

23.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2010

Reintegración concursal y mala fe de la parte “*in bonis*”

Comentario a cargo de:
JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza

SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2010

Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Corbal Hernández.

Asunto: En esta sentencia se ofrece una interpretación de ciertas reglas que incorpora la Ley Concursal y de no fácil aplicación. En concreto, el Tribunal Supremo atiende al alcance que cabe dar a la presunción de perjuicio ex artículo 71.2 de la Ley Concursal (pagos anticipados), la posible aplicación retroactiva de las reglas dispuestas en sede de reintegración concursal y, sobre todo, la apreciación de la mala fe concurrente en la contraparte del ahora concursado y que obliga a calificar su crédito como subordinado.

Pero, también, la importancia de esta sentencia radica en sus afirmaciones en torno a la caracterización y los presupuestos de la acción contemplada en los artículos 71 y siguientes del texto vigente.

El Tribunal Supremo, con esta sentencia de 16-9-2010, se ocupa por primera vez del nuevo sistema de reintegración que instauró la vigente Ley Concursal

Comentario de la Sentencia de 16 de septiembre de 2010

Reintegración concursal y mala fe de la parte “*in bonis*”

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza*

Resumen de los hechos

Los hechos relevantes pueden resumirse del siguiente modo. Los cónyuges Srs. M. y P. suscribieron un préstamo hipotecario con una entidad bancaria por importe de 240.000 euros, constituyéndose el gravamen sobre distintas fincas de titularidad de los prestatarios. Éstos, a su vez, eran los socios de la mercantil R. S., S.L., compañía que adeudaba distintas cantidades a una Caja de Ahorros.

Los cónyuges citados concertaron un nuevo préstamo hipotecario con esta Caja de Ahorros, constituyéndose la garantía sobre las fincas antes hipotecadas. Con dicho crédito se consiguió un doble resultado. En primer lugar, los citados Srs. amortizaron anticipadamente el primer préstamo hipotecario, cancelando la hipoteca constituida. Por otro lado, y a través de la financiación que dispusieran a favor de R. S., S.L., compañía de la que eran socios, esta entidad atendió el pago de lo debido a favor de la citada Caja de Ahorros.

Las cantidades adeudadas por los citados cónyuges en virtud de este segundo préstamo fueron garantizadas mediante la constitución contextual de un hipoteca sobre las mismas fincas que habían sido gravadas anteriormente en virtud de aquel primer préstamo hipotecario y que ahora había sido amortizado.

Posteriormente, tanto los cónyuges citados como la entidad de la que eran socios fueron declarados en concurso de acreedores. Dada la vinculación y confusión de patrimonios, estos concursos fueron acumulados.

Por la administración concursal se interpuso demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción rescisoria concursal. El Juzgado de lo Mercantil estimó íntegramente la demanda. Recurrida esta sentencia en apelación, el recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial.

COMENTARIO

Sumario: 1.- Preliminar.- 2.- El sentido y finalidad del instituto de la reintegración concursal.- 3.- La reintegración de la masa activa en la LC.- 3.1.- Los presupuestos de la acción rescisoria ex art. 71 LC.- 3.2.- El plazo.- 3.3.- El perjuicio.- 4.- La presunción de perjuicio para los pagos anticipados.- 5.- Concurrencia –y consecuencias– de la mala fe del tercero partícipe en el acto rescindido.- 6.- ¿Aplicación retroactiva de las previsiones de la LC en torno al sistema de reintegración?- 7.- Bibliografía.-

1. Preliminar

El Tribunal Supremo (en adelante, TS), con esta sentencia de 16-9-2010, se ocupa por primera vez del nuevo sistema de reintegración que instauró la vigente Ley Concursal (en adelante, LC). La importancia de los temas considerados en esta resolución viene acreditada por el hecho de que, poco después de publicarse esta sentencia, se han dictado otras sobre las nuevas reglas que disciplinan la reintegración concursal (Vid. STS 27-10-2010 y STS 13-12-2010).

En este primer pronunciamiento jurisprudencial se ofrece una interpretación, como luego se verá plausible, de ciertas reglas que incorpora la LC y de no fácil aplicación. En concreto el TS atiende al alcance que cabe dar a la presunción de perjuicio ex artículo 71.2 LC (pagos anticipados), la posible aplicación retroactiva de las reglas dispuestas en sede de reintegración concursal y, sobre todo, la apreciación de la mala fe concurrente en la contraparte del ahora concursado y que obliga a calificar su crédito como subordinado.

Pero, también, la importancia de esta sentencia radica en sus afirmaciones en torno a la caracterización y los presupuestos de la acción contemplada en los artículos 71 y siguientes LC. En efecto, en esta resolución se advierten de modo expreso algunas afirmaciones en torno a los presupuestos que han de satisfacerse para que proceda del ejercicio de la acción rescisoria ex artículo 71 LC, al igual que se silencian otros, respecto de los cuáles el TS no realiza manifestación alguna o, bien, parece acoger –siquiera sea con carácter de “*obiter dictum*”– alguna afirmación que pudiera considerarse contradictoria. Por ello, dada la centralidad del problema, y pese al aparente silencio del TS, parece oportuno detenerse previamente en analizar cuáles son los presupuestos que debe satisfacer la acción rescisoria ex artículo 71 LC, dada la innegable proyección tanto dogmática como práctica de tal extremo, máxime ante la disparidad de criterios y la amplísima interpretación de ciertas nociones que parecen defenderse en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

2. El sentido y finalidad del instituto de la reintegración concursal

El origen de todo sistema de reintegración de masa en el concurso descansa en la experiencia contrastada que antecede al reconocimiento jurídico del

estado de insolvencia. La realidad nos muestra cómo, ante el riesgo de una situación de insolvencia, el deudor puede –y suele– llevar a cabo una huida hacia delante que agrava aún más aquel estado, con grave perjuicio de sus acreedores; puede también tratar de eludir ciertos bienes respecto de su futuro concurso o, en fin, adopta las medidas oportunas, por sí o a petición de tercero interesado, en virtud de las cuáles se favorece a unos acreedores en detrimento del resto. La constatación de esa realidad ha llevado, desde siempre, a que en toda regulación concursal se disponga de reglas y mecanismos que permitan revisar las actuaciones del concursado en esa etapa anterior a la declaración del concurso y en la que ya padecía el estado de insolvencia que luego se formalizará o en la que, al menos, vinieron a producirse ciertos desarreglos económicos que le llevaron a tal comportamiento (Rojo, 1979, pp. 89 y ss.; Massaguer, 1986, pp. 11 y ss.; Sancho Gargallo, 1997, pp. 193 y ss.).

Surgen así los distintos sistemas de reintegración concursal cuya finalidad, que se realizará a través de modos muy distintos y con consecuencias bien diferentes, no es otra que la de preservar la integridad, tanto cuantitativa como cualitativa, del patrimonio del ahora concursado.

A estas finalidades respondía el sistema de reintegración de la masa activa que fuera acogido en nuestro Código de comercio, el cual se significaba por su carácter mixto o, mejor, doble, pues venía a plasmar tanto un período de retroacción, único pero cuya determinación resultaba variable pues se confiaba al Juez su concreción (art. 878, 2 C.com.), como una pluralidad de períodos sospechosos, ya que el legislador los determinaba en razón de los distintos actos que contemplara (cfr. arts. 879 a 882 del Código de comercio, en adelante C.com.) En ambos casos, el cómputo de los plazos que se fijaran siempre habría de hacerse hacia atrás, tomando como *“dies a quo”* para el cómputo de los períodos de sospecha aquella fecha anterior a la declaración de quiebra y que el Juez hubiera determinado como fecha de retroacción concursal. Los actos que el quebrado hubiera realizado en aquel período de retroacción venían a sancionarse con la pena de nulidad, la cual fue interpretada de forma máxima y rigorista por nuestra Jurisprudencia (vid., ad ex., STS 28-5-2000, STS 8-2-2001, STS 11-4-2002, STS 30-9-2002 y STS 5-12-2002, así como la paradigmática resolución, antecedente de estas últimas, de 17-3-1958), dando lugar a un indudable resultado de inseguridad jurídica, que ocasionó un sentir generalizado favorable a la superación de este modelo. Por otra parte, los actos que fueran desarrollados por el quebrado en los denominados períodos de sospecha podrían ser rescindidos si se dieran los presupuestos que en cada caso venían a requerirse por los citados artículos 879 y ss C. com. (Para una caracterización del sistema de reintegración de la masa durante la vigencia del C.com., vid. García-Cruces, 1996, pp. 3553 y ss., y la bibliografía allí citada).

Frente a tal situación, los redactores de la LC eran plenamente conscientes de los defectos de que adolecía el sistema de reintegración acogido en nuestro Derecho codificado y de los resultados tan poco satisfactorios a que había dado

lugar. De hecho, la mejor prueba de tal insatisfacción estaba en el hecho de que nuestro legislador reaccionó, si bien de forma sectorial, adoptando excepciones expresas acerca del alcance de la nulidad por retroacción (vid., ad ex., art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, de 25 de Marzo de 1981; Disp. Ad. 3ª de la Ley de Entidades de Capital Riesgo y de sus entidades gestoras, de 5 de Enero de 1999; art. 11, 1 de la Ley sobre sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores, de 12 de Noviembre de 1999; etc.). Por otra parte, el propio Tribunal Supremo se hizo eco, en algunas ocasiones, de los muy insatisfactorios resultados a que conducía su interpretación tradicional respecto del artículo 878, 2 C.com. y que le llevó a ensayar, meritoriamente, otra inteligencia de la citada norma (para comprobar esas disparidades jurisprudenciales puede bastar la comparación entre las STS 28-5-2000; STS 3-4-2000 y STS 5-6-2000). En coherencia con este punto de partida, la LC realiza unas opciones muy diferentes en sus artículos 71 a 73 LC.

3. La reintegración de la masa activa en la LC

3.1. *Los presupuestos de la acción rescisoria ex art. 71 LC*

El apartado primero del artículo 71 LC advierte que:

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.

La lectura de esta regla nos permite destacar algunas ideas que pudieran tener una indudable importancia de cara a interpretar el régimen a que se sujeta esta acción de reintegración. En primer lugar, el texto destaca expresamente el carácter rescisorio de la acción de reintegración (*serán rescindibles*), aún cuando no cabe desconocer las dificultades que puede suscitar la opción por reconducir esta acción al marco general de las acciones rescisorias.

Por otra parte, la procedencia de la acción de reintegración se sujeta a la concurrencia de un doble presupuesto, pues no sólo será necesario que el acto a impugnar se hubiera celebrado en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso sino, también y fundamentalmente, que el mismo fuera perjudicial para la masa activa. El texto, además, viene a especificar cómo no resulta necesario que en el acto que se desea impugnar, por reunir los presupuestos señalados, concorra intención fraudulenta alguna. El TS ha expresado esta idea con toda claridad, al manifestar que

“la acción de reintegración, si bien requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, no precisa que haya el ánimo o propósito de defraudar” (STS 27-10-2010)

Antes de analizar detenidamente los presupuestos que determinan el éxito del ejercicio de la acción rescisoria por reintegración, conviene hacer algunas precisiones que derivan del tenor literal del apartado primero de este art. 71 LC.

En primer lugar, debe advertirse cómo no media vinculación alguna, a fin de que proceda la acción rescisoria, entre el acto que se quiere impugnar y el estado de insolvencia del ahora concursado. El perjuicio, noción sobre la que se asienta el entero sistema de reintegración, es independiente del estado de insolvencia, en el sentido de que el acto puede resultar perjudicial aunque no medie relación causal alguna entre éste y aquel estado de insolvencia del ahora concursado. En ningún caso la norma viene a vincular la procedencia de la acción rescisoria con la producción del estado de insolvencia, como así se deriva de su tenor literal (Beltrán, 2007, p. 1024; León, 2004, p. 1307 y Carrasco, 2008, p. 389.).

La sentencia que nos ocupa expresamente advierte esta idea al señalar que

“en cuanto a la alegación de inexistencia de insolvencia de los Srs. ... en abril de 2003, cuando tuvo lugar la operación, resulta inconsistente porque incurre en supuesto de la cuestión al contradecir una apreciación fáctica de la resolución recurrida no previamente desvirtuada, además de no ser necesaria a los efectos de que se trata porque la Ley sólo exige perjuicio” (Fdto. n° 3).

Por otro lado, no habrá que olvidar que la procedencia de la acción de reintegración va referida, siempre, a actos del deudor, por lo que la voluntariedad que caracteriza a éstos se constituye en presupuesto de tal remedio jurídico. De este modo, puede señalarse que no cabe la rescisión de un acto al amparo del art. 71.1 LC cuando el mismo viniera a suponer el cumplimiento de una norma jurídica, pues no habría “acto”, como tal, impugnabile del deudor, con independencia de su significado para la masa activa, ya que, de alguna manera, esa valoración acerca del carácter perjudicial o no de aquél viene resuelta de modo negativo en la norma que impusiera tal comportamiento. Pues bien, no cabe desconocer ciertos supuestos en que la constitución de garantías viene impuesta por nuestro Ordenamiento jurídico, tal y como sucede con ciertos acuerdos de recuperación y aplazamiento de pago de créditos públicos (Vid., ad ex. arts. 65.3 y 82 LGT); exigencia de la que no puede dispensarse al deudor salvo en los supuestos y condiciones allí previstas.

Esta conclusión puede ampararse en el tenor literal y en la función que está llamado a cumplir el sistema de reintegración del concurso. De todos modos, no cabe dejar de lado la modificación de la LC que, a través del RDL 3/2009, ha incorporado una nueva norma en sede de reintegración concursal que explicita tal idea. Con la nueva previsión que acoge el art. 71.5.3° LC (Sobre esta norma, vid. García-Cruces, 2009, pp. 17 y ss.), se zanja cualquier discusión sobre este extremo, superándose así el criterio que alguna ocasión mani-

festara la jurisprudencia (vid. SJM-1 Bilbao 3-10-2009, Incidente Concursal 30/2007, Sentencia 442/2007), quien no dudó en rescindir ex art. 71 LC las garantías que, impuestas por la normativa general, se habían constituido a favor de créditos públicos (en contra, vid. Escribano Gámir: El perjuicio en la acción rescisoria concursal, pp. 7 y ss.).

No obstante lo anterior, el problema que pudiera suscitarse respecto de la voluntariedad del acto, a fin de poder ser objeto de rescisión concursal, hace referencia a aquellos casos en que la debida realización del acto tiene su origen en una previa decisión –ahora sí, voluntaria– del deudor. En este sentido, no parece dudoso que excluyamos la procedencia de la acción de reintegración respecto de aquellos actos que se hubieran llevado a cabo, obviamente con merma del patrimonio que luego dará lugar a la masa activa, como ejecución de una garantía real previamente constituida por el ahora concursado (En este sentido se pronuncia la SJM-3 Barcelona de 28-9-2005). En tales supuestos, faltará la voluntariedad que requiere la impugnación de aquel acto. Ahora bien, lo anterior no empece a que deba advertirse cómo sí será posible la impugnación, en supuestos como el descrito, de aquellos actos anteriores de los que deriven los actos de ejecución. En este sentido, si el acto –ad ex., la constitución de una garantía real– fuera impugnado, con tal proceder también se harían venir a menos los actos debidos en ejecución de aquel anterior (De igual modo, cabe cuestionarse si resultaría posible el ejercicio de la acción de reintegración frente a omisiones del deudor que pudieran haber irrogado un perjuicio a la masa activa. En relación con este extremo, se ha observado que “la noción de acto se ha de interpretar de una manera flexible. Se trata de un concepto abierto. La delimitación se ha de concretar en cada caso en atención a los fines de la norma. (...) Dentro del concepto de actos quedan comprendidas incluso las omisiones, como la relativa a la renuncia tácita al ejercicio de un derecho por parte del deudor o de una reclamación frente a tercero”. León, 2004, p. 1305.).

En último lugar, y con carácter previo al análisis de los presupuestos que requiere el éxito de la acción de reintegración, conviene hacer referencia a la irrelevancia, expresamente destacada por el legislador, de la concurrencia de elemento intencional alguno en el deudor a fin de que el acto pudiera resultar rescindible ex art. 71.1 LC. Recuérdese la procedencia de la impugnación, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, pues ésta sólo requiere de la concurrencia de las exigencias de plazo y de perjuicio. Con ello quisiera advertir que el objeto del sistema de reintegración español es, a mi juicio, el acto en sí, con independencia de la intencionalidad del partícipe –o partícipes– en él. No se trata, por tanto, de valorar las conductas seguidas sino, antes bien, el significado patrimonial de los actos llevados a cabo. Entiendo que esta idea es importante y que permite superar algunas concepciones arcaicas que pudieran haber estado presentes en nuestro Derecho derogado y que, incluso, pudieran tener su reflejo en la terminología usual con que suele explicarse el sistema de reintegración que consagra la vigente LC (ad ex. “*período sospechoso*”)

Lo anterior no significa que la concurrencia de una conducta reprochable en el acto que se impugna al amparo del art. 71.1 LC no deba conducir a ciertas consecuencias. En efecto, el actuar doloso o con culpa lata podrá, además, tener como consecuencia que el tercero que se relacionara con el deudor merezca la consideración de cómplice concursal, siempre que el acto impugnado además hubiera provocado o agravado el estado de insolvencia (cfr. art. 166 LC), pudiendo también resultar relevante ese proceder para el deudor en lo que hace a la calificación del concurso como culpable (cfr., ad ex., art. 164.2.4º, 5º y 6º LC). De igual modo, si no se satisficiera esa exigencia y el acto no hubiera causado o empeorado el estado de insolvencia del deudor, la mala fe concurrente no dejaría de arrastrar ciertas consecuencias para el tercero, pues el art. 73.3 LC califica el crédito de restitución que asiste a éste como crédito concursal subordinado de sexto rango (cfr. art. 92.6 LC). Pero, lo relevante, es que, en cualquier caso, la impugnación del acto ex art. 71.1 LC resulta procedente al margen de la concurrencia o no de ese elemento intencional, pues bastará para lograr su ineficacia con que se realizara en el período bianual resultando ser perjudicial para la masa activa. La mala fe es inane en lo que hace a la impugnación ex art. 71.1 LC pero muestra sus consecuencias en la determinación de los efectos anudados a la rescisión del acto.

En atención a estas previsiones parece razonable señalar que el fundamento de la acción de reintegración en el sistema adoptado en la LC se hace descansar en el perjuicio que dicho acto puede causar a la masa activa. Esta observación no hace venir a menos la necesidad de respetar la exigencia temporal pues el acto impugnado deberá haberse celebrado en el período de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

3.2. El plazo

Respecto de esta exigencia temporal se han formulado algunas críticas cuyo recordatorio pudiera ahora resultar de interés. En este sentido, y atendiendo quizás en demasía a los antecedentes inmediatos de tal previsión y que no son otros que las reglas de reintegración del C.com. previgentes, se ha criticado la predeterminación de un único período, común para todos los actos pero, también, para cualquier supuesto en que se alcanzara la declaración de concurso (Vid., ad ex. Linacero de la Fuente, 2005, pp. 65 y 66; Rivera Fernández, 2005, pp. 89 y 90.). Por ello, se vino a sugerir la conveniencia de sustituir tal opción de política legislativa por otra en la que viniera a confiarse al Juez del concurso la determinación de una fecha que operara como límite temporal de la posible reintegración, para lo cuál éste vendría a fijarla en atención a las circunstancias que rodearan cada concreto concurso.

La crítica es, desde luego, atractiva y las razones en que se justifica resultan más que atendibles. Pese a todo ello, quizás no estaría de más una defensa de la

opción que acoge la LC en lo que hace a este particular pues, de lo contrario, nos situaríamos al margen de la que ha sido nuestra experiencia concursal, podrían afectarse negativamente exigencias elementales derivadas de un principio de seguridad jurídica y, por último, cabría la posibilidad de desconocer alguna otra previsión que, sobre estos extremos, adopta la LC (Vid. García-Cruces, 2005, p. 355.).

En primer lugar, resulta incuestionable que la crítica que acabamos de exponer viene a hacerse eco de algunas de las particularidades que presentaba el anterior sistema de reintegración, en particular en lo que hacía a las reglas que disciplinaban la retroacción. En efecto, de acuerdo con cuanto prevenía el artículo 1024 C.com. de 1829, el Juez, en el auto declarativo de la quiebra, debía fijar con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, la época a la que deban retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultase haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones. Pues bien, de todos son conocidas las dificultades y problemas que suscitaba tal exigencia de fijación de una fecha de retroacción (Sobre tal exigencia y su plasmación en la práctica, vid. Gutiérrez Gilsanz, 2001, *passim*) y que justificaron la afirmación de la profunda insatisfacción que tal proceder generó, pues bastará con recordar la arbitrariedad con que en más de una ocasión se determinó tal referencia temporal, de modo que en nuestra práctica no eran infrecuentes algunas decisiones en las que se concretaba un período de retroacción extremadamente alargado, con todas las negativas consecuencias, en particular para la seguridad del tráfico, que ello supone. Descargar sobre el Juez una tarea de este tipo, obligándole a una suerte de investigación casi detectivesca, pudiera no resultar siempre acertado.

Pero, también, puede considerarse que existe otra razón para disentir de la opinión expuesta. La crítica a la que nos referimos obedece a la finalidad de permitir adecuar la duración del período en que es posible la reintegración a las particularidades que rodeen cada concreto concurso, a fin de evitar que la fijación de un único plazo pudiera tener como resultado la escapatoria de actos cuya impugnación, dado su carácter lesivo, pudiera ser más que evidente. Sin embargo, me parece que esta finalidad puede no hacerse venir a menos si se recuerda la perfecta compatibilidad del sistema de reintegración diseñado en la LC con otras acciones. En efecto, el ejercicio de la acción ex artículo 71, 1 LC no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho (cfr. art. 71, 6 LC). Con el juego de estas otras acciones generales de impugnación (ad ex., art. 1111 C.c.) podría darse cobertura a aquellos supuestos que quedaran al margen del sistema de reintegración por razón de la fecha en que se hubieran celebrado tales actos.

De igual modo, no habrá que olvidar otro extremo importante. En mi opinión, no tiene sentido discriminar –a efectos de fijar la duración del plazo– entre los supuestos en que procede la declaración de concurso ni, tampoco, entre los distintos tipos de actos a fin de ponderar su posible carácter perjudicial para

la masa activa. Recuérdesse que la reintegración no es instrumento para valorar las conductas seguidas por el deudor, de modo que pudiera moderarse su alcance en razón de como aquél hubiera actuado sino, antes bien, el texto legal opta por una objetivación a despecho de cualquier consideración de ese tipo. Por otro lado, no parece conveniente discriminar a través de la fijación de distintos plazos respecto del tipo de acto de que se trate, pues lo relevante no es el acto en sí y sus particulares caracteres –con excepción de aquellos de los que el legislador considera alguna circunstancia particular para ordenar su irrevocabilidad– sino, mejor, los efectos perjudiciales que aquél acarrea para la masa activa (Galán Corona, Bari, 2008, p. 117.).

Por último, y con un mayor calado, en todo este temario no cabe dejar de lado el conflicto de intereses que necesariamente subyace. En cualquier sistema de reintegración concurren dos valores en profunda contradicción, pues se trata de armonizar la necesidad de revisar la conducta anteriormente seguida por el luego concursado, a fin de lograr una correcta formación del patrimonio que quedará afecto a favor de sus acreedores, con la básica exigencia de la seguridad jurídica que se pone, de algún modo, en entredicho con un sistema de reintegración, pues se trata de privar de eficacia, de una u otra manera, a actos de un sujeto que, en el momento de llevarlos a cabo, sobre él no pesaba limitación alguna. Los terceros que confiaron en la capacidad y regularidad del proceder del futuro concursado se verán, no obstante tales circunstancias, afectados sorpresivamente por una declaración posterior al acto que se impugna. Por ello se entenderá la, al menos, conveniencia de fijar un concreto período que resulte ser un mecanismo de protección de los terceros que se hubieran relacionado con quien posteriormente fuera declarado en concurso (En este sentido, vid., ad ex., García Sanz, 2005, p. 4069).

En todo caso, no puede desconocerse el significado del plazo bianual dispuesto en el art. 71.1 LC. En este sentido, y rechazando alguna opinión en contra (Vid. Rivera Fernández, 2005, p. 89.), no puede afirmarse que se trate de un plazo de caducidad. La fijación de un lapso temporal en el citado precepto no obedece a la razón de determinar el plazo de que dispone el legitimado activamente para el ejercicio de la pertinente acción sino algo muy distinto. En efecto, esa determinación temporal se hace con la finalidad de delimitar los actos respecto de los cuáles resulta posible el ejercicio de la acción de reintegración, de modo tal que se estará resolviendo un problema de muy distinto significado. Con esta previsión el legislador viene a realizar una elemental exigencia de seguridad en el tráfico, de modo que esta referencia en el tiempo no es más –ni menos– que un presupuesto que se requiere para la procedencia de la impugnación.

Cuestión distinta es la relativa al plazo de que se dispone para el ejercicio de la acción de impugnación ex art. 71.1 LC y en como incide el transcurso del tiempo sobre su posibilidad. Pues bien, respecto de este extremo cabe observar que, en razón de su naturaleza como acción rescisoria, se derivan consecuencias particulares, en especial en relación con la determinación del plazo de prescripción

–o, mejor, de caducidad– de la acción. Sin embargo, no debería olvidarse algo muy importante y es que esta acción de reintegración tiene como presupuesto la declaración de concurso (En este sentido, por todos y expresando un lugar común, Crespo Allúe, 2004, p. 1369.), lo que significa la imposibilidad de su ejercicio antes de tal declaración judicial. Ello significa, entonces, que – en todo caso – el “*dies a quo*” para el inicio de tal plazo vendría dado, al menos, por la fecha del auto declarativo del concurso (en realidad, habría que considerar como tal fecha la del nombramiento de los administradores concursales, pues ellos son los legitimados para el ejercicio de la acción), pues “*actio nondun nata, non praescribitur*”. Pero, de igual modo, tampoco cabe dejar de lado el particular régimen a que se sujeta en la LC el ejercicio de esta acción y en las particularidades que presenta en lo que hace al plazo para su ejercicio, el cual viene determinado no en razón de un concreto lapso temporal sino, antes bien, en función de las diferentes secciones (Obsérvese que puede darse su ejercicio como contenido de la pretensión que se ventile en la sección de calificación. Cfr. art. 172, 3, 3º LC) e incluso más allá de haberse alcanzado el convenio (Como así sucedería en aquellos casos en que, aprobado el convenio y, por tanto, habiendo cesado los administradores concursales, a tenor de cuanto dispone el art. 133.2 LC, se decidiera el ejercicio de la acción de reintegración mediante la cesión de ésta a favor, ad ex., de la comisión de seguimiento del convenio. Sobre la licitud de la cesión de esta acción de reintegración, vid. art. 176.3 LC). En realidad, si se recuerdan las prescripciones legales sobre las causas de conclusión del concurso, podría llegarse a la conclusión de que el ejercicio de la acción de reintegración siempre es posible mientras el concurso no hubiera concluido (Cfr. art. 176.4 LC). Por ello, el problema que analizamos, en realidad, sólo podría referirse a aquellos supuestos en que se ejercitara la acción de reintegración con posterioridad a la conclusión del concurso, como así sucedería en los supuestos en que, habiéndose alcanzado esa decisión judicial poniendo fin al procedimiento universal (art. 176.1 y 2 LC), se hubiera cedido la correspondiente acción de impugnación. En este supuesto, y solo en este supuesto, sí tiene sentido interrogarse acerca del plazo de caducidad de la acción ex art. 71.1 LC. Y respecto de tal cuestión, cebe hacer dos observaciones. En primer lugar, que el “*dies a quo*” en el cómputo de ese plazo será aquélla fecha en que se ponga fin al juicio universal; esto es, la fecha del auto de conclusión. Por otro lado, y en razón de la naturaleza rescisoria de la acción ex art. 71.1 LC, parece razonable considerar la aplicación analógica de cuanto dispone el art. 1299 C.c., de modo que el plazo de caducidad será el de cuatro años (Esta es una opinión generalizada. Vid., ad ex., Vargas Benjumea, Valencia, 2008, pp. 69 y 70.).

3.3. *El perjuicio*

La irrelevancia del elemento intencional –fraude– a fin de justificar la procedencia de la acción de reintegración, así como el carácter de mero hecho de

la exigencia de que el acto a impugnar se hubiera realizado en el período bi-anual dispuesto en el art. 71.1 LC, tienen como consecuencia manifiesta que la noción central sobre la que se construye el régimen de la reintegración concursal en nuestro Derecho sea la de “perjuicio” (Así se le ha calificado como el “centro de gravedad” del sistema de reintegración. Vid. Gullón Ballesteros, 2005, p. 4126).

En la sentencia que nos ocupa, el TS parece concretar –siquiera sea incidentalmente– qué hemos de entender por perjuicio a estos efectos. Por tal se refiere a un “sacrificio patrimonial injustificado” (Fundamento 3º). También parece referirse a una noción de perjuicio al intentar concretar la mala fe de la parte “*in bonis*”, pues considera que ésta “no requiere intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio– a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos” (Fundamento 5º). Estas ideas en torno a la noción de perjuicio son reiteradas en posteriores pronunciamientos del TS. Así, se calificó un acto como perjudicial pues causó “una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora constituyendo un sacrificio patrimonial injustificado” (STS 27-10-210, Fundamento 7º), concluyendo –en otra ocasión– que un acto realizado a título gratuito es perjudicial (STS 13-12-2010, Fundamento 4º). En todo caso, el TS insiste en una consideración de gran importancia pues, a los efectos de valorar la concurrencia del perjuicio en un acto y, por tanto, su posible rescindibilidad al amparo de cuanto dispone el art. 71 LC, advierte de la necesidad de una consideración unitaria de los diferentes actos llevados a cabo a fin de descubrir la finalidad de la operación.

La noción de perjuicio ex art. 71.1 LC no deja de estar exenta de dificultades. Si nos cuestionamos que hemos de entender por tal, no parece que sea incorrecto afirmar dos extremos. En primer lugar, la noción de perjuicio, en el ámbito concursal, tiene un significado material de lesión, de menoscabo patrimonial. Por otro lado, habrá que observar que, además, encierra un concepto relativo, en el sentido de que ese menoscabo o lesión debe referirse a alguien o a algo. Y es, precisamente, a la hora de determinar ese criterio de referencia donde surgen los problemas. Por ello, hemos de interrogarnos acerca del significado que cabe predicar de la noción perjuicio y quién o qué ha de soportar esa aminoración a fin de que resulte procedente la impugnación del acto desencadenante de tal efecto al amparo de cuanto dispone el art. 71.1 LC.

Ahora bien, para conseguir tal objetivo me parece que no estará de más hacer dos advertencias. En este sentido, ha de partirse de un hecho incuestionable cómo es la dificultad de la labor que pretende llevarse a cabo. En efecto, las dificultades que presenta el intento por concretar la noción de perjuicio, así como su aplicación en la realidad práctica, vienen puestas de manifiesto por el propio legislador pues, a fin de aligerar las dificultades, el texto legal ofrece un elenco de presunciones de perjuicio que facilitan sustancialmente la posible

impugnación de actos anteriores del ahora concursado. Por otro lado, no parece que para concretar la noción de perjuicio ex art. 71.1 LC pueda seguirse otro camino que el de atender a los criterios de interpretación de las normas que proclama el art. 3.1 C.c., sin olvidar la jerarquía de los distintos criterios hermenéuticos que sanciona el precepto citado.

De acuerdo con estos presupuestos, el primer criterio de interpretación que hemos de considerar es el de la literalidad del precepto. Un repaso de la norma permite advenir dos extremos. Resulta indudable que no se requiere, pues el art. 71.1 LC no viene a exigirlo, que el acto, para ser perjudicial, deba a su vez ser el origen del estado de insolvencia del deudor. De este modo se amplían las posibilidades de impugnación pues resultarán impugnables actos que, sin ser determinantes del estado de insolvencia, sin embargo resultan perjudiciales. Pero, también, la norma refiere el menoscabo que implica el perjuicio a una concreta realidad como es el patrimonio afecto al concurso, por lo que parece que habremos de concluir, tal y como señala el precepto, que la acción ex art. 71.1 LC se habrá de actuar frente a actos que suponen un “perjuicio para la masa activa”. En definitiva, de acuerdo con el canon hermenéutico de carácter literal, la posibilidad de impugnar un acto anterior del deudor requiere, como presupuesto insoslayable, que aquél produzca un menoscabo en la masa activa, entendida ésta como el sumatorio de bienes y derechos que, de acuerdo con las disposiciones de la LC, va a quedar afecta al cumplimiento del convenio o constituirá el objeto de la liquidación concursal (En este sentido, vid. Martín Reyes, 2005, p. 4181).

La literalidad de la norma no deja lugar a dudas y no se niega –pues no se puede negar– la procedencia de aquella impugnación que justificara que el acto anterior de quien ahora es el concursado causó un menoscabo o lesión en alguno de los componentes integrados en la masa activa del concurso. Sin embargo, y sin restar valor alguno a la literalidad de la norma, viene a entenderse con cierta frecuencia que tal criterio de interpretación debe completarse con otros argumentos y, en particular, con la consideración de los aspectos sistemáticos y con la finalidad a la que responde el instituto de la reintegración concursal, llegándose a conclusiones que suelen, también, ampliar sustancialmente las posibilidades de impugnación de este tipo de actos.

La jurisprudencia ha acogido, de forma mayoritaria, una noción amplia –quizás, demasiado amplia– de perjuicio, refiriendo la concurrencia de éste no sólo al menoscabo de la masa activa sino, también, a la ruptura de la “*par conditio creditorum*”. En este sentido, se advierte “que la regla de la “*par conditio creditorum*” subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acree-

dores. Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos” (SAP Madrid Secc. 28ª de 19-12-2008, AC 2009/201). Por otro lado, y en relación con la regla dispuesta en el art. 71.1 LC, se insiste señalando que “la ineficacia a que se refiere este precepto es la propia de la rescisión, aunque su fundamento no radica en el *“consilium fraudis”* sino exclusivamente en el perjuicio. En cuanto al concepto de perjuicio, es polémico, en principio, si debe entenderse en sentido estricto, en el sentido de que haya detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, o si, por el contrario, el perjuicio viene dado por la disminución de la garantía de cobro producida por una aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de dicho, con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro. Esta última postura es la acogida por esta Sala,...” (SAP Vizcaya Secc. 4ª de 12-6-2008, AC 2008/2360. Vid., también y entre muchas, SAP de Barcelona, Secc. 15ª de 1-2-2007 AC 2007/765).

De igual modo, se nos advierte que dado que el sistema de reintegración persigue la mejor tutela de los acreedores concursales, ésta sólo será salvaguardada si se toma en consideración a estos sujetos, de modo que también habrá que afirmar el carácter perjudicial del acto anterior del deudor cuando el mismo venga a incidir negativamente –de modo directo– sobre estos acreedores, implicando una ruptura de la *“par condicio creditorum”*. Además, no puede dejarse de lado el hecho de que la LC, tras sentar una regla general que determina la posibilidad de impugnar los actos del deudor, acompaña la cláusula ex art. 71.1 LC con el reconocimiento de otros supuestos en los que también es posible la impugnación, justificándose la rescindibilidad de tales actos en su carácter perjudicial para los acreedores. Así sucede con la regla dispuesta en el art. 71.2 LC, en donde la posibilidad de impugnación se refiere a los “pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”. En tales casos, la actuación seguida por el deudor implica una injustificada discriminación entre sus acreedores, de modo que el beneficiario de tales pagos o subrogados de pago obtiene el importe íntegro de su crédito y en un momento anterior a su vencimiento, quedando así al margen del concurso, mientras que el resto de los acreedores se verán sujetos, de acuerdo con la calificación que merezca su crédito, a los resultados derivados de la comunidad de pérdidas. Otro tanto permite concluir el tenor literal de la regla acogida en el art. 71.3.2º LC, en donde la posible impugnación va referida a los actos anteriores del deudor que supongan *“la constitución de garantías reales a fa-*

vor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas”. En este último supuesto, puede que no medie –normalmente, así será– una aminoración de la masa activa pero sí una alteración de la clasificación crediticia, de modo que un acreedor –el beneficiario de la garantía real– podrá aparecer en el concurso revestido de un privilegio especial, por lo que se actúa una ruptura de la necesaria igualdad entre los acreedores (Massaguer, 2005, pp. 4220 y 4221.).

En definitiva, se nos advierte que, tanto en razón de un criterio sistemático como en función de una interpretación finalista o teleológica de las reglas que disciplinan la reintegración concursal, resulta necesario ampliar la noción de perjuicio, de tal manera que la posible impugnación al amparo de estas normas no sólo resultará procedente cuando el acto implique un menoscabo de la masa activa sino, también, una lesión de la igualdad que debe mediar entre los acreedores concursales, esto es, un daño para la masa pasiva (Este es el parecer de numerosos autores Vid., ad ex., Galán Corona, 2008, pp. 118 y 119; Gil Rodríguez, 2004, p. 852; Linacero de la Fuente, 2005, pp. 68 y 69; Rivera Fernández, 2005, pp. 91 y 92; Alcover Garau, 2004, p. 772; Crespo Allúe, 2004, pp. 1372 y 1377; Vargas Benjumea, 2008, p. 47; Escribano Gámir, 2007, pp. 7 y ss.; Valle, 2006, p. 93. Parece pronunciarse en contra, y afirmando una objetivación de la noción de perjuicio por referencia a la masa activa, Moraleja Menéndez, 2009, pp. 81 y ss.; Busto Lago, 2004, pp. 698 y 699).

El contraste de esta conclusión respecto de la literalidad de la norma (recuérdese que el art. 71.1 LC parece referir el perjuicio a aquél que sufre “*la masa activa*”) nos ha de obligar ahora a verificar la corrección de los argumentos expuestos. Y, en este sentido, a fin de proceder respetando una elemental exigencia de claridad, conviene analizar separadamente el argumento que toma su razón de ser en una interpretación sistemática de la regla dispuesta en el art. 71.1 LC para después valorar la interpretación finalista o teleológica de este precepto.

En primer lugar, y en lo que hace a la exégesis sistemática de la regla dispuesta en el art. 71.1 LC, resulta oportuno señalar que en la opinión expuesta parece darse un salto en el vacío, pues se atribuye un valor que no tienen a aquellos supuestos (art. 71. 2 y 3 LC) en que la norma, con un diferente alcance, predica su carácter perjudicial. Así puede comprobarse si se recuerda la estructura del precepto que nos ocupa, ya que, tras sentar una regla de impugnabilidad de los actos con fundamento en su carácter perjudicial, acompaña esta cláusula general con dos listados de supuestos en los que predica la concurrencia de tal perjuicio. En efecto, el apartado segundo del citado precepto advierte que ciertos actos –los “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”– siempre resultan perjudiciales y, por tanto, rescindibles. Por otro lado, el apartado tercero de la norma señala la misma consecuencia para otro tipo de actos –“los dispositivos a

título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado” así como “la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas”– pero matizando que podrá excluirse tal efecto y lograr su consolidación si los interesados probaran que el concreto acto no generó perjuicio alguno. En último lugar, el apartado quinto de este art. 71 LC sanciona un grupo de supuestos respecto de los cuáles no es posible el ejercicio de la acción de reintegración (esto es, “los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales”, al igual que “los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados”, y “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”), constituyendo un elenco de exclusiones legales de la rescindibilidad ex art. 71 LC. Siendo ésta la estructura de la norma, no habrá, entonces, que otorgar un mayor valor, pese a la importancia práctica que tienen, a las reglas dispuestas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, ya que, en realidad, no constituyen otra cosa que instrumentos de orden procesal dirigidos a facilitar el ejercicio de la acción rescisoria por reintegración del concurso. Dicho en otras palabras, estamos ante distintos supuestos en que el legislador presume el perjuicio para la masa, pero no más. Así sucede respecto de los supuestos contemplados en el art. 71.2 LC, en donde en atención al significado material de los actos allí contemplados, el legislador presume “*iuris et de iure*” su carácter perjudicial, pues el juez deberá acordar tal calificación “sin admitir prueba en contrario”. De igual modo, la previsión del apartado tercero atribuye a los actos allí contemplados su carácter perjudicial, a través –también– de la técnica presuntiva. La particularidad de este apartado radica en el carácter de la presunción, que ha de ser entendida “*iuris tantum*”, pues expresamente advierte la norma que se presumirá respecto de los actos seleccionados su carácter perjudicial “salvo prueba en contrario”.

Por lo tanto, en atención al carácter estrictamente procesal de las reglas dispuestas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, resulta forzoso concluir advirtiendo que estamos ante meras presunciones de perjuicio y que, de este modo, no se alteran los presupuestos que requiere la rescisión del acto en los términos dispuestos en este texto legal. En definitiva, estas particulares previsiones no alteran ni amplían el significado que tiene el perjuicio en la LC que proclama el apartado primero del art. 71 LC, entendido éste como menoscabo de la masa activa. Cuando el deudor hubiera llevado a cabo cualquiera de los actos enumerados en los apartados citados, los legitimados para el ejercicio de la acción de reintegración verán facilitada su labor, pues se les dispensa –aunque con distinto alcance en razón del tipo de presunción que resulte de aplicación– de satisfacer la carga de la prueba de ese perjuicio que sigue siendo un perjuicio para la masa activa.

Junto con el argumento sistemático, la opinión que extiende la noción de perjuicio por referencia también a aquél que pudiera soportar la masa pasiva y no sólo la masa activa, viene a justificarse en una interpretación finalista de la norma. En este sentido, se nos advierte que, dado que la finalidad del instituto concursal de la reintegración es la mejor tutela del interés de los acreedores, resultaría contraria a aquélla una consideración del perjuicio que no abarcara la lesión de la masa pasiva y, en particular una ruptura de las exigencias derivadas de la “*par condicio creditorum*” (León, 2004, pp. 1307 y 1308. En igual sentido, vid. Fernández Seijo, 2005, p.231). De todo ello se infiere que ha de resultar procedente la rescisión por reintegración de aquellos actos que impliquen una ruptura de la regla de igualdad y supongan un sacrificio patrimonial para los acreedores, habiéndose –sin embargo– beneficiado otros.

El argumento no deja de ser sugerente, pues viene a hacerse recaer sobre el fundamento mismo de la institución que es el concurso de acreedores. Sin embargo, su genericidad viene a poner de manifiesto, también, sus límites y escasa utilidad a los fines perseguidos. En efecto, toda institución concursal responde a la finalidad de ordenar una adecuada protección de los acreedores ante el estado de insolvencia del deudor común. De ello no hay duda posible. El problema, en realidad, no es tanto el de la finalidad de la concreta norma concursal sino, mejor, el como ordena y consigue esa protección de los acreedores. Y si éste interrogante lo referimos a la acción rescisoria por reintegración que acoge el art. 71 LC, podrá comprobarse cómo el legislador realiza determinadas opciones. Así, puede constatarse que la ordenada protección de los acreedores en el expediente de reintegración se actúa con carácter mediato o reflejo, en la medida en que se consigue aquella tutela a través de la preservación del patrimonio del deudor. Es ese patrimonio del ahora concursado, y que ha dado origen a la masa activa del concurso, la realidad que permite en el juicio universal la satisfacción del crédito de aquéllos. De otro lado, señalar que la finalidad del expediente de la reintegración es lograr una ordenada protección de los acreedores es acertado, aunque ello no permita la conclusión criticada en el texto. En los arts. 71 y ss. LC también se busca esa tutela de los acreedores pero se instrumentaliza a través de la protección de la masa activa, con un carácter reflejo o mediato. No cabe hacer una aplicación “*ex ante*” de la regla de la “*par condicio creditorum*” que viniera a legitimar un atentado contra la seguridad del tráfico sino, antes bien, valorar los actos realizados por el deudor en el periodo bianual a fin de verificar si los mismos obedecen o no a un razonable fundamento económico. De lo contrario, se estaría redistribuyendo el coste de la insolvencia de forma retroactiva e, incluso, haciéndolo recaer sobre terceros que no tienen por qué ser acreedores concursales.

Por todo ello, y desde el punto de vista de una interpretación finalista o teleológica de la norma, la rescisión por reintegración no se actúa por la afección directa que provoca a los acreedores sino, tan sólo, en la medida en que éstos se ven afectados por un acto que resulta ser perjudicial para la masa activa.

Esta forma de entender el instituto de la reintegración es la que parece estar presente, en mi opinión, en el texto de la LC. En efecto, no puede desconocerse cómo en el texto legal se contemplan actos que el legislador presume perjudiciales pero frente a los que es posible romper tal presunción mediante la oportuna prueba en contrario y que, sin embargo, siempre –y necesariamente en razón de su significado material– van a afectar negativamente a los acreedores concursales. El ejemplo más claro es el de la previsión acogida en el art. 71.3.2º LC. Desde luego, la constitución de una garantía real a favor de una obligación preexistente o de una nueva contraída en sustitución de aquélla, siempre supone, por definición, una alteración de la “*par condicio creditorum*”, en la medida en que al acreedor beneficiado con tal garantía se le va a atribuir un privilegio especial ex art. 90 LC. Sin embargo, también es cierto que la garantía real así constituida, aún afectando negativamente al resto de los acreedores, puede no resultar impugnabile por no resultar perjudicial para la masa activa del concurso (ad ex. prórroga del vencimiento del crédito garantizado). Dicho en otras palabras, el resultado que deriva de este tipo de actos y que el legislador quiere hacer venir a menos no es la lesión de la regla de igualdad entre los acreedores, que necesariamente se va a producir, sino, antes bien, el hecho de que tales actos provoquen un menoscabo en la masa activa.

Si se repasa el supuesto que acaba de considerarse, podrá hacerse una observación más que nos podrá ayudar a desentrañar el significado del perjuicio que la LC requiere para sentar la impugnabilidad ex art. 71 LC del acto. Y en este sentido, debemos hacernos una pregunta, pues ¿por qué en estos casos ex art 71.3.2º LC el texto legal presume el perjuicio pero también permite evitar la rescisión del acto si se logra la pertinente prueba en contrario? Obsérvese que, en estos supuestos de constitución no contextual de garantías reales, el perjuicio no puede referirse a la vigencia de la “*par condicio creditorum*”, pues como antes se señalara cabe la posibilidad de que el acto no resulte ser perjudicial aunque lesione las exigencias derivadas de esta regla de paridad. La procedencia de la acción rescisoria descansa en que la constitución de garantías reales a la que se refiere la norma cause un perjuicio para la masa activa, con independencia de su significado –necesariamente negativo– para la masa pasiva. Pues bien, podrá comprobarse cómo en este tipo de actos no hay una aminoración del patrimonio que constituirá la masa activa pero sí una grave afección cualitativa de ésta. La calidad de la masa activa, como resultado anudado a la constitución no contextual de la garantía, es indudable, redundando en la capacidad de crédito del deudor, con independencia de que ésta fuera mucha o poca.

Todo lo anterior nos lleva, de nuevo, a la conclusión de que el perjuicio que requiere el ejercicio de la acción rescisoria por reintegración siempre supone un menoscabo de la masa activa, bien por implicar su aminoración cuantitativa, bien por incidir negativamente en su calidad.

Esta conclusión acerca del significado que cabe predicar del perjuicio ex art. 71.1 LC también podrá ratificarse si atendemos estos problemas desde otro ángulo.

La Exposición de Motivos de la LC manifiesta, de forma expresa, que la finalidad pretendida con la nueva regulación del sistema de reintegración es superar el "perturbador sistema de retroacción del concurso" y los extraordinariamente negativos efectos que producía (Sobre estos efectos y la comparación con el modelo vigente, vid. García-Cruces, 2004, pp. 43 y ss), sustituyéndolo por un modelo reintegratorio distinto y basado en la regla de rescindibilidad, a fin de no afectar innecesariamente –y con los mayores límites posibles– la seguridad del tráfico. Pues bien, no se alcanzaría tal finalidad si la noción de perjuicio la referimos a una afección negativa de la masa pasiva del concurso, pues –bien vistas las cosas– todo acto que llevara a cabo el deudor en el período bianual dispuesto en la norma, con independencia de su justificación material, implicaría una lesión de la "*par condicio creditorum*". Piénsese en los pagos realizados por el deudor en cumplimiento de obligaciones vencidas y exigibles, que vinieran a realizarse en el citado lapso temporal. Desde luego, se actuaría a favor de un acreedor con merma de los derechos de aquellos que, no habiendo obtenido su pago por no mediar el vencimiento de su crédito o por la razón que fuera, luego intentarían su realización participando en el juicio universal. Sin embargo, expresamente el legislador nos advierte que, "en ningún caso podrán ser objeto de rescisión (...) los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales" (art. 71.5.1º LC). Si no entendiéramos el perjuicio al que se refiere la norma como una exigencia de aminoración, cuantitativa o cualitativa, de la masa activa sino, por el contrario, ampliáramos su extensión a fin de dar cobertura al menoscabo de la igualdad entre los acreedores, acabaríamos, junto con no ajustarnos a las exigencias dispuestas por el legislador, en unos resultados demasiado próximos a aquellos que se obtenían bajo la vigencia del derogado modelo de la retroacción de la quiebra. Circunstancia que ha llevado a algún autor a caracterizar el modelo, si se llevara a estas consecuencias, como el propio de una "*criptoretroacción*" (Gordillo Cañas, 2003, p. 12). Por ello, se entenderá la advertencia que se hiciera al señalar que "una defectuosa comprensión de este concepto (perjuicio) puede convertir en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en el período sospechoso, con la consecuencia de que la retroactividad automática de la quiebra, expulsada por la puerta grande de la LC, habría vuelto a introducirse por la ventana" (Carrasco, 2008, p. 388).

Por otro lado, repárese que con la interpretación que no compartimos y que extiende la posibilidad de la rescisión ex art. 71 LC a los supuestos en que el perjuicio recaiga sobre la masa pasiva, se estaría actuando una suerte de aplicación retroactiva de la regla de igualdad de los acreedores. Sin embargo, no puede olvidarse que la "*par condicio creditorum*" surge con el nacimiento de la masa pasiva, esto es, con la misma declaración de concurso, sin que, desde luego, estuviera vigente en un momento anterior y, por tanto, en aquél en se hubiera realizado el acto que ahora se quisiera impugnar (Cfr. art. 49 LC).

En definitiva, por todo lo expuesto parece que hemos concluir afirmando que el interés que atiende nuestro sistema de reintegración concursal es el de

reconstituir el patrimonio del entonces deudor, a fin de dejarlo inmune frente a aquellos actos que –afectando de manera negativa, tanto cualitativa como cuantitativamente a aquél– carecieran de la suficiente justificación material para producir tal efecto, a fin de que luego ese sumatorio de bienes y derechos pueda constituir la masa activa del concurso que permitirá, dentro de lo posible, la satisfacción de los acreedores concursales. Sólo en la medida en que se dieran tales circunstancias vendría a estar justificada la ruptura de las exigencias que impone la necesaria seguridad del tráfico, permitiéndose la afectación de un acto como consecuencia de la realidad de un suceso posterior, tal y como sucedería respecto de la declaración de concurso.

Queda, no obstante, una última cuestión que ha de ser afrontada en estas líneas. Me refiero a la determinación de un criterio temporal que ha de constituir la referencia a fin de concretar si el particular acto que se enjuicie resulta o no ser perjudicial para la masa activa. El criterio más extendido entre nosotros afirma la necesidad de que la valoración acerca del posible carácter perjudicial de un acto se haga de modo contextual respecto de éste, en el sentido de que serán las particulares circunstancias que se dieran en tal momento las que deban ser consideradas para estimar su carácter perjudicial y, por tanto, determinante de su impugnabilidad ex art. 71.1 LC (En este sentido, vid., ad ex., Masaguer, 2005, p. 4221). Este criterio, junto con su razonabilidad, se apoya en la misma finalidad del expediente de la reintegración concursal, dado que ésta no es otra que la de reconstituir el patrimonio del deudor que luego dará lugar a la masa activa cuando sea declarado su concurso.

De todas las maneras, no puede dejar de señalarse que la estimación del carácter perjudicial de un acto ha de hacerse caso por caso (cfr. art. 71.4 LC), y en razón de las particulares circunstancias, sin que parezca que pueda ofrecerse otro criterio general más que lo que se acaba de indicar. De este modo, se entenderá fácilmente las dificultades –y riesgos– que supone el ejercicio de una acción de reintegración, dados los lábiles contornos de la noción de perjuicio “*para la masa activa*” que acoge el art. 71.1 LC. Por ello, el legislador acompaña la regla general de otras que facilitan el ejercicio de las acciones rescisorias por reintegración, presumiendo la concurrencia de tal perjuicio o, en otros casos, excluyendo toda posible impugnación.

4. La presunción de perjuicio para los pagos anticipados

En esta STS 16-9-2010 la Sala se enfrenta a otra cuestión que fuera suscitada por la recurrente. En efecto, como motivo de casación, y a fin de negar la concurrencia del perjuicio que legitimara la rescindibilidad del acto impugnado, se afirmó que la amortización anticipada de un préstamo hipotecario no venía a causar perjuicio alguno, pues la presunción dispuesta en el art. 71.2 LC no resultaría de aplicación a tal supuesto de hecho.

El TS manifiesta, de forma rotunda, que tal alegación

“no es relevante en el supuesto que se enjuicia porque la existencia del presupuesto del perjuicio, con sacrificio patrimonial injustificado, no deriva únicamente de la presunción –con independencia de que también se razone sobre ella en la resolución recurrida– sino de la propia realidad de su existencia al ampliarse la hipoteca convirtiendo un crédito ordinario en privilegiado y las condiciones más onerosas o gravosas de la nueva operación crediticia” (Fdto. 3).

De este modo, una consideración unitaria de todos cuantos actos se integran en la entera operación realizada por las partes permite la constatación –o no– del perjuicio denunciado.

La presunción de perjuicio dispuesta en el art. 71.2 LC tiene carácter radical o impropio, pues la concurrencia de los elementos que configuran el supuesto de hecho contemplado en la norma abocan a la conclusión indefectible de que el acto es perjudicial, sin admitirse prueba en contrario. La correcta delimitación del supuesto del hecho requiere que en el mismo concurren dos elementos. En primer lugar, debe realizarse un pago “u otros actos de extinción de obligaciones”, tal y como advierte la norma citada. En principio, no sólo el pago sino cualquier forma de extinción de una obligación preexistente vendría a realizar este primer elemento del supuesto de hecho de esta presunción, aun cuando habría que matizar que ciertas formas de extinción de la obligación, en razón de su propia naturaleza, no podrían integrar el supuesto de hecho (ad ex. pérdida de la cosa) (Rodríguez Achútegui, 2009, p. 86). Por otro lado, el pago que se realice lo ha de ser de una obligación en un momento anterior a su vencimiento y, por ende, exigibilidad. De ahí que la regla presuntiva resulte inaplicable en aquellos casos en que, por la razón que fuere (ad ex. resolución judicial), el pago devenga exigible en un momento anterior a aquel que se pactó para su realización.

La previsión del art. 71.2 LC no es extraña en nuestro Derecho. Con independencia de sus antecedentes en la normativa derogada, lo cierto es que la posibilidad de impugnación de los pagos anticipados que realice el deudor con anterioridad a su insolvencia constituye una norma general (cfr. art. 1292 C.c.). La particularidad concursal radica en la sanción de este supuesto de hecho como el propio de una presunción “*iuris et de iure*” de perjuicio y, en consecuencia, la posibilidad de que tales pagos sean rescindidos de acuerdo con las reglas y efectos que disponen los arts. 71 y ss. LC.

La justificación a la que responde esta previsión del legislador concursal es clara, dado el resultado derivado de tales actos, pues “es el anticipo de tales obligaciones, en principio no exigible hasta el día cierto fijado (art. 1125 C.c.), que supone un detrimento del patrimonio que en principio no habría de producirse hasta momento ulterior al concurso, lo que determina la aplicación de la presunción” (Rodríguez Achútegui, 2009, p. 83).

De todos modos, y atendiendo a esta regla ex art. 71.2 LC, también se ha señalado que el texto legal asume la regla de igualdad entre los acreedores como una exigencia que quiere hacerse valer también a través del expediente de la reintegración, de tal modo que la rescindibilidad que –con carácter absoluto– se predica de este tipo de pagos y subrogados de pago obedece a su carácter discriminatorio entre acreedores.

Sin embargo, creo que no puede compartirse tal opinión por, al menos, dos razones. En primer lugar, y desde un punto de vista sistemático, en esa opinión se da un valor a la presunción que no puede ni debe tener. En efecto, tal y como antes señalara, la regla dispuesta en el art. 71.2 LC no altera la noción de perjuicio, entendido como “*perjuicio para la masa activa*”, que sanciona el art. 71.1 LC, pues –dada su naturaleza procesal– la regla presuntiva constituye un instrumento de prueba que no altera la noción sustancial o material de tal perjuicio. De otro lado, entiendo que también es posible –e, incluso, preferible– una consideración bien distinta acerca del sentido de esta norma de presunción. En efecto, si la norma persiguiera restaurar una igualdad entre los acreedores que se ha hecho venir a menos como consecuencia del pago anticipado de una obligación, el legislador debería haber excluido la posibilidad de rescisión en aquellos supuestos en que no se produjera tal resultado. Así podría suceder, y la alegación de la recurrente parece responder a tal idea, en los casos en que el acreedor beneficiario del pago anticipado titulara un crédito beneficiado con un privilegio, especial o general, que le permitiera asegurar su pago íntegro en el concurso. De darse tal resultado, carecería de interés alguno la posibilidad, tras la declaración de concurso, de que la administración concursal –o un acreedor legitimado ex art. 72 LC– intentara rescindir aquel pago anterior y anticipado. Por ello, dado que la lesión de la regla de igualdad no es una consecuencia necesaria anudada al pago anticipado, cabe pensar que –en razón del carácter absoluto de la presunción ex art. 71.2 LC– el fundamento a que responde la regla presuntiva ha de ser otro y que, además, necesariamente siempre se ha de dar, pues estamos ante una presunción “*iuris et de iure*”. Y, en este sentido, una consideración objetiva de la noción de perjuicio, ajena a cualquier connotación derivada de la “*par condicio creditorum*”, puede servir para explicar –y justificar– el alcance absoluto de la presunción ex art. 71.2 LC. En efecto, el pago anticipado siempre supone, por definición, un menoscabo de la masa activa, con independencia de su incidencia sobre la masa pasiva, pues indefectiblemente aquélla se ve aminorada como consecuencia de la alteración de uno de sus componentes y que no es otro que la pérdida del beneficio del plazo, realidad evaluable económicamente y que puede llegar a tener un indudable relieve.

5. Concurrencia –y consecuencias– de la mala fe del tercero partícipe en el acto rescindido

Una cuestión de la mayor importancia práctica y que atiende la sentencia que nos ocupa es la relativa a la calificación como tercero de mala fe de la parte “in bonis” en el acto rescindido al amparo del art. 71 LC. La importancia de este problema parece reiterarse con su frecuencia, pues el TS vuelve sobre estas cuestiones en sus posteriores pronunciamientos (STS 27-10-2010).

En el supuesto enjuiciado en esta STS 16-9-2010 se concluye en la existencia de mala fe en la parte “in bonis” afectada por el ejercicio de la acción de reintegración. En efecto, en esta resolución se advierte que la contraparte

“actuó a sabiendas de la delicadísima situación financiera de los concursados individuales y de la entidad concursada, y en el mismo fto., ap. 10, se afirma que (...) conocía sobradamente al contratar la insolvencia de los concursados; y si bien es cierto que para declarar la existencia de mala fe ex art. 73.3 LC no se estima suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia, sin embargo, en el caso, dadas las demás circunstancias concurrentes en la operación, ya aludidas, cabe considerar justificada la apreciación de la resolución recurrida. La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se efecta negativamente –perjuicio– a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico”.

La concurrencia de mala fe en el tercero que participara en el acto rescindido al amparo de cuanto disponen los arts. 71 y ss. LC, suscita básicamente dos grandes cuestiones, pues habrá que atender al significado que quepa predicar de la mala fe en este contexto, así como a los efectos derivados de su concurrencia.

Desde luego, la formulación de la exigencia de que la parte “in bonis” actúe de buena fe, so pena de sufrir las consecuencias que detalla el art. 73.3 LC en caso contrario, es una manifestación de una exigencia de carácter general que rige en nuestro Derecho Privado. Ahora bien, conviene no olvidar su correcto significado, pues de su afirmación “no se debe deducir que la utilización de la idea de buena fe por una norma jurídica signifique la apertura de un portillo por donde se haga posible un proceso de intenciones. Pues también las ideas de buena y mala fe permiten una cierta objetivación, de manera que, en cada caso concreto, no habrá que analizar tanto la genuina y subjetiva buena o mala fe del concreto sujeto, que es lo que ordenaría siempre el posible proceso de in-

tenciones, como la conformidad de la conducta con el tipo o modelo ideal, según los rasgos exteriores socialmente reconocibles” (Diez Picazo, 1977, p. 13).

La concreción de qué ha de entenderse por mala fe a los efectos dispuestos en el art. 73.3 LC es una cuestión sobre la que no media unanimidad alguna, habiendo sido resuelta “*ad casum*” (sobre las diferentes opiniones expresadas, vid. Curiel Lorente, 2009, p. 206). Dejando de lado las distintas manifestaciones jurisprudenciales en que se ha entendido su concurrencia, parece razonable considerar que la concreción de lo que deba entenderse por mala fe a estos efectos ha de partir de algunas ideas básicas.

En primer lugar, y de acuerdo con su significación en el ámbito jurídico-privado, la mala fe es una noción más amplia que la de dolo. Por ello, para calificar la actuación de un sujeto como la propia de la mala fe bastará con un elemento cognoscitivo sin resultar necesario otro de carácter volitivo, en el sentido de que ese sujeto aunara a su conocimiento la voluntad de causar un daño –en nuestro caso, el “*perjuicio*”– a quien fuera.

Por otro lado, la mala fe, entendida así como conocimiento de una realidad, debe referirse necesariamente, y ser coherente, a aquellos presupuestos que determinan la impugnabilidad del acto al amparo del régimen de la reintegración concursal. La mala fe que toma en consideración el art. 73.3 LC no puede entenderse al margen de la misma configuración de nuestro sistema de reintegración, tal y como lo diseña la LC.

Esta consideración de la mala fe de la parte “*in bonis*” como conocimiento o cognoscibilidad de una determinada realidad, pese a la cuál participa en el acto que se considera rescindible, permite obtener algunas consecuencias que pudieran ser útiles de cara a la interpretación y aplicación de la regla de disfavor con que la LC trata estos supuestos.

Así, la realidad, cuyo conocimiento o cognoscibilidad es relevante a fin de verificar la “*mala fides*” del tercero partícipe en el acto objeto de la acción de reintegración, no puede ser otra que aquélla que nuestro Derecho positivo considera relevante para enjuiciar la procedencia o no de la rescisión del acto. Por ello, no podrá exigirse, entonces, que ese sujeto conozca –o, teniendo en cuenta las circunstancias, no pueda dejar de conocer– que el acto en el que participa resulte ser perjudicial para los acreedores que se integren en la masa pasiva del concurso que posteriormente se declare. La posible impugnación de tal acto al amparo de cuanto dispone el art. 71.1 LC no puede justificarse en ese resultado perjudicial para los acreedores, tal y como antes señalara.

Es por estas razones por lo que considero desacertada la afirmación jurisprudencial, que se contiene en otra resolución distinta de la que nos ocupa, y en la que se advierte que “la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3, in fine, no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedo-

res” (STS 27-10-2010). Esta afirmación jurisprudencial, en realidad, no implica necesariamente que no sean posibles otros supuestos en que, sin daño alguno a los acreedores, pudiera concurrir la mala fe del sujeto afectado por la rescisión. Es más, en la sentencia citada el propio TS parece luego afirmar una “*objetivación*” de la concurrencia de esa mala fe al no referir los resultados del acto a su afección de los acreedores sino, por el contrario, atiende a las consecuencias objetivas derivadas de aquél sobre el patrimonio del deudor. Por otro lado, puede entenderse que esa afirmación, si se generalizara sin las matizaciones oportunas, supone una conclusión incoherente con la correcta delimitación que hace esta misma resolución al calificar el perjuicio, en cuanto fundamento de la impugnabilidad del acto, como “un sacrificio patrimonial injustificado”. Por ello, me parece más acertado cuanto se afirma en la STS 16-9-2010, ya que toda referencia al perjuicio causado a los acreedores viene a objetivarse a través de las consecuencias del acto sobre el patrimonio que luego dará lugar a la masa activa del concurso. Como antes advirtiera, obviamente la protección que quiere dispensarse a los acreedores en sede de reintegración tiene en nuestro Derecho un carácter mediato, en cuanto que mediante la protección del patrimonio del deudor se ordena la adecuada satisfacción de los intereses de aquellos. Así lo pone de manifiesto el TS en esta sentencia que comentamos cuando advierte que

“La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio– a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico” (STS 16-9-2010, Fdto. 5).

De otra parte, no puede requerirse, a fin de entender la concurrencia de mala fe, que la parte “*in bonis*” conociera el estado de insolvencia de su contraparte cuando celebrara el acto que luego fuera objeto de la acción de reintegración. La mala fe no es conocimiento del estado de insolvencia de quién después será declarado en concurso, pues esa identificación resultaría contradictoria con la finalidad perseguida con el sistema de reintegración, dado que la acción rescisoria ex art. 71.1 LC no requiere, en modo alguno, que el acto que se impugna fuera realizado en un momento en el que el ahora concursado fuera ya insolvente o que, como consecuencia del acto que quiere rescindirse, se produjera el estado de insolvencia. Nuestro sistema de reintegración no requiere, a fin de afirmar la procedencia de la rescisión, la insolvencia contextual o causada con el acto que quiera rescindirse.

Por último, dado que el entero sistema de reintegración pivota en torno a la noción de perjuicio, en su significado objetivo o de “*perjuicio para la masa activa*” (cfr. art. 71.1 LC), el conocimiento o la cognoscibilidad de la parte “*in bo-*

nis” que pudiera justificar su consideración de mala fe ha de referirse, necesariamente, a ese resultado patrimonial. Esto es, el tercero afectado por el ejercicio de la acción de reintegración será de mala fe si conociera o, teniendo en cuenta las circunstancias, no pudo dejar de conocer que tal acto provoca un resultado en el patrimonio del deudor que no resulta justificado en la contraprestación que realizara. Ese conocimiento de que el acto produce un –permítaseme la expresión– “*aprovechamiento injustificado*” por parte del tercero en detrimento del patrimonio que luego dará lugar a la masa activa del concurso, justifica un reproche social que lleva a la consideración del proceder de la parte “*in bonis*” como el propio de la mala fe.

La prueba de ese conocimiento –y, por tanto, de la mala fe– acerca de la realidad del perjuicio objetivo que supone el acto rescindible vendrá facilitada de darse ciertas circunstancias. En efecto, tal y como destaca la sentencia que nos ocupa, si el deudor, luego concursado, se encontrara ya en estado de insolvencia, al igual que si sufriera –en palabras del TS– una “delicadísima situación financiera”, se facilitaría la prueba de las circunstancias que permitirían concluir en el conocimiento de ese “perjuicio patrimonial injustificado”, que sería objeto de una valoración “consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico”.

Señalados algunos criterios que nos pudieran permitir conocer cuándo la parte “*in bonis*” debe ser considerada de mala fe, conviene atender a las consecuencias que para tal supuesto dispone nuestro Derecho Concursal. De darse esta circunstancia, las previsiones de la LC son claras, pues la mala fe de la contraparte no acarrea su consideración como cómplice ex artículo 166 LC (sobre la distinción entre tercero de mala fe y cómplice, vid. García-Cruces, 2004, 141 y ss.), pero sí una particular calificación que ha de merecer el derecho de crédito que pudiera asistirle como consecuencia de la restitución de prestaciones a que da lugar la ineficacia del acto rescindido. De modo expreso, el apartado tercero del artículo 73 LC nos advierte que, bajo tales circunstancias, dicho crédito se calificará como subordinado.

Esta calificación como crédito subordinado de aquél que asistiera al tercero como consecuencia de la rescisión por reintegración, aboca a determinadas consecuencias. De esta manera, resulta inaplicable la regla general de prededucibilidad cuasi absoluta que previene el art. 73.3 LC para tales supuestos (“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 y derechos objeto del acto rescindido”). Por ello, en tales circunstancias, la satisfacción del crédito que asistiera a la parte “*in bonis*” ya no es una condición determinante de la exigibilidad de la obligación de restitución que sobre él recayera, de modo que su realización se sujetará a las reglas generales de pagos concursales. Habiendo perdido su calificación como crédito contra la masa por devenir crédito subordinado, deberán aplicarse las normas previstas en el artículo 158 LC, por lo que su pago no se realizará en tanto en

cuanto no se hubiera actuado íntegramente el de los créditos ordinarios, los cuáles sólo se satisfacen tras la previa realización de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados (cfr. arts. 157.1 y 158.1 LC) Pero, además, y para el hipotético caso en que existiera masa con que atender el pago de los créditos subordinados, el crédito del tercero de mala fe derivado de la rescisión será el penúltimo en satisfacerse (crédito subordinado de sexto rango). La razón a que obedece esta última afirmación no es otra que la regla dispuesta en el artículo 158.2 LC, conforme con la cual la satisfacción de los créditos subordinados se hará por el orden establecido en el artículo 92 LC. Esta norma enumera, en penúltimo lugar, “los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado” (cfr. art. 92.6 LC). De igual modo, el adquirente de mala fe, cuyo crédito es, entonces, calificado como subordinado, verá limitadas sus facultades, en el sentido de que sobre él, y en relación con la propuesta de convenio que se formulara, recae una prohibición de voto (cfr. art. 122.1.1º LC).

En el ámbito de la acción de reintegración la valoración de la conducta seguida por parte “in bonis” no sólo es relevante la mala fe con que actuara en relación con el carácter perjudicial del acto impugnado, sino que ese proceder también puede ser importante en otro ámbito, como así sucede en aquellos casos en que no fuera posible la restitución “in natura” y la contraparte del ahora concursado tuviera que restituir el equivalente pecuniario de la prestación que recibiera.

Recuérdese que, en relación con aquellos supuestos en que la prestación recibida del concursado hubiera sido objeto de una nueva transmisión, la LC, como ya avanza en su Exposición de Motivos, opta por mantener la inatacabilidad de la posición jurídica del subadquirente cuando éste no fuera demandado, lo fuera de buena fe, dispusiera en su favor de las reglas que determinan la irrevindicabilidad de lo que adquiriera o gozara en su favor de la protección registral, viniendo a consolidar de este modo su adquisición (cfr. art. 73.2 LC). Conforme con tal previsión, no cabe duda de que la LC opta, en estos supuestos, por dar la oportuna primacía a las exigencias derivadas de la seguridad del tráfico, viniendo a constituirse tal regla como un límite de los efectos anudados a la rescisoria concursal. Sin embargo, y pese a esta limitación, los efectos de la acción de reintegración no quedan excluidos sino, mejor, se transforma su contenido. La protección debida al subadquirente no excluye el efecto restitutorio que recae sobre el tercero “in bonis” que contrató con el concursado, pero sí le impide la posibilidad de restituir aquello que recibiera. Pues bien, ante tales circunstancias, la procedencia de la condena a restituir se mantiene pero ha de tener un contenido distinto, debiendo concretarse en un pronunciamiento de carácter dinerario. La LC concreta el importe de tal condena dineraria, pues el mismo vendrá determinado por *el valor que tuvieran (los bienes y derechos) cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal* (cfr. art. 73, 2 LC)

En mi opinión, la previsión de la LC no podía ser otra ante las circunstancias que rodean tal supuesto de hecho. Por ello, me parece que las opciones del texto sobre todos estos extremos han de ser valoradas positivamente.

Ahora bien, el texto legal contiene otra previsión no exenta de importancia y que suscita notables dudas hermeneúicas. En efecto, el apartado segundo del artículo 73 LC también contempla el supuesto en que el tercero que participó en el acto impugnado fuera calificado como de mala fe cuando el subadquirente resultara protegido frente a la reintegración a favor del concurso. Si se dieran tales circunstancias, ese tercero no sólo sería condenado a satisfacer a favor de la masa el valor del bien que ahora no puede reintegrarse, sino que, además, *se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa* (cfr. art. 73, 2 LC).

Esta regla por la que se otorga, también, relevancia a la concurrencia de la buena o mala fe con que la parte *“in bonis”* participó en aquel negocio que hace imposible la restitución *“in natura”* y que obliga a su cumplimiento por equivalente, suscita algunos problemas importantes.

Ante todo, y con carácter previo, habrá que determinar el sentido de la norma y, por tanto, delimitar el supuesto de hecho que considera. En mi opinión, el principal problema que se suscita es el relativo a determinar qué hemos de entender por actuación de mala fe en este contexto. En este sentido, creo que la actuación de mala fe no puede quedar referida a la conducta seguida por el tercero con su participación en el acto del concursado que es objeto de la rescisión concursal, pues tal supuesto ya estaba contemplado en el inciso final del artículo 73, 3 LC, y al que se anuda la consecuencia de la calificación como crédito subordinado del crédito de restitución. En la regla que ahora nos ocupa, ese actuar de mala fe se concreta en otro acto distinto, como es el de la disposición que realiza ese tercero de aquello que recibiera del concursado y a favor de persona ajena a ellos y que consolida su adquisición. Cuando así sucediera, el tercero que de mala fe enajenó lo que le había transmitido el deudor común, sin que sea posible su restitución por resultar protegido el actual titular, no sólo deberá satisfacer al concurso el valor de lo que recibiera sino, también, será condenado a indemnizar el daño causado a la masa.

En este contexto, la mala fe de la parte *“in bonis”* parece que ha de ser entendida como la concurrencia de un elemento de carácter volitivo, pues así ha de reputarse dada la descripción del supuesto de hecho. Esto es, el tercero es de mala fe cuando quiere y lleva a cabo una actuación en cuya virtud constituye a otra persona en adquirente de lo que recibiera del ahora concursado, consolidando su adquisición ese subadquirente y logrando, con ese proceder, que resulte impedida la restitución *“in natura”* a favor del concurso. Si las circunstancias no adveraran esa voluntad de la parte *“in bonis”*, no parece que, a estos efectos, deba ser considerada de mala fe.

El otro problema que pudiera plantear la aplicación de esta regla del artículo 73, 2 LC es el de determinar cuáles son, y con que alcance, las consecuencias anudadas a la mala fe con que participó el tercero en ese acto posterior a su adquisición y que hace imposible la restitución *“in natura”*. De darse las circunstancias descritas, la consecuencia dispuesta para la parte *“in bonis”* en la LC es

que “se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.” (art. 73.2 in fine LC).

La dificultad se traslada, entonces, a la concreción del importe de la indemnización debida. A fin de resolver esta cuestión, parece razonable considerar que esa cuantía no vendría dada por el importe de los gastos y costas ocasionados como consecuencia de la reclamación que interesara la administración concursal frente al subadquirente de aquello que el concursado hubiera dispuesto a favor del tercero. Entiendo que es muy dudosa la exigibilidad de tales conceptos, pues el fundamento de la inatacabilidad de la posición del subadquirente es público y deriva de las previsiones de carácter general vigentes en nuestro Ordenamiento (ad ex., art. 34 LH) y, pese a todo ello, los administradores concursales decidieron embarcarse en tal reclamación. Creo que el camino a seguir no puede ser otro que el de intentar determinar cual es el daño que, bajo tales condiciones, pudiera sufrir la masa activa. Desde luego, éste no es la imposibilidad de obtener lo enajenado por el ahora concursado, pues la parte “*in bonis*” siempre va a satisfacer el valor que tuviera por equivalente, sino, mejor, la diferencia entre ese valor en el momento de su inicial transmisión y el valor que la misma cosa pudiera ahora tener. Si no se hubiera dado esa segunda transmisión que se consolida y fuera posible la restitución en especie, los administradores concursales conseguirían ingresar en la masa activa el bien enajenado y, así, se dispondría del valor actual de éste. Sin embargo, ese resultado se impide con la ulterior disposición a favor del subadquirente y el mantenimiento de sus derechos, en cuya realización no sólo intervino el tercero que se relacionara con el concursado sino que, además, su participación en tal acto posterior lo fue de mala fe.

Por todo ello, entiendo que esa condena indemnizatoria, que ha de recaer sobre el tercero de mala fe en la posterior transmisión, cubriría la diferencia de valor que tuviera el bien o derecho que no puede retornar a la masa activa entre aquél que tenía en el momento en que lo recibiera del deudor común y el que corresponda en la fecha en que ha de satisfacer su obligación de restitución como consecuencia de la sentencia que estimara la acción por reintegración.

Si, además, el tercero no sólo actuó de mala fe en la posterior enajenación sino, de igual modo, en el acto de adquisición que hiciera del concursado, deberá entregar el valor de la cosa y satisfacer la pertinente indemnización en los términos indicados pero, también, el crédito que le asistiera frente a la masa como consecuencia de la reintegración perderá tal carácter y será calificado como crédito subordinado ex artículo 92.6 LC, con todas las consecuencias ya vistas.

6. ¿Aplicación retroactiva de las previsiones de la LC en torno al sistema de reintegración?

Una última cuestión que afronta la sentencia que comentamos es la relativa a la posible aplicación retroactiva de las normas acogidas en los arts. 71 y ss.

de la vigente LC. El problema fue articulado como uno de los motivos en los que el recurrente fundamentaba la casación que interesara, advirtiendo que en el momento de realización de los actos impugnados aún no había entrado en vigor este texto legal. En su virtud, y con mención de cuanto dispone el art. 2.3 C.c., se consideraba la improcedencia de la rescisión del acto impugnado.

El TS desestima, también, este motivo de casación, afirmando, respecto de la LC, que el nuevo sistema de reintegración se ha dispuesto de modo que “la norma nueva esté impregnada de una naturaleza intertemporal y opere con efecto retroactivo” (STS 16-9-2010, Fdto. 6).

Este criterio se justifica, básicamente, en dos argumentos, pues en esta resolución se afirma la necesidad de una consideración unitaria de la compleja operación, con independencia de las diferentes fechas en que se realizaron diversos actos y, por otro lado, en la comparación entre el modelo previgente de la retroacción dispuesto en el C.com. y el sistema de reintegración dispuesto en la LC, siendo este último mucho más favorable a los intereses del recurrente.

Estas ideas se reiteran en la posterior STS 13-12-2010, en la que se sintetizan las distintas razones para negar la irretroactividad de la norma, poniendo de relieve que

“Las razones que fundamentan la desestimación se pueden resumir en tres puntos: (a) La aplicación de la normativa de la LC en la materia debe hacerse de modo unitario, sin que sea factible diferenciar aspectos favorables o desfavorables respecto de la anterior; (b) El nuevo régimen legal de la LC en la materia es en términos generales menos riguroso que el anterior, debiendo observarse que precisamente la consolidación del criterio jurisprudencial “flexible”, frente al “estricto”, en la interpretación de la nulidad del art. 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1.885, se produjo por influencia de la nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio; y, (c) La apreciación razonable de que la regulación de la LC en cuanto a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración está impregnada de naturaleza intertemporal y opera con efecto retroactivo. Ello se revela singularmente en que, de no aceptarse así, los actos del deudor dañosos injustificadamente para su patrimonio, y con detrimento de los acreedores quedarían indemnes, pues, al ser de aplicación a los concursos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley el régimen de ésta (Disposición Transitoria Primera), no resultaría posible acordar la retroacción judicial de los artículos 1024 del Código de Comercio de 1829 y 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1.885, con lo que se produciría un resultado “paradójico”, e incluso posiblemente fraudulento” (STS 13-12-2010, Fdto. 2).

La afirmación, sostenida en el recurso, de la regla de irretroactividad como obstáculo para impedir la aplicación de los arts. 71 y ss. LC respecto de actos realizados con anterioridad a la entrada en vigor de la LC no resulta acertada.

En efecto, no habrá que olvidar que “el principio de irretroactividad indicando que la Ley se aplicará en el futuro y no al pasado, es regla de buena política, máxima prudencia y exigencia de la equidad, (...) pero la Justicia reclama, también, que no se ponga la sanción jurídica al servicio de situaciones injustas” (De Castro, 1955, pp. 720 y 721). Por ello, la afirmación de tal principio en el art. 2.3 C.c. no tiene carácter absoluto, pues ya el tenor literal de la norma advierte de la posibilidad de excepciones a su alcance (“*salvo que la norma dispusiera lo contrario*”). De este modo, se advierte –pacíficamente– la posibilidad de que la norma posterior sancione su eficacia retroactiva, salvo que se trate de una norma sancionadora o restrictiva de derechos (arts. 9.3 y 25.1 Constitución Española). De igual manera, y de acuerdo con cuanto prescribe la D.T.3ª C.c., también habrá que afirmar la retroactividad de aquellas que no prevean tal eficacia temporal, siempre que ésta establezca una sanción menos grave que la que disponía la norma derogada (vid. Reglero Campo, 2006, p. 44). Pero, también, la doctrina advierte la posibilidad de una retroactividad tácita, en el sentido de que tal efecto se dará cuando el contenido de la nueva norma revele claramente que para poder ser debidamente aplicada ha de dársele tal eficacia temporal, pues de otra manera no se cumpliría esa finalidad. En estos casos, “se entiende que la ley impone el efecto retroactivo cuando así lo requieren su sentido, carácter y fin” (De Castro, 1955, pp. 727).

Si estas ideas se trasladan al supuesto considerado en la sentencia que nos ocupa, podrá comprobarse el acierto del TS. En efecto, no puede razonablemente afirmarse que, como consecuencia de la regla de irretroactividad prevista en el art. 2.3 C.c., fuera a producirse una suerte de “vacío” intertemporal, de modo que existiría un período de tiempo en el que los actos realizados no podrían ser impugnados bajo el molde de la retroacción (art. 878.2 C.com.), dada su derogación por la LC, ni, tampoco, conforme al sistema de reintegración previsto en la LC. La previsión de los arts. 71 y ss. LC y su entrada en vigor tomó en consideración la situación precedente y, por tanto, su finalidad y contenido suponen la aplicación de tales reglas a esos actos celebrados en los dos años anteriores a la entrada en vigor de la norma.

Podría, no obstante, afirmarse que las normas reguladoras de la reintegración en la LC quedarían sujetas a un principio de irretroactividad absoluta, pues las mismas estarían teñidas por su carácter sancionador. Sin embargo, esa consideración no conduciría, en ningún caso, al resultado pretendido por, al menos, dos razones. En primer lugar, y a efectos puramente dialécticos, si se admitiera la naturaleza sancionadora de los arts. 71 y ss. LC, lo que –como se verá– no es correcto, se llegaría precisamente al resultado contrario. Recuérdese que la regla de irretroactividad absoluta de las normas sancionadoras y de privación de derechos se excepciona cuando la nueva norma dispone una afcción menor que la prevista en la norma derogada. Bastará, entonces, con comparar el viejo modelo de la retroacción absoluta con cuanto dispone la LC en sede de reintegración para concluir, necesariamente, en la aplicabilidad del texto vigente (incluso si se acude a la interpretación “flexible” de la normativa codificada que ha plasmado últimamente el TS. Sobre

este criterio jurisprudencial, vid. De Ángel, 2008, pp. 46 y ss.). Pero, además, y como segunda razón, habrá que negar la premisa de la que se parte en la afirmación que se critica. En efecto, los supuestos de ineficacia no suponen, de por sí, una sanción (vid., en relación con la retroactividad de la nulidad las consideraciones de Salvador Coderch, 1991, 17 y 18). La rescisión prevista en el art. 71. 1 LC no supone una sanción civil, dada la irrelevancia del elemento intencional (fraude) y la obligación de mutua restitución de las prestaciones, a fin de volver a la situación anterior al acto que se impugna.

7. Bibliografía

- Alcover Garau, Comentario art. 71, en AAVV, Comentarios a la Legislación Concursal, I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 767 y ss.
- Beltrán, en Uría y Menéndez (Dirs.), Curso de Derecho Mercantil, II, 2ª edcn., Civitas, Madrid, 2007.
- Busto Lago: Aproximación a las acciones de reintegración en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en González Porras, J. M./Méndez González, F. P. (coords.), Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, I, Madrid-Murcia, 2004, pp. 693 y ss
- Carrasco: Los derechos de garantía en la Ley Concursal, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2009.
- Crespo Allúe, Comentario art. 71, en Sánchez-Calero Guilarte y Guilarte Sánchez, Comentarios a la Legislación Concursal, III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 1345 y ss.
- Curiel Lorente: Los efectos de la acción de reintegración en el concurso, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 195 y ss.
- De Ángel: En torno al polémico artículo 878 del Código de comercio, ADCo., 13, 2008, pp. 7 y ss.
- De Castro: Derecho Civil de España, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.
- Díez-Picazo: Prólogo a Wieacker, El principio general de la buena fe, Civitas, Madrid, 1977, pp. 9 y ss.
- Escribano Gámir: El perjuicio en la acción rescisoria concursal, ADCo., 10, 2007, pp. 7 y ss
- Fernández Seijo: Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor, Estudios de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: La reforma concursal), 85, 2005, pp. 215 y ss.
- Galán Corona: Acciones rescisorias concursales, en García-Cruces y Sarcina (Dirs.), Il trattamento giuridico della crisi d'impresa, Cacucci, Bari, 2008, p. 117.
- García Sanz: Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva Ley Concursal, en "Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, IV, Madrid, 2005, pp. 4063 y ss.
- García-Cruces (Dir.): La Reintegración en el Concurso de acreedores, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

- García-Cruces: La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal, en Quintana, Bonet y García-Cruces (dirs.), "Las claves de la Ley Concursal", Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 347 y ss.
- García-Cruces: La Calificación del Concurso, Aranzadi, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- García-Cruces: De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa, ADCo., 2, 2004, pp. 43 y ss
- García-Cruces: Notas sobre el instituto concursal de la retroacción, en el Libro Homenaje al Prof. Dr. Menéndez Menéndez, vol. III, Madrid, 1996, pp. 3553 y ss.
- García-Cruces y López Sánchez: "La reforma de la Ley Concursal", Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 17 y ss.
- Gil Rodríguez: Comentario art. 71, en Bercovitz (Dir.), "Comentarios a la Ley Concursal", I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 829 y ss.
- Gordillo Cañas: 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), AC, 17, semana del 21 al 27 de Abril de 2003, pp. 1 y ss.
- Gullón Ballesteros: La acción rescisoria concursal, en "Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, IV, Madrid, 2005, pp. 4125 y ss.
- Gutiérrez Gilsanz: La fecha de retroacción, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- León: Comentario art. 71, en Rojo y Beltrán (Dirs.), "Comentario de la Ley Concursal", tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1302 y ss.
- Linacero de la Fuente: Las acciones de reintegración en la Ley Concursal, Madrid, 2005.
- Martín Reyes: La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada, en "Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, IV, Madrid, 2005, pp. 4175 y ss.
- Massaguer: La reintegración de la masa en los procedimientos concursales, Bosch, Barcelona, 1986.
- Massaguer: 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, IV, Madrid, 2005, pp. 4211 y ss.
- Moralejo Menéndez: Las garantías reales y las acciones de reintegración (I), ADCo., 17, 2009, pp. 81 y ss.
- Reglero Campos: Comentario art. 2, en Bercovitz, Comentarios al Código Civil, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 44 y ss.
- Rivera Fernández: Reintegración y Concurso de acreedores, Madrid, 2005.
- Rodríguez Achútegui: Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 59 y ss.
- Rojo: Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra, RDM, 1979, pp. 89 y ss.
- Sancho Gargallo: La retroacción de la quiebra, Aranzadi, Cizur Menor, 1997.
- Valle: Introducción al sistema de reintegración concursal en el sistema financiero español, RDBB, 102, 2006, pp. 71 y ss.
- Vargas Benjumea: La acción de reintegración concursal, Valencia, 2008.