

La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada (*)

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA.— 2. HACIA UN NUEVO SISTEMA DE ACCIONES EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE LOS ACREEDORES: 2.1. LAS ACCIONES RESCISORIAS ESPECÍFICAS DERIVADAS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. 2.2. LA LESIVIDAD DEL ACTO IMPUGNADO COMO FUNDAMENTO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN CONCURSAL. 2.3. ACTOS NO SUJETOS A RESCISIÓN CONCURSAL. 2.4. OTRAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN.—3. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES RESCISORIAS Y RESTITUTORIAS CONCURSALES: 3.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 3.2. LEGITIMACIÓN PASIVA.—4. LOS EFECTOS DE LA RESCISIÓN CONCURSAL: 4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 4.2. LA RECÍPROCA DEVOLUCIÓN DE PRESTACIONES: 4.2.1. *La devolución de prestaciones de los bienes y derechos no transmitidos a terceros.* 4.2.2. *La devolución de prestaciones cuando los bienes y derechos reintegrables pertenecen a un tercero.*

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA

En nuestro Derecho, la formación de la masa activa de la quiebra descansaba en un complejo sistema de acciones de reintegración, encaminado a invalidar las actuaciones llevadas a cabo por el deudor en época precedente a la declaración de su insolvencia, quedando configurado, según doctrina jurisprudencial reiterada (1), un sistema de protección a los acreedores, que

(*) Este trabajo está destinado al Libro homenaje del profesor OLIVENCIA RUIZ, M.

(1) Vid., entre otras, SSTs de 3 de marzo 1874 (*CJ* 1874, 71); 17 de febrero de 1909 (*RJ* 1909, 42); 25 de mayo de 1944 (*RJ* 1944, 675); 21 de junio de 1960 (*RJ* 1960, 2592); 29 de octubre de 1962 (*RJ* 1962, 4106).

se calificó de mixto, mediante el cual, junto a la nulidad absoluta *ipsae legis potestate et auctoritate* (art. 878.2 del Código de Comercio) se recogían acciones restitutorias, cuya razón de ser era la presunta o probada fraudulentidad del quebrado (arts. 879 a 882 del Código de Comercio). Se distinguían, así, una vez declarada la quiebra, tres períodos: el posterior a la declaración judicial de insolvencia (art. 878.1 del Código de Comercio); el precedente a éste, comúnmente denominado de retroacción, cuyo inicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, se fijará por el juez atendiendo al día en el que comenzó el sobreseimiento en el pago de las obligaciones y que concluye en la expresada declaración judicial (art. 878.2 del Código de Comercio); y el tercero, a contar, en sentido regresivo, a partir de la fecha de retroacción, estableciéndose el límite temporal máximo de los dos años anteriores a la fecha fijada por el juez como de cesación generalizada en los pagos o época de retroacción, si es que así se determinó por el juez de la quiebra, o a partir de la fecha de declaración judicial, en caso contrario (arts. 879 a 882 del Código de Comercio).

En el primero de los períodos o épocas señalados, se establecía la inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes; en el período de retroacción se declaran nulos los actos de dominio y administración realizados por éste; y, en el tercero, se podían anular determinados actos en virtud de probada o presunta fraudulentidad. Con esta regulación se producía la conjunción de acciones revocatorias concursales específicas (art. 878.2), paulianas especiales de la quiebra (arts. 879 y 880 del Código de Comercio), y paulianas normales u ordinarias (arts. 881 y 882 del Código de Comercio).

Las acciones ordinarias, fundamentadas en la existencia de fraude, no provocaban efectos contrarios a los intereses jurídicos protegidos, manteniéndose dentro de los límites que el Derecho común establecía, pues los actos comprendidos en los artículos 881 y 882 del Código de Comercio podían anularse o revocarse, siempre que se probara por los acreedores el ánimo de defraudarlos en sus derechos, o, en suma, su carácter de fraudulentos. Mayores quebrantos se podían derivar de la aplicación de las acciones paulianas especiales, por la consideración de fraudulento *iuris et de iure* de los actos específicos allí recogidos. No obstante, se ha de precisar que las acciones que se derivaban de los artículos 879 a 882, establecían anulabilidades, ineficacias y revocaciones de actos concretos realizados en un período o época, precedente a la declaración de quiebra, o de la retroacción de sus efectos, por su fraudulentidad probada o presunta, con períodos temporales concretos, que abarcaban, como máximo, los dos años anteriores al sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones del deudor insolvente, lo que relativizaba las consecuencias que de su aplicación podían derivarse. Por ello es que la denuncia del sistema, con respecto a la seguridad jurídica que precisa el adecuado desarrollo del mercado en los tiempos actuales, se centró, especial-

mente, en la nulidad proclamada en el artículo 878.2 del Código de Comercio, como consecuencia de la fijación de la fecha de retroacción, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, ésta se determinaría por el juez a quo *...por el día en que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones...*, lo que suponía romper con los preceptos de Derecho común que determinaban la prescripción de cuatro años para las anulabilidades contractuales, dando cabida nuestro ordenamiento, a la acción revocatoria específica de la quiebra, que se concreta en la nulidad de los actos del quebrado, realizados en la época afectada por la retroacción.

En líneas generales, con la retroacción así configurada, se pretendía la restitución del patrimonio del quebrado a la situación que tenía al inicio de su insolvencia, en la que, agobiado por la misma, pudo realizar transacciones en detrimento de la masa patrimonial, en perjuicio de todos sus acreedores, o, con ruptura del principio de igualdad entre ellos, *par conditio creditorum*, favoreciendo a uno o varios de ellos, con menoscabo de otros. Por otro lado, la nulidad contenida en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, a efectos meramente dialécticos, podía fundamentarse en la inhabilitación retrotraída a fecha anterior (2), pero, en esencia, obedecía al exclusivo mandato de la Ley en defensa de los acreedores, tal y como de forma reiterada se mantenía por consolidada doctrina jurisprudencial, indicando que la nulidad por el precepto proclamada era: absoluta y radical, tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo, al afectar a todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado en este concreto período y frente a todos, no sólo frente a los acreedores; intrínseca, de forma que no tiene que ser declarada judicialmente; no siendo de aplicación los principios registrales que protegen al tercero de buena fe (arts. 33, 34 y 37 LH), ni los preceptos de Derecho común relativos a las nulidades y rescisiones contractuales (arts. 1.300 y sigs., y 1.290 y sigs. del Código Civil), por lo que no procedía, en consecuencia, la recíproca devolución de prestaciones (3). Se establecía, así, la nulidad de los actos de dominio y administración realizados por el quebrado, como consecuencia de la retroacción de la declaración de quiebra, que determinaba el juez por el día en el que resultare haber comenzado el sobreseimiento en el pago de las obligaciones, sin límite temporal

(2) Vid., entre otras, SSTs de 3 de octubre de 1901 (*CJ*, núm. 61); 13 de mayo de 1927 (*CJ*, núm. 41); 7 de marzo de 1931 (*RJ* 1931, 1963); 9 de junio de 1932 (*RJ* 1932, 1094); 13 de febrero de 1960 (*RJ* 1960, 478); 21 de junio de 1960 (*RJ* 1960, 2592); 22 de febrero de 1963 (*RJ* 1963, 1128); 26 de marzo de 1974 (*RJ* 1974, 1128); 30 de junio de 1978 (*RJ* 1978, 2629); 7 de febrero de 1994 (*RJ* 1994, 914).

(3) Vid., entre otras, 17 de marzo de 1958 (*RJ* 1958, 1436); 21 de mayo de 1960 (*RJ* 1960, 1745); 7 de marzo de 1973 (*RJ* 1973, 901); 26 de marzo de 1974 (*RJ* 1974, 1128); 19 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9405); 11 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 8960).

alguno, constituyéndose una nulidad de carácter especial, frente a la cual se accionaba en virtud de la acción revocatoria concursal específica a que hacíamos referencia.

Estas son las líneas que definen la nulidad proclamada en virtud de la retroacción de los efectos de la declaración de quiebra, cuyo rigor interpretativo se ha mantenido por la jurisprudencia hasta nuestros días (4), y que llevó a plantear su confrontación con la seguridad del tráfico jurídico, ensayando la doctrina científica otras interpretaciones que no conllevaran tan nocivos efectos (5), lo que propició corrientes jurisprudenciales más benignas en torno al artículo 878 del Código de Comercio, templando su rigor interpretativo.

Esta nueva corriente fundamentó la institución de la retroacción en el fraude (6) o en el perjuicio irrogado a la masa acreedora (7), por disposicio-

(4) Vid., entre otras, SSTS de 3 de marzo de 1874 (*CJ*, núm. 71); 17 de febrero de 1909 (*CJ*, núm. 92); 17 de marzo de 1958 (*RJ* 1958, 1436); 7 de marzo de 1931 (*RJ* 1930-31, 1963); 9 de junio de 1932 (*RJ* 1932-33, 1094); 13 de febrero de 1960 (*RJ* 1960, 478); 21 de mayo de 1960 (*RJ* 1960, 1745); 21 de junio de 1960 (*RJ* 1960, 2592); 29 de octubre de 1962 (*RJ* 1962, 4106); 7 de marzo de 1973 (*RJ* 1973, 901); 26 de marzo de 1974 (*RJ* 1974, 1128); 9 de diciembre de 1981 (*RJ* 1981, 5051); 10 de noviembre de 1983 (*RJ* 1983, 6074); 19 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9405); 11 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 8960); 20 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 8144); 28 de octubre de 1996 (*RJ* 1996, 7434); 26 de marzo de 1997 (*RJ* 1997, 2539); 25 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 8161).

(5) JIMÉNEZ ESCARZAGA, J. D., «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio», en *RDM*, núm. 69, 1958; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en *Estudios en homenaje al profesor Menéndez Menéndez*, III, Madrid, 1996, págs. 3479 y sigs.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Nulidad de los actos desquebrados en el período de retroacción de la quiebra. La sentencia de 12 de marzo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio», en *Aranzadi Civil*, núm. 19, 1993, pág. 9 y sigs.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Notas sobre el instituto concursal de la retroacción», en *Estudios en homenaje al profesor Menéndez Menéndez*, III, Madrid, 1996, págs. 3553 y sigs.; GORDILLO CAÑAS, A., «Par conditio creditorum y protección del tráfico (un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal)», en *Actualidad Civil*, núm. 17, abril de 2003; MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995; MARTÍN REYES, M. A., «Retroacción de la quiebra, nulidad del contrato y restitución de prestaciones. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1973», en *RJC*, núm. 2, 1975; *idem.*, *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, 1995; MASSAGUER FUENTES J., *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Bosch, 1986; MIRALLES GÓMEZ, A., «La reintegración de la masa de la quiebra y la publicidad registral inmobiliaria», en *RDM*, 1997, págs. 589 y sigs.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», en *RDM*, núm. 151, 1979; *idem.*, «La reintegración de la masa», en *EJB*, Madrid, 1997; SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, 1997, entre otros.

(6) Vid., SSTS de 15 de noviembre de 1928 (*CJ*, núm. 25); 16 de febrero de 1933 (*RJ* 1932-33, 1495); 25 de mayo de 1961 (*RJ* 1961, 2336); 29 de octubre de 1962 (*RJ* 1962, 4106); 22 de febrero de 1963 (*RJ* 1963, 1128); 27 de febrero de 1965 (*RJ* 1965, 1151); 12 de noviembre 1977 (*RJ* 1977, 4185).

(7) Vid., entre otras, SSTS de 9 de junio de 1932 (*RJ* 1932-33, 1094); 16 de febrero de 1933 (*RJ* 1932-33, 1495); 28 de mayo de 1960 (*RJ* 1960, 2062); 21 de junio de 1963

nes que provocan una efectiva disminución patrimonial, o que colocan en situación preferente a unos acreedores respecto de otros, en momento en los que ya es patente la situación de insolvencia (8). De no producirse perjuicio alguno, no tendría por qué declararse la nulidad a que tal precepto alude, excluyendo a determinados actos de dominio y administración sobre el patrimonio, bien porque no sean perjudiciales (9), bien, por ser operaciones ordinarias de las Entidades de crédito, como las operaciones de descuentos o la compensación en el contrato de cuenta corriente (10). Con tales precedentes se destruyó, aunque ocasionalmente, la nulidad absoluta, que no tiene que ser pedida ni declarada frente a todos y no sólo frente a los acreedores, respecto de los actos del quebrado realizados en época de retroacción.

Las corrientes doctrinales apuntadas llegan, incluso, a reconocerse por el legislativo, recogiendo en la Ley 2/1981, reguladora del mercado hipotecario, en su artículo 10, una excepción a la nulidad retroactiva cuando nos encontramos ante hipotecas constituidas a favor de las entidades a que se refiere su artículo 2.º, salvo fraude probado. Son iniciativas débiles que no llegan a romper, de forma efectiva, con la nulidad radical proclamada, pero que han dado pie a un nuevo planteamiento respecto de los actos del insolvente realizados en época cercana a la declaración judicial de su situación de desequilibrio financiero, acometiendo la nueva Ley Concursal la rescisión de los actos perjudiciales, con un sistema que permite la recíproca devolución de prestaciones y con olvido de las nulidades retroactivas que a nada conducen.

2. HACIA UN NUEVO SISTEMA DE ACCIONES EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE LOS ACREEDORES

La Ley 22/2003, de 9 de julio, parte de un nuevo enfoque en cuanto a la protección de los acreedores, y, más concretamente, en defensa de la masa patrimonial. No se pretende, como en el sistema precedente, la defensa de los acreedores, cualquiera que sean las consecuencias que de tal principio se deriven, sino que, junto a la necesidad de brindar la protección a los intereses legítimos de aquellos, se contempla, como, en general, en todo el texto legis-

(*RJ* 1963, 3465); 20 de mayo de 1975 (*RJ* 1975, 2053); 12 de noviembre de 1977 (*RJ* 1977, 4175); 13 de abril de 1988 (*RJ* 1988, 3146); 12 de marzo 1993 (*RJ* 1993, 1793); 20 de septiembre de 1993 (*RJ* 1993, 6647).

(8) Vid., entre otras, SSTS de 27 de febrero de 1965 (*RJ* 1965, 1151); 12 de noviembre de 1977 (*RJ* 1977, 4185); 15 de octubre de 1976 (*RJ* 1976, 3960).

(9) Vid. SSTS de 11 de diciembre de 1965 (*RJ* 1965, 5612); 20 de septiembre de 1993 (*RJ* 1993, 6647).

(10) Vid. SSTS de 21 de junio de 1963 (*RJ* 1963, 3465); 20 de mayo de 1975 (*RJ* 1975, 2053); 10 de marzo de 1976 (*RJ* 1976, 1176); 15 de octubre de 1976 (*RJ* 1976, 3960); 12 de noviembre de 1977 (*RJ* 1977, 4185).

lativo, la presencia de otros intereses en juego. Esta idea inicial y la necesidad de suprimir las nefastas consecuencias derivadas del artículo 878.2 del Código de Comercio determinan un nuevo planteamiento por el que se suprime la nulidad allí establecida, así como las anulabilidades de los artículos siguientes, estableciendo, en sustitución del sistema antes expuesto, la reintegración de la masa activa patrimonial mediante la posibilidad del ejercicio de acciones rescisorias cuyo contenido, legitimación y efectos se establecen en el Capítulo IV, Título III de la Ley Concursal, bajo el rótulo *De los actos perjudiciales para la masa activa*. Como se establece en su Exposición de Motivos: *...la Ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la Ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro...*

2.1. LAS ACCIONES RESCISORIAS ESPECÍFICAS DERIVADAS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

El artículo 71 LC regula las acciones de reintegración a ejercitar una vez declarado el Concurso de acreedores, teniendo como punto de partida tres concepciones: la consideración de acciones de carácter rescisorio-restitutorio, dejando de lado las nulidades y anulabilidades de su precedente inmediato; la limitación temporal de los actos objeto de rescisión, y su, digamos, fundamento principal, la consideración de lesivo para la masa del acto sujeto a impugnación.

Con esta concepción inicial se incardinan las acciones rescisorias específicas del procedimiento concursal (11), sin perjuicio de las generales

(11) Vid. sobre las acciones de reintegración: ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, dir.: García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerra, J., Dilex, S. L., Madrid, 2003, págs. 325 y sigs.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en *Estudios sobre el anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, dir.: García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerra, J., Dilex, S. L., Madrid, 2002, págs. 154 y sigs.; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración», en *La*

establecidas en los artículos 1.290 y siguientes del Código Civil, apartándose de ellas en cuanto se observan ciertas diferencias esenciales: mientras que las rescisiones de Derecho común se configuran como subsidiaria de cualquier otra que pudiera ejercitarse por el que acredite interés legítimo y contra cualquier acto, lesivo o fraudulento, siempre que no haya transcurrido cuatro años desde su realización, las concursales deberán ser ejercitadas por la administración judicial, o subsidiariamente, por los acreedores, ante la existencia de lesión, sea presunta o probada, respecto de los actos realizados en los dos años precedentes a la declaración de concurso. No existe, en consecuencia, impedimento procesal para el ejercicio de estas acciones rescisorias al no ser subsidiarias respecto de otras encaminadas a reparar el perjuicio, siendo su fundamento la lesión producida al patrimonio concursal, cualquiera que sea la causa motivadora del mismo (12).

Junto a esta diferencia, indicamos otras de carácter no menos importante: la legitimación especial y limitada para el ejercicio de las acciones rescisorias específicas del concurso, que abordaremos más adelante; y la finalidad que se persigue que, en estas acciones, se presenta, además, como presupuesto para su ejercicio, al ser necesario fundar la acción en una disminución efectiva del activo patrimonial del deudor, pretendiéndose su restitución y debido reintegro (13).

2.2. LA LESIVIDAD DEL ACTO IMPUGNADO COMO FUNDAMENTO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN CONCURSAL

El artículo 71.1 establece que 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 de concurso, aunque no hubiere existido*

Ley, año XXIII, núm. 5640, 10/24, 2002; GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa activa en el procedimiento concursal», Conferencia impartida en *Jornadas sobre la Reforma Concursal*, dir.: Font i Ribas, organizada por la Universidad de Barcelona y el Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario, 8 de abril de 2003, en www.Unizar.es/derecho/comentarios/reintegración.pdf (consulta efectuada el 7 de noviembre de 2003); MAIRATA LAVIÑA, J., «Los efectos del concurso en la Ley Concursal», en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, dir.: García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerro, J., Dilex, S. L., Madrid, 2003, págs. 314 y sigs.

(12) Sobre las diferencias entre las acciones rescisorias de Derecho Civil (arts. 1.290 y sigs.) y las específicas concursales, vid., DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, pág. 3; GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, pág. 9, hace constar la dificultad que suscita reconducir la acción rescisoria concursal al marco general de las acciones rescisorias.

(13) DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, pág. 4.

intención fraudulenta... Esta declaración inicial supone: primero, que para el ejercicio de la acción, el acto objeto de impugnación tiene que ser lesivo para la masa activa, lo que significa que se ha debido producir una efectiva disminución patrimonial, con su realización; segundo, la necesidad general de probar esta circunstancia por los legitimados activamente, con las excepciones que, a continuación, indicaremos; y, tercero, que la rescisión del acto lesivo se produce, cualquiera que sea la intencionalidad perseguida por el deudor o el tercero con el que contrató. Se tiende, en suma, a la restitución del patrimonio que ha de conformar la masa activa del concurso, sin que sobre esta finalidad prejuzguen aspectos subjetivos de difícil probanza.

Pese a lo expuesto, el legislador concursal no olvida el fraude porque, aunque proclama la lesión como fundamento de las acciones rescisorias, después lanza presunciones de lesividad, en las que subyace el fraude como su causa motivadora, y vuelve a repetir los conceptos estereotipados, que nos recuerdan al período sospechoso regulado por los artículos 879 a 882 de nuestro vigente Código de Comercio, obviando la necesidad de probar el perjuicio producido por el que lo alega, conforme a las reglas generales sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 217 LEC. Así, establece que el perjuicio se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración de concurso (art. 71.2 LC); salvo prueba en contrario, se presume, asimismo, el perjuicio, en las disposiciones a título oneroso a favor de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93 LC) y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas (art. 71.3 LC) (14).

En esencia, en estas presunciones subyace el fraude, de ahí que, o se determine la lesividad porque el acto en sí mismo está teñido de fraudulencia (pagos anticipados y disposiciones a título gratuito) y, en consecuencia, es perjudicial; o sobre el acto hay una presunción *iuris tantum* de fraudulencia que ha de ser desvirtuada. Se aprecia, no obstante, que la lesividad presunta, *iuris et de iure* o *iuris tantum*, abarca un amplio espectro que alcanza a actos que el legislador concreta con las concisas y acertadas palabras en el precepto recogidas, quedando fuera de su alcance todos los demás realizados dentro

(14) GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, págs. 14 a 16, considera adecuada la presunción establecida relativa a las personas especialmente vinculadas al concursado, cuya determinación establece el artículo 93 LC, y respecto de las garantías reales, en tanto que este tipo de actuaciones pueden ser lesivas y contrarias a la *par conditio creditorum*. En cualquier caso, hace un juicio crítico sobre su consideración de presunciones *iuris tantum*, ceñido a lo que la práctica nos muestra, sobre todo en lo atinente a las actuaciones de las entidades de crédito relacionadas con el concursado.

de los dos años precedentes a la declaración de concurso, sobre los que ha de probarse el perjuicio o lesión para la masa activa, apartándose el legislador de la difícil prueba del fraude para determinar su rescisión (art. 71.4).

2.3. ACTOS NO SUJETOS A RESCISIÓN CONCURSAL

No contiene la Ley Concursal, salvo las presunciones de lesividad antes apuntadas, una enunciación de los actos sobre los que se pueda ejercitar la acción de rescisión específica, regulada en el artículo 71.1 LC, por lo que, en principio, comprende todos los realizados por el concursado, siempre que lo hayan sido dentro de los dos años precedentes a la declaración de concurso y que no estén excepcionados por disposición legal, cuestiones estas que abordamos por el orden expuesto.

La limitación temporal contenida en el precepto obedece, sin lugar a dudas, a la necesidad de acotar el marco del ejercicio de estas acciones rescisorias específicas, con el objetivo de evitar la perturbación del tráfico jurídico, salvando los límites establecidos para las rescisiones y anulabilidades de Derecho común. No por ello ha dejado de considerarse por algunos excesivo, y por otros, restringido, o rígido (15). Se llega, incluso, a opinar que la determinación de plazos para impugnar vía rescisión concursal, no tiene justificación, en tanto que no se anuda a la situación de insolvencia, y que un plazo tan breve puede ser utilizado por el deudor, quien retrasará la declaración de concurso a los fines de no dejar sujetos a rescisión concretos actos, sobre los que le puede interesar su validez.

Son, en definitiva, críticas al dictado legislativo que no compartimos por tres razones fundamentales: la primera, porque la seguridad del tráfico requiere plazos concretos y breves, sin que podamos considerar la insolvencia como referente, toda vez que la misma no comprende, como nunca comprendió, una fecha concreta, pudiendo incurrirse en el error de pretenderlo, volviendo a reproducirse un elemento perturbador que ha de ser rechazado (16); la segunda, porque la liberalidad del deudor, en este punto, puede verse sorprendida, en la medida que los acreedores también pueden instar el procedimiento con carácter necesario, sujetándose el concursado a las consecuencias que se deriven de su actuar, culpable o negligente, dadas las medidas disuasorias que

(15) Vid., ALCOVER GARAU, G., «Aproximación...», *ob. cit.*, págs. 354 y sigs.; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, pág. 6; GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, págs. 110 y sigs.; MAIRATA LAVIÑA, J., «Los efectos del concurso...», *ob. cit.*, pág. 322.

(16) DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, pág. 6.

la propia Ley Concursal contempla para esos supuestos (17); y tercera, porque, en cualquier caso, como veremos más adelante, las acciones rescisorias concursales coexisten con otras acciones de impugnación, de índole distinta, y que pueden también ser ejercitadas en el procedimiento concursal (18).

Junto al límite temporal indicado, el legislador concursal, restringiendo la aplicación del precepto, establece, además, en el artículo 71.5 LC, una excepción, genéricamente formulada, por la que considera excluidos del ámbito de aplicación de estas acciones rescisorias los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, realizados en condiciones normales, y los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

Parece obvia la finalidad que se persigue, preservar los derechos derivados del ejercicio de la actividad empresarial. Pese a lo expuesto, la norma provoca cierto recelo, ¿qué ha de entenderse por *actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, realizados en condiciones normales*? Este concepto se ha de corresponder, indudablemente, con el desarrollo habitual de la actividad profesional o empresarial, pero la normalidad alude a un concepto impreciso que ha de ser necesariamente interpretado en cada caso concreto y la experiencia nos dice que las imprecisiones jurídicas son generadoras de conflictos. No dejamos de considerar, por otro lado, la posible lesividad del acto ordinario excepcionado (19).

En cualquier caso, hemos de admitir que la excepción, contenida en el artículo 71.5 LC, no impide el ejercicio de otras acciones de impugnación contempladas por nuestro ordenamiento jurídico, pues, en ningún caso, puede ser interpretada en el sentido de considerar inatacables los actos concernientes al giro o tráfico de la empresa o de la concreta actividad profesional. Lo único que determina el precepto es la imposibilidad de impugnar los actos ordinarios y los comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos

(17) Cfr., entre otros, artículos 40, 105 y 164 LC.

(18) GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, págs. 10 y sigs., examina las críticas sobre el período temporal establecido, mostrando su opinión contraria al PLC, considerando que se debe establecer un plazo único, facultando al juez del concurso para ampliarlo, atendidas las circunstancias del caso concreto. Creemos, sin embargo, que tal posición provocaría una situación de inseguridad que en nada ha de favorecer el tráfico jurídico.

(19) BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Algunas consideraciones...», *ob. cit.*, pág. 174, afirma que... *la propia regulación de la reintegración impedirá la rescisión de las operaciones de tráfico ordinario del deudor, porque será difícil que concurra el perjuicio...* Opinamos, sin embargo, que es, precisamente, en el marco de la actividad profesional o empresarial donde podríamos detectar un cúmulo de actuaciones perjudiciales, llevadas a cabo por el que se encuentra abocado a la exteriorización de su situación de insolvencia.

derivados, realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, a través de las acciones rescisorias específicas recogidas en el artículo 71.1 LC, sin que tal impedimento determine la imposibilidad de ejercicio de otro tipo de acciones.

Junto a esta excepción concreta, *ex* artículo 71.5 LC, la Ley contempla otra derivada de la aplicación de las normas de Derecho Internacional, pues, de conformidad con el artículo 208 LC, no procederá el ejercicio de acciones de impugnación cuando el beneficiado por el acto impugnado pruebe que dicho acto está sujeto a la ley de otro Estado que no lo permite. En definitiva, cuando al acto sujeto a impugnación le sean de aplicación normas de otro Estado, deberemos atenernos a las disposiciones del Derecho Internacional a las que nos remite la Ley Concursal.

2.4. OTRAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN

Las excepciones, contenidas en el artículo 71.5 LC, sólo vienen a confirmar el carácter especial de las acciones rescisorias del concurso, sin que se soslaye, por ello, la posibilidad de impugnación a través del ejercicio de acciones de impugnación distintas a las establecidas en el precepto que comentamos, las cuales han de mantenerse por dos razones obvias: primero, porque una Ley específica no puede impedir la aplicación de las normas generales sobre actos impugnables; segundo, porque la Ley Concursal, no lo impide, previendo expresamente, en el apartado seis del artículo 71 LC, la posibilidad de ejercicio de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, si bien acomodándose a las normas de legitimación y procedimiento establecidas en la Ley Concursal (art. 72). No se ha de considerar, en consecuencia, la existencia de disposición derogatoria alguna sobre acciones de impugnación, que, en principio, son ejercitables conforme a sus propias normas, con las limitaciones, antes apuntadas, sobre legitimidad y procedimiento a seguir, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72.3 LC, todas ellas se han de sustanciar por el cauce de los incidentes dentro del propio procedimiento concursal y ante el juez del concurso, a instancia de la Administración concursal o de los acreedores con carácter subsidiario (art. 72.2).

Pero es que, con independencia de las acciones restitutorias especialmente contempladas en el apartado seis del artículo 71 LC, consideramos, además, la posibilidad de impugnación de actos y contratos conforme a las reglas generales de Derecho, sin que sea posible impedir su ejercicio sobre la base de un procedimiento concursal en marcha. Se ha de observar que el artículo 71.6 LC las admite, pero limitándolas en cuanto a la legitimación y en cuanto al procedimiento a seguir. Es obvio que, en virtud de la *vis* atractiva

del concurso (arts. 50 y 192 LC), traigamos al procedimiento concursal todas las contiendas que se susciten y que afecten, o puedan afectar, a la masa activa patrimonial, de ahí que, aunque disminuido a efectos probatorios y de legítima defensa, no consideremos inapropiado tramitar cualquier reclamación en vía incidental (20). Creemos, sin embargo, por inadecuado y contrario al principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que no se debe impedir el ejercicio de acciones, cualquiera que sean éstas, contra la masa patrimonial, o en favor de ella, a personas que demuestren interés legítimo, conforme dispone el artículo 10 LEC. Es por ello que maticemos el punto seis del artículo 71 LC, considerándolo referido a otras acciones restitutorias, sin que afecte a hipotéticas acciones de impugnación no circunscritas, ni al ámbito de las rescisorias específicas concursales, ni a las restitutorias antes aludidas, en tanto que las mismas sólo pueden ejercitarse por la Administración concursal o por los acreedores de forma subsidiaria, porque, de contrario, ello nos llevaría al absurdo de impedir a terceros, ajenos al procedimiento, que pudieran hacer valer sus derechos, en defensa de intereses legítimos.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES RESCISORIAS Y RESTITUTORIAS CONCURSALES

3.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

El artículo 72 LC otorga a la Administración concursal la legitimación activa (21) para la impugnación de los actos del concursado, realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, así como para el ejercicio de las acciones restitutorias a que se refiere el artículo 71.6 LC. Se trata de un supuesto de legitimación indirecta previsto en el artículo 10 LEC, ya que no se acciona en interés propio, sino de otros. Esta legitimación nos lleva a considerar el carácter representativo de la Administración concursal, en atención a los intereses protegidos por el procedimiento, ya que los administradores concursales no se conciben en esta Ley como representante de los

(20) Vid. sobre el procedimiento incidental en el Concurso a DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, págs. 7 y sigs.; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación...», *ob. cit.*, págs. 339 y sigs.

(21) Vid., en cuanto a legitimación activa y pasiva, a ALCOVER GARAU, G., «Aproximación...», *ob. cit.*, págs. 344 y sigs.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Algunas consideraciones...», *ob. cit.*, págs. 174 y 175; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, pág. 6 y sigs.; GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, págs. 19 y sigs.; MAIRATA LAVIÑA, J., «Los efectos del concurso...», *ob. cit.*, pág. 321.

acreedores, ni del concursado, sino como órgano técnico. Se advierte, en suma, que este órgano sólo sustituirá al concursado si se suspenden sus facultades, en cuyo caso, por mandato de la Ley, sólo estará legitimado para el ejercicio de acciones de carácter no personal. Para los supuestos de actividad intervenida, el deudor conserva su plena capacidad, aunque sujeto a fiscalización de los administradores del concurso, debiendo prestar éstos su conformidad para el ejercicio de acciones que puedan afectar a la masa patrimonial, y, todo ello, sin perjuicio de su personación y defensa, en forma separada, en cuyo caso las deudas que se generen no serán consideradas deudas de la masa (art. 54.1.2.3 LC). Tampoco representa a los acreedores, cuyo cauce de expresión de voluntad se realiza en Junta, o por sí mismos, y cuya capacidad en defensa de sus derechos es independiente de las que ostenta el órgano de administración. Prueba de ello es la legitimación subsidiaria que se les otorga en interés de la masa, además de las propias en defensa de sus derechos, con independencia de lo que resulte sobre el reembolso de los gastos y costas con cargo a la masa (art. 54.4 LC). No representa a la masa patrimonial porque, en nuestro ordenamiento jurídico, no se otorga al patrimonio separado la consideración de sujeto de derecho. Se trata, como advertimos, de una representación otorgada por Ley a los administradores, quienes, velando por el cumplimiento de las funciones técnicas que se les otorgan, deberán, si así lo estiman, reflejar en el informe sobre el inventario, regulado en el artículo 82 LC, las acciones de reintegración que deban ejercer y que las llevarán a cabo, a los efectos regulados en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal (arts. 34 y sigs. en relación con los arts. 74 y sigs. LC) (22). Y es así, desde esta perspectiva, cómo se configura la legitimación del órgano de administración, fundada en lo dispuesto en el artículo 10 LEC, que prevé: *...serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica objeto del litigio...*; para después indicar, como excepción a lo anterior, la legitimidad de los que por Ley la tengan atribuida.

Este supuesto de legitimación indirecta se completa con la otorgada a los acreedores, de forma subsidiaria, para el supuesto de que los administradores, requeridos por uno o algunos de ellos, no ejerciten la acción solicitada en el plazo de dos meses contados a partir del requerimiento. En esencia, la legitimación de los acreedores está condicionada a dos presupuestos: el previo requerimiento a la administración concursal y el transcurso de dos meses a contar desde el mismo sin que se haya ejercitado por la misma la acción requerida.

(22) YANES YANES, P., «La Administración Concursal», en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, dir.: García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerro, J., Dilex, S. L., Madrid, 2003, págs. 173 y sigs., en especial pág. 230 y sigs.

A nuestro entender, dado el silencio del legislativo, el acreedor o acreedores requirentes, para fundar su legitimación, sólo tienen que acreditar que han realizado la oportuna petición al órgano concursal, con indicación del acto que se pretende impugnar o rescindir y su fundamento, siendo también presupuesto de legitimación el transcurso de dos meses desde la comunicación efectuada a los administradores, pues sólo cumplido este término podrán estar legitimados subsidiariamente para el ejercicio de las acciones rescisorias y de impugnación reguladas en el artículo 71 LC. Consideramos, además, que la negativa de los administradores, en cuanto al requerimiento cursado, puede ser expresa o tácita, estando sujeta su actitud a las responsabilidades a que hubiere lugar (art. 36.1 LC).

Naturalmente, esta legitimación, propia de la administración concursal y subsidiaria de los acreedores, comprende las acciones rescisorias y las restitutorias concursales, recogidas en el artículo 71 LC, lo que no impide las que pueda ejercer el concursado, en los casos y condiciones expuestas más arriba, o los acreedores, además, de la posibilidad de impugnación mediante el ejercicio de otras acciones que se le otorga a todo el que acredita interés legítimo.

3.2. LEGITIMACIÓN PASIVA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 LC, estarán legitimados pasivamente: el deudor y los que hayan sido parte en el acto sujeto a impugnación; se prevé, igualmente, que la demanda se dirija al tercero, cuando se pretenda desvirtuar la buena fe de éste, o la irreivindicabilidad, o la protección derivada de la publicidad registral de la que goce su derecho.

La legitimación pasiva del tercero, ajeno a la convención que se pretende rescindir o impugnar, se justifica porque la posición de éste no puede ser puesta en entredicho sin que sea oído, ya que la tutela judicial efectiva y el derecho a legítima defensa podrían conculcarse por esta causa, habida cuenta de los efectos que se derivan en el supuesto de mala fe del tercero en la relación. Consecuentemente, la ausencia de demanda contra el subadquirente encontraría un grave obstáculo a la hora de hacer efectiva las medidas que previene el artículo 73 LC, pues, en el supuesto de que la resolución que se dicte contenga pronunciamiento contrario a su presunción de inocencia, sin haber podido defenderse en su derecho, tal declaración sería irrelevante, resultando su posición jurídica inatacable frente a los intereses de la masa patrimonial (art. 73.2 LC).

4. LOS EFECTOS DE LA RESCISIÓN CONCURSAL

4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 73 LC regula los efectos de la rescisión concursal, dejando fuera de su alcance la consideración de otras acciones de impugnación, tanto restitutorias como concursales (art. 71.6 LC), como generales de Derecho común, ya que los efectos que se deparen serán los previstos en las normas que rigen para cada una de ellas. Y es que el ámbito del precepto está claramente delimitado desde su rótulo, al venir referido a la rescisión, siendo incuestionable que ésta no puede ser otra que la directamente regulada, *ex novo*, por la Ley Concursal.

En términos generales, no se aparta el precepto de las disposiciones de Derecho común relativa a las rescisiones contractuales, pues, atendiendo a que los actos sujetos a rescisión fueron plenamente válidos desde su realización, prevé su ineficacia y la recíproca devolución de prestaciones, tal y como dispone el artículo 1.295 del Código Civil. Se aprecian, sin embargo, algunas matizaciones derivadas del contexto donde se han desenvuelto los actos sujetos a rescisión concursal, disponiendo alcance distinto, al establecerse algunas especialidades atinentes a la consideración de la buena o mala fe de la contraparte en el acto rescindido y respecto de la prestación debida, cuando resulte irreivindicable, por pertenecer a un tercero no demandado, o que hubiera procedido de buena fe o gozase de protección registral.

La nueva dicción legislativa en materia de efectos de la reintegración concursal, ha de ser valorada positivamente, porque obvia viejas polémicas sobre la condición de tercero de la contraparte en la relación rescindida, especificando, con claridad, efectos distintos, según haya mediado una posterior transmisión o cuando no se ha producido ésta, amén de eludir aquella fácil controversia, establecida por la jurisprudencia, de la imposibilidad de proceder a la recíproca devolución de prestaciones, al no considerar a la masa de la quiebra parte en la convección que se declaraba nula, *ex* artículo 878.2 del Código de Comercio, con la problemática añadida de la necesidad de insinuar el crédito en la masa pasiva para el reintegro de la contraprestación, una vez devuelto al patrimonio en quiebra el bien o derecho sobre el que versaba la relación jurídica anulada.

Se simplifica la cuestión, en definitiva, y al declarar la ineficacia se prevén efectos concretos, con una regulación quizá más acorde con principios de seguridad jurídica, pero no del todo adecuados a la realidad de nuestro actual mercado, como vamos a exponer, atendiendo a los supuestos concretos contemplados en la norma (23).

(23) GORDILLO CAÑAS, A., «*Par conditio creditorum...*», *ob. cit.*, pág. 8, indica que «...En la nueva Ley queda fuera de dudas que el interés de los acreedores concurrentes...

4.2. LA RECÍPROCA DEVOLUCIÓN DE PRESTACIONES

La ineficacia del acto rescindido determina la recíproca devolución de prestaciones, lo que supone el reintegro a la masa de la prestación realizada por el concursado y el retorno de la efectuada por el que contrató con él; en ambos casos, con sus frutos e intereses. La devolución de prestaciones, en consecuencia, es recíproca, siendo considerada como crédito contra la masa la que corresponde al que contrató con el concursado, que ha de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido (24). Esta es la regla general: recíproca devolución de prestaciones, simultánea, y con cargo a la masa, la cual siempre deberá quedar acrecentada con la devolución que se efectúe, pues, de otra forma, no quedaría justificada la lesividad que fue fundamento del ejercicio de la acción de rescisión.

Siendo ésta la regla general, el legislador consciente de la posibilidad de que el bien o derecho no pertenezcan, al momento de su reintegro, al que contrató con el deudor concursado, prevé distintas consecuencias, atendiendo a los intereses del subadquirente, cuya posición jurídica resulte inatacable, al no ser parte en la relación rescindida. Igualmente, se establecen efectos distintos en función de la buena o mala fe del que contrató con el concursado. En suma, regula el precepto dos supuestos: el primero de ellos, cuando el acto rescindido afecta sólo al concursado y su contraparte, por permanecer el bien en el patrimonio de esta última, determinando consecuencias distintas según la intencionalidad, fraudulenta o no, de ésta; el segundo, cuando el objeto de la convención que se rescinde ha pasado al patrimonio de un tercero, sin que sean reintegrable por no haber sido demandado, haber procedido de buena fe, o gozar de irreivindicabilidad o de protección registral, y las resultas para el que contrató con el concursado, en función de su intencionalidad.

4.2.1. *La devolución de prestaciones de los bienes y derechos no transmitidos a terceros*

Cuando el bien o derecho objeto de prestación permanecen en el patrimonio del que contrató con el concursado, la cuestión se reduce a proceder a la

es un interés subordinado al de la seguridad del tráfico...», para después afirmar que no se ha dado satisfacción al tráfico de buena fe, ni se ha logrado la normalización registral del concurso.

(24) GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, págs. 24, resalta las particularidades de este crédito contra la masa que no está sujeto a las reglas establecidas en el artículo 154.2, y que, al ser su satisfacción simultánea a la restitución del bien o derecho, se configura como condición de exigibilidad de la obligación de restitución.

recíproca devolución de prestaciones concretada en la reintegración del bien o derecho a la masa patrimonial y la devolución de la contraprestación a cargo de aquélla. Se indica, además, que se reintegrará la prestación, junto con sus frutos e intereses. Se trata, en suma, de volver a la posición inmediatamente anterior a la realización del contrato rescindido, si bien debiendo devolver, además de la prestación principal, los frutos e intereses obtenidos tanto por la contraparte como por el patrimonio concursal.

La redacción dada al precepto es acorde, en términos generales, con la dicción del artículo 1.295 del Código Civil, pues de conformidad con el mismo se devolverá *...el bien con sus frutos y el precio con sus intereses...* y, en ambos casos, es decir, tanto en la rescisión de Derecho común como en la específica concursal, recíprocamente, determinándose, además, expresamente, en el artículo 73.3 LC, que *...el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido...*

Siendo así, al momento de ejercitar la acción, es preciso, para fundamentar la lesividad del acto, prever las posibles consecuencias, pues, aunque el acto fuera lesivo al momento de su realización, la consideración de los frutos o sus intereses pueden llevar a una disminución del patrimonio concursal, no deseable por la previsión legislativa. No olvidemos que se trata de rescindir actos perjudiciales, lo que determina que los efectos de la declaración de lesividad deben conllevar un acrecentamiento del patrimonio concursal, por pequeño que fuere. De otro modo, dejaría de tener fundamento la acción ejercitada. Se trata de proceder a la devolución de prestaciones de una y otra parte, en la que ambas restituyen la prestación: los bienes y derechos con sus frutos, que pueden ser de cuantía y naturaleza distinta; y el precio con sus intereses, que, en principio, serán los legales, debiendo resultar, por efectos de tal reposición, un crédito contra la masa a favor de la contraparte, pero a la vez, un incremento de la masa patrimonial, de tal forma que el resultado final sea un patrimonio recuperado y no empobrecido como consecuencia de la rescisión.

Por otro lado, no podemos dejar de considerar el perjuicio de la contraparte del concursado, cuando el bien o derecho a reintegrar haya incrementado su valor, respecto al asignable en el momento de realizar la convención rescindida. Ese aumento de valor, que no tiene la consideración de fruto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 del Código Civil, ha de provocar, al proceder al reintegro, una disminución en el patrimonio de la contraparte, equivalente al aumento de valor producido respecto del que hubiera de habersele asignado al momento de la negociación rescindida, y ello, a cambio del precio abonado, más sus intereses legales. Partimos, como decíamos, de un contrato, válido y plenamente eficaz que se rescinde por lesión, no por fraude, determinándose, por efecto de la declaración su ineficacia. No se considera la buena

fe del que contrató con el concursado, pues sobre los intereses de éste priman los de los acreedores, con lo que se sigue introduciendo un elemento de inseguridad en el tráfico, superponiendo los intereses de la masa pasiva, sobre los de aquél que, con buena fe, contrató con el concursado, dentro de los dos años previos a la declaración de concurso (25). Creemos que, en este caso, debiera contemplarse, en la devolución del precio más su interés, la diferencia entre el valor real, al momento de la realización del contrato rescindido, y el que resulte en el momento del reintegro, a fin de no producir el enriquecimiento injusto, aunque justificado legalmente, de la masa patrimonial, a costa del que contrató con el concursado de buena fe. Otra solución, no contemplada, podría haber sido brindar la posibilidad, al que contrató de buena fe con el concursado, de conmutar la devolución del bien o derecho, por su rescate, mediante el abono a la masa del valor real en el momento de la reintegración, a compensar con el precio más sus intereses, pues similar planteamiento se recoge en el artículo 78 LC, respecto de los bienes reintegrables a la masa por el cónyuge del concursado.

Distinta cuestión se plantea en el supuesto de existencia de fraude en la contratación rescindida. Hay que reconocer, a estos efectos, dos supuestos claramente diferentes: cuando la intencionalidad fraudulenta sólo se aprecia en el concursado, y cuando ésta se predica de la otra parte contratante, sea o no en connivencia con el concursado. En el primer supuesto aplicamos la regla anterior, la devolución de las prestaciones, junto con frutos e intereses, pues no contempla la Ley Concursal disposición especial; en el segundo, la mala fe de la contraparte se penaliza, negándole la devolución simultánea de su prestación, lo que ha de generar un crédito que tiene la consideración de subordinado, a satisfacer según las reglas de liquidación (art. 92 LC) (26). Es decir, no se llega a la recíproca devolución de prestaciones, sino que el bien o derecho será reintegrado a la masa concursal, quedando subordinada la devolución al pago de los créditos cuya prelación le antecede, si es que resulta posible su satisfacción (27).

(25) GORDILLO CAÑAS, A., «*Par conditio creditorum...*», *ob. cit.*, págs. 7 y sigs., hace una valoración crítica en cuanto al tratamiento que se le dispensa a la contraparte en el acto rescindido, cuando no se aprecia mala fe, considerando su condición de tercero respecto de la masa del concurso, recogiendo esta opinión GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «*La reintegración de la masa...*», *ob. cit.*, págs. 33 y sigs., quien, sin embargo, considera no totalmente acertada la crítica, si se tiene presente la globalidad de las normas reintegradoras.

(26) ALCOVER GARAU, G., «*Aproximación...*», *ob. cit.*, págs. 348, considera que la mala fe en la contraparte no sólo ha de venir referida a la venta a bajo precio sino sobre todo al conocimiento de que el concursado se encontraba en una situación de desequilibrio financiero.

(27) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «*La reintegración de la masa...*», *ob. cit.*, págs. 26; ALCOVER GARAU, G., «*Aproximación...*», *ob. cit.*, págs. 349 y sigs., considera que

4.2.2. *La devolución de prestaciones cuando los bienes y derechos reintegrables pertenecen a un tercero*

El artículo 73.2 LC contempla la imposibilidad de devolución del bien o derecho a la masa, cuando se encuentran en el patrimonio de un tercero no demandado, o que ha procedido de buena fe, o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, y las resultas para el que contrató con el concursado, en función de su intencionalidad, estableciendo para el supuesto de buena fe, la sustitución del objeto a restituir, por el valor que tenía al momento de la realización del acto rescindido, y, en caso contrario, la indemnización por los daños y perjuicios causados.

La finalidad perseguida se centra en la protección del subadquirente de buena fe cuya posición jurídica resulta inatacable, por lo que, ante la lesión producida en el patrimonio del concursado, se sustituye la rescisión del acto y su ineficacia, para promoverse su convalidación, mediante la entrega por la contraparte del valor que tenía cuando salió de aquel patrimonio, mientras que, si se aprecia mala fe, la solución es la indemnización por daños y perjuicios causados.

Ateniéndonos a la existencia de buena fe, se postula por el legislador un trato indudablemente protector de aquél que no intervino en el acto rescindible, pero, a la vez, observamos un trato favorable para el que contrató con el deudor insolvente. Decimos esto porque, a cambio del precio más intereses, a devolver como crédito contra la masa, a ésta se le reintegra el valor que tuviera el bien en el momento de la realización del acto objeto de rescisión más intereses legales, de lo que resulta que, si la contraparte, al transmitirlo al subadquirente, lo hizo a precio superior, como es lo probable, no sólo salva su pérdida patrimonial, quedando reintegrado, sino en posición favorecida respecto de aquel otro que conservó en su poder el bien o derecho, incrementado en su valor, y que ha de devolverlo, con disminución efectiva de su patrimonio. En definitiva, siempre que llegue a conocerse por la contraparte la situación de desequilibrio financiero del concursado, para salvar su patrimonio, procederá a la transmisión a un tercero quedando respaldada esa posible pérdida patrimonial que le amenaza, sin que ello afecte a la buena fe de su anterior transacción con el concursado, que es la que contempla la norma.

Si, por el contrario, existe mala fe, y entendemos que se refiere el precepto a la mala fe del que contrató con el concursado, con independencia de la intencionalidad de este último, se determina la consiguiente indemnización que, lógicamente, ha de venir referida al importe de la pérdida que, aunque

el triunfo de la acción rescisoria se consigue precisamente cuando se prueba la mala fe del que contrató con el concursado, precisamente porque se enerva la restitución de su contraprestación.

no se explicita en la norma, debe corresponderse, al menos, con el valor del bien o derecho al momento del reintegro, no procediendo la recíproca devolución de su contraprestación, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.3 LC, tendrá la consideración de crédito subordinado.

No se han contemplado por el legislador otros supuestos, como la pérdida del bien o derecho a reintegrar (28), o de la existencia de mejoras en los mismos y su concreto tratamiento. Muchas cuestiones quedan pendientes en esta nueva regulación, de la que se aprecia su novedad y su ruptura con las disposiciones anteriores, lo que la hace merecedora de reconocimientos, si bien no dejamos de observar que las reformas legislativas siempre son acreedoras de otras reformas.

M.^a DE LOS ÁNGELES MARTÍN REYES
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga

(28) ALCOVER GARAU, G., «Aproximación...», *ob. cit.*, pág. 351, considera excesivo que en caso de buena fe tenga que devolver su valor, aunque sea referido a la fecha de la convención que se rescinde.