

EFFECTOS DE LA RESCISIÓN EN LA LEY CONCURSAL

RAFAEL SEBASTIÁN QUETGLAS

Abogado*

Efectos de la rescisión en la Ley Concursal

El presente trabajo trata de los efectos de la rescisión en el concurso. Para ello se analiza el régimen general de las acciones de reintegración en caso de buena y mala fe del acreedor y el de determinados actos en particular, como las garantías, daciones en pago y amortización anticipada de obligaciones.

Effects of clawback in the Spanish Insolvency Act

The scope of this report is to analyze the effects of clawback in the event of insolvency. To this end we analyze the general effects of clawback in the case of good and bad faith of the relevant creditor, with a particular focus on the rescission of security interests and the early termination of financial indebtedness and payments in kind.

1 · INTRODUCCIÓN¹

La rescisión concursal es la piedra angular del éxito o fracaso de la mayor parte de los procedimientos de insolvencia. La capacidad de traer bienes a la masa y la facilidad de ejercitar los sistemas de reintegración constituye en muchas ocasiones el elemento determinante de que un concurso permita satisfacer a la mayor parte de los acreedores y llegar a un convenio que evite la liquidación de la sociedad deudora.

Existen a grandes rasgos tres grandes sistemas de reintegración: el de reintegración absoluta, el de reintegración relativa y el mixto que combina los dos anteriores.

En virtud del sistema de reintegración absoluta, todos los actos de dominio y administración del deudor realizados durante un periodo determinado anterior a la declaración de insolvencia resultan anulados. Un sistema de reintegración como el descrito permite traer a la masa activa numerosos bienes que habían salido del patrimonio del deudor en fechas cercanas a la presentación del concurso con la consiguiente reducción del patrimonio. Este sistema genera una cierta inseguridad jurídica frente a aquellos que contrataron con el deudor insolvente desconociendo su situación y que ven como los

bienes adquiridos de dicho deudor deben ser devueltos a la masa activa con objeto de satisfacer con ellos a la totalidad de los acreedores. Este sistema ha sido objeto de numerosas críticas, ya que anula de forma injustificada tanto los actos de dominio como de mera administración, con independencia de la buena o mala fe del deudor insolvente y del perjuicio causado a la masa activa.

Como reacción a los sistemas de reintegración absolutos aparecen los relativos, en cuya virtud se anulan solo determinados actos perjudiciales a la masa, tales como las enajenaciones a título gratuito, la constitución de garantías, etcétera. Este sistema resuelve en gran medida los problemas que el anterior planteaba, aunque a su vez crea nuevos, tales como la necesidad de investigar si determinadas actuaciones han causado un perjuicio para la masa activa y la necesidad de probar que dichos actos tenían tal carácter. Este sistema conlleva menos inseguridad jurídica para los acreedores que el anterior, pero es menos efectivo para incrementar la masa activa.

Existe finalmente un tercer sistema que es denominado mixto, que anula no solo los actos realizados durante un determinado período, sino los perjudiciales para la masa activa. Este sistema fue por el que se decantó inicialmente nuestro Código de Comercio, desatando numerosas críticas entre la mejor doctrina como consecuencia del giro que fue dando hacia un sistema de reintegración absoluto, así como por la inseguridad jurídica que provocó dicho giro en aras de incrementar la masa activa.

Fruto de estas críticas la Ley Concursal sustituye el régimen del Código de Comercio por un conjunto de acciones que han cambiado radicalmente el panorama de la reintegración. El artículo 71 de la Ley Concursal viene a establecer la posibilidad de rescindir determinados actos perjudiciales para la

* Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

¹ Este artículo es un resumen de uno de los apartados del que con el título «Análisis de las acciones de reintegración en la Ley Concursal» se publicará en la revista Anuario de Derecho Concursal.

Por cuestiones de espacio no he incluido ninguna cita bibliográfica aunque para aquel interesado en este tema sugiero la lectura de los siguientes libros: J. C. Espigares Huete: *La acción rescisoria concursal*, Navarra, 2011; y A. García-Cruces (dir.): *La reintegración en el concurso de acreedores*, Navarra, 2009.

masa activa realizados en los dos últimos años a la fecha de declaración del concurso. El sistema se completa con una serie de presunciones *iure et de iure* y *iuris tantum* que pretenden aliviar la carga de la prueba de los administradores concursales.

2 · EFECTOS DE LA RESCISIÓN: RÉGIMEN GENERAL

Los efectos de la rescisión se recogen en el artículo 73 que establece un régimen propio y en cierta medida distinto del general recogido en el artículo 1295 del Código Civil que viene justificado por la naturaleza de las acciones que vamos a tratar y por el procedimiento de ejecución colectiva en el que están inmersas. Las acciones rescisorias concursales aunque participan de la naturaleza de las rescisorias generales están engarzadas en el seno de un procedimiento concursal cuya finalidad es la de traer a la masa activa aquellos bienes enajenados en los dos últimos años cuya transmisión causó un perjuicio para la masa activa. Los bienes que salieron de la masa deben volver a ella para satisfacer un conjunto de acreedores de forma colectiva y esa especialidad es la que justifica un régimen jurídico distinto del general previsto en el Código Civil.

2.1 · Buena fe del acreedor

En el caso de que el acreedor cuyo acto se rescinde hubiera actuado de buena fe, el artículo 73.1 dispone que deberá devolver las prestaciones del acto impugnado con sus frutos e intereses, teniendo su crédito la consideración de crédito contra la masa. Esta última consideración (crédito contra la masa) hace que las prestaciones del acreedor y deudor deban satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido.

La finalidad de la norma que analizamos es la de situar al deudor en la misma posición que tenía antes de haber efectuado el acto de disposición y por ello la devolución incluye no solo la entrega del bien, sino sus intereses y frutos, a pesar de que parte de la doctrina entiende que los frutos no son debidos por aplicación del artículo 451 del Código Civil.

Uno de los aspectos que debemos analizar en materia de efectos es si cabe una rescisión parcial, es decir, que solo afecte a aquel perjuicio que se haya causado a los acreedores. Dicho en otras palabras, si se rescinde un acto del deudor que satisficiera

con creces el perjuicio causado; ¿es admisible que la rescisión se circunscriba estrictamente al importe económico del perjuicio? Algunos autores han defendido la oportunidad de esta rescisión parcial sobre la base de que si el fundamento de la acción es el perjuicio, una vez compensado este, el importe que pudiera exceder debería ser devuelto al acreedor. Otros, por el contrario, entienden que como el interés que se persigue es la protección de todos los acreedores, dicho interés impide la admisibilidad de una acción rescisoria parcial. Aunque ambas posiciones resultan sugerentes, creo que hay que inclinarse por la primera, es decir, que la rescisión debe quedar circunscrita al perjuicio causado, debiendo devolverse los bienes que excedan del perjuicio causado. No se me escapa, sin embargo, que una solución como la propuesta puede resultar demasiado teórica, ya que el interés de la masa activa solo se satisface con el pago de sus créditos y la realidad demuestra que en la mayor parte de los convenios o liquidaciones esta regla no suele ser la tónica.

No dice nada la Ley Concursal respecto de los gastos incurridos y perjuicios causados, pero por aplicación del régimen general del Código Civil (artículo 451 y siguientes) debemos entender que deberá reembolsarse al acreedor los gastos necesarios y útiles. Tal naturaleza hay que atribuir a los gastos ocasionados para devolver el bien que se reintegra al patrimonio del deudor (gasto de la escritura de transmisión o de la hipoteca que se canceló, etcétera) y dichos gastos deben ser soportados por el deudor por aplicación del artículo 451 del Código Civil. En relación con los gastos de ornato, estos no serán reembolsables, pero el acreedor los podrá retirar si el bien no sufre menoscabo alguno.

En relación con la restitución que debe llevar a cabo el deudor hay que preguntarse si cabe la compensación entre el importe a satisfacer por la administración concursal a un acreedor y el pago que esta debiera efectuar por aplicación del ejercicio de las acciones rescisorias concursales. En estos casos, y a pesar de la dicción del artículo 58 de la Ley Concursal que prohíbe la compensación, no hay inconveniente alguno en que se lleve a efecto, ya que no se producirá perjuicio alguno para la masa activa al tener el acreedor un derecho contra la masa ejercitable de modo simultáneo contra la entrega por parte de esta de la contraprestación exigida. En este caso concreto, la compensación en nada perjudica la *par conditio creditorum* y debe ser admitida.

Un problema que se plantea en la práctica y que no suele aparecer debidamente tratado es el relativo a qué sucede en los casos en los que el bien objeto de la rescisión haya aumentado de valor desde el momento en que se transmitió al comprador (contraparte del concursado) como consecuencia de la actividad diligente de este.

Ante esa situación caben dos posibilidades: la primera consistiría en aplicar el régimen del artículo 73.1 de la Ley Concursal; la segunda es entender que el mayor valor del bien ha alterado de forma sustancial el bien transmitido por el concursado y que dicha situación es equiparable a la imposibilidad de devolver la cosa inicialmente transmitida, con la consecuencia de que resulta de aplicación la solución prevista en el artículo 73.2.

De las dos alternativas analizadas, parece que la que tiene mayor fundamento es la primera, ya que el supuesto de hecho que estamos analizando parece encuadrarse mejor en el régimen de mejoras del Código Civil que en la imposibilidad de devolución del bien por estar en manos de un tercero. Sin embargo, la primera de las soluciones no resulta totalmente satisfactoria porque traslada el perjuicio del concursado a la contraparte que solo recibirá lo que pagó en su momento por el bien transmitido, cifra que puede ser muy inferior al valor del bien que se ve obligado a devolver por mor del artículo 73.3 de la Ley Concursal. Ante esa solución parece que deberíamos buscar una solución más equitativa, y que debe pasar porque el concursado pague no solo el valor del bien, sino todas las mejoras y gastos útiles que se hicieron en el bien transmitido y que han sido determinantes de su apreciación (o alternativamente que pague el valor real del bien). Cualquier otra solución es injusta, desplaza el perjuicio del concursado a la contraparte, es contraria al régimen general previsto para los adquirentes de buena fe en el Código Civil (artículo 451 y siguientes), y beneficia injustamente a los acreedores del concursado. Y no olvidemos que en el supuesto que estamos analizando la contraparte del concursado actuó de buena fe y va a ser privado de un bien que ha venido disfrutando de forma pacífica en el que su diligencia ha contribuido a aumentar su valor. Por tal motivo, parece que lo más lógico sería dar al valor de los gastos incurridos por la contraparte la consideración de crédito contra la masa, de tal forma que al devolver el bien el concursado le entregara al comprador el importe de las mejoras o el mayor valor del bien. A favor de esta consideración operaría el derecho de retención que le concede el artículo 453.2 del Código Civil al

acreedor de buena fe, que le permite oponerse a la entrega del bien a menos que se le abonen los gastos allí mencionados. Ese derecho de retención produce en la práctica los mismos efectos que la consideración del crédito como contra la masa, ya que la falta de pago por el concursado legitimaría al acreedor para negarse a devolver el bien.

2.2 · Mala fe del acreedor

En caso de mala fe del acreedor, la solución por la que se decanta la Ley Concursal es diferente de la que acabamos de analizar. Y es normal que así sea, ya que el comportamiento del acreedor justifica un trato más severo.

Pero el primer problema que tenemos que abordar es que constituye mala fe y de quien hay que predicar esa mala fe para que se produzcan las consecuencias que la Ley Concursal tiene previstas. El segundo de los problemas tiene más fácil solución, ya que existe una posición doctrinal más consolidada: la mala fe que debe analizarse es la del acreedor, puesto que la del deudor resulta irrelevante a estos efectos.

Respecto de qué constituye mala fe hay que entender que esta se da cuando el acreedor sabía (o no podía ignorar) que al contratar estaba realizando un acto perjudicial para la masa activa y que quien lo efectuaba estaba en situación patrimonial comprometida. Esta posición no es seguida de forma unánime, ya que parte de la doctrina exige que concurre un requisito más: la voluntad de perjudicar a los acreedores.

La solución prevista en la Ley Concursal, en el caso de que el acreedor actuase con mala fe, se asemeja a la prevista en el antiguo Código de Comercio, ya que el acreedor deberá devolver el bien, junto con los frutos recibidos y los debidos de percibir por aplicación analógica de los artículos 451 y siguientes del Código Civil. Igualmente los gastos y mejoras solo le serán reembolsados si fueran necesarios para la conservación pero no los gastos útiles o los de mero ornato, que, sin embargo, se podrán retirar si la administración concursal decide no abonar su valor y el bien transferido no sufre menoscabo.

Pero la verdadera diferencia entre el acreedor de buena y mala fe lo constituye la consideración del acreedor de mala fe como crédito subordinado, lo que supone que su prestación no goza del derecho a que se le restituya a la misma vez que él entrega los bienes reintegrados. Es decir, deberá devolver el

bien sin que pueda exigir como condición que se le devuelva la prestación entregada en su día, ya que desaparece la simultaneidad y, en consecuencia, las posibilidades de recuperación, por cuanto los créditos subordinados difícilmente podrán ser hechos efectivos. Este mismo tratamiento (subordinación y ausencia de simultaneidad) es el que hay que aplicar también a los gastos necesarios que hubiera hecho el acreedor.

2.3 · Imposibilidad de restitución del bien transmitido

Un tercer supuesto que recoge la Ley Concursal es que el bien transferido al acreedor no pudiera ser devuelto como consecuencia de haber sido transferido a un tercero que no hubiera sido demandado o que gozase de la protección registral o hubiese actuado de buena fe. En este supuesto el artículo 73.2 de la Ley Concursal establece dos consecuencias distintas en función de la buena o mala fe del acreedor demandado: si hubiera actuado con buena fe deberá devolver el valor equivalente al bien transferido al tiempo en que salió del patrimonio del deudor concursado más el interés legal; por el contrario, si hubiera actuado de mala fe el acreedor, deberá indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

El primer problema que debemos afrontar en estas circunstancias es si el régimen que acabamos de describir es aplicable a la pérdida de la cosa en poder del acreedor por caso fortuito u otra circunstancia distinta a la transmisión a un tercero. Ante esta situación caben dos posibles interpretaciones: los que consideran que es de aplicación el artículo 73.2 de la Ley Concursal; y, los que entienden que ante la ausencia de una norma específica de índole concursal debe regir la norma civil aplicable. La verdad es que siendo aceptables ambas teorías, me parece que debe prevalecer la segunda y aplicar de forma complementaria los artículos 457 y 1295 del Código Civil, por cuanto la Ley Concursal como ley especial solo debe regir en los casos particulares que ha previsto. Todos los otros casos deben seguir la regla general y ante la ausencia de una norma concursal aplicable debe prevalecer el Código Civil.

El segundo problema que debemos analizar es si la condición de tercero puede predicarse de la persona que contrató con el deudor concursado y que inscribió su derecho en el correspondiente registro. La doctrina anterior a la Ley Concursal y la que ha comentado el artículo 73.2 ha entendido de forma

mayoritaria que no tenía la condición de tercero el que adquirió directamente del deudor concursado, con independencia de su buena o mala fe o de la inscripción de su derecho en el correspondiente registro. Y la razón es que no puede ser tercero quien contrató con el concursado ya que este recibió el bien directamente del deudor insolvente y debió conocer la situación económica en la que se encontraba, lo cual constituye una presunción hartamente discutible.

Resueltos estos problemas previos, la solución por la que aboga la Ley Concursal en los casos de que el tercero goce de una situación de irreivindicabilidad es que queda al margen de la demanda de la administración concursal y el que contrató con el concursado debe devolver una cantidad igual al valor del bien cuando fue transmitido más sus intereses legales. La irreivindicabilidad puede lograrse: o bien por no haber sido demandado el propietario del bien por la administración concursal; o porque la sentencia en cuya virtud se resuelve la demanda efectuada por la administración concursal concluye que actuó de buena fe; o porque goza de protección registral; o finalmente porque los bienes adquiridos son irreivindicables.

Un problema particular que nos debemos plantear es qué sucede si el tercero adquirente de buena fe del bien es una persona relacionada con el deudor concursado y si esta circunstancia modifica en algo el régimen general que acabamos de definir. La realidad es que la Ley Concursal no trata este problema, con lo que habrá que entender que en tales circunstancias no debe alterarse la regla del artículo 73.2 de la Ley Concursal y exigir al que contrató con el deudor el pago del precio con sus intereses legales. El subadquirente persona relacionada debe quedar al margen y no tiene obligación de devolver bien alguno a pesar de su condición.

En el caso de que el adquirente hubiera actuado de mala fe y el bien no pudiese ser devuelto, la regla por la que opta la Ley Concursal es distinta y penalizadora. El adquirente deberá satisfacer no solo el valor del bien, sino todos los daños y perjuicios causados. No aclara la Ley Concursal como se calculan estos daños y perjuicios, entendiendo la mayor parte de la doctrina que su cuantificación deberá efectuarse atendiendo el valor del bien en el momento de la reintegración, de tal suerte que, si este fuese superior al de transmisión, prevalecerá aquel. En cualquier caso deberá reintegrarse igualmente a la masa no solo el valor del bien enajenado, sino todos los gastos que hubiere desembolsado la masa para reintegrar el bien transmitido.

Por último hay que entender que en el supuesto de que hubiera una cadena de personas que hayan actuado de mala fe, se produce una acumulación de responsabilidades y de personas solidariamente responsables. Dicha cadena se quiebra cuando algún adquirente hubiese adquirido el bien de forma onerosa y de buena fe. Hasta ese momento, todos los que hubieran actuado en el negocio de transmisión para poner el bien al abrigo de la reclamación de la administración concursal van a ser solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados.

3 · EFECTOS DE LA RESCISIÓN: SUPUESTOS PARTICULARES

Hasta ahora hemos analizado el régimen rescisorio tal y como viene contemplado en la Ley Concursal y tomando como presupuesto la existencia de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas. Sin embargo esta no es la única alternativa que se presenta en la práctica y la propia Ley Concursal contempla otros supuestos que sin embargo no tienen su correspondiente reflejo en materia de rescisión. Me refiero, por ejemplo, a los actos de disposición a título gratuito, o a la constitución de garantías. En ambos casos la solución prevista en el artículo 73 no se adecúa a este tipo de actuaciones, motivo por el que habrá que buscar otras alternativas más acordes al acto rescindido.

3.1 · Garantías reales

El efecto de la rescisión en las garantías no tiene otra consecuencia que la extinción de estas, sin que haya que devolver al deudor ninguna prestación, salvo que excepcionalmente este hubiera recibido alguna contraprestación por el otorgamiento de la garantía. La masa activa resulta beneficiada ya que se elimina una de las cargas que pesaba sobre ella con lo que los acreedores se ven beneficiados. No es suficiente que la concesión de la garantía haya sido otorgada en contraprestación a una modificación del crédito original (ampliando plazos, modificando el tipo de interés, etcétera.) que resultase más beneficiosa para el deudor concursado. En estas condiciones la rescisión supondrá la ineficacia de la garantía y la devolución del crédito a sus condiciones iniciales.

La rescisión operará sobre la garantía en su totalidad y no sobre una parte, a menos que pueda demos-

trarse que el perjuicio que se causó a la masa activa obedece en parte a la extensión de una garantía otorgada en favor de nuevas obligaciones. Aunque en este caso lo más razonable hubiese sido otorgar dos garantías distintas (una en favor de las nuevas obligaciones y otra para las obligaciones ya existentes), la concesión de una garantía en beneficio de ambas obligaciones podría quedar rescindida. En tal caso, la rescisión debería circunscribirse a la ampliación de la garantía y no a la garantía en sí misma, aunque en muchos casos la práctica va a determinar que la rescisión opere sobre el total de la garantía, con el consiguiente perjuicio de los acreedores que no causaron daño alguno a la masa activa.

Por último, y como señala la doctrina más autorizada, si el objeto de la rescisión no es la garantía sino el crédito en sí mismo y se admite la reintegración, la garantía debe seguir el mismo camino que la obligación principal. Esta circunstancia puede llevar a los administradores concursales a intentar rescindir el crédito en vez de la garantía por las ventajas que esta forma de actuar conlleva. Sin embargo, hay que resaltar que la rescisión del crédito puede ser más compleja de conseguir que la garantía, ya que no se beneficia del régimen de presunciones de la Ley Concursal y en muchos casos el nuevo crédito tendrá condiciones más ventajosas que el anterior, con lo que el perjuicio será difícilmente demostrable. Es la garantía lo que causa el perjuicio a la masa activa y no la novación del crédito, motivo por el que resultará difícil que la administración concursal se lance por esta vía que aparentemente puede ser más laboriosa que la rescisión de la garantía en sí misma.

3.2 · Extinción de obligaciones con vencimiento posterior

Un segundo supuesto no contemplado en el artículo 73 en materia de efectos es el de la extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración de concurso. Aquí nuevamente el pago anticipado de obligaciones suele ser un acto complejo en el que confluyen actos de naturaleza diversa: otorgamiento de garantías, daciones en pago, novación de parte de las condiciones del crédito original, etcétera. Y fruto de este proceso novatorio el deudor anticipa el pago de unas obligaciones y obtiene determinados beneficios, que se concretan en mejores condiciones de las obligaciones que permanecen.

Pero el artículo 71.3.3.º admite prueba en contrario cuando las obligaciones anticipadas contasen con

garantía real y todas las circunstancias que justifican el pago anticipado pueden llegar a desvirtuar la presunción *iuris tantum* que permite su rescisión. Y no será irrelevante a estos efectos que el vencimiento anticipado se haya producido por decisión del deudor o porque los acreedores hayan declarado este como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del acreditado. Bajo la nueva redacción de la Ley Concursal habrá que analizar no solo por qué se satisficieron las obligaciones con garantía real antes de su vencimiento sino la causa del por qué se efectuó ese anticipo. No es lo mismo un vencimiento anticipado y voluntario del deudor que el forzado por los acreedores como consecuencia de un incumplimiento de aquel. La distinción tiene su sentido y deberá ser convenientemente valorada cuando el anticipo de las obligaciones tuviera garantía real, bien se produzca su vencimiento antes o después de la declaración del concurso.

Si opera la rescisión, se exigirá al acreedor la devolución del importe satisfecho con anterioridad a su vencimiento y para el deudor la vuelta del crédito novado a sus condiciones originales. Y si hay garantía real y la obligación principal se ha satisfecho, la garantía debe cancelarse ya que no hay obligación asegurada. Pero el problema aparece si rescindido el pago anticipado, al acreedor no se le restituye de forma simultánea la garantía original, ya que por aplicación del artículo 73, la rescisión y la restitución de la posición del acreedor deben ser simultáneas. ¿Puede el acreedor negarse a devolver el pago

anticipado si de forma simultánea no se le constituye una garantía idéntica a la que disfrutaba? La dicción del artículo 73.3 parece no admitir dudas, ya que el acreedor debe ser restituido en la posición que ostentaba. Y si el pago anticipado deviene ineficaz, la misma suerte debe correr la cancelación de la garantía que debe volver a su situación original.

El problema planteado se puede complicar si el pago anticipado que efectúa el deudor se lleva a cabo mediante dación en pago con el bien gravado con la garantía. La solución no debe, sin embargo, diferir de la que hemos esbozado anteriormente. El acreedor debe devolver el bien recibido en pago de la deuda y tendrá derecho a que la garantía inicial que se canceló se le restituya. Ahora bien, si el acreedor no puede devolver el bien dado en pago porque lo transmitió a un tercero antes del ejercicio de la acción rescisoria, la solución no debe diferir de la analizada y el acreedor de buena fe se puede negar a entregar el bien, o la prestación sustitutiva que establece el artículo 73.2, si de forma simultánea no se le restituye la garantía de la que disfrutaba. No es de extrañar, sin embargo, que ante esta situación la Administración Concursal ofrezca otorgar una garantía sustitutoria que dejase al acreedor en una posición similar a la que tenía al tiempo de la dación en pago. Si este fuera el caso, el acreedor será libre de aceptar o no esa prestación sustitutiva ya que la valoración de la eficacia de la nueva garantía ofrecida recae única y exclusivamente en él y no se le puede imponer que la acepte.