteca mobiliaria a favor de otra empresa del grupo para garantizar sus responsabilidades con la Tesorería General de la Seguridad Social, tampoco la liquidación y novación de la relación contractual entre el suministrador de troqueles concursado y la empresa cliente, ni el abono al gerente (alto directivo cualificado) de la indemnización por despido objetivo de su contrato, o el pago anticipado de honorarios al letrado contratado para llevar el procedimiento concursal⁷⁷; Por el contrario, sí son actos ordinarios el pago de unas facturas por la realización de servicios dentro del tráfico de la empresa, y el cargo de recibos en la cuenta de la cooperativa concursada, cuya sección de crédito prestaba un servicio similar al del contrato de cuenta corriente⁷⁸.

⁷⁵ Vid. LEÓN SANZ (2004): 1313, CARRASCO PERERA (2004): 323, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 55. Indica BAÑULS (2009): 225–228, que el contrato de descuento no puede quedar afectado por la acción del art. 71 LC, pues será subsumible en la primera excepción a la rescisión por cumplir con los dos requisitos exigidos por su n.º 5: la realización en condiciones y a intereses normales (conllevará así una equivalencia patrimonial entre el crédito que sale del patrimonio del concursado y el anticipo recibido, aunque reconoce que puede ocurrir que no), y su habitualidad (se trata de la forma tradicional utilizada por las empresas para obtener capital a corto plazo).

⁷⁶ Como señalan MASSAGUER FUENTES (2005): 4227, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 55–56, y la SAP Alicante 4 marzo 2008.

⁷⁷ Supuestos de hecho abordados, respectivamente, por la SAP Barcelona 26 abril 2007, la SJM n.º 1 Oviedo 10 diciembre 2007, las SSJM n.º 2 Bilbao 13 octubre (*La Ley* 110151/2006) y 1 septiembre 2006, y la SAP Madrid 9 octubre 2008. Por su parte, la SAP Lugo 11 enero 2007 (*Aranzadi Civil* 2007/742) denegó la aplicación de la excepción a la retirada de mercancía en el período sospechoso, por estimar que no se correspondía con la actividad normal de la concursada (pero no aparecen más antecedentes fácticos); asimismo, concurría una relación especial entre la concursada y quien retiró las mercancías (por lo que también era aplicable el art. 71.3.2 LC).

⁷⁸ Resueltos, respectivamente, por la SAP Asturias 24 mayo 2007 –referida a la instalación de ventanas en promoción inmobiliaria de la concursada– y la SJM Santander 29 marzo 2007. Frente a ellas, erróneas son las SSAP Valladolid 23 marzo y 7 mayo 2009 pues, tras declarar los actos impugnados como normales de la actividad ordinaria de los concursados, consideran que las circunstancias de los casos revelan que se produjeron en situación de insolvencia generalizada, días antes de la solicitud de concurso, excluyendo

Por otro lado, la realización del acto en condiciones normales ha de enjuiciarse desde el punto de vista económico, correspondiente a la manera habitual de llevar a cabo este tipo de actos por el deudor con anterioridad y en comparación con otras del sector del tráfico económico con independencia del equilibrio en las prestaciones de las partes, no desde la posición del concursado y su repercusión en la masa, sino desde su adecuación al tiempo de celebrarse⁷⁹.

Por último, mención aparte merece la SAP Málaga 12 marzo 2009, que de forma totalmente incorrecta considera perjudicial la venta de una finca por parte de la concursada, cuyo objeto social coincidía con la operación realizada (compra, venta y alquiler de fincas urbanas, así como su promoción y edificación), y por la que percibió un precio “adecuado a su valor real”, aun cuando el contrato se celebró con otra empresa de su grupo social.

b) Actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados

La DA 2ª LC excluye del ámbito de aplicación de la Ley una serie de actos de diversos sectores del tráfico jurídico que quedan sometidos a la regulación específica contenida en las normas especiales enumeradas en aquella Disposición. En ocasiones, dicha normativa especial altera los requisitos de ejercicio de la acción rescisoria concursal (normalmente, reduciendo la posibilidad de rescisión del acto), dando lugar a lo que denominamos en su momento acciones rescisorias con régimen especial (*supra*. I).

Pero en otros casos, las normas especiales excluyen enteramente la posibilidad de rescindir determinados actos, tal y como prevé el art. 71.5.2 LC, con fundamento en las características objetivas que presentan este tipo de operaciones (objetivación en la determinación del precio, simplificación del sistema para liquidar valores...). Dentro de este apartado han de incluirse las siguientes normas:

así la excepción con base en una interpretación restrictiva de la norma.

⁷⁹ En este sentido, LEÓN SANZ (2004): 1314, GARCÍA VICENTE (2005): 527, MORALEJO MENÉNDEZ (2009): 96, y ESCRIBANO GÁMIR (2007): 56-57, quien cita como ejemplos de actos a excluir el pago de los salarios de los trabajadores, de los impuestos, de las cuotas a la Seguridad Social, suministros varios (ej. agua), alquiler de locales, gastos de transporte, primas de seguro, y gastos necesarios para el mantenimiento de la empresa. Vid. la descriptiva SJM nº 1 Málaga 8 junio 2007.

- Las órdenes de transferencia, compensaciones y garantías reguladas por la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, de acuerdo con sus arts. 11.1, párrafo 2º (para las órdenes de transferencia y compensaciones), y 14.4 (para las garantías). De nuevo es censurable que no hayan sido modificadas y adaptadas a la nueva legislación concursal las referencias que dichos preceptos realizan a la normativa derogada.
- Como se recordará (*supra*. I), quedan asimismo excluidos de rescisión los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario en las cesiones de crédito reguladas en la DA 3ª.4 de la Ley 1/1999, si bien con dos excepciones (vencimiento posterior al concurso, y conocimiento por cedente o cesionario del estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago).

c) Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica

Este tercer supuesto de excepción a la rescindibilidad del art. 71.5 LC, ha sido introducido por el art. 8.2 del Real Decreto–ley 3/2009.

A pesar de que el art. 91 LC en diversos pasajes hace referencia a los créditos tributarios y demás de Derecho público así como a los créditos de la Seguridad Social, carece la Ley de un concepto de créditos de Derecho público, si bien, pueden ser definidos⁸⁰ con carácter general como aquellos pertenecientes a una Administración Pública (estatal, autonómica o local) en virtud el art. 5.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y como tales los tributarios, los derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, y asimilados a ellos los de la Seguridad Social y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

El fundamento de la exclusión de la rescisión para las garantías a favor de dichos créditos parece hallarse en este caso en la condición de ente público del beneficiario de las garantías constituidas⁸¹, y dentro de ella han

⁸⁰ Siguiendo a VALERO LOZANO (2007): 39, quien se muestra contrario a los privilegios de estos créditos en el procedimiento concursal.

⁸¹ Para YANES YANES (2009): 7, el legislador prejuzga con la norma la justificabilidad de estas garantías en atención a razones de interés público o social, tanto más evidentes en una coyuntura económica de grave crisis como la actual. Por otro lado, como indica MORALES MENÉNDEZ (2009): 103, el precepto se refiere a “garantías” sin mayor concreción, por lo que dentro de dicho término han de incluirse

de ser incluidas tres previsiones legales:

- Las garantías de los aplazamientos o fraccionamientos de la deuda tributaria. art. 82 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Las garantías del aplazamiento concedido por la Tesorería General para el pago de cuotas a la Seguridad Social. art. 20. 4 del TR de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
- Las garantías especiales y los embargos que, establecidos para asegurar a los trabajadores el cobro de sus créditos, aprovechan al FOGASA en la proporción correspondiente a la parte del crédito por éste satisfecha a aquéllos. art. 30.4 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

d) Los acuerdos de refinanciación

Como se ha señalado (*supra*. II.1.c y d), con anterioridad a la promulgación del Real Decreto–ley 3/2009 carecían de previsión normativa los acuerdos de refinanciación de la deuda que realizase el deudor en situación de crisis financiera (posteriormente concursado) con sus acreedores profesionales durante el período de dos años anteriores a la declaración de concurso, consistentes normalmente en la concesión de nuevos créditos para poder continuar así con la actividad empresarial a cambio del otorgamiento de garantías a favor de aquéllos.

Esa ausencia de tratamiento legal expreso daba lugar a que los mencionados acuerdos de refinanciación pudiesen ser rescindidos en aplicación del art. 71 LC, para lo que la administración concursal contaba además con una doble presunción de perjuicio: absoluta (nº 2) con respecto a los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que se realizasen en virtud de ese acuerdo de refinanciación cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (circunstancia de lo más frecuente); *iuris tantum* (apartado 2 del nº 3), para la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

Con semejante inseguridad jurídica derivada del riesgo de rescisión

todo tipo de garantías reales y personales onerosas, pero no aquellas medidas de protección del crédito derivadas de las prerrogativas administrativas.

(especialmente de las garantías) para las entidades financieras, los procesos de refinanciación del empresario con problemas económicos se vieron considerablemente disminuidos, circunstancia agravada en un marco de crisis económica generalizada como el actual (téngase en cuenta que la LC fue promulgada en época de bonanza económica), lo que motivó que se convirtiera en uno de los sectores de la regulación legal que mayores críticas y exigencias de reforma suscitó entre la doctrina concursalista⁸².

En tal contexto, el art. 8.3 del Real Decreto–ley 3/2009 añadió al texto de la LC una nueva DA 4ª (frente a la opción de modificar el propio art. 71 o incluir un nuevo precepto –71 bis– a continuación de aquél) en la que ha solventado, siquiera parcialmente, la laguna legal⁸³.

Así, el nº 2 de la Disposición excluye de forma absoluta la rescisión para los acuerdos de refinanciación definidos en su nº 1, para los que únicamente quedará abierta la impugnación por vía de la rescisión por fraude de los arts. 1111 y 1291 CC⁸⁴.

La definición de acuerdo de refinanciación del nº 1, como aquel que proceda “*al menos* (contenido mínimo) *a la* ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de

⁸² Una vía de escape de las refinanciaciones a la presunción del art. 71.3.2 LC fue la aplicación de los arts. 15.5 y 16.3 del RD–l 5/2005 (*supra*. I) mediante una interpretación amplia de su objeto, como hizo la SAP Barcelona 30 septiembre 2008 con las garantías otorgadas en el caso (compensación por rescate de participaciones de un fondo de inversión, cuyo producto fue aplicado a impagados en una línea de comercio exterior), a las que aplicó el art. 15.5. En el mismo sentido, DE CASTRO ARAGONÉS y FERNÁNDEZ SEIJO (2005): 25–37, DÍAZ RUIZ y RUIZ BACHS (2005): 1–4, LEÓN SANZ (2005): 353, y MANZANARES (2009): 8. Por su parte, las SSAAPP Jaén 21 enero 2008 (*La Ley* 97942/2008) y Barcelona 6 febrero 2009, y la SJM Santander 18 octubre 2006 se mostraron partidarias de una interpretación no expansiva del art. 71 en este punto, entendiendo que no había perjuicio para la masa en los supuestos por ellas enjuiciados. En contra, la SJM nº 1 Madrid 21 mayo 2007 (*La Ley* 92659/2008) llegó a apreciar mala fe de la entidad bancaria. Para un examen de la situación anterior presenta gran interés PULGAR EZQUERRA (2009a): 1–3.

⁸³ Además de a la deficiente técnica legislativa (utilización de un real decreto–ley, introducción de una nueva DA), ha habido un alto consenso asimismo en los autores en las críticas al carácter insuficiente de la reforma. Así, OLIVENCIA RUIZ (2009): 23–27 –cuyo título pone de manifiesto el juicio del autor sobre la misma–, AZOFRA VEGAS y PÉREZ RIVARÉS (2009): 22, y SANJUÁN Y MUÑOZ (2009): 2. Únicamente, URÍA FERNÁNDEZ (2009): 7, aun reconociendo las limitaciones del Real Decreto–ley, emite un juicio positivo de la reforma. Por otro lado, la solución finalmente adoptada se corresponde casi en su totalidad con la propuesta *de lege ferenda* lanzada por PULGAR EZQUERRA en el trabajo reseñado en la nota anterior inspirada básicamente en la reforma llevada por el RDI de 14 de marzo de 2005, nº 35, del art. 67.3 de la *legge fallimentare* italiana de 1942.

⁸⁴ De esta manera, PULGAR EZQUERRA (2009b): 49, y MORALEJO MENÉNDEZ (2009): 105. No cabe excluir *ab initio* la concurrencia de fraude, aunque ello parece difícil cuando, como veremos, se requiere un acuerdo aprobado por una amplia mayoría de acreedores. De hecho, el nº 3 de la DA señala que, declarado el concurso, únicamente puede la administración concursal impugnarlo, si bien parece estar pensando en el supuesto de incumplimiento de los requisitos del nº 2.

otras contraídas en sustitución de aquéllas”, es muy extensa, de tal manera que ha extraído innumerables actos de la posibilidad de rescisión, *tal como especifica el propio n° 2 para* “los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos”. Dicha amplitud permite incluir en ellos no sólo las operaciones de crédito (créditos financieros), sino también los créditos frente a proveedores, Hacienda Pública, Seguridad Social y demás acreedores, en una ampliación significativa del crédito o modificación de las obligaciones que pretenda la viabilidad económica de la empresa, sin que pueda fijarse un umbral mínimo cuantitativo para dicha ampliación o modificación.

Así, *la sustracción del acuerdo a la rescisión* no requiere que los acreedores otorguen nuevos créditos en forma de nuevo dinero (*fresh money*), ni tampoco que la modificación de las obligaciones sea significativa, ya que no se establecen en la norma umbrales cuantitativos para la ampliación del crédito, entrando dentro de su ámbito objetivo los aplazamientos de las obligaciones, así como la modificación de otras condiciones (tales como tipos de interés, calendario de amortización, supuestos de amortización obligatoria o garantías). Por el contrario, no encuentran acomodo en la literalidad de la definición legal las operaciones de reestructuración de deudas de empresas en dificultades mediante dación en pago o para pago de activos al acreedor o de capitalización de deuda (*debt-to-asset* o *debt-to-equity*), pues en ellas hay extinción de las obligaciones, no novación ni crédito nuevo⁸⁵.

El último inciso del n° 1 establece la exigencia de que dichos acuerdos de refinanciación han de responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo, si bien no precisa qué ha de entenderse por tales⁸⁶. En este punto *es* conveniente, si bien no como argumento definitivo, acudir al Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que califica como pasivo a largo plazo la financiación cuyo plazo de exigibilidad es superior a un año (a *sensu* contrario el corto y medio plazo habrá de reputarse como inferior a un año). En este sentido, la SAP Barcelona 6 febrero 2009.

Por último, el n° 2 impone a los acuerdos un triple requisito (si se incumple

⁸⁵ Así, AZOFRA VEGAS y PÉREZ RIVARÉS (2009): 22. SANJUÁN Y MUÑOZ (2009): 3, admite incluso la posibilidad de incardinar en el precepto la refinanciación no sólo anterior, sino también posterior a la declaración de concurso, olvidando quizá que su n° 2 exceptúa únicamente la rescisión *ex art.* 71.1 LC, referida exclusivamente a los actos anteriores a la declaración.

⁸⁶ Para PIÑEL LÓPEZ (2009): 38, la clave radica en que el acuerdo responda de forma efectiva a dicho plan de viabilidad, que se erige por tanto en el parámetro esencial de su validez.

alguno de ellos, queda abierta la vía de la rescisión concursal del art. 71.1 LC⁸⁷):

- En primer lugar, un requisito de quórum, pues es necesaria su aprobación por los acreedores que representen tres quintos del pasivo del deudor en el momento del acuerdo, mayoría razonable, al ser suficientemente amplia para garantizar cierta seguridad, pero sin llegar a la unanimidad que bloquearía la posibilidad de acuerdo (no es necesario que tres quintos del pasivo sean objeto de refinanciación, pues en tal caso se limitaría considerablemente el ámbito de aplicación práctica de la norma). Únicamente han de computarse los créditos (pero no sólo los financieros) que aparecen en el balance declarado por el deudor (comprobados por el experto independiente), incluidos los sometidos a condición suspensiva a todos los efectos, así como los que serían subordinados en caso de concurso (concretamente, el pasivo *inter-company*)⁸⁸.
- En segundo lugar, como requisito formal se exige la emisión de un informe técnico por un experto independiente que avale la razonabilidad del acuerdo en condiciones normales de mercado, en especial en relación con la aportación de garantías por el deudor. Dichas condiciones de refinanciación normales han de entenderse referidas a las de un deudor en dificultades, no a las de uno solvente.
- Un último requisito de orden formal es la constancia del acuerdo en documento público, sin que el Notario pueda oponerse a su otorgamiento por incumplimiento de los requisitos de la DA 4^a⁸⁹.

3. La realización del acto durante el período “sospechoso”

El establecimiento por el art. 71.1 LC de un período “sospechoso” previo de dos años a la declaración de concurso para la producción del acto perjudicial representa una cierta continuidad con la anterior regulación del CCo en materia de quiebra, si bien con la eliminación del presupuesto del fraude y la unificación de plazos frente a la diversidad de los arts. 879 a 882, y con notables diferencias respecto del art. 878, párrafo 2º CCo: la duración actualmente

⁸⁷ Como señala PULGAR EZQUERRA (2009b): 48.

⁸⁸ Como indican AZOFRA VEGAS y PÉREZ RIVARÉS (2009): 22–23, PIÑEL LÓPEZ (2009): 41, MORALEJO MENÉNDEZ (2009): 106, YANES YANES (2009): 6, y SANJUÁN Y MUÑOZ (2009): 3.

⁸⁹ Vid. AZOFRA VEGAS y PÉREZ RIVARÉS (2009): 23, para quienes se trata de un requisito excesivo. Para SANJUÁN Y MUÑOZ (2009): 3–4, la validez del instrumento público parte de que se hayan incorporado los documentos e informes respectivos.

es determinada *ex lege* (no judicialmente) de forma invariable sin vinculación a las vicisitudes de la aparición de la insolvencia, lo que menoscaba su flexibilidad, pero indudablemente la dota de seguridad jurídica⁹⁰.

El *dies a quo* para el cómputo retroactivo de los dos años es el de declaración del concurso, en concreto la fecha del auto de declaración del concurso (art. 21 LC) con independencia de la fecha en que gane firmeza, no el de su solicitud, ni el de su publicación. Ello puede dar lugar a maniobras dilatorias del deudor, a fin de evitar que el acto impugnado se incluya dentro del período (aunque probablemente éstos sean supuestos residuales)⁹¹.

Por otro lado, la prueba de la realización del acto dentro del período “sospechoso” se presenta fácil cuando se halla plasmado en un documento. Por el contrario, en el resto de casos (ej. donación de bienes muebles) aparece sin duda más difícil.

Más dudosa se presenta la cuestión relativa al momento temporal relevante para establecer el perjuicio, si bien es preferible considerar que el perjuicio ha de producirse en el momento de realización del acto (p. ej. en el caso de las garantías cuando se prestan como tal, y si requieren de inscripción registral, desde que ésta se produce), y no en el de apertura del concurso, debiendo prescindirse así de las vicisitudes ulteriores (p. ej. plusvalía o minusvalía del bien objeto del acto)⁹².

4. Plazo de ejercicio de la acción

A diferencia de lo que acontece con las acciones de impugnación a las que se remite el art. 71.6, cada una, lógicamente, con el plazo de su propio régimen (la de simulación imprescriptible, la rescisoria común cuatro años –art. 1299 CC–, ...), guarda la Ley silencio sobre el plazo de prescripción de la acción reconocida por el art. 71.1.

Para resolver la laguna legal ha de aplicarse por analogía el plazo de

⁹⁰ La valoración en general es favorable, pues coincide con la solución del Derecho italiano y de los proyectos de reforma anteriores, si bien se le reprocha la amplitud del plazo, por constituir una merma en la seguridad del tráfico para los terceros. Vid., entre otros, los juicios de MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (2004): 4, y GARCÍA-CRUCES (2003a): 4, así como la SJM nº 1 Bilbao 29 diciembre 2005 (*Aranzadi Civil* 2005/2287).

⁹¹ Así, la SAP Castellón 4 mayo 2009 (*La Ley* 120646/2009), que, asimismo, recuerda oportunamente que en el supuesto de hipoteca inmobiliaria a efectos de cómputo del período “sospechoso” ha de tomarse el momento de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y no el de otorgamiento de escritura pública como pretendía la demandada.

⁹² En este sentido GARCÍA VICENTE (2005): 527 y (2006): 86, y CARRASCO PERERA (2004): 315–316, y la SJM nº 1 Alicante 5 mayo 2008.

cuatro años del art. 1299 CC (de caducidad, apreciable de oficio y no susceptible de interrupción), dada la naturaleza rescisoria de la acción especial⁹³.

Es opinión común que el *dies a quo* desde el que se inicia el cómputo de los cuatro años establecidos en el art. 1299 CC para la acción rescisoria general por fraude es el de realización del acto o contrato fraudulento, si bien en la jurisprudencia se ha abierto paso a partir de los años noventa la línea interpretativa de computar dicho plazo desde la inscripción registral o el conocimiento efectivo del acto por parte del legitimado, en congruencia con lo dispuesto en el art. 1969 CC⁹⁴. Evidentemente, en el concurso, y dado que la legitimación corresponde en primer término a la administración concursal, el plazo no podrá comenzar a correr al menos (si el acto se inscribió registralmente) hasta el momento en que los administradores acepten el cargo de acuerdo con el art. 29 LC, si bien la amplitud del plazo de ejercicio de la acción dará lugar a escasos problemas de caducidad en el ámbito concursal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU (2004): “Comentario al art. 71”, en *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)* dirigidos por PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA Y ALCOVER GARAU, Tomo I, Madrid, Editorial Dykinson, págs. 767-776.
- AZOFRA VEGAS (2009): “La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga”, *Diario La Ley* 7167, págs. 1-6.
- AZOFRA VEGAS y PÉREZ RIVARÉS (2009): “La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación”,

⁹³ Así, ESCRIBANO GÁMIR (2007): 14, expresamente en cuanto al plazo de cuatro años de caducidad y tras haber realizado en las págs. 13 a 21 un amplio estudio acerca de la naturaleza jurídica de la acción, ALCOVER GARAU (2004): 770-771, GIL RODRÍGUEZ (2004): 845, DÍAZ MARTÍNEZ (2004): 4-7, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (2004): 2, y, con mayores dudas, GARCÍA-CRUCES (2003b): 6. En el mismo sentido de forma concluyente la SJM nº 2 Barcelona 13 octubre 2006, así como las SSAAPP Alicante 30 enero 2007 y Baleares 28 febrero 2007, esta última expresamente a efectos de prescripción (si bien *obiter dicta*). Por el contrario, la SAP Pontevedra 22 julio 2009 declara, del mismo modo *obiter dicta*, “que la acción rescisoria concursal nace con la declaración de concurso y finaliza con su conclusión, por lo que, cabalmente, ni siquiera habría de quedar sujeta al plazo de caducidad cuatrienal de las acciones rescisorias comunes”.

⁹⁴ Así, entre otras, las SSTS 2 diciembre 2002 (RJ 2002/10407), 30 mayo 2003 (RJ 2003/5324) y 31 enero 2006 (RJ 2006/363); ésta última estima que el plazo ha de computarse desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo que se pruebe conocimiento anterior del acto fraudulento, y considera que el plazo es de caducidad y no cabe interrupción.

- Diario La Ley* 7161, págs. 21–24.
- BAÑULS (2009): “El concurso de acreedores y el contrato de descuento”, en *Anuario de Derecho Concursal* 17, págs. 193–246.
- BERTRAM (2004): “Las garantías de obligaciones preexistentes y la presunción del art. 71 de la Ley Concursal”, *Diario La Ley* 6068, págs. 1–5.
- CARRASCO PERERA (2004): *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, Editorial Civitas.
- DE CASTRO ARAGONÉS y FERNÁNDEZ SEIJO (2005): “Los créditos de las entidades financieras en la ley Concursal: reformas, contrarreformas y chapuzas legislativas (A propósito del RD–ley 5/2005, de 11 de marzo, sobre reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 3, págs. 25–37.
- DÍAZ MARTÍNEZ (2004): “Las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal 22/2003”, *Práctica de Tribunales* 7, págs. 4–13.
- DÍAZ RUIZ y RUIZ BACHS (2005): “Reformas urgentes para el impulso a la productividad: importantes reformas y algunas lagunas”, en *Diario La Ley* 6240, págs. 1–12.
- ESCRIBANO GÁMIR (2007): “El perjuicio en la acción rescisoria concursal”, *Anuario de Derecho Concursal* 10, págs. 7–59.
- FERNÁNDEZ VILLARINO (2009): “La reforma de la ley concursal en materia laboral. Algo más que el artículo 64 de la ley 22/2003”, *Aranzadi Social* 11, págs. 81–90.
- GARCÍA–CRUCES (2003a): “La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (I)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 590, págs. 1–6.
- GARCÍA–CRUCES (2003b): “La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (II)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 591, págs. 1–7.
- GARCÍA VICENTE (2005): “Promesa bilateral de compraventa pendiente de ejecución y concurso de promitente comprador”, *Anuario de Derecho Concursal* 6, págs. 523–535.
- GARCÍA VICENTE (2006): “La prenda de créditos futuros en el concurso”, *Anuario de Derecho Concursal* 9, págs. 51–100.
- GIL RODRÍGUEZ (2004): “Comentario al art. 71”, *Comentarios a la Ley Concursal* coordinados por BERCOVITZ, R., Vol. I, Madrid, Editorial Tecnos, págs. 830–871.
- GÓMEZ GÁLLIGO (2008): “Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado

- Hipotecario en la Ley Concursal”, *Anuario de Derecho Concursal* 15, págs. 323–344.
- IGLESIAS PRADA y MASSAGUER FUENTES (2006): “Los efectos del concurso en relación con los acuerdos de compensación contractual”, *Anuario de Derecho Concursal* 8, págs. 549–592.
- LEÓN SANZ (2004): “Acciones de reintegración”, en *Comentarios de la Ley Concursal* dirigidos por ROJO y BELTRÁN y coordinados por CAMPUZANO, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, págs. 1301–1321.
- LEÓN SANZ (2005): “El régimen de reintegración concursal de las garantías financieras”, *Anuario de Derecho Concursal* 6, págs. 353–364.
- LEÓN SANZ y RECALDE CASTELLS (2005): “Concurso y factoring”, *Anuario de Derecho Concursal* 4, págs. 65–115.
- MANZANARES (2009): “Garantías de operaciones financieras, situaciones concursales y acciones de reintegración: a propósito de una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el RDL 5/2005”, *Diario La Ley* 7109, págs. 7–12.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (2004): “Luces y sombras del sistema de reintegración de la masa activa contenido en la Ley concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 607, págs. 1–6.
- MASSAGUER FUENTES (2005): “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa”, en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4: La masa activa, la masa pasiva, los convenios o acuerdos concursales, Madrid, Editorial Marcial Pons, págs. 4211–4237.
- MORALEJO MENÉNDEZ (2009): “Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)”, *Anuario de Derecho Concursal* 17, págs. 81–138.
- OLIVENCIA RUIZ (2009): “Del concurso en tiempos de crisis: una reforma ortopédica”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 11, págs. 23 a 34.
- PIÑEL LÓPEZ (2009): “Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 11, págs. 35–43.
- PULGAR EZQUERRA (2009a): “Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias”, *Diario La Ley* 7097, págs. 1–8.
- PULGAR EZQUERRA (2009b): “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y

- comunicación *ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009*”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 11, págs. 45–58.
- SÁNCHEZ CALERO (2003): *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 25ª ed., Madrid, Editorial McGraw Hill.
- SÁNCHEZ PACHÓN (2008): “Acciones de impugnación por fraude o invalidez de los actos del deudor: el artículo 71.6 de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 8, págs. 391–405.
- SANJUÁN Y MUÑOZ (2009): “Refinanciación de deuda tras la reforma concursal”, *Diario La Ley* 7189, págs. 1–5.
- URÍA FERNÁNDEZ (2009): “Las reformas de la Ley Concursal y las entidades de crédito”, *Diario La Ley* 7240, págs. 5–8.
- VALERO LOZANO (2007): *El régimen jurídico del crédito público en la Ley Concursal*, Madrid, Editorial La Ley.
- YANES YANES (2009): “La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio”, *Diario La Ley* 7161, págs. 1–9.