Universidad de Huelva

Departamento Theodor Mommsen

La rescisión de las garantías

Memoria para optar al grado de doctor
presentada por:

José Luis Martos Moreno

Fecha de lectura: 10 de diciembre de 2018

Bajo la dirección de los doctores:

Francisco José León Sanz

Sonia Rodríguez Sánchez

Huelva, 2018

CC BY NC ND

TESIS DOCTORAL

LA RESCISIÓN DE LAS GARANTÍAS

DOCTORANDO

JOSÉ LUIS MARTOS MORENO

DIRECTORES

Prof. Dr. D. FRANCISCO JOSÉ LEÓN SANZ

Profra. Dra. Dª. SONIA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

Huelva. Noviembre 2018

ÍNDICE

ABREVIATURAS **15**

INTRODUCCIÓN **19**

INTRODUZIONE **25**

CAPÍTULO I

EL TRATAMIENTO DE LA RESCISIÓN DE GARANTÍAS EN EL DERECHO ITALIANO

1. Introducción **35**

2. La acción revocatoria ordinaria **37**

2.1. La acción revocatoria ordinaria ejercida fuera del concurso 37

2.1.1. Funciones y naturaleza jurídica 37

2.1.2. El objeto de la acción 40

2.1.3. Presupuestos 41

2.1.3.1. La existencia de un crédito 41

2.1.3.2. El presupuesto objetivo: el denominado como *eventus damni* 42

2.1.3.3. El presupuesto subjetivo desde la perspectiva del deudor y de la contraparte 43

2.1.4. Los efectos de la rescisión 44

2.2. La acción revocatoria ordinaria ejercida en el marco del concurso 45

2.2.1. Los actos revocables 46

2.2.2. Presupuestos sustantivos 46

2.2.2.1. El presupuesto objetivo 46

2.2.2.2. El presupuesto subjetivo 48

2.2.3. Presupuestos procesales 49

2.2.4. Aplicación de la acción revocatoria ordinaria y de la acción revocatoria *fallimentare* 53

2.2.5. Los efectos de la rescisión 53

3. La acción revocatoria fallimentare. Aspectos generales 54

3.1. Naturaleza jurídica y función de la acción 54

3.2. Presupuestos 57

3.2.1. El presupuestos subjetivo: la relevancia del estado de insolvencia del deudor 57

3.2.2. El presupuesto objetivo: el carácter perjudicial del acto 58

3.2.3. El presupuesto temporal: diferentes periodos en función del acto 63

3.3. Objeto de la acción 64

3.3.1. Las garantías como objeto de la acción 65

3.4. Efectos de la revocatoria 67

4. La acción revocatoria *fallimentare* en relación con las garantías 73

4.1. El concepto de la *contextualidad* de las garantías 73

4.2. Algunas cuestiones problemáticas 79

4.2.1. La aplicación de los artículos 67.1.3 y 67.1.4 de la *Legge Fallimentare* a los supuestos de constitución de garantías no contextuales por deudas propias y también por deudas ajenas 79

4.2.2. La aplicación de los artículos 67.1.3 y 67.1.4 de la *Legge Fallimentare* a los supuestos expresamente contemplados 83

4.3. La revocatoria en función del tipo de garantía 84

4.3.1 Garantías reales 85

4.3.1.1. Hipoteca 85

4.3.1.2. Prenda 89

4.3.1.3. Anticresis 96

4.3.2. Garantías personales 98

4.4. Onerosidad y gratuidad de las garantías, contextualidad y garantías «intragrupo» 100

4.4.1. Actos a título gratuito y actos a título oneroso en el *Codice Civile* 100

4.4.2. Actos a título gratuito en la revocatoria *fallimentare* 101

4.4.3. Actos a título oneroso en la revocatoria *fallimentare* 102

4.4.4. Garantías por deuda propia 103

4.4.4.1. Contextuales 103

4.4.4.2. No Contextuales 104

4.4.5. La aplicación de la presunción de onerosidad del artículo 2901.2 del *Codice Civile* a la revocatoria *fallimentare* 105

4.4.6. Garantías por deuda ajena contextuales y no contextuales 112

4.4.7. Garantías «intragrupo» 117

4.4.8. Recapitulación 122

4.5. La rescisión de pagos garantizados 124

4.5.1. La rescisión de pagos garantizados por el concursado 125

4.5.2. La rescisión de pagos garantizados por un tercero 126

5. Los acuerdos de reestructuración de deudas 128

5.1. Los acuerdos de refinanciación homologados ordinarios 128

5.1.1. Encuadre normativo 128

5.1.2. Singularidad y naturaleza jurídica 130

5.1.3. Presupuestos 133

5.1.4. Efectos 136

5.1.4.1. Prohibición de iniciación o continuación de acciones individuales, cautelares o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor 136

5.1.4.2. Adquisición del carácter de crédito prededucible a aquel originado por la nueva financiación 138

5.1.4.3. Exención a la acción rescisoria 140

5.2. Los acuerdos de moratoria 141

5.3. Los acuerdos de refinanciación con acreedores financieros 142

5.4. El proceso de homologación de los acuerdos de refinanciación 147

5.5. La oposición y la falta de impugnación posterior 149

5.6. Consideración final 150

CAPÍTULO II

EL TRATAMIENTO DE LA RESCISIÓN DE GARANTÍAS EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

1. Las fases y la aportación del Derecho norteamericano 156

2. El sistema de refinanciación norteamericano 160

2.1. Introducción 160

2.2. La financiación *Debtor In Possession* 161

2.2.1. Régimen jurídico 161

2.2.2. Procedimiento 165

2.2.3. Tipos 165

2.3. *Cash collateral* 166

3. El *estate* en el Derecho concursal norteamericano 167

4. Las *avoiding powers* 168

4.1. Ineficacia de los actos desde la solicitud de concurso 169

4.2. Impugnación de actos una vez declarado el concurso 171

4.2.1. Las *preferencees* 172

4.2.2. Las *fraudulent transfers and obligations* 176

4.3. Efectos 177

5. Recapitulación 178

CAPÍTULO III

EL SISTEMA DE RETROACCIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO

1. La configuración legal del sistema de reintegración con anterioridad a la Ley Concursal..... 182

2. La retroacción absoluta 184

2.1. El diferente fundamento de la *inhabilitación* del quebrado y de la retroacción 184

2.2. La *nulidad* de los actos anteriores a la declaración de quiebra en la jurisprudencia 187

2.3. El plazo de retroacción 190

3. Las acciones rescisorias especiales 192

3.1. La regulación legal de las acciones rescisorias..... 194

3.1.1. Los pagos anticipados 195

3.1.2. Los negocios realizados a título gratuito 196

3.1.3. Los negocios realizados a título oneroso 197

4. El ejercicio de la acción pauliana en sede concursal 198

5. La rescisión de garantías en el Código de Comercio 200

CAPÍTULO IV

LA ACCIÓN RESCISORIA EN LA LEY CONCURSAL

1. La estructura jurídica de la acción rescisoria desde la perspectiva de la teoría general 209

1.1. El fundamento de la acción rescisoria 209

1.2. La estructura de la acción rescisoria 213

1.2.1. La estructura de la acción rescisoria ordinaria 213

1.2.2. La estructura de la acción rescisoria concursal 215

2. El sistema de reintegración de la Ley Concursal 217

2.1. Contraste con el Código de Comercio 217

2.2. La cláusula general: el artículo 71.1 de la Ley Concursal 221

2.2.1. La declaración de concurso 221

2.2.2. El plazo: los dos años anteriores a la declaración de concurso ... 222

2.2.3. La irrelevancia del estado de insolvencia del deudor 223

2.2.4. Los actos sujetos a rescisión 225

2.2.4.1. El objeto de la rescisión: la rescisión aislada de la garantía o la rescisión conjunta de crédito y garantía 225

2.2.5. La consideración del acto como perjudicial 231

2.2.6. La irrelevancia del fraude 237

2.3. Acreditación de los presupuestos 240

2.3.1. El artículo 71.2 de la Ley Concursal 240

2.3.1.1. Los actos a título gratuito 241

2.3.1.2. Vencimiento anticipado de obligaciones sin garantía real 242

2.3.2. El artículo 71.3 de la Ley Concursal 245

2.3.2.1. Los actos a título oneroso realizados con personas especialmente relacionadas 245

2.3.2.2. Constitución de garantías reales en aseguramiento de obligaciones preexistentes o de garantías que aseguran obligaciones nuevas que sustituyen a las anteriores 248

2.3.2.3. Vencimiento anticipado de obligaciones que sí cuenten con garantía real 249

2.4. Actos no susceptibles de rescisión concursal 250

2.5. Efectos: el artículo 73 de la Ley Concursal 251

2.6. Breves apuntes sobre la acción rescisoria ordinaria en sede concursal 257

2.7. Valoración crítica de la regulación de la acción rescisoria en la Ley Concursal 259

CAPÍTULO V

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

1. Contraste entre la regulación del Derecho nortemaricano y el Derecho italiano 265

2. Situación desde la aprobación de la Ley Concursal en 2003 hasta 2009 270

3. Los acuerdos de refinanciación tras las reformas del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, y de la Ley 38/2011, de 10 de octubre..... 271

4. Los acuerdos de refinanciación tras las reformas del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y de la Ley 9/2015, de 25 de mayo 274

4.1. La opción por mayorías de acreedores delimitadas normativamente en lugar de la formación de clases 275

4.2. La paralización de ejecuciones 276

4.3. El estado del deudor para proceder a la celebración de un acuerdo de refinanciación 278

4.4. Tipología de acuerdos de refinanciación 280

4.4.1. Los acuerdos de refinanciación «atípicos» y el régimen de las garantías otorgadas en virtud de los mismos 281

4.4.2. Acuerdos de refinanciación «colectivos» 285

4.4.2.1. Referencia a las garantías otorgadas en virtud de los acuerdos de refinanciación «colectivos»..... 287

4.4.3. Acuerdos de refinanciación «singulares» 292

4.4.3.1. Referencia a las garantías otorgadas en virtud de los acuerdos de refinanciación «singulares»..... 295

4.4.4. Acuerdos de refinanciación homologados ordinarios..... 296

4.4.4.1. Referencia a las garantías otorgadas en virtud de los acuerdos de refinanciación homologados 298

4.4.5. Efectos de los acuerdos de refinanciación ordinarios 301

4.4.6. Extensión de efectos a otros acreedores en virtud de la homologación..... 302

4.4.7. El procedimiento de homologación de un acuerdo de refinanciación..... 308

4.4.8. Oposición a la homologación..... 308

4.4.8.1. Legitimación para oponerse 309

4.4.8.2. Motivos de la oposición 310

4.4.8.3. Consecuencias de la sentencia que resuelve sobre la oposición 313

5. El ejercicio de acciones de ineficacia frente a los acuerdos de refinanciación.. 314

5.1. Al margen del concurso: el ejercicio de cualquier acción de impugnación315

5.2. En el procedimiento concursal 316

5.2.1. Inmunidad frente a la acción rescisoria concursal si concurren los presupuestos tipificados 316

5.2.2. Impugnación de los acuerdos homologados judicialmente 319

6. Contraste entre la regulación del Derecho italiano y el Derecho español y, a su vez, con el Derecho norteamericano 325

7. Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal 333

8. Propuesta de Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad 338

CAPÍTULO VI

CONTEXTUALIDAD, GARANTÍAS «INTRAGRUPO» Y GARANTÍAS ENTRE PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS

1. Introducción 349

2. Garantías reales contextuales por deuda propia 350

3. Garantías reales contextuales por deuda ajena 352

3.1. Onerosidad o gratuidad de las garantías por deudas ajenas: criterios para su determinación 352

3.2. Procedencia de la contraprestación a favor del garante 361

3.3. Necesidad de ventaja patrimonial a favor del garante para determinar el carácter oneroso 362

4. Garantías reales no contextuales 363

4.1. Garantías no contextuales por deuda propia 364

4.2. Garantías no contextuales por deuda ajena 370

5. Garantías otorgadas entre empresas del mismo grupo: las garantías «intragrupo» 372

5.1. Referencia al concepto de grupo y su aplicación respecto de las presunciones del artículo 71 de la Ley Concursal 372

5.2. Otorgamiento de garantías entre empresas del mismo grupo 377

5.2.1. Garantías otorgadas de la sociedad matriz a la sociedad filial 377

5.2.2. Garantías otorgadas por parte de una sociedad filial a favor de la matriz o entre dos sociedades filiales 379

6. Garantías otorgadas a favor de personas especialmente relacionadas 393

6.1. Aplicación del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal al supuesto en que el concursado es una persona física 393

6.2. Aplicación del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal al supuesto en que el concursado es una persona jurídica 395

CAPÍTULO VII

LA RESCISIÓN DE ALGUNOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS

1. El artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario: una especialidad al sistema de reintegración 401

2. La rescisión en relación con el contrato de *factoring* 409

2.1. Introducción 409

2.2. Consideraciones generales 410

2.3. Excepción al régimen de la acción rescisoria concursal 416

2.3.1. Antecedentes: Redacción originaria de la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero 416

2.3.2. Redacción de la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, tras la aprobación de la Ley Concursal en 2003 y tras la reforma por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público 420

3. La rescisión de la prenda de créditos 422

3.1. Requisitos para la constitución de la prenda de créditos 424

3.2. Los presupuestos para la rescisión de una prenda de créditos 425

3.3. Los efectos de la rescisión de una prenda de créditos 425

4. La rescisión de la prenda de créditos futuros 426

4.1. Los créditos alcanzados por la prenda una vez declarado el concurso 426

4.2. Los presupuestos para la rescisión de una prenda de créditos futuros 431

4.3. Los efectos de la rescisión de una prenda de créditos futuros 433

5. La rescisión de las garantías en relación con el contrato de apertura de crédito y de cuenta corriente bancaria 434

5.1. La rescisión de las garantías en relación con el contrato de cuenta corriente bancaria 434

5.2. La rescisión de las garantías en relación con el contrato de apertura de crédito 436

6. La rescisión de los pagos 438

6.1. La rescisión de los pagos indebidos 438

6.2. La rescisión de los pagos anticipados 439

6.3. La rescisión de los pagos de obligaciones vencidas y exigibles 444

6.4. La rescisión del pago por compensación 448

6.5. Los efectos de la rescisión de los pagos 450

6.6. La rescisión de las devoluciones de préstamos que fueron otorgados por los socios a la sociedad concursada 453

6.7. La rescisión del reparto de dividendos a los socios: acuerdo y pago 456

7. La rescisión de las daciones en pago 461

7.1. La figura de la dación en pago 461

7.2. El carácter perjudicial de la dación en pago 462

7.3. Las presunciones de perjuicio en las daciones en pago 465

7.4. Los efectos de la rescisión de una dación en pago 467

7.4.1. Los efectos de la rescisión de la dación respecto de las garantías 469

CAPÍTULO VIII

EFECTOS DE LA RESCISIÓN DE GARANTÍAS

1. Alcance de la ineficacia y calificación del crédito como consecuencia de la rescisión 474

2. Efectos de la rescisión en función del objeto de la garantía..... 478

2.1. Efectos de la rescisión de una hipoteca 479

2.2. Efectos de la rescisión de la prenda con y sin desplazamiento posesorio . 480

2.3. Efectos de la rescisión de una prenda de acciones representadas mediante anotaciones en cuenta 480

2.4. Efectos de la rescisión de una prenda de acciones representadas mediante títulos 481

2.5. Efectos de la rescisión de una prenda de participaciones sociales 483

2.6. Efectos de la rescisión de una prenda irregular 487

2.7. Efectos de la rescisión de una hipoteca sobre establecimiento mercantil . 487

2.8. Efectos de la rescisión de acuerdos de ejecución extrajudiciales 488

2.9. Efectos de la rescisión de una hipoteca flotante 489

3. Algunas cuestiones en relación con los efectos de la rescisión 490

3.1. Relación entre el artículo 73.2 de la Ley Concursal y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria 490

3.2. Rescisión de una hipoteca que recae sobre una finca cotitularidad del concursado y su esposa 492

3.3. Reintegración de los gastos de formalización del préstamo y de los gastos de constitución de la garantía 494

CONCLUSIONES 497

***CONCLUSIONI*..... 507**

BIBLIOGRAFÍA 517

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AA.VV	Autores Varios
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
Banca, borsa tit. cred.	*Rivista Banca Borsa e Titoli di Credito*
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CC	*Codice Civile* (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262)
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
C.Com	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
Dir. fall.	*Rivista Diritto Fallimentare e delle società commerciali*
Foro it	*Rivista Il foro italiano*
Giur. comm	*Rivista Giurisprudenza Commerciale*
Giur. It	*Rivista Giurisprudenza Italiana*
Il fallimento	*Rivista Il fallimento e le altre procedure concorsuali*
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
Legge 80/2005	*Legge 14 maggio 2005, nº 80. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge n. 35 del 2005, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*
Ley 1/1999	Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras

Ley 17/2014	Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial
Ley 38/2011	Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
Ley 9/2015	Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal
LF	*Legge Fallimentare* (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267)
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LHMPSD	Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión
LMH	Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario
LMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
NIC nº 24	Norma Internacional de Contabilidad nº 24
Nº	Número
Op. cit	*Obra citada*
Pág.	Página
PGC	Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad
RD 878/2015	Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, sobre registro, compensación y liquidación de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, sobre el régimen jurídico de los depositarios centrales de valores y de las entidades de contrapartida central y sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial

RDL 3/2009	Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica
RDL 4/2014	Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial
RDCP	Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación
RDM	Revista de Derecho Mercantil
Riv. Dir. Civ	*Rivista Diritto Civile*
Riv. Dir. Comm	*Rivista Diritto Commerciale*
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
S.App.	Sentencia de la *Corte d´Appello di*
S.Cass.	Sentencia de la *Corte di Cassazione*
S.Trib.	Sentencia del Tribunal de

INTRODUCCIÓN

Las empresas tienen su fuente de crédito en los elementos objetivo-patrimoniales que integran el patrimonio de la organización empresarial. Normalmente, se produce un desfase entre el volumen y el importe de la actividad que desarrollan y las necesidades de crédito que conlleva y los elementos patrimoniales que aseguran el cumplimiento de las obligaciones. Las necesidades de crédito para el desarrollo de la actividad empresarial ordinariamente son superiores a las garantías patrimoniales que se pueden emplear para la cobertura del cumplimiento de los compromisos que se asumen[1].

En los momentos en los que una empresa atraviesa una situación de dificultades económicas, se suele producir un encarecimiento del crédito, unido a una exigencia injustificada o abusiva de garantías. Asimismo, las contrapartes de los empresarios suelen exigir el otorgamiento de garantías para mantener las relaciones que resultan necesarias para la continuidad de la actividad empresarial. Por todo ello, cuando se declara el concurso, ordinariamente, los elementos patrimoniales del activo libres de cargas se pueden haber reducido considerablemente y haberse incrementado la insuficiencia patrimonial para la satisfacción colectiva de los acreedores no garantizados.

En consideración a los problemas que se plantean en este tipo de situaciones, en el Derecho tradicional de quiebras, se tipificaban una serie de supuestos para facilitar la rescisión de las garantías constituidas en el periodo anterior a declaración de la quiebra. Con esta clase de medidas se pretendía dejar sin efecto frente al concurso el otorgamiento de aquellas garantías que se hubieran constituido de forma abusiva. Ahora bien, esto suponía una restricción para acceder al crédito y para lograr el mantenimiento de las relaciones, lo que aumentaba las dificultades para continuar la actividad y evitar la quiebra.

Las acciones rescisorias constituyen una medida que plantea una tensión ineludible con el principio de seguridad jurídica. De ahí, la necesidad de que los supuestos de hecho que determinan que se pueda proceder a la rescisión, deban estar

[1] GONDRA, J.M., «La estructura jurídica de la empresa», en *RDM*, nº 228, 1998, págs. 544-592.

plenamente justificados y claramente definidos, desde la perspectiva de los fines de la ordenación del concurso.

A este respecto, en el tratamiento de la rescisión de las garantías constituidas antes de la declaración del concurso y, en general, de las refinanciaciones y de los acuerdos alcanzados en situaciones de dificultades económicas resulta necesario lograr un difícil equilibrio para facilitar la realización de aquellos actos que sean adecuados para hacer posible la continuidad de la empresa y, al mismo tiempo, para que puedan quedar sin efecto los actos abusivos y los que supongan una disminución injustificada del patrimonio del concursado.

La aprobación de la Ley Concursal en 2003 supuso llevar a buen término el proceso de reforma de la normativa concursal, lo que significó una mejora y la superación, en buena medida, del centenario Derecho de quiebras vigente en el Código de Comercio.

Una de las modificaciones más importantes que introduce la Ley Concursal es la derogación del régimen de retroacción y de las acciones rescisorias especiales previsto en los artículos 878 a 882 del Código de Comercio. La retroacción determinaba, conforme al tenor literal, la nulidad de todos aquellos actos realizados desde la fecha a la que se retrotraían los efectos de la declaración de la quiebra. A su vez, el rigor en la configuración de la retroacción impedía o dejaba sin efectividad la aplicación de las acciones rescisorias especiales.

La Ley Concursal española opta por la técnica de la rescisión como instrumento de reintegración. La configuración normativa de la acción rescisoria pretende objetivar en lo posible el ejercicio de la acción, y, con esta finalidad, se exige como únicos presupuestos que el acto resulte perjudicial y que se realice en los dos años anteriores a la declaración de concurso. En este sentido, no tiene en cuenta la buena fe de la contraparte ni la situación de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto. En materia de efectos, el legislador prevé las consecuencias de la rescisión tan solo respecto de los contratos, pero no respecto de los actos unilaterales, tales como los pagos, ni tampoco da un tratamiento específico a las relaciones accesorias como la constitución de garantías. La calificación del crédito que surge a favor de la contraparte se califica en todo caso como crédito contra la masa, salvo que se aprecie mala fe, en

cuyo caso el crédito se considera como subordinado. En el caso de los pagos y de las garantías, el crédito cuyo pago se rescinde o respecto del que se rescinde la garantía, tiene la calificación que corresponda en el concurso, ya que este crédito, como tal, no se ve afectado por la rescisión.

La indeterminación y la equívoca delimitación normativa del concepto de perjuicio, la irrelevancia del elemento subjetivo de la buena fe y el inapropiado tratamiento de los efectos ponen de manifiesto que no se ha producido la ruptura completa deseada con respecto al anterior régimen de retroacción del Código de Comercio en consideración a la naturaleza rescisoria de las acciones de reintegración. En este sentido, la influencia o la vinculación del Código de Comercio en la configuración de la acción rescisoria en la Ley Concursal es mayor de lo que podría parecer.

Ello plantea un problema estructural y también un problema funcional. Un problema estructural porque la configuración de la acción rescisoria no se ha realizado conforme a la estructura técnica más adecuada de la rescisión desde un punto de vista teórico-jurídico. Ello supone, a su vez, un problema funcional porque, el hecho de que la acción no este correctamente configurada, dificulta su aplicación en relación con las operaciones económicas de intercambio, pues la rescisión determina la obligación de satisfacer el crédito frente a la contraparte de forma inmediata como deuda de la masa. Estas deficiencias inciden especialmente respecto de las garantías y los pagos. La manera en que está configurada la acción rescisoria en Derecho español conduce a que la posibilidad de que se plantee el ejercicio de la misma se incremente en relación con aquellos actos de disposición que consistan en la realización de pagos y en el otorgamiento de garantías, pues en estos casos se produce como consecuencia de la rescisión un incremento de la masa activa por efecto de la reintegración. La configuración de la acción rescisoria afecta de forma particularmente relevante a las refinanciaciones, ya que esta clase de operaciones implican normalmente el pago de obligaciones no vencidas y el otorgamiento de nuevas garantías.

Por otro lado, la regulación de la acción rescisoria, al igual que la Ley Concursal, se dirige a lograr los fines tradicionales del Derecho de quiebras, esto es, la liquidación del patrimonio del concursado para la satisfacción colectiva de los acreedores. La referencia a la continuidad de la actividad del deudor que se hace en la Exposición de

motivos de la Ley no se materializa de manera efectiva en el régimen que se establece. En materia rescisoria, no se establecían excepciones a la rescisión para facilitar acuerdos que puedan favorecer la solución de las dificultades económicas cuando una empresa todavía no es insolvente.

A raíz de la crisis económica iniciada en 2008, se hicieron patentes las deficiencias señaladas en el tratamiento de la reintegración. Por un lado, suponía un obstáculo para llevar a cabo refinanciaciones para hacer posible la continuidad de las empresas solventes pero excesivamente endeudadas y, por otro, una vez declarado el concurso, la acción rescisoria resultaba poco efectiva por la consideración del crédito de la contraparte como deuda de la masa. La gravedad y la importancia sistémica de la crisis, en especial, en el sector financiero, han llevado a adoptar medidas urgentes y a establecer una regulación en el que los acuerdos de refinanciación que cumplan con los requisitos exigidos no puedan ser objeto de rescisión.

Los problemas indicados en relación con la Ley Concursal y sus sucesivas reformas justifican el estudio de los ordenamientos de Derecho comparado. Por un lado, se analiza el Derecho italiano, que es el que presenta mayores similitudes con el Derecho español, que contiene un régimen rescisorio contrastado y que, a su vez, presenta una problemática que hasta cierto punto se asemeja a la que se encuentra en nuestro ordenamiento en la medida en que se ha configurado la acción rescisoria desde la perspectiva de los fines tradicionales del Derecho de quiebras. Por ello, el estudio del Derecho italiano se realiza de manera bastante pormenorizada para analizar las similitudes y el contraste con el Derecho español.

Por otro lado, se hace un estudio del Derecho norteamericano. El interés de este ordenamiento consiste fundamentalmente en que el tratamiento de la rescisión no se hace desde los fines tradicionales del Derecho de quiebras, sino desde la perspectiva de la reestructuración de la empresa como forma de resolver las situaciones de dificultades económicas y los supuestos de insolvencia.

Una vez expuesto el Derecho comparado, se analiza en detalle el Derecho español. En primer lugar, se compara el régimen vigente con el previsto en el Código de Comercio, para apreciar en qué medida ha influido en la configuración de la acción rescisoria en la Ley Concursal.

A continuación se procede al estudio de los acuerdos de refinanciación. Se analiza la normativa introducida en las sucesivas reformas de la Ley Concursal y su incidencia en el tratamiento de la rescisión de las garantías, todo ello a partir de la evolución experimentada desde el año 2009 y, a su vez, en contraste con el Derecho italiano, por sus similitudes con la norma española, y con el Derecho norteamericano, en la que las refinanciaciones se regulan en el marco de un procedimiento concursal orientado a la reestructuración empresarial.

Posteriormente, se analiza la cuestión de la contextualidad de las garantías y de su carácter oneroso o gratuito y, en particular, se estudia de forma detallada la rescisión de las garantías otorgadas entre sociedades pertenecientes al mismo grupo. También en esta parte, resulta de especial interés el contraste con el Derecho italiano.

Para finalizar, se han tratado supuestos específicos de rescisión, como pueden ser la rescisión de las garantías otorgadas para asegurar el contrato de cuenta corriente y apertura de crédito o la especialidad del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario.

La última parte está dedicada al estudio de los efectos de la rescisión, en consideración, naturalmente, a los supuestos en los que la rescisión tiene por objeto la constitución de garantías.

El planteamiento metodológico de esta tesis doctoral responde a un planteamiento tradicional en el pensamiento jurídico que se dirige, por una parte, a facilitar la interpretación del Derecho positivo y, al mismo tiempo, pretende comprender y hacer una crítica del régimen vigente a partir de la experiencia comparada y de la teoría general del Derecho.

Este planteamiento metodológico permite ofrecer una solución interpretativa a determinadas cuestiones que suscita el régimen vigente de las acciones rescisorias concursales y, sobre todo, trata de comprender cuáles son las razones por las que se plantean tensiones en Ley concursal en la regulación de la reintegración y su incidencia con respecto a las garantías. Al mismo tiempo, la relevancia del estudio de la rescisión desde esta perspectiva trasciende las cuestiones meramente teóricas o dogmáticas y contribuye a poner de manifiesto cómo las deficiencias en la forma en que se configura estructuralmente la acción rescisoria tiene trascendencia desde el punto de vista de

política jurídica y presenta una incidencia significativa en consideración a los fines que se pretendan alcanzar.

INTRODUZIONE

Le imprese hanno la loro fonte di credito negli elementi obiettivo-patrimoniale che costituiscono il patrimonio dell'organizzazione aziendale. Normalmente, c'è un divario tra il volume e la quantità di attività che sviluppano e le esigenze di credito e gli elementi patrimoniali che garantiscono l'adempimento degli obblighi. Il fabbisogno di credito per lo sviluppo dell'attività commerciale è generalmente superiore alle garanzie patrimoniali che possono essere utilizzate per coprire l'adempimento degli impegni assunti.

Nei momenti in cui una società sta attraversando una situazione di difficoltà economiche, normalmente si produce un rincaro del credito, insieme a una richiesta di garanzie ingiustificata o abusiva. Allo stesso modo, le controparti degli imprenditori di solito richiedono la concessione di garanzie per mantenere le relazioni necessarie per la continuità dell'attività aziendale. Per tutti questi motivi, quando si dichiara il fallimento, ordinariamente, gli elementi patrimoniali dell'attivo liberi di carichi posonno essere ridotti considerevolmente ed l'insufficienza patrimoniale pue incrementarsi per la soddisfazione collettiva dei creditori non garantiti.

Per quanto riguarda i problemi posti in questo tipo di situazioni, nel Diritto tradizionale di fallimenti, si qualificavano una serie di ipotesi per facilitare la revocatoria delle garanzie costituite nel periodo anteriore a dichiarazione del fallimento. Con queste misure si voleva di lasciare senza effetto nel fallimento il conferimento di quelle garanzie che si sarebbero costituite di forma abusiva. Questo supponeva una restrizione per accedere al credito e una restrizione per mantenere le relazioni, e impediva la continuità dell'attività.

Le azioni revocatorie costituiscono una misura che espone una tensione ineludibile col principio di sicurezza giuridica. Da qui, la necessità che le ipotesi di fatto che determinano che possa procedersi alla revocatoria, debbano essere pienamente giustificati e chiaramente definiti, dalla prospettiva dei fini dell'ordinazione del fallimento.

A tale proposito, nel trattamento della revocatoria delle garanzie costituite prima della dichiarazione del fallimento e, in generale, delle rifinanziamenti e degli accordi raggiunti in situazioni di difficoltà economiche è necessario raggiungere un difficile

equilibrio per facilitare la realizzazione di quegli atti che siano adeguati per fare possibile la continuità dell'impresa e, contemporaneamente, affinché possano rimanere senza effetto gli atti abusivi e quelli che suppongano una diminuzione ingiustificata del patrimonio del fallito.

L'approvazione della Ley Concursal nel 2003 concluse il processo di riforma della normativa sui fallimenti, che ha significato un miglioramento, in larga misura, del regolamento fallimentare vigente nel Código de Comercio.

Uno dei cambiamenti più importanti che la Ley Concursal comportava era l'abrogazione del regime di retroazione e delle azioni revocatorie speciali previste dagli articoli dal 878 al 882 del Código de Comercio. Il regime di retroazione prevedeva la nullità di tutti quegli atti compiuti dal momento in ciu si manifestava l´insolvenza. A sua volta, il rigore nella configurazione dalla retroazione ha impedito o reso inefficace l'applicazione delle azioni revocatorie speciali.

La Ley Concursal ha optato per la tecnica di revocatoria come strumento di reintegrazione. Nella configurazione dell'azione revocatoria, è stato fatto un tentativo di oggettivare il più possibile l'esercizio dell'azione. In questo modo, ha scelto come presupposti, che l'atto sia pregiudizievole e che venga eseguito nei due anni precedenti la dichiarazione di fallimento. In questo senso, non ha tenuto conto della buona fede della controparte o della situazione di insolvenza del debitore al momento dell'esecuzione dell'atto. In termini di effetti, il legislatore ha previsto le conseguenze della revocatoria solo in relazione ai contratti, ma non in relazione ad atti unilaterali, come i pagamenti, ne ha dato un trattamento specifico a relazioni accessorie come la costituzione di garanzie. La qualificazione del credito che si pone a favore della controparte è qualificata in ogni caso come un credito prededucibile, a meno che venga indicata la mala fede, in questo caso il credito è considerato come subordinato.

L'indeterminatezza e la erronea delimitazione normativa del concetto di pregiudizio, l'irrilevanza dell'elemento soggettivo di buona fede e il trattamento inappropriato degli effetti dimostrano che la rottura completa desiderata non si è verificata rispetto al precedente regime di retroazione del Código de Comercio. In questo senso, l'influenza del Código de Comercio nella configurazione dell'azione revocatoria nella Ley Concursal è maggiore di quanto possa sembrare.

Questo pone un problema strutturale e anche un problema funzionale. Un problema strutturale perché la configurazione dell'azione revocatoria non è stata effettuata secondo la struttura tecnica della revocatoria da un punto di vista teorico-giuridico. Ciò solleva, a sua volta, un problema funzionale perché, il fatto che l'azione non sia configurata correttamente, rende la sua applicazione difficile in relazione alle operazioni economiche di scambio, poiché la revocazione determina l'obbligo di soddisfare il credito nei confronti della controparte di forma immediata come debito prededucibile. Queste carenze hanno un impatto particolare su garanzie e pagamenti. Il modo in cui l'azione revocatoria è configurata nella legislazione spagnola comporta la possibilità che l'esercizio della stessa aumenti in relazione a quegli atti di disposizione che consistono nell'effettuare pagamenti e nella concessione di garanzie, poiché in questi casi, si verifica un aumento della massa attiva come risultato della revocatoria. La configurazione dell'azione revocatoria incide in modo particolarmente rilevante sui rifinanziamenti, dal momento che questo tipo di operazioni comporta normalmente il pagamento di obbligazioni non scaduti e la concessione di nuove garanzie.

D'altra parte, la regolamentazione dell'azione revocatoria, come la Ley Concursal, ha come fine il conseguimento degli scopi tradizionali del diritto fallimentare, ossia la liquidazione delle attività del fallito per la soddisfazione collettiva dei creditori. Il riferimento alla continuità dell'attività del debitore che viene fatta nella Dichiarazione di Motivi della Legge non si concretizza efficacemente nel regime stabilito. Per quanto riguarda la revocatoria, non sono stabilite eccezioni alla revocatoria per facilitare accordi che possono favorire la soluzione di difficoltà economiche quando una società non è ancora insolvente.

Una volta che la crisi economica inizia nel 2008, si apprezza che è un regime che scoraggia o suppone un ostacolo per effettuare rifinanziamenti e, al tempo stesso, è un regime che non risolve in modo soddisfacente i problemi di revocatoria. Da un lato, è un compito difficile effettuare un rifinanziamento essenziale per rendere possibile la continuità di aziende solventi, ma eccessivamente indebitate e, dall'altro, una volta dichiarato il fallimento, non si ricorre all´azione revocatoria perché questa ha un'efficacia relativamente limitata. La gravità e l'importanza sistemica della crisi, in particolare nel settore finanziario, ha portato ad assumere misure urgenti e a stabilire

che gli accordi di ristrutturazione dei debiti che soddisfano i requisiti richiesti non possono essere revocati.

I problemi indicati in relazione alla Ley Concursal e le sue successive riforme giustificano lo studio dei sistemi di Diritto comparato. Da un lato, è stato analizzato il Diritto italiano, che è quello che presenta più somiglianze con il Diritto spagnolo, che contiene un regime revocatorio contrastato e che, a sua volta, presenta una problematica che, in certo qual modo, assomiglia a quella presente nel nostro ordinamento nella misura in cui l'azione revocatoria è stata configurata dal punto di vista degli scopi tradizionali del Diritto fallimentare. Pertanto, lo studio fatto del Diritto italiano è uno studio che viene svolto in modo molto dettagliato per analizzare le somiglianze e il contrasto di un regime revocatorio che è configurato con gli stessi scopi del Diritto spagnolo.

D'altra parte, è stato fatto uno studio del Diritto americano. L'interesse di questo ordinamento consiste nel fatto che il trattamento del regime revocatorio non si fa dal tradizionale diritto fallimentare, ma dal punto di vista della ristrutturazione della società come un modo per risolvere situazioni di difficoltà economiche e insolvenza. Dopo aver studiato il Diritto comparato, si analizza il Diritto spagnolo in dettaglio. La prima cosa che è stata fatta è contrastare l'attuale regime con il regime stabilito nel Código de Comercio, per vedere fino a che punto il regime abrogato ha influenzato la configurazione dell'azione revocaria nella Ley Concursal.

Successivamente, si è proceduto a studiare il regime degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Viene analizzato la normativa prevista in relazione agli accordi di rifinanziamento e al loro impatto sulle garanzie, tutto questo basato sull'evoluzione registrata dal 2009 e, a sua volta, in contrasto con il regime previsto nell'ordinamento giuridico italiano, per le suo analogie con la norma spagnola, e con il regime previsto nel Diritto americno, in cui il trattamento del rifinanziamento è effettuato nel quadro di una procedura di fallimento orientata alla ristrutturazione aziendale.

In seguito si analizza la questione della contestualità delle garanzie e della loro natura onerosa o gratuita e, in particolare, è stata studiata in dettaglio la revocatoria delle garanzie prestate da una società del gruppo a favore di un´altra. Anche in questa

parte, il contrasto con il Diritto italiano è di particolare interesse. Infine, si sono trattati casi specifici di revocatoria in relazione alle garanzie, come la revocatoria delle garanzie concesse per garantire il contratto di conto corrente e l'apertura di credito o la specialità dell'articolo 10 della Ley del Mercado Hipotecario.

L'ultima parte si dedica allo studio degli effetti della revocatoria, in considerazione, naturalmente, dei casi in cui la revocatoria ha per oggetto la costituzione di garanzie.

Questa è una tesi in cui l'approccio metodologico risponde a un approccio classico che cerca, da una parte, di facilitare l'interpretazione dell Diritto positivo e, allo stesso tempo, cerca di comprendere e fare una critica dell'attuale regime basato sull'esperienza comparata e la teoria generale.

Tutto ciò mi ha portato, piuttosto che a dare una soluzione interpretativa, a cercare di capire quali sono le ragioni per cui si creano tensioni nel regime di insolvenza in vigore in relazione all'azione revocatoria e alla sua incidenza rispetto alle garanzie. Allo stesso tempo, la rilevanza dello studio del regime revocatorio in relazione alla concessione di garanzie da questa prospettiva non è una questione meramente teorica o dogmatica, ma piuttosto il modo in cui l'azione è strutturalmente configurata e ha anche rilevanza dal punto di vista di politica giuridica e ha un impatto significativo dal punto di vista degli obiettivi che si intendono raggiungere.

CAPÍTULO I

EL TRATAMIENTO DE LA RESCISIÓN DE GARANTÍAS EN EL DERECHO ITALIANO

1. Introducción

2. La acción revocatoria ordinaria

2.1. La acción revocatoria ordinaria ejercida fuera del concurso

2.1.1. Funciones y naturaleza jurídica

2.1.2. El objeto de la acción

2.1.3. Presupuestos

2.1.3.1. La existencia de un crédito

2.1.3.2. El presupuesto objetivo: el denominado como *eventus damni*

2.1.3.3. El presupuesto subjetivo desde la perspectiva del deudor y de la contraparte

2.1.4. Los efectos de la rescisión

2.2. La acción revocatoria ordinaria ejercida en el marco del concurso

2.2.1. Los actos revocables

2.2.2. Presupuestos sustantivos

2.2.2.1. El presupuesto objetivo

2.2.2.2. El presupuesto subjetivo

2.2.3. Presupuestos procesales

2.2.4. Aplicación de la acción revocatoria ordinaria y de la acción revocatoria *fallimentare*

2.2.5. Los efectos de la rescisión

3. La acción revocatoria *fallimentare.* Aspectos generales

3.1. Naturaleza jurídica y función de la acción

3.2. Presupuestos

3.2.1. El presupuesto subjetivo: la relevancia del estado de insolvencia del deudor

3.2.2. El presupuesto objetivo: el carácter perjudicial del acto

3.2.3. El presupuesto temporal: diferentes periodos en función del acto

3.3. Objeto de la acción

3.3.1. Las garantías como objeto de la acción

3.4. Efectos de la revocatoria

4. La acción revocatoria *fallimentare* en relación con las garantías

4.1. El concepto de la *contextualidad* de las garantías

4.2. Algunas cuestiones problemáticas

4.2.1. La aplicación de los artículos 67.1.3 y 67.1.4 de la *Legge Fallimentare* a los supuestos de constitución de garantías no contextuales por deudas propias y también por deudas ajenas

4.2.2. La aplicación de los artículos 67.1.3 y 67.1.4 de la *Legge Fallimentare* a los supuestos expresamente contemplados

4.3. La revocatoria en función del tipo de garantía

4.3.1 Garantías reales

4.3.1.1. Hipoteca

4.3.1.2. Prenda

4.3.1.3. Anticresis

4.3.2. Garantías personales

4.4. Onerosidad y gratuidad de las garantías, contextualidad y garantías «intragrupo»

4.4.1. Actos a título gratuito y actos a título oneroso en el *Codice Civile*

4.4.2. Actos a título gratuito en la revocatoria *fallimentare*

4.4.3. Actos a título oneroso en la revocatoria *fallimentare*

4.4.4. Garantías por deuda propia

4.4.4.1. Contextuales

4.4.4.2. No Contextuales

4.4.5. La aplicación de la presunción de onerosidad del artículo 2901.2 del *Codice Civile* a la revocatoria *fallimentare*

4.4.6. Garantías por deuda ajena contextuales y no contextuales

4.4.7. Garantías «intragrupo»

4.4.8. Recapitulación

4.5. La rescisión de pagos garantizados

4.5.1. La rescisión de pagos garantizados por el concursado

4.5.2. La rescisión de pagos garantizados por un tercero

5. Acuerdos de reestructuración de deudas

5.1. Acuerdos de refinanciación homologados ordinarios

5.1.1. Encuadre normativo

5.1.2. Singularidad y naturaleza jurídica

5.1.3. Presupuestos

5.1.4. Efectos

5.1.4.1. Prohibición de iniciación o continuación de acciones individuales, cautelares o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor

5.1.4.2. Adquisición del carácter de crédito prededucible a aquel originado por la nueva financiación

5.1.4.3. Exención a la acción rescisoria

5.2. Los acuerdos de moratoria

5.3. Los acuerdos de refinanciación con acreedores financieros

5.4. El proceso de homologación de los acuerdos de refinanciación.

5.5. La oposición y la falta de impugnación posterior

5.6. Consideración final

CAPÍTULO I

EL TRATAMIENTO DE LA RESCISIÓN DE GARANTÍAS EN EL DERECHO ITALIANO

1. Introducción

El estudio de la acción revocatoria en el Derecho italiano, como se denomina a la acción rescisoria en este país[2], y el tratamiento de la revocación de las garantías presenta una especial relevancia para la comprensión de esta figura y para el análisis del Derecho español por la influencia que tiene este ordenamiento en la Ley Concursal española con carácter general y, en particular, en materia rescisoria. Algunas de las cuestiones que se han suscitado en relación con la rescisión de las garantías en España se han planteado también en Italia y los criterios allí seguidos por la doctrina y la jurisprudencia pueden servir de referencia para el Derecho español.

La *Legge Fallimentare* de 1942, en su concepción original, es una de las normas concursales europeas que representa mejor, probablemente junto a la Ley alemana de 1870, la *Konkursordnung*, la concepción tradicional o clásica del Derecho de quiebras. La finalidad de la *Legge Fallimentare* consiste en la satisfacción colectiva de los acreedores -cuando una persona se encuentra en estado de insolvencia- según el principio de paridad de trato entre los acreedores. Tanto el procedimiento de liquidación concursal como el concordato preventivo responden originariamente a esta finalidad.

De acuerdo con la finalidad del procedimiento concursal italiano, la acción revocatoria *fallimentare* se dirige a dejar sin efecto frente al concurso los actos de disposición realizados por el concursado en estado de insolvencia con carácter previo a la declaración de concurso, en los plazos que se determinan en cada caso, siempre que la contraparte hubiera tenido conocimiento de la situación de insolvencia. Este conocimiento, en determinados supuestos, se presume por el legislador.

Una vez declarado el concurso, también resulta de aplicación la acción revocatoria ordinaria para la impugnación de todos aquellos actos de disposición realizados por el

[2] En adelante se usará indistintamente acción revocatoria o acción rescisoria, siendo la primera la terminología usada en Derecho italiano para referirse a este tipo de ineficacia.

deudor con anterioridad a los plazos fijados para la acción revocatoria concursal. Uno de los problemas más discutidos por la doctrina italiana consiste en determinar la forma de aplicación de la acción revocatoria ordinaria en sede concursal.

En materia de revocación de garantías, la doctrina y la jurisprudencia italiana se han ocupado de analizar las diferentes cuestiones que se plantean, como la revocación autónoma de las garantías o junto con el negocio principal, la revocación de las garantías por deudas preexistentes, la diferencia del supuesto del otorgamiento de garantías por deuda propia o por deuda ajena, el momento en el que se considera otorgada la garantía en relación con los plazos para el ejercicio de la acción revocatoria concursal, las particularidades de la hipoteca, de la prenda, de la anticresis, de las garantías personales, etc. Con especial atención se ha tratado por la doctrina y la jurisprudencia el tema de las garantías contextuales y, en concreto, cómo se debe entender la contextualidad a los efectos del ejercicio de la acción revocatoria. Esta problemática se ha abordado con particular atención cuando se trata de garantías constituidas por sociedades integradas en el mismo grupo.

En la *Legge Fallimentare* se prevé un régimen riguroso en materia revocatoria en relación con el tratamiento de la constitución de garantías durante el periodo sospechoso, en consonancia con el régimen tradicional de quiebras. El otorgamiento de garantías a favor de un acreedor cuando el deudor ya es insolvente supone la concesión de un derecho de prelación una vez declarado el concurso en contra del principio de la *par conditio creditorum*.

Durante la crisis financiera de 2008 se puso de manifiesto que esta regulación de las garantías en relación con el ejercicio de la acción revocatoria implicaba un obstáculo para llegar a acuerdos de refinanciación o para la obtención de nueva financiación, acuerdos que resultan imprescindibles para hacer posible la continuidad de las empresas que atraviesan una situación de dificultades económicas, pero que pueden ser solventes y rentables mediante una reestructuración del pasivo y/o de la empresa.

Con el fin de promover el mantenimiento de las empresas y evitar la declaración de concurso, se introdujo en la *Legge Fallimentare* una regulación de los acuerdos de refinanciación. El nuevo régimen establece medidas de protección de esta clase de acuerdos siempre que se celebren cumpliendo una serie de requisitos que se dirigen a

asegurar la viabilidad de la empresa, la participación de acreedores que representen la mayoría del pasivo o del pasivo financiero, la buena fe en la negociación y la tutela de los acreedores que no forman parte del acuerdo. El cumplimiento de estos requisitos se garantiza mediante la homologación judicial. Esta solución del Derecho italiano ha influido de forma relevante en la reforma de la Ley Concursal en España y de ahí la trascendencia de conocer también lo dispuesto en la *Legge Fallimentare* en la regulación de los acuerdos de refinanciación

2. La acción revocatoria ordinaria

2.1. La acción revocatoria ordinaria ejercida fuera del concurso

2.1.1. Funciones y naturaleza jurídica

La acción revocatoria ordinaria está prevista en el artículo 2901 *CC*[3]. Se trata de un mecanismo a favor de los acreedores para que estos puedan dirigirse contra los actos de disposición patrimonial del deudor que impliquen una salida injustificada de los bienes en atención a su significación como garantía patrimonial.

[3] Dispone el artículo 2901 *CC* que «*El acreedor, incluso si su crédito está sujeto a una condición o término, puede solicitar que sean declarados ineficaces los actos de disposición de los bienes con los que el deudor ha causado un perjuicio a sus intereses, cuando se cumplan las siguientes condiciones:*

1) que el deudor conociese el perjuicio que el acto acarreaba a sus acreedores o, tratándose de actos anteriores al surgimiento del crédito, el acto fuese dolosamente ordenado con el fin de afectar a su cumplimiento;

2) que, tratándose de actos a título oneroso, el tercero fuese consciente del perjuicio y, en el caso de que el acto fuese anterior al nacimiento del crédito, fuese partícipe de la dolosa orden.

A los efectos de la presente norma, las garantías otorgadas, también por deudas ajenas, son consideradas actos a título oneroso, cuando sean contextuales al crédito garantizado.

No está sujeto a revocatoria el cumplimiento de una deuda vencida.

La ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe».

Para ello, la acción revocatoria puede ser promovida sólo si el acreedor demuestra que el acto de disposición del deudor ha resultado perjudicial, en el sentido de que ha resultado mucho más difícil o imposible la recuperación de su crédito.

Se puede, con ello, afirmar que la *ratio legis* consiste en tutelar a los acreedores respecto a los actos que menoscaban el patrimonio del deudor y que han disminuido la garantía patrimonial de forma injustificada sobre la cual los acreedores, en el momento del nacimiento del crédito, podían confiar[4].

La doctrina siempre se ha planteado sobre qué principios se puede declarar la ineficacia de un acto realizado por el deudor a la vez que un tercero ha adquirido el bien libre de gravámenes.

Dos tesis opuestas han sido defendidas: una procesalista y otra sustantiva o material. Esta última, a su vez, ha sido dividida entre los partidarios de la tesis del ilícito o aquella que tiene como fundamento la nulidad del acto.

Por lo que respecta a la tesis de considerar al acto como ilícito, la revocatoria no sería más que la reacción del ordenamiento contra un acto fraudulento realizado por el deudor directo a sustraer los bienes que están afectos a la garantía de los acreedores.

Los defensores de esta doctrina han afirmado que puesto que el deudor tiene la obligación de no realizar actos en perjuicio de sus acreedores, el ilícito representa la razón justificativa de la ineficacia en todos los casos, tanto aquellos en que la persona que realiza el acto no es aún deudor –denominado como ilícito extracontractual- como aquella en la que el crédito ya ha nacido –denominado como ilícito contractual-[5].

En contra de esta tesis, otra parte de la doctrina ha afirmado, entre otras razones, que es posible hablar de ilícito siempre que haya un comportamiento prohibido por la

[4] Es pacífica esta postura sobre la *ratio legis* de la revocatoria ordinaria, tanto entre la doctrina como entre la jurisprudencia. En este sentido, en la doctrina, *vid.* NATOLI, U., «Azione revocatoria», en *Enciclopedia del Diritto.* Volumen IV, Giuffrè, 1959, pág. 889. En el ámbito jurisprudencial, a título indicativo, la S.Cass. 1691/1991.

[5] NATOLI, U., *op. cit.*, págs. 888 y siguientes. En este sentido, también, BETTI. En BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico,* Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, págs. 268-485.

ley. Y añade que ninguna norma prohíbe al deudor disponer de sus bienes. También se ha argumentado que no se comprende como el tercero, si es partícipe de la ilicitud cometida por el deudor, sólo responde hasta el límite del bien adquirido[6]. Incluso, se ha alegado en contra de la presente tesis que puede declararse la ineficacia sobre actos que son perfectamente legítimos y que prescinden de la mala fe del tercero, como son aquellos actos realizados a título gratuito.

Otro sector doctrinal[7] considera que el acto de disposición debería ser considerado nulo y, por tanto, la declaración de nulidad tendría efectos frente a todos los acreedores. En contra de esta teoría, un sector doctrinal[8] ha afirmado que la revocatoria es un tipo de ineficacia diferente a la nulidad, de tal forma que la ineficacia opera tan solo respecto del beneficiario de la revocatoria.

Por último, se encuentran aquellos autores partidarios de la tesis procesalista[9], de tal manera que, teniendo el efecto de hacer al bien indisponible, sería simplemente una anticipación de la posterior acción ejecutiva que el acreedor puede interponer para obtener la satisfacción del crédito mediante la realización del bien frente a la contraparte del acto de disposición.

Los opositores a esta tesis son, naturalmente, los partidarios de las teorías materiales o sustantivas. «*Que haya un aspecto procesal, no significa que no haya uno sustancial, consistente en tutelar un interés privado prevalente sobre aquellos de otros sujetos, es decir, una posición de derecho sustancial*», alegan los defensores de esta tesis[10].

---

[6] MAGGIORE, R., *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milán, 1960, págs. 38 y siguientes.

[7] CICU, A., *L´obbligazione nel patrimonio del debitore,* Giuffrè, Milán, 1948, págs. 36 y siguientes.

[8] SATTA, S., *Diritto Fallimentare*, CEDAM, Padua, 1996, pág. 205.

[9] SATTA, S., *op. cit.*,pág. 205; BONSIGNORI, A., *Il fallimento,* Padua, 1986, pág. 444.

[10] BIANCA, M., *Diritto Civile,* Milán, 1994, pág. 437.

En la actualidad se puede decir que hay coincidencia en la mayor parte de la jurisprudencia y la doctrina en considerar que la acción revocatoria constituye un instituto con plena autonomía jurídica que se dirige a la tutela del acreedor contra los actos dispositivos y que menoscaban injustificadamente el patrimonio del deudor.

2.1.2. El objeto de la acción

El artículo 2901 *CC* dice textualmente que son revocables «*los actos de disposición*», y aquellos actos que, siendo onerosos o gratuitos, y siendo unilaterales o contractuales, incidan negativamente sobre el patrimonio del deudor disminuyendo, cualitativa o cuantitativamente, la garantía patrimonial del acreedor.

En particular, los actos unilaterales están sujetos a la acción revocatoria sólo en aquellos casos donde se produce un empobrecimiento del patrimonio del deudor. Este hecho, el empobrecimiento del patrimonio del deudor, se produce, por ejemplo, cuando el sujeto renuncia a un determinado crédito[11].

El ejercicio de la acción revocatoria no cuestiona si el acto de disposición realizado por el deudor es válido y eficaz. En el caso de que el acto no fuera válido y eficaz podría ejercerse la acción de nulidad, conforme al artículo 1418 *CC*, o en la hipótesis de anulabilidad, la acción de anulabilidad prevista en los artículos 1425 y siguientes *CC*[12]. Además, es revocable sólo la actividad jurídica del deudor y no los simples actos materiales -como la destrucción o el ocultamiento de un bien-, los actos que no tengan un contenido negocial, o las omisiones, supuestos para los que la ley ha previsto, también, la acción subrogatoria[13]. Por otro lado, en el ámbito de la acción

[11] NICOLÒ, R., *Azione revocatoria tutela dei diritti,* Bolonia, 1953, pág. 232.

[12] BIGLIAZZI, L., «Della tutela dei diritti», en BIGLIAZZI, L., / DONATO, F., / FERRUCCI, R., *Commentario del Codice Civile, Vol. 4*, Turín, 1964, pág. 123.

[13] NICOLÒ ha señalado, sin embargo, que la omisión sí puede ser un acto susceptible de la acción revocatoria del *Codice Civile*. En NICOLÒ, *op. cit.*, pág.233.

revocatoria ordinaria no se admite la revocabilidad de los pagos de deudas vencidas[14], ya sea porque se trata de un acto debido o también porque en el orden civil no se encuentra recogido el principio de la *par conditio creditorum* como ocurre en la *Legge Fallimentare*[15].

El ejercicio de la acción revocatoria ordinaria parece que debe limitarse a los actos *inter vivos*, sin que pueda alcanzar a los actos *mortis causa*, porque, en principio, sólo los primeros son capaces de incidir en el patrimonio del deudor. Los segundos sólo producen efectos después de la muerte del sujeto y, para estos actos, la ley ha previsto remedios jurídicos específicos para tutelar los intereses de los acreedores.

Por consiguiente, el acto dispositivo del deudor puede ser revocable siempre que sea un acto jurídico *inter vivos* de contenido patrimonial. Además, el deudor debe encontrarse en una situación de insuficiencia patrimonial. Este último elemento es determinante y esencial para el ejercicio de la acción rescisoria.

2.1.3. Presupuestos

2.1.3.1. La existencia de un crédito

El primer presupuesto para el ejercicio de la acción revocatoria ordinaria se deduce del artículo 2901 *CC*[16], pues el precepto, sin mencionar el presupuesto de forma

[14] Dispone el artículo 2901.3 *CC* que «*Non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto*». A este respecto, han surgido diferencias entre la doctrina y la jurisprudencia en relación a la revocabilidad de los actos constitutivos de prenda o hipoteca por deudas vencidas. Mientras la doctrina se ha manifestado a favor de excluir la revocabilidad sobre el presupuesto de que si es irrevocable el pago, con más razón debe ser irrevocable la garantía -en este sentido se manifiesta MAFFEI, en MAFFEI, A., *Il danno nella revocatoria*, CEDAM, Padua, 1970, pág. 81-, la jurisprudencia se ha decantado mayoritariamente a favor de la revocabilidad, sobre la base de que se trata de un acto novatorio -entre otras, la S.Cass. 12123/1990- y sobre la base de que el artículo 2901 *CC* se refiere exclusivamente al pago de deudas y no a la constitución de garantías -entre otras, la S.Cass. 8917/1993-.

[15] En adelante, para referirnos a la *Legge Fallimentare*, se usará también la abreviatura *LF*.

[16] Dispone el artículo 2901 *CC* que «*el acreedor puede demandar que sean declarados ineficaces (...)*».

específica, determina que la legitimación para promover la acción corresponde al acreedor. En consecuencia, resulta necesaria la existencia de un crédito como presupuesto para el ejercicio de la acción rescisoria ordinaria. No se considera imprescindible que el crédito sea líquido y exigible[17]. Igualmente, pueden ejercer la acción los acreedores cuyo crédito esté sujeto a condición o a término[18].

Con fundamento en el precepto citado, se admite que para ejercitar la acción no sea necesario que el crédito haya nacido con anterioridad al acto dispositivo realizado por el deudor. La anterioridad o posterioridad del crédito tiene incidencia en la apreciación del presupuesto subjetivo, ya que a la hora de apreciar la buena fe del deudor, resulta relevante si el crédito ya existía y el acto de disposición se realiza para defraudar al acreedor o si el acto es anterior al crédito, en cuyo caso, la actuación fraudulenta debería ser idónea para afectar a cualquier acreedor.

2.1.3.2. El presupuesto objetivo: el denominado como *eventus damni*

El requisito o presupuesto objetivo para el ejercicio de la acción revocatoria lo constituye el perjuicio que el acto ha causado sobre los intereses del acreedor para la satisfacción de su crédito, esto es, el llamado *eventus damni*.

La doctrina determina que entre el acto de disposición y el menoscabo del patrimonio del deudor debe existir una conexión causal. El perjuicio debe estar originado por el acto de disposición que se pretende declarar ineficaz y, en ese sentido, en el momento en que se ejercita la acción el perjuicio aún debe subsistir[19].

La determinación de cuando un acto es o no revocable debe considerar dos momentos diferentes: uno estático y otro dinámico. En primer lugar, debe verificarse si el acto de disposición había ocasionado efectivamente un perjuicio al acreedor y cuál

[17] En este sentido se manifiesta la S.Cass. 1225/1986.

[18] En este sentido, BIANCA, M., *op. cit.*, pág. 438 y la S.Cass. 5178/1977. En contra, NATOLI, U., *op. cit.*, pág. 891.

[19] S.Cass. 6475/1982, *en Giusticia Civile*, 1983, I, pág. 1177. En la doctrina, MAFFEI, A., *Il danno...*, *op. cit.*, págs. 21 y siguientes.

era alcance del perjuicio causado; en este caso el enjuiciamiento se refiere al momento en que el acto fue realizado. En segundo lugar, debe atenderse al momento en el que se promueve la acción revocatoria. Porque puede suceder que el daño producido, subsistente en el momento del cumplimiento del acto, a causa de hechos posteriores, ya no se mantenga en el momento en que el acreedor promueva la acción revocatoria.

2.1.3.3. El presupuesto subjetivo desde la perspectiva del deudor y de la contraparte

El presupuesto subjetivo afecta a la esfera del deudor y a la esfera de la contraparte del acto de disposición. En la exigencia legal del presupuesto subjetivo, el llamado *consilium fraudis*, es preciso distinguir en función de que se trate de actos a título gratuito o de actos a título oneroso, y si fueron realizados con anterioridad o posterioridad al nacimiento del crédito. En la apreciación de este presupuesto subjetivo se ha de analizar separadamente la actuación del deudor y del tercero en el acto de disposición.

En la hipótesis de que el acto de disposición se hubiera realizado a título oneroso pueden plantearse dos supuestos. Si el acto es a título oneroso y es anterior al nacimiento del crédito, el acreedor debe probar que el acto fue doloso por parte del deudor (*animus docendi*)[20] y del tercero (*scientia fraudis*)[21] y que en el momento en que fue realizado el acto, el deudor ya había previsto el nacimiento del crédito y sabía que con tal hecho perjudicaba a los acreedores.

Si, por el contrario, el acto fue posterior al nacimiento del crédito, basta con que pruebe el conocimiento del perjuicio por parte del deudor[22] y que el tercero tenía consciencia de que se estaba causando un perjuicio (*scientia damni*)[23].

---

[20] *«L'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento».*

[21] *«Partecipe della dolosa preordinazione».*

[22] *«Che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore».*

[23] *«Il terzo fosse consapevole del pregiudizio».*

En cambio, en los supuestos en los que el acto de disposición se lleve a cabo a título gratuito, y éste sea anterior al nacimiento del crédito, el acreedor deberá probar el *animus docendi* del deudor, esto es, el dolo por parte del deudor a la hora de realizar el acto, siendo indiferente la actuación por parte del tercero, incluso aunque este último hubiera actuado de buena fe. Por el contrario, si el acto es posterior al nacimiento del crédito, el acreedor deberá probar la *scientia damni*, siendo indiferente también el elemento subjetivo de la contraparte del acto.

Se observa como el elemento subjetivo en los actos a título gratuito se predica tan solo respecto del deudor. El artículo 2901 *CC* expresamente contiene una regulación del elemento subjetivo por parte de la contraparte en aquellos actos realizados a título oneroso. Sin embargo, en la primera parte del precepto, se habla genéricamente de actos de disposición, por lo que el elemento subjetivo desde la perspectiva del deudor parece ser el mismo, con independencia de que se trate de un acto a título gratuito o de un acto a título oneroso.

2.1.4. Los efectos de la rescisión

La acción revocatoria ordinaria –en atención a lo dispuesto en los artículos 2902 a 2910 *CC* y en el artículo 602 del *Codice di Procedura Civile*- opera sólo a favor del acreedor que ejercita la acción, por lo que la ineficacia resulta ser relativa. La contraparte sigue siendo propietaria del bien en la medida en que la revocatoria no produce un efecto restitutorio a favor del deudor. La ejecución que el acreedor tiene la facultad de ejercer una vez obtenida la revocatoria se dirige frente a la contraparte y no frente al deudor.

Esto significa que el acto, no sólo con respecto a terceros sino también entre las partes, sigue siendo perfectamente eficaz: la revocatoria tiene como único efecto el de permitir al acreedor ejecutar el bien, salido definitivamente del patrimonio del deudor, frente a la contraparte adquirente, el cual, pasa a ser sujeto pasivo de la acción ejecutiva y puede hacer valer todas aquellas excepciones reales o personales que el deudor hubiera podido oponer al acreedor.

En el proceso ejecutivo puede participar únicamente el acreedor que ha promovido la acción revocatoria y no los acreedores personales de la contraparte adquirente. Además, la contraparte responde sólo hasta los límites y con el bien sobre el cual se ha obtenido la revocatoria.

La sentencia que declara la revocatoria debe considerarse, en principio, de naturaleza constitutiva, en el sentido de que el acto dispositivo no es ineficaz desde el origen de éste, sino únicamente desde el pronunciamiento judicial, ya que de ser ineficaz desde el principio sería ilógico que lo fuese únicamente respecto al acreedor o los acreedores que promueven la revocatoria[24].

El propio artículo 2901 *CC*, ha previsto que «*la ineficacia del acto no perjudique a los derechos adquiridos por los terceros de buena fe, salvo los efectos de la presentación de la demanda de revocatoria*». Esto significa que si el subadquirente ha adquirido el bien a título oneroso y de buena fe y ha obtenido el título con anterioridad a la presentación de la demanda, su derecho no queda afectado por el ejercicio de una acción revocatoria. En cambio, si el título lo adquirió con posterioridad al ejercicio de la acción y el juez estima la demanda, también se verá alcanzado por la revocatoria. Si la adquisición, en cambio, es de mala fe, la revocatoria del acto originario se extiende también a las sucesivas adquisiciones. En cualquier caso, la revocatoria se extiende a los supuestos de adquisición realizada a título gratuito, con independencia de que hubiera habido buena o mala fe.

2.2. La acción revocatoria ordinaria ejercida en el marco del concurso

El artículo 66 *LF* establece que «*el curador puede demandar que sean declarados ineficaces los actos realizados por el deudor en perjuicio de los acreedores según las normas del Código Civil*».

En consecuencia, la *Legge Fallimentare* permite el ejercicio de la acción revocatoria ordinaria en sede del *fallimento*, pero según las normas del *Codice Civile*.

[24] BIANCA, M., *op. cit.*, pág. 457. En la jurisprudencia, entre otras, la S.Cass. 1142/1986.

El curador[25] puede tener interés en promover la acción revocatoria ordinaria en sede *fallimentare*. Habitualmente este interés se desencadena cuando no concurren los presupuestos temporales -que el acto haya sido realizado en el periodo sospechoso- o sustantivos exigidos para el ejercicio de la revocatoria concursal.

En los sucesivos epígrafes trataremos las siguientes cuestiones: 1) los actos sujetos a revocatoria, 2) la apreciación del daño en la revocatoria ordinaria cuando esta última se ejercita en sede concursal; 3) la necesidad o no de que el crédito exista previamente y si, en caso afirmativo, resulta necesario el dolo en el acto que tiene como fin perjudicar los intereses de los futuros acreedores; 4) la competencia jurisdiccional cuando la acción revocatoria ordinaria se ejercita en sede concursal; 5) y la legitimación activa y pasiva en el ejercicio de la acción revocatoria ordinaria en sede concursal.

2.2.1. Los actos revocables

La doctrina y la jurisprudencia manifiestan de forma unánime que la acción revocatoria ordinaria ejercitada en sede concursal no sufre diferencias en relación con los actos susceptibles de impugnación de cuando la acción se ejercita fuera del concurso. Esta afirmación convierte en innecesaria la reproducción de las cuestiones generales apuntadas en los apartados anteriores. En consecuencia, no estarán sujetos al ejercicio de la acción revocatoria ordinaria ejercida en sede concursal los actos debidos y, en particular, los pagos por deudas vencidas

2.2.2. Presupuestos sustantivos

2.2.2.1. El presupuesto objetivo

El presupuesto objetivo de la revocatoria ordinaria en sede civil es el perjuicio (*eventus damni*) a los intereses de los acreedores que se manifiesta cuando el patrimonio del deudor resulta insuficiente y, a raíz del acto de disposición, se ha producido una disminución del patrimonio del deudor, ya sea cualitativa o cuantitativamente. Ahora

[25] El curador es la figura análoga al administrador concursal en Derecho italiano.

bien, cuando la acción revocatoria se ejercita en sede concursal, hay diferentes posturas acerca de cómo debe entenderse el perjuicio y cuál debe ser el objeto de la prueba por parte del curador.

Un primer sector doctrinal considera que el perjuicio no puede entenderse de otra manera que en conexión con la insolvencia en cuanto que, siendo la acción ejercitada en sede concursal, la acción se dirige a favor de todos los acreedores, y no de uno sólo. Por tanto, el daño debe entenderse referido a la masa pasiva y no viene determinado en un acto en concreto, sino por referencia al estado de insolvencia que le impide hacer frente a las deudas de todos sus acreedores.

Según esta parte de la doctrina, el daño debe ser considerado sobre la masa pasiva en su conjunto existente en el momento en que se promueve la acción[26].

Una pequeña variante a la tesis que se acaba de exponer, es aquella que afirma que estando el daño constituido por referencia a la insolvencia, esta última debe ser apreciada en el momento en que fue realizado el acto, y no en el momento en que se promueve la demanda[27].

Otro sector doctrinal considera que la revocatoria ordinaria es exactamente igual tanto en sede concursal como en sede civil, salvo los aspectos procesales, tales como competencia, legitimación activa y pasiva, etc[28]. En este caso, el daño no se habrá de determinar por referencia a la insolvencia sino por el perjuicio que el acto que se

---

[26] FERRARA manifiesta que «*el daño está representado por la insolvencia o agravamiento de la insolvencia, sin referencia alguna a un acreedor determinado, sino a la colectividad de los acreedores, anteriores y posteriores al acto*», en FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *Il Fallimento,* 5ª Edición, Giuffrè, Milán, 1995, pág. 417. En el mismo sentido, CORSI, F., *La revocatoria ordinaria nel fallimento,* Morano Editore, Nápoles, 1965, págs. 85-122. De igual forma, MAGGIORE nos comenta que «*la esencia del remedio se basa en el único perjuicio posible: aquel en que el acto ha agravado el estado de insolvencia*», en MAGGIORE, R., *Istituzioni di Diritto Fallimentare,* Padua, 1994, pág. 219.

[27] En este sentido SATTA, S., *op. cit.*, pág. 259*:* «*la existencia del daño debe ser evaluada en referencia al tiempo en que el acto fue realizado, no al tiempo del fallimento*».

[28] MARTINI, A. DE, «L´eventus damni nella revocatoria fallimentare», en *Riv. Dir. Comm*, 1958, Fascicolo 7-8, pág. 246.

pretende revocar ha producido en conexión con la satisfacción de los intereses de un acreedor determinado que se ha insinuado en el pasivo *fallimentare*[29].

Una última tesis y la que mayor acogida tiene entre la doctrina y la jurisprudencia, es aquella que considera que la manera en que ha de apreciarse el daño no se diferencia en función de que la acción se ejercite fuera o dentro del procedimiento concursal, estando siempre constituida por una disminución de la garantía patrimonial con respecto a los acreedores existentes en el momento en que el acto fue realizado. Sin embargo, y es aquí donde se diferencia con la teoría precedente, el interés para proceder a la revocación es evaluado no con respecto a los acreedores existentes en el momento del cumplimiento del acto, sino con respecto a todos los acreedores existentes en el momento del ejercicio de la acción[30]. En este contexto, no importa que los acreedores existentes en el momento de realización del acto se encuentren también en sede *fallimentare*, puesto que el ejercicio de la acción se dirige a proteger a los acreedores existentes en el momento en que se promueve la acción.

2.2.2.2. El presupuesto subjetivo

En la revocatoria ordinaria ejercitada en sede civil, el acreedor, con las observaciones realizadas al tratar esta cuestión, debe demostrar, en principio, la *scientia damni*, esto es, la actuación consciente del deudor y del tercero de que el acto resulta perjudicial a sus intereses.

Esta situación cambia cuando es ejercitada la acción en sede concursal, ya que parece incongruente que deba también probarse la *scientia damni* frente al deudor y, en

[29] En este sentido se ha manifestado la S.Trib. Padua, de 13 de enero de 2004 manifestó que «*en la revocatoria ordinaria ejercitada conforme al artículo 66 de la Legge Fallimentare el presupuesto subjetivo del tercero no va referido a la insolvencia, sino a la disminución genérica de la garantía patrimonial que se constituye como presupuesto objetivo*». En *Dir. fall.*, 2005, II, pág. 331.

[30] MAFFEI, A., *Il danno..., op. cit.*, págs. 263 y siguientes; GUGLIELMUCCI, L., «L´azione revocatoria ordinaria nel fallimento», en *Il fallimento,* 1991, págs. 891 y siguientes; BONSIGNORI, A., *op. cit.*, pág. 478; En la jurisprudencia, la S.Trib. Catania de 9 de marzo de 1973, en *Dir. fall.*, 1973, II, pág. 757.

ese sentido, parece que bastaría con que se probase el conocimiento del carácter perjudicial por la contraparte, presumiéndose que existe por parte del concursado[31].

Un sector doctrinal se ha manifestado en contra de esta tesis[32] alegando que el cambio de la modalidad de desarrollo del proceso no puede modificar los presupuestos sustanciales, ya que el artículo 66 *LF* remite al *Codice Civile* sin contener diferencia alguna, por lo que el curador, en principio, debería demostrar el elemento subjetivo tanto del deudor como del tercero según las reglas del *Codice Civile*.

2.2.3. Presupuestos procesales

En relación a los sujetos legitimados para promover la acción revocatoria ordinaria en sede *fallimentare*, debe distinguirse en atención a que la acción estuviese ya iniciada o no en el momento de la declaración de concurso.

En el caso de que la acción no estuviera aún iniciada, la doctrina y la jurisprudencia consideran que el único legitimado para promover la acción es el curador, ya que al iniciarse el concurso pasa a ser una acción de masa en cuanto que entran en juego todos los acreedores[33].

Más complejo resulta el supuesto en el que la acción revocatoria ordinaria ya estuviese iniciada una vez que es declarado el *fallimento*. En esta situación, la doctrina ha mantenido posturas dispares.

---

[31] SATTA, S., *op. cit.*, pág. 259; PROVINCIALI, R., *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, 1974, pág. 1150. En la jurisprudencia, la S.Trib. Vigevano de 17 de diciembre de 1973, *en Dir. fall.*, 1974, II, pág. 561: «*el consilium fraudis se presume en el deudor*».

[32] AZZOLINA, U., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Turín, Volumen II, 1961, pág. 1079; BONSIGNORI, A., *op. cit.*, pág. 480; CORSI, F., *op. cit.*, pág. 125. En la jurisprudencia, entre otras, la S.Cass. 1007/1990.

[33] FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *op. cit.*, pág. 418; MAGGIORE, R., *Contributo alla teoría...*, *op. cit.*, pág. 421; De igual forma, la S.Trib. Milán de 21 de septiembre de 1967, en *Giur. It*, 1969, I, 2, pág. 60.

La doctrina mayoritaria considera que una vez se declare el concurso, el curador puede optar entre dos alternativas. La primera consiste en sustituir al acreedor que promovió en un primer momento la acción y, en tal caso, se evitaría la interrupción del proceso; la segunda alternativa provoca la interrupción del proceso y faculta al curador para sustituir al acreedor y proseguir la acción[34].

Según otra tesis diferente, minoritaria en este caso, si la acción ha sido promovida con anterioridad a la declaración de *fallimento* por un acreedor, el curador no puede sustituirlo. El curador debería iniciar de nuevo el proceso para evitar de esta forma que se viese forzado a respetar las medidas que en su caso hubiese adoptado una persona diferente, lo que supondría, por ejemplo, que tal vez no pudiera utilizar los medios probatorios que, en otro caso, hubiese considerado oportunos[35]. Esta corriente alega que mientras la acción del acreedor tiene como finalidad la satisfacción de su propio crédito, aquella ejercitada por el curador tiende igualmente a la revocatoria pero siempre en interés de todos los acreedores; en consecuencia, las dos acciones no se podrían considerar idénticas en la medida en que persiguen una finalidad diferente, por lo que no cabría la sustitución del acreedor que ejercita la acción[36].

En último lugar, existe una tesis que considera que, declarado el concurso, la causa debe ser interrumpida si el curador tiene interés en el ejercicio de la acción, u ocupa la misma posición procesal del acreedor, o tiene derecho a promover otra acción totalmente autónoma. Por el contrario, si el curador no tiene interés en continuar con la causa o no promueve otra acción de manera autónoma, el acreedor recobra la causa contra el concursado para obtener una sentencia de revocatoria.

En relación con la legitimación pasiva, no plantea dudas que si la acción revocatoria ordinaria es promovida una vez ya iniciado el procedimiento concursal, el único legitimado pasivo es el tercero y no el deudor concursado, puesto que se

[34] A favor de esta teoría, MAGGIORE, R., *Contributo alla teoria..., op. cit.*, pág. 221; SATTA, S., *op. cit.*, pág. 256; MAZZOCCA, D., *Manuale di Diritto Fallimentare*, Nápoles, 1996, pág. 310; FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *op. cit,* pág. 487. En la jurisprudencia, la S.Cass. 3485/1977, en *Giustizia Civile*, 1977, I, pág. 722.

[35] PAJARDI, P., *Manuale di Diritto Fallimentare*, 2ª Edición, Giuffrè, 2008, pág. 373.

[36] AZZOLINA, U., *op. cit.*, pág. 1125.

considera que este último ha perdido toda capacidad procesal a favor del curador y, en consecuencia, no es posible que se pueda iniciar una demanda frente a sí mismo.

De igual modo, considera la doctrina mayoritaria que si la acción se inició con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal, por la misma razón por la que no puede demandarse en un juicio contra sí mismo, tampoco puede continuar una causa contra él[37].

Sin embargo, debe llevar a una diferente conclusión si se considera que el curador no puede sustituir al acreedor que ya había iniciado la acción sino que debe comenzar con una nueva acción de manera autónoma. En estos casos en los que se permitiría al acreedor continuar con la causa interrumpida, parece que la acción debería ir dirigida contra el curador, por cuanto es la figura que sustituye al concursado y, por tanto, ocuparía la posición de legitimado pasivo en el proceso de revocatoria.

En relación con la competencia jurisdiccional, el artículo 66 *LF* establece que la acción se promoverá ante el Tribunal *fallimentare*.

En ese sentido, el problema parece haber sido resuelto directamente por la ley para el caso de que el curador promueva la acción una vez iniciado el concurso. Sin embargo, parece no haberse pronunciado cuando la acción ya había sido iniciada con anterioridad a la declaración de concurso y, por tanto, la misma se está llevando a cabo ante otro tribunal.

En este sentido, la *vis attractiva* del ámbito concursal parece primar sobre el principio de *la perpetutatio iurisdictionis*, ya que no se trata de una modificación del estado de hecho que determina la competencia sino de una exclusión de la acción revocatoria efectuada por el acreedor por efecto del *fallimento*[38].

---

[37] FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *op. cit,* pág. 432; En la jurisprudencia, la S.Cass. 3485/1977 y 3158/1976. En contra de esta postura se manifiesta MAGGIORE, quien considera que debe continuar el concursado en el proceso como legitimado pasivo, pues se debe probar contra él el *consilium fraudis.* En MAGGIORE, R., *Contributo alla teoria..., op. cit.*, pág. 209.

[38] SATTA, S., *op. cit.*, pág. 260; MARTINI, A. DE, «L´eventus damni...», *op. cit.*, pág. 164; MAGGIORE, R., *Contributo alla teoria..., op. cit.*, pág. 218; CORSI, F., *op. cit.*, pág. 128.

Por tanto, según este sector doctrinal, cuando se haya promovido la acción revocatoria con anterioridad a la declaración de concurso, una vez se declare, el juicio proseguirá ante el juez *fallimentare*.

En cambio, según otro sector doctrinal[39], la competencia debería permanecer en el tribunal anterior porque no hay razones para derogar el principio de la *perpetutatio iurisdictionis*, puesto que consagra un derecho de naturaleza procesal que no puede quedar afectado sin una norma legal expresa.

En último lugar, hay que hacer referencia a la prescripción de la acción. El artículo 66 *LF* remite a las normas previstas en el *Codice Civile* en todo aquello que no se encuentre expresamente regulado en la *Legge Fallimentare.*

Por tanto, la acción debe prescribir a los cinco años desde la realización del acto[40] y no desde el momento en que la acción puede ser promovida o desde la declaración de concurso.

En la medida en que se trata de la misma acción que puede ejercitarse con anterioridad al concurso por los acreedores, se hace evidente que la apertura del concurso y la designación del curador no afectan a la forma de ejercitarla, sino sólo a la legitimación que éste tiene para poder ejercerla[41].

[39] FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *op. cit*, pág. 906. En el mismo sentido, la S.App. Florencia de 16 de enero de 1956, en *Giur. It*, 1956, pág. 219.

[40] Según lo previsto en el artículo 2903 *CC*: «*La acción revocatoria prescribe a los cinco años de la fecha del acto*».

[41] FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *op. cit*, pág. 90; SATTA, S., *op. cit.*, pág. 257. En la jurisprudencia, la S.Cass. 322/1980, en *Dir. fall.*, 1980, II, pág. 132. En contra se manifiesta PROVINCIALI, que considera que el curador tiene legitimación para ejercer la acción revocatoria durante todo el tiempo que dura el *fallimento*, independientemente de que los cinco años desde que se realizó el acto se cumplan con anterioridad. En PROVINCIALI, R., *op. cit.* pág. 1152.

2.2.4. Aplicación de la acción revocatoria ordinaria y de la acción revocatoria *fallimentare*

De cuanto se ha dicho hasta ahora, parece que la acción revocatoria ordinaria y la acción revocatoria concursal son dos acciones diferentes debido a que, entre otros factores, la *causa petendi* resulta ser diferente.

Ello conlleva que no es posible pasar de una acción a otra so pena de violación del principio de prohibición de la *mutatio libelli*.

En cambio, parece admitirse el ejercicio de las dos acciones cuando el caso concreto presente determinadas particularidades por las cuales se planteen dudas sobre los presupuestos de una u otra acción. Puede, por consiguiente, que tenga eficacia una y no la otra en función de los presupuestos de la acción respectiva que se cumplan en el caso concreto[42].

Asimismo, se ha sostenido que el curador, en el ámbito de su discrecionalidad, pueda ejercitar la acción revocatoria ordinaria también contra los actos realizados en el periodo sospechoso y, contra los cuales también puede ser ejercida la acción revocatoria *fallimentare* conforme al artículo 67 *LF*[43].

2.2.5. Los efectos de la rescisión

El artículo 70.2 *LF* dispone que «*aquel que por efecto de la revocatoria prevista en las disposiciones precedentes ha restituido lo que había recibido, es admitido en el pasivo fallimentare por su eventual crédito*».

Sobre la base de la presente disposición, la contraparte que soporta la revocatoria ordinaria por parte del curador es equiparado a la contraparte en la revocatoria *fallimentare*, en el sentido de que puede hacer valer su crédito mediante la insinuación en el pasivo.

[42] SATTA, S., *op. cit.*, pág. 257; MAZZOCCA, D., *op. cit.*, pág. 310.

[43] D´ALESSANDRO, F., *La revocatoria dei pagamenti nel fallimento*, Milán, 1972, pág. 171; LIBERTINI, M., *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milán, 1974, págs. 114 y siguientes.

Este proceder se explica con fundamento en que en la revocatoria ordinaria ejercida en sede concursal, así como en la revocatoria *fallimentare*, el mecanismo previsto en el artículo 2902 *CC* de postergación del crédito no es aplicable, por cuanto la contraparte no tendría la posibilidad de proceder frente a ningún bien del concursado[44].

En la medida en que se trata de una acción que, aunque se ejercite en el ámbito concursal, presenta todas las características de la acción revocatoria ordinaria se debe admitir la restitución del bien a la contraparte cuando eventualmente se encuentre todavía en el patrimonio del concursado ya que la revocatoria puede ser ejercitada sólo en los límites del carácter perjudicial[45].

3. La acción revocatoria fallimentare. Aspectos generales

La revocatoria *fallimentare* está regulada en el Título II relativo al *Fallimento* y, en concreto, en la Sección III, del Capítulo III, que lleva por rúbrica «*Degli effeti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*», y que abarca los artículos 64 a 71 *LF*.

Estos preceptos no omiten algunas cuestiones de interés en orden al ejercicio de la acción revocatoria concursal. Las lagunas presentes en la *Legge Fallimentare* han llevado a plantear la cuestión acerca de en qué términos es posible recurrir a las disposiciones previstas en el *Codice Civile*.

3.1. Naturaleza jurídica y función de la acción

La primera cuestión que se plantea acerca de la acción revocatoria concursal es la relativa a su naturaleza jurídica. En este punto, se han sostenido posturas diferentes en

[44] CORSI, F., *op. cit.*, págs. 136 y siguientes; MARTINI, A. DE, «Azione revocatoria (diritto privato)», en *Novissimo Digesto italiano*, Turín, 1958, II, pág. 164. Sólo se manifiesta a favor de la aplicación del artículo 2902 *CC*, D´ALESSANDRO, en D´ALESSANDRO, F., *op. cit.*, págs. 130-171.

[45] MAFFEI, A., *Il danno..., op. cit.*, pág. 275.

relación a si la naturaleza jurídica de la acción revocatoria ordinaria es la misma que la acción revocatoria *fallimentare*.

Los problemas que surgen fundamentalmente en función de si consideramos que una y otra tienen la misma naturaleza o no son, por ejemplo, la aplicabilidad o no del artículo 2903 *CC* en materia de prescripción; la aplicabilidad o no del artículo 2901.2 *CC* en materia de onerosidad de las garantías; la posibilidad o no de cambiar la demanda de la acción ordinaria por la *fallimentare* en mitad del proceso y viceversa; si el perjuicio es también un presupuesto en la revocatoria concursal; y si los efectos son los mismos en una y otra acción.

Dos corrientes de pensamiento diferente se han defendido para dar respuesta a las cuestiones planteadas[46]. Por un lado, la llamada «*teoría monista*», que considera que las dos acciones se encuentran dentro de la misma categoría jurídica. Este sector doctrinal, partiendo de la disposición contenida en el artículo 2904 *CC* -último precepto dedicado a la acción revocatoria ordinaria- y que dispone que hay que tener en cuenta las disposiciones relativas a la acción revocatoria en materia *fallimentare*, observa que la salvedad hecha por la ley implica que la acción revocatoria *fallimentare* se encuadra en la figura general de la revocatoria, por lo que no tendría sentido que se tratasen como institutos diferentes. Ello conlleva que la revocatoria concursal también quiere representar una defensa de los acreedores contra los actos del deudor en fraude de sus intereses y que el medio técnico para neutralizar el carácter perjudicial consiste en la declaración de ineficacia[47].

Por el contrario, la llamada «*teoría dualista*» sostiene que las dos acciones son diferentes tanto en la estructura como en la función, en tanto que la revocatoria

[46] Una síntesis de los autores que se acogen a una y otra corriente puede verse en el trabajo de NUZZOLO, E., «Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori (arts 64-71 LF)», en *Giur. comm.*, 1988, I, págs. 101 y 102.

[47] FERRARA,F., / BORGIOLI, A., *op. cit*, pág. 423; PROVINCIALI, R., *op. cit.* pág. 1141, MAGGIORE, R., *Contributo alla teoria… op. cit.*, pág. 12 y siguientes. De la misma forma, DE MARTINI manifiesta que «*también la revocatoria fallimentare tiene la función de reintegrar la responsabilidad patrimonial, a través de la declaración de ineficacia relativa y parcia*l». En MARTINI, A. DE, «Azione revocatoria...», *op. cit.*, pág. 158.

fallimentare trata de regenerar la *par conditio creditorum* infringida por un acto del deudor realizado con carácter previo a la declaración de concurso.

Sin embargo, no todos los autores que conforman la doctrina partidaria de esta segunda tesis -aun partiendo de la consideración de que ambas acciones son diferentes en cuanto a su naturaleza-, alegan los mismos motivos o argumentos para sostener la diferente naturaleza de las mismas. Algún autor[48] considera que mientras la acción revocatoria ordinaria trata de remover el carácter perjudicial del acto realizado por el deudor en consideración a los intereses individuales de los acreedores, la revocatoria *fallimentare* tiene carácter recuperatorio, cuya finalidad es reconstruir el patrimonio del deudor y restablecer la *par conditio*. Otro sector doctrinal sostiene que si se consideran ambas acciones desde un punto de vista funcional, parece no existir inconveniente en admitir que son una sola acción, más o menos modificada por encontrarse en el marco del procedimiento *fallimentare*. Sin embargo, si ambas son analizadas desde el punto de vista de los presupuestos necesarios para que prosperen, las acciones sí resultan ser diferentes, puesto que la revocatoria ordinaria tiene su hecho constitutivo en el carácter perjudicial, en la disminución patrimonial, y la *fallimentare* en la insolvencia del deudor[49].

Y, en último lugar, un sector doctrinal manifiesta que, a diferencia de la revocatoria ordinaria donde el fundamento es el fraude y el *eventus damni*, la revocatoria concursal tiene como fundamento propio la alteración injustificada del principio de la *par conditio*[50].

[48] SEMO, G. DE., *Diritto Fallimentare*, 3ª Edizione, Padua, 1961, pág. 305 y siguientes.

[49] SATTA, S., *op. cit.*, pág. 211.

[50] ROSSI, G., «La revocatoria fallimentare delle ipoteche», en *Riv. Dir. Civ*, 1963, I, pág. 511.

3.2. Presupuestos

3.2.1. El presupuestos subjetivo: la relevancia del estado de insolvencia del deudor

En la acción revocatoria ordinaria, la referencia al presupuesto subjetivo se manifiesta sobre el deudor y sobre la contraparte, de tal forma que se diferencia en función de que se trate de un acto a título oneroso o gratuito, y en atención a que se realice con anterioridad o con posterioridad al nacimiento del crédito.

En la *Legge Fallimentare,* a diferencia de lo que ocurre con la revocatoria ordinaria, el artículo 67 no hace ninguna referencia al presupuesto subjetivo desde la perspectiva del deudor, residiendo sólo en la contraparte el presupuesto relativo al conocimiento del estado de insolvencia del deudor.

En ese sentido, tan solo ha de probarse en la revocatoria concursal el elemento subjetivo de la contraparte, diferenciándose la carga de la prueba, según se refiera a la revocatoria de aquellos actos previstos en el artículo 67.1 *LF*, donde el tercero debe probar que no conocía el estado de insolvencia del deudor; o se trate de aquellos actos previstos en el artículo 67.2 *LF*, donde corresponde al curador probar que el tercero conocía el estado de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto.

La diferencia sustancial entre ambos apartados del mismo precepto reside en el sujeto que tiene la carga de la prueba, pero el contenido de ésta es el mismo en ambos casos: el conocimiento por el tercero del estado de insolvencia del deudor en el momento en que fue realizado el acto.

Se ha sostenido desde un sector doctrinal que, ya que la revocatoria *fallimentare* se encuentra en la categoría general de la acción revocatoria civil, la cual, presupone la conciencia de fraude en el tercero, en la *fallimentare* debe haber un ánimo fraudulento[51]. Sin embargo, sobre la base normativa que se desprende del artículo 67 *LF*, parece que se debe afirmar que la intención fraudulenta no es un elemento exigido para el ejercicio de la revocatoria *fallimentare*. Sobre este punto, el artículo 67 *LF* establece una

[51] Entre otros, FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *op. cit.,*, pág. 427.

disciplina bastante completa por lo que no hay espacio para aplicar, vía analógica, lo dispuesto en la revocatoria prevista en el artículo 2901 *CC.*

El legislador italiano ha configurado el elemento subjetivo tan solo desde la perspectiva de la contraparte del acto que se rescinde y únicamente respecto de aquellos actos realizados cuando el deudor ya se encuentra en estado de insolvencia.

La razón de que el legislador no haya establecido el elemento subjetivo desde el punto de vista del deudor parece encontrar justificación en que, en la medida en que el elemento subjetivo ha de entenderse como conocimiento del estado de insolvencia, resulta superfluo considerar si el deudor tiene o no conocimiento de su propio estado de insolvencia cuando resulta incluso conocido por la contraparte. En ese contexto, si se prueba que la contraparte tenía conocimiento del estado de insolvencia del deudor, se entiende que el deudor también conoce tal estado y actúa en consecuencia.

Además, como puede apreciarse, el régimen de la acción rescisoria concursal se ha configurado en conexión con la insolvencia del deudor. Esta configuración parece consistente con el régimen concursal italiano que responde originariamente a una concepción tradicional del Derecho de quiebras, cuya finalidad es la mejor satisfacción de los acreedores, y no está pensando en principio desde la perspectiva de la continuidad de las empresas y, en ese sentido, entre otras cuestiones, no se adelanta la declaración de concurso a un estado donde el deudor no se encontrase aún en un estado de insolvencia.

3.2.2. El presupuesto objetivo: el carácter perjudicial del acto

El perjuicio es uno de los presupuestos que deben probarse para el ejercicio de la acción revocatoria ordinaria, tal y como establece el artículo 2901 *CC*. En cambio, el artículo 67 *LF* no incluye una mención expresa en relación con el perjuicio. Esta diferencia normativa ha dado lugar a discrepancias a la hora de considerar si el daño constituye o no un presupuesto de la revocatoria concursal.

Este debate ha traído consigo también dos posturas diferenciadas. Una primera, llamada teoría *indemnitaria,* para la cual el daño siempre será un presupuesto de la acción revocatoria, tanto de la ordinaria como de la *fallimentare,* diferenciando según el

autor, si debe presumirse *iuris tantum* o *iuris et de iure*; y una segunda, la *antiindemnitaria*, donde el daño no es presupuesto de la revocatoria *fallimentare*.

Según el sector doctrinal defensor de la primera teoría[52], el perjuicio –que deberá presumirse *iuris tantum*- no se obtiene directamente de los efectos del acto, sino de la presunción del estado de insolvencia en que se encuentra el deudor en el momento en que lo realizó. De esta manera se crea una equivalencia sobre el plano normativo entre estado de insolvencia y la existencia de perjuicio que justificaría esta presunción.

La consecuencia práctica de esta teoría es que el demandado por la revocatoria puede probar que no ha existido perjuicio; que el daño se evalúa en el momento en que el acto fue realizado; que debe haber una conexión entre acto y daño; y, por último, que el perjuicio no se evalúa sólo con referencia a la situación patrimonial del deudor, sino con referencia a la situación de concurso, porque subsiste no sólo cuando un acreedor recibe menos, sino también por el hecho de que un acreedor reciba más de lo que le corresponde, violando de esta manera el principio de la *par conditio*[53].

A esta tesis se le ha objetado que la ley dispone la irrelevancia del conocimiento de la conexión entre acto y daño causado, lo que lleva, necesariamente, «*a la irrelevancia, desde el plano objetivo, del daño causado por el acto en el momento de su incumplimiento*»[54].

Otro sector doctrinal, partidario también de la teoría *indemnitaria*, ha tratado de objetivar ésta lo máximo posible en la consideración de que la conexión entre acto y perjuicio no sea necesaria[55]. Estos autores entienden que el acto es ineficaz porque el deudor era ya insolvente en el momento de realización del acto y no cabe admitir ninguna prueba que lo desvirtúe. El acto es ineficaz porque el mismo ha sido realizado

---

[52] FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *op. cit*, pág. 412.

[53] FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *op. cit*, págs. 412 y 430.

[54] MAFFEI, A., *Il danno..., op. cit.*, págs. 141 y siguientes.

[55] MARTINI, A. DE, *Il patrimonio del debitore: nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milán, 1956, pág. 330; PROVINCIALI, R., *op. cit.* págs. 995 y siguientes. La califican como una presunción *iuris et de iure* (*presunzione assoluta).*

durante el periodo de la insolvencia, independientemente de la conexión entre acto y daño.

Los críticos de esta teoría[56] han afirmado que el recurso a la presunción *iuris et de iure* no consigue explicar por qué el legislador debería considerar inadmisible la prueba de la falta de daño, si éste constituye el fundamento de la falta de legitimación del deudor y, por tanto, de la revocatoria concursal.

En los últimos tiempos se ha querido actualizar la primera de las teorías -*indemnitaria*- y se ha sostenido que el presupuesto objetivo está constituido por la idoneidad del acto para resultar perjudicial a los acreedores así como que éste debería ser evaluado *ex ante* y no con respecto a los efectos producidos, por lo que sería necesario realizar un análisis funcional de todo el caso e indagar sobre el verdadero contenido económico de la operación impugnada[57].

Los críticos han sostenido que se convierte al intérprete en una suerte de árbitro de la revocabilidad o no del acto en la medida en que no existen presunciones establecidas de cuando un acto puede resultar perjudicial, así como que esta teoría no escapa al problema de fondo de la tesis *indemnitaria*, esto es, si se debe admitir o no la prueba de la existencia del perjuicio.

Una última manifestación de la tesis *indemnitaria*[58] es aquella que examina el problema del daño desde los intereses que se protegen. Lo importante es que el acto del deudor se haya realizado cuando ya era insolvente y no que el acto sea revocable por haber causado la insolvencia. Consideran que la causalidad del acto respecto al perjuicio es del todo irrelevante. De esta manera el perjuicio sería importante desde un punto de vista objetivo y negativo, de tal forma que un acto no sería revocable si no hubiera sido perjudicial.

---

[56] MAFFEI, A, *Il danno..., op. cit.*, pág. 144.

[57] TERRANOVA, G., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, *Tomo I. Parte Generale.* 1ª Edición. 1993, págs. 127 y siguientes y 136 y siguientes.

[58] SATTA, S., *op. cit.*, pág. 209.

Por el contrario, los partidarios de la teoría *antiindemnitaria*[59] consideran que el daño no forma parte de los presupuestos de la revocatoria *fallimentare* porque la exigencia del *eventus damni* no se encuentra en los artículos 64, 65 y 67 *LF*, por lo que el recurso a tal elemento puede ser realizado únicamente prescindiendo de la norma específica y a través de una elaboración interpretativa, cuya justificación resulta discutible.

La jurisprudencia oscila, al igual que ocurre en la doctrina, entre una y otra teoría. Como principios significativos de la mayor parte de aquella puede establecerse que el daño viene normalmente identificado con la violación de la *par conditio creditorum* o en la insolvencia o agravamiento de ésta[60] y que el demandado, en la medida en que se trata de una presunción *iuris tantum*[61] no revisable de oficio, puede demostrar la ausencia del mismo. No basta con demostrar que el acto impugnado causó una ventaja para el deudor, sino que se debe probar que el bien o el dinero recibidos se encuentran en el patrimonio del concursado en el momento en que se ejercita la acción y que son empleados en beneficio de los acreedores respetando el principio de la *par conditio*[62].

Igualmente, ha sido discutido por la jurisprudencia si el daño debe ser evaluado en el momento en que se ejercita la acción revocatoria[63] o, por el contrario, debe atenderse al momento en que el acto fue realizado[64].

El panorama ofrecido por la jurisprudencia italiana no es del todo convincente ni tampoco ofrece una reconstrucción unitaria del instituto de la revocatoria concursal, probablemente porque adopta la decisión valorando caso por caso.

---

[59] ROSSI, G., «La revocatoria fallimentare...», *op. cit.*, págs. 511 y siguientes.

[60] En este sentido, la S.Cass. 9146/1997 y la S.Cass. 9075/1997, en *Dir. fall.*, 1999, II, pág. 93.

[61] En este sentido, la S.Cass. 6082/1990, en *Il fallimento*, 1991, pág. 24. A favor de la presunción *iuris et de iure* del daño, la S.Cass. 9853/1991, en *Il fallimento*, 1992, pág. 48.

[62] En este sentido, la S.App. Milán de 21 de octubre de 1983, en *Il fallimento*, 1984, pág. 557.

[63] Así, la S.Cass. 2590/1967 o la S.App. Milán de 21 de octubre de 1983.

[64] Así, la S.Cass. 3552/1981, en *Il fallimento*, 1981, pág. 783.

Que el perjuicio -tal y como lo establece el artículo 2901 *CC*- no se ha contemplado en el artículo 67 *LF* ni en ninguna otra norma de la Sección es pacífico y no suscita dudas. La cuestión es determinar si es fruto de una *lacuna legis* o se ha establecido de esta manera como consecuencia de la estructura y finalidad de la revocatoria *fallimentare.* De la respuesta que se otorgue al interrogante planteado, se admitirá o no la integración analógica.

El hecho de que el perjuicio forme parte de la estructura de la revocatoria implica, en primer lugar, que el daño se encuentra relacionado con el estado de insolvencia. Implica, además, que sea necesario probar la conexión entre el acto que pretende ser revocado y la situación de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto. Y, por último, implica que el bien objeto de la contraprestación, si se encuentra aún en el patrimonio del concursado, deba restituirse al tercero revocado.

Si se contrastan los artículos 67 *LF* y 2901 *CC,* la diferencia con respecto al elemento objetivo parece evidente. El artículo 2901 *CC* toma en consideración el acto singular y establece que debe ser el acreedor que ejerce la acción el que pruebe que el acto ha resultado perjudicial a sus intereses.

En el artículo 67 *LF* falta cualquier mención del perjuicio y se asume la revocabilidad, no de un determinado acto, sino de una entera categoría de actos que son «*los actos a título oneroso, los pagos y las garantías*». Esta afirmación se confirma por dos motivos. El primero es que esta interpretación es consistente con el título de la Sección III, rubricada «*De los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales a los acreedores*». Y el segundo, porque el artículo 66 *LF*, previendo el recurso de la acción revocatoria ordinaria por parte del curador, dispone que pueden ser declarados ineficaces «*los actos realizados por el deudor en perjuicio de los acreedores, según las normas del Codice Civile*»: este reenvío, en el ámbito *fallimentare*, a las normas del *Codice Civile*, parece significar que ambas acciones se diferencian, entre otros aspectos, en el plano objetivo pues la *Legge Fallimentare* nada prevé, a diferencia de la ordinaria, acerca de la prueba del perjuicio de aquellos actos.

En otros términos, puede afirmarse que los actos enumerados en la *Legge Fallimentare*, como son los actos a título oneroso, los pagos y las garantías realizados en un determinado periodo anterior a la declaración de concurso, deben reputarse como

perjudiciales para los acreedores –como establece el título de la sección III-. La cuestión que se discute en la doctrina y en la jurisprudencia es si se debe entender lo dispuesto en la *Legge Fallimentare* en el sentido de que resulta irrelevante la existencia de perjuicio o si cabe interpretar la norma como una presunción *iuris tantum*.

3.2.3. El presupuesto temporal: diferentes periodos en función del acto

Un último elemento de la revocatoria es el elemento temporal, aquel periodo anterior a la declaración de concurso en el que se ha debido realizar el acto para que pueda ser rescindido.

Tal periodo se ha hecho depender de la clase de acto que sea objeto de la revocatoria. En este sentido, el legislador ha optado por el establecimiento del plazo de un año para los actos a título gratuito –*ex* artículo 64 *LF* -, los pagos anticipados –*ex* artículo 65 *LF* - y aquellos previstos en el artículo 67.1.1, 67.1.2 y 67.1.3[65] *LF*; de seis meses para los actos previstos en el artículo 67.1.4, 67.2 y 68[66] *LF*; no ha previsto un plazo determinado para los actos recogidos en el artículo 69 *LF*, en la medida en que será «*el tiempo en el que el concursado ejercitaba una empresa comercial*»; y, por

[65] *1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso;*

2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento;

3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti

[66] *4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti*

Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

último, ha establecido un plazo de cinco años para los bienes adquiridos por el cónyuge del concursado.

Conviene recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la regulación de la acción revocatoria concursal, no basta con que el acto haya sido realizado en ese periodo, sino que se hace necesario, en determinados casos, que el deudor fuera insolvente en el momento de realizar el acto[67].

3.3. Objeto de la acción

La *Legge Fallimentare* distingue dos grandes categorías de actos que pueden ser objeto de revocatoria concursal: los actos a título oneroso y los actos a título gratuito. El tratamiento es muy diferente para ambos, en cuanto que la revocabilidad de los actos a título gratuito resulta ser mucho más sencilla, tal y como se desprende del artículo 64 *LF*.

En el ámbito de los actos revocables según el artículo 67 *LF*, nos encontramos con tres grandes categorías, incluyéndose en cada uno de ellas actos de muy diversa consideración: los actos a título oneroso que no se encuadran en alguna de las siguientes categorías, los pagos, y los actos constitutivos de un derecho prelación.

[67] Las consideraciones realizadas en relación al elemento temporal serán probablemente susceptibles de modificación una vez que se apruebe el *Codice della crisi e dell´insolvenza.* Este *Codice* ha sido elaborado por encargo de la *Legge 19 ottobre 2017, n 80*, que delega en el Gobierno la reforma de la normativa en materia de crisis empresarial y de insolvencia. En la materia relativa específicamente a la acción rescisoria, las modificaciones previstas son tres. Por un lado, la numeración del articulado difiere con el previsto en la *Legge Fallimentare*. Los artículos 64 a 71 *LF* que regulan el régimen de la acción revocatoria *fallimentare* pasarán a ser los artículos 168 a 176 en el *Codice* citado. La segunda modificación consiste en que la fecha de comienzo de los diferentes periodos sospechosos previstos en los artículos 64, 65, 66 y 67 *LF* es la de la solicitud de concurso, y no la fecha en la que efectivamente se declara el concurso. Y la tercera modificación consiste en la adición de un nuevo precepto (artículo 175). Este artículo establece, por un lado, que la acción revocatoria concursal y el resto de impugnación que pudieran plantearse no pueden ejercitarse transcurridos tres años desde la declaración del concurso –el concurso se le denomina en el *Codice*, no como *fallimento*, sino como *liquidazione giudiziale-;* y, por otro lado, que todas las acciones prescriben a los cinco años desde el cumplimiento del acto.

Todos estos actos deben tener una serie de características para poder ser objeto de la acción revocatoria. En principio, deben ser actos de disposición que comprenden, en determinados casos, que puedan ser revocados negocios meramente declarativos. Deben ser, por regla general, actos imputables al deudor aunque, en ocasiones, también se admita la revocación de actos unilaterales realizados por el acreedor. Los actos deben haber sustraído bienes que normalmente irían destinados a satisfacer a los acreedores o que hayan alterado la *par conditio*. Asimismo, se hace necesario que en el momento de la declaración de concurso los actos hayan concluido. Y, por último, deben haber sido realizados entre sujetos privados, el crédito debe ser existente y la demanda debe tener por objeto la reintegración del patrimonio del concursado.

3.3.1. Las garantías como objeto de la acción

Los derechos de garantía son una de las grandes categorías de grupos de casos que pueden ser objeto de la acción revocatoria. La *Legge Fallimentare* ha dividido la revocatoria de las garantías en los artículos 64 y 67. El artículo 64 *LF* se ocupa de los actos a título gratuito y, por ende, de aquellas garantías constituidas a título gratuito. Por su parte, el artículo 67 *LF* contempla los actos a título oneroso y, en consecuencia, las garantías constituidas a título oneroso.

El artículo 67.1 *LF* prevé dos supuestos diferentes Por un lado, se establece la revocatoria de las garantías por deudas preexistentes no vencidas –*ex* artículo 67.1.3 *LF* - y, por otro, por deudas preexistentes vencidas –*ex* artículo 67.1.4 *LF* -. En estos dos supuestos se determina por el legislador a quién corresponde la carga de la prueba. El curador tiene que probar la concesión de la garantía por parte del deudor en el periodo sospechoso, mientras que la prueba del hecho subjetivo recae en la parte *in bonis*, de tal forma que es la contraparte del acto que se rescinde la que debe probar que no conocía el estado de insolvencia del deudor concursado en el momento de realizar el acto.

Cabe destacar que el periodo sospechoso en el número 3 y número 4 del artículo 67.1 *LF* alcanzan al año y a los seis meses anteriores a la declaración de concurso. La razón de plazos diferentes para cada supuesto parece encontrar justificación en que en el apartado tercero se constituyen garantías concedidas cuando la deuda no está todavía

vencida y, por este motivo, el legislador italiano parece que ha querido sancionar un comportamiento más sospechoso.

Por otro lado, la disciplina del artículo 67.2 *LF* regula la acción revocatoria *fallimentare* sobre los actos normales efectuados por el concursado, entre ellos, la constitución de garantías contextuales. En este caso, el periodo sospechoso está constituido por los seis meses anteriores a la declaración de concurso y la carga de la prueba del elemento temporal y del conocimiento de la insolvencia por parte de la contraparte recae en el curador.

La impugnación por medio de la revocatoria concursal también puede tener por objeto, naturalmente, el negocio jurídico principal. En caso de que se promueva una acción revocatoria contra tal negocio principal, parece superfluo promover también la revocatoria de la garantía, puesto que revocado aquél, automáticamente es revocada la garantía, debido a su carácter accesorio[68].

La acción frente al negocio jurídico principal sólo puede ejercitarse en las garantías prestadas por deudas propias, puesto que en las garantías prestadas por deudas ajenas el curador es un sujeto ajeno al negocio principal y, en consecuencia, este último no puede ser objeto de la revocatoria *fallimentare*. En estos casos, el curador parece que tan solo puede ejercer la acción revocatoria contra la garantía prestada por el garante posteriormente concursado.

El artículo 67 *LF* establece en su apartado cuarto la revocabilidad de la hipoteca judicial. Se deduce que dentro del ámbito de la revocatoria concursal se encuentran también actos que no son propiamente realizados por el propio deudor. Por el contrario, el artículo 2901 *CC*, en relación con la revocatoria ordinaria, menciona expresamente los actos de disposición del deudor en los que, en principio, no cabe incluir, por ejemplo, una hipoteca inscrita como consecuencia de una sentencia, ya que no es un *acto de disposición* del deudor.

[68] En este sentido, SANDULLI manifiesta que «*Qualora sia invece revocato l´atto principale, automáticamente diviene inefficace la stessa garanzia*». En SANDULLI, M., *Gratuità dell´atribuzione e revocatoria fallimentare*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1976, pág 213.

Por otro lado, el artículo 2901 *CC* establece la presunción de que las garantías contextualmente prestadas, incluyendo las establecidas para asegurar una deuda ajena, se consideran actos a título oneroso. A diferencia de lo que ocurre en la revocatoria ordinaria, nada se dice al respecto en la acción revocatoria *fallimentare*, dividiéndose la doctrina y la jurisprudencia entre los que consideran que debería aplicarse tal presunción y los que no se manifiestan en contra de la aplicación de la presunción[69].

Desde la óptica de la función de las dos acciones, la revocatoria concursal, a diferencia de la ordinaria, no trata de remediar la consecuencia dañosa del acto impugnado; tanto es así que son revocables actos que pueden no resultar perjudiciales para el patrimonio del concursado[70]. Por ello, la mejor solución parece ser colectivizar la pérdida, no sólo entre los acreedores existentes en el momento de la declaración de concurso, sino entre una colectividad más amplia, de tal manera que se restituya al concurso aquello que salió del patrimonio del concursado en un tiempo determinado anterior al concurso.

3.4. Efectos de la revocatoria

Los efectos de la acción revocatoria concursal italiana están previstos en el artículo 70.2 *LF*[71]. Dispone el citado precepto que los efectos de la revocatoria

[69] Para un análisis más exhaustivo, véase el apartado III.5.3.2. del presente capítulo: «*La aplicación de la presunción de onerosidad del artículo 2901.2 del Codice Civile a la revocatoria fallimentare*».

[70] En este sentido, MAFFEI dice que «*la llamada acción revocatoria fallimentare, al contrario que la acción pauliana, no tiene entre sus presupuestos el daño causado al acto impugnado, sino que tiende a repartir la pérdida, normalmente derivada de la insolvencia manifestada en la sentencia que declara el concurso, no solamente entre los acreedores existentes en la sentencia que abre el concurso, sino entre una colectividad más amplia. En consecuencia, pueden estar sujetos a la revocatoria fallimentare actos que no han causado perjuicio o incluso aquellos que han producido un incremento en el patrimonio del concursado (…)*». En MAFFEI, A., «La funzione della revocatoria fallimentare», en *Giur. comm*, 1976, I, pág 363.

[71] Antes de ser derogado por el Decreto Legislativo de 9 de enero de 2006, se encontraba regulado en el artículo 71 *LF*.

fallimentare deben ser que la contraparte del acto deberá devolver lo que hubiera recibido del deudor y deberá su crédito ser admitido en el pasivo concursal.

La primera mención del precepto citado es que el tercero, la contraparte del acto, debe restituir a la masa aquello que hubiera recibido. Parece que puede afirmarse que la sentencia de revocatoria no produce propiamente el efecto de transferir de nuevo la propiedad del bien al deudor, sino que tiene un efecto limitado de permitir a la masa satisfacerse sobre ese bien.

En opinión de la mayor parte de la doctrina[72], si ese es el efecto principal de la revocatoria, el tercero no tiene la facultad de sustituir el bien por su equivalente en dinero porque, declarada la ineficacia del acto, la ejecución no puede más que ejercitarse sobre el bien originario salido del patrimonio del deudor[73].

Además, surge un problema eminentemente de naturaleza procesal consistente en la modalidad que deberá usar el curador para retornar a la masa el bien revocado. En la revocatoria concursal, la acción de ejecución se encuentra ya insertada en el procedimiento de expropiación del concurso, el cual tiende a llevar a cabo la liquidación de toda la actividad del concursado en aras a la satisfacción de todos los acreedores. Tal y como establece un sector jurisprudencial[74], una vez declarada la ineficacia del acto, el concurso despliega automáticamente su fuerza ejecutiva. La restitución estaría ya en el procedimiento ejecutivo por antonomasia, el concurso, que se encuentra ya iniciado en el momento en que se declara la revocatoria.

Según la tesis dominante resulta del todo evidente la inaplicabilidad de las normas procesales frente al tercero propietario pues el *fallimento* es ya de por sí un procedimiento ejecutivo. En cambio, no parece haber acuerdo entre la doctrina y la

[72] PROVINCIALI, R., *op. cit.* pág. 1009.

[73] En contra se manifiesta, entre otros, AZZOLINA, quien considera que con el consentimiento del curador, la contraparte del acto rescindido puede pagar el valor del bien revocado en lugar de restituirlo. En AZZOLINA, U., *op. cit.*, pág. 1392. En el mismo sentido se manifiesta SATTA quien considera que si el fin de la acción es la reintegración del patrimonio, el tercero puede liberarse ofreciendo al curador el valor del daño. En SATTA, S., *op. cit.*, pág. 261.

[74] En este sentido, la S.Cass. 3757/1985, en *Il fallimento*, 1986, pág. 28.

jurisprudencia acerca de cómo proceder a la reintegración a la masa del bien revocado y, en consecuencia, poder obtener el curador la posesión de éste.

Una primera tesis considera que la sentencia que revoca el acto constituye, por sí sola, título para obtener la reintegración. Consideran los autores partidarios de esta teoría[75] que la sentencia de revocatoria, tanto ordinaria como concursal, en realidad, es una sentencia de condena, que ha sido diseñada, tanto en el *Codice Civile* como en la *Legge Fallimentare*, para la sucesiva recuperación ordinaria y concursal.

Una crítica a esta tesis se apoya en que no parece facilitar una explicación acerca de cómo podría obtenerse la restitución del bien si el tercero se niega, si no resultan de aplicación las normas procesales relativas a la revocatoria ordinaria. En ese sentido, alegan que una sentencia que contiene solamente la declaración de revocación no podría constituir un título adecuado para conseguir materialmente la posesión del bien.

Otros autores[76] que sostienen también que la sentencia constituye un título ejecutivo, creen necesario articular un concreto procedimiento que permita la recuperación del bien revocado para su integración en la masa. Por este motivo, sostienen la necesidad de un decreto de adquisición tal y como dispone el artículo 25.2 *LF*[77].

Otros[78], partidarios de usar el decreto de adquisición tan solo para aquellos casos urgentes para la conservación del patrimonio, afirman que los medios deben ser los mismos que para los bienes adquiridos por el concursado una vez declarado el concurso: anotarlos en un inventario y tomarlos en custodia, si es necesario con la ayuda de la

[75] BONSIGNORI, A., *op. cit.*, pág. 455. En el mismo sentido, TERRANOVA, G., *Effetti del fallimento..., op.cit.*, pág. 211.

[76] En este sentido, MAGGIORE, R., *Istituzioni..., op. cit.*, pág. 201. En el mismo sentido, FERRARA, F. / BORGIOLI, A., *op. cit*, pág. 419.

[77] Dispone el citado precepto que «*I provvedimenti del giudice delegato sono pronunciati con decreto motivato*».

[78] Así, MAFFEI, A., *Il danno..., op. cit.*, pág. 194; PROVINCIALI, R., *op. cit.* pág. 1015.

fuerza pública, para los bienes muebles, y anotación en los registros públicos de la sentencia de concurso, para los bienes inmuebles[79].

Otra tesis[80], con conclusiones completamente diferentes, sostiene que, para que el curador pueda incluir en la masa el bien revocado, es necesario un explícito pronunciamiento de condena que debe ser pedido expresamente por el curador durante el juicio. De acuerdo con esta opinión, no puede presumirse que los bienes objeto de revocatoria puedan físicamente entrar en el ámbito de disponibilidad del curador por efecto de un simple decreto de adquisición. Una cosa es el procedimiento concursal con efectos ejecutivos y otra que esos efectos basten para eliminar el conflicto entre el tercero que debe pero no quiere restituir el bien que ha sido objeto de revocatoria y el curador, que no tiene poder para devolver físicamente en el concurso los bienes del tercero.

Los partidarios de la primera tesis, es decir, aquellos que consideran que basta el decreto de adquisición, distinguen cuando el objeto de la rescisión es un pago. En tal caso, la sentencia debería contener también la condena del tercero a la restitución de la suma porque la sentencia sería inexigible de manera coactiva.

Los partidarios de la segunda postura consideran que la tesis según la cual basta el decreto de adquisición plantea una suerte de sin sentido, pues si este decreto basta para adquirir un bien mueble, también debería bastar cuando se trata de adquirir una suma de dinero, y no alcanzan a comprender el motivo por el que se admite que el curador pueda adquirir directamente un bien mueble y no se admita tal posibilidad para la adquisición de una suma de dinero. Estos autores consideran que para restituir a la masa el objeto de la revocatoria no cabe más que la condena a la restitución, porque sólo una condena permite, por un lado, tener una disciplina uniforme para todas las hipótesis, sin necesidad de distinguir entre bienes muebles, inmuebles o una suma de dinero y, por otra, poder exigir coactivamente el objeto que se ha revocado, lo cual no sería posible

[79] Así se manifiesta, por ejemplo, la S.Trib. Roma de 26 de enero de 1990, quien establece que «*El efecto recuperatorio de la acción revocatoria promovida por el curador del fallimento en referencia a los bienes inmuebles se consigue con la anotación de la sentencia, sin necesidad de acto posterior*».

[80] MAZZOCCA, D., *op. cit.*, pág. 264; PAJARDI, P., *op. cit.*, pág. 404.

sólo con la declaración de revocatoria pues no tiene la misma fuerza y los mismos efectos que una sentencia de condena.

Con base en este razonamiento, en opinión de algún sector jurisprudencial[81], la sentencia de revocatoria concursal debe contener tanto la declaración como la condena a la restitución del bien, condena que puede ser dictada de oficio por el juez sin que se deba plantear ninguna objeción.

Por otro lado, el artículo 70.2 *LF* también establece que la contraparte del acto que se rescinde tiene derecho a insinuar su crédito en el concurso y a calificarse este último como crédito concursal.

Se ha sostenido por un sector doctrinal y jurisprudencial que el citado crédito no nace de la sentencia de revocatoria sino de la propia restitución del bien que es objeto del acto revocado o del pago efectuado que es objeto de la demanda de revocatoria[82].

Esta calificación del crédito de la contraparte como crédito concursal parece encontrar justificación cuando el objeto de la rescisión es un pago[83]. En estos casos se restaura el crédito de la contraparte como si el pago no se hubiera realizado y se incluye en la masa como crédito concursal. «*Como consecuencia de la rescisión, la contraparte está obligada a devolver lo que recibió como pago del concursado y en esa medida produce un aumento de la masa activa. En este supuesto rescisorio, el crédito de la contraparte se restaura como si no hubiera sido extinguido y se coloca en la misma posición que hubiera tenido de no haber sido pagado*»[84]. Igualmente sería comprensible

[81] A título indicativo, la S.Trib. Catania de 28 de diciembre de 1991.

[82] En este sentido, MAFFEI, A., *Il danno… op. cit.*, pág. 166 y siguientes. Igualmente, la S.Trib. Nápoles de 12 de mayo de 2006. En contra se manifiesta MONTANARI. En MONTANARI. M., «Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato», en *Dir. fall.*, 1982, I, pág. 412.

[83] FERRI jr, G., *Le pretese del terzo revocato nel fallimento*, Giuffre Editore, 2011, págs. 197 y siguientes.

[84] LEÓN SANZ, F.J., «La función de la acción rescisoria desde la perspectiva del tercero: a propósito del libro "Le pretese del terzo revocato nel fallimento de Giuseppe Ferri jr."», en *ADCon*, nº 28, 2013, pág. 187.

tal efecto cuando lo que se impugne sea tan solo la garantía, pues el crédito deberá mantenerse como crédito concursal.

Lo que se discute es la calificación del crédito de la contraparte como crédito concursal cuando el objeto de la rescisión es un contrato bilateral. Aun así, y con base en el artículo citado, de acuerdo con la legislación vigente, cuando el acto objeto de rescisión sea un contrato, una vez rescindido éste, el crédito también debe calificarse como crédito concursal y en ningún caso como crédito contra la masa.

En último lugar, resulta necesario plantear la cuestión relativa a los casos en los que la deuda estuviera garantizada por un tercero. En este supuesto, si el deudor pagara y después fuera declarado en concurso, hay que determinar si una vez revocado el pago, el crédito vuelve a estar asegurado con la garantía. En este sentido, entre la doctrina y la jurisprudencia se han encontrado posturas diferenciadas.

En primer lugar, los partidarios de considerar que, una vez rescindido el pago, el crédito que se restaura no debe estar de nuevo garantizado alegan los siguientes argumentos.

En primer lugar, que no existe un principio general que prevea el renacimiento de la garantía y que el artículo 2881[85] *CC*, previsto en materia de hipoteca, no puede ser considerado como un principio general, pues se ha previsto como norma especial para ese tipo de garantía y, por ende, no aplicable por analogía al resto de casos.

En segundo lugar, que el artículo 2881 *CC* sólo prevé el renacimiento de la hipoteca en aquellos casos donde la causa de la obligación es declarada nula o inexistente. La revocatoria, al no ser un caso de nulidad ni de inexistencia sino que constituye un supuesto de ineficacia relativa con respecto a los acreedores y al ser el negocio de cumplimiento entre acreedor y deudor perfectamente eficaz, la garantía debe considerarse extinguida.

[85] Prevé el citado artículo que «*Salvo diversa disposizione di legge se la causa estintiva dell'obbligazione è dichiarata nulla o altrimenti non sussiste ovvero è dichiarata nulla la rinunzia fatta dal creditore all'ipoteca , e la iscrizione non è stata conservata, si può procedere a nuova iscrizione e questa prende grado dalla sua data*».

Y, en último lugar, que el crédito que el acreedor tiene derecho a insinuar en el pasivo conforme al artículo 70.2 *LF*, se considera que es un crédito diferente al originario.

Entre la jurisprudencia que se ha manifestado en este sentido se encuentra la S.Cass. 18156/2002 que ha considerado que «*La inexistencia, en el ordenamiento civil, de un principio general de renacimiento de las garantías reales o personales en el caso de renacimiento del crédito conlleva que la fianza, prestada en garantía de un crédito originariamente extinto mediante un pago revocado posteriormente por la declaración de concurso del deudor no pueda renacer paralelamente al renacimiento del crédito, ya que el principio de accesoriedad de la fianza implica que rescindido el crédito también implique la rescisión del negocio accesorio pero no que renacido uno, renazca también aquel*».

Por el contrario, los partidarios de que el crédito debería renacer junto con la garantía alegan los dos siguientes motivos.

Por un lado, que el artículo 2881 *CC* es expresión de un principio general según el cual la garantía renacerá cuando desaparece la causa que determina su inexistencia, en la cual puede incluirse también la revocatoria. Y, en segundo lugar, la consideración de que el crédito insinuado en el pasivo concursal es el mismo que el existente con anterioridad[86].

4. La acción revocatoria fallimentare en relación con las garantías

4.1. El concepto de la *contextualidad* de las garantías

Como se desprende del artículo 67 *LF*, el elemento característico que diferencia el apartado primero y el segundo es el concepto de la *contextualidad*.

[86] En este sentido, MAFFEI, A., *Il danno..., op. cit.*, págs. 218 y siguientes; MICHELI, G.A., «Revoca del pagamento della cambiale e reviviscenza dell'avallo», en *Banca, borsa tit. cred*, 1949, I, págs. 369 y siguientes. Entre la jurisprudencia, la S.Trib. Milán de 21 de enero de 1988, la S.App. Catania de 19 de septiembre de 1987 o la S.App. Milán de 1 de abril de 1974.

En el apartado primero, están previstas las hipótesis donde se constituyen garantías no contextuales a la obligación principal, diferenciándose a su vez en función de si las garantías son relativas a deudas preexistentes no vencidas –en cuyo caso será de aplicación el artículo 67.1.3º *LF* - o, en cambio, se refieren a deudas ya vencidas –en cuyo caso será de aplicación el artículo 67.1.4º *LF* -. El apartado segundo recoge la hipótesis de las garantías contextuales a la obligación principal.

Cuando se trate de garantías no contextuales corresponde a la contraparte la carga de probar que no conocía el estado de insolvencia del deudor[87]. En cambio, en los supuestos de garantías contextuales -artículo 67.2 *LF* - el curador es el sujeto que debe probar que la contraparte conocía la situación de insolvencia del deudor[88].

El otorgamiento de una garantía no contextual al negocio principal parece justificar la presunción de que la contraparte conocía el estado de insolvencia, mientras que, cuando la garantía es contextual, no se dan circunstancias que lleven a considerar que la misma no se otorga de una manera normal o prudente, lo que conlleva que no se encuentre justificado el establecimiento de una presunción del conocimiento de la insolvencia por parte de la contraparte.

Esta teoría fue puesta de manifiesto por la S.Cass. de 27 de enero de 1968[89], la cual textualmente manifestó que «*el otorgamiento de una garantía por una deuda contextual entra en la normal prudencia y no constituye índice del conocimiento del estado de insolvencia, sobre la cual se funda el fraude establecido en el primer apartado del artículo 67 de la Legge Fallimentare*».

Esta doctrina quedó confirmada posteriormente por otra sentencia de la misma Corte en la que se explicaba que la razón del tratamiento diferente dado a las garantías prestadas contextualmente frente a aquellas que lo son por deudas preexistentes radica

[87] El artículo 67.1 *LF* comienza diciendo que: «*Sono revocati, salvo che l´altra parte provi che non conosceva lo stato d´insolvenza del debitore (...*)».

[88] El artículo 67.2 *LF* dice al comienzo que «*Sono altresì revocati, se il curatore prova che l´altra parte conosceva lo stato d´insolvenza del debitore...*».

[89] S.Cass. 264/1968, de 27 de enero, en *Dir. fall.*, 1968, pág. 487.

en que unas son actos de normal cautela del acreedor y las otras parecen responder a la necesidad de atender a una situación de inestabilidad del deudor[90].

A la vista del régimen expuesto, resulta esencial determinar qué debe entenderse por contextualidad, en cuanto que de la comprensión de tal concepto variará la aplicación de uno y otro apartado y, en consecuencia, afectará al tratamiento de la carga de la prueba.

En una primera aproximación a lo que debe entenderse por contextualidad, resulta necesario observar que la cuestión debe analizarse no desde un punto de vista cronológico, sino más bien teleológico.

La contextualidad requiere o precisa de la existencia de un nexo causal entre la concesión del crédito y el otorgamiento de la garantía, sin que sea necesario que el crédito y la garantía se concedan simultáneamente, en el mismo momento[91].

La jurisprudencia se ha manifestado en términos similares acerca de qué debe entenderse por el concepto de contextualidad y, en ese sentido, en qué momento puede calificarse una garantía como contextual. Para la jurisprudencia, la determinación de la contextualidad en el otorgamiento de una garantía no se hace depender de que el crédito y la garantía se hayan concedido en el mismo momento temporal, sino de que exista un vínculo esencial en ambos negocios jurídicos, de tal forma que también es contextual

[90] S.Cass. 2798/1978, de 5 de junio, en *Rivista de Giustizia Civile,* 1978, I, pág. 1782.

[91] En este sentido, SACCHI manifiesta que «*a los fines de la determinación del objeto de la prueba, la contextualidad no implica necesariamente la estipulación en el mismo acto y en el mismo momento. Es suficiente que haya un nexo causal entre crédito y garantía*». En SACCHI, R., «La prova della gratuità od onerosità dell`atto compiuto dall`insolvente», en *Giur. comm,* 1995, I, pág. 164. De la misma opinión es LEMBO, quien manifiesta que «*Por contextualidad no debe entenderse identidad cronológica y formal entre la constitución de la deuda y el derecho de prelación del artículo 67.2 de la Legge Fallimentare sino que los dos actos sean contemporáneamente queridos y, por ello, llevados a un único momento genético; también cuando no haya identidad cronológica y formal entre los dos actos*», en LEMBO, M., «Contestualità della garanzia e revocatoria fallimentare», en *Dir. fall.*, 1986, I, pág. 611. Igualmente, MACCHIA, M., «Gli atti soggetti a revoca, ai sensi dell ´art. 67, seconda comma, legge fallimentare», en *Il fallimento,* 1991, pág. 966 y la S.Cass. 2850/1960, de 20 de octubre, en *Dir. fall.,* 1961, II, pág. 22.

una garantía cuando, estando separada en el tiempo de la obligación principal, ambos negocios han sido queridos por las partes en el mismo momento[92].

Siguiendo las opiniones recogidas por la doctrina y la jurisprudencia italiana, la razón para que la contextualidad no dependa de un nexo cronológico parece radicar en que ésta se da cuando el riesgo asumido en la función crediticia se basa en el presupuesto de la concesión de la garantía[93]. De aquí se desprende que debe atenderse desde un punto de vista lógico-funcional y no meramente cronológico, el cual, *per se*, no verifica la interdependencia entre crédito y garantía.

Debe atenderse y dar preferencia, por tanto, al título que da derecho a la constitución de la garantía y no a los requisitos formales que establecen su constitución.

---

[92] En este sentido, la S.Cass. 3601/1991, de 6 de abril, manifiesta que «*la distinción entre crédito contextual y crédito preexistente a los fines de la disciplina establecida en el primer y segundo apartado del artículo 67 de la Legge Fallimentare, a lo que afecta a la concesión de garantías, no se basa en un criterio meramente temporal, sino en la unicidad o no de ambos negocios. La contextualidad no debe entenderse en un sentido meramente cronológico o formal, sino en un sentido lógico que es existente también cuando el acto constitutivo de la obligación y el de la garantía están separados en el tiempo*». En el mismo sentido, la S.Trib. Bari, de 5 de diciembre de 1959, en *Dir. fall.*, 1960, II, pág. 217: «*la contextualidad entre la concesión de crédito y la constitución de la garantía no debe entenderse en sentido meramente cronológico, sino como contemporaneidad de los actos queridos por las partes, también cuando han sido realizados en época diversa*». De igual modo, y de una manera más concisa, la S.Cass. 264/1968, de 27 de enero, en *Dir. fall.*, 1968, II, pág. 489: «*la contextualidad (...) no se fundamenta en un criterio meramente temporal, sino en la unicidad o no de ambos negocios*». Ya en los años noventa, dos sentencias establecieron que «*la contextualidad entre la concesión de crédito y la constitución de la prenda, en concordancias con el artículo 67, apartado segundo, debe entenderse en sentido funcional y no cronológico. A los fines de la aplicación de esa norma, es suficiente que crédito y prenda sean contextualmente queridos, también cuando se establezcan con actos separados o en fecha diversa*» (la S.App. Brescia, de 4 de noviembre de 1991, en *Banca, borsa tit. cred*, 1993, II, pág. 34) y que «*no debía entenderse en sentido cronológico, sino funcional sinalagmático*» (la S.Trib. Turín, de 18 de noviembre de 1992, en *Giur. It*, 1993, I, 2, pág. 193). Por último, en este mismo sentido se pronuncia la S.Cass. 9075/1995, de 29 de agosto, en la que se indica que «*la revocabilidad de las garantías pasa entre otros por la precisión del concepto de contextualidad, que viene entendido no en sentido formal o simplemente cronológico, sino en un sentido preeminentemente sustancial o causal*».

[93] En este sentido, la S.Cass. 12948/1992, de 5 de diciembre, dice que «*la garantía está amparada bajo el concepto de la contextualidad debido a que aquella es la base del riesgo asumido en la operación bancaria (...)*».

En caso contrario, los derechos reales siempre serían por deudas preexistentes y, por tanto, nunca podrían ser calificados como garantías contextuales.

A los efectos de qué tipo normativo aplicar, parece que debe atenderse al título que da derecho a cumplir los requisitos formales para la constitución efectiva de la garantía. En cambio, para el resto de casos, tales como cuál es el objeto de la revocatoria, para el plazo de prescripción y para el periodo sospechoso parece que debe atenderse a los requisitos formales necesarios para su constitución.

Ya que de la contextualidad se derivan las importantes consecuencias que hemos mencionado anteriormente, en lo que a la carga de la prueba se refiere, y porque, además, el curador es un tercero respecto al negocio jurídico que se pretende revocar, es por lo que se exige que la contextualidad sea probada en relación a una fecha determinada.

En consecuencia, resulta necesario analizar desde qué momento debe ser tenida en cuenta la contextualidad de una determinada garantía. La doctrina y la jurisprudencia se dividen entre aquella que considera que la prueba de la contextualidad debe realizarse necesariamente mediante un acto inscrito en fecha cierta[94], llegando incluso algunas sentencias a exigir la prueba mediante escritura pública[95], y aquel otro sector que considera que para probar la contextualidad no es necesario modo específico alguno, sino que incluso basta con una prueba documental[96].

Uno de los temas que mayor conflicto causa en la jurisprudencia italiana es la hipótesis en la que la garantía venga prestada en parte por una deuda preexistente y en

[94] En este sentido, la S.Trib. Roma de 23 de mayo de 1952, en *Giur. It*, 1952, I, 1, pág. 802: «*la contextualidad entre el nacimiento de la deuda y el otorgamiento de la garantía no es oponible a los acreedores si no resulta de un acto inscrito en una fecha cierta (…)*».

[95] En este sentido, la S.Trib. Bari de 5 de diciembre de 1959, en *Dir. fall.*, 1960, II, pág. 217: «*la prueba de la contextualidad no puede ser realizada por medio de testimonios ni a través de una escritura privada con fecha incierta, sino a través de escritura pública con fecha cierta que es cuando se constituye la hipoteca*».

[96] En este sentido, PROVINCIALI, R., *op. cit.* pág. 113: «*siendo la contextualidad un mero hecho, podía ser probada de cualquier modo y, claro está, también testimonialmente*».

parte para asegurar una nueva obligación. En relación a este tema, la jurisprudencia también ha mantenido posiciones enfrentadas. Por un lado, un sector considera que si la garantía ha sido constituida sobre una deuda preexistente y otra parte en función de una deuda contextual a la garantía, el régimen presuntivo del artículo 67.1 *LF* se aplica a la entera operación[97]. En cambio, parte de la jurisprudencia es partidaria de considerar que la garantía otorgada debía considerarse en parte no contextual, por la parte de deuda preexistente, y en parte contextual, para asegurar la obligación actual para la cual se ha llevado a cabo[98].

De seguirse con la primera corriente jurisprudencial, y de considerarse que la garantía debería ser calificada como no contextual sobre la entera operación, parece poder afirmarse que cuando se concede un aumento en el crédito o una prórroga de éste con una constitución de garantía, ésta debería considerarse constituida por una deuda preexistente y, por tanto, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 67.1 *LF*. De seguirse esta argumentación, si la garantía coincide con un aumento del préstamo, la garantía se consideraría no contextual en relación a todo el préstamo, y no únicamente a la parte anterior[99]. Como parece lógico, que pueda aplicarse la disposición contenida en

[97] S.Cass. 969/1998, de 30 de enero, en *Dir. fall.,* 1999, II, pág. 786. En el mismo sentido se manifiesta la S.Cass. 2622/1973, de 17 de octubre de 1973, al decir que «*a los efectos de la revocatoria, contra una garantía concedida por una deuda en parte preexistente, la presunción de conocimiento del estado de insolvencia se extiende a la entera operación*». En *Dir. fall*, 1974, II, pág. 602. Otra sentencia, esta vez del Tribunal de Rímini, establece algo parecido a las dos sentencias anteriormente mencionadas, de tal modo que «*la hipoteca voluntaria en garantía de un pago de preexistente posición del deudor y, a su vez, de una nueva disponibilidad de financiación, está sujeta a la acción revocatoria fallimentare de acuerdo con el sentido del artículo 67.1.3-4*», en la S.Trib. Rímini, de 18 de febrero de 1999, en *Il fallimento*, 1999, pág. 813. En el mismo sentido, la S.Cass. 6558/1997, de 17 de julio, en *Il Fallimento*, 1998, 50.

[98] S.App. Bolonia, de 26 de julio de 1968, en *Giur. It*, 1969, I, 2, pág. 481: «*en la hipótesis de una garantía concedida en parte por una deuda ya vencida y en parte por deudas contextualmente creadas, la acción revocatoria conduce a la ineficacia únicamente de la parte de deuda ya vencida, siempre que el curador no pruebe que el acreedor garantizado conocía el estado de insolvencia del deudor*». En el mismo sentido, la S.Cass., de 27 de enero de 1968, en *Dir. fall.*, 1968, II, pág. 487; y la S.Cass., de 12 de marzo de 1973, en *Dir. fall.*, 1974, II, pág. 51.

[99] S.Cass. 2622/1973, de 17 de octubre, en *Giur. It*, 1974, I, 1, pág. 918. Igualmente, la S.Cass. 9075/1995, de 29 de agosto, consideró que «*a los efectos de la revocatoria prevista en el artículo 67.1.3*

el artículo 67.1 *LF* no implica necesariamente que la garantía sea rescindida de manera automática, pues se permite que la contraparte pueda demostrar que no conocía la situación de insolvencia del deudor.

Otro caso frecuente en la práctica es el del otorgamiento de una garantía en aseguramiento de un contrato de apertura de crédito. En este supuesto la garantía se otorga en conexión con disposiciones concretas de sumas de dinero.

Si el acto constitutivo de la garantía estaba previsto para ulteriores sumas, parece que la garantía deberá reputarse como contextual. En el caso de que la garantía se otorgue de manera general a una apertura de crédito, aquella asegura todas las disposiciones de dinero[100]. Si la garantía se constituye a raíz de alguno de los aumentos del límite de disposición, la garantía debe considerarse como una garantía que asegura una deuda preexistente.

4.2. Algunas cuestiones problemáticas

4.2.1. La aplicación de los artículos 67.1.3 y 67.1.4 de la *Legge Fallimentare* a los supuestos de constitución de garantías no contextuales por deudas propias y también por deudas ajenas

Tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana aceptan que la hipótesis prevista en el artículo 67.1.3 y 67.1.4 *LF* se aplique a la constitución de garantías por deudas propias.

LF., no puede retenerse contextual a la deuda la concesión de una garantía pignoraticia a un banco en ocasión al aumento del préstamo, cuando exista ya una situación deudora con respecto al banco por un préstamo que es posteriormente aumentado». En *Il fallimento*, 1996, pág. 72. En este sentido, la S.Cass. 1204/1963, de 15 de mayo, en *Dir. fall.*, estableció que en caso de una garantía simultánea a una prórroga en la devolución de un préstamo, la deuda preexistente debe tenerse como vencida, y que por tanto será aplicable el 67.1.4, y no el 67.1.3, con la consecuencia de que el periodo sospechoso pasa a ser de seis meses.

[100] En este sentido, la S.Cass. 5592/1996, de 18 de junio, afirmó que «*(…) las garantías reales o personales, prestadas en referencia a una apertura de crédito, asiste naturalmente a todas las posiciones deudoras hasta el final del contrato*».

La cuestión que suscita mayores dudas es si el artículo mencionado con anterioridad es aplicable, además de para las garantías que aseguran deudas del mismo garante -deudor principal y garante recaen en el mismo sujeto-, a garantías por deudas ajenas, es decir, garantías reales que se constituyen para asegurar deudas preexistentes, estén o no vencidas, a favor de otro sujeto diferente del garante y cuyo acreedor no mantiene, en principio, una relación con éste.

A continuación se citarán los argumentos que apoyan la tesis de que la revocatoria de las garantías que se constituyen para garantizar deudas ajenas no está incluida necesariamente en la hipótesis prevista en los artículos 67.1.3 y 67.1.4 *LF*.

En primer lugar, el artículo 2901.2 *CC*, relativo a la acción revocatoria ordinaria, dispone que «*A los efectos de la presente norma, la constitución de garantías, también por deudas ajenas, son considerados actos a título oneroso, cuando son contextuales al crédito garantizado*». Partiendo del texto citado, parte de la doctrina considera que el artículo 67.1 *LF* hace mención, única y exclusivamente, a las «*deudas*» -preexistentes vencidas o no-, pero no recoge de manera exhaustiva como hace el 2901.2 *CC* «*deudas ajenas*», de tal forma que la acción rescisoria concursal no sería de aplicación respecto de estas últimas.

Junto a este argumento, alegan que el fundamento y el fin principal y primordial de la acción revocatoria es la restauración de la *par conditio creditorum*. En este sentido, la paridad de trato se habría vulnerado con la constitución de la garantía en cuestión beneficiando a unos acreedores del garante concursado respecto a otros. En las garantías por deudas ajenas el acreedor de la relación principal no lo es respecto del garante posteriormente en concurso, sino del deudor principal, por lo que no podría usarse tal acción para el restablecimiento de la *par conditio*.

El último argumento que alegan es aquel en virtud del cual el artículo 67.1 *LF* no hace referencia a ningún tipo de garantía personal, ni siquiera a la fianza[101].

[101] CAROPPO, A., «Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1961, pág. 455. Añade CAROPPO que *«(...) el artículo 67.1 de la Legge Fallimentare se refiere exclusivamente al caso de prestación de garantía por deuda propia. Y es así por tres razones: tendría que consagrar expresamente su eficacia respecto a la prestación de garantía por deuda ajena, como hace el artículo 2901 del Codice Civile; porque en el contexto interno del artículo 67*

En relación con la opinión manifestada por la jurisprudencia, un sector recoge, al igual que la doctrina citada, que el artículo 67 *LF* no realiza ninguna referencia a las prestaciones de garantías por deudas ajenas[102]. Por el contrario, otro sector doctrinal considera que entre las hipótesis de los artículos 67.1.3 y 67.1.4 *LF* se encuentra la constitución de garantías por deudas ajenas, de tal manera que la fundamentación principal consiste en la contradicción de los argumentos señalados anteriormente.

En primer lugar, considera poco fundado en Derecho el argumento según el cual la no inclusión de la palabra «*ajena*» en el texto literal del precepto implique que las mismas se excluyan directamente. Considera que la mención del término «*deudas*» se realiza en un contexto genérico y que, por tanto, la no utilización de adjetivos, ya sea «*propias*» o ya sea «*ajenas*», implica necesariamente que no se haya querido restringir el ámbito de aplicación.

LF, ‹‹por deudas›› se entienden las ‹‹deudas propias›› ya que la norma se dirige directamente a la reconstrucción de la par conditio creditorum». En este mismo sentido, BOZZA, B., «Onerosità o gratuità delle garanzie date dal fallito per debito altrui», en *Il fallimento*, 1991, pág. 707.

De la misma opinión es TERRANOVA, cuando manifiesta que «*la disciplina prevista en los citados artículos 67.1.3 y 67.1.4 LF, no puede extenderse a la fianza y al aval, no sólo porque tales normas no hacen mención expresa de éstos y sólo se refieren a la prenda, a la anticresis y a la hipoteca sin hacer una mínima mención a las garantías personales; sino, sobre todo, porque existe una presunción de fraude que no tendría sentido fuera de los casos expresamente previstos*». En TERRANOVA, «Garanzie bancarie e fallimento: la sorte del mandato irrevocabile all´incasso», en *Banca, borsa tit. cred*, 1989, I, pág. 518. Este autor considera, como se ha expuesto, que lo previsto en el artículo 67.1 *LF* no se extiende a las garantías personales, pero sí puede extenderse a la constitución de garantías reales por deudas ajenas. En el mismo sentido, con relación a este tema, SANDULLI comenta que «*observando la dicción literal es ciertamente significativo que en la previsión del artículo 67 LF no se haga mención alguna a las garantías prestadas a favor de un tercero, como el aval y la fianza (...)*». En SANDULLI, M., *Gratuità dell´atribuzione..., op. cit.*, pág. 219. En el mismo sentido, LAMANNA, dice que «*el artículo 67, como ha señalado importante doctrina, no recoge expresamente ni los pagos ni las garantías, en el caso de que los primeros sean efectuados y los segundos prestados por el fallito, a favor de terceros sujetos, distintos del acreedor directo*» así como que «*el artículo 67 no ha querido contemplar (...) en sede de revocatoria de garantías, aquellas prestadas del concursado a favor de terceros*». En LAMANNA, F., «La presunzione di onerosità delle garanzie nella revocatoria fallimentare», en *Il fallimento*, 1993, pág. 935.

[102] S.Cass. 5264/1998, de 28 de mayo, en *Il fallimento*, 1999, pág. 267.

Además, alega que el hecho de que el artículo 2901 *CC* señale que la acción revocatoria ordinaria sea de aplicación tanto a deudas propias como ajenas no resulta relevante, pues podría implicar, simplemente, que el *Codice Civile* contiene una precisión técnica mayor que la que se deriva de la *Legge Fallimentare*, y que, por tanto, no es más que una mera laguna técnico-legislativa.

En cuanto al segundo de los argumentos expuestos anteriormente, este sector doctrinal considera que la finalidad de la acción revocatoria desde el punto de vista de las garantías para asegurar deudas ajenas no deja de ser el restablecimiento de la *par conditio.*

Por último, este sector no parece aceptar como argumento para la inaplicación de los preceptos citados respecto de las garantías por deudas ajenas el hecho de que los artículos 67.1.3 y 67.1.4 *LF* no realicen referencia alguna a las garantías personales.

A estos efectos, entiende que si se parte de la idea de que tales preceptos no contemplan la posibilidad de la revocatoria de garantías por deudas ajenas, sólo podrían ser revocadas éstas a través del artículo 67.2 *LF*, es decir, sólo podrían ser objeto de revocatoria *fallimentare* las garantías contextualmente creadas, y, por tanto, las no contextuales sólo podrían ser agredidas a través de la revocatoria ordinaria. Este argumento parece carecer de sentido, en la medida que con más énfasis tendrían que ser susceptibles de rescisión concursal las garantías para asegurar deudas preexistentes, vencidas o no, a las contextualmente creadas.

Lo expuesto anteriormente acerca de la extensión de los artículos 67.1.3 y 67.1.4 *LF* a la constitución de garantías por deudas ajenas, encuentra también respaldo en la jurisprudencia, de tal forma que un sector manifiesta que la amplia formula legislativa no justifica tal restricción, con la consecuencia de la aplicación también a las garantías constituidas por deudas ajenas[103].

El debate expuesto en relación a las garantías contextuales, ha quedado resuelto tras la reforma operada por la *Legge* 80/2005, ya que el artículo 67.2 *LF*, establece

[103] De esta forma, la S.Cass. 7997/1996, de 2 de septiembre, en *Il fallimento*, 1997, pág. 680 o la S.Cass. 3085/1985, de 20 de mayo, en *Il fallimento*, 1985, pág. 1148.

ahora expresamente la revocatoria de los derechos de prelación por deudas «*también de terceros*».

4.2.2. La aplicación de los artículos 67.1.3 y 67.1.4 de la *Legge Fallimentare* a los supuestos expresamente contemplados

Una de las cuestiones que se suscitan en relación con el artículo 67.1.3 y 67.1.4 *LF* consiste en determinar si los supuestos previstos en el precepto, esto es, los tres derechos reales existentes, hipoteca, prenda y anticresis, constituyen un *numerus clausus* o si, por el contrario, los citados preceptos podrían extenderse a otros casos no previstos expresamente. Este tema es uno de los mayores problemas interpretativos que plantea la aplicación de estas normas.

Algunos autores[104] proponen la taxatividad de las hipótesis previstas. En este sentido, sorprende la falta de argumentación de este criterio por el sector doctrinal que lo mantiene, ya que dan por hecho que no puede extenderse más allá de los supuestos que se recogen, sin facilitar argumentos a favor de su estricta interpretación.

Bastante más desarrollada parece, sin embargo, la opinión del sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario, según la cual los supuestos tasados no constituyen más que hipótesis ejemplificativas que pueden extenderse a todos los negocios constitutivos de garantía sobre bienes del deudor.

En este sentido, los defensores de esta interpretación manifiestan que el artículo 67.1 *LF* no contiene un elenco taxativo de garantías y, a título indicativo, hacen referencia a la cesión de créditos, pues esta figura está indudablemente muy cercana a la prenda cuando es estipulada como medio de garantía[105].

---

[104] FERRARA, F., «In tema de anormalità del mezzo di estinzione delle obbligazioni pecuniarie ai fini dell`art. 67 n.2 della legge fall», en *Foro it.*, 1957, I, pág. 1976; AZZOLINA, U., *op. cit.*, pág. 1353.

[105] BIGIAVI, W., «Cessione di contributi statali per la ricostruzione e revocatoria fallimentare dei pagamenti», en *Banca, borsa tit. cred*, 1958, I, pág. 305. En este mismo sentido, REDENTI, E., «La cessione dei contributi statali come mezzo di pagamento», en *Dir. fall.*, 1957, II, pág. 281. Igualmente, la S.Trib. Catania, de 31 de octubre de 1988, en *Giur. comm.*, 1989, II, pág. 442: «*se ha observado que según la jurisprudencia dominante el elenco de actos contenidos en el artículo 67 LF no es taxativo, sino*

La Corte de Apelación de Bolonia explica claramente porqué debe incluirse la cesión de créditos en los supuestos previstos en el artículo 67 *LF*. «*Se ha dicho que la cesión de créditos es una garantía atípica. La cesión de créditos pro solvendo con función de garantía está considerada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un negocio fiduciario, en cuanto, mediante la transferencia del crédito, el cedente no realiza la función normal solutoria del negocio, sino que persigue indirectamente una función de garantía, mediante la estipulación contextual de un pacto fiduciario, así como de la constitución contextual de una obligación del cesionario de no exigir el crédito si no es en caso de insolvencia del cedente o del incumplimiento de sus obligaciones (…)*»[106].

Ello justifica que negocios jurídicos que cumplen con una función de garantía puedan ser susceptibles de rescisión mediante la aplicación del artículo 67 *LF*.

4.3. La revocatoria en función del tipo de garantía

En el Derecho italiano se ha planteado la cuestión, aunque cada vez con menos intensidad, acerca de cuál debe ser el objeto de revocatoria, si únicamente la garantía o tanto ésta como la obligación principal de la que trae causa.

Según la opinión de un sector doctrinal autorizado[107], minoritario en este campo, el artículo 67 *LF* establece que el objeto de la acción revocatoria es el acto constitutivo

---

meramente ejemplificativo (…)». La Corte de Apelación de Génova, ya en 1960, comentaba que «*la cesión de crédito pro solvendo realizada entre el deudor, después concursado (cedente) y un tercero (cesionario) y constituida con una función de garantía atípica en relación a deudas preexistentes no vencidas, en los dos años anteriores a la declaración de concurso, a la luz de la acción revocatoria fallimentare contra el cesionario se encuadra en lo previsto en el artículo 67.1.3 L.F*», en la S.App. Génova, 23 de febrero de 1960, en *Dir. fall.*, 1960, II, pág. 340. Igualmente, la S.App. Bolonia, de 26 de julio de 1968, en *Giur. It*, 1969, I, 2, pág. 489: «*la acción revocatoria fallimentare de la cesión de crédito en garantía de deudas preexistentes, a raíz del fallimento del cedente, está estipulado en el artículo 67.1.3-4 L.F*». En el mismo sentido, la S.App. Roma, de 7 de diciembre de 1982, en *Rivista Temi Rom*, 1983, pág. 343.

[106] S. App Bolonia, de 26 de julio de 1968, en *Giur. It*, 1969, I, 2, pág. 489.

[107] En este sentido se pronuncian FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *op. cit*, pág. 461.

de la garantía, ya que es lo único que puede haber causado un perjuicio a los acreedores, pero se entiende que también debe extenderse a toda la operación, tanto a la garantía como a la constitución de la obligación -salvo en los casos de garantías prestadas para asegurar una deuda ajena-, ya que hay entre ellas un nexo de interdependencia.

En cambio, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia son partidarios de que el objeto de la revocatoria no es necesariamente la operación completa -tanto garantía como obligación principal-, sino que también cabe ejercer la acción únicamente respecto de la constitución de la garantía, en cuanto que el perjuicio se aprecia desde la perspectiva de la lesión de la *par conditio creditorum*. SATTA[108] considera que revocar la hipoteca no significa que se haya de proceder a la revocación del préstamo del cual la garantía ha sido contextualmente constituida, porque el préstamo en sí y por sí no es un acto que tenga que ser revocado. El préstamo puede mantener su vigencia y ha de ser insinuado en el pasivo.

En la medida en que parece no existir consenso en la doctrina acerca de cuál debe ser el objeto de la revocatoria, resulta necesario realizar un análisis pormenorizado atendiendo de manera individual a cada tipo de garantía.

4.3.1 Garantías reales

4.3.1.1. Hipoteca

La hipoteca, como garantía real más utilizada en el tráfico jurídico, atribuye al acreedor el derecho a obtener la satisfacción de su crédito, también en oposición de su titular, ya sea el deudor o un tercero, mediante la ejecución de los bienes que estén vinculados como garantía a su crédito, y el derecho a ser satisfecho con preferencia con el precio obtenido mediante la ejecución del bien[109].

[108] En este sentido, SATTA, S., *op. cit.*, págs. 250 y siguientes. También, la S.Cass. 9075/1995, de 29 de agosto, en *Il fallimento*, 1996, pág. 72.

[109] Así lo dispone el artículo 2808 *CC*: «*L'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione*».

En relación con la revocación de la hipoteca, una de las cuestiones que se plantea consiste en la determinación del momento a partir del cual es posible el ejercicio de la acción revocatoria. El artículo 2802.2 *CC* establece que la hipoteca se constituye mediante la inscripción en el registro inmobiliario. De ahí que la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia consideren que, en la medida en que la hipoteca sólo se constituye en virtud del cumplimiento de este requisito, sólo a partir de ese momento puede plantearse el ejercicio de la acción revocatoria, independientemente del título que ha dado lugar a la constitución –ya sea un contrato o un acto unilateral[110]-. En la medida en que no se hubiera inscrito la hipoteca, la misma no estaría constituida y, en consecuencia, no se podría considerar como un acto de disposición susceptible de rescisión concursal.

ROSSI ha afirmado que «*la solución a este problema se resuelve con la determinación del objeto de la revocatoria. (…) En cambio, con el art. 2808 CC, el nuevo Código ha establecido expresamente, resolviendo unívocamente una discusión que se discutía en el anterior, que la hipoteca se constituye con la inscripción y, por tanto, de ella se hace depender la revocatoria (…)*»[111].

[110] Dispone el artículo 2821 *CC* que «*La hipoteca puede ser también establecida mediante declaración unilateral*».

[111] ROSSI afirma que únicamente cumpliendo las formalidades previstas en el *Codice Civile* para la constitución de los derechos reales puede verse vulnerada la paridad de trato a los acreedores y, por tanto, únicamente desde ese momento sería posible recurrir a la revocatoria *fallimentare.* En ROSSI, G., «La revocatoria fallimentare...», *op. cit.,* pág. 514 y siguientes. En el mismo sentido se manifiesta BONSIGNORI, al decir que «*se ha sostenido últimamente contra la mayor parte de la doctrina, entre la que me incluyo, que la dicción legislativa no puede significar que deba atenderse a la inscripción, puesto que se representa un momento meramente ejecutivo (…)*». En BONSIGNORI, A., *op. cit.,* pág. 493. También se ha posicionado en este sentido MAZZOCCA, de tal manera que «*por fecha de constitución de la garantía debe entenderse no la del acto que crea el derecho a su constitución, sino aquella en que esta última se realiza, con la inscripción en los registros públicos y pone al acreedor en condición de expropiar los bienes vinculados, también contra los eventuales adquirentes y de sustraerse a los principios concursales*». En MAZZOCCA, D., *op. cit.,* pág. 298. En este sentido se manifiesta también MAGGIORE, al comentar que «*otro problema de interpretación es aquel relativo al momento en el cual es posible proceder a la revocatoria de la hipoteca voluntaria, sosteniéndose que no puede revocarse la hipoteca inscrita dentro del periodo sospechoso si ha sido concedida en un periodo precedente. Esta tesis confunde en el concepto de acto constitutivo el negocio constitutivo de prenda, anticresis e hipoteca y la*

De igual forma se ha manifestado parte de la jurisprudencia italiana, en el sentido de que «*sólo con la inscripción viene a existir la garantía hipotecaria. El referirse a la fecha del consenso, en lugar de la inscripción, para evaluar la existencia de las deudas preexistentes, constituye una ineficacia jurídica*»[112]. Y, «*los efectos de la alteración de la par conditio se verifican en dependencia de la inscripción de la hipoteca (que hace surgir la prelación) y, por tanto, este es el acto que debe ser objeto de la revocatoria*»[113].

Pero no toda la doctrina sigue esta línea interpretativa. FERRARA es partidario de entender como fecha determinante para comprobar si el acto ha sido realizado en el periodo sospechoso y, en consecuencia, para que pueda ser ejercida contra él la acción rescisoria, el momento de concesión de la garantía, y no la fecha donde se cumplen con las formalidades necesarias para su constitución[114].

Sin embargo, como se ha señalado, el sector mayoritario de la doctrina es partidario de que el periodo sospechoso y la prescripción se computen desde el momento de la inscripción de la hipoteca.

Otro aspecto importante que ha de ser analizado es el referente a la rotatividad de la hipoteca, esto es, si se permite la sustitución del bien o bienes que son objeto de la misma una vez constituida.

---

inscripción como un simple acto de ejecución, cosa que es contraria a la fórmula del 2808.2 CC», en MAGGIORE, R, *Istituzioni..., op. cit.*, pág. 244.

[112] S.Cass. 2483/2001, de 21 de febrero.

[113] S.Cass. 10864/1994, de 17 de diciembre.

[114] «*El acreedor que inscribe la hipoteca o notifica la constitución de la prenda ejercita un derecho, el cual no puede apreciarse como un acto fraudulento. Por tanto, debemos referirnos al momento de la concesión del derecho de garantía y no al cumplimiento de las formalidades previstas para su constitución*». En FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *op. cit*, pág 451. En este mismo sentido, BRUNORI, E., «Sulla revocabilità della ipoteca volontaria in sede fallimentare», en *Banca, borsa tit. cred*, 1960, I, pág. 573: «*El momento constitutivo de la hipoteca convencional reside en la formación del título*».

La S.App. Bolonia de 24 de septiembre de 1994 ha establecido que «*no está autónomamente sujeta a revocatoria fallimentare, como concedida por una deuda preexistente, la hipoteca constituida en sustitución de una hipoteca precedente contextual sobre bienes diferentes. También la segunda inscripción, al igual que la primera, tiene la base en el originario contrato de mutuo, de tal manera que es sólo una sustitución convencional de la hipoteca en el único aspecto accesorio de la garantía*». Esta sentencia, al igual que la mayor parte de la jurisprudencia, permite la rotatividad de la hipoteca y, por tanto, en caso de sustitución de los bienes que garantizan el crédito otorgado, continuará considerándose la misma a los efectos del ejercicio de la acción revocatoria, por lo que no sería posible, en principio, el ejercicio de la misma o, al menos, con base en que aquella fue constituida a favor de una deuda preexistente[115]. En principio, siempre que se cumplan determinados requisitos, la sustitución de los bienes que son objeto del derecho real no quedaría sujeta a la revocatoria concursal en la medida en que se entiende que no implica una lesión en la paridad de trato a los acreedores.

En cambio, existe una parte de la doctrina que se opone a esta interpretación. Los defensores de esta opinión argumentan que el artículo 2808.2 *CC* establece que en la hipoteca, como derecho real de garantía sobre un bien concreto del patrimonio del deudor que se constituye mediante la inscripción, no permite la sustitución del bien por otro con el mantenimiento del mismo derecho real de garantía. La sustitución implicaría la extinción de la hipoteca precedente y simultáneamente la constitución de una nueva hipoteca mediante su inscripción. A partir de la inscripción existe la nueva hipoteca y es desde ese momento desde que ésta existe. De esta forma sería revocable de manera autónoma por ser considerada como una nueva garantía[116].

---

[115] En el mismo sentido se pronuncia la S.Trib. Palermo, de 10 de octubre de 1962, la cual ha manifestado que «*no puede estar sujeta a revocatoria fallimentare la hipoteca inscrita sobre una nave en sustitución de una precedente, en cuanto, habiendo sido la permuta entre las dos naves expresamente subordinada a la transferencia de la hipoteca, falta la lesión de la par conditio creditorum*».

[116] AMBROSINI, S., *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milán, 2000, pág 149 y siguientes. En este mismo sentido, CREMONINI, A., / FRANCHI, G., «Sulla c.d. sostituzione convenzionale della garanzia ipotecaria», en *Dir. fall*., 1995, II, pág. 1033.

En relación con la hipoteca judicial, la *Legge Fallimentare* prevé la revocatoria de este tipo de garantia en el artículo 67.1.4º, en el que se prevé la revocatoria de las garantías constituidas en el año anterior a la declaración de concurso por deudas vencidas. A su vez, en el artículo 67.1.3 *LF* se dispone la rescisión de las garantías constituidas por deudas no vencidas en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

La hipoteca judicial surge en virtud del artículo 2818 *CC* que determina que el derecho real de garantía nace de una sentencia que condena al pago de una suma y, por ello, resulta lógico afirmar que no cabe plantear la condena a una persona por una deuda que aún no ha vencido. El crédito existe, por tanto, con anterioridad al título del que trae causa la hipoteca -la sentencia-, por lo que parece que debe afirmarse la sujeción a la revocatoria únicamente conforme al artículo 67.1.4 *LF*.

Con base en lo anterior, debe tenerse también por excluida la hipoteca judicial del artículo 67.2 *LF*, relativo a la constitución de garantías contextuales. La única excepción admitida por parte de la doctrina es la relativa a la hipoteca judicial que garantiza los gastos del juicio, ya que en este caso, el título que da derecho a la inscripción surge contextualmente al crédito.

La regla general, como se ha indicado, es que se establezca una hipoteca judicial por una deuda que ya ha vencido. No obstante, excepcionalmente puede establecerse una garantía sobre una deuda cuyo término de cumplimiento todavía no se ha producido -como ocurre en el caso de prestaciones periódicas-. En este caso, parece que se trataría de una hipoteca contextual a la obligación principal y, por tanto, podría ser de aplicación el artículo 67.2 *LF*, aunque el término de cumplimiento todavía no se hubiera producido[117].

4.3.1.2. Prenda

La *Legge Fallimentare*, cuando trata la posibilidad de rescisión de la prenda, hace referencia a la garantía que se constituye conforme a lo dispuesto en el artículo 2786

[117] ROSSI, G., «La revocatoria fallimentare...», *op. cit.*, pág. 525.

CC, esto es, mediante la entrega de la cosa o del documento que confiere la exclusiva disponibilidad de la cosa. En este sentido, parece claro que el periodo sospechoso debe computarse desde el momento de la entrega[118].

En la medida en que las garantías tienen un carácter accesorio respecto de la obligación principal, la revocación del crédito garantizado también conlleva la revocación de la prenda.

La prenda puede ser tanto regular como irregular, en función de la fungibilidad del bien y en función de la facultad del acreedor para disponer de éste.

La prenda irregular se encuentra regulada en el artículo 1851[119] *CC*, de tal manera que la propiedad del bien objeto de garantía se transfiere al acreedor, el cual, una vez cumplida la obligación, tiene la obligación de entregar al deudor garante los mismos bienes que fueron entregados o bienes de la misma especie, cantidad y calidad. La prenda irregular puede ser utilizada sólo para constituir garantías sobre bienes muebles de naturaleza fungible, donde el objeto de la garantía no es el bien en sí, sino lo que se suele denominar como *tantundem*.

El caso previsto en el artículo 1851 *CC* contempla un depósito irregular de dinero, bienes o títulos que vienen transferidos en propiedad al banco con la facultad de disponer y una garantía de un crédito. El banco se obliga a restituir el *tantundem* una vez que se ha cumplido la obligación[120].

La cuestión que debe ser examinada es en qué casos se está ante una prenda regular y cuando ante una prenda irregular. La jurisprudencia se ha decantado por

---

[118] Así lo ponen de manifiesto la S.Cass. 10685/1999, en *Il fallimento*, 2000, pág. 775; y la S.Cass. 5264/1998, en *Il fallimento*, 1999, pág. 265.

[119] Dispone el artículo 1851 *CC* que «*Se, a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di danaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti*».

[120] CICCARELLO, S., «Pegno», en *Rivista Enciclopedia Del Diritto*, Milán, Volumen XXXII, 1982, pág. 688.

determinar que sólo cuando se confiere al banco la facultad de disponer del derecho en cuestión, se está en presencia de la prenda irregular. En cambio, cuando el banco se obliga a devolver el mismo título o documento, se estará en presencia de una prenda regular.

En este sentido, la S.Cass. 10000/2004, de 24 de Mayo, señaló que «*se delimita rigurosamente la figura de la prenda irregular y, en base al artículo 1851 del Código Civil, el área de aplicabilidad es a los títulos que no han sido individualizados o a aquellos en los cuales se ha conferido la facultad de disponer de ellos*»[121].

Cabe precisar que cuando la prenda queda constituida sobre un depósito bancario, será considerada como prenda regular si se ha constituido a favor de un sujeto diferente al banco depositario[122].

---

[121] En este sentido se pronuncia también la S.Cass. 12964/2005, de 16 de junio, quien dispuso que «*en lo que se refiere a la interpretación del artículo 1851 del Código Civil (norma que constituye todavía la regla general de la prenda irregular), la jurisprudencia de esta corte ha aclarado que si el deudor, como garantía del cumplimiento de su obligación, vincula a su acreedor un título de crédito o un documento de legitimación identificado, y le confiere también la facultad de disponer del relativo derecho, nos alejamos de la hipótesis prevista para la prenda regular y nos adentramos en la prenda irregular, en la cual, el acreedor garantizado adquiere la suma derivada del título o documento que deberá restituir en el momento del cumplimiento o, en caso de incumplimiento, deberá hacerlo con el excedente de la cantidad del crédito garantizado, determinada en relación al valor de la cosa en el momento del vencimiento del crédito garantizado*». En relación a que debe tener el valor que tenga en el momento del vencimiento del crédito garantizado, se ha pronunciado también en este sentido, COLTRO, C., *I contratti bancari nella giurisprudenza*, CEDAM, Padua, 1977, pág. 493 y GORLA, G., «Pegno e ipoteca», en SCIALOJA, A., / BRANCA, G., (Dirs)., *Commentario del Codice Civile*, Bolonia, 1974, pág. 30.

[122] PELLEGRINO, G., *Operazione bancarie e revocatoria fallimentare*, Padua, 2002, pág. 39. En este sentido, la S.Cass. 5845/2000, de 9 de mayo, manifestó que «*es verdad que la jurisprudencia de esta Corte ha examinado la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la prenda de un depósito bancario obteniendo el resultado que dicha prenda se configura como una prenda regular, de crédito, cuando se ha constituido a favor de un sujeto diferente al banco depositario; y que, por el contrario, cuando se ha constituido a favor de este último, se trata de una prenda irregular sobre el dinero depositado ex art. 1851 CC*». Igualmente, la S.Cass. 1380/1977, de 13 de abril, en *Banca, borsa tit. cred*, 1978, II, pág. 419:«*la prenda de un depósito constituido a favor del banco depositario es una prenda irregular que recae sobre el dinero depositado (…)*».

En principio sería igualmente susceptible de rescisión concursal una prenda irregular, ya que el artículo 67 *LF* no distingue entre los diferentes tipos de prendas, y por tanto, en función de la contextualidad, se aplicaría el artículo 67.1 o el 67.2 *LF* [123].

La doctrina se ha pronunciado también de forma favorable a la posibilidad de rescisión. Alega que no hay duda de que es posible la impugnación del acto constituido con prenda irregular y, además, no es ni siquiera necesario forzar la dicción literal de esta norma, puesto que está prevista la revocatoria de la prenda –artículo 67.1 *LF*- y de los actos constitutivos de un derecho de prelación –artículo 67.2 *LF*-, expresiones que también pueden referirse a una prenda irregular[124].

La duda fundamental con respecto a la prenda irregular una vez declarado el concurso es la relativa a qué ocurre una vez que el deudor ha manifestado que le es imposible cumplir con su obligación.

La prenda irregular se caracteriza, entre otras cosas, por la transmisión de la propiedad de los bienes a favor del banco. De esta característica se desprende que para la satisfacción del acreedor no es de aplicación lo previsto en los artículos 2796 a 2798 *CC* -como ocurre con la prenda regular-, sino que se produce la satisfacción de forma automática con la conservación de los bienes, puesto que la titularidad de estos ya fue transferida. Se realiza, por tanto, mediante un sistema de compensación, donde queda sustituido el crédito garantizado por el crédito representado por la prenda irregular -la transferencia de la titularidad de los bienes-, con el deber de restitución del exceso de valor.

De lo dicho en el párrafo precedente se derivan varias consecuencias relevantes. La primera de ellas es que el acreedor de una prenda irregular, a diferencia de lo que

[123] S.Trib. Génova, de 8 de julio de 1996, en *Giustizia Civile*, 1997, pág. 510: «*la prenda irregular como garantía de un crédito está sujeta a la revocatoria fallimentare si ha sido constituida en el periodo sospechoso previsto en el artículo 67(…)*».

[124] TARZIA, G., «Le garanzie atipiche (e l´attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)», en *Il fallimento*, 2005, pág. 490.

ocurre con el titular de una prenda regular, no tiene que insinuarse, en principio, en el pasivo concursal para la satisfacción de su crédito–*ex* artículo 53 *LF* - [125].

La segunda consecuencia afecta directamente a la rescisión concursal. A diferencia de lo que ocurre cuando se trata de una prenda regular, un sector jurisprudencial considera que no sería posible el ejercicio de la acción rescisoria. Y ello porque el acreedor puede recurrir al mecanismo de la compensación prevista en el artículo 56 *LF*. En este sentido, la realización de una prenda irregular no constituye una hipótesis de pago, sino de compensación, ya que en los supuestos de prenda irregular, el acreedor no conserva únicamente la disponibilidad de los bienes, sino que la titularidad de los mismos ha sido transferida y, por tanto, tiene la obligación de restituir, si se produce el cumplimiento por parte del deudor, el importe de lo recibido o, en caso de incumplimiento, únicamente del exceso de valor[126].

---

[125] S.Cass. 202/2001, ha establecido que «*el acreedor garantizado con una prenda irregular, a diferencia del garantizado con una regular, no tiene que insinuarse en el pasivo concursal, dispuesto en el artículo 53 LF, para la satisfacción de su propio crédito, sino que a través del mecanismo de la compensación automática ve el acreedor así anticipadamente realizada la tutela de su propio crédito, en caso de incumplimiento del deudor, sin necesidad del recurso a la ejecución colectiva*». En el mismo sentido, MAGGIORE, R., «Pegno irregolare e insinuazione al passivo fallimentare», en *Dir. fall.*, 1997, pág. 218; PETRAGLIA, A., «La cassazione e il pegno irregolare: un revirement giurisprudenziale», en *Il fallimento*, 1997, pág. 969; LA PENNA, R., «Pegno irregolare ed onere di insinuazione al passivo: una questione ancora aperta», en *Dir. fall.*, 2, 1998, pág. 292. En contra se pronuncia CHINÉ, G., «Pegno irregolare e art. 53 della Legge Fallimentare», en *Giur. It*, 1994, II, pág. 1975; CREMONINI, A., / FRANCHI, G., «Effetti del *fallimento* sul pegno irregolare», en *Dir. fall.*, 1989, I, pág. 699.

[126] S.Cass. 21237/2004, de 5 de noviembre, manifestó que «*el incumplimiento del deudor determina la coexistencia de deudas recíprocas entre el mismo deudor y el acreedor garantizado, que llevan a extinguirse por las cantidades correspondientes, mediante el mecanismo de la compensación, el cual no puede tener como obstáculo que las dos obligaciones recíprocas pueden reconducirse a un mismo título*». En el mismo sentido se ha pronunciado la S.Cass. 1380/1977, de 13 de abril: «*en la prenda irregular, la compensación a través de la cual el acreedor pignoraticio ejercita su derecho de prelación no está sujeta a la revocatoria fallimentare, donde subsisten las condiciones previstas en el art. 2787 Codice Civile*». De una manera todavía más clara nos lo dice la S.Trib. Catania, de 14 de mayo de 1981, en *Banca, borsa tit. cred*, 1981, II, pág. 332: «*el acreedor que reciba una prenda irregular sobre un depósito, adquiere la propiedad de la cosa dada en prenda, y puede, en caso de concurso del deudor, operar la compensación prevista en el artículo 56 L.F., entre su deuda de restitución del tantundem y el crédito*». En este mismo sentido, la S.Trib. Milán de 18 de octubre de 1984, en *Il fallimento*, dice que «*el*

Sin embargo, existe un sector jurisprudencial que es partidario de una interpretación diferente. De esta manera, considera que «*la extinción del mismo crédito se produce por efecto de una operación meramente contable, que queda fuera, por tanto, del ámbito de operatividad del instituto de la compensación*»[127] y que ésta en «*sentido técnico-jurídico presupone la autonomía de dos créditos, con la consecuencia de que, cuando se está en presencia de un único negocio, aun siendo complejo, o de un negocio accesorio a otro, se tiene una mera situación contable, calculable de oficio por el juez(…)*»[128].

Debe hacerse referencia también al supuesto de la prenda rotativa, en la cual se permite la sustitución del objeto dado en prenda sin que esto implique volver a realizar todos y cada uno de los requisitos que fueron necesarios para su constitución.

En materia revocatoria, surgen a este respecto, principalmente, dos problemas. El primero de ellos, relativo a la contextualidad, analizándose si la prenda es considerada contextual o no al nacimiento de la obligación principal a favor del cual la garantía fue prestada. En segundo lugar, la relativa al periodo sospechoso, fundamentalmente si debe entenderse constituida la garantía desde el momento de la constitución o si, por el contrario, debe atenderse al momento de la sustitución del bien.

En un primer momento, la sustitución del bien dado en prenda suponía la constitución de una nueva garantía. La Corte de Apelación de Roma consideró que, en relación a un contrato de prenda en el que se produzca una modificación del objeto de la garantía originariamente constituida, debido al carácter jurídico real de la prenda, no se produce una retroacción del vínculo real a la fecha del negocio estipulado entre las partes en el que se constituyó la prenda mediante la entrega del bien que se sustituye,

---

artículo 2787 del Códice Civile se aplica también a la prenda irregular sobre un depósito bancario a favor del banco depositario, con la consecuencia de que si la prenda irregular es constituida antes del periodo sospechoso del artículo 67 y subsisten las condiciones de la ley para el ejercicio de la prelación, el incremento de las sumas efectuadas por el banco constituye un legítimo acto de realización del crédito en vía de prelación, oponible como tal a los otros acreedores, insensible al sobrevenido concurso del deudor y no sujeto a la acción revocatoria fallimentare».

[127] S.Cass. 5111/2003, de 3 de abril.

[128] S.Cass. 745/1997, de 24 de enero, *en Rivista Giustizia Civile*, 1997, I, pág. 1563.

por lo que no puede referirse a la fecha del negocio originario sino al momento de la sustitución el periodo sospechoso en relación a la acción rescisoria concursal[129].

Actualmente, en cambio, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia, comparten la tesis de que la prenda rotativa no conlleva la constitución de una nueva garantía en el momento de modificación del objeto puesto que, manteniendo el valor del bien destinado a la satisfacción del acreedor pignoraticio, el acto no resulta perjudicial para el resto de acreedores[130].

La S.Cass. 5264/1998, de 28 de mayo [131], ha dejado claro cuáles son los requisitos necesarios para que se lleve a cabo la prenda rotativa sin que implique la constitución de una nueva. En primer lugar establece que es «*válida y eficaz la prenda rotativa, cuando las partes en el negocio constitutivo de garantía, salvaguardando la continuidad del negocio, previenen la sustitución, total o parcial, del bien objeto de garantía, con la condición de que tenga el valor aproximado de los bienes originariamente constituidos en prenda*». En consecuencia, como primer requisito puede establecerse que el bien que sustituye al bien originario de la prenda debe tener aproximadamente el mismo valor.

Continúa el tribunal añadiendo que «*la sustitución real puede operar si los nuevos bienes son entregados al acreedor y la entrega va a acompañada de escritura con fecha*

[129] S.App. Roma de 30 de octubre de 1995, en *Il fallimento*, 1996, pág. 678. En este sentido, la S.Trib. Roma, de 21 de julio de 1993, estableció que «*la sustitución del objeto de la garantía, en el contexto de un negocio de prenda de crédito, determina la constitución de una nueva prenda, independientemente de la escritura constitutiva de cláusulas contractuales de la garantía originaria. El empleo en el contrato constitutivo de la garantía pignoraticia de la dicción ‹‹en sustitución y continuación de la prenda›› ya constituida no comporta la continuación del negocio anterior, sino la creación de una nueva prenda. Por ‹‹continuación›› de la prenda precedente sólo puede entenderse la continuación de la regulación originaria del negocio, y no la conservación del vínculo originario*».

[130] GABRIELLI considera que «*el concepto, sobre el plano de la configuración dogmática, indica una forma de garantía que conlleva la sustitución y mutación en el tiempo del objeto sin comportar la renovación del cumplimiento de las modalidades requeridas para la constitución de la garantía o sin que dé lugar a las condiciones de revocabilidad de la operación económica*». En GABRIELLI, E., «Le garanzie rotative», en *Trattato diretto da Galgano*, Volumen I, Turín, 1995, pág 853. En este mismo sentido, FOSCHINI, M., «Pegni anomali e revocatoria fallimentare», en *Dir. fall.*, 1999, I, pág. 1208.

[131] S.Cass. 5264/1998, de 28 de mayo, en *Banca, borsa tit. cred*, 1998, II, pág. 485.

cierta, con una suficiente indicación de la cosa y del crédito (…)». El segundo requisito, por tanto, consistiría en que la entrega se debe acompañar de una escritura donde se indique de manera clara tanto el bien como el crédito.

Por último, se deja claro que «*la prenda rotativa no conlleva la constitución de una nueva garantía en el momento de modificación del objeto, puesto que la sustitución de los bienes, sin inmutar el valor de los primeros dados en prenda, no supone ningún tipo de perjuicio al resto de acreedores*».

4.3.1.3. Anticresis

La figura de la anticresis se encuentra recogida en el artículo 1960 *CC*[132] como un negocio consensual. La revocación de la anticresis requiere de la impugnación del negocio de constitución, en la medida en que la entrega del bien es un acto de cumplimiento del contrato, aun cuando sea la obligación fundamental.

En lo que se refiere a la interpretación de los artículos 67.1 y 67.2 *LF*, mientras el primero contempla, tanto en su apartado tercero como cuarto, a la «*prenda, anticresis e hipoteca*», el segundo trata de manera genérica la revocatoria de los «*actos constitutivos de un derecho de prelación*».

Pues bien, según la sistemática del *Codice Civile*, por derecho de prelación habría que entender los derechos reales de garantía como la prenda y la hipoteca[133]. En consecuencia, de la revocatoria prevista en el artículo 67.2 *LF*, quedaría excluida la anticresis, la cual, aun teniendo una finalidad de garantía, no atribuye al acreedor una preferencia jurídico-real.

AZZOLINA dice textualmente que «*causas de prelación son, en el actual derecho italiano (2741 CC) la prenda, la hipoteca y los privilegios; no la anticresis,*

[132] Dispone el artículo 1960 *CC*: «*L'anticresi è il contratto col quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché il creditore ne percepisca i frutti, imputandoli agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale*».

[133] Conforme al 2741.2 *CC*: «*Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche*».

que opera como garantía real entre deudor y acreedor pero que no atribuye a este último alguna preferencia respecto a los otros acreedores»[134].

En cambio, si se tiene en cuenta la *ratio legis*, y se considera que la anticresis, una vez transcrita, conforme al artículo 2643.12 *CC* [135], puede ser oponible también a los acreedores hipotecarios, con la consecuencia de que el acreedor que ostenta el derecho de anticresis puede continuar y hacer valer su derecho a percibir los frutos del inmueble, no se hace difícil comprender que también la anticresis deba quedar encuadrada en el concepto de «*acto constitutivo de un derecho de prelación*» del artículo 67.2 *LF*, porque atribuye a un acreedor una ventaja y una preferencia que podría considerarse injustificada respecto a los otros acreedores en función de las circunstancias del caso.

En este sentido, FRAGALI opta por encuadrar la anticresis también en el artículo 67.2 *LF*, dentro de los actos constitutivos de un derecho de prelación si ésta es contextual a la obligación principal, con fundamento en una interpretación basada en una imperfección técnica en la redacción de la ley[136].

En cuanto al cómputo del periodo sospechoso, éste se computa desde la estipulación del negocio, y no desde la transcripción del acto del artículo 2643.12 *CC*, puesto que los efectos tienen lugar desde el mismo momento en que se ha mostrado el consentimiento y no desde la transcripción, que únicamente tiene efectos en lo que se refiere a la oponibilidad frente a terceros[137].

---

[134] AZZOLINA, U., *op. cit.*, pág. 1107.

[135] El artículo 2643. 12 *CC*, denominado *"Atti soggetti a trascrizione*", dice que "*Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: 12) i contratti di anticresi (1960 ss; att. 231)".*

[136] FRAGALI, M., «Dell´anticresi», en SCIALOJA, A., / BRANCA, G., (Dirs)., *Commentario del Codice Civile*, Bolonia, 1974, págs. 153 y siguientes.

[137] FRAGALI, M., *op. cit.*, pág. 154. En contra, considerando que la anticresis tiene efectos con respecto a su inclusión en el periodo sospechoso desde el momento de su transcripción, momento en el cual tiene efectos frente a terceros, PICELLA, N., / POTENZA. G., *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell´amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*, Giuffrè, Milán, 1942, pág. 85.

4.3.2. Garantías personales

Las garantías personales son aquellas otorgadas por una deuda ajena que abarcan la totalidad del patrimonio del garante sin vínculo real alguno, esto es, sin vincular la satisfacción del acreedor a un bien concreto del patrimonio del garante, como ocurre, por ejemplo, en la hipoteca y en la prenda. Las garantías personales más típicas son la fianza y el aval.

Las características principales de este tipo de garantías son que alcanzan a la totalidad del patrimonio del deudor, y que deben ser siempre concedidas para asegurar deudas ajenas[138].

Las garantías personales pueden ser contextuales, para asegurar una deuda futura[139], o para asegurar una deuda ya vencida.

En lo que al tema de la revocatoria *fallimentare* se refiere, se establece una presunción específica en relación con las garantías personales prestadas en el año anterior a la declaración de concurso, siempre que la obligación asumida sobrepase en un cuarto lo que el deudor ha dado o prometido, hipótesis que se encuadrará en el artículo 67.1.1 *LF*. Si, por el contrario, la garantía no presenta las características anteriormente mencionadas, tendrá la consideración de un acto «normal» a título oneroso y, por tanto, podría ser rescindido conforme al artículo 67.2 *LF*, cuando haya sido otorgada en el año anterior a la declaración de concurso[140].

---

[138] El artículo semejante al 1911 del Código Civil español es el 2740 *CC*, que dispone que «*Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*».

[139] En este sentido, manifiesta GIUSTI que «*la fianza puede ser prestada también por una obligación futura, por una deuda que, en el momento de constitución de la fianza, no existe todavía, aunque existirá con toda probabilidad a raíz de un hecho más o menos inminente*». En GIUSTI, A., *La fideiussione e il mandato di credito*, Milán, 1998, pág 156.

[140] Así se manifiesta PACCHI, la cual dice que «*serán revocables, a menos que el tercero pruebe que no conocía el estado de insolvencia del garante, aquellas garantías concedidas en los dos años anteriores a la declaración de concurso (ahora un año), en las cuales la obligación asumida por el deudor sobrepase notablemente la compensación que ha obtenido (artículo 67.1.1.), mientras que las garantías, en la que las prestaciones son proporcionadas, concedidas en el año anterior a la declaración de concurso, podrán ser revocadas siempre que el curador pruebe que el tercero conocía el estado de*

Esta interpretación no es pacífica, pues existe un sector doctrinal que considera que las garantías personales no son susceptibles de ser rescindidas en virtud del artículo 67.2 *LF*. Los defensores de esta opción alegan que este último precepto no hace ninguna mención a la fianza, que es típica garantía por deuda ajena[141].

Según este sector doctrinal, al margen de la presunción específica tipificada en la *Legge Fallimentare*, únicamente cabría la impugnación de las garantías personales a través de la revocatoria ordinaria. Siendo así, dentro del régimen de la revocatoria *fallimentare*, a diferencia de la ordinaria que prevé la revocatoria tanto de garantías otorgadas por deudas propias como por deudas ajenas, para la revocación de la fianza y el aval no se tendría en cuenta la contextualidad o no de las garantías que se prevé en el artículo 67.1.3-4 o 67.2 *LF*.

Si se excluye que las garantías personales puedan encuadrarse en la expresión «*actos constitutivos de un derecho de prelación por deudas contextualmente creadas*»[142], y que pueda extenderse analógicamente las hipótesis de garantías reales del art. 67.1 *LF* -en sus apartados tercero y cuarto- a las garantías personales, sólo cabría la posibilidad de que se encuadrasen en la categoría de «*actos a título oneroso*» del artículo 67.1.1 y 67.2 *LF*, salvo que el negocio se hubiera realizado a título gratuito, en cuyo caso será de aplicación lo previsto en el artículo 64 *LF*.

---

insolvencia del garante». En PACCHI, S., «Par conditio creditorum, revocatoria fallimentare e garanzie prestata dal fallito», en *Riv. Dir. Comm*, 1989, I, pág. 69. En este mismo sentido se manifiesta AMBROSINI, cuando dice que «*la prestación de una fianza o un aval, aunque no sea contextual a la obligación, puede ser reconducida al ámbito de operatividad del artículo 67.2, no ya como un derecho de prelación, sino como acto a título oneroso*», *en* AMBROSINI, S., *La revocatoria fallimentare..., op. cit.,* pág 170.

[141] CAROPPO, A., *op. cit.*., pág. 455.

[142] En este sentido, MARCHI, G. DE, «Onerosità e gratuità dell`avallo e delle garanzie personali in genere», en *Riv. Dir. Civ*, 1958, I, pág. 644: «*El realidad las disposiciones del citado artículo, concerniente a los actos constitutivos de un derecho de prelación, no se refiere a las garantías personales prestadas por el insolvente (...)».*

4.4. Onerosidad y gratuidad de las garantías, contextualidad y garantías «intragrupo»

4.4.1. Actos a título gratuito y actos a título oneroso en el *Codice Civile*

El actual *Codice Civile* no se ocupa de la distinción entre actos a título oneroso y gratuito, tal y como hacía el anterior de 1865, que establecía en su artículo 1101 que «*es un acto a título oneroso aquel contrato donde los contratantes tratan, mediante un equivalente, procurarse una ventaja; es a título gratuito, en cambio, aquel en el que los contratantes tratan de obtener una ventaja sin equivalente*».

La doctrina civilista más autorizada considera que el negocio es oneroso cuando la atribución a favor de un sujeto tiene como contraprestación una atribución a favor del primero; si no, el acto debe ser calificado como gratuito[143].

Otro sector doctrinal considera que el objeto de la calificación como acto a título oneroso o gratuito consiste en la atribución patrimonial del acto; califica el acto como oneroso sobre la base de los intereses o ventajas patrimoniales del deudor posteriormente concursado, aun faltando un nexo de causalidad entre ambas[144].

Por último, existe una última opinión[145] que considera que existe una tercera categoría de actos llamados neutros, que se encuentran entre los actos a título oneroso y gratuito en cuanto que tiene una causa jurídica diferente. La opinión de este sector doctrinal ha sido criticada por la falta de justificación, en la medida en que al no recogerse en la ley esta disciplina o categoría de actos, irremediablemente hay que decantarse por los onerosos o por los gratuitos[146].

---

[143] SANTORO, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Nápoles, 1978, pág. 224. En el mismo sentido, BIANCA, M., *op. cit.*, pág. 466. Según su opinión, la ventaja que recibe como contraprestación no tiene por qué manifestarse en un incremento económico, sino que puede ser para satisfacer un interés no patrimonial.

[144] SANDULLI, M., *Gratuità dell´atribuzione..., op. cit.*, pág. 989.

[145] OPPO, G., *Adempimento e liberalità*, Milán, 1947, págs. 291 y siguientes.

[146] Entre otros, critica la categoría de los actos neutros, SANDULLI. En SANDULLI, M., «Le nozioni giuridiche di onerosità e gratuità», en *Banca, borsa tit. cred*, 1973, I, págs. 390-394.

La distinción entre actos a título oneroso y a título gratuito cobra una especial relevancia en el ámbito *fallimentare* como se verá a continuación.

4.4.2. Actos a título gratuito en la revocatoria *fallimentare*

El artículo 64 *LF* se ocupa de la revocatoria concursal de los actos a título gratuito realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

El artículo 64 *LF* contempla tanto *actos a título gratuito* como actos de *liberalidad*. La doctrina suele definir esta última categoría como aquel acto en el que el disponente se empobrece por una ventaja a favor del otro sujeto que se enriquece, y este último no otorga ninguna contraprestación a favor del disponente[147].

En cambio, por acto a título gratuito se entiende una categoría más amplia donde se incluye también la liberalidad. Los actos a título gratuito suponen el empobrecimiento de una de las partes y el enriquecimiento de la otra, y también se incluyen aquellos que provocan sólo el enriquecimiento de una de las partes pero no suponen un empobrecimiento de la otra[148]; sería suficiente, por tanto, con que se produjese una mera desventaja de cualquier índole.

Puede afirmarse que la *Legge Fallimentare* sanciona no sólo los actos que han causado un empobrecimiento del patrimonio del concursado sino también los que han causado una simple desventaja. En este sentido, la *Corte de Cassazione* se ha manifestado en ambos sentidos, manteniendo diferentes posturas.

La S.Cass. 11093/2004[149] consideró que «*para evaluar si un acto realizado por el concursado es a título gratuito para sancionar la ineficacia prevista en el artículo 64 Legge Fallimentare, no es necesario que haya habido un espíritu de liberalidad, siendo*

[147] CARNEVALI, U., «Liberalità (atti di)», en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1974, pág. 216.

[148] FERRARA, L.C., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, 2011, págs. 227 y siguientes.

[149] S.Cass. 11093/2004, en *Foro it.*, 2004, I, pág. 2061.

suficiente una atribución patrimonial única, sin contraprestación, en contra del concursado».

En cambio, la S.Cass. 9532/1997 afirmó que «*a los efectos del artículo 64 Legge Fallimentare, para calificar un acto como gratuito, no es suficiente la ausencia de contraprestación, que esto no hace al acto gratuito, sino que es necesaria la presencia del espíritu de liberalidad*»[150].

La tesis más generalizada es la que considera que los actos a título gratuito, sujetos al artículo 64 *LF*, son todos aquellos con los cuales el patrimonio del concursado se ha empobrecido o no ha recibido ninguna ventaja ni directa ni indirecta. Las modalidades de actos que pueden ser considerados a título gratuito son de muy diversa naturaleza, ya sea por la salida de algún bien del patrimonio del concursado, asumiendo obligaciones que hagan aumentar el número de acreedores o favoreciendo a unos acreedores respecto a otros con la constitución de garantías. En este último caso, el supuesto que presenta mayor complejidad es el relativo al otorgamiento de garantías por deuda ajena debido, fundamentalmente, a las diferentes tesis doctrinales y jurisprudenciales en relación a la calificación de las mismas como actos a título oneroso o como actos a título gratuito (*vid. infra. apartado 3.2.4.6 de este capítulo*).

4.4.3. Actos a título oneroso en la revocatoria *fallimentare*

Los actos a título oneroso son una categoría de la que forma parte un abanico bastante amplio de actos y que pueden ser rescindidos a la luz del artículo 67 *LF*. Lo importante a efectos de revocatoria es que su contenido sea de naturaleza patrimonial, que sean actos dispositivos del patrimonio del deudor y que hayan alterado la paridad de trato entre los acreedores.

A continuación, se analizará la revocatoria de las garantías tanto por deuda propia como por deuda ajena, sean contextuales o no a la obligación principal.

[150] S.Cass. 9532/1997, en *Il fallimento*, 1998, pág. 1041.

4.4.4. Garantías por deuda propia

4.4.4.1. Contextuales

En la hipótesis planteada en la que se presta una garantía real para asegurar una deuda propia, el negocio está formado por dos contratos con una estructura bilateral, de tal manera que nos encontramos con un negocio principal y otro accesorio. Este último consiste en el otorgamiento de la garantía. La determinación del carácter oneroso o gratuito de la garantía resulta trascendental.

Un sector doctrinal considera que el otorgamiento de una garantía por deuda propia, ya sea o no contextual, únicamente tiene cabida en el artículo 67 *LF*, y en ningún caso en el artículo 64 *LF*, puesto que una garantía de este tipo siempre sería a título oneroso. Esta afirmación se justifica porque el artículo 67.1.3 y 67.1.4 *LF* separa a la hipoteca y a la prenda del resto de actos y el 67.2 *LF* separa a los actos constitutivos de un derecho de prelación por deudas contextualmente creadas del resto de actos. Parece que podría entenderse que este artículo establece una disciplina para una categoría de actos en la que se prescinde del carácter gratuito. Es decir, tales garantías tienen evidentemente carácter oneroso[151]. O según otro sector, el artículo 67 *LF* establece una disciplina para las garantías reales que es independiente de su naturaleza, ya sea onerosa o gratuita[152].

La mayor parte de la doctrina considera que esta justificación carece de base, puesto que el acto deberá ser considerado gratuito cuando falte la contrapartida por parte del acreedor que recibe la garantía[153].

En la hipótesis de un negocio de garantía accesorio a uno principal en el que este último sea oneroso, también el negocio accesorio será considerado de la misma forma, puesto que el acreedor establece el principal debido a la existencia del negocio accesorio. En ese sentido, podría afirmarse que el negocio accesorio debe ser calificado como oneroso porque existe una ventaja que, en este caso, consiste en la posibilidad,

[151] En este sentido, SEMO, G. DE., *op. cit.*, pág. 296.

[152] SANDULLI, M., *Gratuità dell´atribuzione..,. op. cit.*, págs. 215 y siguientes.

[153] PACCHI, S., o*p. cit.*, pág. 73.

para el deudor, de estipular el negocio principal que, sin el accesorio, el acreedor nunca hubiera llevado a cabo.

Sobre la base de lo que se ha dicho, el sistema de rescisión concursal de las garantías contextuales por deudas propias puede ser el siguiente. En primer lugar, si la garantía es contextual y ha sido otorgada en el año anterior a la declaración de concurso, podría ser revocada conforme al artículo 67.2 *LF*. Si por el contrario, se realiza con anterioridad al periodo sospechoso, parece que debería tratar de rescindirse aplicando el 2901.2 *CC* relativo a la acción revocatoria ordinaria.

Por último, debe mencionarse que el artículo 67.2 *LF* habla de «*actos constitutivos de un derecho de prelación*», y por tanto no hace falta recurrir a la categoría de actos a título oneroso. Por tanto, resulta indiferente si la contraprestación es ajustada económicamente al valor de la garantía, puesto que el único criterio es que se trate de un acto constitutivo de un derecho de prelación que se haya concedido en el año anterior a la declaración de concurso.

4.4.4.2. No Contextuales

La garantía no contextual para asegurar una deuda propia supone claramente un desvalor en el patrimonio del garante, y normalmente, salvo prueba en contrario, será considerada como gratuita.

Existe, a este respecto, un sector doctrinal que considera que debe distinguirse en función de que la deuda esté o no vencida. Si la deuda ya ha vencido no debería considerarse la garantía otorgada a título gratuito, puesto que el acreedor podría exigir ya el pago de la deuda al deudor, pero aquel se conforma, por ejemplo, con la constitución de una garantía real que, en principio, resulta ser menos dañosa para el deudor que el propio pago.

En cambio, si la deuda aún no ha vencido, la garantía podría calificarse a título gratuito cuando el deudor no haya recibido ventaja alguna de manera que haya concedido una ventaja al acreedor sin recibir nada a cambio[154].

[154] MAFFEI, A., *Il fallimento,*Turín, 1978, pág 179.

El Tribunal de Pavía[155] explica de manera acertada que cuando la garantía real se constituye por una deuda preexistente no vencida, debe considerarse otorgada a título gratuito si el deudor no ha obtenido nada a cambio de ella (…) El caso sería diferente, en cambio, en la hipótesis inversa, relativa a una deuda vencida, puesto que en este caso entra en juego el requisito de la onerosidad, en virtud del hecho de que el acreedor acepta no recibir el pago del deudor por la obtención de la garantía.

En concordancia con lo que acaba de ser expuesto, si el deudor establece una garantía por una deuda no vencida pero a cambio obtiene una prórroga o nuevas condiciones en el pago, la ventaja obtenida se traduce en que la garantía se califique a título oneroso[156].

En el caso de que la garantía sea onerosa, si ha sido constituida en el año anterior a la declaración de concurso por una deuda preexistente no vencida, resulta de aplicación el artículo 67.1.3 *LF*; por el contrario, si la garantía asegura a una deuda que ya está vencida se habrá de aplicar al artículo 67.1.4 *LF*.

Por último, si la garantía ha sido constituida con carácter previo al año anterior al concurso, únicamente cabría la impugnación mediante la revocatoria ordinaria, esto es, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2901.2 *CC*.

4.4.5. La aplicación de la presunción de onerosidad del artículo 2901.2 del *Codice Civile* a la revocatoria *fallimentare*

Uno de los principales problemas encuadrables en la cuestión relativa a los criterios según los cuales una garantía será calificada a título gratuito o a título oneroso

[155] S.Trib. Pavía de 24 de septiembre de1987, en *Giur. comm*, 1988, II, pág. 799.

[156] AMBROSINI explica que «*también en tema de garantías no contextuales vale el criterio general: si el acreedor, a cambio de la garantía, concede al deudor una prórroga o una renuncia en todo o parte de los intereses, el acto será considerado a título oneroso; si, en cambio, el deudor no recibe ventaja de este tipo, la garantía deberá tenerse como concedida gratuitamente*». En AMBROSINI, S., *La revocatoria fallimentare..., op. cit.*, pág 68.

es la de determinar la aplicabilidad o no de la presunción de onerosidad prevista en el artículo 2901.2 *CC*.

El artículo citado establece que «*a los efectos de la presente norma, el otorgamiento de garantías, también por deudas ajenas, son considerados actos a título oneroso, cuando son contextuales al crédito garantizado*»[157].

La doctrina y la jurisprudencia quedan divididas a la hora de determinar si el citado artículo resulta o no de aplicación a la *Legge Fallimentare*.

Los partidarios de la inaplicación a la revocatoria concursal lo hacen con base en los siguientes argumentos. En primer lugar atienden al tenor literal de la norma. El artículo 2901.2 *CC* establece que «*a los efectos de la presente norma (...)*», por lo que parece desprenderse que se excluye de la aplicación de la revocatoria *fallimentare*[158].

En segundo lugar, en las garantías reales prestadas por el concursado a favor de una deuda propia, la *Legge Fallimentare* atiende a la contextualidad con un perfil diferente del que se desprende del artículo citado. El *Codice Civile* otorga a la contextualidad el elemento esencial a la hora de calificar el otorgamiento de la garantía como un acto a título oneroso, también por deuda ajena. La razón parece ser que se atiene fundamentalmente a los intereses del acreedor garantizado. En cambio, la *Legge Fallimentare* atiende principalmente a los intereses de todos los acreedores concursales.

En tercer lugar, el artículo 67.2 *LF* equipara los actos constitutivos de un derecho de prelación por deudas contextualmente creadas a los actos a título oneroso. Con anterioridad a 2005, la norma disciplinaba la hipótesis de garantías reales por deudas propias, pero no por deudas ajenas, por lo que resultaba ser otra diferencia más entre lo dispuesto en el *Codice Civile* y en la *Legge Fallimentare*.

---

[157] Dispone el artículo 2901.2 *CC* que «*Agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito*».

[158] CAROPPO manifiesta que «*en realidad, de la dicción de la norma (...), no debe haber dudas sobre la inaplicabilidad a supuestos diferentes*», aunque claro está, deja claro que obviamente es aplicable a la revocatoria ordinaria aun cuando nos encontramos en sede fallimentare. En CAROPPO, A., *op. cit..*, pág. 453.

Un último argumento manifestado en contra de la extensión de la presunción de onerosidad es que la *ratio* en base a la cual deben distinguirse los actos a título oneroso y los actos a título gratuito es diferente en la revocatoria ordinaria y en la concursal.

En la revocatoria ordinaria para establecer la naturaleza del acto ha de atenderse a la posición del destinatario, esto es, a la contraprestación recibida por la contraparte. La clave está en atender a la desventaja del acreedor y no al beneficio del garante. En cambio, en la revocatoria *fallimentare*, debe atenderse principalmente a la posición del concursado, el cual es el que tiene la necesidad de que se reconstruya su patrimonio.

Un sector jurisprudencial cualificado, aunque minoritario, se ha decantado por esta opción. La *Corte de Cassazione* ha manifestado que numerosos argumentos de índole textual y, sobre todo, argumentos sistemáticos confirman que el criterio que contiene el artículo 2901.2 *CC* para la determinación del carácter oneroso o gratuito de las garantías otorgadas por deudas ajenas no resulta de aplicación en sede concursal[159].

De una manera un poco más amplia, el Tribunal de Forli establece que la presunción de onerosidad prevista en el artículo 2901.2 *CC* por la prestación de una garantía por deuda ajena contextual al crédito garantizado es inaplicable en sede concursal, de tal forma que corresponde al acreedor la prueba de que la obligación asumida por el concursado tiene su propia justificación en una atribución patrimonial a

[159] De esta forma, la S.Cass. 5264/1998, de 28 de mayo, en *Banca, borsa tit. cred*, 1998, pág. 485. En este mismo sentido, S.Trib. Nápoles de 4 de enero de 1999 señala que «*la presunción de onerosidad de la garantía también por deuda ajena, contextual al crédito garantizado, prevista para la revocatoria ordinaria en el art. 2901.2 Codice Civile, no es aplicable a la revocatoria fallimentare, debiendo el juez en este caso averiguar en concreto si la garantía fue prestada a título oneroso o gratuito*». En *Dir. fall.*, 1999, II, pág. 872, con nota de Di Lauro. Igualmente, la S.Trib. Génova, de 17 de enero de 1995, manifiesta que «*a los fines de la revocatoria fallimentare, para averiguar la naturaleza onerosa o gratuita del otorgamiento de la garantía no es aplicable la presunción prevista en el artículo 2901.2 CC*». En *Il fallimento*, 1995, pág. 781. En este mismo sentido, se manifiesta la S.Trib. Monza 27 de mayo de 1993, en *Il fallimento*, 1993, pág. 1051: «*La presunción de onerosidad de las garantías contextuales del artículo 2901.2 Codice Civile no es aplicable a las acciones de los artículos 64 y 67 Legge Fallimentare*».

favor del acreedor que recibe la garantía o del deudor que recibe la obligación principal[160].

Parte de la doctrina también mantiene esta tesis. Los defensores alegan que el artículo 2901.2 *CC* no puede extenderse a la revocatoria *fallimentare*: ni siquiera a la revocatoria *fallimentare* verdadera y propia, la del artículo 67 *LF*, que es la que contiene en el mismo contexto, y con las modificaciones del caso, el criterio de la contextualidad al crédito garantizado de las garantías prestadas[161].

En cambio, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que la presunción de onerosidad del artículo 2901.2 *CC* debe extenderse también al ámbito concursal.

La *Corte de Cassazione* se ha manifestado en este sentido en multitud de ocasiones, cuando ha afirmado que la disposición prevista en el artículo 2901.2 *CC* no

[160] En este mismo sentido, la S.Trib. Brescia de 13 de marzo de 1986, en *Il fallimento*, 1987, pág. 326: «*La averiguación de la naturaleza gratuita u onerosa de un acto, a los fines de la declaración de ineficacia del artículo 64 Legge Fallimentare, no es asumible por el principio normativo del artículo 2901.2 CC, previsto para la prestación de garantías también por deudas ajenas, sino que debe atenderse al patrimonio del concursado y al perjuicio que esto ha causado como consecuencia de ese acto*».

[161] VITUCCI, P., «Garanzie contestuali e fallimento del fideiussore: argomenti contro la presunzione di onerosità», en *Dir. fall.*, 1992, I, pág. 551. SANDULLI ha manifestado que «*todavía no se ha demostrado que tal norma, prevista para la revocatoria ordinaria, como expresión de un principio general, puede hacerse valer también para la revocatoria fallimentare*». En SANDULLI, M., «Pagamento di debito altrui e revocatoria fallimentare», en *Dir. fall.*, 1983, II, pág. 983. En el mismo sentido, LAMANNA comenta acerca de este tema «*que la presunción de onerosidad de las garantías contextuales del artículo 2901.2 Codice Civile, no son aplicables en ningún caso a la revocatoria fallimentare, donde, según el régimen probatorio común, caso por caso, para las garantías prestadas a favor de terceros, deberá resolverse si son actos a título gratuito u oneroso mientras que en lo que concierne a las garantías prestadas directamente del concursado a su acreedor será revocado según el artículo 67*». En LAMANNA, F., «La presunzione di onerosità…», *op. cit.*, pág. 935. Igualmente, AMBROSINI manifestó que «*en el artículo 67 no se ve, en relación al binomio contextualidad-onerosidad, una disciplina específica como en el artículo 2901.2 CC; en la disposición de la Legge Fallimentare coexisten garantías contextuales y no contextuales, garantías por deudas vencidas y no vencidas*». En AMBROSINI, S., *La revocatoria fallimentare..., op. cit.*, págs. 42 y siguientes.

se limita a la revocatoria ordinaria, sino que también resulta de aplicación al sistema *fallimentare*[162].

El sector doctrinal partidario de esta tesis da por hecho, al exponer cuando un acto debe ser considerado a título gratuito, que el artículo 2901.2 *CC* es aplicable también a la revocatoria *fallimentare*. Este sector manifiesta que con carácter general no resulta difícil determinar cuándo un acto es realizado a título gratuito, aunque hay algunos supuestos en los que pueden presentarse dificultades. Este es el caso, por ejemplo, del otorgamiento de garantías por deudas ajenas, supuesto que parece haber encontrado solución con el artículo 2901.2 *CC*, en cuanto que establece que las garantías, también por deudas ajenas, deben ser consideradas actos a título oneroso, si son contextuales al crédito garantizado[163].

---

[162] S.Cass. 7997/1996 de 2 de septiembre, en *Il fallimento*, 1997, pág. 679. En este mismo sentido, la S.Cass. 10072/2003, de 25 de junio, afirma que «*bajo el presupuesto no discutido de la contextualidad de la garantía hipotecaria con respecto al crédito garantizado, habría debido considerar a título oneroso la garantía hipotecaria y excluir la ineficacia del artículo 64, sobre la base de una corriente jurisprudencial que la recurrente afirma consolidado, según la cual también en sede concursal sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 2901.2 CC acerca de la presunción de onerosidad*». En *Il fallimento*, 2004, pág. 749. En este sentido, la S.Cass. 3085/1985, en *Il fallimento*, 1985, pág. 1147: «*La presunción de onerosidad de la garantía por deuda ajena contextual al crédito garantizado fijada en el artículo 2901.2 CC en materia de revocatoria ordinaria, debe tenerse también como expresión de un principio que opera en el ámbito del procedimiento fallimentare, debido a la identidad de ratio (...)*».

[163] SATTA, S., *op. cit.*, pág 220. En este sentido, FERRARA, F., / BORGIOLI, A., *op. cit*, pág 408. Igualmente, BRIGHEL, B., «Onerosità e gratuità della fideiussione», en *Giur. It*, 1996, I, 2, págs. 443-448. BONSIGNORI manifiesta que «*debe acogerse la tesis de la unidad de fundamento de ambas acciones revocatorias, y por tanto aplicar en sede fallimentare lo dispuesto en el artículo 2901.2 Codice Civile*». En BONSIGNORI, A., *op. cit.*, pág 481. En el mismo sentido, BOZZA manifiesta que «*siguiendo el iter argumentativo de la decisión que se está comentando* (es un comentario a una S.Cass.), *es más coherente, en presencia de una garantía por deuda ajena contextual al crédito garantizado, aplicar la extensión a la revocatoria fallimentare de la presunción de onerosidad de la garantía por deuda ajena del artículo 2901.2 CC en materia de revocatoria ordinaria*». En BOZZA, B., *op. cit.*, pág. 707. En este sentido, FERRA, G. DE, *Manuale di Diritto Fallimentare,* Giuffrè, Milán, 1989, pág. 144, «*Menos controversia es la onerosidad de la garantía por deuda ajena si es contextual al crédito garantizado utilizándose la presunción absoluta del artículo 2901.2 CC»;* MAGGIORE, R., «Sull´interpretazione dell´art. 67, comma 2, legge fallim», en *Dir. fall.*, 1971, II, págs. 54 y 55.

Las razones principales que sostiene esta corriente son las siguientes. En primer lugar, se afirma que del tenor literal del artículo 2901.2 *CC* no hay una previsión expresa que lleve a limitar la aplicación de la norma únicamente a la revocatoria ordinaria.

En segundo lugar, se considera que realmente no hay una incompatibilidad, ni lógica ni jurídica, que lleve a pensar que es necesario establecer tal limitación.

A este respecto, se debe reconocer una identidad de *ratio* por la que sería injustificado calificar un otorgamiento de garantía por deuda ajena contextual al crédito garantizado como un acto a título oneroso en la revocatoria ordinaria y, sin embargo, calificarla como acto a título gratuito en la revocatoria *fallimentare.*

Por último, se entiende que otra interpretación vaciaría de sentido que el artículo 67.2 *LF* someta al régimen probatorio ordinario, asimilándolo a los actos a título oneroso, los actos constitutivos de un derecho de prelación por deudas contextualmente creadas, si son realizados en el año anterior a la declaración de concurso. Dicha norma parecería confirmar, según esta corriente, que también el legislador concursal ha tenido presente el otorgamiento de garantías por deudas contextualmente creadas y los ha asimilado al régimen de los actos a título oneroso.

Como se ha podido observar, la problemática se plantea en relación con las garantías que han sido otorgadas para el aseguramiento de una deuda ajena ya que, con anterioridad a 2005, en el artículo 67 *LF* se recogía la disciplina de las garantías prestadas por el concursado por deudas propias, tanto en el 67.1.3 *LF* y 67.1.4 *LF* como en el 67.2 *LF*, pero nada se preveía expresamente en relación a las garantías por deudas ajenas, como en cambio sí que hacía el artículo 2901.2 *CC*.

Una vez analizada la cuestión relativa a la extensión de la presunción del artículo 2901.2 *CC* a la normativa concursal, debe analizarse si la garantía no contextual debería ser calificada a título gratuito con una presunción *iuris et de iure*, realizando una interpretación *a sensu contrario*, del artículo 2901.2 *CC*.

Entre la jurisprudencia a favor, pueden citarse varias sentencias del Tribunal de Milán, las cuales manifiestan que la falta de contextualidad entre la constitución de la prenda y el crédito garantizado justifica la presunción lógica de gratuidad de la garantía,

presunción en base a la cual, en materia de ineficacia de los actos realizados por el concursado, es de aplicación el artículo 64 *LF* [164].

En referencia a la revocatoria ordinaria, la *Corte di Cassazione* ha manifestado que a los fines de la acción revocatoria ordinaria las garantías no contextuales al crédito garantizado deben considerarse actos a título gratuito[165].

Por el contrario, un sector doctrinal considera que la falta de contextualidad no significa que la prestación de garantía deba ser automáticamente considerada como un acto a título gratuito. El artículo 2901.2 *CC* se limita a configurar una presunción de onerosidad si aquella es contextual[166].

Los defensores de esta interpretación alegan que el hecho de que pueda aplicarse la presunción de onerosidad no debe llevar a considerar que las garantías no contextuales sean todas prestadas a título gratuito[167].

El artículo 2901.2 *CC* indudablemente contiene una presunción *iuris et de iure* de que la garantía para asegurar una deuda propia o una deuda ajena, si son contextuales al crédito garantizado, serán consideradas a título oneroso y, en ese sentido, el acreedor está dispensado de demostrar la gratuidad de la garantía.

---

[164] S.Trib. Milán, de 15 de febrero de 1988, en *Il fallimento,* 1988, pág. 720 y la S.Trib. Milán, de 30 de mayo de 1985, en *Banca, borsa tit. cred,* 1987, II, pág. 245.

[165] S.Cass. 1841/1974, de 21 de junio, en *Riv. Dir. Comm*, 1975, II, pág. 1983. En este sentido, la S.Trib. Bolonia de 6 de febrero de 1992, en *Giur. comm*, 1992, II, pág. 1015: *«La fianza prestada por el garante concursado y no contextual al crédito debe considerarse gratuita en ausencia de una apreciable ventaja patrimonial para el garante o el deudor; por tanto, el crédito garantizado puede ser excluido del pasivo concursal conforme al artículo 64 LF.».*

[166] LO CASCIO, G., *Diritto Fallimentare,* Milán, 1996, pág 667. La *Corte di Cassazione* también se ha manifestado en este sentido diciendo que «*la falta de contextualidad no significa automáticamente gratuidad en la concesión de garantía. El artículo 2901.2 CC se limita a determinar una presunción de onerosidad como consecuencia de la contextualidad, pero no necesariamente una presunción de gratuidad a falta de contextualidad*». Así, la S.Cass. 12948/1992, en *Il fallimento,* 1993, pág. 518.

[167] TERRANOVA, G., *Effetti del fallimento..., op.cit.*, pag 71.

En cambio, el artículo 67.2 *LF* parece no recoger mención alguna por la que pueda establecerse la consecuencia de que las garantías contextualmente creadas sean, sin admitir prueba en contrario, onerosas, al igual que ocurre con el artículo 2901.2 *CC*. El precepto sólo indica que el régimen respecto a la prueba que debe darse una vez se ha demostrado que el otorgamiento de la garantía lo ha sido a título oneroso.

Por tanto, lo primero que debe hacer el curador si quiere plantear la revocatoria de una garantía prestada por el deudor concursado es demostrar si el acto fue realizado a título gratuito u oneroso. Una vez probado, resultará de aplicación el artículo 64 *LF* si es gratuito o al artículo 67 *LF* si es oneroso.

Dicho de otro modo, la *Legge Fallimentare* no recoge ese carácter automático del *Codice Civile*, por el que la contextualidad deviene onerosidad, mediante una presunción *iuris et de iure*. La *Legge Fallimentare* no ha establecido ningún tipo de presunción, ni *iuris et de iure* ni *iuris tantum*, acerca de la onerosidad o gratuidad ante la falta o no de contextualidad en el otorgamiento de las garantías, sino que prevé que corresponde probarlo al curador. Claro está, si el acto que se pretende revocar fue realizado con anterioridad al periodo sospechoso, el curador sólo podrá impugnarlo conforme a la revocatoria ordinaria y, aun estando dentro del procedimiento concursal, aquí sí se aplicará la presunción de onerosidad de las garantías contextuales.

4.4.6. Garantías por deuda ajena contextuales y no contextuales

El caso que a continuación va a ser objeto de estudio es la constitución de garantías por deuda ajena, esto es, cuando el sujeto garante y el deudor de la relación principal no coinciden en la misma persona. La cuestión es determinar los criterios según los cuales la garantía será calificada a título oneroso y cuando será calificada a título gratuito.

Como ya se ha indicado, la consecuencia fundamental de que la garantía haya sido concedida a título gratuito u oneroso afecta a la determinación de la carga de la prueba.

Si la garantía se considera prestada a título gratuito, el juez no tiene que pronunciarse acerca de si la garantía fue contextual o no al crédito garantizado, ya que,

una vez probada la gratuidad, se aplicará sin más la ineficacia prevista en el artículo 64 *LF*, resultando indiferente a este respecto si fue o no contextual.

En cambio, si la garantía se considera onerosa, la contextualidad resulta ser fundamental a la hora de determinar si será de aplicación el artículo 67.1.3 *LF* o el 67.1.4 *LF*, para las garantías no contextuales, o el 67.2 *LF*, en caso de ser contextuales, en cuanto que, tras la reforma de 2005, este último precepto resulta también de aplicación respecto de las garantías contextuales para asegurar deudas ajenas.

Antes de continuar con el análisis de esta cuestión, es fundamental aclarar la estructura del negocio jurídico objeto de tratamiento.

El negocio de garantía es un negocio accesorio al principal. El negocio de garantía, evaluado junto al negocio principal, forma el llamado *contratto collegato,* esto es, la garantía y el negocio principal del que trae causa, tienen una causa diferente, aunque hay un nexo de interdependencia[168].

Esto significa que si los contratos son dos, dos deben ser las causas jurídicas por los que nacieron, y por tanto, la contextualidad es sólo un elemento de conexión que no puede ser unitario. Mientras en el *Codice Civile* la contextualidad basta para calificar un negocio como oneroso, parece no ser así en sede concursal, donde aquella sirve para encuadrar el negocio en el apartado primero o segundo del artículo 67 *LF*, pero no tiene utilidad para resolver el carácter oneroso o gratuito de la garantía.

Por ello, para establecer la onerosidad o gratuidad del otorgamiento de una garantía, resulta relevante determinar si debe atenderse desde el punto de vista del garante, posteriormente concursado, o desde el punto de vista del acreedor.

Una primera corriente doctrinal y jurisprudencial considera que se debe atender al punto de vista del acreedor. Éste ha concedido una ventaja a su deudor en la medida en que se constituía una garantía, haya recibido el garante alguna utilidad económica o no. En este caso, según esta corriente, la garantía sería calificada a título oneroso.

La *Corte di Cassazione*, en algunas de sus sentencias, ha optado por esta teoría manifestando, sin entrar a examinar el problema, que es suficiente verificar la

[168] BIANCA, M., *op. cit.*, pág. 454.

calificación de la naturaleza onerosa o gratuita del acto desde el punto de vista del acreedor que recibe el otorgamiento de la garantía[169] y que el cumplimiento por parte del concursado puede calificarse como un acto gratuito únicamente en su relación con el deudor, donde falta una causa onerosa que justifique la liberación del sujeto de su deuda; pero no en su relación con el acreedor, donde el cumplimiento es un acto extintivo de una obligación que deriva de causa onerosa[170].

Igualmente, parte de la doctrina se ha manifestado en este sentido. Han alegado que no es necesario analizar si la ventaja ha sido recibida por el deudor de la obligación principal o el garante ya que el acto será calificado como oneroso, puesto que el acreedor ha correspondido única y simplemente por el hecho de haber una garantía[171].

Desde otra perspectiva, un sector doctrinal y jurisprudencial considera que debe atenderse, para la valoración de la gratuidad u onerosidad de las garantías, desde el punto de vista del garante, de tal forma que si éste no recibe ventaja patrimonial alguna ni por parte del acreedor ni por parte del deudor de la obligación principal, el acto debería ser calificado a título gratuito.

En este sentido, la *Corte de Cassazione* también se ha manifestado diciendo que la gratuidad de los actos previstos en el artículo 64 *LF* debe ser atendida desde la perspectiva del garante concursado, que realiza actos de disposición sin recibir ninguna contraprestación, sin olvidar el hecho de que es una relación trilateral y, en consecuencia, puede excluirse la gratuidad si la contraprestación proviene del deudor principal o del acreedor[172], de tal forma que la garantía no sería nunca gratuita por la evidente ventaja económica del garante[173].

---

[169] S.Cass. 5562/1999, de 7 de junio.

[170] S.Cass. 3265/1989, de 11 de julio, en *Giur. comm,* 1990, II, pág. 28.

[171] PANZANI, L., «Gli atti a titolo gratuito e gli atti a titolo oneroso: contrasti interpretativi ai fini dell´azione revocatoria fallimentare», en *Il fallimento*, nº 9, 1991, pág. 935. En el mismo sentido: MARCHI, G. DE, *op. cit.*, págs. 637 y siguientes; TERRANOVA, G., *Effetti del fallimento..., op.cit.* pág. 68.

[172] S.Cass. 5616/1992, de 12 de mayo. En el mismo sentido, la S.Cass. 5264/1998, de 28 de mayo.

[173] S.Cass. 4608/1987, de 20 de mayo.

Una parte destacada de la doctrina es partidaria de esta tesis. Estos autores alegan que no es susceptible de rescisión mediante la aplicación del artículo 64 *LF*, pues no puede ser calificado como un acto a título gratuito un contrato de prestación de garantía hipotecaria por una deuda ajena en aquellos casos en que el acreedor garantizado a su vez realiza una prórroga del vencimiento de su deuda[174]. Como se puede observar, si el garante deudor recibe una ventaja patrimonial, como en este caso una prórroga de su deuda, la garantía será calificada como onerosa.

Esta última tesis parece más consistente con el régimen concursal. A falta de una norma como la del artículo 2901.2 *CC* y no siendo de aplicación el precepto en sede concursal, el artículo 64 *LF* debe analizarse desde la perspectiva del garante.

Este artículo, a grandes rasgos, contiene principalmente dos elementos. En primer lugar, declara la ineficacia de los actos considerados gratuitos realizados por el deudor en los dos años anteriores al concurso. En segundo lugar, dispone que la consecuencia consiste en la ineficacia del acto respecto a los acreedores del concursado.

Y es en este punto donde parece encontrarse la clave de la cuestión. El acto no se considera nulo, sino que pierde su eficacia con respecto a la masa de acreedores, pero continúa siendo válido entre las partes. Además, el acto sólo está privado de efecto entre los acreedores del garante, por lo que el legislador ha querido tutelar en el ámbito de la revocatoria la posición de estos antes que a cualquier otro sujeto.

Por consiguiente, parece fundado sostener que el artículo 64 *LF*, aun habiendo distintos intereses en juego provenientes de diferentes afectados, da prioridad a los intereses de los acreedores del concursado, por lo que la gratuidad o la onerosidad

[174] MAGGIORE, R., «Ancora in tema de gratuità o onerosità dell´atribuzione patrimoniale», en *Dir. fall.*, 1992, II, pág. 443. Igualmente SANDULLI manifiesta que «*el propio deudor presta una garantía (…) susceptible de ser considerada gratuita u onerosa según haya o no recibido contraprestación*». En SANDULLI, M., *Gratuità dell´atribuzione..., op. cit.*, pág. 219. Por último, cabe citar a AMBROSINI, el cual afirma que si la contraprestación consiste únicamente en conceder crédito, seguramente deba considerarse la garantía prestada a título gratuito, puesto que el garante no recibe nada a cambio de la concesión de ésta, sino que quien recibe esa ventaja patrimonial es el deudor de la relación principal. En AMBROSINI, S., *La revocatoria fallimentare..., op. cit.*, págs. 51 y siguientes.

depende de si el acto ha resultado perjudicial sobre el patrimonio de este último, esto es, del garante concursado.

La *Corte de Cassazione* se ha manifestado diciendo que «*existe una diferente dirección de tutela, de tal manera que en el sistema civil se parte de la posición del acreedor garantizado mientras que en el sistema concursal se tutelan los intereses de los acreedores del concursado*»[175].

Analizada la cuestión de la onerosidad o gratuidad en el otorgamiento de una garantía por deuda ajena, es preciso centrarse ahora en otros factores que también son de especial importancia.

En primer lugar, y aunque ya haya sido en parte tratado, cabe plantear si el negocio de garantía sería considerado a título gratuito u oneroso en aquellos supuestos donde el acreedor otorga una ventaja patrimonial a favor del deudor de la obligación principal, pero no a favor del garante.

Lo relevante en este contexto para que el acto pueda ser considerado como oneroso es que el garante haya recibido una contraprestación. En consecuencia, si el acreedor ha otorgado la contraprestación al deudor principal o, eventualmente, a un tercero, la garantía será calificada como gratuita, en la medida en que, como se ha señalado, el acto debe analizarse desde el punto de vista del garante.

En segundo lugar, se plantea el supuesto en el que el garante, en lugar de recibir la contraprestación por parte del acreedor, la recibe del deudor de la obligación principal.

La jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* ha contestado a esta cuestión señalando que la contraprestación puede provenir de cualquier sujeto que esté interesado en el cumplimiento de la obligación[176].

[175] S.Cass. 10072/2003, de 25 de junio, en *Foro it.*, 2003, I, pág. 2623. En este mismo sentido, la S.Cass. 6929/1983, de 21 de noviembre, en *Dir. fall.*, 1984, II, pág. 65.

[176] En este sentido, la S.Cass. 5264/1998, de 28 de mayo. Igualmente, la S.Cass. 5616/1992, de 12 de mayo.

Otro caso es aquel en que el garante otorga una garantía con fundamento en que está obligado en virtud de un contrato anterior en base al cual el garante se obligó a tal otorgamiento a favor del acreedor, por lo que habría que distinguir dos negocios; en primer lugar, aquel por el que el que deudor y garante se comprometen a que este último otorgue la garantía; por otro, aquel entre garante y acreedor por el que el primero otorga la garantía.

En el supuesto planteado, el acto debería entenderse gratuito si el acreedor no otorga una contraprestación al garante independientemente de que sea oneroso el negocio entre garante y deudor principal.

Por último, cabe plantear si para que un acto sea calificado como oneroso, debe el garante tener una ventaja directa o si es suficiente una contraprestación indirecta. En relación con esta cuestión, la *Corte di Cassazione* considera que tal ventaja no puede consistir simplemente en una acción de regreso posterior, porque no se puede reconducir al concepto de remuneración en sentido propio[177].

4.4.7. Garantías «intragrupo»

Entre los actos que revisten especial interés entre la doctrina y la jurisprudencia italiana se encuentran un tipo particular de constitución de garantías por deudas ajenas: las garantías «intragrupo».

[177] S.Cass. 9560/1991, de 12 de septiembre, en *Il fallimento*, 1992, pág. 40. De igual manera se ha decantado al manifestar que «*o el negocio está caracterizado por la presencia de una remuneración como una ventaja al garante y, por tanto, no puede haber dudas de su onerosidad; o tal elemento no subsiste y en tal caso no puede excluirse el carácter gratuito, por ejemplo, por la posesión de una acción de regreso*». En AMBROSINI, S., *La revocatoria fallimentare..., op. cit.*, pág. 62.

En el ordenamiento jurídico italiano, aun estando prevista normativamente la figura de la sociedad controlante y controlada[178], el grupo de sociedades no tiene relevancia jurídica como centro de imputación, en la medida en que son siempre las sociedades individualmente consideradas las que tienen esta condición[179].

La sociedad controlante puede prestar una garantía a favor de la sociedad controlada (*garanzia discendente*) o, viceversa, de la sociedad controlada a la controlante (*garanzia ascendente).*

A su vez este problema puede ser analizado desde dos perspectivas. Desde el punto de vista del conflicto de intereses o desde la perspectiva de la adecuación o no al objeto social.

Desde el punto de vista del conflicto de intereses[180], los intereses de la sociedad garante pueden no coincidir con los de la sociedad garantizada. A los efectos del reconocimiento de un *interés de grupo*, considerado éste como una persecución de fines

[178] El artículo 2359 *CC* dispone que «*Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati».

[179] FERRARA, F., / CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milán, 1987, pág. 692.

[180] El artículo 1394 *CC* dispone que «*Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo*».

comunes que trascienden de aquellos de las sociedades de manera aislada[181], la doctrina se ha acogido a la que ha sido denominada como *teoría de las ventajas compensatorias.*

Esta teoría justifica que pueda producirse un perjuicio en una sociedad -en este caso la sociedad garante- si posteriormente se produce un beneficio para el grupo en su conjunto y, con ello, la sociedad se ve compensada por el perjuicio que sufrió.

La cuestión es que no hay un criterio uniforme para apreciar cuándo ha de considerarse compensado el perjuicio sufrido por una sociedad. En Italia, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, es aplicable la teoría cualitativa, en la que el funcionamiento del grupo se antepone al interés de cada sociedad aisladamente considerada y, por ello, la compensación, ha de estudiarse en un procedimiento basado en la racionalidad económica y la coherencia del acto, aun cuando éste sea perjudicial para la sociedad respecto de una mejoría a medio y largo plazo del grupo en su conjunto de la cual, seguramente, también se beneficie la sociedad que en un principio salió perjudicada, aun cuando sea diferente desde un plano económico o momento diverso respecto de aquel en que tuvo lugar la operación, y según un parámetro que no sea rígidamente proporcional ni necesariamente cuantitativo[182].

La jurisprudencia se ha acogido también a lo dicho anteriormente, reconociendo que además del interés de la sociedad matriz y de la sociedad o sociedades filiales, pueda darse un interés del conjunto, un interés del grupo como un interés común, y que, por tanto, se ha rechazado la subsistencia del conflicto de intereses, la contrariedad al

---

[181] De esta forma, la S.Cass. 12325/1998, de 5 de diciembre, en *Giur. It*, 1999, 2317, con nota de MONTALENTI. En el mismo sentido, FERRI, G., «Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui e atti estranei all`oggetto sociale», en *Riv. Dir. Comm*, 1978, II, págs. 230.

[182] Sobre la explicación de las teorías cuantitativa y cualitativa, puede verse la SJM nº 1 de Alicante, de 16 de enero de 2015, descrita en el trabajo de FACHAL NOGUER, N., «La rescisión de garantías contextuales intragrupo», en *ADCon*, nº 40, 2017, (versión electrónica). También, sobre esta cuestión, MARTÍNEZ RUIZ, L., / COLOMBO ARNOLSI, P.R., «El interés del grupo de sociedades y la acción rescisoria concursal en el derecho español. Breve referencia al derecho brasileño», en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, nº 24, 2012, página 7 de la versión electrónica. MONTALENTI, P., «Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei ventaggi compensativi», en *Giur. comm*, 1995, I, pág. 730. En el mismo sentido, GAMBINO, A., «Responsabilità amministrativa nei gruppi societari», en *Giur. comm*, 1993, I, pág. 841.

objeto social o la gratuidad del propio acto en algún que otro supuesto sobre la base de que la aparente desventaja en el mismo momento del otorgamiento de la garantía, se ve compensado con una ventaja, aun indirecta, al grupo en su conjunto y que recaerá posteriormente también en la sociedad garante.

En este sentido, la *Corte di Cassazione* ha excluido la gratuidad de una fianza prestada por una sociedad a otra del mismo grupo en cuanto que la concesión de la garantía permitió a la sociedad garantizada acceder a una posterior línea de crédito que benefició al grupo en su conjunto y, en especial, a la sociedad garante[183].

El mismo Tribunal ha establecido, en determinados supuestos, que la transferencia a título gratuito de una cesión de crédito por parte de una sociedad a otra del mismo grupo, no supone una donación, puesto que ha sido realizada debido a una directriz del mismo grupo o que resulta ordenada a la consecución de un interés económico, también mediato e indirecto, de la sociedad cedente[184].

Por último, en el otorgamiento de una garantía prestada de la matriz a favor de la filial no se puede considerar un acto extraño al objeto social de la sociedad garante, pudiendo el acto estar pre ordenado a un interés mediato o indirecto de la sociedad. Es decir, en el fenómeno de grupos de sociedades, el otorgamiento de garantías por la sociedad matriz por deudas de otra sociedad o el pago de deudas de esta sociedad, debe considerarse incluido en el objeto social todas las veces que el acto vaya enfocado al interés del grupo[185].

En cambio, en el otorgamiento de una garantía por una sociedad filial por una deuda de otra sociedad del grupo para analizar si queda incluido o no el acto dentro del objeto social de la sociedad, debe comprobarse la concreta finalidad, teniendo en cuenta

[183] S.Cass. 9532/1997, de 29 de septiembre, en *Dir. fall.*, 1999, II, pág. 86.

[184] S.Cass. 2001/1996, de 11 de marzo, *en Giur. comm*, 1997, II, pág. 129.

[185] S.Cass. 3150/1976, de 14 de septiembre, *en Giur. comm*, 1977, II, pág. 771. Sobre la inclusión del otorgamiento de garantías en el objeto social de las sociedades de capital, véase GRAZIANI, A., «Se una società per azioni possa prestare garanzie per altra società qualora tale prestazione non sia prevista nell` oggetto sociale», en *Riv. Dir. Civ.*, 1956, I, págs. 36-43.

no únicamente los efectos estrictamente jurídicos, sino también los prácticos y económicos, con una visión global de toda la situación[186].

Asimismo, se ha de analizar la cuestión de si el acto debe ser considerado como un acto a título gratuito o, en cambio, a título oneroso, con el fin de revocarlos a la luz del artículo 64 o 67 *LF*. Para ello se hace necesario distinguir si la garantía ha sido concedida de la sociedad matriz a la filial (denominadas en inglés como *downstream guaranty*) o, en cambio, de la filial a la matriz (*upstream guaranty*).

En el primer caso, el otorgamiento de la garantía tiene como justificación asegurar el patrimonio de la controlada, pero además también tiene como objetivo asegurar la participación que la matriz tiene sobre la filial. Siendo así, la matriz obtiene del cumplimiento del acto una ventaja, consistente en dotar de medios financieros una sociedad en la cual tiene parte del control.

SACCHI compara la situación precedente con aquella en la que un socio otorga una garantía de un bien propio para asegurar una deuda de la sociedad a la que él pertenece[187].

En cambio, parte de la jurisprudencia piensa de manera diferente. El Tribunal de Turín[188] considera que para la determinación de la onerosidad o gratuidad del otorgamiento de una garantía, la simple pertenencia de la sociedad garante a un amplio grupo societario no determina *per se* el carácter oneroso, sino que debe haber una compensación económica directa.

Conforme a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria y considerando que el simple hecho de tener participación la matriz en la controlada supone que la garantía sea calificada como onerosa, ésta podría encuadrarse en los actos a título gratuito del artículo 64 *LF*. Esto ocurriría cuando la filial ya se encuentra en estado de insolvencia una vez que se otorga la garantía. La razón es que en este caso la sociedad garante no pretende incrementar el valor de su participación en la sociedad controlada, sino evitar a

[186] S.Cass. 12325/1998, de 5 de diciembre, en *Giur. It*, 1999, 2317, con nota de MONTALENTI.

[187] SACCHI, R., *op. cit.*., pág. 159.

[188] S.Trib. Turín de 27 de marzo de 1997, en *Giur. It*, 1998, pág. 973.

través de una transferencia de recursos, el concurso de ésta y que pueda conllevar una insolvencia en cadena del resto de sociedades.

El problema surge fundamentalmente cuando la garantía es otorgada en sentido inverso; esto es, de la sociedad filial a la matriz. En este caso, la garantía no puede ser calificada sin más a título oneroso, salvo que la filial, debido a la concesión de la garantía, haya obtenido una ventaja por parte de la matriz. Para evaluar tal ventaja debe analizarse, sobre todo, el destino que la matriz dé a la financiación obtenida a cambio de la garantía dada por la filial; así, si es utilizada, por ejemplo, para adquirir bienes por la controlada, la garantía deberá ser considerada a título oneroso.

Otro hecho también por el que la garantía podría considerarse como onerosa, es que como contraprestación la sociedad garante reciba, a su vez, una contragarantía por parte de la matriz. De esta manera, el otorgamiento de esta última garantía podría calificarse como una contraprestación en sentido estricto[189].

Sin embargo, no puede considerarse la garantía como onerosa por la mejora de la eficiencia productiva de la sociedad matriz como consecuencia de la financiación obtenida, por lo que el grupo se vería beneficiado y, por ende, la garante, la cual también forma parte de aquel. Como consecuencia de lo que se acaba de exponer, parece que tampoco podría considerarse como onerosa la garantía prestada por la filial con el objetivo de mejorar el interés del grupo, según las directrices que le ha impartido la matriz.

4.4.8. Recapitulación

Lo dicho hasta ahora podría ser resumido, de manera muy breve, de la siguiente forma[190]:

1) Garantías reales contextuales para garantizar una deuda propia.

[189] MIOLA, M., *Le garanzie intragruppo*, Giappichelli, Turín, 1994, pág 236, Nota 94.

[190] RAGO, G., *Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, 2ª Edición, CEDAM, 2006, págs. 736 y 737.

a) Si el negocio principal sobre el que se constituye la garantía es gratuito, conforme al principio de accesoriedad de las garantías, ésta también deberá ser calificada de la misma forma, aplicándose en consecuencia el artículo 64 *LF*.

b) Si, por el contrario, el negocio jurídico que se garantiza es calificado a título oneroso, la garantía también será calificada de la misma forma, siguiendo la siguiente disciplina: si se ha prestado en los seis meses anteriores a la declaración de concurso, deberá aplicarse el artículo 67.2 *LF*, por lo que corresponderá al curador la prueba de que la otra parte conocía el estado de insolvencia del deudor; si la garantía ha sido prestada con carácter previo a los seis meses anteriores a la declaración de concurso, únicamente podría ser revocada mediante la aplicación de la *azione revocatoria ordinaria –ex.* artículo 2901.2 *CC* -.

2) Garantías reales no contextuales para garantizar una deuda propia.

a) Normalmente, una garantía no contextual es un indicio del carácter gratuito de la misma.

b) Si la garantía es calificada a título oneroso, deberá procederse de la siguiente manera: si se constituye en el año anterior a la declaración de concurso para garantizar deudas preexistentes no vencidas, deberá acudirse al artículo 67.1.3 *LF*. Si se constituye en los seis meses anteriores a la declaración de concurso en garantía de una deuda vencida, deberá revocarse conforme al artículo 67.1.4 *LF*. Si se constituye con carácter previo a los periodos sospechosos marcados en los artículos 67.1.3 *LF* y 67.1.4 *LF*, únicamente podrán ser revocados con la revocatoria ordinaria del artículo 2901.2 *CC*.

3) Garantías reales o personales contextuales para garantizar una deuda ajena.

a) El problema fundamental en esta materia es el criterio que debe seguirse para la determinación del carácter gratuito u oneroso de la garantía otorgada, y si debe extenderse al ámbito concursal la presunción de onerosidad de las garantías contextuales del artículo 2901.2 *CC*.

b) En función de que se considere aplicable o no la presunción mencionada, si la garantía ha sido constituida a título gratuito, deberá revocarse conforme al artículo 64 *LF*. Si es calificada a título oneroso, y se ha prestado en los seis meses anteriores a la declaración de concurso, deberá aplicarse el artículo 67.2 *LF*, por lo que corresponderá

al curador la prueba de que la otra parte conocía el estado de insolvencia del deudor. Si, por el contrario, la garantía ha sido prestada con carácter previo a las seis meses anteriores a la declaración de concurso, únicamente podría ser ejercida la *azione revocatoria ordinaria –ex.* artículo 2901.2 *CC*-.

4) Garantías reales o personales no contextuales para garantizar una deuda ajena.

a) Si no se considera aplicable la presunción de onerosidad del artículo 2901.2 *CC* en sede concursal, se aplicará la misma regla que en las garantías no contextuales por deuda propia; esto es, si la garantía es calificada a título oneroso, deberá procederse de la siguiente manera: si se constituye en el año anterior a la declaración de concurso para garantizar deudas preexistentes no vencidas, deberá acudirse al artículo 67.1.3 *LF.* Si se constituye en los seis meses anteriores a la declaración de concurso en garantía de una deuda vencida, deberá revocarse conforme al artículo 67.1.4 *LF*. Si se constituye con carácter previo a los periodos sospechosos marcados en los artículos 67.1.3 *LF* y 67.1.4 *LF*, únicamente podrán ser revocados con la revocatoria ordinaria del artículo 2901.2 *CC*.

4.5. La rescisión de pagos garantizados

En la práctica, con carácter previo a la declaración de concurso, el deudor suele efectuar pagos de créditos asistidos con garantía o privilegios. La cuestión que se plantea es la determinación de los supuestos en los que estaría justificada la rescisión.

Se deben tratar por separado las dos hipótesis que han sido analizadas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia; esto es, por un lado, el pago efectuado por el deudor de un crédito garantizado por él mismo y, por otro, el pago realizado por el deudor de un crédito con una garantía de tercero.

Se deduce de los artículos 53 y 54 *LF* que los acreedores que cuentan con garantía o privilegios pueden hacer valer su derecho de prelación sobre el precio del bien vinculado al capital, a los intereses y a los gastos y, en ese sentido, gozan de un privilegio respecto a los créditos ordinarios una vez que se proceda a la liquidación.

4.5.1. La rescisión de pagos garantizados por el concursado

En este supuesto, el deudor, con carácter previo a la declaración de concurso, paga a un acreedor su crédito, el cual estaba asistido con garantía prestada por él mismo. La cuestión que se plantea tanto en la doctrina como en la jurisprudencia italiana, radica en si cuando el deudor paga en el año anterior a la declaración de concurso un crédito asistido con una garantía real que fue constituida con anterioridad al periodo sospechoso el pago podría ser o no revocado.

La tesis que sostiene la revocabilidad lo hace con fundamento en que el artículo 67.2 *LF*, en la parte que dispone la revocabilidad de los pagos de deudas líquidas y exigibles cumplidas en el año anterior a la declaración de concurso, no distingue en función de la cualidad de la deuda extinta.

En segundo lugar, en que según los artículos 52 y 54 *LF*, se deben sujetar a las reglas del concurso también los acreedores con un derecho de prelación, pues lo contrario supondría no respetar la paridad de trato entre los acreedores.

Y, en tercer lugar, que si se revocase el pago tendría como consecuencia la subsistencia de la garantía, ya que el hecho de que se rescinda el pago no implica también la pérdida del derecho de prelación.

Por el contrario, la mayor parte de la jurisprudencia, es partidaria de la tesis contraria y, en ese sentido, niega la posibilidad de revocar el pago de un crédito asistido con una causa de prelación. Esta tesis se divide, a su vez, en dos posturas diferenciadas.

Una primera corriente[191] parte de la consideración de que la garantía no subsistiría en caso de revocar el pago y que, por tanto, el crédito privilegiado pasaría a ser crédito ordinario con la calificación que correspondiese conforme a la *Legge Fallimentare*, impidiendo de esta manera al acreedor hacer valer la garantía que ostentaría si no hubiera recibido el pago y hubiera seguido la normal práctica procesal del procedimiento concursal.

Por el contrario, otro sector considera que el fundamento para no admitir, en principio, la revocatoria es el interés mismo del concurso; es decir, el interés va

[191] En este sentido, la S.Cass. 3608/1976, en *Foro it.*, 1977, I, pág. 1987.

evaluado sobre la base de que venga probado el carácter perjudicial que habría de materializarse en la existencia de acreedores con un grado superior a los que el pago les haya perjudicado.

Por ello, los diferentes casos que podrían darse en la práctica serían los siguientes: en primer lugar, si el acreedor al que se le efectúa el pago con anterioridad hubiese cobrado igualmente en el concurso, la demanda para la revocatoria no debería prosperar; en segundo lugar, si el acreedor ha percibido parte pero hubiera percibido algo más que durante el concurso, la revocatoria se admitiría sobre esa parte restante; y por último, si el acreedor no hubiera cobrado lo que se le ha pagado por existir acreedores con mejor derecho que él, la demanda de revocatoria debería admitirse.

Por tanto, se considera, en principio, que también los pagos efectuados a los acreedores que disponen de causas de prelación podrían ser revocables cuando lesionen la *par conditio* en el sentido de que hubieran recibido una mayor satisfacción de la que les hubiera correspondido si se hubiera declarado el concurso.

4.5.2. La rescisión de pagos garantizados por un tercero

La doctrina y la jurisprudencia italiana, al igual que sucede en el supuesto anterior, también queda dividida entre los partidarios de que, una vez revocado el pago, la garantía no subsista y los que consideran que una vez rescindido el pago, el crédito debe volver a estar asistido con la garantía.

Entre los argumentos que aportan los que afirman que la garantía no debería retornar una vez que se revoca el pago efectuado por el deudor, se encuentran los siguientes. En primer lugar, que no se encuentra un principio general que permita el restablecimiento de la garantía y el artículo 2881*CC*[192], establecido para la hipoteca, es una norma especial y no general, donde, además, no es aplicable por analogía al resto de garantías reales. Además, y aún en el caso de que se aceptase la aplicación del artículo

[192] El artículo 2881 *CC* dispone que «*Salvo diversa disposizione di legge se la causa estintiva dell'obbligazione è dichiarata nulla o altrimenti non sussiste ovvero è dichiarata nulla la rinunzia fatta dal creditore all'ipoteca , e la iscrizione non è stata conservata, si può procedere a nuova iscrizione e questa prende grado dalla sua data*».

2881 *CC*, éste dispone el restablecimiento de la hipoteca sólo en los casos en que la obligación fuese declarada nula o no subsistiese y, como sabemos, la revocatoria ni es un caso de nulidad ni de inexistencia, sino que es una ineficacia relativa respecto a determinados acreedores.

Y, en segundo lugar, el crédito que el acreedor revocado tiene la facultad de insinuar en el pasivo concursal sería un crédito diferente del de origen[193].

Por el contrario, los partidarios del restablecimiento de la garantía una vez que es revocado el pago, se apoyan fundamentalmente en dos argumentos. En primer lugar, al contrario de la tesis anterior, consideran que el artículo 2881 *CC* es expresión de un principio general según el cual las garantías se restablecen una vez que se produce un acto extintivo de la obligación y, en esta concepción amplia, no parece haber dificultad para entender incluida la revocatoria. Consideran que este precepto recoge un principio general porque el propio precepto establece que «*salvo las disposiciones previstas en la Ley*» la hipoteca se restablecerá.

Los partidarios de la *reviviscencia* de la garantía manifiestan que la referencia únicamente a la hipoteca se debe a que es un instituto particular en el que las formalidades juegan un papel fundamental, cosa que no ocurre con la fianza o con la prenda, en las que para el restablecimiento, por ejemplo, de esta última basta con que el bien se encuentre en posesión del garante y no sería posible, en cambio, si se encontrase en posesión de un tercero de buena fe[194].

Por otro lado, se sostiene, a diferencia también de la tesis precedente, que el crédito que el acreedor revocado insinúa en el pasivo *fallimentare* conforme al artículo 71 *LF*, sería el mismo que el existente con anterioridad[195].

---

[193] En este sentido, la S.App. Milán 3 de octubre de 2000. En *Il fallimento*, 2001, pág. 937.

[194] CANTILLO, M., «Invalidità o inefficacia del fatto estintivo del credito e reviviscenza della garanzie prestate da terzi», en *Banca, borsa tit. cred*, 1967, II, pág. 89.

[195] En la jurisprudencia, la S.Trib. Milán de 21 de enero de 1998, en *Banca, borsa tit. cred*, 1988, II, pág. 626 y la S.App. Catania de 19 de septiembre de 1987, en *Dir. fall.*, 1987, II, pág. 948. En la doctrina, MICHELI, G.A., *op. cit.*, pág. 369; CANTILLO, M., *op. cit.*, pág. 89.

5. Los acuerdos de reestructuración de deudas

5.1. Los acuerdos de refinanciación homologados ordinarios

5.1.1. Encuadre normativo

Los acuerdos de reestructuración de deudas del Derecho italiano fueron introducidos en la *Legge Fallimentare* a través del Decreto Ley de 14 de marzo de 2005, aunque han sido modificados posteriormente en varias ocasiones. Entre las distintas reformas cabe destacar por su entidad, la última aprobada en el año 2015 a través del Decreto Ley nº 83, de 27 de junio.

La regulación se recoge en el artículo 182 *bis LF*, de tal manera que el empresario en estado de crisis[196] puede solicitar un acuerdo de refinanciación, cumpliendo una serie de requisitos, siempre que sean respaldados con una parte importante del pasivo.

En la introducción de estos acuerdos de refinanciación en el año 2005 en el ordenamiento jurídico italiano se vio claramente la intención del legislador de reformar la legislación de la crisis de empresa a través de acuerdos preconcursales[197], todo ello tras años de debate sobre la conveniencia de incorporar una mayor autonomía privada y favorecer acuerdos extrajudiciales entre el empresario y sus acreedores para resolver los problemas relativos a la crisis de empresa[198].

El fundamento de la introducción de acuerdos de refinanciación en el Derecho italiano parece encontrar justificación, entre otras razones, en el tratamiento de los presupuestos para proceder a la rescisión. En Italia, para ejercitar la acción revocatoria

[196] Con el presente Decreto se modificó el presupuesto subjetivo, por lo que pasó del término «*deudor*» al de «*empresario en estado de crisis*». Aun así, la norma sigue sin aclarar cuál debe ser el presupuesto subjetivo del acuerdo de refinanciación, aunque se ha intentado equiparar por parte de la doctrina y de la jurisprudencia a aquel relativo al concordato preventivo.

[197] INNOCENTI, F., «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento corrttivo del 2007: una possible soluzione alla crisi dell'impresa», en *Dir. fall,*, nº 6, 2007, pág. 917.

[198] COMMERCI, V., / CHINAGLIA, S., «Art. 182 bis», en MAFFEI, A., (Dir), *Comentario breve a la Legge Fallimentare*, CEDAM, Milán, 2009, pág. 1229.

se hace necesario que el deudor se encuentre en estado de insolvencia y, a su vez, que la contraparte conozca el estado de insolvencia del deudor. En ese sentido, normalmente los refinanciadores van a conocer el estado económico del deudor y eso conlleva que de alguna manera haya un riesgo ineludible de que la operación pueda ser revocada. Esto se plantea de forma especial cuando la refinanciación se lleva a cabo por parte de entidades de crédito.

Se hacía necesario, por tanto, establecer una regulación propia que salvase de la rescisión aquellos actos, pagos y garantías realizados en el marco de un acuerdo de refinanciación al margen del concurso entre el deudor y sus acreedores aunque el primero se encontrara en estado de insolvencia.

Esta institución se desarrolla a través de dos fases diferentes: una primera, completamente extrajudicial, en la cual se lleva a cabo el acuerdo entre empresario y acreedores; y una segunda, judicial, en la cual se produce la homologación y se dota de eficacia al acuerdo de forma que le resulte de aplicación la exención de la acción revocatoria.

Igualmente, se prevé, inspirándose en la reforma del Derecho español por el RDL 4/2014, y la Ley 17/2014, tras la modificación acaecida por el Decreto Ley nº 83 de 2015, convertido en la Ley nº 132 de 2015, un nuevo artículo 182 *septies* bajo el título «*Acuerdos de refinanciación con intermediarios financieros y acuerdos de moratoria*». De esta manera, el legislador italiano ha establecido dos nuevas modalidades de acuerdos de refinanciación destinadas principalmente a, por un lado, hacer posible una refinanciación de la deuda del deudor con la mayor parte de sus acreedores financieros -a través de los acuerdos de refinanciación con intermediarios financieros- y configurar, mediante la figura de los acuerdos de moratoria, un instrumento para la gestión de la crisis empresarial, en espera de la identificación de la medida más conveniente para una solución definitiva.

Estos dos últimos tienen en común fundamentalmente dos aspectos: en primer lugar, la naturaleza de los acreedores que deben suscribirlo, que son los acreedores financieros; y en segundo lugar, la extensión de los efectos a acreedores que no lo hayan suscrito, cuando se alcance la mayoría cualificada del pasivo financiero que se establece.

5.1.2. Singularidad y naturaleza jurídica

La genérica exposición del artículo 182 *bis LF* ha planteado la incertidumbre acerca de su calificación jurídica, de tal manera que una parte de la doctrina considera que los acuerdos de refinanciación tienen un carácter singular respecto al concordato preventivo, mientras que otro sector minoritario sostiene que tales acuerdos tienen una especificidad limitada y que serían, por tanto, un subtipo de concordato preventivo.

La posición mayoritaria tanto de la doctrina[199] como de la jurisprudencia[200] sostiene la plena autonomía de los acuerdos de refinanciación, como una figura distinta del concordato preventivo, tanto en su estructura como en los efectos.

Las razones fundamentales para sostener esta afirmación son, entre otros, la rúbrica del Título III, titulada como «*Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*» y la rúbrica del Capítulo V «*Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione di debiti*». De esta forma, el legislador los ha regulado como institutos diferentes. Igualmente, en un sentido también literal, el artículo 67.3 e) *LF*, al establecer la no sujeción a la revocatoria, menciona al concordato preventivo y a los acuerdos de refinanciación de manera separada a través de la conjunción «*nonchè*», es decir, prevé la no sujeción a la rescisión del concordato preventivo «*así como*» respecto de los acuerdos de refinanciación, considerándolas como dos figuras independientes.

[199] Entre otros, FABIANI, M., «Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all´art. 182 bis l. fall.» en *Foro it.*, 2006, I, pág. 2563; AMBROSINI, S. / MARCHI, G. DE, *Il nuevo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milán, 2005, pág. 184.

[200] En este sentido, el Tribunal de Udine de 30 de marzo de 2012 dice que «*los acuerdos de reestructuración de deudas del artículo 182 bis de la Legge Fallimentare no pueden ser considerados una particular forma del concordato preventivo y, por tanto, no es posible aplicar su tratamiento fiscal (…)*». Igualmente, el Tribunal de Bolonia de 17 de noviembre de 2011 dijo que «*el instituto en cuestión no sólo es del todo independiente del concordato preventivo sino que ni siquiera se encuentra en el halo del procedimiento concursal* (…)».

Otro argumento para considerar la autonomía respecto al concordato preventivo, expuesto por la doctrina con carácter previo a la reforma de 2015 de la *Legge Fallimentare* en el que se introdujeron los acuerdos de refinanciación con el pasivo financiero, es que el acuerdo de refinanciación no regulaba un procedimiento donde se vinculase a la minoría disidente a las decisiones de la mayoría, cosa que sí sucedía en el concordato preventivo[201]. En la actualidad, tras la reforma de 2015, en la medida en que tanto el acuerdo de refinanciación con acreedores financieros como el acuerdo de moratoria prevén la extensión de efectos, este argumento habría dejado de tener justificación.

En cambio, una corriente minoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia defiende la autonomía limitada del acuerdo de refinanciación por cuanto que el presente instituto es una concordato extrajudicial que puede ser aprobado por acreedores con una mayoría del sesenta por ciento del pasivo total, y que tiene trascendencia o relevancia también para el resto de acreedores no adheridos al acuerdo en la medida en que se hace necesario satisfacer sus créditos íntegramente[202].

Otro de los motivos para considerar la falta de autonomía de tales acuerdos respecto al concordato preventivo es que el legislador, para determinar la disciplina de los acuerdos de refinanciación, reenvía a la regulación existente para el concordato: al artículo 161 *LF* en relación a la modalidad de presentación de la declaración y de documentación y al artículo 183 para las posibles reclamaciones frente al decreto de homologación.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del acuerdo de refinanciación, la doctrina y la jurisprudencia también se divide en cuanto a considerar este instituto como un contrato de derecho privado o bien, incluirlo en el ámbito del procedimiento concursal.

[201] PRESTI, G., «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti», en *Banca, borsa tit. cred*, 2006, I, pág. 36.

[202] NIGRO, A., / SANDULLI, M., / SANTORO, V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti Commento per articoli*, Giappichelli, 2014.

Los que consideran el acuerdo de refinanciación como un contrato de derecho privado[203] se basan, entre otros argumentos, en la falta de órganos dentro del procedimiento, como el comisario judicial. Igualmente, el instituto se presenta deficitario en relación a los aspectos típicos que caracterizan el procedimiento concursal, como por ejemplo que el empresario pueda negociar libremente con sus acreedores. Además, falta un control efectivo de la fase ejecutiva del acuerdo y, hasta al menos el Decreto Legislativo n. 169/2007, se señalaba la ausencia de medidas de protección del patrimonio del deudor respecto a las acciones individuales promovidas por los acreedores[204].

En cambio, el sector que considera a los acuerdos de refinanciación como un instituto concursal[205] basa esta afirmación en el hecho de que el acuerdo de refinanciación tiene una finalidad pública, que se justifica de dos maneras diferentes. Una primera, en el respeto al principio de concursualidad, en la medida en que es un procedimiento de ejecución universal, y una segunda consistente en que el procedimiento se dirige a tutelar, siempre con la autoridad judicial con una función esencial, los intereses de los acreedores. Es decir, el procedimiento parece ir más allá de lo que se puede amparar con fundamento en la autonomía de la voluntad, por lo que sólo encontraría justificación dentro de un marco concursal.

En este sentido, se establecen medidas preventivas que aseguran, de alguna manera, que el empresario no va a devenir insolvente y esas garantías se determinan, fundamentalmente, desde la perspectiva del interés del conjunto de los acreedores.

---

[203] En este sentido, la S.Trib. Milán de 23 de enero de 2007.

[204] En la doctrina, DIMUNDO, C., «Accordi di ristrutturazione dei debiti: la meno incerta via italiana alla reorganization», en *Il fallimento*, 2007, pág. 706.

En la jurisprudencia, la S.Trib. Roma de 16 de octubre de 2006, en *Il fallimento*, 2008, pág. 187.

[205] DIDONE, A., «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis Legge Fallimentare) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione della misure protettive dell'impresa in crisi)», en *Dir. fall.*, 2011, pág. 17; FRASCAROLI, E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, CEDAM, 2012, página 554 y siguientes.

Además, añaden para la justificación de que es un instituto concursal que se prohíben tanto acciones cautelares como ejecutivas individuales por parte de los acreedores, y que estos tienen la posibilidad de oponerse al acuerdo.

El debate planteado en la doctrina italiana pone de manifiesto que la cuestión de fondo consiste en determinar si con el Derecho de contratos se puede explicar el alcance y los efectos de los acuerdos de refinanciación o ese alcance y esos efectos van más allá de lo que se puede fundar en la autonomía privada. Y en ese contexto, se ha de comprender la discusión sobre si es o no contrato o si es un instituto de Derecho concursal, lo decisivo es ver hasta dónde llega la autonomía privada y donde se hace necesario un apoyo normativo para determinar los efectos.

5.1.3. Presupuestos

El empresario –*imprenditore commerciale*[206]- que se encuentre en una situación de crisis puede alcanzar un acuerdo de refinanciación de su deuda susceptible de homologación judicial. Para ello se hace necesario que el empresario que celebre un acuerdo de refinanciación se encuentre en un estado de crisis. No habiéndose definido tal estado por la Ley 80/2005, ha sido entendido por la doctrina como todas aquellas situaciones próximas a la insolvencia[207].

De la regulación establecida en el artículo 182 *bis LF*, parece desprenderse que el deudor no tiene que estar en un estado de insolvencia actual, sino que el concepto de estado de crisis abarca un concepto más amplio que, propiamente, el estado de insolvencia, el cual, es el presupuesto necesario para ser declarado en concurso.

[206] Trib Brescia, de 22 de febrero de 2006, manifestó que el acuerdo de refinanciación es aplicable sólo a la empresa de la que habla el artículo 1 *LF*. Recuérdese a este respecto que el presupuesto subjetivo del *fallimento* son los empresarios que ejercen una actividad comercial. A este respecto, ROJO, Á., «La reforma del derecho concursal italiano y el derecho concursal español (un apunte de derecho comparado desde una perspectiva española)», en *ADCon*, nº 12, 2007, págs. 324-325.

[207] FAUCEGLIA, G., «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge n. 80/2005», en *Il fallimento*, 2005, XII, pág. 1447.

Se observa como el legislador parece que ha querido ampliar los sujetos legitimados que pueden llevar a cabo un acuerdo de refinanciación con respecto a aquellos que pueden ser declarados en concurso y que necesariamente deben estar en una situación de insolvencia[208]. En este sentido, parece encontrar justificación esta medida del legislador en el hecho de favorecer la celebración de los acuerdos de refinanciación en un momento en el que sea posible la continuidad de la empresa y evitar que se llegue demasiado tarde de forma que la situación de insolvencia aboque a la liquidación concursal[209].

Tal y como ha manifestado la S.Trib. Bari de 21 de noviembre de 2005, el requisito objetivo hace referencia al estado de crisis de la empresa que no ha sido definido, y que comprende una situación de desequilibrio económico y financiero sin encontrarse todavía en insolvencia, como la insolvencia en sí misma, en el sentido del artículo 5 *LF*. El estado de dificultades económicas se interpreta en el sentido de que, de no adoptarse el acuerdo de refinanciación, el deudor se vería abocado al estado de insolvencia, y con ello, a la declaración de concurso. Esto es, no basta con que el deudor se encuentre atravesando unas dificultades económicas que pueda resolver por distintas vías de manera que no resulta imprescindible la celebración de un acuerdo de refinanciación para resolver la situación de crisis, sino que debe encontrarse en un

[208] ORTIZ MÁRQUEZ, M., *op.cit.*, pág. 352.

[209] En relación al presupuesto subjetivo, el *Codice della crisi e dell´insolvenza* (véase nota a pie 67), elimina la mención de *imprenditore in stato di crisi* que recoge la *Legge Fallimentare*. Establece que los *imprenditore, non minore* son los sujetos que pueden realizar acuerdos de reestructuración de deudas (artículo 61 del *Codice*). Una de las novedades, siguiendo las directrices de la *Legge 19 ottobre 2017, n 80,* es que el *Codice* da un definición de algunos conceptos que en la *Legge Fallimentare* resultaban problemáticos –a título indicativo, diferencia entre *estado de crisis* e *insolvencia* en su artículo 2 (1) y 2 (2) respectivamente- o que el legislador ha decidido incluirlos. Mediante la inclusión de estas definiciones se evita que sea la jurisprudencia la encargada de realizarla. Uno de esos conceptos definidos por el legislador es el de *imprenditore minore*. El artículo 2 (4) del *Codice* define esta categoría como aquella empresa que presente las siguientes características: que su activo patrimonial en los últimos tres años no sea superior a trescientos mil euros; que sus ingresos brutos anuales no exceda en los últimos tres años de doscientos mil euros; y que las deudas, incluidas las no vencidas, no excedan de los quinientos mil euros. Ello conlleva que aquellas empresas que no cumplan con las características descritas anteriormente serán calificadas como *imprenditore non minore*, y, por tanto, podrán realizar con sus acreedores un acuerdo de reestructuración de deudas.

estado de dificultad tal que se viese declarado en concurso de no realizarse el acuerdo de refinanciación.

Además, se cuenta también con una garantía jurisdiccional de que se cumple tanto con el presupuesto subjetivo como con el objetivo, esto es, de que se trate de un *imprenditore* y que se encuentre en *stato di crisi*, pues es parte de la verificación que debe realizar el tribunal para homologar el acuerdo de refinanciación[210].

El acuerdo debe realizarse con acreedores que representen, al menos, tres quintos del pasivo total de la sociedad, esto es, el sesenta por ciento, de tal forma que la base del cómputo es la totalidad del pasivo, y no sólo el pasivo financiero[211].

En segundo lugar, el deudor debe depositar junto con el acuerdo la documentación que recoge el artículo 161 *LF*. Entre la documentación se encuentra la situación patrimonial, económica y financiera de la empresa; una relación de titulares de derechos reales y personales sobre bienes en propiedad o en posesión del deudor; una relación de acreedores, con indicación de sus respectivos créditos y de las causas de prelación; y una descripción analítica de las modalidades y de los tiempos de cumplimiento de la propuesta.

Y, en tercer y último lugar, el acuerdo de refinanciación también deberá ir acompañado de un informe elaborado por un profesional independiente en que se haga constar la veracidad de la información que ha sido proporcionada por el deudor así como de la idoneidad del plan para asegurar el pago integral de los acreedores que no

[210] DIMUNDO, C., *op. cit.*, pág. 709.

[211] El *Codice della crisi e dell´insolvenza* prevé que pueda realizarse un acuerdo de refinanciación que sea suscrito por el treinta por ciento del pasivo si el deudor no propone una moratoria de los acreedores no suscriptores del acuerdo y el deudor no solicita o rechaza medidas preventivas. El legislador define expresamente estas medidas –artículo 1 (16)- como aquellas medidas temporales, dispuestas por el juez competente, tendentes a evitar determinadas acciones de los acreedores que puedan perjudicar, en la fase de negociación del acuerdo, la salida del estado de crisis o de insolvencia del deudor. Estas medidas consisten, en particular, en la inadmisión de acciones ejecutivas o cautelares individuales sobre el patrimonio o la empresa del deudor, en la suspensión de los procesos ejecutivos o cautelares pendientes y en la prohibición a los acreedores de adquirir derechos de prelación que no se hubieran acordado.

estén a favor del acuerdo. Este último presupuesto se ha de destacar por cuanto implica contar con la opinión de un tercero ajeno a los participantes en el acuerdo de refinanciación con una cualificación determinada[212] por la ley que ha de verificar que el contenido del acuerdo asegure el pago íntegro de los créditos del resto de acreedores no adheridos.

5.1.4. Efectos

5.1.4.1. Prohibición de iniciación o continuación de acciones individuales, cautelares o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor

La primera consecuencia del acuerdo de refinanciación del artículo 182 *bis LF*, apartado 3, es que una vez que se publica el acuerdo homologado en el registro de la empresa, durante los siguientes sesenta días, los acreedores por títulos o causas anteriores no pueden ni iniciar ni, en el supuesto de que ya se encontrasen, continuar con medidas cautelares o acciones ejecutivas sobre el patrimonio del deudor ni, tampoco, adquirir derechos de prelación si el resto de acreedores no dan su consentimiento.

Se consigue con ello evitar embargos una vez homologado y publicado el acuerdo. Se pretende tener bienes libres de cargas y permitir la continuidad de la compañía, en la medida en que aquellos acreedores que no se hubieran adherido y cuyas deudas ya hubieran vencido con anterioridad a la homologación del acuerdo, deben ser satisfechos en los ciento veinte días siguientes a la homologación. Con esta medida de protección, se pretende dejar un margen de maniobra al deudor para que estos acreedores no puedan embargarle los bienes o ejecutarles las garantías durante los siguientes sesenta días a la publicación del acuerdo.

El acuerdo de refinanciación tiene como presupuesto asegurar razonablemente que se va a poder cumplir durante los primeros ciento veinte días con las deudas que vencen

[212] Éste debe ser abogado, doctor comercial, asesor fiscal, experto contable o un despacho profesional que cuente con alguno de los mencionados anteriormente.

y, también, con las que ya han vencido, de tal forma que se impide el embargo precedente y se permite con ello la continuidad de la empresa.

Además, con la reforma llevada a cabo en 2010 sobre esta materia, también se le da la posibilidad al empresario que, durante el transcurso de tiempo en el que se está intentando formalizar el acuerdo de refinanciación con parte de sus acreedores, sea éste el que solicite al Tribunal que prohíba el inicio de las acciones contra su patrimonio, es decir, la prohibición a la que hemos hecho mención puede darse incluso con anterioridad a la formalización del acuerdo de refinanciación.

Conforme al artículo 182 *bis*.6 *LF*, para que pueda adoptarse esta medida por parte del Tribunal, el empresario debe depositar la documentación a la que hicimos referencia en el apartado anterior prevista en el artículo 161 de la misma ley, así como una propuesta de acuerdo junto con una declaración del empresario donde manifieste que está llevando a cabo la negociación del acuerdo con acreedores que representen al menos un sesenta por ciento del pasivo. También debe incluirse un informe de un profesional donde se manifieste acerca de la idoneidad de la propuesta realizada por el empresario para asegurar el pago íntegro de los acreedores que no están formando parte de la negociación.

Posteriormente, conforme al apartado 7 del artículo 182 *bis LF*, el Tribunal, una vez valore la documentación presentada, dictará un decreto en el que fijará una fecha, dentro de los treinta días siguientes, para la celebración de una audiencia del deudor que solicita la medida. Una vez se produzca la audiencia del deudor, si subsisten los requisitos para la paralización y siguen dándose las condiciones que aseguren el pago de aquellos acreedores que no participan en la negociación del acuerdo de refinanciación, el tribunal dictará un decreto en el que prohíba el inicio o la continuación de las acciones ejecutivas contra el patrimonio del empresario, con la condición de que en los sesenta días posteriores se formalice definitivamente el acuerdo de refinanciación.

Si el deudor deposita el acuerdo en el plazo establecido anteriormente, el Tribunal lo homologará y entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Registro de la empresa.

5.1.4.2. Adquisición del carácter de crédito prededucible a aquel originado por la nueva financiación

Uno de los principales efectos del acuerdo de refinanciación es otorgar el carácter de crédito prededucible a aquellos que surjan como consecuencia de la nueva financiación.

En situaciones de crisis o insolvencia de empresas, resulta complicado obtener financiación debido al riesgo que supone la no devolución de los créditos posteriormente. Para ello, tras las reformas de 2010 y 2012 el legislador quiso favorecer la financiación por parte de los acreedores a través de los acuerdos de refinanciación o del concordato preventivo, otorgando la consideración de deuda de la masa a los créditos derivados de la nueva financiación, tal y como establece el artículo 182 *quater LF*.

Con anterioridad a la reforma de 2012, la doctrina se planteaba si admitir o no como prededucible aquellos créditos surgidos como consecuencia de la nueva financiación en el marco de un acuerdo de refinanciación. Según la naturaleza del crédito, en principio tenían esa consideración, según la mayor parte de la doctrina, únicamente aquellos créditos derivados de un procedimiento concursal, por lo que aquellos surgidos como consecuencia de un acuerdo de refinanciación no tendrían tal calificación, en la medida en que el procedimiento concursal no se habría iniciado.

Con esta nueva regulación tras la reforma de 2012, el legislador ha querido otorgar mayor protección a los nuevos créditos surgidos en virtud de un acuerdo de refinanciación. Además, tal y como establece el artículo al que estamos haciendo mención (artículo 182 *quater LF*), tendrán el carácter de créditos prededucibles los siguientes:

En primer lugar, aquellos que deriven de la nueva financiación, ya sea como consecuencia de un concordato preventivo o de un acuerdo de refinanciación homologado[213].

[213] Existe unanimidad en la doctrina al considerar que aquellos créditos que deriven de nueva financiación que se ha otorgado en el marco de acuerdos de refinanciación que no han sido homologados por el tribunal, no tendrán la consideración de créditos prededucibles.

En segundo lugar, según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 182 *quater LF*, también tendrán la consideración de créditos prededucibles aquellos que deriven de financiación concedida en atención a la presentación de la demanda de admisión de un procedimiento de concordato preventivo o de la demanda de homologación de un acuerdo de refinanciación. Con esta medida se pretende dar protección a la financiación puente, esto es, a aquellos créditos concedidos en atención a un acuerdo de refinanciación pero con carácter previo a la formalización del mismo, con la finalidad, principalmente, de otorgar liquidez a la sociedad durante el periodo de negociación, con el fin de hacer frente a determinadas obligaciones, tales como, por ejemplo, el pago a los trabajadores.

También tendrán esta consideración aquellos que surjan de la financiación de los socios hasta el ochenta por ciento de su importe. Nos dice el párrafo tercero del 182 *quater LF* que también tendrán esta calificación los derivados de la financiación cuando el financiador adquiera la condición de socio como consecuencia de la ejecución del acuerdo de refinanciación.

Surge una polémica entre la doctrina sobre esta última cuestión, ya que se discute la justificación del hecho de que si la regla general prevista en la *Legge Fallimentare* es que los créditos de los socios, como consecuencia de la financiación dada por estos a la sociedad, sean créditos subordinados, el legislador con la reforma de 2012 otorgue esa diferenciación en la consideración del tipo de crédito como consecuencia de realizarse en virtud un acuerdo de refinanciación, al cual le otorga el carácter de deuda de la masa.

Como última consecuencia, nos dice el artículo 182 *quater LF*, párrafo 4, que los créditos preducibles que hayan surgido de las financiaciones, no tendrán ni derecho de voto ni se incluirán en la base del cómputo sobre la que habrán de calcularse la mayorías necesarias para llevar a cabo la homologación del acuerdo de refinanciación.

Esta medida parece encontrar justificación en evitar que la formación de mayorías pueda ser alterada por el hecho de entregar nueva financiación. El fundamento parece encontrarse en evitar operaciones con una significación fraudulenta en las que la entrega de financiación pueda servir para alcanzar la mayoría exigida por la norma.

Por último, se ha admitido la posibilidad, introducida en el nuevo artículo 182 *quinquies LF*, de que el Tribunal autorice al deudor que ha presentado la demanda de

homologación de un acuerdo de refinanciación a obtener financiación adicional a la prevista en el acuerdo de refinanciación con el carácter de crédito prededucible, siempre que un profesional acredite que resulta necesaria para conseguir la mejor satisfacción de los acreedores. Se consigue con ello que, de no haber sido suficiente la financiación concedida inicialmente, pueda obtenerse financiación adicional con el carácter de crédito prededucible, sin necesidad de celebrar un nuevo acuerdo de refinanciación. Además, cabe también la posibilidad de autorizar que el deudor otorgue una garantía real a aquellos acreedores que den financiación desde la presentación del acuerdo de refinanciación.

5.1.4.3. Exención a la acción rescisoria

El artículo 67.3.e) *LF* establece que los actos, los pagos y las garantías prestadas en el marco de un acuerdo de refinanciación estarán exentos de la acción revocatoria *fallimentare* en un sucesivo concurso. Igualmente, la nueva financiación otorgada con posterioridad a la homologación del acuerdo que sea autorizada por el tribunal, también estará exenta de la acción revocatoria.

La *Legge Fallimentare* prevé expresamente que estarán exentos de la rescisión concursal los actos, pagos y garantías realizados en el marco del acuerdo de refinanciación, pero, en principio, el pago efectuado a los acreedores que no hubieran suscrito el acuerdo no estará exento de la rescisión en un eventual concurso posterior. El legislador, sin embargo, ha establecido que aquellos pagos que el deudor haya solicitado al tribunal poder efectuar y que son necesarios para la continuidad de la actividad, estén también exentos de la rescisión –por ejemplo, el pago a un determinado proveedor sin el cual se hace muy difícil la continuidad de la empresa-.

Tras la reforma de 2012, se ha introducido el artículo 182 *quinquies LF*, según el cual el deudor que presenta una demanda de homologación de un acuerdo de refinanciación conforme al artículo 182 *bis LF* puede pedir al tribunal que le autorice a pagar aquellos créditos anteriores al acuerdo por prestaciones de bienes o servicios. En tal caso, continúa el artículo 182 *quinquies LF*, los pagos efectuados no están sujetos a la acción revocatoria del artículo 67 *LF*.

En la reforma de 2012, el legislador ha establecido que aquellos actos previstos en el artículo 182 *quinquies LF* no estén sujetos a la acción revocatoria prevista en el artículo 67 *LF*. La exención no hace referencia a la acción revocatoria ordinaria prevista en el artículo 66.

Con anterioridad a la reforma, la doctrina estaba dividida en considerar si la exención se limitaba solamente a la revocatoria *fallimentare* o si también se ampliaba a la revocatoria ordinaria[214]. El legislador parece haber optado por la primera opción.

En el Derecho italiano, no se ha previsto expresamente la impugnación de los acuerdos de refinanciación una vez declarado el concurso. Se trata de una medida que tendría como justificación que el juez aprecia la concurrencia de forma plena de los presupuestos necesarios, tanto desde un punto de vista formal como material o sustancial, para proceder a la homologación del acuerdo. En el procedimiento de homologación judicial se reconoce, además, la posibilidad de oponerse al acuerdo por parte de los afectados.

En definitiva, los tres principales efectos de los acuerdos de refinanciación, esto es, la exención de la acción revocatoria *fallimentare* en un hipotético sucesivo concurso, la consideración de créditos prededucibles a aquel originado por la nueva financiación y la prohibición de iniciar o continuar con acciones individuales, cautelares o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor, son un conjunto de medidas que tratan de permitir la continuidad de las empresas en una situación de crisis.

5.2. Los acuerdos de moratoria

Los acuerdos de refinanciación del artículo 182 *bis LF* vinculan sólo a los acreedores que hubieran suscrito el acuerdo, de tal forma que aquellos que no lo hubieran suscrito debían ser pagados íntegramente.

[214] Como partidario de la extensión de la exención a la revocatoria ordinaria se situaba, por ejemplo, TERRANOVA, G, «Par conditio creditorum e danno nelle revocatoria fallimentare», en *Trattato di diritto fallimentare*, 2007, pág. 43. Entre los partidarios de que la exención se aplicaba tan solo respecto de la *azione revocatoria fallimentare* se situaba, por ejemplo, JORIO, A., (Dir), / FABIANI, M., (Coord.), *Legge fallimentare*, *Tomo I.* Bolonia, 2006. pág. 1836.

Tras la reforma del año 2015[215], se incorporan dos nuevos tipos de acuerdos de refinanciación regulados en el artículo 182 *septies LF*, entre ellos, el denominado como acuerdo de moratoria.

Tal y como dispone el artículo citado, este instituto ha sido definido como el acuerdo entre el deudor y los acreedores financieros dirigido fundamentalmente a disciplinar provisionalmente los efectos de la crisis de la empresa mediante una moratoria temporal de los créditos de uno o más acreedores. Por ello, cuando el acuerdo se alcance con el setenta y cinco por ciento de los acreedores financieros que formen parte de la misma categoría –pues se prevé la formación de distintas categorías de acreedores financieros-, el acuerdo vinculará no sólo a aquellos que se hubieran adherido, sino también a aquellos no adheridos que pertenezcan a la misma categoría, siempre que estos hubieran sido informados de las negociaciones, hubieran podido participar de buena fe y un profesional hubiera verificado la homogeneidad de la posición jurídica y de los intereses económicos entre los acreedores interesados por la moratoria.

Como se acaba de indicar, en el acuerdo de moratoria se hace necesario que un experto independiente realice una certificación acerca de la homogeneidad de las posiciones jurídicas de los acreedores y de los intereses económicos de estos. El tribunal no verifica la correcta formación de las categorías salvo que, una vez homologado el acuerdo, se plantee oposición sobre este extremo.

5.3. Los acuerdos de refinanciación con acreedores financieros

Tras la reforma del año 2015, se incorpora en el artículo 182 *septies LF*, junto al acuerdo de moratoria, un nuevo tipo de acuerdo de refinanciación con acreedores financieros donde se produce una extensión de efectos a otros acreedores que no lo hubieran suscrito. En aquellos supuestos en los que las deudas con acreedores financieros superen la mitad del pasivo, pueden establecerse diferentes clases de

[215] A través del *Decreto Legge* 27 *Giugno* 2015, n. 83 denominado "*Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*".

acreedores financieros que tengan una misma posición jurídica e intereses económicos homogéneos –al igual que en el acuerdo de moratoria-, de tal forma que el deudor puede solicitar que se extiendan a acreedores no adheridos pertenecientes a la misma clase los efectos del acuerdo, cuando éstos hayan sido informados del transcurso de las negociaciones y hayan podido participar de buena fe y siempre que los créditos financieros de los acreedores adheridos representen el setenta y cinco por ciento de los créditos de esa categoría[216].

En este sentido, puede existir una única clase o varias en razón de la homogeneidad de las posiciones jurídicas. En cuanto a la «posición jurídica» de los acreedores debe atenderse al rango del crédito, mientras que en «intereses económicos homogéneos» parece que se abre un pequeño campo a la discrecionalidad del deudor para la formación de la o las categorías de acreedores[217]. La doctrina italiana[218] considera que el acuerdo debe ser único, aunque el contenido que se prevea para las diferentes clases sea diferente. Si una clase lo rechaza, el acuerdo es válido para el resto de las categorías que lo hubiesen aprobado, salvo que se hubiera condicionado a que lo aprobasen todas o algunas de las categorías.

Sin embargo, y pese a ese amplio poder de decisión por parte del deudor, posteriormente será el Tribunal quien deberá verificar la correcta formación de las

[216] El *Codice della crisi e dell´insolvenza* prevé que la extensión de los efectos a otros acreedores que no hubieran suscrito el acuerdo pueda producirse respecto de todos los acreedores, y no únicamente respecto de los acreedores financieros. En ese sentido, la formación de las diferentes clases que se prevén en el artículo 182 *septies LF* se sustituye en el texto del *Codice* por la formación de diferentes clases respecto a la totalidad de los acreedores de la empresa -el artículo 65 del *Codice*-. Además, el *Codice* no recoge en su texto la previsión que dispone la *Legge Fallimentare* que para poder llevar a cabo un acuerdo de reestructuración con extensión de efectos fuera necesario que al menos la mitad del pasivo de la empresa fuera pasivo financiero.

[217] El *Codice della crisi e dell´insolvenza* define en el artículo 2 (18) qué debe entenderse por clases de acreedores. En el texto del *Codice* se sigue manteniendo, al igual que la *Legge Fallimentare*, que los acreedores pertenecen a la misma clase si mantienen posiciones jurídicas e intereses económicos homogéneos, pero sigue sin definir expresamente estos conceptos.

[218] VAROTTI, L., «Artículo 182 *septies*. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», en *Crisi d´impresa e fallimento*, 18 de agosto de 2015.

clases de acreedores en sede de homologación. Junto a este particular, el Tribunal deberá también –con el apoyo de un auxiliar si lo precisa-, determinar que las negociaciones se han llevado de buena fe, que los acreedores han recibido información acerca de las negociaciones y que éstos resultan satisfechos, conforme al contenido del acuerdo, en medida no inferior a otras alternativas que pudieran ser viables.

Una de las principales diferencias entre este tipo de acuerdo y el acuerdo de moratoria anteriormente expuesto radica en la necesidad de que en este último se realice una certificación por parte de un profesional acerca de la homogeneidad de las posiciones jurídicas y de los intereses económicos[219]. En cambio, en los acuerdos con acreedores financieros, la apreciación de la correcta formación de las clases de acreedores corresponde al tribunal. Esta diferencia parece justificarse, en opinión de la doctrina[220], en el hecho de que la verificación de la homogeneidad compete con carácter general al Tribunal y, en consecuencia, constituye parte del juicio de homologación. En ese sentido, en el acuerdo de moratoria el Tribunal sólo puede pronunciarse en caso de oposición por parte de algún acreedor no adherido y, por tanto, se hace necesario que la homogeneidad se verifique con anterioridad.

En la medida en que, en el acuerdo con acreedores financieros, los efectos que pueden ser extendidos son más amplios, el legislador ha otorgado un mayor grado de protección mediante la comprobación por parte del tribunal de la correcta formación de las clases. En el acuerdo de moratoria, por el contrario, ya que tan solo se prevé la extensión a otros acreedores de un aplazamiento, el legislador ha otorgado esa protección judicial tan solo si algún acreedor plantea oposición, correspondiendo, en principio, la verificación de la homogeneidad a un profesional independiente.

[219] PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcursalidad y reestructuración empresarial: Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos», Wolters Kluwer, 2016, pág. 210.

[220] LAMANNA, F., «La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento», en *ilfallimentarista.it*

Un sector doctrinal[221] ha entendido que se trata de una incongruencia del legislador el no haber exigido al auxiliar al que puede recurrir el Tribunal en los acuerdos de refinanciación con acreedores financieros para la verificación de los requisitos, el mismo grado de cualificación necesario para el profesional que debe certificar la homogeneidad en los acuerdos de moratoria[222].

Sin embargo, en la medida en que el auxiliar es designado por el Tribunal, se cuenta ya con una garantía judicial que acredita que, si se nombra, el tribunal se habrá encargado de designar a alguien con la cualificación necesaria como para poder verificar de una manera correcta la homogeneidad de las clases.

Más discutida ha sido la naturaleza de estos acuerdos con acreedores financieros, si debe ser negocial o concursal. En esta clase de acuerdos, con mayor motivo que para los acuerdos previos a la reforma, la extensión de efectos parece no poder encontrar justificación tan solo en la autonomía privada, con independencia de que se adopten al margen de un procedimiento concursal.

Pese a que un sector de la doctrina se ha mostrado partidaria de esta última opción[223], la mayor parte ha optado por otorgarle naturaleza negocial, con fundamento

---

[221] FALCONE, G., «Recientes evoluciones del derecho preconcursal italiano: el acuerdo de reestructuración con acreedores financieros y el acuerdo de moratoria», en *RDCP,* nº 24, 2016, pág. 4 de la versión electrónica.

[222] Igualmente, la jurisprudencia –entre otras, la S.Trib. Novara de 27 de noviembre de 2015- ya ha manifestado en algunas de sus sentencias que constituye una laguna muy grave que la certificación necesaria realizada en todo acuerdo de refinanciación por un experto independiente donde se verifique la viabilidad del plan, no incluya consideración alguna acerca de la homogeneidad en las posiciones jurídicas y en los intereses económicos. Sin embargo, no debe procederse de otra manera que de la expuesta, ya que como se ha manifestado el *Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degggli Esperti Contabili,* en el Documento «*Principi di attestazione dei piani di risanimento*»[222], «*el profesional no debe verificar la corrección de los criterios de individualización de las eventuales clases. La subdivisión en clases representa la propuesta a los acreedores sobre la cual el profesional no está llamado a pronunciarse y la corrección de los criterios de individualización de las eventuales clases recae en las competencias del Tribunal al que competa el juicio sobre la viabilidad jurídica de la propuesta*».

[223] FABIANI, M., «L´ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche», en *ilcaso.it,* 6 de agosto de 2015.

en que el propio legislador ha hecho referencia a los artículos 1372[224] y 1411[225] *CC* y ha establecido que no resulten de aplicación en el supuesto de un acuerdo de refinanciación de este tipo. En este sentido, FALCONE manifiesta que «*si el legislador ha advertido la necesidad de una referencia al art. 1372 para explicar las razones del despliegue de efectos del acuerdo también frente a los no adheridos o los disidentes es evidentemente porque parte de la presunción implícita de que el acuerdo tiene naturaleza contractual, y no procedimental ni concursal. Por ello sigue siendo un fenómeno meramente negocial, respecto al cual los acreedores financieros no adherentes o disidentes no se transforman en «partes», siendo únicamente expuestos a los efectos de la estipulación pactadas por los adheridos. Más «problemática» parece la afirmación de la derogación del art. 1411 del Código Civil: tal vez se debe asumir que la estipulación adoptada por los adherentes permanece válida a pesar de la renuncia del tercero a beneficiarse del pacto concluido a su favor*».

Junto a este argumento, se ha añadido que el párrafo 7 del propio artículo 182 *septies LF*, prevé que en ningún caso, podrá imponerse a los acreedores no adheridos «*la ejecución de nuevas prestaciones, la concesión de líneas de crédito, el mantenimiento de la posibilidad de utilizar líneas de crédito existentes o la prestación de financiación nueva*», añadiendo que «*a los efectos del presente artículo no será considerada nueva prestación la continuación en la concesión del disfrute de los bienes objeto de contratos de arrendamiento financiero ya estipulados*». Esto es, la extensión de efectos a los acreedores de la misma clase puede consistir en quitas y esperas, por ejemplo, pero no se permite extender obligaciones nuevas.

En opinión de FALCONE[226], «*la norma tiene por objeto con absoluta evidencia mantener a salvo el principio de autonomía negocial, dejando a los acreedores adheridos la posibilidad de concluir nuevos contratos de crédito (o de orientarse a la*

[224] Dispone el presente artículo el principio de relatividad de los contratos, y establece en su segundo párrafo que «*el contrato no produce efecto respecto a los terceros salvo en los casos previstos por la ley*».

[225] Dispone el citado precepto que «*es válida la estipulación a favor de un tercero cuando quien la estipule tenga un interés*».

[226] FALCONE, G., *op. cit.*, pág. 4 de la versión electrónica.

continuación de los ya perfeccionados), pero evidentemente no limitando la libertad negocial de los no adherentes hasta el punto de vincularles a la conclusión de contratos de crédito o privarles de su libertad de ponerles fin en los límites legal y contractualmente establecidos».

La razón por la que ambos institutos -el acuerdo de refinanciación con acreedores financieros y el acuerdo de moratoria- se encuentren en el mismo precepto parece radicar en que ambos son acuerdos que revisten en lo sustancial el mismo procedimiento para ser adoptados, pese a que el contenido de cada uno sea diferente y con independencia del distinto alcance de la apreciación judicial en relación con la formación de las clases de acreedores. Además, son instrumentos contractuales para regular las pretensiones de todos los acreedores, adheridos y no adheridos, en ambos se debe haber proporcionado información relevante a aquellos que no se hubieran adherido y ambos han de ser suscritos por una mayoría determinada de acreedores financieros (el setenta y cinco por ciento).

5.4. El proceso de homologación de los acuerdos de refinanciación

El acuerdo homologado ordinario, esto es, aquel previsto en el artículo 182 *bis LF*, debe ser suscrito por acreedores que representen, al menos, tres quintas partes del pasivo total del empresario. Junto a ello, el deudor debe depositar una serie de documentos, tales como la situación patrimonial de la sociedad y una descripción analítica de las modalidades y de los tiempos de cumplimiento de la propuesta.

Además, el acuerdo de refinanciación también debe acompañarse de un informe elaborado por un experto independiente en el que se haga constar la veracidad de la información proporcionada por el deudor así como la idoneidad del plan para asegurar el pago integral de los acreedores que no estuvieran a favor de éste, diferenciándose aquellos acreedores por deudas vencidas y no vencidas. En el primer caso, el pago debe realizarse en los ciento veinte días siguientes a la homologación del acuerdo; en el segundo, dentro de los ciento veinte días desde el vencimiento de los créditos[227].

[227] Con anterioridad a 2012, se exigía que el pago fuera inmediato a los acreedores que no estuvieran a favor.

Una vez cumplidos con los requisitos anteriores, el acuerdo de refinanciación, tal y como nos dice el artículo 182 *bis*. 2 *LF*, debe ser publicado en el Registro de la empresa y adquiere eficacia en el día de su publicación.

El Tribunal, una vez depositado el acuerdo de refinanciación, deberá evaluar la legitimidad del acuerdo verificando las siguientes cuestiones. En primer lugar, el elemento subjetivo, esto es, que el sujeto que realiza el acuerdo de refinanciación es un *imprenditore commerciale*; en segundo lugar, el presupuesto objetivo, que coincide con el estado de crisis. Además, será necesaria la concurrencia de las condiciones necesarias que han dado acceso a que el acuerdo sea examinado por el tribunal, que los acreedores que han sido parte en el acuerdo de refinanciación representan el sesenta por ciento del pasivo total y, por último, el Tribunal deberá evaluar la idoneidad del acuerdo, sobre todo con referencia a la satisfacción integral de los acreedores que no han participado en el acuerdo. Es destacable este último punto por cuanto, no sólo se exige que un experto independiente verifique la idoneidad del acuerdo y que se va a proceder al pago íntegro de los créditos del resto de acreedores, sino que también será necesario que el propio Tribunal verifique lo manifestado anteriormente por el profesional independiente.

El proceso de homologación presenta ciertas particularidades cuando se trata de un acuerdo de refinanciación que prevea la extensión de efectos a otros acreedores, bien una diversidad de efectos, bien tan sólo la extensión de una moratoria.

En este sentido, para proceder a la homologación de un acuerdo de refinanciación donde se prevea la extensión de efectos a otros acreedores, el Tribunal deberá verificar que el pasivo financiero supera la mitad del pasivo total y que ha sido alcanzado en las diferentes categorías formadas con el setenta y cinco por ciento del pasivo de cada una. También, con el apoyo de un auxiliar si lo estima necesario, deberá verificar que las negociaciones se han llevado de buena fe y que los bancos y los intermediarios financieros a los que solicitó la extensión de los efectos tienen una posición jurídica e intereses económicos homogéneos respecto a aquellos de los bancos e intermediarios financieros adheridos, que han recibido una información completa y actualizada sobre la situación patrimonial del deudor, además de sobre el acuerdo y sus efectos, y que han tenido oportunidad de participar en las negociaciones y que pueden resultar satisfechos, en base al acuerdo, en medida no inferior respecto a las alternativas que sean viables.

En caso de que se pretenda extender a otros acreedores sólo una moratoria, se simplifica el procedimiento, pues no se hace necesario que el Tribunal verifique la homogeneidad de las diferentes clases de acreedores financieros formadas, sino que, en la medida en que sólo se prevé la extensión de una espera, a quien compete esta función es a un experto independiente.

5.5. La oposición y la falta de impugnación posterior

Conforme a los apartados 4 y 5 del artículo 182 *bis LF* y conforme al apartado 4 del artículo 182 *septies LF*, en los treinta días siguientes a la publicación del acuerdo en el registro de la empresa -en los acuerdos de refinanciación ordinarios- o en los treinta días siguientes a la remisión del recurso por parte del deudor a los bancos e intermediarios financieros -en los acuerdos homologados con extensión de efectos-, tanto los acreedores como cualquier otro interesado pueden oponerse a aquella.

Se observa la coherencia en lo que a la legitimación para oponerse se refiere. Todos los acreedores y cualquier interesado pueden oponerse al acuerdo. En este sentido, pueden oponerse no sólo aquellos acreedores a los que se les extienden los efectos como consecuencia de la adopción de un acuerdo de reestructuración de deudas con el pasivo financiero de los previstos en el artículo 182 *septies LF*, sino también aquellos acreedores que no tienen la condición de pasivo financiero o que no han suscrito el acuerdo de refinanciación homologado ordinario previsto en el artículo 182 *bis LF*, en la medida en que prevean la no satisfacción integral de sus créditos o porque serán pagados mediante una modalidad diferente, e incluso, pueden oponerse aquellos acreedores que sí han suscrito el acuerdo, porque consideren que éste es simulado o impracticable.

Realmente, esta oposición se podría considerar como una impugnación del acuerdo alcanzado, en la medida en que los motivos de impugnación no se encuentran limitados normativamente.

A continuación, el Tribunal resolverá sobre las impugnaciones presentadas y, si lo estima conveniente, procederá a la homologación mediante un decreto motivado que deberá ser publicado en el registro de la empresa.

Un sector de la doctrina es partidario de entender que, si el acuerdo no es homologado y el deudor se encontraba, no en un estado de crisis como concepto amplio, sino en un estado propiamente de insolvencia, se debería proceder a la declaración de concurso de oficio conforme al artículo 173 *LF* [228].

Una vez homologado el acuerdo no es susceptible de impugnación en un caso de un eventual concurso. A este respecto conviene recordar el alcance del pronunciamiento judicial en la homologación; corresponde al Tribunal la verificación de la veracidad del informe del experto independiente en lo referente a la idoneidad del plan de saneamiento y del pago íntegro a los acreedores que no lo hubieran suscrito; además, la oposición no está limitada, ni en cuanto a la legitimación para oponerse, ni en cuanto los motivos de la oposición.

En definitiva, se produce un control *ex ante* completo por parte del Tribunal. Junto a ello, se contempla también la posibilidad de que, una vez homologado el acuerdo, éste sea susceptible de recurso de apelación.

5.6. Consideración final

Como se ha podido comprobar, cuando el deudor se encuentra en una situación de crisis económica, puede llevarse a cabo, en muchas ocasiones, el saneamiento de la empresa mediante una refinanciación o una reestructuración de su deuda. Sin embargo, la *azione revocatoria* prevé la ineficacia de aquellos actos realizados en un determinado periodo anterior a la declaración de concurso si se demuestra que la contraparte conocía el estado de insolvencia del deudor.

La *Legge Fallimentare* responde a un modelo tradicional del Derecho de quiebras dirigido a la satisfacción colectiva de los acreedores. En su concepción inicial no tiene como objetivo la reestructuración de la empresa. El legislador italiano ha optado por crear figuras en la fase preconcursal, las distintas modalidades de los acuerdos de

[228] Así, AMBROSINI, S., «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nueva Legge Fallimentare: prime riflessioni», en *Il fallimento*, VIII, 2005, pág. 949.

refinanciación, para facilitar la resolución de las crisis empresariales sin necesidad de proceder a la declaración de concurso.

Por otro lado, los presupuestos de la revocatoria –difícilmente el refinanciador podía probar que no conocía la situación de insolvencia del deudor- dificultaban considerablemente que pudiese alcanzarse un acuerdo de refinanciación por temor a que, en un posterior concurso, los actos, garantías, pagos, etc, realizados en virtud del mismo, fueran declarados ineficaces. Así, el fundamento para establecer una regulación propia que posibilitase las refinanciaciones preconcursales parece encontrar justificación, entre otras razones, en la regulación de la acción rescisoria concursal prevista en los artículos 64 y siguientes de la *Legge Fallimentare*.

Igualmente, se ha discutido entre la doctrina italiana acerca de la naturaleza jurídica de estos acuerdos. La cuestión que ha sido discutida fundamentalmente ha sido si con el Derecho de contratos pueden explicarse los efectos que despliega el acuerdo o si esos efectos que producen superan el contenido que permite la autonomía privada y, por ende, se precisa de un apoyo legislativo que determine el alcance de los mismos.

Estos acuerdos prevén la adopción de determinadas medidas con el fin de que el deudor no se vea abocado a la declaración de concurso de no llevarse a cabo el acuerdo de refinanciación. Por lo que se refiere al alcance en las medidas que pueden ser adoptadas, éstas difieren en función de la modalidad del acuerdo. En los acuerdos homologados ordinarios no se ha establecido la extensión de efectos entre las medidas que pueden ser adoptadas, pues tan solo vinculan a los acreedores que lo han suscrito.

Se ha previsto que el plan de saneamiento asegure el pago integral de los acreedores que no lo hubieran suscrito. Por ello, el acuerdo que se adopte ha de contener las medidas necesarias para hacer posible el pago íntegro de los acreedores que no lo hubieran suscrito.

En los acuerdos de moratoria la extensión de los efectos alcanza únicamente a la posibilidad de imponer a otros acreedores una moratoria en el pago de sus créditos. De este modo, se trata de facilitar la adopción de medidas que permitan resolver la situación de crisis del deudor.

En los acuerdos homologados donde se prevé la extensión de efectos a otros acreedores las medidas deben permitir que los acreedores a los que se les extienden resultan satisfechos, conforme al contenido del acuerdo, en medida no inferior a otras alternativas que pudieran ser viables. Además, entre las medidas que pueden ser adoptadas, se ha previsto expresamente que no puedan imponerse obligaciones nuevas a los acreedores que no lo hubieran suscrito, tales como la ejecución de nuevas prestaciones o el otorgamiento de financiación nueva.

La exención de las distintas modalidades de acuerdos a la acción revocatoria en caso concurso tiene como presupuesto que sean homologados judicialmente. El proceso de homologación resulta diferente en función del tipo de acuerdo.

En los acuerdos donde no se prevé la extensión de efectos, junto a la documentación que tiene que presentar el deudor, como por ejemplo la situación económica de la empresa, se hace necesario un informe de un experto independiente en el que se haga constar la veracidad de la información proporcionada por el deudor así como de la idoneidad del plan para asegurar el pago integral de los acreedores que no estuvieran a favor de éste. El tribunal procederá a la homologación tras verificar la documentación presentada tanto por el deudor como por el experto independiente.

En aquellos acuerdos de refinanciación donde se prevea la extensión de efectos a otros acreedores, el Tribunal deberá verificar que el pasivo financiero supera la mitad del pasivo total y que ha sido alcanzado en las diferentes categorías formadas con el setenta y cinco por ciento del pasivo de cada una. Además, y con el apoyo de un auxiliar si se estima necesario, deberá verificar que las negociaciones se han llevado de buena fe y de que los bancos y los intermediarios financieros a los que solicitó la extensión de los efectos tienen una posición jurídica e intereses económicos homogéneos respecto a aquellos de los bancos e intermediarios financieros adheridos, que han recibido una información completa y actualizada sobre la situación patrimonial del deudor, además de sobre el acuerdo y sus efectos, y que han tenido oportunidad de participar en las negociaciones y que pueden resultar satisfechos, en base al acuerdo, en medida no inferior respecto a las alternativas que sean viables.

Si lo que se pretende es tan sólo que se extienda una espera, se ha previsto que quien debe proceder a verificar la homogeneidad de las diferentes categorías de

acreedores es un experto independiente. El Tribunal tan sólo procederá a la verificación si se plantea oposición por algún acreedor sobre este extremo.

La oposición al acuerdo una vez homologado se reconoce en términos bastante amplios tanto en lo relativo a la legitimación para presentarla como respecto a los motivos que se pueden alegar.

En la medida en que el juez enjuicia de forma plena que concurren los presupuestos necesarios para proceder a la homologación del acuerdo, no se ha previsto la posibilidad de que pueda impugnarse, una vez declarado el concurso, el acuerdo para tratar de demostrar que no concurrían los presupuestos para la homologación. La posibilidad de impugnación se lleva a cabo *ex ante* en fase de oposición del acuerdo.

CAPÍTULO II

EL TRATAMIENTO DE LA RESCISIÓN DE GARANTÍAS EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

1. Las fases y la aportación del Derecho norteamericano

2. El sistema de refinanciación norteamericano

2.1. Introducción

2.2. La financiación *Debtor In Possession*

2.2.1. Régimen jurídico

2.2.2. Procedimiento

2.2.3. Tipos

2.3. *Cash collateral*

3. El *estate* en el Derecho concursal norteamericano

4. Las *avoiding powers*

4.1. Ineficacia de los actos desde la solicitud de concurso

4.2. Impugnación de actos una vez declarado el concurso

4.2.1. Las *preferencees*

4.2.2. Las *fraudulent transfers and obligations*

4.3. Efectos

5. Recapitulación

CAPÍTULO II

EL TRATAMIENTO DE LA RESCISIÓN DE GARANTÍAS EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

1. Las fases y la aportación del Derecho norteamericano

El Derecho concursal estadounidense se encuentra regulado en la Ley de Quiebras norteamericana (*Bankruptcy Code*).

La relevancia del estudio de este capítulo encuentra su justificación en la aportación que el Derecho norteamericano ha hecho al Derecho concursal. A diferencia del Derecho tradicional de quiebras que persigue la satisfacción colectiva de los acreedores, en Estados Unidos la regulación concursal tiene como objetivo hacer posible la continuidad de la empresa que atraviesa una situación de dificultades económicas en interés de los acreedores mediante una reestructuración, de forma que se puedan aprovechar los valores inmateriales que se encuentran ligados a la empresa como unidad económica.

La Ley de Quiebras norteamericana se articula promoviendo el aprovechamiento del valor de la empresa en su conjunto a fin de evitar los costes que tiene la liquidación de la empresa por la destrucción de valor que conlleva. Con este objetivo de fomentar la continuidad de la misma, se establecen medidas para facilitar la refinanciación.

La consecución de estos objetivos se promueve con carácter previo a la declaración de concurso (*Prepack*) y sobre todo, en el marco del procedimiento concursal (Capítulo 11). De esta forma, se articulan diferentes medidas que permiten el saneamiento y fomentan y dan seguridad jurídica a la refinanciación. En particular, en este contexto, juega un papel destacado el tratamiento del otorgamiento de nuevas garantías.

La finalidad perseguida en el Derecho concursal norteamericano también determina la regulación de la acción rescisoria. A este respecto, se tipifican una serie de presunciones y de exenciones desde la perspectiva de la continuidad de la empresa. Conviene destacar en este ámbito el tratamiento de las financiaciones que se han llevado

a cabo con carácter previo a la declaración de concurso así como los supuestos considerados como financiación abusiva en situaciones preconcursales. Estos fines se manifiestan en el régimen de los presupuestos necesarios así como de los efectos de la rescisión, tanto de aquellos actos que han supuesto una ventaja injustificada a un acreedor con respecto al resto (§ 547) como de aquellos actos que ha realizado el deudor en fraude de acreedores (§ 548).

La regulación existente en la actualidad parte de la reforma realizada por la *Bankruptcy Reform Act* de 1978 (que entraría en vigor el 1 de enero del año siguiente), la cual se ha consolidado tras sucesivas reformas a lo largo de estos años –y, en especial, la realizada en el año 2005[229], que modificó de manera considerable el régimen de la insolvencia-.

Con anterioridad a la normativa concursal del año 1978, la legislación en materia de insolvencia en el Derecho norteamericano se había sucedido en diferentes fases.

En el origen, debido fundamentalmente a que la inversión venía ordinariamente desde Inglaterra a los Estados Unidos, la primera aproximación a la regulación de la insolvencia se estableció como una normativa donde se protegía de una manera clara al deudor, frente al inversor y a los acreedores[230].

Tras la crisis económica derivada de la Guerra de la Independencia, se constató la inoperante normativa sobre *insolvency* vigente hasta ese momento. De esta forma, la Constitución de los Estados Unidos, en su artículo 1.8, 4º, encargó al Congreso la elaboración de una normativa concursal, que no vería la luz hasta el año 1800. Se hace necesario destacar la relevancia de la insolvencia en la medida en que, hasta ese momento, pocas eran las materias que tenían una regulación federal. Se constata de esta

[229]A través de la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act.*

[230] GONDRA, J.M., «Convenio y reorganización en la nueva ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV*, págs. 4588-4595.

forma la importancia que se otorgaba a la legislación concursal al considerarla como una competencia constitucional de la federación[231].

Es en ese momento cuando se apruebó la *Bankruptcy Act*, la primera Ley Concursal norteamericana -vigente en su versión originaria tan solo durante tres años-, todavía bajo la influencia del Derecho inglés, pero ya caracterizada en buena medida por la opción de la protección del deudor frente al acreedor. La declaración de concurso tenía como presupuesto objetivo los *acts of bankruptcy* y se aplicaba sólo a aquellos sujetos que fueran comerciantes. Esta concepción se ha mantenido hasta nuestros días y, de alguna manera, inspira la legislación concursal norteamericana en la articulación del sistema de reorganización económica, que permite evitar, en la medida de lo posible, la desaparición de las empresas.

Tras casi cuarenta años, surge una nueva Ley Concursal en 1841 -modificada al cabo de año y medio-, caracterizada por la extensión de la legislación a aquellos deudores no comerciantes y a la introducción de la *discharge* (rehabilitación)[232]. La ley de 1841 queda sustituida por una nueva de 1867 y ésta, a su vez, por la de 1878.

A finales del siglo XIX se impulsó el ferrocarril como medio de transporte para facilitar la unidad y la expansión económica. Una vez pasado el auge del ferrocarril y tras la crisis económica que sufrió Estados Unidos a principios de la última década del

[231] Como bien expuso GONDRA, «*Para entender el desarrollo en Estados Unidos de este procedimiento es preciso tener en cuenta el peculiar "ambiente" en que se ha desenvuelto el Derecho concursal norteamericano. La tradición en este país como campo de inversión del capital inglés propició, ya desde la Guerra de la Independencia, un clima siempre favorable a una legislación protectora de los deudores. Se comprende así que una Constitución con apenas competencias unitarias federales atribuyese el Derecho de insolvencia exclusivamente al legislador federal*». En GONDRA, J.M., «Convenio y reorganización…», *op. cit.*, págs. 4588-4595.

[232]La *discharge* supone la posibilidad del deudor de liberarse por completo de todas las deudas, con independencia de la cantidad que pudiera satisfacerse en la liquidación concursal. Por ello, una vez finalizado el procedimiento concursal, no responde por las deudas. Actualmente se encuentra regulada individualmente para cada procedimiento -de tal forma que nos encontramos una regulación en el *Chapter* 7 (*Liquidation*), § 727, en el *Chapter* 11 (*Reorganization*), § 1141, y *Chapter* 13 (*Adjustment of debts of an individual with regular income*), § 1328- y una serie de materias comunes para todos los procedimientos relativas a las excepciones y a los efectos -§ 523 y 524-.

siglo XIX, la mayor parte de las compañías ferroviarias devinieron insolventes. Debido a que el proceso de liquidación de estas empresas suponía un grave perjuicio de interés general, se buscaron fórmulas para evitar la liquidación o la venta por partes. A este respecto, se acudió por parte de los tribunales americanos a una figura que procedía del Derecho inglés de sociedades para facilitar la reestructuración de empresas: los *equity receiverships*[233]. Desde el momento en que se declaraba la insolvencia de las compañías, los acreedores podían solicitar del tribunal el nombramiento de un interventor o administrador judicial -que solía coincidir con los mismos administradores anteriores de la compañía- y cuya función consistía en supervisar la actividad de la propia empresa. El juez determinaba la paralización de las ejecuciones que se dirigiesen contra el patrimonio de la compañía. Al mismo tiempo, se formaba un comité para que liderase la negociación de la reorganización y reestructuración de la empresa.

Estos procesos solían finalizar con quitas y aplazamientos a los acreedores. Sin embargo, se comenzó a comprobar que la financiación que se necesitaba para continuar con la actividad no llegaba pues los acreedores eran reacios a seguir dando apoyo financiero, ya que la nueva financiación no podía contribuir a la continuidad de la empresa pues se acababa destinando, en realidad, a los acreedores de mejor rango, esto es, a los acreedores garantizados.

Debido a la falta de liquidez durante el procedimiento concursal los tribunales crearon los *receivers certificates*, que no eran más que pagarés emitidos por los administradores de la sociedad para obtener financiación a corto plazo, pero cuyos derechos de crédito tenían preferencia sobre todos aquellos créditos existentes en la compañía, incluidos aquellos créditos garantizados.

Pese a su origen y a que su uso se limitaba en un principio para el saneamiento de las empresas ferroviarias, con el tiempo se extendió a otras sociedades que ya no tenían un componente de interés general en su creación y mantenimiento como sucedía en el transporte por ferrocarril.

[233] BUIL, I., «La financiación de empresas en situación concursal: una visión española basada en el debtor in possesion financing del sistema norteamericano de insolvencias», en *RDCP*¸ nº 14, 2011, (versión electrónica).

En 1933, tras superar la crisis económica de 1929, se estableció una regulación del procedimiento de reestructuración empresarial como solución del concurso para cualquier clase de empresa. Este procedimiento tiene como finalidad la continuidad de la actividad empresarial en interés del conjunto de los acreedores.

La legislación concursal actual se encuentra integrada por diferentes procedimientos concursales. Junto a las «Disposiciones Generales» (*Chapter* 1), a la «Administración del Procedimiento» (*Chapter* 3) y a los «Acreedores, el Deudor y la Masa activa» (*Chapter* 5), se encuentra un procedimiento de liquidación (*Liquidation*: *Chapter* 7) y cuatro procedimientos alternativos: un procedimiento concordatario para los municipios (*Adjustment of Debts of a Municipality*: *Chapter* 9), un procedimiento general de rehabilitación financiera de las personas físicas, de las sociedades mercantiles y de las asociaciones sin personalidad jurídica (*Reorganization: Chapter* 11), otro previsto para personas físicas con ingresos regulares (*Adjustment of debts of an individual with regular income*: *Chapter* 13) y un procedimiento especial para granjeros y pescadores (*Adjustment of debts of a family farmer or Fisher man with regular anual income: Chapter* 12) que fue introducido en 1986.

2. El sistema de refinanciación norteamericano

2.1. Introducción

Desde la reforma producida sobre el *U.S.Code* en 1978, en el § 364 del Título XI se regulan diferentes formas de financiación en situación concursal. Esta regulación permite a las partes establecer la financiación sobre la base de la autonomía de la voluntad, instaurando una serie de privilegios para aquellos acreedores que refinancien al deudor en una situación concursal. En Estados Unidos no cabe diferenciar propiamente entre una financiación preconcursal y concursal pues, debido a las ventajas reconocidas a los financiadores, y pese a negociarse con carácter previo a la solicitud del Capítulo 11, la financiación suele llevarse a cabo una vez declarado el concurso.

La financiación en situaciones de crisis empresarial se puede llevar a cabo con carácter previo a la declaración de concurso, mediante el mecanismo denominado como *Prepack*. Suele recurrirse a este instrumento cuando el deudor conoce que dispone de las mayorías suficientes para alcanzar el acuerdo en el marco de un Capítulo 11, pero

opta por anticiparlo con la finalidad de ahorrar costes y tiempo. Sin embargo, el recurso a este mecanismo conlleva que no exista una garantía judicial que asegure la consistencia del acuerdo.

La financiación cuando el deudor ya se encuentra en una situación concursal se encuentra íntimamente ligada a los fines reorganizativos de la legislación americana[234]. Es decir, el Capítulo 11 del *Bankcruptcy Code*, que se dirige fundamentalmente a tratar de reestructurar las empresas que se encuentren en una situación de crisis económica, prevé la articulación de mecanismos que atiendan a este fin, en los que se conceden ventajas a aquellos acreedores que financien o refinancien al deudor en una situación concursal.

Los privilegios o ventajas que se otorga a los financiadores o refinanciadores parecen encontrar justificación en que se lleven a cabo en el marco del procedimiento concursal, de forma que cuenten con la garantía de que los acuerdos han sido supervisados judicialmente. En este sentido, nada impide que la refinanciación se lleve a cabo al margen del procedimiento concursal. Sin embargo, no les será reconocido a los financiadores los privilegios que expondremos a continuación en la medida en que no cuentan con la supervisión judicial.

Además, las decisiones se adoptan por clases o categorías de acreedores y su aprobación en cada clase se realiza de manera separada. En el caso de que el juez considere que el plan resulta razonable desde un punto de vista económico funcional, puede imponerlo al resto de clases, evitando, gracias a esta medida, que se puedan llevar a cabo actuaciones obstaculizadoras por parte de determinados acreedores de forma abusiva.

2.2. La financiación *Debtor In Possession*

2.2.1. Régimen jurídico

La financiación *Debtor in Possesion* tiene como finalidad dotar al deudor de liquidez cuando ya se encuentra inmerso en un procedimiento concursal. En una

[234] ROSSI, G., *Il fallimento nel Diritto americano,* CEDAM, 1956, pág. 18.

situación donde el deudor es incapaz de obtener nueva financiación, debido a que sus acreedores no se encuentran dispuestos a refinanciar, principalmente por carecer el deudor de fuentes de crédito, la legislación norteamericana dispone una serie de mecanismos tendentes a hacer atractiva la financiación al deudor, debido a las ventajas que obtienen los financiadores.

Pues bien, dicha financiación, y las ventajas que obtienen los financiadores, se encuentra regulada en el § 364 del *Bankruptcy Code*[235]. El presente precepto establece

[235] El § 364 del *Bankruptcy Code* dispone que *«(a) If the trustee is authorized to operate the business of the debtor under section 721, 1108, 1203, 1204, or 1304 of this title, unless the court orders otherwise, the trustee may obtain unsecured credit and incur unsecured debt in the ordinary course of business allowable under section 503(b)(1) of this title as an administrative expense.*

(b)The court, after notice and a hearing, may authorize the trustee to obtain unsecured credit or to incur unsecured debt other than under subsection (a) of this section, allowable under section 503(b)(1) of this title as an administrative expense.

(c)If the trustee is unable to obtain unsecured credit allowable under section 503(b)(1) of this title as an administrative expense, the court, after notice and a hearing, may authorize the obtaining of credit or the incurring of debt—

(1) with priority over any or all administrative expenses of the kind specified in section 503(b) or 507(b) of this title;

(2) secured by a lien on property of the estate that is not otherwise subject to a lien; or

(3) secured by a junior lien on property of the estate that is subject to a lien.

(d) (1)The court, after notice and a hearing, may authorize the obtaining of credit or the incurring of debt secured by a senior or equal lien on property of the estate that is subject to a lien only if—

(A) the trustee is unable to obtain such credit otherwise; and

(B) there is adequate protection of the interest of the holder of the lien on the property of the estate on which such senior or equal lien is proposed to be granted.

(2) In any hearing under this subsection, the trustee has the burden of proof on the issue of adequate protection.

(e) The reversal or modification on appeal of an authorization under this section to obtain credit or incur debt, or of a grant under this section of a priority or a lien, does not affect the validity of any debt so incurred, or any priority or lien so granted, to an entity that extended such credit in good faith,

la regulación necesaria para que, bajo el principio de la autonomía de la voluntad, el deudor pueda obtener financiación de una manera adecuada y concede al financiador, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, una serie de ventajas y privilegios.

En este sentido, podemos encontrarnos tres clases o tipos de privilegios: en primer lugar, el privilegio de la prededucibilidad, denominado como *unsecured credit*; en segundo lugar, lo que ha sido denominado como *superpriority* o *secured basis*; y, en tercer lugar, una financiación que ha sido denominada como *superpriority lien* o *priming lien*.

En el primero de los privilegios mencionados, regulado en el § 364 (a) y (b), se establece la prededucibilidad del crédito del financiador en sede concursal. La diferencia entre la regulación de las letras (a) y (b) radica en que la primera se obtiene en el curso ordinario del negocio y, en ese caso, no se requiere autorización judicial, mientras que en la segunda se requiere autorización judicial por no realizarse en el curso ordinario del negocio. Las posibilidades de encontrarnos con un concurso sin masa o el hecho de no ser estos créditos los que ostenten la mayor prioridad en el concurso, explican que ordinariamente las entidades financieras y otros potenciales financiadores no suelan inyectar liquidez por esta vía.

El segundo mecanismo de financiación es aquel contemplado en la letra (c) del artículo 364, en el que se concede al financiador una serie de beneficios. En primer lugar, una prioridad frente al resto de obligaciones que se han de satisfacer a su vencimiento, de tal forma que el préstamo debe ser satisfecho con carácter preferente a los compromisos que se contraigan y con independencia de que se apruebe el plan de reorganización. En segundo lugar, garantías sobre activos que puedan ser objeto de

---

whether or not such entity knew of the pendency of the appeal, unless such authorization and the incurring of such debt, or the granting of such priority or lien, were stayed pending appeal.

(f) Except with respect to an entity that is an underwriter as defined in section 1145(b) of this title, section 5 of the Securities Act of 1933, the Trust Indenture Act of 1939, and any State or local law requiring registration for offer or sale of a security or registration or licensing of an issuer of, underwriter of, or broker or dealer in, a security does not apply to the offer or sale under this section of a security that is not an equity security».

gravamen, o bien, pueden establecerse garantías de segundo rango sobre bienes que ya se encontrasen gravados.

Hay que precisar que estos mecanismos pueden ser utilizados de manera simultánea y que, a diferencia del supuesto de la prededucibilidad, en estos casos siempre se requiere de autorización judicial. Se observa, de nuevo, como el legislador norteamericano autoriza o permite este tipo de acuerdos con privilegios de tal entidad a favor de los refinanciadores en la medida en que son supervisados por el juez del concurso y, por ende, cuentan con una garantía judicial.

Para que el juez del concurso pueda autorizar esta clase de medidas a favor de la nueva financiación será necesario que se acredite que se realizaron esfuerzos suficientes para alcanzar previamente una financiación, que esa financiación por la que se otorgan esta clase de garantías sea beneficiosa para el resto de acreedores y, en último lugar, que los términos del contrato de financiación sean razonables, equitativos y no supongan perjuicio alguno para el resto de las partes en el concurso[236].

Y, por último, nos encontramos en la letra (d) del artículo 364 el mayor grado de protección a la nueva financiación que consiste en lo que se denomina como *superpriority lien*. Sobre la base de este artículo, el deudor puede obtener financiación otorgando garantías sobre sus activos independientemente de que ya existiesen gravámenes previos a favor de acreedores que sean diferentes al nuevos financiador. Además de los requisitos indicados, en este supuesto específico se hace necesario que los acreedores que tenían el gravamen con anterioridad se encuentren suficientemente protegidos (*adequate protection*), como por ejemplo una compensación en metálico al acreedor anterior por la reducción del valor de su garantía[237].

[236] BUIL, I., *op. cit.*, (versión electrónica).

[237] PULGAR EZQUERRA, J., «La financiación de empresas en crisis», en *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Universidad Complutense*, marzo, 2012, pág. 8.

2.2.2. Procedimiento

Debido a la situación de crisis en la que se encuentra el deudor cuando se produce la financiación *Debtor in possession*, se articulan una serie de mecanismos para prever un procedimiento ágil en la autorización de la financiación por parte del juez del concurso en el que se prevé la audiencia, tanto del deudor como del resto de parte afectadas.

En el Derecho norteamericano, la financiación en el marco del concurso puede haber sido acordada con carácter previo a su solicitud. De esta manera, en caso de concurso voluntario, el deudor, junto con la documentación que ha de entregar, deberá también presentar la *DIP motion.* En esta solicitud el deudor deberá presentar todo lo relacionado con el proceso de financiación (financiadores, número de ofertas recibidas, proceso de financiación, etc), una descripción de las garantías que vayan a otorgarse y, en caso de solicitarse la adopción de medidas de garantía, será necesario determinar la *adequate protection*, es decir, la protección dada a los acreedores que ya se encontraban garantizados con carácter previo al concurso.

La autorización por parte del juez del concurso de la financiación se lleva a cabo en dos fases diferenciadas. En primer lugar, se lleva a cabo la *interim hearing* o vista interina, en la que el juez, pese a que se haya solicitado la financiación de una suma mayor, autoriza en un primer momento tan solo aquello que sea necesario para que la empresa pueda funcionar. Asimismo, el juez notifica a todas las partes que deberán personarse en una fecha determinada, que tiene lugar entre quince días y un mes desde la vista inicial, con el fin de celebrar la que se conoce como vista final, en la que se determinará la financiación definitiva.

2.2.3. Tipos

En la experiencia concursal estadounidense se han podido observar dos tipos de financiación en el marco del § 364: los DIP de nueva financiación y los DIP que proceden de acreedores que ya financiaban al deudor. Comenzando por estos últimos, son aquellos en los que la financiación proviene de un acreedor que ya lo era con carácter previo al concurso y que ostenta, o suele ostentar, una condición privilegiada

entre los acreedores del deudor. En cambio, los primeros son aquellos en los que la financiación no procede de alguien que tuviese una relación previa con el concursado.

Las financiaciones realizadas por acreedores previos del deudor concursado suelen llevarse a cabo por diferentes motivos, entre los que cabe destacar la de reforzar su posición en el concurso o la de pasar a ostentar un cierto control sobre el concursado, tales como aquellas obligaciones del deudor de transferir cierta información sobre la marcha de la empresa al financiador o cualquier otra obligación que se haya pactado en el contrato de financiación. Es decir, la financiación tiene por objeto, en buena parte de los casos, facilitar la recapitalización que da lugar a la adquisición del control de la compañía.

En los DIP destinados a otorgar nueva financiación, al carecer el financiador de relación previa con el concursado, su objetivo no puede ser, como es lógico, mejorar su posición en el concurso, sino que los objetivos suelen ser posicionarse en la estructura de capital del deudor con el objetivo de tomar el control de la concursada una vez se complete el proceso de reorganización *(loan-to-control DIPs).* Es decir, la financiación está destinada a llevar a cabo una recapitalización con el objetivo de adquirir el control de la compañía o beneficiarse de los indudables incentivos económicos que concurren en la financiación DIP *(loan oriented DIPs*[238]*).*

2.3. *Cash collateral*

Un segundo mecanismo de financiación previsto en el § 363 del Código de Quiebras norteamericano es el que se denomina como *cash colateral.*

El carácter subsidiario a la hora de recurrir a este tipo de financiación con respecto al DIP se debe fundamentalmente a que para el recurso a este último mecanismo se requiere tan solo una única solicitud al comienzo de la declaración del Capítulo 11, mientras que en el *cash colateral* se requiere de diferentes solicitudes durante el transcurso de todo el procedimiento concursal.

[238] BUIL, I., *op. cit.*, (versión electrónica).

Este mecanismo hace referencia a aquellos activos que son fundamentalmente líquidos, como, por ejemplo, la prenda de créditos o la prenda sobre cuenta corriente, que el deudor tiene pignorados en garantía de un préstamo que tiene carácter preconcursal. En la medida en que esos activos se han entregado en garantía del cumplimiento de las obligaciones principales contraídas, la disponibilidad sobre ellos por parte del concursado se encuentra restringida. En ese sentido, se trata de liberar la pignoración de los flujos de créditos. Para su uso, se solicita consentimiento al acreedor pignoraticio que suele concederla cuando se le otorga una *adequate protection*, esto es, una protección adecuada.

Si bien el acuerdo descansa en la autonomía de la voluntad de las partes, también en relación con este mecanismo, el juez tiene atribuidas competencias para pronunciarse sobre la justificación del acuerdo y para asegurar su efectividad.

3. El estate en el Derecho concursal norteamericano

El régimen previsto en la *Bankruptcy Act* de 1898 (que se correspondía con el Derecho inglés) implicaba el desapoderamiento de los bienes del deudor, el cual se trasladaba, primero al tribunal, y posteriormente al *trustee* que pasaba a ser el titular de los bienes. Éste adquiría el derecho de propiedad sobre los bienes del deudor, si bien su actuación se encontraba con una limitación legal por cuanto sus facultades de disposición debían ir encaminadas a la satisfacción de los acreedores.

Con la reforma de 1978 se modifica este régimen de la masa activa (*estate*). Siguiendo a MASSAGUER, el *estate* aparece en la normativa como un conjunto patrimonial independiente, no alejado de tener personalidad jurídica propia. En ese sentido, no sucede como en Derecho español o italiano con la figura del administrador concursal o el *curatore*, donde administran la masa activa, o como en Derecho inglés, donde pasa a ser el propietario de los bienes que integran esa masa activa. En Derecho norteamericano, el *trustee* pasa a ser el representante del *estate*[239]. El *estate* integra todos esos bienes que deben ir destinados para la satisfacción de los acreedores.

[239]Cuya composición se encuentra en el § 541, denominado como *Property of the estate*.

El contenido del este último viene establecido en el § 541[240]. Junto al contenido fijado por la propia ley, la masa activa puede verse ampliada como consecuencia del ejercicio de una serie de facultades dirigidas a reintegrar al *estate* aquellos bienes que hubieran salido indebidamente del patrimonio del deudor.

4. Las *avoiding powers*

En el *Subchapter* III, del *Chapter* 5 del Título 11, el legislador ha previsto una serie de facultades a favor del *trustee* con el objeto de reintegrar a la masa determinados bienes y derechos.

La recuperación de los bienes puede llevarse a cabo mediante la impugnación de determinados negocios jurídicos. En ese sentido, el *trustee* dispone de diferentes mecanismos, llamados *avoiding powers*, para reintegrar a la masa activa los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor de una manera injustificada. Además, se puede recurrir a cualquiera de ellos siempre que se den los requisitos para su ejercicio, con independencia del procedimiento concursal que se esté siguiendo.

Avoidance significa que la transferencia o la obligación en cuestión queda sin efecto por una sentencia del tribunal. Las consecuencias jurídicas se hacen depender de la transferencia u obligación en cuestión. Si se trata de una transmisión de la propiedad de un bien, de tratará de recuperar el bien o, en su defecto, su valor. Si se trata de la constitución de una garantía, ésta quedará sin efecto y el bien se integrará en la masa activa libre de cargas.

En el Derecho estadounidense, se requiere para la rescisión del ejercicio de dos acciones: una primera, tendente a impugnar el negocio jurídico o acto en cuestión; y una

[240]Como bien expone MASSAGUER, el *estate* se integra por todos los derechos del deudor sobre su patrimonio existente en el momento de la apertura del concurso, más todos los derechos del deudor y de su cónyuge sobre los vienen gananciales. Igualmente, formarán parte los que adquiera el deudor en los ciento ochenta días siguientes a la apertura del concurso, los ingresos procedentes de los bienes que ya integran la masa activa y cualquier otro derecho que se adquiera con posterioridad. En MASSAGUER, J., «Reintegración de la masa en el Derecho concursal inglés y estadounidense», en *RDM*, nº 175-176, 1985, págs. 101-104.

vez rescindido el acto, se deberá ejercitar una nueva acción para lograr la recuperación del bien concreto[241].

El sistema de reintegración se apoya en la tipificación de dos tipos de supuestos. Por un lado, se establece que los actos realizados en un determinado periodo se podrán considerar ineficaces, y que será de aplicación en función de la forma de solicitud de concurso. Y, por otro, se prevé la impugnación de aquellos actos que cumplan con una serie de presupuestos establecidos en las diferentes *avoiding powers* que se contienen en el propio *U.S Code*.

4.1. Ineficacia de los actos desde la solicitud de concurso

Para desarrollar el presente apartado se hace necesario plantear previamente las diferentes modalidades de concurso existentes atendiendo al sujeto que lo solicita. Desde la perspectiva de los sujetos que pueden plantear esta solicitud de concurso, hay tres clases de procedimientos, a los que vamos a referirnos siguiendo el orden establecido en el *Chapter* 3 del Título 11, son los siguientes.

En primer lugar, están los denominados casos voluntarios, donde la solicitud de concurso la realiza el propio deudor[242]. En segundo lugar están los denominados casos allegados o vinculados, en los que la solicitud ante el tribunal es planteada por un sujeto que puede ser deudor conforme al procedimiento pertinente, y su esposo/a de manera

[241] Tal y como manifiesta TABB, «*Otherwise, after avoidance the trustee still must bring a an action to recover either the transferred property itself or the value of that property*». En TABB, C.J., *Law of Bankruptcy*, Hornbook Series, Third Edition, Hornbook Series, 2013, pág. 463. En el mismo sentido, MARTÍNEZ MUÑOZ, M., «Las *avoiding powers* en el derecho concursal norteamericano», en *RDCP*, nº 24, 2016, pág. 2 de la versión electrónica.

[242] El § 301 los denomina como *voluntary cases*, disponiendo que «*A voluntary case under a chapter of this title is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under such chapter by an entity that may be a debtor under such chapter*».

conjunta[243]. Y, en último lugar, se encuentran los casos involuntarios, que sólo pueden darse en los procedimientos establecidos en los Capítulos 7 y 11, contra una persona física, asociación sin personalidad jurídica o sociedad mercantil -se excluyen expresamente los granjeros y las sociedades que no tengan naturaleza mercantil-, cuya *petition* debe ser presentada por tres o más acreedores[244], por los propios socios de la compañía[245] o por un representante de la masa activa de otro procedimiento concursal extranjero donde se encuentre inmerso el propio sujeto[246].

En estas situaciones, el momento en que debe fijarse y establecerse el contenido del *estate* es el del inicio del procedimiento[247]. En consecuencia, es el momento de la presentación de la solicitud de la apertura del procedimiento, bien por parte del deudor, de éste con su esposo/a, o de los acreedores, cuando se entiende fijada la fecha para la determinación de la masa activa.

---

[243] El § 302 los denomina como *joint cases*, disponiendo que «*A joint case under a chapter of this title is commenced by the filing with the bankruptcy court of a single petition under such chapter by an individual that may be a debtor under such chapter and such individual's spouse*».

[244] Tal y como dispone el § 303 (b) (1), «*An involuntary case against a person is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under chapter 7 or 11 of this title by three or more entities, each of which is either a holder of a claim against such person that is not contingent as to liability or the subject of a bona fide dispute as to liability or amount, or an indenture trustee representing such a holder, if such non contingent, undisputed claims aggregate at least $10,000 more than the value of any lien on property of the debtor securing such claims held by the holders of such claims*».

[245] Tal y como dispone el § 303 (b) (2), «*An involuntary case against a person is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under chapter 7 or 11 of this title if there are fewer than 12 such holders, excluding any employee or insider of such person and any transferee of a transfer that is voidable under section 544, 545, 547, 548, 549, or 724(a) of this title, by one or more of such holders that hold in the aggregate at least $10,000 of such claims*».

[246] Tal y como dispone el § 303 (b) (4), «*An involuntary case against a person is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under chapter 7 or 11 of this title by a foreign representative of the estate in a foreign proceeding concerning such person*».

[247] Como establece el § 541 (a), «*The commencement of a case (…) creates an estate*».

Para los casos voluntarios y vinculados, la solicitud de la apertura por los sujetos legitimados supone una *order for relief*, por lo que la apertura del procedimiento se realiza en ese mismo momento. Es decir, en estos dos casos, el *estate* se fija desde la fecha de la solicitud que es, a su vez, la fecha de la apertura. Por ello, en estas situaciones no plantea dificultad la determinación de la ineficacia de actos anteriores.

Sin embargo, para los casos involuntarios, la solicitud de concurso por parte de los acreedores no constituye automáticamente la apertura del procedimiento, no constituye ese *order for relief*. Por ello, una vez declarada la apertura del procedimiento concursal, serán ineficaces todos aquellos actos realizados desde el momento de la solitud hasta la apertura del procedimiento. Esta ineficacia general -que no viene expresada en disposición específica, sino que se deduce de los preceptos relativos a la apertura del *Bankruptcy*- parece encontrar justificación en aquellos casos en que ya se ha manifestado el estado de insolvencia, que conlleva la ineficacia de todos aquellos actos desde el mismo momento de la solicitud por parte de los acreedores.

4.2. Impugnación de actos una vez declarado el concurso

A diferencia del periodo de ineficacia general que se deduce de la lectura de diferentes preceptos del Capítulo 3 del Título 11[248], la Ley contempla algunos sistemas, que deben ser ejercidos necesariamente una vez declarado el concurso, de los que puede disponer el *trustee* para la formación de la masa activa.

De los distintos mecanismos disponibles, tan solo analizaremos las *fraudulent transfers and obligations* y las *preferencees*, por ser estos los instrumentos rescisorios que guardan similitudes con el sistema de reintegración del ordenamiento jurídico español.

[248] Fundamentalmente de los § 301, 302 y 303.

4.2.1. Las *preferencees*

En virtud de este mecanismo, el *trustee* puede impugnar aquellos negocios jurídicos en los que el deudor ha concedido una ventaja patrimonial injustificada a alguno de sus acreedores en un momento en que el deudor ya se encontraba en un estado de insolvencia.

Para la aplicación de este sistema, el propio § 547 (b) establece una serie de requisitos que se deben dar en el supuesto de hecho para que pueda declararse ineficaz.

Además, el propio precepto, en su letra (c) establece una serie de excepciones en relación con supuestos que no pueden ser declarados ineficaces aunque se dieran los requisitos para proceder a su impugnación[249]. En este contexto, para que una *transfer*[250] (acto de disposición) pueda ser impugnada, tiene que cumplir con los siguientes presupuestos.

En primer lugar, y en referencia al presupuesto objetivo, es necesario que haya sido realizado en favor de un acreedor y que se haya sido realizado en pago o a cuenta de una deuda preexistente. En ese sentido, cabe la impugnación tanto de pagos como de cualquier acto de disposición que favorezca a la contraparte. Junto a ello, el acto debe haber permitido al acreedor recibir más de lo que le hubiera correspondido de haberse satisfecho su crédito en el marco del procedimiento concursal.

En cuanto al plazo para poder rescindir el acto, se hace necesario que el negocio jurídico se haya llevado a cabo cuando el deudor era insolvente, siempre que haya sido en los noventa días anteriores a la presentación de la *petition* o que sea entre esa fecha y el año anterior si el favorecido es una persona especialmente relacionada.

Como se desprende del propio precepto, el legislador estadounidense ha optado por establecer un periodo sospechoso -noventa días o un año-, pero ha añadido que el

[249] ORTIZ MÁRQUEZ, M., *Tesis Doctoral «Las modificaciones estructurales y el procedimiento concursal»,* Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2013, pág. 131.

[250]Qué debe entenderse por *transfer* lo ha manifestado el legislador. Así, el propio § 101 (54) (d) dispone que «*The term "transfer" means: each mode, direct or indirect, absolute or conditional, voluntary or involuntary, of disposing of or parting with property*».

deudor se encontrase en estado de insolvencia. Es decir, no basta sólo con que el acto se haya realizado en el periodo establecido, sino que será necesario también acreditar que el deudor se encontraba en estado de insolvencia en el momento de realizar el acto.

El propio artículo 547, en su letra (f) establece una presunción *iuris tantum* del estado de insolvencia cuando el acto se haya realizado en los noventa días anteriores a la fecha de la *petition*[251].

Sin embargo, cuando el acto ha sido realizado a favor de un *insider*, el periodo se establece entre los noventa días y el año anterior a la declaración y, en este caso, no se establece la presunción del estado de insolvencia del deudor. En la medida en que el plazo se aleja de la fecha de la declaración, se hace necesario probar que esa insolvencia era pública o manifiesta, no requiriéndose la prueba de que el *insider* conociese el estado de insolvencia del deudor.

Las personas especialmente relacionadas para las que se alarga el plazo de noventa días a un año, se corresponden con las definidas por el propio legislador en el § 101 (31), entre los que se encuentran, por ejemplo, los parientes del deudor si éste es persona física o los socios y administradores de la sociedad concursada[252].

---

[251] DRAKE JR, H., / STRICKLAND, C., *Chapter 11 Reorganizations*, Segunda Edición, 2011, págs. 453 y 454.

[252]El § 101 (32) diferencia el *insider* en función de la condición del deudor. Dispone el precepto que «*The term "insider" includes—*

(A)if the debtor is an individual—(i)relative of the debtor or of a general partner of the debtor;(ii)partnership in which the debtor is a general partner;(iii)general partner of the debtor; or(iv)corporation of which the debtor is a director, officer, or person in control;

(B)if the debtor is a corporation—(i)director of the debtor;(ii)officer of the debtor;(iii)person in control of the debtor;(iv)partnership in which the debtor is a general partner;(v)general partner of the debtor; or(vi)relative of a general partner, director, officer, or person in control of the debtor;

(C)if the debtor is a partnership—(i)general partner in the debtor;(ii)relative of a general partner in, general partner of, or person in control of the debtor;(iii)partnership in which the debtor is a general partner;(iv)general partner of the debtor; or(v)person in control of the debtor;

Como ya se ha comentado, el propio artículo dispone una serie de supuestos que no pueden ser impugnados, con la finalidad de evitar que no pueda obtener financiación quien se encuentre en situaciones preconcursales, siempre que esta financiación no sea abusiva. Esas excepciones a la impugnación son las siguientes.

En primer lugar, cualquier acto que permita el deudor obtener nueva financiación, siempre que el acto realizado sea contemporáneo con la financiación otorgada. Este es el caso, por ejemplo, de aquellos vencimientos anticipados realizados por el deudor que le permitan a cambio obtener nueva financiación. Además, el propio artículo establece la necesidad de que sean *sustancialmente contemporáneos*, es decir, no se hace necesario una simultaneidad cronológica exacta entre el acto realizado por el deudor y la financiación otorgada, sino que basta con que se encuentren vinculados.

Una segunda excepción es la prevista en el § 547, c), 2) que exceptúa de la impugnación las operaciones realizas en el marco ordinario del negocio. El propio precepto establece que *(A) made in the ordinary course of business or financial affairs of the debtor and the transferee; or (B) made a1ccording to ordinary business terms*.

Con anterioridad al año 2005, no solo era necesario probar uno de los dos supuestos, sino que se hacía necesario probar ambos. Es decir, no solo que el acto se había llevado a cabo conforme a la actuación normal de una empresa similar en el tráfico jurídico, sino que también se hacía necesario probar que esa era la forma de actuación normal de esa empresa en concreto. Debido a la dificultad de prueba, se sustituyó la preposición *and* por *or*¸ por lo que actualmente basta con probar alguna de las dos situaciones.

Un tercer supuesto se refiere a los pagos realizados a favor de un acreedor en los noventa días previos a la declaración de concurso cuando el deudor ya era insolvente. En este supuesto, si con posterioridad al pago, pero antes de la declaración, ese acreedor otorga nueva financiación sin garantizar por un importe inferior al pago realizado con

---

(D)if the debtor is a municipality, elected official of the debtor or relative of an elected official of the debtor;

(E)affiliate, or insider of an affiliate as if such affiliate were the debtor; and

(F)managing agent of the debtor».

anterioridad, esta nueva financiación no podrá ser impugnada. Sin embargo, sí se permite la impugnación de la diferencia entre el pago realizado y la nueva financiación concedida.

El cuarto supuesto está concebido para supuestos de infragarantías, de tal forma que si el valor del bien objeto de la garantía en el momento de la declaración de concurso es superior al valor que tenía el día del otorgamiento, esa diferencia será susceptible de impugnación. Se persigue con ello que el acreedor nunca pueda obtener más que el valor del bien el día del otorgamiento de la garantía.

El resto de supuestos exceptuados de la rescisión previstos en el § 547 son aquellos relativos a determinados gravámenes legales[253], a pagos de buena fe realizados por obligaciones domésticas[254] -donde el supuesto típico es el pago por una condena relativa a la pensión de alimentos-, pequeños actos en relación a su cuantía[255] y aquellos actos realizados en el marco de un acuerdo extrajudicial de pagos realizado por el deudor con sus acreedores mediante la mediación de una Agencia de Crédito[256].

Por último, sólo queda recordar que, aun cumpliendo con los requisitos que establece el propio precepto, si las *transfers* impugnadas quedan fuera de los periodos marcados no podrán ser impugnadas bajo este supuesto de *avoiding power*, sin perjuicio de que puedan ser impugnadas por una vía diferente.

---

[253] El § 547, (c), 6, dispone que «*that is the fixing of a statutory lien that is not avoidable under section 545 of this title*».

[254] El § 547, (c), 7, dispone que «*to the extent such transfer was a bona fide payment of a debt for a domestic support obligation*».

[255] El § 547, (c), 8 y 9, dispone que «*if, in a case filed by an individual debtor whose debts are primarily consumer debts, the aggregate value of all property that constitutes or is affected by such transfer is less than $600; or if, in a case filed by a debtor whose debts are not primarily consumer debts, the aggregate value of all property that constitutes or is affected by such transfer is less than $5,000*».

[256] El § 547, (h), dispone que «*The trustee may not avoid a transfer if such transfer was made as a part of an alternative repayment schedule between the debtor and any creditor of the debtor created by an approved nonprofit budget and credit counseling agency*».

4.2.2. Las *fraudulent transfers and obligations*

La impugnación de actos con una finalidad de reintegración también se determina en los supuestos contemplados en el § 548 del *U.S Code*, denominado como *Fraudulent transfers and obligations*.

Para que puedan impugnarse los actos realizados por el concursado bajo este precepto resulta necesario que el deudor los haya realizado en el periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso con la intención de defraudar –expresamente dispone el § 548 que se requiere un *actual intent to hinder*- a cualquier persona frente a la que estuviera obligado o llegara a estarlo.

En ese contexto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han suavizado esta exigencia de fraude exigiendo tan solo la actuación consciente, por parte del deudor, de que el acto podía resultar perjudicial para el resto de acreedores y por parte de la contraparte se requiere que tenga conocimiento de la actuación del deudor.

El requisito subjetivo del fraude exigido por la norma debe ser probado por el *trustee* cuando ejercita la acción. Además, la Ley no ha tipificado supuestos de presunción de fraude. En consecuencia, ha sido la jurisprudencia la que ha fijado grupos de casos en los que se aprecia la existencia de fraude –como, por ejemplo, en relación con cláusulas contractuales sospechosas, etc-, aun cuando deban ser enjuiciados caso por caso.

El propio § 548 (a) ha tipificado determinados actos que podrán ser declarados ineficaces, aun no pudiéndose probar por parte del *trustee* la intención fraudulenta. Para ello, será necesario que en virtud de ese acto, el deudor recibiera menos de lo que razonablemente debería haber recibido y que, o lo realizara en estado de insolvencia o deviniera insolvente como consecuencia de la realización del acto[257]; llevara a cabo operaciones económicas para cuyo patrimonio era claramente insuficiente[258], o

[257] Dispone el § 548 (a) (1) (B) (ii) (I) que «*was insolvent on the date that such transfer was made or such obligation was incurred, or became insolvent as a result of such transfer or obligation*».

[258] Dispone el § 548 (a) (1) (B) (ii) (II) que «*was engaged in business or a transaction, or was about to engage in business or a transaction, for which any property remaining with the debtor was an unreasonably small capital*».

contrajera deudas que escapan de la posibilidad de pago en el momento de vencimiento[259].

Se observa como el legislador ha realizado una suerte de objetivación de las circunstancias en esta clase de supuestos.

4.3. Efectos

Como consecuencia del ejercicio de alguna de las *avoiding powers* que hasta ahora hemos descrito, el resultado se produce siempre en favor del *estate*.

De esta forma, una vez admitida la impugnación del acto de disposición por la resolución judicial, se producirá la recuperación del elemento patrimonial o la ineficacia de la obligación asumida por el deudor en virtud del negocio impugnado.

Las personas que se encuentran obligadas a la restitución al *estate* de aquello que hubiese salido de manera injustificada del patrimonio del deudor son el adquirente inicial o la persona en cuyo favor fue realizada la transmisión así como cualquier persona que hubiese adquirido de la contraparte inicial.

Sin embargo, los subadquirentes no siempre se encontrarán obligados a realizar la devolución del objeto impugnado. Cuando haya realizado el acto a título oneroso, de buena fe y sin conocimiento alguno de que el acto objeto de impugnación podía estar sujeto a alguno de los procedimientos de reintegración, el subadquirente no estará obligado a la devolución. Asimismo, los adquirentes posteriores también quedarán protegidos cuando hubiesen actuado de buena fe, con lo que quedarán a salvo incluso las adquisiciones realizadas a título gratuito.

El régimen de restitución no es común a todos los obligados. El que hubiera adquirido el bien de buena fe y el acto haya sido impugnado, tendrá derecho a los gastos que hubiera realizado y que hayan conllevado una mejora del objeto; al incremento de valor del objeto como consecuencia de las mejoras llevadas a cabo; si la impugnación es

[259] Dispone el § 548 (a) (1) (B) (ii) (III) que «*intended to incur, or believed that the debtor would incur, debts that would be beyond the debtor's ability to pay as such debts matured*».

como consecuencia de la realización de una *fraudulent transfer* o una *fraudulent obligation*, si el acreedor lo es a título oneroso y de buena fe, tendrá derecho a retener el elemento adquirido como consecuencia del negocio rescindido en la medida en que su prestación cubra la efectuada por el deudor.

Por último, conviene recordar que, una vez declarada judicialmente la procedencia de la acción de impugnación, el *trustee* deberá ejercitar una nueva acción en el periodo máximo de un año con el objeto de ejecutar el fallo y reintegrar al estate aquello que hubiese salido injustificadamente.

5. Recapitulación

Como se ha comprobado a lo largo del estudio relativo a la manera en que se lleva a cabo la financiación en Estados Unidos, la regla general es que se ésta se lleve a cabo en el marco del Capítulo 11. En la medida en que los acuerdos se realizan bajo la supervisión del Tribunal de la Quiebra y, en consecuencia, existe una garantía judicial, pueden otorgarse distintos privilegios a los refinanciadores.

Igualmente, las excepciones que están previstas en el § 547 en relación con la rescisión de las *preferencees*, evitan las financiaciones abusivas en situaciones preconcursales. La protección para la nueva financiación se establece para aquellos supuestos donde la financiación se ha llevado a cabo en el marco del procedimiento concursal.

En ese contexto, parece no tener tanto sentido la protección frente a la rescisión de las refinanciaciones previas al concurso, porque la financiación, como regla general, se lleva a cabo en procedimientos judiciales, como es el caso del procedimiento del Capítulo 11. En la medida en que estos acuerdos realizados en el marco de un procedimiento concursal son supervisados por el juez, no se hace necesario una regulación específica que prevea excepciones frente a la rescisión de aquellos actos que se enmarcan dentro del acuerdo que permite la continuidad de la empresa y que cuentan con una garantía judicial.

En Estados Unidos, la regla general para facilitar la continuidad de la empresa implica realizar un acuerdo dentro del concurso, de tal forma que ya se cuenta con una

garantía jurisdiccional que controla el desarrollo de todo el proceso. De esta forma, no se prevé en el Derecho norteamericano la protección frente a la acción rescisoria de aquellos acuerdos que se han llevado a cabo mediante un régimen de mayorías al margen de un procedimiento concursal -fundamentalmente en el denominado como *Prepack*-.

Este último procedimiento, que suele llevarse a cabo cuando las empresas tienen un exceso de endeudamiento, pero cuya estructura empresarial no se pone en cuestión, suele usarse para aquellas situaciones donde, conociendo el deudor que reúne las mayorías necesarias para alcanzar un acuerdo en el marco del procedimiento concursal, lo lleva a cabo fuera del mismo en aras de reducir los costes temporales y económicos que supone acudir a un Capítulo 11. Aun permitiéndose prácticamente la adopción de las mismas medidas que cuando el acuerdo se realiza en el marco del procedimiento concursal, en la medida en que en el *Prepack* se han llevado a cabo sin control jurisdiccional, no se permiten los distintos privilegios a los financiadores que han sido expuestos, ni se han planteado excepciones específicas al régimen de rescisión de los actos realizados en virtud del mismo, salvo que estos se correspondan con aquellos previstos en el § 547 c), pensados fundamentalmente para evitar la financiación abusiva.

CAPÍTULO III

EL SISTEMA DE RETROACCIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO

1. La configuración legal del sistema de reintegración con anterioridad a la Ley Concursal

2. La retroacción absoluta

2.1. El diferente fundamento de la *inhabilitación* del quebrado y de la retroacción

2.2. La *nulidad* de los actos anteriores a la declaración de quiebra en la jurisprudencia

2.3. El plazo de retroacción

3. Las acciones rescisorias especiales

3.1. La regulación legal de las acciones rescisorias

3.1.1. Los pagos anticipados

3.1.2. Los negocios realizados a título gratuito

3.1.3. Los negocios realizados a título oneroso

4. El ejercicio de la acción pauliana en sede concursal

5. La rescisión de garantías en el Código de Comercio

CAPÍTULO III

EL SISTEMA DE RETROACCIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO

1. La configuración legal del sistema de reintegración con anterioridad a la Ley Concursal

En la regulación existente con anterioridad a la aprobación de la Ley Concursal en el año 2003, el Código de Comercio recogía un doble mecanismo para la reintegración. Por un lado, el artículo 878 C.Com[260] establecía un periodo de retroacción absoluta, de tal forma que el juez fijaba una fecha a la que debían retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra. En este sentido, el citado artículo disponía que una vez declarada la quiebra, el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos aquellos actos que fueran posteriores a la fecha fijada por el juez a la que se retrotraían los efectos de la quiebra se declaraban nulos.

Por otro lado, los artículos 879 a 882 C.Com[261] regulaban una serie de acciones rescisorias específicas de la quiebra contra determinados negocios realizados en periodos diferentes de tiempo y con anterioridad a la declaración.

---

[260] El artículo 878 C.Com disponía que «*Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes.*

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

[261] Disponía el artículo 879 C.Com que «*Las cantidades que el quebrado hubiere satisfecho en dinero, efectos o valores de crédito en los quince días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuere posterior a ésta, se devolverán a la masa por quienes las percibieron».*

El descuento de sus propios efectos, hecho por el comerciante dentro del mismo plazo, se considerará como pago anticipado».

El artículo 880 C.Com disponía que «*Se reputarán fraudulentos y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes a su quiebra, si pertenecen a alguna de las clases siguientes:*

1.ª Transmisiones de bienes inmuebles hechas a título gratuito.

La regulación del sistema de reintegración del Código de Comercio es sobradamente conocido y ha sido ampliamente estudiado. Interesa destacar únicamente los elementos más esenciales y básicos como antecedentes que faciliten una mejor comprensión del régimen vigente.

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

3.ª Concesiones y traspasos de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas al tiempo de declararse la quiebra.

4.ª Hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior que no tuvieren esta calidad, o por préstamos de dinero o mercaderías cuya entrega no se verificase de presente al tiempo de otorgarse la obligación ante el Notario y testigos que intervinieran en ella.

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

El artículo 881 C.Com disponía que «*Podrán anularse a instancia de los acreedores, mediante la prueba de haber el quebrado procedido con ánimo de defraudarlos en sus derechos:*

1.º Las enajenaciones a título oneroso de bienes raíces, hechas en el mes precedente a la declaración de la quiebra.

2.º Las constituciones dotales, hechas en igual tiempo, de bienes de la sociedad conyugal en favor de las hijas o cualquiera otra transmisión de los mismos bienes a título gratuito.

3.º Las constituciones dotales o reconocimiento de capitales, hechos por un cónyuge comerciante a favor del otro cónyuge en los seis meses precedentes a la quiebra, siempre que no sean bienes inmuebles del abolengo de éste, o adquiridos o poseídos de antemano por el cónyuge en cuyo favor se hubiere hecho el reconocimiento de dote o capital.

4.º Toda confesión de recibo de dinero o de efectos a título de préstamo que, hecha seis meses antes de la quiebra en escritura pública, no se acreditare por la fe de entrega de Notario o si, habiéndose hecho en documento privado, no constare uniformemente de los libros de los contratantes.

5.º Todos los contratos, obligaciones y operaciones mercantiles del quebrado que no sean anteriores en diez días, a lo menos, a la declaración de quiebra».

El artículo 882 C.Com disponía que «*Podrá revocarse a instancia de los acreedores toda donación o contrato celebrado en los dos años anteriores a la quiebra, si llegare a probarse cualquier especie de suposición o simulación hecha en fraude de aquéllos*».

2. La retroacción absoluta

2.1. El diferente fundamento de la *inhabilitación* del quebrado y de la retroacción

El artículo 878 C.Com, en su primer párrafo, disponía que «*Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes*».

Tras unas primeras dudas acerca de la manera en que debía entenderse tal inhabilitación, la doctrina acabó por entender que ésta "*no puede confundirse con la incapacidad, porque no constituye una limitación de carácter personal: ni trata de proteger al quebrado ni pretende sancionarlo. (…) La inhabilitación es una limitación objetiva y real, establecida con la única finalidad de proteger a los acreedores. Por eso debe ser calificada como una prohibición legal de disponer y administrar*"[262].

En efecto, a diferencia del concepto de *inhabilitación* en sentido técnico, lo dispuesto en el Código de Comercio debía entenderse en realidad como desapoderamiento, como la prohibición al quebrado de administrar su patrimonio desde el momento de la declaración de quiebra. En la medida en que el patrimonio del quebrado, desde ese momento, quedaba destinado a la satisfacción de los acreedores, se procedía a su desapoderamiento para evitar que el quebrado realizase actos que lo impidiesen o dificultasen, quedando al frente del patrimonio los síndicos de la quiebra[263].

---

[262] BELTRÁN, E., «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en AAVV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez,* Volumen III, 1996, pág. 3493, nota a pie 44. En el mismo sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La inhabilitación del quebrado (ámbito temporal),* Thomson-Aranzadi, 2002, pág. 17.

[263] En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ mantuvo en su momento que tal *inhabilitación* atendía a una doble finalidad: por un lado, suponía una sanción contra la falta de competencia del quebrado o por el fraude que hubiera podido cometer en el ejercicio del comercio; por otro, suponía la exclusión del quebrado del comercio debido a la vulneración de la confianza en el tráfico. De ahí que entendiese que la interdicción para ejercer el comercio se alejaba del ámbito de la capacidad de obrar y se aproximase a las inhabilitaciones especiales del Derecho Penal o del Derecho Administrativo. En MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993, págs. 123 a 156.

El Tribunal Supremo hizo suya dicha tesis, de tal forma que en su sentencia de 30 de junio de 1978 reconoció que no se trataba de una incapacidad, sino que «*esta particular incapacitación, en cuanto que nacida la quiebra para proteger a los acreedores de un deudor insolvente, funciona despojando al quebrado de la administración de su patrimonio, convirtiendo a éste en un patrimonio en liquidación, que aunque pueda afectar a todas las relaciones de tipo patrimonial del afectado por la mencionada situación de quiebra, que se ha manifestado con ella la insuficiencia y anormalidad de la garantía que supone el patrimonio, esa repercusión, aun siendo muy importante en orden a la situación del patrimonio sobre la condición de la persona no tiene el alcance de producir un cambio del estado civil del quebrado, ni para generar una verdadera o completa incapacitación patrimonial, dado que no pierde su independencia personal, y ni siquiera en la esfera patrimonial, no creándose una situación firme, con la premisa propia del estado civil, ya que su subsistencia, en definitiva, depende de la voluntad de los interesados, que pueden terminarla por convenio, y carece de la nota de orden público, estando entregada a la discreción de los acreedores reconocidos, en cuyo beneficio se crea, lo que determina que pueda, si se quiere, hablarse de cuasi- incapacitación, pero no hay cambio de estado civil ni verdadera incapacitación*».

En la medida en que el término *inhabilitación* recogido en el Código de Comercio no se podía calificar como un supuesto de incapacidad personal, los actos realizados por el quebrado tras la declaración de quiebra no eran considerados nulos en sentido técnico jurídico. La prohibición de disponer suponía que los actos del deudor no producían efectos salvo que fuesen confirmados por los propios síndicos de la quiebra.

El artículo 878 C.Com establecía, conforme a su tenor literal, la *nulidad* de los actos realizados por el quebrado con posterioridad a la declaración de quiebra (apartado 1) y también de los actos realizados desde la fecha a la que se retrotraían los efectos de la declaración de quiebra (apartado 2). Sin embargo, el fundamento de la ineficacia era diferente cuando los actos se realizaban antes o después de la declaración de quiebra.

Como se acaba de indicar, a partir de la declaración de la quiebra se procede al desapoderamiento del quebrado, de tal forma que son los síndicos de la quiebra los que se encargan de administrar el patrimonio del quebrado para destinarlo a la satisfacción de los acreedores conforme al principio de paridad de trato.

Antes de ese momento, cuando ya se ha producido la situación de insolvencia, sin haber sido declarada la quiebra, en la medida en que el patrimonio ya es insuficiente para cumplir regularmente con las obligaciones contraídas, la continuación de la actividad se puede traducir en un agravamiento de la situación de insolvencia y en mayores dificultades para la satisfacción de los acreedores. Ahora bien, la situación de insolvencia no se manifiesta necesariamente frente a terceros en el momento en que se produce. Por esa razón, si bien es cierto que ya desde el momento en que se encuentra en estado de insolvencia, el deudor tiene la obligación de solicitar la declaración de quiebra, en la medida en que no se ha manifestado ni se ha hecho patente, el deudor puede continuar su actividad pudiéndose producir un empeoramiento de la situación.

De esta forma, los actos realizados tras la declaración de quiebra se consideran ineficaces con fundamento en el desapoderamiento del quebrado, con el fin de evitar que éste realizase actos que no fuesen destinados a la satisfacción de los acreedores, traspasando la administración del patrimonio a los síndicos de la quiebra[264]. En cambio, la ineficacia de los actos realizados antes de la declaración, desde el momento en que el juez fijaba la fecha a la que debían retrotraerse los efectos de la quiebra, encontraba su fundamento en la situación de insolvencia del deudor. En la medida en que ya desde ese momento existía la obligación de solicitar la declaración de la quiebra, no se debía admitir la realización de actos de disposición patrimonial que pudieran provocar un agravamiento de la situación de insolvencia en lugar de atenderse a la finalidad de la quiebra, que no era otra que la satisfacción colectiva de los acreedores.

Como se puede apreciar, la retroacción presenta una significación rescisoria desde el punto de vista de su fundamentación. Se podría decir de forma expresiva que lo dispuesto en el Código de Comercio supondría en última instancia que la retroacción presuponía una suerte de presunción de la existencia de perjuicio y de la mala fe de la contraparte en la realización de aquellos actos realizados por el quebrado una vez se encontraba en estado de insolvencia.

Ahora bien, en la medida en que no todos los actos de disposición realizados a partir de ese momento resultan contrarios a los fines de la quiebra y que la

[264] GARCÍA VILLAVERDE, R., «Efectos de la declaración de la quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial», en *AAMN*, Tomo 37, 1998, págs. 163-186.

manifestación de la insolvencia frente a terceros se suele producir con posterioridad a la propia situación de crisis, el rigor de la retroacción resultaba excesivo y contrario a la seguridad jurídica.

2.2. La *nulidad* de los actos anteriores a la declaración de quiebra en la jurisprudencia

Como acaba de mencionarse, el artículo 878.2 C.Com disponía que los actos de disposición y administración realizados por el quebrado desde la fecha a la que se retrotraían los efectos de la quiebra eran *nulos*.

Con base en el tenor literal, la primera doctrina y jurisprudencia justificaban esta calificación con el mismo fundamento que cuando se realizaban los actos con posterioridad a la quiebra. Si el quebrado quedaba privado de la administración de su patrimonio desde el momento de declararse la quiebra, entendían que también lo estaba desde el momento en que el juez fijaba la fecha a la que debían retrotraerse los efectos, por lo que los actos serían declarados nulos.

De acuerdo con este planteamiento, que se extendería hasta la misma aprobación de la Ley Concursal en el año 2003, la sanción de nulidad predicada del artículo 878.2 C.Com fue entendida por el Tribunal Supremo como nulidad –en sentido técnico jurídico- absoluta y radical. Una recopilación del conjunto de pronunciamientos por parte queda reflejada en la STS de 22 de mayo de 2000: «*Si la atención se centra en las de los diez últimos años, se comprobará en seguida el dominio casi absoluto del criterio denominado estricto o rigorista, es decir, el que considera afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Así, la sentencia de 19 de diciembre de 1991 la considera una nulidad de pleno derecho; la de 11 de noviembre de 1993, una nulidad radical; la de 20 de octubre de 1994, un vicio de origen que afecta a los adquirentes; la de 28 de octubre de 1996, «una nulidad intrínseca y absoluta, que actúa "ope legis" y que no precisa declaración judicial de invalidez de los actos efectuados, pues la Ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado»; en la misma línea se pronuncia la de 26 de*

marzo de 1997; y en fin, la de 25 de octubre de 1999 da por definitivamente consolidado tal criterio al declarar que «salvo las dos sentencias que cita la recurrente, es doctrina reiterada y prácticamente uniforme de esta Sala, que aquí se mantiene y ratifica, la que proclama la nulidad radical, "ipso iure", de todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra».

Se reconocía la nulidad del artículo 878.2 C.Com como nulidad absoluta, por cuanto afectaba a todos los que se hubiesen relacionado con el quebrado, independientemente de su buena o mala fe y en cuanto que alcanzaba a todos los negocios jurídicos concluidos por el quebrado en el periodo de retroacción, independientemente de que no hubiesen supuesto una disminución del activo patrimonial. ROJO[265] y GARRIGUES[266], si bien reconocían que la tesis de la nulidad era la que se derivaba de la literalidad en el Derecho español, criticaban con firmeza este proceder por parte del legislador debido a las consecuencias que se derivaban del tenor de lo dispuesto en el Código de Comercio.

Se observa como el Tribunal Supremo realizaba del concepto de nulidad una interpretación excesivamente formal, y olvidaban el distinto fundamento teleológico de la ineficacia de los actos realizados antes y después de la declaración de la quiebra. Este sector jurisprudencial y doctrinal encuentra el fundamento de la ineficacia de los actos realizados con carácter previo a la declaración de quiebra en el desapoderamiento –al igual que tras la declaración de quiebra-, entendiendo esta ineficacia como nulidad en

[265] En ROJO, Á., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», en *RDM*, nº 151, 1979, pág. 67. En el mismo sentido, SANCHO GARGALLO. En SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, 1997, págs. 231 y 232.

[266] GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1980, pág. 431. JIMÉNEZ SÁNCHEZ manifiesta que GARRIGUES ya advirtió que el sistema de nulidad, entendida como nulidad en sentido técnico-jurídico, generaba inseguridad en el tráfico y que el carácter absoluto de la nulidad con la cual sancionaba los actos sobre los que se proyectaba excedía evidentemente de lo que reclamaba la defensa de los acreedores. En JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., «Las insuficiencias del sistema de reintegración de la masa (reflexiones sobre algunas cuestiones que suscita la regulación de los acuerdos de refinanciación en las últimas reformas de la Ley Concursal)», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa*. *Congreso de Antequera*, 2012, pág. 37.

sentido técnico jurídico con base en que desde ese momento el deudor ya debería haber sido privado de administrar su propio patrimonio.

Fue la STS de 28 de mayo de 1960 la primera que optó por la limitación de la reintegración sólo a aquellos actos que vulnerasen la *par conditio* o, como señaló ROJO, trató de suavizar la concepción como *nulidad absoluta* anteriormente citada, que «*en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo inhábil*»[267]. De esta forma, entendía que, aun cuando el artículo 878.2 C.Com estableciese el término *nulidad*, éste debía ser entendido como ineficacia relativa, y sólo respecto de aquellos actos que hubiesen resultado perjudiciales por no haberse destinado a la satisfacción colectiva de los acreedores desde el momento en que el deudor ya era insolvente.

De la misma forma en que los actos son ineficaces desde el momento de la declaración de la quiebra por haberse desapoderado al quebrado, también son ineficaces los actos desde el momento en que se declara la insolvencia. Pero lo que se extiende a la situación anterior a la declaración no es el desapoderamiento, sino la ineficacia, de acuerdo con esta posición jurisprudencial. En la medida en que el deudor debía haber sido declarado en quiebra, no en el momento en que efectivamente es declarado, sino en el momento en que ya era insolvente, se considera que los actos realizados desde ese momento ya son ineficaces. Pero no con base en que el deudor debía haber estado desapoderado, sino con fundamento en la propia situación de insolvencia. En la medida en que desde el momento mismo de la insolvencia el deudor debía realizar los actos en aras a la satisfacción colectiva de los acreedores, sólo deberían ser declarados ineficaces aquellos que no atendiesen a esa finalidad[268].

[267] ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit.*, págs. 71 y 72. En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración», en *La Ley*, nº 5640, 2002, (versión electrónica). Igualmente, SANCHO GARGALLO cita la STS de 12 de noviembre de 1977 como una de las pocas que supedita la ineficacia del artículo 878.2 C.Com al carácter perjudicial del acto impugnado. En SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción… op.cit.*, pág. 246.

[268] En el mismo sentido, GARCÍA VILLAVERDE, R., «Sobre la llamada inhabilitación del quebrado», en *Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Volumen II, 1998, págs. 1629-1642.

Aun cuando la citada sentencia supuso una ruptura con el criterio mantenido hasta entonces, la jurisprudencia siguió decantándose mayoritariamente por entender la nulidad en sentido técnico-jurídico.

No obstante, existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales a lo largo de la segunda mitad del siglo XX que declaran la ineficacia sólo de aquellos actos que hubieran sido perjudiciales por no haber sido destinados a la satisfacción colectiva de los acreedores –como, por ejemplo, las SSTS de 11 de diciembre de 1965, de 15 de octubre de 1976, de 12 de noviembre de 1977, de 8 de febrero de 1988 o en la famosa de 12 de marzo de 1993-.

Aun cuando alguna sentencia optó por la tesis de declarar la ineficacia sólo de aquellos actos que hubieran sido perjudiciales, fue el criterio rigorista el que predominó en la práctica jurisprudencial hasta la promulgación de la Ley Concursal.

2.3. El plazo de retroacción

El periodo de retroacción al que debían retrotraerse los efectos de la quiebra debía ser fijado discrecionalmente por el juez, tal y como establecía el artículo 1024 C.Com de 1829[269].

Si bien en un primer momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo consideró la derogación del precepto citado tras la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil[270], cambió de criterio, con base en una integración del precepto con el resto del ordenamiento jurídico, en particular, con el Código de Comercio[271]. La fecha de

[269] El citado artículo disponía que «*En la primera audiencia declara el Tribunal de Comercio en estado de quiebra, fijando en la misma providencia, con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, la época a que deben retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones*».

[270] Así, la STS de 21 de febrero de 1930.

[271] En este sentido, las SSTS de 7 de marzo de 1931 y de 5 de abril de 1933 y seguidas hasta la Ley Concursal, por ejemplo, por las SSTS de 25 de mayo de 1982, de 22 de marzo de 1985 o de 11 de julio de 1990.

retroacción fijada por el juez en el momento de la declaración de quiebra tenía, en principio, un carácter provisional[272], pues podía –y solía- revisarse posteriormente en favor de los afectados de buena fe. Sin perjuicio de ello, desplegaba los efectos que le son propios desde el primer momento hasta que se produjese –si se producía- la revisión de tal fecha[273].

El Tribunal Supremo interpretó que la fecha a la que debían retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra era el día, no sólo aquel en que resultase haber cesado el deudor en el pago corriente de sus obligaciones, tal y como disponía el artículo 874 C.Com [274], sino también cualquier otro que manifestase la situación de insolvencia del deudor. En la medida en que los tribunales fijaran como fecha a la que debían retrotraerse los efectos, no la de la situación misma de insolvencia, sino la de los hechos que manifiestan la insolvencia, podría tener justificación que la mala fe de la contraparte del acto pudiera presumirse sin admitir prueba en contrario. La contraparte sólo podía alegar para evitar la ineficacia que el acto no fue perjudicial para la satisfacción colectiva de los acreedores.

De esta forma, la STS de 23 de febrero de 1990 –remitiéndose a las anteriores de 27 de febrero de 1965 y de 17 de marzo de 1988-, estableció que «*no sólo los actos que sean jurídicamente expresión directa de un sobreseimiento general en el cumplimiento de sus obligaciones, sino aquellos otros cuyas características pongan de manifiesto el estado patrimonial de insuficiencia que había de provocarla, revelado a través de concretos actos patrimoniales del deudor tendentes a burlar el principio de la «par conditio creditorum» realizados, unas veces de mala fe o con simple aprovechamiento desigual de los acreedores, esto es, comprometiendo el común interés de los acreedores*

[272] Una síntesis de la jurisprudencia que remarcaba el carácter provisional de la fecha de retroacción puede verse en SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción… op.cit.*, pág. 46.

[273] Manifiesta la STS de 11 de julio de 1990 que «*Provisionalidad que significa obviamente que cabe y hasta es aconsejable la revisión de la fecha de retroacción en favor de afectados de buena fe, planteada aquélla en tiempo hábil, pero que no impide tampoco la producción de los efectos concluyentes (provisionales) de la fecha de retroacción en tanto ésta subsista como tal y mientras no se produzca la posible o aconsejable revisión de dicha fecha*».

[274] Disponía el artículo 874 C.Com que «*Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones*».

mediante la sustracción anticipada, en beneficio de alguno de parte de los bienes que debieran estar presentes en la masa que ha de servir de garantía común. Así las cosas es evidente que, dispuesto por el deudor en los escasos días que median entre el señalado por el Juzgado de 1.ª Instancia como de retroacción y el que se fija por la sentencia de apelación, de una importante masa patrimonial en numerosas escrituras públicas en las que es ostensible el apresuramiento en todas y el cercano parentesco con el comprador en las más de ellas, tales actos, «proximun tempus decoctionis», han de reputarse, en principio, llevados a cabo cuando ya existía una quiebra de hecho y, por tanto en un período en que la actividad del quebrado debió estar interrumpida para no perjudicar a la masa de acreedores, que es, cabalmente, el designio que persigue la retroacción».

El sistema de retroacción del Código de Comercio encontraba como fundamento el hecho de que la declaración de la quiebra se producía ordinariamente en un momento posterior al de la manifestación de la insolvencia. Esta justificación podría amparar un instituto tan lesivo como la retroacción, siempre que la extensión del periodo sospechoso fuera cercano a la declaración de la quiebra. En cualquier caso, no debiera construirse como una ineficacia general, sino más bien como un supuesto de una ineficacia relativa mediante el establecimiento de un juego de presunciones y de la tipificación de una serie de supuestos en función de la práctica y de los fines de la regulación concursal.

3. Las acciones rescisorias especiales

Como ya habíamos mencionado en la introducción del presente capítulo, dos son los sistemas que convivían en la reintegración de la quiebra. Al sistema de retroacción, que encontraba su fundamento en la insolvencia, se sumaba un sistema de acciones rescisorias especiales de la quiebra.

En este sentido, parecía no ajustarse a una interpretación sistemática la postura de aquellos autores[275] que entendían que el plazo de las acciones rescisorias especiales

[275] En este sentido ROJO, quien consideraba que ambos periodos, el de retroacción y los periodos fijados para los diferentes actos de las acciones rescisorias especiales, se yuxtaponían. Continuaba diciendo que al periodo de retroacción fijado por el juez se sumaba el periodo sospechoso, en el cual éste

debía computar desde la fecha a la que se retrotraían los efectos de la declaración de la quiebra. En la medida en que la retroacción encontraba su fundamento en la situación de insolvencia, este criterio de interpretación llevaba la aplicación de las acciones rescisorias especiales de la quiebra a supuestos realizados cuando el deudor era todavía solvente.

A este respecto, desde un punto de vista teleológico sistemático resulta necesario tener en cuenta que, en las situaciones de crisis, el estado de insolvencia se puede producir antes de que se manifieste en aquellos hechos que la hacen patente para los terceros. A su vez, la declaración de la quiebra puede tener lugar cuando la insolvencia ya se ha manifestado y tiene una cierta notoriedad. El instituto de la retroacción tendría como justificación la ineficacia de los actos anteriores a la declaración de la quiebra, cuando la insolvencia ya se había manifestado. En efecto, la continuidad de la actividad del deudor en estado de insolvencia en lugar de proceder a la declaración de la quiebra ordinariamente agrava la situación patrimonial del quebrado. Al mismo tiempo, la manifestación de la insolvencia justificaba la presunción de fraude de la contraparte del quebrado. De acuerdo con lo anterior, la retroacción debería extenderse hasta el momento en el que la insolvencia resultaba manifiesta y notoria. En cambio, las acciones rescisorias especiales de la quiebra parecían configuradas para proceder a la rescisión de aquellos actos realizados por el quebrado cuando ya era insolvente pero la insolvencia todavía no se había manifestado. En esta fase, no tendría justificación una ineficacia general como la de la retroacción sino que se debía proceder de forma tópica en los supuestos tipificados para el ejercicio de las acciones rescisorias especiales.

---

precede a aquel. Existía de esta forma un primer periodo, único y variable, que transcurría desde el auto de declaración de quiebra a la fecha fijada por el juez a la que se retrotraían los efectos. Y, existía un segundo periodo, plural y variable, que se hacía depender de la naturaleza de cada acto. En ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit.*, pág. 53. En el mismo sentido, BERTRAM, J.C., «Las garantías de obligaciones preexistentes y la presunción del art. 71 de la Ley Concursal», en *La Ley: Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2004, (versión electrónica).

En opinión contraria parecía mostrarse MASSAGUER quien consideraba que «*Con ello* (con la yuxtaposición de los plazos) *se incumple una de las premisas básicas del sistema de reintegración: su vinculación al estado de insolvencia, pues entonces la reintegración alcanzaría también a la actividad desarrollada por el deudor antes de hallarse en el estado que motivó la declaración de quiebra*». En MASSAGUER, J., *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Bosch, 1986, pág. 74.

La práctica, sin embargo, se apartaba de este planteamiento. No era infrecuente que la fecha de la retroacción se fijara en plazos considerablemente amplios respecto a la declaración de la quiebra. De esta forma, se vaciaba al ámbito de aplicación de las acciones rescisorias especiales. Los plazos de estas acciones son en la mayor parte de los supuestos relativamente breves. Si se computaban desde la declaración de la quiebra, como parecía adecuado, quedaban absorbidos por el plazo de la retroacción. Esto puede explicar la postura de los autores que defendían que el plazo para el ejercicio de las acciones rescisorias especiales se debía contar a partir de la fecha de la retroacción. Ahora bien, su aplicación tampoco resultaba posible por la distancia temporal con la declaración de la quiebra que dejaba sin objeto el contenido de los supuestos de las acciones rescisorias especiales.

3.1. La regulación legal de las acciones rescisorias

La regulación de las acciones rescisorias se encontraba en los derogados artículos 879 a 882 C.Com.

Los dos primeros (artículos 879 y 880 C.Com, con la excepción del artículo 880.4 C.Com) regulaban una serie de acciones donde, si se cumplía con los elementos fácticos descritos en la norma, los actos eran sin más rescindibles, de tal forma que se objetivaban los presupuestos y se eliminaba la discrecionalidad judicial. De esta manera, de haber realizado el quebrado alguno de esos actos en el periodo establecido en el propio precepto, el acto podría ser rescindido[276].

El artículo 881 C.Com establecía una acción rescisoria especial donde, junto con el cumplimiento de que el acto se correspondiese con aquel contemplado en la norma, se sumaba la concurrencia del elemento subjetivo del fraude. De esta manera, y a

[276] ROJO manifestaba que los actos eran rescindibles debido a que se presumía que el acto había provocado un daño a los acreedores y, además, que se había realizado con la intención de sustraer bienes que hubieran ido destinados a la satisfacción de los acreedores. De esta forma, presumía, *iuris et de iure*, el elemento objetivo y el elemento subjetivo. En ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit*., págs. 95 y 96.

diferencia del supuesto anterior, al añadir el elemento del fraude, la ineficacia no operaba de una manera automática.

El último de los preceptos (artículo 882 C.Com) establecía una cláusula general que permitía ejercitar la acción rescisoria contra todos aquellos actos a título gratuito o a título oneroso realizado en fraude de acreedores que se hubieran realizado en los dos años anteriores a la declaración de la quiebra.

Siguiendo la clasificación propuesta por MASSAGUER, los diferentes actos que podían ser objeto de impugnación se dividían en tres grandes categorías: los pagos anticipados (artículos 879 y 880.3 C.Com), los actos a título gratuito (artículos 880.1, 2, 4 y 5, 881.1, 2, 3, 4 y 882 C.Com) y los actos a título oneroso (artículos 881.1 y 882 C.Com).

3.1.1. Los pagos anticipados

Los pagos anticipados hacían referencia a todos aquellos actos de extinción de una obligación no vencida y cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de quiebra. No se incluían en el supuesto aquellas cuyo vencimiento, aun siendo posterior al pago, se producía con anterioridad al auto de declaración.

Se observa de nuevo la tensión existente para tratar de compatibilizar el sistema de la retroacción con el sistema de las acciones rescisorias especiales, pues, realmente, el supuesto previsto para los pagos anticipados encontraba su justificación en la medida en que se hubiesen realizado en una fecha próxima a la declaración de quiebra. Sin embargo, si el juez fijaba un periodo de retroacción amplio, difícilmente las acciones previstas en los artículos 879 y 880 C.Com serían aplicables.

Estos pagos realizados para extinguir deudas no vencidas podían tener lugar de modo diverso. El artículo 879 C.Com preveía los pagos ordinarios, en dinero, efectos o valores de crédito, que podían ser impugnados si se hubieran realizado en los quince días previos a la fecha del auto de declaración de quiebra.

Por su parte, el artículo 880.3 C.Com preveía aquellos pagos realizados de una manera extraordinaria mediante concesiones y traspasos de bienes inmuebles, esto es,

mediante daciones en pago que podían impugnarse si se realizaban en los treinta días previos a la fecha fijada anteriormente. El hecho de que la obligación no se cumpliera de manera regular, sino de una forma distinta de la prevista justificaba la rescisión en la medida en que expresaba un trato de favor a la contraparte que mediante la recepción de un bien en pago quedaba al margen de la quiebra y no se veía afectada por las eventuales quitas o esperas que tuvieran que soportar los acreedores concursales.

3.1.2. Los negocios realizados a título gratuito

La impugnación de aquellos actos que hubiesen sido realizados a título gratuito se recogía en diferentes apartados de los distintos preceptos dedicados a la reintegración.

En primer lugar nos encontrábamos con la posibilidad de impugnar las donaciones, posibilidad que se planteaba de dos formas diferentes. De un lado, las realizadas sobre bienes inmuebles en los treinta días anteriores a la fecha del auto de declaración de quiebra (artículo 880.1 C.Com). En tal caso, el cómputo del plazo comenzaba desde el momento del otorgamiento de la escritura pública. De otro, las donaciones de bienes muebles realizadas en los treinta días anteriores a la mencionada fecha, a lo que se sumaba la necesidad de que hubieran sido otorgadas tras el balance anterior a la quiebra si resultare un pasivo superior al activo (artículo 880.5 C.Com). En este caso, el plazo comenzaría desde la fecha en que tuviese lugar la entrega de la cosa o la aceptación por escrito de la donación.

Un segundo grupo de casos que podían encuadrarse entre esta clase de actos eran las hipotecas convencionales constituidas a título gratuito –que serán analizadas en un apartado posterior- (artículo 880.4 C.Com).

La dote era otro negocio susceptible de impugnación conforme a los artículos 880.3 y 881.2 y 3 C.Com. Sin embargo, carecían de aplicación por la abolición de la institución tras la reforma del derecho de familia realizada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Junto a estos actos, se encontraban las confesiones de recibo de dinero o de efectos a título de préstamo, actos que también eran susceptibles de impugnación cuando se hubiesen realizado en los seis meses anteriores a la fecha manifestada en

todos los casos anteriores, siempre que no hubiese dado fe un fedatario público o existiese ausencia de constatación uniforme en los libros de los contratantes cuando estuvieran en documento privado.

Por último, tan solo resta hacer referencia a una cláusula general prevista en el artículo 882 C.Com, en la que se establecía que el síndico podía impugnar todos aquellos actos a título gratuito realizadas en los dos años anteriores a la fecha señalada anteriormente.

El Tribunal Supremo había exigido para la impugnación de los actos a título oneroso mediante la cláusula del artículo 882 C.Com la simulación y el fraude. Sin embargo, como explica MASSAGUER, difícilmente sería sostenible que se utilizase un negocio gratuito para simular otra clase de negocio[277]. En consecuencia, tan solo sería necesaria, de seguirse el criterio del Tribunal Supremo, la acreditación del fraude, entendido éste como conocimiento del deudor del perjuicio que ocasionaba.

3.1.3. Los negocios realizados a título oneroso

La impugnación de los actos a título oneroso se preveía en los artículos 881.1 y 5 y 882 C.Com.

El primer precepto establecía la impugnación de las enajenaciones de bienes inmuebles –debía extenderse a bienes muebles de especial relevancia económica[278]- realizadas en el mes anterior a la fecha del auto de declaración de quiebra y de todos aquellos contratos, obligaciones u operaciones mercantiles realizadas en los diez días anteriores a la fecha señalada anteriormente.

Para la impugnación se hacía necesario que se probase no sólo la realización efectiva del acto en cuestión y su realización en el periodo establecido, sino también el

[277] En MASSAGUER, J., *La reintegración de la masa… op. cit..,* pág. 56.

[278] Explicaba, en este sentido, MASSAGUER que, debido a la evolución económica que había dado lugar a la pérdida de la primacía de los bienes raíces, la disposición del artículo 881.1 C.Com debía extenderse también a los bienes muebles, por lo menos de aquellos considerados de especial relevancia. En MASSAGUER, J., *La reintegración de la masa… op. cit..,* pág. 57.

fraude del quebrado, entendido como conocimiento de que el acto era perjudicial en un contexto de insolvencia.

El artículo 881 C.Com, en cuanto que recogía actos inmediatamente anteriores a la declaración de quiebra, encontraba su sentido y su relación con el fraude en la medida de su conexión con el estado de insolvencia,

Por último, se preveía la cláusula general que permitía impugnar todos los actos realizados a título oneroso que se hubieran realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de quiebra, siempre que se probase el requisito subjetivo del fraude[279].

4. El ejercicio de la acción pauliana en sede concursal

La mayor parte de la doctrina[280] entendía que la acción rescisoria ordinaria del Código Civil podía ejercitarse en el marco del procedimiento concursal. Las razones que exponían para justificar su aplicación eran la ampliación del plazo a cuatro años con respecto a los previstos en el Código de Comercio, incluido la cláusula de la regla general del artículo 882 C.Com cuyo plazo era de dos años, y el carácter supletorio del Código Civil con respecto a las disposiciones establecidas en el Código de Comercio.

Los autores que a favor de esta opción entendían que debían modificarse los presupuestos, la legitimación y los efectos con respecto a su ejercicio al margen de la

[279] Sin embargo, determinadas SSTS se decantaron, tal y como establecía el propio precepto, por exigir, junto con el requisito del fraude, la simulación. Entre otras, SSTS de 8 de julio de 1912, de 10 de julio de 1913 y de 10 de marzo de 1944.

[280] Entre otros, ROJO. En ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit*., págs. 85 a 95. En el mismo sentido, JORDANO FRAGA, quien admitía la aplicación de la acción revocatoria ordinaria en la quiebra con un carácter limitado pues, en su opinión, sólo podía ejercitarse contra los actos perjudiciales del deudor quebrado que, siendo anteriores a la declaración judicial de quiebra, no estuvieran alcanzados por la retroacción ni fuera posible impugnarlos mediantes las acciones rescisorias especiales. En JORDANO FRAGA, F., *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Editorial Comares, Granada, 2001, págs. 403-405.

quiebra[281]. En cuanto al cómputo del plazo, debía comenzar desde la realización del negocio fraudulento. De esta forma, la coordinación entre la acción rescisoria ordinaria y la acción rescisoria concursal se apoyaría fundamentalmente en el plazo. La rescisoria concursal del artículo 882 C.Com podría ejercitarse hasta dos años antes de la declaración de la quiebra mientras que para la acción rescisoria ordinaria se dispondría de un plazo de cuatro años.

Sin embargo, existía otro sector doctrinal[282], que consideraba que la rescisoria ordinaria no podía aplicarse en sede concursal. En primer lugar porque reduciría la aplicación del artículo 882 C.Com. Si, como exigían algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, para la aplicación de lo dispuesto en este artículo del Código de Comercio se exigía la prueba del daño y del fraude (al igual que ocurre en la acción pauliana) y además la simulación, la acción quedaría sin objeto, pues el impugnante se decantaría siempre por la rescisión del Código Civil.

Si, a diferencia de la interpretación jurisprudencial, como entendía un sector de la doctrina[283], la referencia a la simulación se debía a una expresión equívoca y poco precisa del legislador, la acción se correspondería básicamente con la pauliana. En ese sentido, la acción del artículo 882 C.Com supondría la traslación de la acción rescisoria civil al procedimiento concursal, por la que ésta, la acción rescisoria ordinaria, no podría ejercitarse.

Por ello, concluyen que si la Ley ya reconocía unas soluciones jurídicas específicas contra determinados actos realizados con anterioridad a la declaración de quiebra, el régimen del Código de Comercio desplazaría la acción pauliana. Igualmente, encontraban paradójico que para declarar ineficaces los actos en los dos años anteriores se exigiese un mayor rigor que si se ejerciese la acción rescisoria ordinaria sobre actos todavía más alejados de la fecha de retroacción o de la fecha del auto de declaración.

---

[281] LEÓN SANZ, F.J., «La rescisión de contratos por fraude de acreedores en la suspensión de pagos. (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2004)», en *ADCon*, nº 3, 2004, págs. 449-450.

[282] Cuyo autor de referencia es, posiblemente, MASSAGUER. En MASSAGUER, J., *La reintegración de la masa… op. cit..,* págs. 91 y 92.

[283] ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit.*, pág. 92.

5. La rescisión de garantías en el Código de Comercio

Como acaba de exponerse, la rescisión de los actos realizados con anterioridad a la declaración de quiebra podía llevarse a cabo mediante dos mecanismos, a través de la retroacción y a través de las acciones rescisorias especiales.

En el caso de la retroacción, la jurisprudencia, como se recoge en la STS de 24 de octubre de 1989, consideraba que el carácter perjudicial de la garantía no debía probarse por cuanto el Código de Comercio, en su artículo 878.2, lo presumía *iuris et de iure* en la medida en que se había constituido dentro del periodo de tiempo concreto fijado por el juez.

En materia de efectos se hacía necesario, igualmente, determinar qué tipo de ineficacia se desprendía del artículo 878.2 C.Com.

Si el término *nulidad* previsto en el Código de Comercio era entendido como nulidad en sentido técnico-jurídico, conforme a la interpretación de la jurisprudencia mayoritaria, el tercero que había contratado con el deudor declarado en quiebra debía entregar la contraprestación recibida, participando como un acreedor más en la liquidación del patrimonio del quebrado. De prevalecer esta interpretación y en la medida en que no se le devuelve de manera simultánea a la contraparte lo que recibió el quebrado, se produce un enriquecimiento injusto de la masa que, como bien manifiesta ROJO, carecía de fundamento[284]. Además, tampoco había una disposición concursal expresa que permitiese justificar esta manera de proceder.

Partiendo también de que la *nulidad* debía ser interpretada en el mismo sentido que el Tribunal Supremo, esto es, como nulidad en sentido técnico-jurídico, nos encontramos con la tesis expuesta por ROJO[285]. En la medida, y aun criticable esa opción del legislador, en que se ha establecido la opción de la nulidad como sanción de ineficacia, la consecuencia debería ser que, en aquellas situaciones donde existiesen contraprestaciones recíprocas, proceder a la devolución de las prestaciones –tal y como

[284] ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit.*, pág. 78.

[285] ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit.*, pág. 78.

establece el artículo 1303 CC-. *La sindicatura deberá proceder a la devolución de los bienes o del metálico entregado por el deudor a la contraparte*[286]. De acuerdo con esta interpretación, y a diferencia de la realizada por la jurisprudencia, el crédito de la contraparte sería calificado como deuda de la masa.

Con independencia del criterio de interpretación, en la medida en que la ineficacia se entendiera como nulidad en sentido técnico-jurídico, la ineficacia así considerada no podía afectar de manera autónoma a la garantía, sino que debía afectar tanto a la garantía como a la obligación principal.

En cambio, si la referencia a la *nulidad* prevista en el Código de Comercio se comprendía desde una perspectiva rescisoria, los presupuestos y los efectos deberían determinarse en función de esta calificación jurídica.

Debía atenderse entonces a la normativa prevista en materia de rescisión en el Código Civil de acuerdo con las particularidades del régimen de la quiebra y, en concreto, al artículo 1295.1 CC, el cual dispone que «*La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado*». En caso de quiebra, el que estaba obligado a la entrega era el síndico de la quiebra que no fue parte en el negocio que pretendía ser revocado, por lo que no podría aplicarse el citado precepto de forma directa conforme a su tenor literal[287].

De esta forma, con base en la especialidad del régimen de la quiebra respecto de lo dispuesto en el artículo 1295.1 CC[288] el crédito de la contraparte debería ser considerado como crédito ordinario y, en consecuencia, recibiría el mismo trato que los acreedores concursales en el momento de la liquidación del patrimonio del quebrado.

---

[286] ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit.*, pág. 78.

[287] En este sentido, MASSAGUER, J., *La reintegración de la masa… op. cit.,* pág. 85.

[288] Argumentos que, según ROJO, fueron los que llevaron al Tribunal Supremo a considerar que la contraparte del acto debía cobrar tras su inclusión en la masa pasiva participando en el patrimonio resultante de la liquidación. En ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit*., pág. 78.

Sin embargo, en determinados supuestos, con el fin de evitar un enriquecimiento injusto de la masa, el crédito que surgía de la retroacción debería ser calificado como deuda de la masa.

Además, si se sigue la tesis expuesta de que el término *nulidad* previsto en el artículo 878.2 C.Com no debía ser entendido como nulidad en sentido técnico-jurídico, sino desde una perspectiva rescisoria, cuando se pretendiese la ineficacia de una determinada garantía constituida en el periodo de retroacción, la ineficacia relativa podría afectar sólo a la garantía, sin necesidad de que quedara también necesariamente rescindida la obligación principal de la que trae causa.

Junto con aquellas garantías que pudieran quedar afectadas por la retroacción, había que tener en cuenta también las que pudieran ser impugnadas en virtud de las acciones rescisorias especiales. Entre los actos susceptibles de rescisión se encontraban aquellas garantías que pudieran encuadrarse en alguno de los supuestos previstos en los artículos 879 a 882 C.Com o, en caso de admitirse, mediante el sistema de rescisión por fraude de acreedores del Código Civil si se cumplían con los presupuestos para su ejercicio.

En este sentido, las vías principales de impugnación mediante el recurso al sistema de las acciones rescisorias especiales eran las acciones previstas en los artículos 880.4 y 882 C.Com.

El primero de los preceptos establecía, en su apartado 4º que «*Se reputarán fraudulentos y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes a su quiebra, si pertenecen a alguna de las clases siguientes: Hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior que no tuvieren esta calidad, o por préstamos de dinero o mercaderías cuya entrega no se verificase de presente al tiempo de otorgarse la obligación ante el Notario y testigos que intervinieran en ella*».

Lo dispuesto en el artículo 880.4 C.Com podía ser interpretado de dos formas diferentes. No había discusión respecto a que el carácter fraudulento previsto en el precepto se presumía con una presunción *iuris et de iure* («*se reputarán fraudulentos*»). En cambio, con relación al presupuesto objetivo del daño una corriente interpretativa

consideraba que también se trataba de una presunción de Derecho necesario[289] y, en consecuencia, la presunción sólo debía operar de manera automática respecto de las garantías constituidas a título gratuito, o bien, se entendía que se trataba de una presunción *iuris tantum*, en la que correspondería a la contraparte del acto demostrar que la garantía no había sido perjudicial para la satisfacción del conjunto de acreedores y la presunción sería aplicable al otorgamiento de cualquier clase de garantía, con independencia de que fueran a título gratuito o a título oneroso.

Si se interpretaba tan solo conforme al primero de los criterios, de tal manera que sólo eran admitidas las garantías a título gratuito, en la medida en que la presunción de fraude lo era sin admitir prueba en contrario, el que ejercitase la acción rescisoria, «*que corresponde de manera exclusiva y excluyente a los síndicos o a los interventores en caso de suspensión de pagos*»[290], debería probar que la garantía lo era a título gratuito, que reunía las características propias del artículo 880.4 C.Com y que se había otorgado en el periodo fijado –treinta días-.

Conviene observar que el precepto contemplaba en realidad, dentro del mismo apartado, dos supuestos diferenciados. Por un lado, las garantías otorgadas para asegurar deudas que anteriormente no lo estuvieran; por otro, hipotecas para garantizar préstamos de dinero o mercaderías cuya entrega no se verificase al tiempo de otorgarse.

Aunque el precepto estableciese, solamente, como objeto de impugnación las hipotecas convencionales, la doctrina extendió el supuesto a todas las garantías reales que se constituyesen en alguno de esos supuestos. Como explicaba MASSAGUER[291], parece que su aplicación debía extenderse a todas aquellas garantías que otorgasen a su titular un derecho de ejecución separada y preferente sobre el bien gravado, tales como la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento. La falta de referencia expresa a este tipo de garantías parecía responder a la técnica seguida por el precepto de mención tópica de las garantías más habituales en el momento de la aprobación del Código de Comercio. El contenido de la norma no debería interpretarse en un sentido estricto, de

[289] Como, por ejemplo, ROJO. En ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit*., pág. 96.

[290] BELTRÁN, E., «Hipoteca, ejecución separada», *op. cit.*, pág. 3504.

[291] En MASSAGUER, J., *La reintegración de la masa… op. cit.,* pág. 54.

lista cerrada, sino de forma abierta, de manera que ampararía la rescisión de cualquier clase de garantía.

Además, en el supuesto de garantías otorgadas para asegurar obligaciones que anteriormente no se encontraban garantizadas, debía tratarse de deudas no vencidas. Al hacer el apartado 4º referencia a las obligaciones «*que no tuvieran esta calidad*», parece referirse al supuesto anterior del apartado 3º, donde podían ser objeto de impugnación las «*concesiones y traspasos de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas al tiempo de declararse la quiebra*». Sin embargo, cabía también una segunda interpretación en el sentido de considerar que las «*obligaciones que no tuvieran esta calidad*» hacían referencia a aquellas que no estuvieran garantizadas con anterioridad. Es decir, que con carácter previo al otorgamiento de la garantía, no se tratase de deudas privilegiadas.

De otro lado, el segundo mecanismo de que disponían los síndicos mediante las acciones rescisorias especiales era la cláusula general prevista en el artículo 882 C.Com. «*Podrá revocarse a instancia de los acreedores toda donación o contrato celebrado en los dos años anteriores a la quiebra, si llegare a probarse cualquier especie de suposición o simulación hecha en fraude de aquéllos*». Así, toda garantía que se hubiera constituido en los dos años anteriores a la fecha de retroacción podía ser impugnada si se probaba el ánimo fraudulento del quebrado, tanto para las garantías constituidas a título gratuito como para las constituidas a título oneroso. Además, el Tribunal Supremo admitía la rescisión de los actos a título oneroso en los supuestos de simulación.

Con respecto al alcance de la rescisión de las garantías, anteriormente expusimos que, con el sistema de retroacción, en función de la interpretación que se diera al término *nulidad* prevista en el artículo 878.2 C.Com, las consecuencias que se derivaban de la calificación llevaba a soluciones diferentes. Así, si la interpretación se hacía en términos de nulidad universal de los actos realizados en el periodo de la retroacción en sentido técnico-jurídico, ésta afectaba, en principio, tanto a la garantía como al negocio principal. Por el contrario, si la interpretación se hacía desde una perspectiva rescisoria, la garantía podía ser impugnada de manera autónoma del negocio principal si se demostraba que había sido perjudicial desde el punto de vista de la satisfacción colectiva de los acreedores. Conforme a esta interpretación, se le otorgaría a

la contraparte del acto la posibilidad de demostrar que la garantía no impedía ni dificultaba la satisfacción colectiva de estos últimos.

En este sentido, si la interpretación se hacía en términos de nulidad en sentido técnico-jurídico y quedaba afectada, en consecuencia, el crédito y la garantía, el crédito de la contraparte parece que debería ser calificado como de deuda de la masa. Por el contrario, si se rescindía de manera autónoma la garantía después de haber realizado una interpretación desde un plano rescisorio por el que sólo aquellos actos perjudiciales serían objeto de impugnación, el crédito de la contraparte debía ser calificado como crédito ordinario.

Si la impugnación de los actos se realizaba en virtud de alguna de las acciones rescisorias especiales, esto es, de las previstas en los artículos 880.4 y 882 C.Com, en la determinación del alcance había que atender a lo dispuesto en cada uno de los respectivos preceptos. En la medida en que el artículo 880.4 C.Com contemplaba expresamente la posibilidad de impugnar aquellas garantías que se hubiesen constituido a título gratuito, en este caso cabía la rescisión autónoma de la garantía, subsistiendo el negocio principal. Si se impugnaban mediante la acción prevista en el artículo 882 C.Com, la rescisión debía afectar, en principio, tanto al negocio principal como a la garantía, salvo que, por las circunstancias del caso, la rescisión debiese afectar de manera autónoma a esta última, como por ejemplo, en aquellas garantías no contextuales donde se apreciase por parte del garante deudor un sacrificio patrimonial injustificado en la concesión de aquella, por ejemplo, al haber constituido una garantía por una deuda propia preexistente sin recibir una contraprestación.

En definitiva y a modo de conclusión, las garantías podían ser impugnadas, bien por haberse realizado en el periodo de retroacción fijado por el juez –donde, en caso de optar por aquella interpretación de la nulidad absoluta y radical, toda garantía, junto con el negocio de que traía causa, que se hubiera constituido en tal periodo sería nula o, en caso de optar por una suerte de ineficacia relativa, se haría necesario la prueba de que la garantía fue perjudicial para la satisfacción colectiva de los acreedores-, o bien mediante las acciones rescisorias especiales previstas en los artículos 880.4 C.Com –donde, de haberse constituido en los treinta días anteriores a la declaración de quiebra, y de presumirse *iuris et de iure* tanto el daño como el fraude, quedarían rescindidas bajo este supuesto tan solo las garantías a título gratuito, o, de requerirse la prueba del carácter

perjudicial, también cabría la rescisión de las garantías a título oneroso- y por la vía del art. 882 C.Com –cláusula general en virtud de la cual, para declarar la ineficacia, se hacía necesario probar el carácter fraudulento y su realización en los dos años anteriores a la declaración de quiebra-.

CAPÍTULO IV

LA ACCIÓN RESCISORIA EN LA LEY CONCURSAL

1. La estructura jurídica de la acción rescisoria desde la perspectiva de la teoría general

1.1. El fundamento de la acción rescisoria

1.2. La estructura de la acción rescisoria

1.2.1. La estructura de la acción rescisoria ordinaria

1.2.2. La estructura de la acción rescisoria concursal

2. El sistema de reintegración de la Ley Concursal

2.1. Contraste con el Código de Comercio

2.2. La cláusula general: el artículo 71.1 de la Ley Concursal

2.2.1. La declaración de concurso

2.2.2. El plazo: los dos años anteriores a la declaración de concurso

2.2.3. La irrelevancia del estado de insolvencia del deudor

2.2.4. Los actos sujetos a rescisión

2.2.4.1. El objeto de la rescisión: la rescisión aislada de la garantía o la rescisión conjunta de crédito y garantía

2.2.5. La consideración del acto como perjudicial

2.2.6. La irrelevancia del fraude

2.3. Acreditación de los presupuestos

2.3.1. El artículo 71.2 de la Ley Concursal

2.3.1.1. Los actos a título gratuito

2.3.1.2. Vencimiento anticipado de obligaciones sin garantía real

2.3.2. El artículo 71.3 de la Ley Concursal

2.3.2.1. Los actos a título oneroso realizados con personas especialmente relacionadas

2.3.2.2. Constitución de garantías reales en aseguramiento de obligaciones preexistentes o de garantías que aseguran obligaciones nuevas que sustituyen a las anteriores

2.3.2.3. Vencimiento anticipado de obligaciones que sí cuenten con garantía real

2.4. Actos no susceptibles de rescisión concursal

2.5. Efectos: el artículo 73 de la Ley Concursal

2.6. Breves apuntes sobre la acción rescisoria ordinaria en sede concursal

2.7. Valoración crítica de la regulación de la acción rescisoria en la Ley Concursal

CAPÍTULO IV

LA ACCIÓN RESCISORIA EN LA LEY CONCURSAL

1. La estructura jurídica de la acción rescisoria desde la perspectiva de la teoría general

1.1. El fundamento de la acción rescisoria

El artículo 878.2 C.Com preveía la nulidad en sentido técnico jurídico como sanción de ineficacia de todos aquellos actos realizados desde la declaración de quiebra hasta el momento en que se retrotraían los efectos de la declaración, que era determinado por el juez y que se debía fijar en el momento en que se manifestaba la insolvencia del deudor.

La consideración de la nulidad en sentido técnico a partir del tenor literal de lo dispuesto en el Código de Comercio implicaba que el acto careciese de efectos jurídicos. La nulidad prevista en el Código de Comercio tenía además carácter universal pues alcanzaba a la totalidad de los actos realizados en ese periodo. La nulidad determinaba, a su vez, la devolución de las prestaciones. La calificación como nulidad de la retroacción afectaba de manera trascendental a la seguridad jurídica en la medida en que afectaba a los intereses de los terceros de buena fe que se relacionaban con el quebrado antes de la declaración de la quiebra. También resultaba contraria a los intereses de los propios acreedores concursales, en la medida en que se declaraban ineficaces todos los actos con independencia de que resultaran o no perjudiciales desde la perspectiva de la satisfacción colectiva de los créditos según el principio de igualdad de trato. La doctrina del momento realizó un importante esfuerzo por mitigar el rigor, interpretando el supuesto mencionado en el Código de Comercio como un supuesto de ineficacia relativa, que debía darse tan solo respecto de aquellos actos que hubiesen resultado perjudiciales para la satisfacción colectiva de los acreedores desde el momento en que el deudor era ya insolvente.

Actualmente, la Ley Concursal ha derogado el régimen de la retroacción y califica las acciones como acciones rescisorias. En el Derecho vigente, el sistema de

reintegración concursal ya no tiene carácter universal, sino que se plantea en relación con aquellos supuestos que se tipifican y que pueden ser objeto de rescisión.

El régimen de las acciones rescisorias, en especial, de las acciones rescisorias concursales, plantea ineludiblemente una tensión con el principio de seguridad jurídica. La ineficacia se despliega respecto de actos y contratos anteriores que no tienen vicios constitutivos en su celebración y que son válidos en la relación entre el concursado y la contraparte.

La justificación dogmática de la ineficacia de las acciones rescisorias presenta una especial trascendencia, en atención a la relevancia que presenta la rescisión para el tráfico jurídico. El fundamento de la acción rescisoria permite comprender la configuración y la estructura de esta clase de acciones, la delimitación de los actos objeto de rescisión, los presupuestos y las consecuencias jurídicas.

El régimen de las acciones rescisorias concursales presente en la Ley Concursal parece establecido en consideración de los antecedentes en la regulación del Código de Comercio, a partir de las críticas formuladas por la doctrina y de la evolución jurisprudencial. Se echa en falta una mayor atención a la fundamentación dogmática de estas acciones en la determinación de su régimen[292].

Por otro lado, la regulación de las acciones rescisorias en la Ley Concursal se efectúa desde la perspectiva de los objetivos pretendidos por la regulación concursal, esto es, la satisfacción colectiva de los acreedores. No se han tomado en consideración, al menos, en la redacción originaria de la norma en 2003, las tendencias modernas que favorecen la continuidad de la empresa, pese a que la propia norma manifiesta que también es uno de los objetivos de la Ley. Este objetivo se pretende alcanzar en la medida en que sirva para lograr el de la satisfacción colectiva de los acreedores.

Las carencias y deficiencias que presenta la Ley Concursal tanto desde el punto de vista dogmático como de los objetivos pretendidos tienen una particular incidencia en materia de garantías y, también, en relación con las operaciones de refinanciación para lograr el saneamiento de la empresa y evitar la declaración de concurso. Las reformas

[292] LEÓN SANZ, F.J., «Las acciones rescisorias desde la perspectiva de la teoría general del derecho», en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 18, 2009, pág. 157.

producidas a raíz de la crisis de 2007, en particular las de 2014 y 2015, han tratado de corregir estas deficiencias. Se trata de modificaciones concretas que no cambian la configuración básica de la norma, lo que crea tensiones ineludibles.

Es bien conocida la posición de DE CASTRO quien afirma que el fundamento de la acción rescisoria regulada en el Código Civil se encuentra en el fraude[293]. Como la Ley Concursal no requiere que haya fraude como presupuesto de la rescisión, un sector de la doctrina considera que el fundamento de la acción rescisoria concursal se encuentra en el perjuicio[294]. De esta forma el fundamento específico de la acción rescisoria ordinaria y el de la acción rescisoria concursal en Derecho español sería diferente. La acción rescisoria regulada en el Código Civil sería una acción respecto de actos realizados en *fraude* de acreedores, mientras que en la Ley Concursal se impugnarían los actos que se hubieran hecho en *perjuicio* de los acreedores.

Sin embargo, si la ineficacia de la rescisión concursal en un plano dogmático se vincula por completo al perjuicio, atentaría de una manera significativa a la seguridad jurídica, en la medida en que no se tiene en cuenta al tercero de buena fe. Además, el perjuicio, a diferencia del supuesto de la responsabilidad extracontractual, no es presupuesto para el ejercicio de la acción, en el sentido de que no debe haberse producido un daño y lo que se pretende no es la reparación del daño causado. Mediante el ejercicio de la acción rescisoria se deja sin efecto la operación, pero no se hace necesario que se haya producido un perjuicio, sino que una vez declarado el concurso, se necesita que el acto realizado haya resultado perjudicial para la satisfacción colectiva de los acreedores.

---

[293] CASTRO, F. DE., «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil», en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro. Vol. 1*. 2003, págs. 141-183. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Las relaciones obligatorias*, 4ª Edición, 1993, pág. 739.

[294] MARTÍN REYES, M.A., «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», en *RDCP*, nº 12, 2010, págs. 167-196; De la misma autora, «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV*, Marcial Pons, 2005, págs. 4180 y 4181; SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 89-108; DÍAZ VALES, F., «Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá III*, 2010, págs. 270.

Por el contrario, si únicamente se tuviera en cuenta el elemento del fraude, en la medida en que todo acto con un desequilibrio entre las prestaciones ya es potencialmente fraudulento, se iría muy lejos con esa contextualización. En la medida en que en el tráfico jurídico ordinario las prestaciones se determinan de manera subjetiva, la rescisión trata de analizar esas mismas prestaciones de una manera objetiva. Si se analizase si las contraprestaciones son equivalentes, para que el fundamento recayese en el fraude, esa diferencia entre las prestaciones tendría que ser de tal entidad como para considerar que la contraparte ha actuado de manera fraudulenta. Se reduciría, de esta manera, enormemente el ámbito rescisorio.

Se encuentra, también, un fundamento basado en la protección del crédito surgido como consecuencia de su relación obligacional con el deudor. En este sentido, se entiende que se trata de una relación jurídico-obligacional, de tal forma que se trataría de una medida que permite asegurar el cumplimiento de las obligaciones. El problema de esta tesis es que el contrato permite dirigir la acción frente a la contraparte, pero no frente a un tercero. Sin embargo, no parece ser base suficiente el derecho de crédito del acreedor frente al deudor como para poder exigir a la contraparte del acto que ponga a disposición del acreedor un bien que fue adquirido, en principio, de una manera legítima.

Esta falta de criterio lleva a considerar que el fundamento de la rescisión se encuentra en la responsabilidad patrimonial. De acuerdo con esta teoría, si una persona puede hacer frente a sus obligaciones con su patrimonio, no se hace necesario valorar nada. En cambio, si con el patrimonio del sujeto no se puede hacer frente a todas las obligaciones del deudor, se hace necesario revisar los actos anteriores a la situación en que el pasivo es superior al activo.

Por tanto, la acción rescisoria tiene un fundamento específico que permite revisar aquellos actos que se han producido con anterioridad en aquellos supuestos en los cuales el deudor no puede cumplir, y ello justifica que se revisen para ver en qué supuestos la contraparte ostenta mejor posición que los acreedores actuales. En este sentido, la acción rescisoria se trata de una ineficacia tópica, por lo que se debe ir analizando caso por caso con el fin de preservar la seguridad jurídica.

1.2. La estructura de la acción rescisoria

1.2.1. La estructura de la acción rescisoria ordinaria

Para analizar la estructura de la acción rescisoria ordinaria se hace necesario determinar cuál es el objeto susceptible de rescisión, cuáles son los presupuestos necesarios para su ejercicio y cuáles son los efectos que despliega.

En primer lugar, el objeto susceptible de impugnación mediante la acción rescisoria ordinaria son todos los contratos, pero también los actos, de disposición patrimonial.

Para el ejercicio de la acción ordinaria se hace necesaria en primer lugar la situación de insuficiencia patrimonial del deudor en el momento en que se ejercita la acción. Si el deudor dispone de patrimonio suficiente para hacer frente a sus obligaciones, no podrá ejercerse la acción contra él.

En segundo lugar, se necesita el elemento objetivo del carácter perjudicial del acto. Es decir, será necesario analizar aquellos actos que no tengan una contrapartida económica equivalente. En este caso será necesario distinguir entre las donaciones y los actos a título gratuito y los actos a título oneroso. En el primero de los casos no será necesario ningún análisis posterior. En cambio si se trata de un acto a título oneroso, será necesario analizar si se cumple o no el tercer presupuesto.

El tercer elemento es el elemento subjetivo del fraude. Será necesario analizar si el acto se ha realizado o no en fraude de acreedores. En este sentido, debe atenderse al elemento subjetivo desde la posición del deudor y desde la posición de la contraparte.

Se requiere por parte del deudor que haya actuado de manera dolosa, entendiéndose el dolo, no como intención de defraudar, sino como la realización del acto de manera consciente de causar perjuicio a los acreedores, entendiéndose ese perjuicio cuando el acto no cuente con una contrapartida equivalente.

Por parte de la contraparte, se requiere que tenga conocimiento de la actuación del deudor. En este sentido, no se requiere la colaboración de uno y otro, sino el conocimiento de que el acto produce un perjuicio para los acreedores.

Y, en último lugar, se requiere que el contrato o el acto objeto de rescisión se haya realizado en un plazo determinado con anterioridad al ejercicio de la acción.

A la hora de delimitar la estructura de la acción rescisoria ordinaria, se establecen determinados supuestos de hecho en los que se facilita la aplicación del régimen. De esta forma, junto con la cláusula general -la concurrencia de los presupuestos mencionados- se establecen supuestos específicos que, a su vez, cumplen la función de pequeñas cláusulas generales.

En cuanto a los efectos, ni se enjuicia la validez del acto ni se pone a disposición del deudor el bien para que se lo entregue al acreedor, sino que la contraparte tiene la obligación de poner a disposición del acreedor el bien que hubiera recibido del deudor, con el fin de que pueda cobrar su crédito mediante su realización. En este sentido, si mediante la ineficacia contractual se procede a la restitución recíproca de prestaciones, mediante la ineficacia rescisoria el acreedor tiene derecho a obtener la satisfacción de su crédito a través del bien que ha salido injustificadamente del patrimonio del deudor.

El remanente es, en principio, de la contraparte, salvo que otros acreedores hubieran ejercido también la acción rescisoria en cuyo caso podrá servir también para la satisfacción de estos.

Por último, la sentencia que resuelve sobre la rescisión propiamente no tiene efectos meramente declarativos pero, en sentido estricto, tampoco se puede considerar como una sentencia constitutiva. Es imprescindible la intervención del juez para que se produzca la ineficacia frente a la contraparte, por eso se configura técnicamente como una acción, y, desde esta perspectiva no se puede considerar como una sentencia declarativa como sucede en los casos de nulidad, por ejemplo. Ahora bien, la ineficacia no se constituye en virtud de la sentencia, sino que la sentencia reconoce que, de acuerdo con lo dispuesto normativamente, el acreedor tiene derecho a la obtención de la satisfacción de su crédito con el elemento patrimonial en poder de la contraparte y la contraparte está obligada a soportarlo. El juez no está declarando la ineficacia, esto es, la sentencia de rescisión no implica que se declare sin efecto el acto que se rescinde, ni tampoco constituye el derecho del acreedor a cobrar su crédito mediante la realización del elemento patrimonial adquirido legítimamente por la contraparte, sino que afirma que tiene derecho a hacerlo en aplicación del régimen rescisorio.

1.2.2. La estructura de la acción rescisoria concursal

El ejercicio de la acción rescisoria concursal en el Derecho concursal clásico una vez declarado el concurso, se encontraba justificado en la medida en que el deudor se encontraba en estado de insolvencia y, en consecuencia, no podía cumplir con todos sus acreedores.

Sin embargo, en la medida en que la regulación concursal actual no persigue únicamente la satisfacción colectiva de los acreedores sino, también, la continuidad o el saneamiento de empresas que se encuentran en una situación de crisis, desde el momento en que es posible declarar el concurso sin encontrarse el deudor propiamente en una situación de insolvencia, en ese caso el ejercicio de la acción rescisoria concursal encuentra su justificación en que se produce tras la declaración un sacrificio por parte de unos acreedores mediante, por ejemplo, quitas y esperas. Es decir, bien la situación de insolvencia, bien el sacrificio de los acreedores en caso de declararse el concurso estando el deudor en una situación de insolvencia inminente, justifican que pueda ejercitarse la acción rescisoria concursal.

En la medida en que la finalidad de la acción rescisoria concursal es la satisfacción colectiva de los acreedores, se deriva que el elemento objetivo del carácter perjudicial del acto se da siempre que se produce un desequilibrio objetivo entre las prestaciones pero también cuando no hay una justificación económica, en la medida en que se perjudica a los acreedores concursales por no respetarse el principio de paridad de trato desde la perspectiva de la satisfacción colectiva. Esta última afirmación tiene sentido en todo caso cuando el deudor ya es insolvente en el momento de la realización del acto, pero pueden darse otras circunstancias fácticas que conlleven que actos sin una justificación económica resulten perjudiciales sin ser el deudor aún insolvente. En estos casos pueden ser declaradas ineficaces operaciones que no tengan justificación económica.

Igualmente, debe hacerse referencia al elemento subjetivo del fraude, aunque éste difiera del sentido dado en las acciones rescisorias ordinarias. Por parte del deudor, se requiere que haya actuado de manera dolosa, entendido no como intención de perjudicar

a los acreedores, sino como conocimiento de que el acto resultaba perjudicial desde la perspectiva de la satisfacción colectiva.

Con respecto a la contraparte, debe diferenciarse la apreciación del fraude antes de la situación de insolvencia de cuando el deudor ya es insolvente. Antes de la insolvencia debe ser interpretado como conocimiento de la rescindibilidad, es decir, el conocimiento de que el acto resultaba perjudicial para los acreedores de la insolvencia. En cambio, cuando ya se encuentra el deudor en un estado de insolvencia, el fraude debe ser interpretado como conocimiento de la insolvencia[295].

En lo que se refiere a los efectos de la acción rescisoria concursal es donde se aprecia de una manera más clara las diferencias con el régimen de la acción rescisoria ordinaria. Una vez rescindido el acto, la contraparte o, en su caso, el sucesor jurídico, debe devolver lo que hubiera recibido del deudor. Resurgen, a su vez, los derechos que tuviera la contraparte con el deudor con fundamento en el acto rescindido. En la medida en que el crédito de la contraparte queda sometido al régimen concursal, debe quedar sujeto al mismo trato que los demás acreedores y debería calificarse, en principio, como crédito concursal ordinario. En ocasiones, se reconoce el derecho de la contraparte a recuperar el mismo objeto que entregó al deudor si se mantiene en su patrimonio de manera indistinta. En aquellos casos de enriquecimiento sin causa a favor de la masa, el crédito de la contraparte será calificado como crédito contra la masa.

Una vez establecidos los presupuestos de la acción rescisoria concursal, debe plantearse como delimitar la cláusula general y como se delimitan los supuestos específicos. La cláusula general puede ser configurada, bien como establece el ordenamiento jurídico alemán o el ordenamiento jurídico italiano, donde el fraude es entendido como conocimiento de insolvencia y el carácter perjudicial del acto entendido en un sentido amplio –en sucesivos apartados serán analizados las diferentes concepciones de perjuicio-, o bien como el sistema norteamericano, donde se prevén dos cláusulas generales: una primera para las *preferencees* y una segunda para las *fraudulent transfers.*

[295] LEÓN SANZ, F.J., «Las acciones rescisorias desde la perspectiva… », *op. cit.*, pág. 153.

Ambos sistemas, bien con una cláusula general o con dos, se combinan con supuestos específicos, donde incluimos los supuestos patológicos, como los pagos y las garantías, y los supuestos que hacen posible la continuidad de la empresa. La proximidad a la solicitud de concurso determina que los requisitos que haya que acreditar para la rescindibilidad sean menores. Y viceversa. Cuanto mayor es la distancia de la solicitud será necesario que se acrediten mayores requisitos.

Todo esto conlleva que la conexión entre la acción rescisoria ordinaria y la acción rescisoria concursal no sólo se determine en función del plazo o en función de la exigencia del fraude o del carácter perjudicial del acto – aunque sean diferentes en unas y en otras-, sino que se base en la finalidad perseguida, cuestión que determina el diferente fundamento estructural de cada una de ellas.

2. El sistema de reintegración de la Ley Concursal

2.1. Contraste con el Código de Comercio

La Ley Concursal regula el sistema de reintegración en el Capítulo IV del Título III, el cual lleva por rúbrica «*De los efectos perjudiciales para la masa activa*». La Ley Concursal deroga el régimen de la retroacción establecido en el Código de Comercio. Expresamente se refiere a las acciones de reintegración como acciones rescisorias. Como se verá a continuación, el régimen legal no extrae, sin embargo, todas las consecuencias de lo que implica el carácter rescisorio de estas acciones y de las especialidades de la acción rescisoria concursal. La regulación vigente tiene presente en buena medida lo dispuesto en el Código de Comercio y la influencia de este Código como antecedente de lo dispuesto actualmente es mayor de lo que inicialmente se podría considerar.

El régimen previsto en el Código de Comercio preveía la nulidad de todos aquellos actos realizados desde una fecha determinada. Se trataba, por tanto, de una ineficacia universal. La Ley Concursal ha optado por una ineficacia tópica, en la que se tipifican los actos que pueden ser objeto de rescisión. Se trata de un cambio trascendental en el sistema de reintegración que pretende dar una mayor seguridad

jurídica y confianza a los terceros en las actuaciones de las personas que no se han declarado en concurso[296].

El periodo de retroacción se fijaba en el Código de Comercio a partir de la fecha en que se manifestara el estado de insolvencia del quebrado. Esta medida podía encontrar justificación en que podía presumirse la mala fe de la contraparte por la notoriedad de la insolvencia a partir de ese momento. La determinación de la fecha de la retroacción era una de las cuestiones más polémicas que se suscitaron ante la jurisprudencia. La Ley Concursal elimina esta incertidumbre. Establece un único plazo consistente en los dos años anteriores a la declaración de concurso para el ejercicio de las acciones rescisorias concursales. Al mismo tiempo, no requiere probar que el concursado se encontraba en estado de insolvencia ni tampoco que se hubiera manifestado o fuera notoria la insolvencia como presupuesto para para la impugnación de los actos realizados por el deudor en este periodo de dos años.

En lo que se refiere al elemento objetivo, la Ley Concursal ha exigido que el acto resulte perjudicial para la masa activa. La expresión empleada trata de ser consistente con el carácter rescisorio y pretende delimitar el concepto de perjuicio en la acción rescisoria concursal con el mismo concepto que se emplea en la acción rescisoria ordinaria.

En relación con el elemento subjetivo del fraude, la Ley Concursal establece que no resulta necesario acreditarlo para que se pueda proceder al ejercicio de la acción rescisoria concursal. Se trata de una medida que presenta conexiones con lo dispuesto en el Código de Comercio. En efecto, en materia de retroacción, la ineficacia de los actos realizados en este periodo se justificaba en el hecho de que la insolvencia era manifiesta y notoria desde la fecha de la retroacción y, en consecuencia, no se permitía a la contraparte de los actos del quebrado realizados en esa fase que pudiera demostrar que desconocía el estado de insolvencia.

En materia de efectos, lo dispuesto en el artículo 73 LC se corresponde básicamente con lo establecido en el artículo 1295 CC: "*1. La sentencia que estime la*

[296] MARTÍNEZ MULERO, V., «Función y racionalidad de los sistemas de reintegración concursal», en *RDCP*, nº 11, 2009, pág. 263.

acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses." El crédito de la contraparte se califica como deuda de la masa que debe ser satisfecho simultáneamente con la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido. Se trata de una medida que ya había sido mantenida en relación con lo dispuesto en el Código de Comercio[297]. Esta medida, indudablemente favorable a la contraparte, no se encontraría justificada en aquellos casos donde la contraparte hubiese actuado de mala fe. Es este el motivo por el que el legislador ha previsto que el crédito de la contraparte, en aquellos casos en que concurra mala fe, sea considerado como crédito subordinado.

La Ley Concursal ha establecido una serie de supuestos donde se objetivan los presupuestos y se simplifica la prueba en los artículos 71.2 y 71.3. Lo dispuesto en estos preceptos también encuentra antecedentes en el régimen de las acciones rescisorias especiales del Código de Comercio.

A este respecto, el artículo 71.2 LC se ocupa de los actos a título gratuito y el vencimiento anticipado de obligaciones sin garantía real. El primer supuesto encuentra su paralelismo en el artículo 880 C.Com, donde se presumían fraudulentos sin admitir prueba en contrario, esto es, resultaba irrelevante que hubiera habido o no fraude, y, aun sin mencionarse expresamente, porque va de suyo, también se presumía *iuris et de iure* el perjuicio, una serie de actos que habían sido realizados a título gratuito en los treinta días anteriores a la declaración de quiebra. La rescisión se justificaba en la medida en que el acto había sido realizado en un periodo inmediatamente anterior a la declaración.

El segundo de los supuestos –el vencimiento anticipado de obligaciones sin garantía real- encuentra su paralelismo en el artículo 879 C.Com, que preveía que «*Las cantidades que el quebrado hubiere satisfecho en dinero, efectos o valores de crédito en los quince días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuere posterior a ésta, se devolverán a la masa por quienes las percibieron.*

[297] En este sentido, por ejemplo, ROJO. En ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit*., pág. 78.

El descuento de sus propios efectos, hecho por el comerciante dentro del mismo plazo, se considerará como pago anticipado».

La presunción consistente en los actos realizados con personas especialmente relacionadas no tiene antecedentes en el Código de Comercio, ni tampoco el vencimiento anticipado de obligaciones que sí cuenten con garantía real. Por el contrario, la presunción prevista para las garantías no contextuales –artículo 71.3.2º LC - encuentra su antecedente inmediato en el artículo 880.4 C.Com, como observa SANCHO GARGALLO[298]. Este precepto establecía que «*Se reputarán fraudulentos y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes a su quiebra, si pertenecen a alguna de las clases siguientes: 4.ª Hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior que no tuvieren esta calidad, o por préstamos de dinero o mercaderías cuya entrega no se verificase de presente al tiempo de otorgarse la obligación ante el Notario y testigos que intervinieran en ella*».

En la medida en que el elemento subjetivo del fraude y el elemento objetivo del perjuicio se presumían sin admitir prueba en contrario, las garantías que serían rescindidas si se constituían en los treinta días precedentes a la declaración de quiebra, eran aquellas otorgadas a título gratuito. Si ambos elementos se presumían *iuris et de iure* no podían quedar subsumidas, de acuerdo con esta interpretación, las garantías constituidas a título oneroso, que son las contempladas en el artículo 71.3.2º LC.

En realidad la Ley Concursal toma como referencia la interpretación del Código de Comercio, en virtud de la cual la contraparte del acto podía probar que la constitución de la garantía no resultaba perjudicial para la satisfacción colectiva de los acreedores. De esta forma, lo dispuesto en la Ley Concursal, al tipificar una presunción que admite prueba en contrario, habría tenido en cuenta las incertidumbres planteadas en relación con este supuesto en el Código de Comercio.

Otra de las cuestiones discutidas durante la vigencia del Código de Comercio hacía referencia al ejercicio de la acción rescisoria ordinaria una vez declarada la quiebra. La Ley Concursal se ocupa de este tema para permitir su ejercicio en sede

[298] SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión…, op. cit.*, pág. 154.

concursal. Establece normas especiales en materia de legitimación y de procedimiento cuando la acción rescisoria ordinaria se ejercita una vez declarado el concurso. En todo lo demás, en lo relativo a los presupuestos y a los efectos, resulta de aplicación el régimen general del Código Civil. La aplicación de lo dispuesto en este Código a las acciones rescisorias ordinarias cuando se ejercitan en sede concursal plantea inevitables incertidumbres que generan inseguridad jurídica.

La coordinación entre las acciones rescisorias ordinarias y las acciones rescisorias concursales básicamente gravita en el plazo de dos años que se fija para las acciones rescisorias concursales. Transcurrido este plazo, la única forma de impugnar los actos del concursado es a través de las acciones rescisorias ordinarias.

2.2. La cláusula general: el artículo 71.1 de la Ley Concursal

La Ley Concursal ha delimitado en el artículo 71.1 la cláusula general, estableciendo los diferentes presupuestos que se necesitan acreditar para la rescisión de un determinado acto.

La acción rescisoria concursal se sustenta fundamentalmente sobre los requisitos de la declaración de concurso, del plazo y de la consideración del acto como perjudicial. No se requiere que haya habido intención fraudulenta del concursado y no se hace referencia alguna al estado de insolvencia en el momento de realizar el acto.

2.2.1. La declaración de concurso

Tal y como dispone el artículo 71.1 LC, el primer requisito para que se pueda ejercitar la acción rescisoria concursal respecto de un determinado acto es que el deudor haya sido declarado en concurso. El momento determinante que habilita para el ejercicio de la acción es el del auto de declaración de concurso, siendo indiferente la fecha en que se haya solicitado.

Igualmente, pese a que el deudor se encuentre en estado de insolvencia, cumpla con alguno de los requisitos del artículo 2.4 LC, haya comunicado que se encuentra en

una situación de insolvencia a los efectos de lo dispuesto en la Ley Concursal, se encuentren en negociaciones de un acuerdo de refinanciación o haya solicitado la homologación judicial de un acuerdo alcanzado, hasta que no se dicte auto de declaración de concurso, no podrá ejercerse la acción rescisoria concursal. Mientras no se declare formalmente el concurso, es posible ejercitar la acción rescisoria ordinaria ante el juez civil competente, siempre que se den los presupuestos establecidos al respecto. La paralización de acciones ejecutivas prevista en relación con los acuerdos de refinanciación no alcanza el ejercicio de las acciones rescisorias ordinarias.

2.2.2. El plazo: los dos años anteriores a la declaración de concurso

Junto al presupuesto de la declaración de concurso, otro elemento necesario para que un determinado acto pueda ser rescindido es que se haya realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

El cómputo del plazo comienza desde la fecha en que se dicta el auto de declaración de concurso y no desde la fecha en que se produce la solicitud[299]. En este sentido, se ha señalado que «*es indiferente la fecha de solicitud; es indiferente la mayor o menor duración del proceso de declaración; es indiferente que, dentro de los tres meses anteriores a la declaración judicial de concurso cualquier legitimado haya*

[299] En este sentido, la STS 756/2013, de 11 de diciembre, donde declara que «*Como acertadamente señala el recurrente no cabe acudir a la LEC como norma supletoria cuando la Ley Concursal hace referencia expresa del momento en que deben entenderse y extenderse los efectos del concurso, que no es otro que el previsto en el art. 21.2, cuando establece: "el auto (de declaración de concurso) producirá sus efectos inmediatos, abrirá la fase común de tramitación del concurso que comprenderá las actuaciones previstas, en los cuatro primeros títulos de esta Ley, y será ejecutivo aunque no sea firme"*». En la doctrina, CRESPO ALLÚE, F., «Comentario Artículo 71», en SÁNCHEZ-CALERO, J., / GUILARTE GUTIÉRREZ, V., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, III*, 2004, pág. 1372.

solicitado esa declaración. La única fecha relevante es la del auto de declaración, cualquiera que sea la fecha en que haya alcanzado firmeza»[300].

No deja de resultar paradójico que la fecha se determine a partir de la declaración de concurso, en lugar fijarse a partir de la solicitud o de la comunicación de la situación de insolvencia prevista en el artículo 5 bis LC, esto es, a partir del momento en el que el propio deudor ha manifestado que se encuentra en situación de insolvencia.

2.2.3. La irrelevancia del estado de insolvencia del deudor

Como se desprende de la propia regulación de la Ley Concursal, donde tan solo se ha establecido como presupuesto que el acto se haya realizado en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, se ha prescindido de la situación de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto[301]. Igualmente, resulta

[300] LEÓN SANZ, F.J., «Artículo 71», en ROJO, Á., / BELTRÁN, E., (Dirs)., *Comentario de la Ley Concursal,* Thomson Civitas, 2004, pág. 1306. En opinión de GARCÍA-CRUCES, «*hubiera sido más acertado considerar como tal fecha la del nombramiento de los administradores concursales, pues ellos son los legitimados para el ejercicio de la acción*». En GARCÍA-CRUCES, J.A., «Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de perjuicio», en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), *La reintegración en el concurso de acreedores,* Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, pág. 48.

Algunos autores han optado por entender que el plazo comienza desde la fecha de la solicitud de declaración de concurso puesto que se evitaría que el deudor que va a ser declarado en concurso alargase lo máximo posible la fecha de la declaración, con el único fin de dejar fuera del plazo de dos años actos que serían rescindibles mediante la acción de reintegración concursal. Entre otros, ESPIGARES, J.C., *La acción rescisoria concursal,* Civitas, 2011.

[301] Igualmente, señala nuestra jurisprudencia que no es necesario que «*entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal».* Así en la STS de 26 de octubre de 2016. SÁNCHEZ-CALERO, J., «Rescisión concursal (I): sobre el perjuicio en la constitución de hipoteca y en la cesión de créditos», en *El blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte*, 29 de noviembre de 2016 (*http://jsanchezcalero.com/rescision-concursal-i-sobre-el-perjuicio-en-la-constitucion-de-hipoteca-y-en-la-cesion-de-creditos/*).

irrelevante que el deudor realice el acto siendo solvente en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso[302].

En consecuencia, todo acto realizado por el deudor con carácter previo al plazo de dos años no podrá ser rescindido mediante la acción rescisoria concursal, con independencia de que el deudor ya se encontrara en situación de insolvencia. En este sentido, puede destacarse la regulación propia del artículo 5 *bis* LC donde, habiendo el deudor comunicado al juzgado que se encuentra en negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o una propuesta anticipada de convenio, si se declara el concurso finalmente transcurridos más de dos años desde la citada comunicación, no podrán rescindirse los actos realizados en aquel momento, pese a que el deudor ya hubiera manifestado su situación de insolvencia.

Dentro del plazo de dos años que fija la Ley Concursal, el hecho de que el deudor se encuentre o no en estado de insolvencia en el momento de realizar el acto resulta irrelevante. En un plano de fondo, y así sucede en la experiencia comparada, el rigor de los requisitos que son necesarios para la rescisión de un determinado acto, tanto en la apreciación del perjuicio como en la apreciación del fraude, debería ser mayor en los casos en los que el concursado ya fuera insolvente y, sobre todo, cuando la insolvencia ya se hubiera manifestado en el momento en el que tuviera lugar el acto que cuando el concursado realizara el acto siendo solvente.

[302] Como dice MASSAGUER, «*la rescisión concursal no depende de la situación de insolvencia, ni de su efectiva producción ni de su inminencia o proximidad, ni aun de la verificación de los hechos del concurso, esto es, de los sucesos que permiten promover y declarar un concurso necesario*». En MASSAGUER, J., «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV,* Marcial Pons, 2005, pág. 4220. En este mismo sentido, LEÓN SANZ, F.J., «Artículo 71», *op. cit.*, pág. 1306: «*Como presupuesto para el ejercicio de las acciones rescisorias, la Ley no atiende a la circunstancia de que el deudor se encontrara en una situación de insolvencia real o inminente en el momento de realizar el acto. Lo relevante es que el acto se hubiera efectuado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. El hecho de que el deudor fuera solvente cuando realizó el acto es indiferente*».

2.2.4. Los actos sujetos a rescisión

El término *actos* debe ser interpretado de una manera amplia desde la perspectiva de los fines del concurso. De esta forma, no sólo son susceptibles de rescisión los contratos. Se pueden impugnar también, por ejemplo, los actos unilaterales del deudor – de hecho, alguno de los supuestos tipificados son la rescisión de pagos - e, incluso, y en determinados supuestos, las omisiones[303]. La Ley Concursal no se pronuncia en cuanto a la validez y eficacia del acto. En este sentido, y en atención a los fines de la norma, pueden ser objeto de rescisión también aquellos que presenten un vicio de nulidad o de anulabilidad.

Parece fuera de toda duda que los actos sujetos a rescisión son aquellos actos que impliquen un acto de disposición patrimonial. En consecuencia, no pueden ser impugnados los actos que afectan a la esfera de la personalidad del concursado como la celebración de un matrimonio.

2.2.4.1. El objeto de la rescisión: la rescisión aislada de la garantía o la rescisión conjunta de crédito y garantía

El alcance de la ineficacia cuando el acto objeto de rescisión es una garantía ha resultado ser un tema controvertido entre la doctrina y la jurisprudencia española. Al igual que han sido objeto de discusión los criterios para determinar cuándo una garantía es onerosa o gratuita, se ha discutido si la rescisión debe alcanzar de manera autónoma a la garantía, dejando intacto el negocio jurídico principal o si, por el contrario, sólo procederá la rescisión en su conjunto y, por tanto, la rescisión de la garantía debe abarcar también al negocio principal.

El supuesto en que el objeto de impugnación es el crédito garantizado parece no plantear problema. Así, si el objeto de impugnación es el crédito, es decir, lo que

[303] PUY FERNÁNDEZ, G., *Tesis Doctoral «Las garantías financieras en el concurso»*, Universidad de Huelva, 2015, pág. 274. Un análisis sobre la posibilidad o no de rescindir las omisiones se encuentra en el trabajo de NIETO DELGADO, C., «La rescisión de los actos sustantivos del deudor», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 91-101.

pretende ser rescindido por la administración concursal es el crédito por ser éste un acto perjudicial y haberse realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, «*la garantía se extingue por accesoriedad, no por consecuencia de la rescisión concursal*»[304]. Por ello, debido a la rescisión del crédito, no puede haber dudas en que la garantía también quedará rescindida en virtud del carácter accesorio de ésta. En este caso, al ser rescindido el préstamo, el crédito se restituye al acreedor con la calificación de crédito contra masa o, de apreciarse mala fe en la contraparte, como crédito subordinado.

En cambio, resulta más complejo determinar el alcance de la ineficacia cuando tan solo se impugna el derecho de garantía. No parece haber dudas en aquellos casos de garantías no contextuales. En el caso de garantías otorgadas para asegurar deudas preexistentes –desde un punto de vista lógico-funcional, no desde un punto de vista cronológico-, bien del propio deudor concursado, bien para asegurar una deuda de un tercero, parece claro que la rescisión debe afectar sólo al negocio constitutivo de la garantía. Así lo ha manifestado la STS 100/2014, de 30 de abril, quien, si bien no se ocupa de un caso de garantías por deudas preexistentes, sino de garantías contextuales por deuda ajena, sí declara que en aquellos casos donde la garantía se otorga por una deuda preexistente, el crédito debe mantenerse y debe rescindirse únicamente la garantía.

En cambio, el supuesto que parece plantear más dudas es aquel en que se pretende la rescisión de garantías contextuales, bien sea sobre deudas propias o bien sobre deudas ajenas. Cuando se pretende la rescisión de una garantía contextual que ha sido otorgada en aseguramiento de deuda ajena, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han considerado que la ineficacia debe alcanzar tan solo a la garantía, dejando intacto el crédito del que trae causa. Entre los motivos esgrimidos, destaca aquel que considera que el único acto que puede ser objeto de rescisión debe haberse llevado a cabo obligatoriamente por el concursado, cosa que no sucede con el crédito, que ha sido concertado entre personas diferentes al garante concursado. Manifiestan que, al igual que el juez del concurso no tiene competencia para rescindir un contrato en el que no

[304] CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Thomson Reuters, 3ª Edición, 2009, págs. 432 y 433.

interviene el concursado, la administración concursal no tiene competencia para impugnarlo.

Junto a este argumento, se ha esgrimido aquel que considera que el único acto que puede resultar perjudicial en el caso de garantías no contextuales por deuda ajena es el negocio constitutivo de garantía, y no el negocio principal en el que no interviene el concursado[305]. Esta tesis ha sido mantenida por la mayor parte de las Audiencias Provinciales. Entre las sentencias más destacadas pueden citarse la SAP de Asturias 130/2012, de 14 de marzo, donde se rescinde de manera autónoma una garantía contextual por deuda ajena. En ella, el tribunal alega los mismos argumentos descritos anteriormente. En un primer momento, destaca que el «*ámbito de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso viene limitado, entre otros supuestos, a las acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado*».

En segundo lugar, pone de relieve como la administración concursal no puede impugnar un acto en el que no interviene el concursado, de tal manera que no «*cabe admitir que la legitimación activa que el art. 72.1 LC confiere a la administración concursal para el ejercicio de la acción de reintegración pueda permitirle válidamente atacar un acto celebrado entre extraños y respecto del cual el concursado es un tercero*».

En tercer lugar, la consideración del acto como perjudicial, el cual no puede tener lugar en un acto que es ajeno al concursado. Manifiesta que «*nada de ello resulta sin embargo predicable del negocio jurídico afianzado, pues de otra manera estaríamos aplicando un mecanismo específicamente previsto para la situación concursal a un negocio jurídico ajeno a dichos intereses patrimoniales, viéndose comprometida su eficacia por un motivo que aparece legalmente diseñado para una finalidad distinta, cual es el acrecimiento de la masa del concurso*».

[305] PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «El perjuicio patrimonial y la posibilidad de rescisión independiente de las garantías en el concurso», en *https://elderecho.com/el-perjuicio-patrimonial-y-la-posibilidad-de-rescision-independiente-de-las-garantias-en-el-concurso*.

En último lugar, alega que si bien es cierto que existe un nexo causal de interdependencia que no puede ignorarse entre la garantía y el crédito garantizado, no puede fundarse en él la ineficacia conjunta de ambos.

De la misma forma, la STS 100/2014, de 30 de abril, rescinde la garantía de manera autónoma, dejando incólume el negocio principal, cuando ha sido constituida para garantizar una deuda de un tercero[306]. El Tribunal Supremo parece basar su decisión en que un negocio jurídico celebrado por personas diferentes al concursado, no puede ser considerado como un acto perjudicial[307].

Por el contrario, el sector minoritario de la doctrina[308] y algunas sentencias de los Juzgados de lo Mercantil se han decantado por entender que la rescisión debe afectar a la entera operación, esto es, deberían rescindirse tanto el negocio jurídico principal como la garantía.

Entre las sentencias que se han hecho eco de esta cuestión y manteniendo la postura de la rescisión conjunta de crédito y garantía, pueden citarse la SJM nº 2 de Barcelona de 1 de febrero de 2012 y la SJM de Oviedo de 18 de febrero de 2010. Entre otros argumentos para la defensa de la rescisión conjunta, alegan que el acreedor, en el

[306] La sentencia expone de manera literal que «*el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía*».

[307] Dispone la sentencia de manera literal que «*El préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es declarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante*».

En cambio, el voto particular de SASTRE PAPIOL dispone lo contrario, de tal manera que, en su opinión, debería rescindirse crédito y garantía sobre la base de que la rescisión autónoma de esta última supondría una lesión de los elementos esenciales del negocio y del consentimiento prestado en la celebración del negocio.

[308] Entre otros, CARRASCO PERERA, Á., «¿Se puede rescindir una hipoteca que garantizaba un crédito simultáneo y dejar al acreedor ordinario de aquel crédito? Una crítica a la STS 30 abril 2014», en *http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/se-puede-rescindir-una-hipoteca-que-garantizaba-un-credito-simultaneo-y-dejar-al-acreedor-hipotecario-como-acreedor-ordinario-de-aquel-credito-una-critica-a-la-sts-30-abril-2014.pdf.* párrafo 4.

momento de la concesión del crédito, lo concedió en la medida en que se garantizaba y que seguramente no tendrá interés en que subsista sin el refuerzo de la garantía.

Igualmente, alegan que si se solicita la rescisión sólo de la garantía y no puede rescindirse ésta sin el crédito –el cual no ha sido impugnado-, la sentencia debe ser desestimatoria. Y, en último lugar, tal y como dispone la SJM de Barcelona anteriormente citada, «*El efecto que se pretende con la demanda -la cancelación de la garantía, subsistiendo el crédito- produciría una situación de hecho inédita, que nunca se habría dado y que nunca habría consentido la entidad de crédito*».

De igual manera se manifiesta CARRASCO. En su opinión, «*por injusta y por contraria a los principios restitutorios de Derecho común*», debe descartarse la teoría que permite la rescisión aislada de las garantías, dejando intacto el negocio principal –criticando la adopción de esta postura por el Tribunal Supremo en la última sentencia citada-. Si se acepta –continúa- que el juez del concurso no tiene competencia para declarar ineficaz un negocio en el que no interviene el concursado, la consecuencia no debería ser rescindir de manera aislada la garantía, sino abstenerse de revocar[309].

Lo explicado hasta ahora en relación al alcance de la ineficacia en la rescisión de garantías contextuales por deuda ajena, parece que podría extenderse respecto de las garantías contextuales por deuda propia. Los partidarios de entender que la rescisión debe afectar de manera conjunta a crédito y garantía parecen cobrar mayor peso por cuanto el crédito ya no es un negocio ajeno al concursado[310]. Sin embargo, los partidarios de entender que la rescisión debe afectar solamente a la garantía alegan las

[309] En CARRASCO PERERA, Á., / CORDERO, E., / MARÍN, M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo II*, Aranzadi, 3ª Edición, 2014, págs. 687-688. Manifiesta, además, que si fuera posible mantener separados crédito y garantía a la hora de decidir sobre los efectos de la rescisión, también sería posible decidir sobre el carácter perjudicial de manera aislada, es decir, analizar si se trató de un acto perjudicial la constitución de una garantía sin tener, en modo alguno, en cuenta el préstamo. En consecuencia, si se analizase de manera aislada, toda garantía sería perjudicial. Lo manifiesta como un argumento *ad absurdum.* También en CARRASCO PERERA, Á., «¿Se puede rescindir una hipoteca…», *op. cit.* párrafo 19.

[310] En este sentido se manifiesta la SAP de Lérida, sección 2ª, 523/2014, de 5 de diciembre, quien rescinde préstamo y garantía de manera conjunta en un supuesto de otorgamiento de garantía por una deuda propia.

mismas razones que las descritas anteriormente –salvo aquella en la que el juez del concurso no es competente para rescindir un negocio en el que no interviene el deudor concursado-.

Ambas teorías aceptan esa interdependencia causal entre negocio principal y garantía otorgada, de tal manera que el acreedor no hubiese concedido el crédito sin el refuerzo de la garantía. Sin embargo, la doctrina que es partidaria de la rescisión aislada, considera que ese nexo no es suficiente para que la rescisión de la garantía vincule también al préstamo. Y viceversa. La tesis contraria encuentra en ese nexo de interdependencia la justificación para que la rescisión afecte tanto a la garantía como al crédito.

Consecuentemente, la rescisión conjunta de garantía y negocio jurídico principal sólo sería posible si se admitiera que ambos negocios son inescindibles. Un sector doctrinal[311] ha manifestado en relación al «*crédito hipotecario*» que una vez otorgada la garantía, se crea una suerte de negocio complejo y unitario, que difiere en cuanto a su naturaleza al del crédito común. Conforme a este pensamiento, parecería que ese nuevo negocio –crédito hipotecario-, formado de manera conjunta por crédito y garantía, es inescindible y, en consecuencia, en caso de rescisión, la misma debe afectar al contrato en su conjunto. De esta forma, los argumentos dados anteriormente a favor de la tesis de rescisión autónoma de la garantía parecen carecer de sustento, en cuanto se estaría hablando de un único negocio.

Esta teoría parece que podría carecer de justificación, pues nuestro ordenamiento jurídico identifica a las garantías a través del principio de accesoriedad, que conlleva que éstas estén subordinadas al crédito, siguiendo las vicisitudes de éste.

En consecuencia, son dos contratos independientes vinculados causalmente y, por tanto, sólo deberá ser rescindido aquel negocio que resulte perjudicial. En las garantías otorgadas para asegurar una deuda ajena, donde la restitución corre a cargo de un tercero, parece claro que el único negocio que puede ser perjudicial es la garantía.

[311] En este sentido, LAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado», en NIETO CAROL, U., / MUÑOZ CERVERA, M., (coord.) *Tratado de garantías en la contratación mercantil. Tomo. 2*, 1996, pág.

En las garantías por deuda propia, donde el concursado también interviene en el negocio principal, éste también puede constituir un acto perjudicial.

2.2.5. La consideración del acto como perjudicial

Dispone el artículo 71.1 LC, que «*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa (…)*». El ejercicio de la acción rescisoria tiene como presupuesto objetivo que el acto haya resultado perjudicial.

No es necesario, en primer lugar, nexo de causalidad entre acto y situación de insuficiencia patrimonial sino que, una vez declarado éste, se extraiga la consecuencia de que el acto resultó perjudicial.

En este sentido, algunos autores[312] han querido identificar el tenor literal de «*perjuicio para la masa activa*» con el de *desequilibrio objetivo*. Para este sector doctrinal, la atención debe centrarse únicamente en el activo, de tal forma que si lo que sale de la masa activa se corresponde con lo que se reduce la masa pasiva por la salida patrimonial, el acto no resultará perjudicial.

Sin embargo, la delimitación del concepto de perjuicio debe tener en cuenta la finalidad del sistema de reintegración concursal, que no es otra que la de la propia ordenación concursal, esto es, la protección del conjunto de los acreedores en la satisfacción de sus créditos. En este sentido, también puede producirse un perjuicio aun cuando exista equivalencia entre contraprestaciones, bastando con que se produzca una reducción del patrimonio del deudor. Mediante una salida de un elemento del activo, en función de la reducción que se produzca en el pasivo, puede resultar que el acto sea

[312] Entre otros, BELTRÁN, E., «Las operaciones del concurso de acreedores: la masa activa y la masa pasiva», en URÍA, R., / MENÉNDEZ, A., (Dirs) *Curso de Derecho Mercantil.* Volumen II. Thomson Civitas, 2006, pág. 1024: «*La ley no define el perjuicio, si bien la letra del artículo 71 (que se refiere reiteradamente al perjuicio patrimonial) y la propia rúbrica del Capítulo IV del Título III ("efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa") inducen a seguir una interpretación estricta en el sentido de que sólo podrá considerarse que existe perjuicio cuando el acto produzca una reducción del patrimonio del concursado, que construye la garantía de los acreedores, sin que haya de valorarse, por el contrario, los efectos que el acto pueda producir en la ordenación de la masa pasiva*».

perjudicial –por ejemplo, en función de la cuantía en que se reduzca el pasivo, los acreedores que permanezcan en el concurso sufrirán una quita en mayor o menor medida-. En consecuencia, no sólo aquellos actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración que no tengan una contrapartida equivalente resultarán perjudiciales sino, también, cumpliendo el deudor con aquello que debe, en la medida en que no puede cumplir con todos, aquel que cobra el importe total de su crédito deberá soportar en la misma medida que el resto la situación de insolvencia, actual o inminente, del deudor, siempre que se cumplan, naturalmente, con los demás elementos que determinan la rescisión.

Además, si se realiza una interpretación literal sistemática del artículo 71 LC, existen supuestos tasados –tales como los pagos y las garantías- que se alejan en gran medida de la correspondencia entre *perjuicio para la masa activa* entendido como desequilibrio objetivo.

Por ello, parece justificado un concepto más amplio de perjuicio según la orientación general del Derecho de quiebras conforme a la experiencia histórico-comparada, pero, a su vez, acotándolo o tratando de delimitarlo. En este sentido, algunos autores han querido entender que un acto resulta perjudicial cuando se vulnera el principio de la *par conditio creditorum*[313]. Sin embargo, de un principio no puede extraerse una consecuencia jurídica. Si bien es cierto que la *par conditio* es un principio que informa la apreciación del perjuicio al igual que el resto del procedimiento concursal, la vulneración de éste no puede amparar, sin más, el carácter perjudicial del acto[314].

[313] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal", en *ADCon*, nº 10, 2007, págs. 82-84; HERRADOR MUÑOZ, A., «Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal», en *RDCP*, nº 3, 2005, pág. 172; PULGAR EZQUERRA, J., «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de «escudos protectores» y el fraude del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», en *Diario La Ley*, nº 6963, 2008, pág. 3.

[314] LEÓN SANZ, F.J., «Artículo 71», *op. cit.*, págs. 1307-1308; Del mismo autor, «El sistema de reintegración concursal», en *Revista del Poder Judicial, Nº Extra XVIII*, 2004, págs. 260-262.

Igualmente, algunos autores han querido identificar en determinados supuestos –como es la constitución de garantías reales para asegurar obligaciones preexistentes- el perjuicio para la masa con una alteración injustificada en la prelación de acreedores. Sin embargo, el perjuicio sobre los acreedores no se produce porque unos cobren con preferencia al resto, sino porque un bien que se integraría en la masa activa para la satisfacción de todos, pasa a estar afecto a la satisfacción de un determinado crédito.

Por tanto, el concepto amplio de perjuicio no puede equipararse, ni a la alteración en la prelación de acreedores, ni a la mera vulneración de la *par conditio*. El concepto de perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que se ha de determinar en función de los fines del concurso, de la finalidad de la norma y en atención al caso concreto.

Todo esto ha llevado al Tribunal Supremo a delimitar el concepto de perjuicio, estableciendo que el acto resultará perjudicial cuando se produzca un *sacrificio patrimonial injustificado*, que amplía el concepto estricto de desequilibrio objetivo[315].

La primera sentencia que hizo mención a este término fue la STS 622/2010, de 27 de octubre, donde se manifiesta que «*Es evidente que la venta se hizo por un precio notablemente inferior al del mercado lo que produjo una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora constituyendo un sacrificio patrimonial injustificado. Las circunstancias concurrentes no solo no justifican la venta, sino que incluso explican el por qué se realizó una operación que era perjudicial para la vendedora y sus acreedores, y muy beneficioso para la sociedad compradora*».

Sin embargo, fue la STS de 629/2012, de 26 de octubre, la primera que pareció definir realmente qué debe entenderse por *sacrificio patrimonial injustificado.* Manifiesta que el perjuicio debe apreciarse por referencia a los acreedores del concurso –masa pasiva-, en la medida en que el acto dificulte o incluso impida la satisfacción colectiva de estos. Nos explica el Tribunal Supremo como, si bien es cierto que

[315] SANJUÁN, E., «El perjuicio para la masa activa», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 145 y 146.

perjuicio no debe equipararse a la vulneración de la paridad de trato entre los acreedores, sí debe informar la apreciación de la existencia o no de perjuicio[316].

A su vez, el Tribunal Supremo ha distinguido, tan solo en determinados casos, la rescindibilidad o no de una operación en función de que el deudor fuera ya insolvente en el momento de realizarla, integrando el estado de insolvencia en el concepto de perjuicio. Sin embargo, parece que esta posición difiere con el contenido de la Ley Concursal, la cual no atiende a la situación de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto. La apreciación de la situación de insolvencia del deudor por el Tribunal Supremo se ha hecho en el caso de la rescisión de los pagos vencidos y exigibles. Sin embargo, para la aplicación de esta regla parece necesario que se hubiera establecido este requisito en la propia Ley Concursal como se hace en la experiencia comparada. En realidad, no se exige como presupuesto de la acción rescisoria que se acredite la insolvencia del deudor, sino que es un requisito que de manera autónoma ha considerado el Tribunal Supremo para la determinación del carácter perjudicial o no de los pagos, si bien no parece haberlo extendido para el resto de actos unilaterales, o para los pagos en especie, etc. Se estaría exigiendo o estableciendo un presupuesto adicional -la insolvencia del deudor en el momento de realizar el pago- que no viene recogido en la Ley Concursal.

Tradicionalmente, se ha considerado que cuando el deudor ya era insolvente, determinadas actuaciones resultaban perjudiciales, pues si seguía actuando lo hacía en perjuicio de los acreedores, puesto que era la masa pasiva la que estaría financiando -se podría decir- la continuidad del negocio, aumentando de esta forma el sacrificio que recaería sobre ellos una vez declarado el concurso. Por ello, se establecía que una vez

[316] La citada sentencia manifiesta literalmente que «*El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par conditio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles*».

declarado éste, el perjuicio no únicamente se producía cuando se daba un desequilibrio objetivo, sino también cuando se daba una situación injustificada desde un punto de vista económico desde la perspectiva de la insolvencia.

Si bien es cierto que el Tribunal Supremo, mediante el establecimiento de reglas como la mencionada para los pagos vencidos, trata de crear cierta seguridad jurídica acotando de la mejor manera posible el concepto de perjuicio, que desborda al concepto de desequilibrio objetivo, crea a su vez cierta inseguridad con el establecimiento de un requisito para la apreciación del perjuicio que no viene contemplado en la propia norma.

El concepto de perjuicio, conforme al régimen rescisorio, queda acotado en la medida en que va en conexión con el resto de presupuestos. Se observa como al exigirse tan solo el carácter perjudicial del acto –entendido como *sacrificio patrimonial injustificado*-, sin necesidad de ningún otro requisito adicional de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Concursal –fraude, situación de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto-, unido todo ello a un periodo tan amplio como son dos años antes a la declaración de concurso, se genera una falta de seguridad jurídica.

En la apreciación de si una garantía tiene carácter perjudicial, se puede considerar como un indicio en función del caso el hecho de que se haya constituido un tipo de garantía que no se adecue a la financiación otorgada y que no sea la que se constituye ordinariamente en el tráfico en relación al negocio al cual es accesoria. A este respecto, parece que es un indicio de que es perjudicial la garantía el hecho de que no exista una correspondencia entre el tipo de financiación y el tipo de garantía.

Si, por ejemplo, ordinariamente una póliza de crédito en condiciones normales de mercado no cuenta con una garantía hipotecaria, el hecho de que exista una garantía de este tipo sobre el contrato citado, puede ser un indicio de que la misma resulta perjudicial. Otro ejemplo que podría citarse es el de una operación de p*roject finance*, en la que lo normal en la práctica es que lleve asociada una prenda sobre los créditos futuros, fundamentalmente los flujos de efectivo de la empresa. La constitución de una garantía de este tipo en relación con un *Project finance* sería, en cambio, un indicio de que no tiene carácter perjudicial.

A este respecto, también habría que diferenciar entre aquellas garantías que se entregan en conexión con una financiación y aquellas garantías que son auxiliares a un

contrato, como podría ser un contrato de obra o un contrato de suministro. En estos casos, el hecho de que el tipo de garantía sea otorgada en las condiciones normales de esa clase de contratos constituye un indicio de que no resulta perjudicial. Por otro lado, en principio, en la medida en que no tengan carácter autónomo, parece que no cabría la rescisión independiente de las mismas, sino que el enjuiciamiento desde un punto de vista rescisorio debería hacerse respecto del contrato en su conjunto. Los actos de constitución y de ejecución de las garantías pactadas en el contrato de obra, de suministro, etc,, en principio, no podrían ser rescindidos de forma separada respecto del contrato, salvo que por circunstancias excepcionales se deba proceder a la rescisión de esta clase de actos de disposición, como podría ser el supuesto de un ejercicio abusivo, injustificado y desproporcionado.

Debe hacerse referencia también a aquel supuesto en el que lo que se entrega en garantía es la totalidad de la empresa. Se hace preciso analizar la justificación económica de una operación en la que la empresa se pone al servicio de la deuda, y si se encuentra justificado que se hayan utilizado las distintas fuentes de crédito para la obtención de la financiación, así como también resultará necesario analizar la finalidad de la operación: si se trata de una refinanciación, de un saneamiento, de una compraventa apalancada, etc.

Ordinariamente, cuando el objeto de la garantía es la totalidad de la empresa, se entrega un conjunto de garantías heterogéneas de diferente naturaleza que previamente se han pactado entre las partes como parte del contrato de financiación. En principio, el análisis acerca de la rescindibilidad debe hacerse sobre la totalidad de la operación, y si las garantías que se han otorgado son las que ordinariamente se constituyen para ese tipo de operaciones. A este respecto, la rescisión debería afectar a todas las garantías en su conjunto, y no a las diferentes garantías de manera aislada.

En el caso de que la operación se lleve a cabo con una finalidad de refinanciación o de saneamiento, la operación presenta paralelismos con los supuestos de los acuerdos de refinanciación. En este sentido, la aplicación de medidas equivalentes desde un punto de vista material a los efectos de asegurar que la refinanciación y las garantías otorgadas se han hecho de manera adecuada y no resulta perjudicial a las establecidas en el régimen de los acuerdos de refinanciación puede justificar que la operación no pueda ser rescindida.

Por otro lado, en las compraventas apalancadas en las que se haya respetado formalmente el régimen de la asistencia financiera, las garantías otorgadas por la sociedad, en los supuestos en los que el objeto de la compraventa sean las acciones o las participaciones, los presupuestos de la rescisión se pueden apreciar en los casos en los que las garantías constituidas hayan puesto en riesgo la continuidad y la solvencia de la entidad o hayan dificultado la obtención de la financiación necesario o el desarrollo normal de la actividad de la sociedad.

Por otro lado, debe hacerse referencia a las ejecuciones de garantías que se llevan a cabo mediante acuerdos de ejecución extrajudiciales como un supuesto de rescisión autónoma respecto de la rescisión de la constitución de la garantía. La cuestión se plantea en relación con aquellas operaciones que son equivalentes funcionalmente a ejecuciones de garantía pero se instrumentan a través de negocios jurídicos que se pueden articular de diferentes formas. Esta clase de operaciones pueden ser igualmente susceptibles de rescisión cuando tengan carácter perjudicial por resultar abusivas o por haber supuesto un sacrificio desproporcionado injustificado.

Igualmente, nos encontramos con aquel supuesto en el que se han entregado en garantía de la financiación el conjunto de la empresa. En este tipo de supuesto, la forma de ejecutar la garantía no es habitualmente mediante la ejecución individualizada de los diferentes bienes o derechos sobre los que se haya constituido la garantía, sino a través de una ejecución sintética mediante la venta de la unidad económica. A este respecto, habrá que analizar caso por caso si la ejecución realizada de este modo resultó o no perjudicial. Puede resultar indiciario del carácter perjudicial el hecho de que se haya contado con informes de expertos independientes, la transmisión a un tercero o la transmisión a los financiadores, etc. También en relación con esta cuestión puede ser útil tomar en consideración si se han aplicado medidas equivalentes desde un punto de vista material a las exigidas en los acuerdos de refinanciación a la hora de determinar si se ha llevado a cabo de forma razonable y justificada.

2.2.6. La irrelevancia del fraude

La Ley Concursal, como ya hemos puesto de manifiesto, al establecer la cláusula general en el artículo 71.1 ha prescindido del elemento subjetivo del fraude como

presupuesto de rescindibilidad. Se trata de una de las medidas que presenta una mayor trascendencia desde la perspectiva de la seguridad jurídica y que supone una singularidad del Derecho español en el panorama histórico comparado.

Algunos autores han tratado de ver en el perjuicio el fundamento de la especialidad de la acción rescisoria concursal en el Derecho español[317]. De acuerdo con esta corriente, las acciones rescisorias ordinarias serían acciones por fraude de acreedores mientras que las acciones rescisorias concursales serían acciones que determinan la ineficacia de los actos por resultar perjudiciales.

DE CASTRO afirmó la relevancia del fraude como fundamento de las acciones rescisorias[318]. Este autor subrayó la trascendencia del Código Civil español a la hora de considerar la acción rescisoria como un supuesto de ineficacia específico, diferente de la nulidad. En este sentido, entendió que las acciones rescisorias no determinaban una ineficacia jurídico real, sino de naturaleza obligacional o negocial. En consonancia con la importancia dada a la dimensión ética de la causa en su pensamiento jurídico, destaca el fraude a los acreedores como fundamento de la acción pauliana.

La Ley Concursal establece que el fraude no constituye un presupuesto para el ejercicio de la acción rescisoria concursal[319]. La consideración de que el fundamento de la especialidad de la acción rescisoria concursal se encuentra en el perjuicio a diferencia de la acción rescisoria ordinaria que tendría como fundamento el fraude trataría de explicar el sistema positivo español a partir de la configuración legal de las acciones rescisorias[320]. Esta concepción del Derecho español contrasta con la experiencia

[317] En este sentido, GARCÍA-CRUCES, J.A., «De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa», en *ADCon*, nº 2, 2004, pág. 12 de la versión electrónica.

[318] CASTRO, F. DE., *op. cit.,* págs. 141-183.

[319] SÁNCHEZ-CALERO, J., «Rescisión Concursal (II): Inexistente perjuicio en el pago con venta de bienes aportados en su mayor parte por otra sociedad del grupo de la concursada», *El blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte*, 29 de noviembre de 2016 (*http://jsanchezcalero.com/rescision-concursal-ii-inexistente-perjuicio-en-el-pago-con-venta-de-bienes-aportados-en-su-mayor-parte-por-otra-sociedad-del-grupo-de-la-concursada/*).

[320] SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión…, op. cit.*, pág. 89.

histórico-comparada y con la fundamentación teórica y la estructura jurídica de la acción rescisoria ordinaria y de la acción rescisoria concursal[321]. Esta deficiente comprensión de la fundamentación dogmática de las acciones rescisorias presenta una considerable relevancia desde la perspectiva de los fines que se pretenden alcanzar y afecta de forma trascendental a la seguridad jurídica.

En la acción rescisoria ordinaria, no se considera necesaria la existencia de fraude en los actos realizados a título gratuito. Se considera por el legislador que deben prevalecer los intereses de los acreedores que no pueden ver satisfecho su crédito sobre los intereses de la contraparte que se ha beneficiado de un acto de disposición sin contraprestación.

En el Derecho tradicional de quiebras, la presunción del fraude se suele admitir en los actos a título oneroso en los supuestos en los que el concursado realizó actos cuando ya era insolvente y la insolvencia era notoria o manifiesta. En los periodos inmediatamente anteriores a la declaración de la quiebra se suele fijar una presunción de conocimiento por la contraparte del estado de insolvencia. En función del supuesto, se admite o no que la contraparte pueda acreditar la actuación de buena fe, esto es, el desconocimiento de la situación de insolvencia.

En el Código de Comercio, la retroacción venía a suponer una presunción del fraude, del conocimiento del estado de insolvencia, que no admitía prueba en contrario. El fundamento de esta medida se encontraba en que la retroacción se debería extender al momento en el que la insolvencia se había manifestado y era notoria también para los terceros.

La Ley Concursal mantiene la irrelevancia del fraude como presupuesto para el ejercicio de la acción rescisoria concursal. Conviene recordar al respecto, para apreciar la trascendencia de la medida, que no se requiere que el deudor fuera insolvente en el momento de realizar el acto para que se proceda a la rescisión, ni tampoco se admite que la contraparte pueda acreditarlo con el fin de evitar que prospere la acción rescisoria.

[321] LEÓN SANZ, F.J., «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria (Parte I)», en *ADCon*, nº 11, 2007, págs. 53-104., IDEM., «El sistema de reintegración concursal», *op. cit.*, págs. 253-256.

Como ya sucedía en el Código de Comercio en el régimen de la retroacción, la falta de consideración del fraude en la actuación del tercero como presupuesto para el ejercicio de la acción rescisoria en la Ley Concursal es una de las medidas que más compromete a la seguridad jurídica y resulta por ello criticable.

2.3. Acreditación de los presupuestos

El que ejercite la acción rescisoria deberá probar que el acto fue realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso y que éste resultó perjudicial en los términos expuestos anteriormente.

No obstante, la Ley Concursal ha establecido una serie de supuestos en los que se produce la objetivación de los presupuestos y donde se produce una simplificación de la prueba. En este sentido, el que ejercita la acción no tiene que probar el carácter perjudicial del acto pero sí se ha de probar que se ha producido el acto concreto tipificado en la norma. Se produce una delimitación del supuesto de hecho normativo de tal manera que se simplifica el procedimiento de prueba y, a su vez, se simplifica el ejercicio de la acción.

En realidad, estas presunciones vienen a establecer una delimitación objetiva –un acotamiento objetivo- del supuesto de hecho que permite su aplicación de una manera más sencilla.

2.3.1. El artículo 71.2 de la Ley Concursal

El artículo 71.2 LC ha objetivado el carácter perjudicial y ha simplificado la prueba de tal forma que la administración concursal tan solo debe probar que el acto se corresponde, bien con un acto a título gratuito, bien con el vencimiento de obligaciones que no cuentan con garantía real.

De esta forma, si se prueba que el acto se corresponde con el descrito en la norma, no podrá desvirtuarse el carácter perjudicial del acto.

2.3.1.1. Los actos a título gratuito

El primer grupo de actos en los que se determina el presupuesto del carácter perjudicial mediante una presunción que no admite prueba en contrario y en los que se facilita el ejercicio de la acción rescisoria es el de los actos a título gratuito[322].

Se observa como el citado supuesto actúa a modo de una pequeña cláusula general, encuadrándose todos aquellos casos que se correspondan con los actos a título gratuito, excepto las liberalidades de uso. Los actos a título gratuito abarcan un concepto más amplio que el de la propia donación. No sólo serán rescindibles aquellos actos que disminuyan el patrimonio del deudor, sino también aquellos actos que no lo incrementen, pudiéndolo incrementar y que irían destinados a la satisfacción colectiva de los acreedores.

Igualmente las condonaciones de deuda, en la medida en que el deudor no reciba nada a cambio, deben incluirse en la presunción como acto a título gratuito. Sin embargo, en la medida en que suelen realizarse en el marco de operaciones más complejas como sucede entre otros casos en los acuerdos de refinanciación regulados en el artículo 71 *bis* LC y de la Disposición adicional cuarta LC, y estos prevén que no podrán ser objeto de rescisión las operaciones realizadas en el marco de los mismos, normalmente las condonaciones de deuda no serán objeto de rescisión en esta clase de supuestos en virtud de lo dispuesto en el artículo 71.2 LC.

En materia de garantías, deben entenderse incluidas aquellas garantías, sean reales o personales, que se hayan constituido a título gratuito. En este sentido, ya se puede anticipar –y sobre lo que más adelante volveremos- que aquellas garantías otorgadas para asegurar una deuda ajena, quedarán incluidas en este supuesto en la medida en que el sujeto garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación directa o indirecta, bien del deudor de la relación principal, bien por parte del acreedor. Igualmente, las garantías por deuda propia, en atención al caso concreto, pueden ser también consideradas como actos a título gratuito.

---

[322] Manifiesta GULLÓN BALLESTEROS que *«(…) la estructura de toda adquisición gratuita lleva en sí el estigma de la perjudicialidad*». En GULLÓN BALLESTEROS, A., «La acción rescisoria concursal», en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV*, Marcial Pons, 2005, pág. 4127.

El propio precepto excluye de la presunción de perjuicio las liberalidades de uso. Sin embargo, el legislador no ha definido qué debe entenderse por tal concepto. Lo relevante es la normalidad del acto en función de las circunstancias concretas en relación con el sujeto que lo realiza, más que en relación a la cuantía del acto[323]. En definitiva, debe entenderse que son aquellas entendidas como tal por la costumbre social[324].

2.3.1.2. Vencimiento anticipado de obligaciones sin garantía real

El segundo supuesto que contempla el artículo 71.2 LC es el de los pagos y otros actos de extinción de obligaciones que vencen con posterioridad a la declaración de concurso y que no cuenten con garantía real. Este segundo inciso del precepto puede, a su vez, ser dividido en otros dos: por un lado, el vencimiento anticipado de una obligación no vencida; y, por otro, el vencimiento anticipado de una obligación que se enmarca dentro de una operación más amplia y compleja como son los acuerdos de refinanciación.

Se observa como el precepto ha quedado definitivamente configurado de esta manera tras la reforma producida en la Ley Concursal en el año 2009. Con carácter previo a esta modificación, el pago anticipado de un crédito con independencia de que contase con algún tipo de garantía real estaba también incluido en esta previsión, de tal forma que no cabía desvirtuar el carácter perjudicial de esta clase de actos. En la actualidad, cuando el vencimiento anticipado se produzca sobre una obligación que cuente con una garantía real, la presunción del daño admitirá prueba en contrario.

En opinión de algunos autores[325], el fundamento para la tipificación de este supuesto de hecho de tal manera que el carácter perjudicial no cabía ser desvirtuado, se

[323] RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., «Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa», en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, pág. 101.

[324] LEÓN SANZ, F.J., «El sistema de reintegración concursal», *op. cit.*, pág. 265.

[325] Entre otros, GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), «De la retroacción de la quiebra…», *op. cit.*, pág. 13 de la versión electrónica.

encontraba en que, un acreedor que debía someterse a las reglas del concurso, dejaba de someterse a las mismas, pues recibía la totalidad de su crédito vulnerando la regla de la igualdad de trato entre los acreedores una vez declarado el concurso.

El fundamento de la reforma se debió a que, en la medida en que aquellos acreedores que contasen con garantía real, una vez declarado el concurso, serían incluidos en la masa pasiva como acreedores privilegiados, el hecho de cobrar anticipadamente su crédito no supondría una alteración similar a la que se produce en el caso de los acreedores ordinarios, pues los acreedores con garantía real serían satisfechos una vez declarado el concurso con preferencia sobre el resto mediante la realización del bien objeto de la garantía.

Junto a ello, el objetivo de política jurídica era claro. La modificación del precepto se llevó a cabo de cara a facilitar las refinanciaciones al margen de la regulación propia de la exención a la rescisión de los acuerdos de refinanciación introducidos en su momento en la Disposición adicional cuarta LC[326]. En la medida en que el régimen de la rescisión concursal contiene una cláusula general donde tan solo se exige el carácter perjudicial del acto realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, y donde no se pone en conexión con otros elementos, tales como el fraude o la situación de insolvencia del deudor, se hacía necesario para lograr el saneamiento de las empresas evitar el riesgo de una eventual rescindibilidad automática de las refinanciaciones, pues éstas suelen llevar aparejadas vencimientos anticipados de obligaciones que cuentan con garantía real, actos en los que se presumía sin posibilidad de prueba en contrario el único presupuesto establecido para la rescisión.

Mediante la inclusión de esta previsión –introduciendo que sólo se presumirá perjudicial, sin posibilidad de prueba en contrario, el vencimiento anticipado de obligaciones que no contasen con garantía real-, se bloquea la rescisión que se planteaba con carácter previo a la reforma de 2009, pues todo vencimiento anticipado de obligaciones así como todas las daciones en pago se presumían perjudiciales, y en la medida en que no se atendía –ni se atiende- a otros elementos como la buena fe por

[326] En este precepto se introdujo en un principio la exención a la acción rescisoria para determinados acuerdos de refinanciación. En el año 2011, se introdujo una nueva previsión en la Disposición adicional cuarta LC, y el contenido anterior se traspasó al artículo 71.6 LC.

parte de la contraparte o la situación de insolvencia del deudor a la hora de realizar el acto, podrían verse rescindidas de manera automática.

Con el fin de evitar la liquidación en caso de concurso, para llevar a cabo las refinanciaciones se hace necesario conseguir nueva financiación, el otorgamiento de nuevas garantías, la ejecución de viejas garantías, pagos y vencimientos anticipados de deuda. La realización de estas operaciones planteaba incertidumbres no sólo debido a los efectos de la rescisión de este tipo de operaciones –las cuales analizaremos posteriormente, pero que son las más sencillas de ser rescindidas- sino también en la medida en que sólo se exigía –y se exige- el carácter perjudicial del acto para la rescisión, estableciéndose de una forma que no podía desvirtuarse. Por todo ello, se hizo necesaria la modificación de la segunda parte del artículo 71.2 LC.

Como se puede advertir, con el supuesto de hecho contemplado en la norma se observa aún más si cabe que el daño no debe apreciarse tan solo respecto de aquellas operaciones que no tengan una contrapartida equivalente desde un punto de vista económico, sino que también podrá existir incluso cuando el tercero cobra íntegramente su crédito antes de la declaración de concurso, y el resto de acreedores ven necesariamente reducida la cuantía de éste una vez declarado el concurso.

Algunos autores han querido ver que esta situación tan solo resulta perjudicial para el resto de acreedores en la medida en que el pago anticipado o el vencimiento anticipado de alguna obligación se produzca cuando el concursado ya era insolvente, pues ya se conoce que no podrá satisfacer íntegramente todos los créditos, al igual que sucedía en el Derecho tradicional clásico. En efecto, una vez declarado el concurso, sobre los créditos de los acreedores van a recaer quitas y esperas, es decir, todos los acreedores van a tener que realizar un sacrificio en el cobro de su créditos, mientras que quien cobra anticipadamente antes de la declaración evita soportar las pérdidas consiguientes. Ahora bien, la Ley Concursal ha tipificado este supuesto de hecho sin hacer referencia al hecho de que el concursado se encontrara en estado de insolvencia en el momento de realizar el pago anticipado.

2.3.2. El artículo 71.3 de la Ley Concursal

La Ley Concursal, ha previsto en el artículo 71.3 una serie de supuestos de hecho donde, facilitándose también el ejercicio de la acción –al igual que en el artículo 71.2 LC-, el legislador ha previsto que el carácter perjudicial se presuma, si bien con la posibilidad de prueba en contrario.

2.3.2.1. Los actos a título oneroso realizados con personas especialmente relacionadas

El artículo 71.3.1º LC presume el presupuesto objetivo de la rescisión en aquellos actos realizados por el concursado a título oneroso a favor de personas que estén especialmente relacionadas con él.

Se trata de un supuesto típico de presunción de fraude, si bien en la Ley Concursal, con carácter general resulta irrelevante que haya habido una actuación fraudulenta. El fundamento del establecimiento de esta presunción se encuentra en que puede presumirse una *ventaja patrimonial* a una persona de especial relación con el concursado que puede dar lugar a un *sacrificio patrimonial injustificado*, independientemente de que la operación se haya llevado a cabo a precio de mercado.

Como puede observarse, tan solo quedarán recogidos en la presunción los actos a título oneroso. Los actos a título gratuito, aunque se hayan realizado a favor de personas especialmente relacionadas, quedarán encuadrados en la disposición del artículo 71.2 LC.

Igualmente, tan solo se encontrarán incursos en la presunción los actos que se hayan realizado a favor de personas especialmente relacionadas, identificándose éstas con aquellas que se recogen en el artículo 93 LC [327].

[327] Dispone el artículo 93 LC que «*1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:*

1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación

de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.

3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

4.º Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

5.º Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior.

6.º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho.

2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.

Se hace especialmente significativa la presunción establecida sobre los sujetos recogidos en el apartado 3ª, del número 2 del artículo 93, en relación con el Derecho de grupos. Las operaciones con partes vinculadas y todos aquellos actos –donde, obviamente, también se incluyen las garantías- realizadas a título oneroso entre sociedades que pertenezcan al mismo grupo, tendrán automáticamente sobre sí la presunción de que han resultado perjudiciales desde un punto de vista rescisorio. El problema, en ese sentido, radica fundamentalmente en analizar cuando las garantías otorgadas en el seno de un mismo grupo societario son consideradas a título oneroso o a título gratuito (*vid. infra. apartado 5 del Capítulo VI*), pues el carácter perjudicial se presumirá de diferente manera en uno y otro caso.

Igualmente, para probar que el acto no resulta perjudicial no es suficiente con acreditar que se realizó en condiciones de mercado, mediante equivalencia entre contraprestaciones desde el punto de vista económico, sino que, como se expuso anteriormente con la noción de *perjuicio para la masa activa*, se hace necesario probar que el acto no perjudica a los acreedores en la satisfacción colectiva de sus créditos. En ese sentido, podría ser perjudicial una garantía otorgada en el seno de un grupo recibiendo el garante una contraprestación equivalente si, por circunstancias diferentes en el contexto de esa operación, resulta que se perjudica a los acreedores concursales en el concurso de la garante en la satisfacción de sus créditos. Cabría plantear, a modo de ejemplo, el supuesto en el que, a cambio del otorgamiento de una garantía por parte de la sociedad filial a favor de la sociedad matriz, la sociedad filial reciba una comisión a valor de mercado. Esta comisión puede que no sea suficiente en caso de concurso de la filial en la medida en que se pueda estar otorgando una preferencia injustificada a los acreedores de la matriz sobre bienes de la filial que perjudica a sus acreedores concursales

---

3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado».

2.3.2.2. Constitución de garantías reales en aseguramiento de obligaciones preexistentes o de garantías que aseguran obligaciones nuevas que sustituyen a las anteriores

Una segunda presunción del carácter perjudicial se recoge en el número 2º del apartado 3 del artículo 71 LC, en relación con aquellas garantías otorgadas por deudas preexistentes y de garantías otorgadas a favor de nuevas obligaciones que vienen a sustituir a otras anteriores.

Como se expuso con anterioridad, un sector doctrinal[328] ha entendido que la presunción encuentra su fundamento en que, una vez declarado el concurso, el crédito de un acreedor que en principio iba a ser calificado como ordinario, pasa a ser considerado como privilegiado especial, alterándose en ese caso la prelación de acreedores. Sin embargo, creemos que el fundamento de la presunción se encuentra de forma precisa en que mediante el otorgamiento de la garantía, un bien que estaría incluido en la masa activa y que iría destinado a la satisfacción colectiva, pasa a estar afecto a la satisfacción del crédito sobre el que recae la garantía, reduciéndose en ese caso las posibilidades de cobro del resto de acreedores.

Mediante la objetivación de estos supuestos de hecho se facilita la prueba en la rescisión. En ese sentido, si bien el elemento objetivo se presume, el que ejercite la acción deberá probar el otorgamiento de la garantía por una deuda preexistente, con independencia de que se encuentre o no vencida.

---

[328] Entre otros, GARCÍA-CRUCES, J.A., «De la retroacción de la quiebra…», *op. cit.*, pág. 14 de la versión electrónica: «*el resultado inmediato que se sigue con la constitución de este tipo de garantías patrimoniales no es otro que el de la lesión de la par conditio creditorum, pues junto con los efectos propios de la garantía, su constitución tiene también importantísimas consecuencias en el ámbito concursal, ya que acarrea un privilegio especial a favor de tal acreedor (cfr. art. 90. 1-1º LC) cuyo crédito antes carecía del mismo*». En el mismo sentido, AZNAR GINER, E., *La acción rescisoria concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 95; MORALEJO, I., «Las presunciones relativas de perjuicio (II): la impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas», en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, pág. 148.

En aquellos casos donde se pacten nuevas condiciones en una deuda preexistente, otorgándose a su vez nuevas garantías, o eliminando las anteriores a cambio del otorgamiento de unas nuevas, el carácter perjudicial deberá enjuiciarse caso por caso.

El concepto de garantía real no se corresponde sólo ni con las garantías inmobiliarias ni con aquellos supuestos que suponen que el crédito del acreedor pase a ser en el concurso titular de un crédito con privilegio especial. Lo relevante es atender a la finalidad de lograr una preferencia jurídico real en la realización de las operaciones a los efectos de que se consideren incluidas en la presunción del artículo 71.3.2º LC. Por el contrario, todas aquellas garantías que no puedan quedar incluidas en esta presunción habrán de ser rescindidas mediante la cláusula general del artículo 71.4 LC.

2.3.2.3. Vencimiento anticipado de obligaciones que sí cuenten con garantía real

El vencimiento anticipado de obligaciones que cuentan con garantía real ha quedado configurado entre las presunciones que admiten prueba en contrario en la apreciación del perjuicio.

El fundamento de la reforma de 2009, en la que se admite la posibilidad de desvirtuar el carácter perjudicial de un vencimiento anticipado cuando la obligación cuenta con una garantía real, es que el acreedor sería satisfecho con preferencia sobre el bien objeto de la garantía una vez declarado el concurso por estar incluido en la masa pasiva como acreedor con privilegio especial.

Junto a ello, el objetivo de política jurídica es la salvación de las refinanciaciones, impidiendo que se pueda proceder a su rescisión de forma necesaria. En la medida en que las refinanciaciones suelen llevar aparejadas vencimientos anticipados de obligaciones que cuentan con garantía real, la presunción del perjuicio planteaba el riesgo de la rescisión dada la configuración objetivadora que se ha hecho en la Ley Concursal de los presupuestos de la rescisión.

2.4. Actos no susceptibles de rescisión concursal

El artículo 71 LC, tras haber establecido la cláusula general y haber objetivado los presupuestos en diferentes supuestos de hecho, facilitando la prueba de cara a la posible rescisión, establece en su apartado 5 una serie de actos que no son susceptibles de impugnación mediante la acción rescisoria concursal[329]. En este apartado se establecen tres excepciones: en primer lugar, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales; en segundo lugar, 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, en último lugar, las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

Centrándonos en el primero de los supuestos, en la medida en que para la rescisión de un acto sólo tiene que haberse realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso y resultar perjudicial desde el punto de vista de la satisfacción colectiva de los acreedores, y en la medida en que resulta indiferente la apreciación de la buena fe por parte de la contraparte al igual que la situación de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto, el régimen se suaviza con la previsión de que los actos ordinarios de la actividad empresarial no serán susceptibles de impugnación.

En ese sentido, el legislador delimita los actos ordinarios de la actividad empresarial como una cláusula general, por lo que la dotación de contenido ha correspondido durante estos años a la jurisprudencia. En la medida en que se trata de una regla especial que determina que no proceda la aplicación del régimen general de impugnación mediante la acción rescisoria, deberá seguirse un tratamiento restrictivo, pero siempre en consideración de la finalidad de la norma.

Para conocer si un acto se ha realizado en condiciones normales, no basta con valorar si hay equivalencia entre las contraprestaciones de la operación, sino que es necesario ir más allá y saber si ésta se ha realizado como suele llevarse a cabo en ese mercado concreto y en la práctica empresarial.

[329] Estos actos se excluyen de la acción rescisoria concursal sin discutir si son o no perjudiciales. LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La acción revocatoria concursal. Perfiles generales», en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV,* Marcial Pons, 2005, pág. 4172.

Junto con las excepciones que acaban de mencionarse, tras las reformas de la Ley Concursal producidas desde el año 2003, se han introducido otras. De esta forma, todos los actos, garantías, pagos, etc, realizados en virtud de un acuerdo de refinanciación que cumplan con los requisitos previstos en el artículo 71 *bis* LC y en la Disposición adicional cuarta LC no serán susceptibles de reintegración concursal de declararse posteriormente el concurso[330].

2.5. Efectos: el artículo 73 de la Ley Concursal

Las acciones rescisorias se dirigen a reintegrar la situación patrimonial del deudor al momento anterior a la realización del acto[331], entregando los bienes a la masa activa que hubiesen salido del patrimonio del deudor de manera injustificada, lo que conlleva que se remuevan los efectos de aquellos actos que han sido rescindidos.

En materia de efectos es donde las diferencias en un plano dogmático entre las acciones rescisorias ordinaria y concursal deberían ser más acusadas, en la medida en que en esta última el principio de paridad de trato debiera informarla. Sin embargo, en la Ley Concursal los efectos son semejantes –exceptuando la subordinación del crédito

[330] En relación a la legitimación activa y pasiva y al procedimiento en el ejercicio de la acción rescisoria concursal, véase ALCOVER GARAU, G., «Comentario artículo 72», en PULGAR EZQUERRA, J., / ALONSO LEDESMA, C., / ALONSO UREBA, A., /ALCOVER GARAU, G., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I,* Dykinson, 2004, págs. 777-780; CRESPO ALLÚE, F., «Comentario Artículo 72», en SÁNCHEZ-CALERO, J., / GUILARTE GUTIÉRREZ, V., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, III,* 2004, págs. 1403-1414; LEÓN SANZ, F.J., «Artículo 72», en ROJO, Á., / BELTRÁN, E., (Dirs)., *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, 2004, págs. 1322-1328; HERRERO PEREZAGUA, J., «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», en GARCÍA-CRUCES, J.A., *La reintegración en el concurso de acreedores,* Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, págs. 175-210; PINAZO TOBES, E., «El ejercicio de la acción rescisoria. La legitimación activa», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera,* 2012, págs. 445-454; SHAW MORCILLO, L., «La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 455-476.

[331] SEBASTIÁN QUETGLAS, R., «Efectos de la rescisión en la Ley Concursal», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº Extra 1, 2011, pág. 49.

cuando concurra mala fe en la contraparte- en una y en otra. Hay que tener en cuenta además la defectuosa regulación de la acción rescisoria ordinaria en el Código Civil que viene a equiparar el tratamiento de los efectos a los supuestos de nulidad sin tener en cuenta las singularidades que presenta la acción rescisoria.

La sentencia que estime la rescisión declarará la ineficacia del acto que se haya impugnado y determinará la obligación de las partes de restituirse las respectivas prestaciones, con sus frutos e intereses -artículo 73.1 LC -. En este sentido, la contraparte tiene la obligación de reintegrar a la masa aquello que hubiera recibido y tiene derecho a exigir lo que hubiera obtenido del deudor.

El derecho de la contraparte del acto a que se le restituya aquello que entregó al deudor ha sido considerado por la Ley Concursal como crédito contra la masa y no como crédito ordinario. Parece que la opción del legislador se corresponde con la posición mantenida por ROJO cuando se encontraba vigente el sistema de retroacción del Código de Comercio[332]. Si bien en aquel momento criticaba el sentido de nulidad como nulidad en sentido técnico-jurídico y defendía que debía tenderse, en sucesivas reformas, por establecer una ineficacia relativa en términos de rescisión, consideraba que el crédito debía calificarse como crédito contra la masa para evitar un enriquecimiento injusto de la masa.

En la medida en el que el crédito de la contraparte queda sometido al régimen concursal y, en ese sentido, debería quedar sujeto al mismo trato que al resto de acreedores, parece justificado que se calificase como crédito concursal ordinario, salvo en aquellas situaciones, como puede ser el caso de la prestación de servicios, donde para evitar un enriquecimiento sin causa de la masa o en aquellos supuestos donde el bien permanece indistintamente en la masa, el crédito deba ser calificado como crédito contra la masa.

Como se aprecia, el tenor literal de la norma está pensado para los actos bilaterales, pero no para aquellos actos unilaterales ni tampoco regula los efectos en

[332] ROJO, Á., «Introducción al sistema…», *op. cit.*, págs. 78 y 79.

relación con la rescisión de obligaciones accesorias[333]. La jurisprudencia, sin embargo, pese a no mencionarlo la Ley expresamente, en la rescisión de aquellos actos donde no haya prestaciones recíprocas entre deudor y contraparte, como puede ser la rescisión de los pagos, califica el crédito de la contraparte como crédito concursal ordinario.

La Ley Concursal ha dado un tratamiento diferente a los efectos en aquellos casos en que se aprecie mala fe por parte del tercero. En estos supuestos el crédito de la contraparte será calificado como crédito subordinado. En la medida en que la propia Ley no ha definido qué debe entenderse por *mala fe* en el sentido del artículo 73 LC, ha sido la jurisprudencia la que ha delimitado los perfiles de este concepto. En un primer momento, la STS de 16 de septiembre de 2010 considera que para la apreciación de la mala fe de la contraparte del acto no es necesaria la intencionalidad de provocar un daño, sino que junto al requisito de conocer que se está causando un perjuicio a los acreedores, agravando la situación económica del deudor, se añade que la actuación por parte del acreedor suponga un rechazo en el tráfico jurídico.

Un mes más tarde, la STS de 27 de octubre de 2010, manteniendo el mismo criterio en relación a la necesidad de la concurrencia de los dos elementos que acaban de exponerse[334], declara con carácter previo que si bien no se requiere intención fraudulenta, sí se hace necesario el conocimiento por la contraparte de la situación de insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores. Textualmente nos dice que «*la apreciación de mala fe a los efectos del artículo 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 acreedores* ».

[333] CURIEL LORENTE, F., «Los efectos de la acción de reintegración en el concurso», en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, pág. 230.

[334] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Reintegración concursal: devolución de prestaciones y mala fe (Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010)», en *RDCP*, nº 14, 2011, págs. 251-259.

No comparte opinión a esta resolución GARCÍA-CRUCES[335], advirtiendo, por un lado, la posibilidad de otros supuestos donde sin daño alguno sobre los acreedores, se aprecie mala de la parte *in bonis*. En su opinión, la propia sentencia «objetiviza» la apreciación de esa mala fe a las consecuencias que se derivan del acto, no sobre los acreedores, sino sobre el patrimonio del deudor. Por otro lado, afirma que no puede requerirse para la apreciación de la mala fe que la contraparte conociera la situación de insolvencia del ahora concursado en el momento de celebración del acto. Manifiesta que «*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 artículo 71.1 de la Ley Concursal 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*».

Con posterioridad, la STS de 7 de diciembre de 2012, parece suavizar la exigencia del conocimiento del estado de insolvencia como requisito necesario para calificar a la contraparte del acto de mala fe. En efecto, establece que «*la mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "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", y "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*"»[336].

Una vez reseñados los criterios jurisprudenciales para determinar en qué situaciones la contraparte del acto actúa de mala fe, deben ser analizados los efectos de

[335] GARCÍA-CRUCES, J.A., «Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte in bonis (STS 16-09-2010)», en *ADCon*, nº 24, 2011, (versión electrónica).

[336] En este mismo sentido, SANCHO GARGALLO, I., «Las acciones de reintegración», en AAVV., *Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo I,* Aranzadi, 2012, pág. 1220.

calificar de una u otra manera el crédito de la contraparte que surge como consecuencia de la rescisión. La Ley Concursal, en su artículo 73.3, establece que «*El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado*», es decir, de concurrir mala fe en la parte *in bonis*, el crédito se calificará, no como crédito contra la masa, sino como crédito subordinado. De ahí que su principal consecuencia sea que el crédito surgido se someterá a las reglas del pago de los créditos previsto en el artículo 158 LC. El artículo 92 LC enumera el orden en el pago de todos los créditos calificados como subordinados, encontrándose aquel que surge como consecuencia de una acción rescisoria concursal calificado de mala fe, en penúltimo lugar[337].

La referencia al rigor de los efectos de la rescisión que se derivan de la apreciación de mala fe en la contraparte del acto que se rescinde puede ayudar a comprender el tratamiento estricto de la mala fe que realiza el Tribunal Supremo en las anteriores sentencias que se han mencionado. La subordinación del crédito de la contraparte que resulte a su favor como consecuencia de la rescisión, en lugar de calificarse como deuda de la masa, es una medida de una indudable gravedad que se aproxima a una suerte de «sanción»[338]. Este rigor sería una de las razones que pueden explicar esta manera estricta de apreciar la mala fe por el Tribunal Supremo a los efectos de lo dispuesto en el artículo 73.3 LC.

[337] ALCOVER GARAU, G., «Comentario artículo 73», en PULGAR EZQUERRA, J., / ALONSO LEDESMA, C., / ALONSO UREBA, A., /ALCOVER GARAU, G., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I,* Dykinson, 2004, págs. 782; CRESPO ALLÚE, F., «Comentario Artículo 73», en SÁNCHEZ-CALERO, J., / GUILARTE GUTIÉRREZ, V., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, III,* 2004, págs. 1417.

[338] LEÓN SANZ, F.J., «Artículo 73», en ROJO, Á., / BELTRÁN, E., (Dirs)., *Comentario de la Ley Concursal,* Thomson Civitas, 2004, pág. 1333. En el mismo sentido, ESCRIBANO, R.C., «La reintegración de la masa activa del concurso», en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV,* Marcial Pons, 2005, pág. 4043.

En relación con el elemento subjetivo, considera necesario que la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio– a los demás acreedores, comprenda la de agravar o endurecer la situación económica del deudor, de que se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Es decir, no bastaría para apreciar mala fe con el mero conocimiento de la contraparte de que el acto sea económicamente desequilibrado a su favor y en contra del concursado, sino parece considerar necesaria la conciencia de que el acto agrava o endurece la situación económica del deudor en su conjunto. En la exigencia de la conciencia de este elemento objetivo, el carácter estricto en la apreciación de la mala fe parece reforzarse, pues considera necesaria que se dé un elemento valorativo de la conducta de la contraparte, que la haga merecedora de una *repulsa ética en el tráfico jurídico.*

En la actualidad, la Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal redactado por la Ponencia especial de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación nombrada por Orden de 20 de enero de 2016, ampliada por Orden de 7 de abril siguiente, ha recogido en su artículo 236.2 lo manifestado por la jurisprudencia en los supuestos donde no existan prestaciones recíprocas, de tal forma que «*2. El crédito que, en su caso, resulte a favor del demandado como consecuencia de la rescisión de un acto unilateral tendrá la consideración de crédito concursal con la clasificación que le corresponda*». Se observa como en el apartado 2º, se prevé que el crédito de la contraparte de aquellos actos unilaterales que sean rescindidos se calificará normalmente como crédito concursal ordinario.

Nótese, por último, la diferencia también sustancial entre los fallos de los tribunales actualmente y la regulación prevista en el artículo 236.3 de la Propuesta de Texto Refundido cuando se apreciase mala fe -«*Si la sentencia hubiera apreciado mala fe en el demandado, el crédito a la prestación tendrá la consideración de crédito subordinado. Igual clasificación tendrá el crédito a favor del acreedor de mala fe en caso de rescisión del acto unilateral*»-. Actualmente, la jurisprudencia, en aquellos casos donde se rescinde un acto unilateral, al igual que debido a que no existen prestaciones recíprocas no califica el crédito de la contraparte como deuda de la masa, sino como crédito concursal, tampoco subordina el crédito en caso de existir mala fe, sino que lo califica igualmente como crédito concursal ordinario. De aprobarse el Real

Decreto Legislativo, en la rescisión de aquellos actos unilaterales, si se apreciase mala fe en la contraparte, el crédito también sería calificado como crédito subordinado.

2.6. Breves apuntes sobre la acción rescisoria ordinaria en sede concursal

Dispone el artículo 71.6 LC que «*El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo 72*».

Consecuentemente, es posible el ejercicio de la acción rescisoria ordinaria en sede concursal. Presentan un especial interés para los actos realizados por el deudor con carácter previo a los dos años anteriores a la declaración de concurso[339]. Sin embargo, si bien es cierto que la propia Ley Concursal establece que la legitimación y el procedimiento coinciden con aquellos previstos cuando se ejercita la acción rescisoria concursal, plantea más problemas el ejercicio de la acción en materia de presupuestos y en materia de efectos, en la medida en que el legislador no ha previsto nada al respecto.

En primer lugar, en relación con el requisito de la insuficiencia patrimonial que prevé el Código Civil se plantea la cuestión de si resulta necesario acreditarlo, teniendo en cuenta que la Ley Concursal prevé que se pueda declarar el concurso en supuestos en los que el deudor no sea insolvente sino que se encuentre en una situación de insolvencia inminente. Desde la perspectiva de la finalidad de la acción rescisoria ordinaria parece posible defender que este requisito se pueda entender cumplido con la declaración del concurso también en los casos de insolvencia inminente. La insuficiencia patrimonial determina que el deudor no pueda cumplir con sus obligaciones y, de ahí, que se admita la rescisión, para que el acreedor pueda obtener la

[339] PARRA LUCÁN, M., «El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso», en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, págs. 250 y 251. De la misma autora, «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos», en *ADCon*, nº 19, 2010, pág. 54.

satisfacción íntegra de su crédito. En caso de concurso, los acreedores concursales se van a ver afectados negativamente, en mayor o menor medida, en el cobro regular de sus créditos, por lo que parece justificado que, una vez abierto el procedimiento concursal, la acción rescisoria ordinaria puede ejercerse sin la necesidad de acreditar la insuficiencia patrimonial del deudor.

Además, el Código Civil exige que el crédito del acreedor sea previo al acto que se impugna. Sin embargo, una vez declarado el concurso, este requisito se debería entender cumplido por el principio de ejecución universal inherente al procedimiento[340].

Junto a ello, el régimen general de la acción rescisoria ordinaria exige un doble presupuesto: uno objetivo y otro subjetivo. De acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, cuando se ejercita la acción rescisoria ordinaria el perjuicio debe suponer un desequilibrio objetivo entre las prestaciones. A falta de una regulación especial en materia concursal, parece que se debe aplicar la misma regla cuando se ejercita la acción rescisoria ordinaria una vez declarado el concurso.

En cuanto al elemento subjetivo, también difiere de aquel que debiera darse en las acciones rescisorias concursales, en atención a la experiencia histórico-comparada. Se requiere, por un lado, que el deudor tuviese la conciencia de que se trataba de un acto perjudicial. Por otro, se exige que la contraparte del acto haya actuado de mala fe, entendiéndose que existe mala fe cuando tuviese conocimiento de la conducta fraudulenta del deudor. A este respecto, en los actos realizados a título gratuito el elemento subjetivo se hace irrelevante. Como se puede apreciar, en la acción rescisoria ordinaria no se toma en consideración el hecho de que el concursado fuera insolvente en el momento de realizar el acto y que la insolvencia se hubiera manifestado de forma notoria a los efectos de apreciar la mala fe de la contraparte.

Como la Ley Concursal ha determinado la aplicación de la acción rescisoria ordinaria, pero únicamente ha modificado el régimen en materia de legitimación y procedimiento, los presupuestos objetivo y subjetivo se aplicarán en sede concursal conforme a la regulación propia del Código Civil, con independencia de que desde el punto de vista de fondo el presupuesto del perjuicio y el presupuesto del fraude, cuando

[340] LEÓN SANZ, F.J., «El sistema de reintegración concursal», *op. cit.*, pág. 276.

se produce la declaración de concurso en los supuestos de hecho delimitados para la acción rescisoria ordinaria debieran haber recibido un tratamiento específico que tomara en consideración las especialidades que plantea la insolvencia y el régimen concursal.

Al igual que ocurre con los presupuestos, la Ley Concursal no se pronuncia acerca de si lo dispuesto para la acción rescisoria concursal en materia de efectos debe ser aplicado cuando el acto quede rescindido mediante la rescisión ordinaria. A pesar del silencio de la norma, parece que el principio de la paridad de trato debe informar el tratamiento en materia de efectos. Es decir, con ese bien no será satisfecho tan solo el acreedor que ejercite la acción, sino que el bien se integrará en la masa activa que servirá posteriormente para la satisfacción de todos los acreedores.

Pese a ello, en relación con la subordinación del crédito del tercero cuando actúe de mala fe, en la medida en que se trata de una medida que no respondería propiamente a un criterio material, sino que se aproxima a una suerte de sanción civil, la aplicación de esta esta regla parece que debería ceñirse tan solo cuando se produce la rescisión de un determinado acto en virtud de la acción rescisoria concursal.

2.7. Valoración crítica de la regulación de la acción rescisoria en la Ley Concursal

Una vez analizado el régimen de la acción rescisoria concursal, parece procedente plantear una valoración crítica tanto desde el punto de vista dogmático como desde el punto de vista de política jurídica.

Desde una perspectiva dogmática, deben hacerse una serie de consideraciones. Por un lado, la delimitación del supuesto general del artículo 71.1 LC presenta deficiencias. Descansa en la idea de perjuicio definido de forma equívoca con la expresión *perjuicio para la masa activa* y en la realización del acto en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso. No se ha tenido en cuenta la posición del tercero de buena fe ni la situación de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto. Los supuestos específicos que se tipifican con presunciones de Derecho necesario y con presunciones que admiten prueba en contrario se corresponden con los supuestos tradicionales en el Derecho de quiebras. Por otro lado, el tratamiento de los

efectos resulta incompleto y tampoco es plenamente consistente con la naturaleza rescisoria y con las especialidades de la acción rescisoria concursal.

Las deficiencias estructurales que presenta la regulación de las acciones rescisorias en la Ley Concursal no son una mera cuestión teórico-jurídica. Afectan de forma determinante a la seguridad jurídica y a la efectividad del sistema de reintegración. La falta de consideración de la buena fe de los terceros genera una incertidumbre en relación con la eficacia de los actos realizados por el concursado durante los dos años anteriores a la declaración de concurso.

La consideración del crédito de la contraparte que surge de la rescisión de un acto como deuda contra la masa que se ha de cumplir simultáneamente con la reintegración supone que la Ley concursal no ha equiparado el tratamiento del crédito de la contraparte con el crédito de los acreedores concursales, una opción que, además de apartarse del principio de *par conditio creditorum*, afecta inevitablemente a la efectividad del sistema de reintegración.

El régimen de la rescisión conduce a que la posibilidad de que se plantee el ejercicio de la acción rescisoria se incremente en relación con aquellos actos de disposición que consisten en la realización de pagos y en el otorgamiento de garantías. Se establecen presunciones específicas, de acuerdo con el Derecho tradicional de quiebras, en materia de pagos por deudas no vencidas y en relación con el otorgamiento de garantías. Los pagos anteriores al concurso favorecen al que lo recibe que no se ve sometido a la ley del dividendo a diferencia de los acreedores concursales. El otorgamiento de garantías supone que el acreedor se beneficie de una preferencia en el cobro sobre el bien entregado como garantía. En el caso de los pagos, como actos unilaterales del concursado, la rescisión determina únicamente la reintegración de lo recibido por la contraparte, pero no surge ningún crédito a su favor como consecuencia del ejercicio de la acción rescisoria. El crédito no satisfecho habrá de insinuarse en el concurso con la calificación que corresponda. La rescisión de las garantías, cuando proceda por cumplirse con los requisitos con independencia de la obligación principal, tiene como efecto la reintegración de la garantía y la devolución en su caso de lo que hubiera satisfecho el beneficiario de la garantía. La obligación principal tendrá que insinuarse en el concurso como un crédito no garantizado.

El tratamiento dado a los pagos y a las garantías afecta de forma decisiva a las refinanciaciones para el saneamiento de las empresas en crisis pues esta clase de acuerdos conllevan ordinariamente pagos, vencimientos anticipados y otorgamientos de nuevas garantías.

El régimen rescisorio está configurado desde la perspectiva de los fines de la Ley Concursal: la satisfacción colectiva de los acreedores, la finalidad tradicional del Derecho de quiebras. Desde un punto de vista de política jurídica, la regulación de la acción rescisoria concursal es consistente con esta finalidad y con un procedimiento que ordena el convenio y la liquidación para alcanzar este objetivo. De ahí la dificultad de llevar a cabo acuerdos que hicieran posible la continuidad de la empresa mediante una refinanciación que evitaran la declaración de concurso en la regulación originaria de la Ley Concursal de 2003.

A raíz de la crisis de 2007-2008, que ha afectado de forma especialmente relevante al sector financiero, se han realizado diferentes reformas de la Ley Concursal encaminadas a resolver las dificultades que planteaba el régimen de la rescisión para facilitar la continuidad de las empresas en crisis. A este respecto se ha procedido a una modificación del artículo 71.2 LC en relación con los vencimientos anticipados y las ejecuciones de garantía y en el establecimiento de las exenciones propias de determinados acuerdos de refinanciación que reúnan una serie de requisitos, regulados actualmente en el artículo 71 *bis* LC y en la Disposición adicional cuarta LC.

Las reformas legislativas que se han sucedido a lo largo de estos años y, fundamentalmente, las últimas de 2014 y 2015, han determinado que se hayan objetivado los supuestos y se hayan introducido medidas también en materia de garantías, pagos, daciones en pago, vencimientos anticipados, etc., que tratan de asegurar que no se produce un *sacrificio patrimonial injustificado* en relación con la adopción de refinanciaciones. Ahora bien, conviene observar que estas modificaciones que tienden a favorecer la continuidad de las empresas reforman en aspectos concretos una Ley que no estaba concebida originariamente para atender a esta finalidad, al menos, no de manera principal sino en función de la satisfacción colectiva de los acreedores, lo que plantea tensiones ineludibles en la aplicación de la regulación concursal. En materia rescisoria cobra una especial significación la integración

sistemática de las modificaciones normativas que se han producido con el régimen de la acción rescisoria que persiste y que no se ha modificado.

CAPÍTULO V

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

1. Contraste entre la regulación del Derecho nortemaricano y el Derecho italiano

2. Situación desde la aprobación de la Ley Concursal en 2003 hasta 2009

3. Los acuerdos de refinanciación tras las reformas del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, y de la Ley 38/2011, de 10 de octubre

4. Los acuerdos de refinanciación tras las reformas del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y de la Ley 9/2015, de 25 de mayo

4.1 La opción por mayorías de acreedores delimitadas normativamente en lugar de la formación de clases

4.2. La paralización de ejecuciones

4.3. El estado del deudor para proceder a la celebración de un acuerdo de refinanciación

4.4. Tipología de acuerdos de refinanciación

4.4.1. Los acuerdos de refinanciación «atípicos» y el régimen de las garantías otorgadas en virtud de los mismos

4.4.2. Acuerdos de refinanciación «colectivos»

4.4.2.1. Referencia a las garantías otorgadas en virtud de los acuerdos de refinanciación «colectivos»

4.4.3. Acuerdos de refinanciación «singulares»

4.4.3.1. Referencia a las garantías otorgadas en virtud de los acuerdos de refinanciación «singulares»

4.4.4. Acuerdos de refinanciación homologados ordinarios

4.4.4.1. Referencia a las garantías otorgadas en virtud de los acuerdos de refinanciación homologados

4.4.5. Efectos de los acuerdos de refinanciación ordinarios

4.4.6. Extensión de efectos a otros acreedores en virtud de la homologación

4.4.7. El procedimiento de homologación de un acuerdo de refinanciación

4.4.8. Oposición a la homologación

4.4.8.1. Legitimación para oponerse

4.4.8.2. Motivos de la oposición

4.4.8.3. Consecuencias de la sentencia que resuelve sobre la oposición

5. El ejercicio de acciones de ineficacia frente a los acuerdos de refinanciación

5.1. Al margen del concurso: el ejercicio de cualquier acción de impugnación

5.2. En el procedimiento concursal

5.2.1. Inmunidad frente a la acción rescisoria concursal si concurren los presupuestos tipificados

5.2.2. Impugnación de los acuerdos homologados judicialmente

6. Contraste entre la regulación del Derecho italiano y el Derecho español y, a su vez, con el Derecho norteamericano

7. Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal

8. Propuesta de Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad

CAPÍTULO V

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

1. Contraste entre la regulación del Derecho nortemaricano y el Derecho italiano

Con el fin de apreciar la regulación de los acuerdos de refinanciación en el Derecho español, se debe con carácter previo realizar un contraste donde se ponga de manifiesto el diferente tratamiento de las refinanciaciones para hacer posible el saneamiento de las empresas en situaciones de dificultades económicas en el Derecho norteamericano y en el Derecho italiano.

Para proceder al saneamiento de una empresa resulta necesario obtener financiación y, para poder obtenerla, se necesita otorgarle confianza a los financiadores de que será devuelta o cumplida. Esa financiación cumple diferentes finalidades, entre ellas, tratar de remediar el endeudamiento excesivo, otorgar financiación por falta de liquidez o bien realizar una reestructuración empresarial.

En el Derecho norteamericano, una vez declarado el concurso, se prevén una serie de garantías a los financiadores que permiten obtener liquidez para continuar con la actividad empresarial. Asimismo, se contemplan mecanismos, los cuales son incluidos en el plan de reorganización, que permiten sustituir la financiación, una reducción, o una capitalización de créditos, que hacen posible una reducción del pasivo o que permiten el desendeudamiento, con la finalidad de que las obligaciones asumidas puedan ser cumplidas a través del desarrollo de la actividad empresarial. Finalmente, también se prevé la posibilidad de llevar a cabo una reestructuración empresarial que conlleva la obtención de nueva financiación a largo plazo, la cual está sujeta, normalmente, a la aprobación del plan de reorganización, aunque no necesariamente.

Las financiaciones se efectúan, principalmente, en el marco del procedimiento concursal, de tal forma que se cuenta con unas garantías judiciales para realizarlas. Además, entra en juego el principio de universalidad, de tal forma que en el proceso intervienen todos los acreedores. En ese contexto, las medidas que pueden ser adoptadas

y las garantías que pueden ser otorgadas son mucho más intensas que si se realizan en una fase prejudicial o preconcursal.

Entre esas medidas o garantías no sólo se prevé la posibilidad de la prededucibilidad de hasta el cien por cien del crédito otorgado, sino que se establecen también otras medidas adicionales de especial relevancia. Por un lado, una prioridad frente al resto de obligaciones que se han de satisfacer a su vencimiento, de tal forma que el préstamo debe ser satisfecho con carácter preferente a los compromisos que se contraigan y con independencia de que se apruebe el plan de reorganización. Pueden establecerse, además, garantías sobre activos que puedan ser objeto de gravamen, o bien, pueden establecerse garantías de segundo rango sobre bienes que ya se encontrasen gravados. Pero además, puede contarse con una prioridad absoluta, de tal forma que el deudor puede obtener financiación otorgando garantías sobre sus activos independientemente de que ya existiesen gravámenes previos a favor de acreedores que sean diferentes al financiador.

Estas medidas mencionadas van dirigidas fundamentalmente a permitir la obtención de liquidez y a la posibilidad de efectuar la reestructuración empresarial necesaria para que la empresa pueda continuar.

En ese contexto, no resulta necesaria la exención frente a la acción rescisoria de las refinanciaciones llevadas a cabo con carácter previo al concurso, porque la financiación descrita, como regla general, se realiza dentro de procedimientos judiciales, como es el caso del procedimiento del Capítulo 11. Por ese motivo, al tener cauces dentro del concurso que son suficientemente efectivos, no se ha establecido un régimen especial preconcursal.

En la medida en que estos acuerdos son realizados en el marco de un procedimiento concursal bajo supervisión judicial, permiten asegurar la continuidad de la empresa y obtener la financiación necesaria de forma efectiva. Por este motivo, no se hace necesario establecer medidas para obtener dicha financiación sin la declaración de concurso y con carácter previo y tampoco fijar un régimen especial en materia de rescisión para esta clase de acuerdos. Al mismo tiempo, las posibilidades que ofrece el régimen concursal para efectuar una reestructuración empresarial también facilitan que los acreedores lleguen a un acuerdo con el deudor que asegure la continuidad de la

empresa sin necesidad de proceder a la declaración de concurso, a través de lo que se conoce como *Prepack*.

Las excepciones que están previstas en el § 547 en relación con la rescisión de las *preferencees*, tan solo tratan de evitar las financiaciones abusivas en situaciones preconcursales. De esta forma, mediante el establecimiento de supuestos tasados que establecen la rescisión de financiaciones abusivas, se fomenta la refinanciación con carácter previo al Capítulo 11, por ejemplo en el marco de un *Prepack*, de tal forma que, en principio, la financiación será adecuada siempre que no pueda ser encuadrada dentro de alguno de los supuestos contemplados en la norma que establecen la rescisión de financiaciones abusivas.

En definitiva, existe una suerte de delimitación negativa, en virtud de la cual, la rescisión quedaría restringida a los supuestos de financiación abusiva y, fuera de esos casos operaría el régimen general de rescisión y, por tanto, el riesgo rescisorio sería relativamente bajo siempre que la financiación sea consistente con las necesidades del deudor para resolver la situación de dificultades económicas.

En el Derecho italiano, si bien la continuidad de la empresa parece no constituir una finalidad en sí misma en el Derecho concursal tradicional, las reformas que se han producido a lo largo de estos años en la *Legge Fallimentare* parecen ir encaminadas en esa dirección. El hecho de modificar la ley existente que estaba pensada para satisfacer a los acreedores conlleva que los instrumentos introducidos, hasta cierto punto, no tienen la misma efectividad que tienen en Derecho norteamericano, en el que el procedimiento está pensado expresamente para la continuidad de la empresa como finalidad principal.

De ahí que se trate de buscar la solución con carácter previo, mediante un acuerdo realizado entre el deudor y sus acreedores que evite que aquel sea declarado en concurso, otorgándole al acuerdo una serie de garantías que aseguren su vigencia incluso en caso de un concurso posterior.

Al llevarse a cabo las financiaciones fuera del concurso, las medidas que se establecen descansan en asegurar su razonabilidad y proporcionalidad de cara al saneamiento y la continuidad de la empresa que se encuentra en una situación de dificultades económicas. Esta circunstancia determina que estas medidas sean,

necesariamente, limitadas, y que las garantías no sean equivalentes a las que se alcanzan en el Derecho norteamericano.

Para que pueda procederse al saneamiento en Italia con carácter previo al concurso es imprescindible establecer una exención frente a la revocatoria. En la medida en que el saneamiento financiero se realiza en el Derecho italiano en una fase anterior a la declaración de *fallimento*, se requiere establecer la exención a la *azione revocatoria* de las financiaciones otorgadas cuando éstas cumplan con una serie de presupuestos.

De esta forma, se establece una suerte de delimitación positiva, pues tan solo pueden acogerse a este régimen las financiaciones que cumplan con los presupuestos establecidos en la norma, los cuales van orientados a evitar que se impongan sacrificios desproporcionados y a que se obtengan ventajas injustificadas, todo ello siempre que se pueda alcanzar la finalidad de continuidad de la empresa.

Esos presupuestos, que son necesarios para blindar las medidas adoptadas frente a la revocatoria en caso de concurso, son siempre comprobados o verificados por el juez. Así, para que un acuerdo quede al margen de la acción revocatoria en caso de un posterior concurso de acreedores, debe ser homologado por el juez, quien verificará que se cumplen los presupuestos recogidos en la norma. De cumplirse con los requisitos, el juez procederá a su homologación y, transcurrida la fase de oposición, no será susceptible de impugnación posterior.

El procedimiento de refinanciación en Italia no se lleva a cabo bajo la supervisión judicial, pero sí es cierto que aquellos requisitos exigidos por la norma para que se produzcan los efectos en ella desplegados –tales como el carácter de crédito prededucible al crédito que surja de la nueva financiación, la prohibición de iniciar o continuar acciones individuales o cautelares sobre el patrimonio del deudor, o la exención a la revocatoria- son verificados por el juez, a lo que se añade que debe quedar asegurada razonablemente la continuidad de la empresa y el pago íntegro a los acreedores que no hubieran suscrito el acuerdo, de forma que se evite la declaración de un concurso con posterioridad al acuerdo de refinanciación. La manera de sanear la empresa solo puede ser realizada en cumplimiento de los requisitos que establece el

legislador y el juez verificará que, efectivamente, el acuerdo cumple con los presupuestos establecidos.

Además, en la medida en que, dentro del pasivo, los acreedores financieros tienen una importancia relevante que hace que se encuentren en condiciones de reestructurar la financiación que permita la salida de la crisis del deudor, se han ampliado las categorías de acuerdos que se pueden adoptar. Todas estas actuaciones se llevan a cabo antes del concurso con un control judicial limitado y, con este objeto, se tipifican los presupuestos necesarios para que el acuerdo quede al margen de la acción revocatoria.

En resumen, en la medida en que el concurso en el Derecho norteamericano está orientado a la continuidad de la empresa, se han previsto una serie de medidas para que, en el seno del mismo, pueda obtenerse la financiación necesaria para hacerla viable y, además, con las normas que aseguren la consistencia y la seguridad jurídica de esas operaciones.

Con carácter previo al concurso no se establece un régimen especial en materia de rescisión para los supuestos de refinanciación, sino que es de aplicación el régimen general. Ahora bien, se tipifican una serie de supuestos en relación con la financiación abusiva. En consecuencia, resulta menos probable la rescisión de las financiaciones que no sean abusivas pues, pese a no existir un régimen especial de exención frente a la rescisión, al haberse establecido un régimen especial cuando la financiación es abusiva, el riesgo rescisorio disminuye cuando la financiación otorgada no pueda encuadrarse en alguno de los supuestos tasados.

El procedimiento de adopción de un acuerdo de refinanciación en el Derecho italiano, en contraste con el Derecho norteamericano, si bien es cierto que puede ser más rápido, presenta el inconveniente de que las medidas no van a poder ser equivalentes, no van a poder tener la entidad ni la efectividad, ni van a tener la garantía ni la seguridad jurídica con la que cuentan si se efectúan en el marco de un procedimiento concursal orientado a la finalidad de facilitar la continuidad de la empresa mediante su reestructuración.

Al abordarse las financiaciones con carácter previo al concurso, se establece una exención frente a la acción rescisoria. En ese sentido, el deudor y sus acreedores pueden alcanzar acuerdos que cumplan con los presupuestos descritos por el legislador, de tal

forma que se evite el riesgo rescisorio de los mismos y se incremente la seguridad jurídica para llevarlos a cabo. El cumplimiento de estos requisitos está sujeto a control judicial.

2. Situación desde la aprobación de la Ley Concursal en 2003 hasta 2009

Uno de los grandes problemas que presentaba la Ley Concursal aprobada en el año 2003 era la dificultad para permitir la continuidad de la empresa cuando se encontraba en una situación de dificultades económicas y ello, pese a que se primaba en el marco del procedimiento concursal el convenio frente a la liquidación[341]. En la medida en que los créditos con garantía real se calificaban –y se califican- en el concurso como créditos con privilegio especial y que el convenio sólo les afectaba –y afecta- si su titular firmaba la propuesta, votaba a su favor o se adhería a ella o al convenio aprobado, se hacía difícil la salida de la situación de dificultades económicas de una empresa llevando a cabo quitas y aplazamientos tan solo respecto de los acreedores ordinarios y subordinados.

Igualmente, el régimen rescisorio previsto en la Ley Concursal era un obstáculo para llevar a cabo financiaciones que posibilitaran al deudor salir de la situación de dificultades económicas y evitar así la solicitud de concurso.

La forma en que está regulada la acción rescisoria concursal y, en concreto, como han sido tratados los efectos de la rescisión, hace que resulte más beneficioso para la masa la rescisión de actos unilaterales, tales como pagos y garantías, los cuales son los que inciden de una manera directa en las refinanciaciones.

---

[341] La propia Ley Concursal de 2003, en su apartado VI de la Exposición de motivos, manifiesta que «*Las soluciones del concurso previstas en la ley son el convenio y la liquidación para cuya respectiva tramitación se articulan específicas fases en el procedimiento.*

El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud».

Ante una situación de dificultades, la regulación de la rescisión en la Ley Concursal desincentiva las refinanciaciones en la medida en que se teme que, si posteriormente es declarado el concurso, se puedan ver impugnados los vencimientos anticipados, los pagos y las garantías otorgadas en virtud del mismo. Junto a ello, existía también la incertidumbre de la posibilidad de subordinar el crédito que surgiera en virtud de la rescisión si se declaraba la mala fe de la contraparte.

De esta forma, tal y como está configurada la acción rescisoria, si no se hubiese establecido un régimen particular que salvase las refinanciaciones, las empresas estarían abocadas a liquidación concursal.

3. Los acuerdos de refinanciación tras las reformas del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, y de la Ley 38/2011, de 10 de octubre

Como acaba de exponerse, el régimen de la insolvencia instaurado tras la aprobación de la Ley Concursal en el año 2003 resultó, objetivamente, poco adecuado para posibilitar el saneamiento de las empresas en una situación de dificultades económicas, sobre todo, tras la crisis financiera que comenzó en el año 2007.

En ese contexto, las refinanciaciones corrían un riesgo rescisorio puesto que si posteriormente se declaraba el concurso de acreedores, cabía la posibilidad de que se procediera a la rescisión de los actos, contratos, garantías, etc, que se habían realizado en el marco de esos acuerdos de refinanciación por resultar perjudiciales conforme al artículo 71 LC.

Ello provocó que con anterioridad a 2009, fueran pocos los acreedores que asumieran el riesgo de realizar acuerdos de refinanciación con deudores que se encontraban en dificultades económicas.

Para tratar de paliar esta situación, se introdujo en el RDL 3/2009 un régimen especial para los acuerdos de refinanciación previsto en la Disposición adicional cuarta LC. Se adoptaron una serie de medidas extraordinarias para resolver,

fundamentalmente, un problema de interés general, la gravedad de la crisis financiera que se había desencadenado[342].

La regulación de los acuerdos de refinanciación introducidos en el año 2009 se caracterizaban por la necesidad de que se dieran tres circunstancias: en primer lugar, era necesario que se produjese una refinanciación en sí misma, esto es, o una ampliación del crédito disponible o una reducción de las obligaciones del deudor[343]. En segundo lugar, se hacía necesario contar con un plan de viabilidad que garantizase la continuidad de la actividad del deudor tanto a corto como a medio plazo, el cual, a falta de determinación legal, debía hacerse coincidir con el plazo de dos años del «periodo sospechoso» del artículo 71 LC en materia de reintegración. Y, en tercer lugar, era necesaria la concurrencia de tres requisitos: el acuerdo de refinanciación debía ser suscrito por acreedores que representasen, al menos, el sesenta por ciento del pasivo[344], se hacía necesario también contar con un informe de un experto independiente[345] y, por último, éste debía formalizarse en instrumento público[346].

---

[342] En la concepción inicial de los acuerdos de refinanciación del año 2009, uno de los fines de la norma consistía en posibilitar la continuidad de la compañía a través de la transmisión de activos inmobiliarios con el objetivo de reducir la deuda, principalmente en aquellas sociedades que tenían por objeto la dedicación al mercado inmobiliario, ya que éstas, tras el comienzo de la crisis económica de 2007 y 2008, tenían un exceso de endeudamiento como consecuencia de una reducción del valor de los activos y la falta de liquidez como consecuencia de la disminución en la demanda de activos inmobiliarios. LEÓN SANZ, F.J., «La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales», en ROJO, Á., / CAMPUZANO, A., (Dirs), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, Volumen 2, 2015, págs. 1343-1349

[343] En relación a la primera posibilidad, era necesario un mayor riesgo por parte del acreedor, por lo que no bastaba con otorgar un crédito con el simple objetivo de cancelar una deuda anterior. En relación a la segunda, podía consistir o en una prórroga en el plazo del vencimiento o en contraer otras obligaciones en sustitución de las anteriores.

[344] No era necesario que ese sesenta por ciento del pasivo refinanciase sino que bastaba con que consintiese la refinanciación.

[345] El informe debía versar sobre la suficiencia de la información otorgada por el deudor, el carácter razonable del plan de viabilidad para ser cumplido en el plazo marcado y la proporcionalidad de las garantías otorgadas en relación con las condiciones de mercado. En este punto, considera SANCHEZ CALERO que «*La opinión del experto adquiere en este punto el marcado carácter de un juicio técnico,*

Los acuerdos de refinanciación que cumpliesen con los requisitos que acabamos de mencionar tenían fundamentalmente el efecto de que tanto éste como los negocios que lo integraran y los actos que se realizaran en cumplimiento de los acuerdos adoptados no serían susceptibles de rescisión conforme al artículo 71 LC en un posterior concurso. Sin embargo, y a pesar de su inmunidad frente a la acción de reintegración, los acuerdos sí podían ser rescindidos conforme a la acción revocatoria o pauliana del Código Civil o por cualquier otra vía de impugnación –*ex* artículo 71.7 LC -.

Tras la reforma de la Ley Concursal del año 2011, los acuerdos ordinarios que anteriormente estaban previstos en la Disposición adicional cuarta LC se trasladan al artículo 71.6 LC. Se modifica también el artículo 72.2 LC, el cual establece que «*Sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71.6. Para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el apartado anterior*»[347].

En la Disposición adicional cuarta LC se establece una nueva categoría de acuerdos de refinanciación que debían ser suscritos entre el deudor y un porcentaje determinado del pasivo financiero. En esta clase de acuerdos se preveía la posibilidad de

---

puesto que reclama no sólo la cualificación profesional adecuada para analizar los aspectos financieros y empresariales (comerciales, laborales, inversores, etc.) recogidos en el plan de viabilidad, sino también la capacidad de conectar las condiciones del plan con las especiales características del sector económico en el que se ubique el deudor». En SÁNCHEZ-CALERO, J., «Refinanciación y reintegración concursal», en *http://eprints.sim.ucm.es/9658/1/Refinanciaconcursal.pdf.* pág. 27.

[346] Sobre algunos problemas en relación con la introducción de una regulación específica de los acuerdos de refinanciación en los años 2009 y 2011, véase JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., «Las insuficiencias del sistema de reintegración…, *op. cit.*, págs. 39-52.

[347] Se observa como parecía producirse una antinomia entre el artículo 71.6 LC y el artículo 72.2 LC, por cuanto se blindaban frente a la rescisión los acuerdos de refinanciación que cumpliesen los requisitos establecidos en el primero de los preceptos pero, a continuación, en el segundo parecía permitirse el ejercicio de la acción. La interpretación que debía realizarse era aquella en la que el artículo 72.2 LC permitía el ejercicio de la acción rescisoria frente a los acuerdos de refinanciación que no cumpliesen con los presupuestos del artículo 71.6 LC si resultaban perjudiciales y se habían celebrados en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Así lo señalaba OLIVENCIA. En OLIVENCIA, M., «Concurso y preconcurso», en *RDCP*, nº 22, 2015, págs. 16 y 17.

que se procediese a la homologación judicial y de extender efectos a acreedores que tuvieran la condición de entidad financiera que no lo hubieran suscrito.

Para que un acuerdo pudiera ser homologado debía de ser aceptado por acreedores que representasen tres cuartas partes del pasivo titularidad de entidades financieras[348]. Además, junto con los requisitos previstos para los ordinarios, se exigía el cumplimiento de otros presupuestos adicionales: no podía suponer un sacrificio desproporcionado para las entidades que no lo suscribiesen y el deudor no podía haber solicitado otra homologación de un acuerdo en el año anterior.

De cumplirse con estos requisitos adicionales, el acuerdo de refinanciación produciría una serie de consecuencias que se sumarían a las ya mencionadas para los acuerdos ordinarios. De esta forma, las esperas pactadas podían extenderse, hasta un máximo de tres años a las entidades de crédito que no lo hubieran pactado, siempre que sus créditos no contasen con garantía real; también podía acordarse la suspensión de las ejecuciones promovidas por entidades financieras durante el plazo de la suspensión. En todo caso, los acreedores mantendrían sus derechos frente a los obligados solidariamente, fiadores y avalistas, del deudor.

4. Los acuerdos de refinanciación tras las reformas del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y de la Ley 9/2015, de 25 de mayo

Las reformas introducidas en la Ley Concursal en los años 2014 y 2015 han sido las que han modificado de una manera más completa el régimen de la insolvencia desde la instauración de la Ley Concursal en el año 2003. Tales modificaciones, llevadas a cabo en diferentes momentos a lo largo de esos dos años, han tenido como base

[348] La Ley no recogía expresamente qué debía entenderse por *pasivo titularidad de entidades financieras*, lo que suscitaba importantes problemas a la hora de determinar la base para calcular las mayorías necesarias para la adopción de un acuerdo de refinanciación homologado. Así, QUIJANO, J., La reforma spagnola del 2011 del diritto concursuale: contesto ed aspetti di maggiore rilevanza, en *Dir. fall.*, nº 6, 2013, pág.942.

fundamental tratar de posibilitar la continuidad de aquellas empresas que se encontraban en dificultades económicas.

Para tal fin, una de las reformas que mayor calado ha tenido sobre nuestra Ley Concursal ha sido la modificación del régimen de los acuerdos de refinanciación preconcursales, del convenio y en relación con la liquidación concursal de empresas.

El RDL 4/2014, convalidado por la Ley 17/2014 y, posteriormente, con la Ley 9/2015, ha ampliado la tipología de los acuerdos de refinanciación que quedan inmunes a la acción rescisoria concursal. Por un lado, el artículo 71 *bis* LC, establece la regulación de dos tipos no homologados judicialmente: los acuerdos de refinanciación denominados como «colectivos» y aquellos denominados como «singulares». Por otro lado, se modifica la Disposición adicional cuarta LC, dividiéndose los acuerdos homologados judicialmente, a su vez, entre aquellos en los que los efectos son exclusivamente *inter partes* y aquellos en los que se extienden a determinados acreedores que no lo suscribieron.

4.1. La opción por mayorías de acreedores delimitadas normativamente en lugar de la formación de clases

En el Derecho español, la determinación de las mayorías necesarias para la aprobación de los acuerdos resulta ser diferente en función del tipo de acuerdo: así, para los acuerdos de refinanciación «singulares» y «colectivos» previstos en el artículo 71 *bis* LC la mayoría necesaria se calculará sobre la totalidad del pasivo; para los acuerdos homologados ordinarios y aquellos acuerdos a los que se extienden los efectos del mismo a otros acreedores de pasivos financieros que no contasen con garantía real, las mayorías se calcularán sobre la totalidad del pasivo financiero; y, por último, para aquellos acuerdos a los que se extiendan los efectos también a acreedores que cuenten con una garantía real, la mayoría se calculará sobre el pasivo financiero garantizado.

El legislador español ha optado por el establecimiento de diferentes mayorías en función del tipo de acuerdo y de la extensión de los efectos a acreedores disidentes. Aunque el plan de saneamiento que pueda salvar la compañía esté justificado y sea

razonable económicamente, si no se alcanzan los porcentajes exigidos no podrá llevarse a cabo.

Parece que, en la medida en que tras la reforma de la Ley Concursal de 2014 y 2015 se ha prescindido en una parte importante de la intervención judicial, con la finalidad, principalmente, de evitar costes y acelerar el proceso, se ha optado por la formación de mayorías, computadas sobre una base diferente en función de los efectos que despliegue, en lugar de por la formación de clases, para evitar la litigiosidad que genera la disconformidad por la inclusión en una u otra clase. Sin embargo, se echan en falta mayores garantías jurisdiccionales en atención a los efectos que despliega un acuerdo de estas características y donde, además, en ocasiones se produce la extensión de efectos a acreedores que no han consentido el acuerdo.

4.2. La paralización de ejecuciones

Antes de centrarnos en el estudio de los diferentes tipos de acuerdos de refinanciación existentes tras las reformas de 2014 y 2015, se hace necesario plantear la cuestión de la paralización de ejecuciones.

Con anterioridad al año 2014, no se recogía en nuestra Ley Concursal ni en ninguna otra disposición la paralización de ejecuciones singulares en la fase de negociación de los acuerdos de refinanciación. Tan sólo se preveía que, una vez que el deudor ponía en conocimiento del juez competente que se encontraba negociando un acuerdo de refinanciación, quedaba ampliado el plazo para solicitar la declaración de concurso.

Tras la reforma del año 2014, el artículo 5 *bis* LC recoge en su apartado 4º la paralización de ejecuciones y la suspensión de las ya iniciadas de bienes que sean necesarios para la continuidad de la actividad, en el transcurso del plazo desde la comunicación realizada al Juzgado de lo mercantil de que se están llevando a cabo negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación –cualquier tipo de acuerdo, no

necesariamente aquel que reúna los presupuestos necesarios para que no pueda ser rescindido[349]- hasta que se formalice efectivamente el mismo.

La reforma del legislador concursal del año 2014 sigue la línea del legislador italiano del año 2010 que introdujo la paralización y suspensión de ejecuciones, con carácter previo a la apertura del procedimiento concursal, cuando el deudor se encontraba negociando con sus acreedores un acuerdo de reestructuración de deudas de los previstos en el artículo 182 *bis LF*.

La suspensión se extiende a las ejecuciones singulares, ya sean judiciales o extrajudiciales, sobre cualquier bien –no sólo sobre los esenciales para la continuidad de la actividad- promovidas por acreedores de pasivos financieros, cuando las negociaciones se estén realizando con acreedores que representen, al menos, el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero, y aun cuando no se haya realizado la comunicación al juez competente prevista en el artículo 5 *bis* LC.

Además, pueden quedar suspendidas las ejecuciones incluso a acreedores que cuenten con algún tipo de garantía real. Si bien pueden ejercitar la acción ejecutiva contra los bienes afectados por la garantía, ésta puede quedar suspendida, tal y como nos dice el penúltimo párrafo del artículo 5 *bis*. 4º LC, una vez iniciado el procedimiento, cuando recaiga sobre bienes necesarios para la actividad si el deudor presenta comunicación de encontrarse en situación de insolvencia o en aquel supuesto en que se hubieran iniciado negociaciones para un acuerdo de refinanciación con ese cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero.

La medida introducida por el legislador facilita sin duda el inicio de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación[350]. Sin embargo, tal y

[349] SÁNCHEZ-CALERO, J., «La rescisión de los acuerdos de refinanciación», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 340 y 341.

[350] De hecho, el artículo 5 *bis* LC se asemeja a la disposición que contiene la Propuesta de Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad en esta materia (artículo 6.1), de tal forma que no resulta necesario acreditar que se están llevando negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, sino que basta la simple comunicación al juzgado de que se están llevando a cabo. GARCIMARTÍN, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II). Moratoria preconcursal», en *El Almacén de Derecho*, 11 de diciembre de 2016

como ha sido destacado por la doctrina, «*la objeción más relevante que presenta el nuevo régimen es la falta de garantías jurídicas para los acreedores que no intervienen en los acuerdos de refinanciación. La comunicación del deudor de que se encuentra en estado de insolvencia es una mera manifestación que realiza el deudor sin tener que acreditarlo en forma alguna y sin que sea objeto de comprobación judicial. La ausencia de control jurisdiccional sobre una cuestión que incide de forma tan grave en los derechos de los acreedores constituye una de las principales carencias que presenta el régimen introducido por la Reforma en esta materia*»[351].

4.3. El estado del deudor para proceder a la celebración de un acuerdo de refinanciación

Cabe preguntarse, además, si entre los presupuestos necesarios para la celebración de un acuerdo de refinanciación, se encuentra la insolvencia o no del deudor. De una simple lectura del artículo 71 *bis* LC y de la Disposición adicional cuarta LC puede apreciarse que entre los requisitos exigidos no se encuentra la situación de insolvencia del deudor, ni actual ni inminente.

Esta cuestión se ha planteado por la doctrina y la jurisprudencia en relación con los acuerdos de refinanciación homologados, pero la Ley Concursal no parece establecer diferencias entre los acuerdos del artículo 71 *bis* LC y los de la Disposición adicional cuarta LC en esta materia. La doctrina y la jurisprudencia han mantenido posturas diferentes. Un sector[352] ha considerado que la insolvencia, bien actual, bien inminente, es presupuesto necesario para que un deudor pueda solicitar la homologación

---

(*https://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal/*).

[351] LEÓN SANZ, F.J., «La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales», en *catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/AJ8-216.pdf.*

[352] AZOFRA, F., *La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*, Editorial Reus, 2016, pág. 19, quien considera que el juez a la hora de proceder a la homologación debe valorar la situación de insolvencia actual o inminente. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Reflexiones sobre las soluciones preconcursales», en *RDCP*, nº 16, 2012, (versión electrónica).

de un acuerdo de refinanciación, apoyándose en diferentes argumentos. En primer lugar, que no puede ignorarse que los acuerdos de refinanciación se enmarcan dentro de la Ley Concursal y que responden a un plan de viabilidad. En segundo lugar, que prevé la paralización de ejecuciones desde la solicitud de homologación hasta que se dicte el auto de homologación por parte del juez, por lo que se presupone que el deudor se encuentra en graves dificultades financieras. Y, en último lugar, no puede desconocerse que el instituto de los acuerdos de refinanciación ha sido introducido mediante el Anexo A del Reglamento de la Unión Europea 2015/848 de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.

Desde otra perspectiva hay autores[353] que entienden que, en la medida en que la homologación del acuerdo persigue fundamentalmente reestructurar empresas que son viables operativamente pero que no lo son por estar excesivamente apalancadas, resultaría muy difícil lograr ese objetivo si tan solo pudiese llevarse a cabo la homologación cuando el deudor ya se encuentra en una situación de insolvencia inminente. Junto a este argumento, añaden que la Disposición adicional cuarta LC no recoge entre los presupuestos de la homologación la situación de insolvencia inminente o actual del deudor[354].

[353] CÁRDENAS SMITH, F. DE, «Presente y futuro de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación», en *Diario La Ley*, nº 8896, 2017 (versión electrónica): «*La homologación tiene como objetivo, como antes hemos señalado, facilitar la reestructuración financiera de compañías viables desde un punto de vista operativo pero inviables desde el punto de vista financiero por estar excesivamente apalancadas, evitando su concurso y posterior liquidación. Limitar el acceso a la homologación a aquellas sociedades que se encuentren en situación de insolvencia inminente frustraría por completo este objetivo*» y añade que «*La Disposición adicional Cuarta de la Ley Concursal no impone que el deudor que solicita la homologación se encuentre en estado de insolvencia inminente, y carecería de sentido forzar al deudor a esperar hasta el último minuto para poder presentar la solicitud de homologación. Para solicitar la homologación no es necesario que el deudor se encuentre en estado de insolvencia inminente*».

[354] De la misma forma, la SJM nº 10 de Barcelona de 29 de noviembre de 2016 manifiesta que «*La aplicación de la Disposición adicional Cuarta de la Ley Concursal no requiere la concurrencia de un presupuesto de insolvencia actual o inminente para solicitarla homologación del acuerdo de refinanciación. El acuerdo de refinanciación es un instrumento alternativo al concurso de carácter preventivo o paliativo al estado de insolvencia. Por lo que no puede entenderse que la aplicación de la Disposición adicional Cuarta de la Ley Concursal, y la homologación del acuerdo de refinanciación*

Si bien puede tener justificación la flexibilización en la apreciación de la situación del deudor, como sostiene esta última opinión, de tal forma que en la medida en que lo que se pretende es la continuidad de la empresa, resultaría consistente que no hubiera que esperar al estado de insolvencia del deudor para llevar a cabo un acuerdo de refinanciación que desplegase los efectos hasta ahora descritos, parece que no puede pretenderse blindar frente a la acción rescisoria aquellos acuerdos realizados en una situación de meras dificultades que no impidan el cumplimiento regular de las obligaciones, con el simple hecho de que se cumplan con los presupuestos descritos en la Disposición adicional cuarta LC.

4.4. Tipología de acuerdos de refinanciación

Tras las modificaciones producidas en los años 2014 y 2015, el legislador ha previsto diferentes clases de acuerdos de refinanciación con el objeto de que las empresas puedan acogerse a diferentes modalidades según más convenga a sus intereses.

Podemos diferenciar entre los acuerdos de refinanciación que no se encuentran regulados en la Ley Concursal –y que denominaremos como «atípicos»-, los denominados como «colectivos», los denominados como «singulares», y los acuerdos de refinanciación homologados y dentro de estos últimos y atendiendo a los efectos que despliegan, pueden ser ordinarios, con efectos extendidos o con efectos extendidos extraordinarios.

---

exija como presupuesto o conditio sine qua non, que las entidades solicitantes se encuentren en situación de insolvencia actual o inminente. Ninguna dicción de la Disposición adicional Cuarta de la Ley Concursal exige este requisito para homologar el acuerdo de refinanciación suscrito por los acreedores», y añade posteriormente que «*La exigencia de tal requisito, iría en contra de la propia finalidad de la institución, que precisamente tiene por objeto propiciar la refinanciación de la deuda, evitando que el deudor caiga en situación de insolvencia y tenga que solicitar la declaración de concurso*».

4.4.1. Los acuerdos de refinanciación «atípicos» y el régimen de las garantías otorgadas en virtud de los mismos

Los acuerdos de refinanciación «atípicos» son aquellos que ni han sido homologados judicialmente ni cumplen con los presupuestos recogidos en el artículo 71 *bis* LC y que, por tanto, el legislador no ha previsto normativamente su irrescindibilidad, de cumplir con ciertos requisitos.

En este sentido, parece claro que quedan sujetos al régimen general de rescisión concursal del artículo 71 LC. Frente a ellos puede ejercerse una acción rescisoria si se considera que han resultado perjudiciales y se han realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso. En principio, parecen ser de aplicación las presunciones contenidas en el artículo 71.2 LC y 71.3 LC que simplifican la aplicación del régimen y facilitan la prueba.

El hecho de que los acuerdos no cumplan con los presupuestos recogidos por el legislador en el artículo 71 *bis* LC ni en la Disposición adicional cuarta LC, no implica necesariamente que resulten perjudiciales. En este sentido la STS 363/2014, de 9 de julio, ha manifestado que «*ni la norma que introduce los acuerdos de refinanciación, ni las posteriores reformas concursales que los ha modificado impiden que para los acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prescita recientemente en la Disposición adicional 4ª y en el art. 71 bis, deba seguir examinándose, caso por caso, si existe o no sacrificio patrimonial injustificado como venía haciéndose hasta ahora, pues aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas normas pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del art. 71 LC*».

En relación con el objeto de rescisión, se plantea si la acción rescisoria se ha de ejercitar frente al acuerdo en su conjunto, o es posible hacerlo respecto de cada operación que lo compone. Cabría plantear el supuesto de actos realizados en el marco de un acuerdo de refinanciación que consisten en el otorgamiento de garantías que aseguran deudas preexistentes. De manera aislada, podría tratarse la rescisión de las mismas por resultar éstas perjudiciales y, además, resultaría de aplicación al supuesto la norma prevista en el artículo 71.3.2º LC, donde se presume el perjuicio en aquellas garantías otorgadas sobre obligaciones preexistentes.

Algunos tribunales han optado por analizar la operación de manera aislada, negando eficacia a cualquier garantía otorgada sobre obligaciones preexistentes, para lo cual incluso han rescindido la garantía de manera parcial[355], y, en cambio, otros tribunales han analizado el acuerdo en su conjunto para determinar si el otorgamiento de la garantía supuso un sacrificio patrimonial injustificado en atención a las contraprestaciones recibidas en el marco del mismo[356].

Parece que cuando el acuerdo de refinanciación responda a una causa común, de manera real y no meramente formal, en el sentido de constituir un negocio complejo, formado por diferentes clases de actos, que trate de hacer posible la continuidad de la empresa, el análisis en términos de rescisión deberá enjuiciar la totalidad del negocio. Desde esta perspectiva, el objeto de la rescisión debería ser, en principio, el acuerdo de refinanciación completo, y no los actos individualmente considerados que lo conforman. El recurso a las previsiones del artículo 71.2 LC y 71.3 LC parece de difícil aplicación respecto del acuerdo en su conjunto, aunque haya actos que de manera aislada pudieran ser encuadrados en los mismos.

Así, por ejemplo, cuando un determinado acto forme parte del acuerdo, como puede ser el caso de alguna amortización anticipada, que pudiera ser susceptible de ser calificado como el pago de una obligación cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso, al formar parte de un acuerdo mucho más amplio en el que se habrán obtenido contraprestaciones o ventajas, difícilmente podrá admitirse la aplicación de la presunción del artículo 71.2 LC.

Sin embargo, que sea difícil y extraño, en principio, que éste sea susceptible de rescisión mediante el recurso de las presunciones de los artículos 71.2 LC y 71.3 LC, no significa en modo alguno que el mismo no pueda resultar perjudicial por haber producido un *sacrificio patrimonial injustificado,* conforme a lo dispuesto con carácter general.

Al ser un negocio complejo, la justificación del mismo debe analizarse globalmente tomando en consideración todas las circunstancias que llevaron al deudor a

[355] En este sentido, a título indicativo, la SAP de Vizcaya de 12 de junio de 2008.

[356] En este sentido, a título indicativo, la SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2009.

realizar el acuerdo, y determinar si el acuerdo en el momento de su adopción era razonable desde un punto de vista económico para la continuidad de la empresa.

En este punto, cobra especial relevancia el análisis de la posible justificación del otorgamiento de garantías en relación a la nueva financiación otorgada en el marco del mismo. Si bien es cierto que la constitución de nuevas garantías puede resultar perjudicial para la satisfacción del resto de acreedores, no se puede dejar a un lado el beneficio que supone para ellos que el deudor pueda salir de su situación de crisis económica con la realización de dicho acuerdo, aunque a priori y analizándose de manera aislada, la constitución de dichas garantías pueda dificultar el cobro de sus créditos en el caso de que se llegara a declarar el concurso.

Tal y como manifiesta la STS 211/2016, de 5 de abril, en la que se analiza el posible carácter injustificado de un acuerdo de refinanciación, «l*a apreciación de la existencia de perjuicio, en aquellos casos en que la ley no establece una presunción, debe realizarse valorando las características del negocio o acto impugnado, su significación en el contexto en que se encuentra incursa la deudora, y sus consecuencias, para decidir si constituye un sacrificio patrimonial injustificado, en tanto supone una minoración del valor del activo sobre lo que más tarde constituirá la masa activa del concurso y, además, carece de justificación*».

Según SANCHO GARGALLO, y poniendo en conexión los acuerdos atípicos con la regulación de los acuerdos de refinanciación previstos en la Ley Concursal -artículos 71 *bis* y Disposición adicional cuarta- en relación con que el contenido del acuerdo debe responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la empresa a corto y medio plazo, en su opinión para conocer si un acuerdo ha resultado o no perjudicial debe atenderse, a pesar del sacrificio sufrido por los acreedores, como, por ejemplo, con el otorgamiento de garantías, a si el plan de viabilidad, aunque no conste por escrito, *ab initio* era razonable y realizable. Si, en cambio, el sacrificio era desproporcionado en relación con las ventajas recibidas y el plan de viabilidad no era razonable para permitir la continuidad de la empresa, el acuerdo resultará perjudicial y sería susceptible de rescisión[357].

[357] SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión…, op. cit.*, pág. 340.

La introducción de una regulación específica en relación con los acuerdos de refinanciación puede servir de ayuda a la hora de apreciar la rescisión de aquellos acuerdos de refinanciación que no cumplan formalmente con las exigencias del artículo 71 *bis* LC ni con las de la Disposición adicional cuarta LC. En principio, se deberá enjuiciar el carácter perjudicial del acuerdo en su conjunto, y no de cada acto de manera aislada, también de aquellos acuerdos que no reúnan los requisitos previstos en la Ley Concursal. En la apreciación del carácter perjudicial habrá que atender, entre otras cuestiones, a que fuera adecuado para facilitar la continuidad de la empresa a los efectos de determinar si implicaba o no un sacrificio patrimonial injustificado.

En ese sentido, la rescisión del acuerdo sobre la base de que resulta perjudicial, parece que se ve reforzada si las garantías que van unidas a la financiación, que, en principio, va dirigida a la continuidad de la empresa, resultan ser abusivas.

La STS 211/2016, de 5 abril, rescinde el acuerdo de refinanciación pues de las circunstancias que se manifiestan se deriva que la operación carecía de una justificación razonable. Ese carácter injustificado se ve reforzado sobre la base de que la hipoteca se había constituido sobre todos los inmuebles de la concursada cuyo valor era claramente desproporcionado respecto del préstamo concedido, a lo que se unía el corto plazo de devolución del mismo, imposibilitando de esta forma su posible devolución.

Es decir, el carácter perjudicial del acuerdo y, en consecuencia, su posible rescindibilidad, se ve reforzado por la existencia de un gravamen que no solo constituía una sobregarantía[358], pues claramente era desproporcionada respecto al importe del préstamo sino que, además, se sumaba la imposibilidad, debido a que el gravamen recaía sobre la totalidad del patrimonio de la posteriormente concursada, de acceder a nueva financiación posteriormente. Se observa como la finalidad del financiador no era permitir la continuidad de la empresa sino colocarse en mejor posición que el resto de acreedores una vez declarado el concurso.

De ahí que, para los casos en que los acuerdos no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 71 *bis* LC ni en la Disposición adicional cuarta LC y, en

[358] En relación con la posibilidad de rescisión de las sobregarantías, véase CARRASCO PERERA, Á., «¿Rescisión concursal de «sobregarantías»?», en *http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/rescision-concursal-de-sobregarantias.pdf.*

consecuencia, no puedan quedar amparados frente a una eventual rescisión de declararse posteriormente el concurso, para que no resulte perjudicial, la regla en lo relativo a las garantías parece que debe ser que éstas deben ser proporcionales en condiciones normales de mercado en relación con aquella financiación que permite la continuidad de la empresa y que iría en conexión con el plan de viabilidad. De lo contrario, la desproporción de las garantías en relación al importe del préstamo apoyaría el posible carácter injustificado del acuerdo para permitir la continuidad de la empresa y, en consecuencia, facilitaría su rescindibilidad.

A este respecto, y al igual que sucede con los acuerdos de refinanciación colectivos del artículo 71 *bis*.1 LC y con los acuerdos homologados de la Disposición adicional cuarta LC, la regla prevista en el artículo 71 *bis*.2 c) LC en la que «*el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo*», y que constituye un presupuesto material para que los acuerdos singulares queden amparados frente a la rescisión concursal, parece que podría constituir, también en relación con esta clase de acuerdos, un hecho indiciario de que las mismas son proporcionales. Ello no quiere decir que en ocasiones una garantía que se aleje de este parámetro pueda haber sido constituida en condiciones normales de mercado ni que toda garantía que cumpla con tal regla sí lo sea, sino que la citada regla constituiría un indicio aunque deba analizarse siempre caso por caso.

4.4.2. Acuerdos de refinanciación «colectivos»

El artículo 71 *bis*.1 LC, que regula los acuerdos de refinanciación denominados «colectivos», y que se corresponden básicamente con los existentes antes de la reforma del RDL 4/2014, determina la irrescindibilidad de los acuerdos y de «*los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos*», siempre que se cumplan unas determinadas condiciones.

En primer lugar, debe ampliarse significativamente el crédito disponible por el deudor o modificar o extinguir sus obligaciones, bien mediante una prórroga en su

vencimiento o el establecimiento de nuevas obligaciones que sustituyan a las anteriores. También se hace necesario un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo. Además, las garantías que se otorguen en virtud de los acuerdos de refinanciación colectivos han de ser proporcionadas y el contenido del acuerdo se debe corresponder con las condiciones de mercado[359].

Por otro lado, es necesario que el acuerdo sea suscrito por acreedores que representen al menos tres quintos del pasivo del deudor. Se toma en cuenta, en consecuencia, la totalidad de pasivo del deudor, incluyendo los créditos subordinados y aquellos créditos que cuenten con alguna garantía o que, en caso de un posterior concurso, pudieran ser calificados como créditos privilegiados. En virtud del artículo 71 *bis*.1, b)-1º LC, «*A los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo se entenderá que, en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.*

En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo».

Una de las novedades de la reforma de 2014 y 2015 con respecto a los anteriores acuerdos de refinanciación es la necesidad de presentar un informe por el auditor de cuentas de la sociedad y si no lo tuviera, por el designado por el registrador mercantil. Este certificado deberá acreditar la suficiencia del pasivo que la Ley exige para adoptar

[359] LEÓN SANZ, F.J., «La ineficacia de los acuerdos de refinanciación», en *ADCon*, nº 33, 2014, pág. 5 de la versión electrónica.

un acuerdo de refinanciación de este tipo. Por último, se hará necesario que el acuerdo conste en instrumento público[360].

No se requiere necesariamente, por el contrario, la elaboración de un informe por un experto independiente –como se hacía con anterioridad a la reforma- sobre la razonabilidad del acuerdo, sobre el plan de viabilidad y sobre la proporcionalidad de las garantías. El deudor y los acreedores pueden solicitar de forma voluntaria el nombramiento de un experto al registrador mercantil pero ya no es una exigencia legal. Repárese en la importancia de que ya no sea necesaria la emisión de un juicio técnico sobre estas materias, en el que, entre otras cuestiones, «*se confirma que no existen términos hábiles para que puedan calificarse los créditos en cuestión, ni expurgar los que hubieran de ser calificados de subordinados. Ni siquiera la administración concursal puede impugnar el acuerdo por este motivo, conforme al art. 72.2*»[361].

4.4.2.1. Referencia a las garantías otorgadas en virtud de los acuerdos de refinanciación «colectivos»

En materia de garantías, el régimen de los acuerdos de refinanciación colectivos contiene una norma en el artículo 71 *bis*.4 LC. El citado precepto establece que «*Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo*».

[360] Sobre una explicación más detallada de los requisitos necesarios previstos en el artículo 71 *bis*.1 LC, véase CERDÁ ALBERO, F., «La irrescindibilidad de los acuerdos de refinanciación del art. 71 *bis* de la Ley Concursal», en *RDCP*, nº 22, 2015, págs. 119-124.

[361] CARRASCO PERERA, Á., «Ejecución de garantías reales, impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía en la reforma concursal del Real Decreto Ley 4/2014», en *ADCon*, nº 32, 2014, párrafo 38 de la versión electrónica.

Como puede apreciarse, y a diferencia de la regulación de los acuerdos de refinanciación en los años 2009 y 2011, en la actualidad no es preceptivo la elaboración de un informe que se pronuncie, entre otras cuestiones, acerca de la proporcionalidad de las garantías.

En el año 2009, con la introducción de la regulación de los acuerdos de refinanciación, la Disposición adicional cuarta LC exigía para que el acuerdo quedase amparado frente a una eventual acción rescisoria en caso de concurso, un informe preceptivo nombrado por el Registrador mercantil que se pronunciase, entre otras cuestiones, sobre la proporcionalidad de las garantías. Tras la reforma de 2011, esta clase de acuerdos pasan a regularse en el artículo 71.6 LC, pero el carácter preceptivo del informe se mantiene inalterado.

La obligatoriedad del informe parecía encontrar justificación en el control preventivo que este experto realizaba sobre las cuestiones que debía contener el mismo, y en que no necesitaban un control judicial posteriormente[362]. En ese sentido, el informe favorable suponía que, de declararse posteriormente el concurso, no podía ejercerse contra el acuerdo una acción rescisoria concursal. El informe favorable, además de verificar la proporcionalidad de las garantías, determinaba que el acuerdo no pudiera ser objeto de una eventual acción rescisoria.

Tras las reformas de 2014 y 2015, el informe del experto independiente deja de ser obligatorio. Este cambio podría responder a que el control de que se cumplen los extremos acerca de los que debía pronunciarse anteriormente de manera obligatoria el experto independiente se puede llevar a cabo si posteriormente se declara el concurso, pues se permite, conforme al artículo 72.2 LC, que la administración concursal impugne el acuerdo sobre la base de que no se cumplían los requisitos para quedar blindado frente a la rescisión.

Tras las reformas de 2009 y 2011, para que el acuerdo quedase amparado frente a la acción rescisoria era necesario que el experto independiente informase favorablemente sobre diferentes cuestiones, entre ellas, que las garantías eran

[362] SANCHO GARGALLO, I., «La refinanciación desde la perspectiva de las acciones de reintegración», en *http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292347816992?blobheade*, Madrid, noviembre, 2011, pág. 11.

proporcionadas en atención al riesgo asumido por los acreedores que financiaban o refinanciaban.

La razón que puede explicar que actualmente el informe no sea obligatorio, es que se permite que una vez declarado el concurso, la administración concursal pueda considerar injustificada la protección frente a la rescisión si demuestra que no concurrían los presupuestos establecidos con este objeto, por lo que parecería que, en un principio, los requisitos sobre los que anteriormente debía manifestarse el experto independiente siguen siendo obligatorios, con la diferencia de que el control de los mismos se llevará a cabo una vez declarado el concurso.

En cambio, las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid, 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre Unificación de Criterios parecen distanciarse del carácter obligatorio en el cumplimiento de los diferentes extremos del contenido del informe[363]. Entre ellas que las garantías otorgadas deban ser proporcionadas, pues manifiestan que, de solicitarse un informe por parte de un experto independiente y siendo éste desfavorable, en la medida en que cumpla con los presupuestos recogidos en el apartado 1 del artículo 71 *bis* LC, el acuerdo quedaría amparado frente a la rescisión. Es decir, toman como presupuestos materiales para que el acuerdo quede protegido frente a una eventual acción rescisoria tan solo los recogidos en el apartado 1, pero no aquellos contenidos en el apartado 4.

El legislador parece no haber determinado el alcance de la regla contenida en el artículo 71 *bis*.4 LC. En los años 2009 y 2011, tal y como estaba configurada la norma, las garantías que se otorgaban en el marco del acuerdo de refinanciación debían sean proporcionales para que el mismo quedase protegido frente a la rescisión, pues un informe desfavorable podría dar lugar a que el mismo fuera objeto de rescisión concursal una vez declarado el concurso. Actualmente, el legislador no ha aclarado si las garantías que se otorguen en virtud del mismo, deben ser en todo caso proporcionales.

[363] Cuestión 4º en relación a las cuestiones destinadas a interpretar el contenido de artículo 71 *bis* LC.

Tras las últimas reformas, los acuerdos de refinanciación pueden presentar una mayor complejidad. Junto a la nueva financiación otorgada en el marco del plan de viabilidad, puede ocurrir que se otorgue nueva financiación -o diferentes tramos de financiación- al margen del plan de viabilidad para la consecución de alguna finalidad concreta, que pueda estar garantizada eventualmente de manera desproporcionada, pero que ello no afecte a la financiación en su conjunto que se incluye en el plan de viabilidad que permite la continuidad de la empresa.

Por tanto, las garantías que van unidas a la nueva financiación que es necesaria para llevar a cabo el plan de viabilidad parece que debieran ser en todo caso proporcionales y otorgadas en conexión con una financiación adecuada para asegurar la continuidad de la actividad empresarial, pues de lo contrario parecería que la única finalidad del acuerdo es el acaparamiento de garantías por los financiadores. Por ello, parece constituir un requisito material la proporcionalidad de las garantías cuando se encuentran vinculadas al plan de viabilidad. En ese sentido, parece que se refuerza o que encuentra mayor justificación la impugnación del acuerdo de refinanciación en un eventual concurso de acreedores sobre la base de que el plan de viabilidad no permitiría la continuidad de la empresa si las garantías eran abusivas.

Sin embargo, aquellas garantías que no van unidas al plan de viabilidad y que no afectan a la financiación en su conjunto -como por ejemplo, que en uno de los tramos de la financiación se hayan concedido unas garantías desproporcionadas para conseguir el voto necesario de un acreedor concreto con el fin de alcanzar las mayorías necesarias, pero donde el conjunto de la financiación necesaria para llevar a cabo el plan de viabilidad no cuenta con garantías abusivas-, en principio, podría no constituir necesariamente un requisito sustantivo para que el acuerdo quedara protegido frente a la rescisión, con independencia de que se puedan ejercer otras acciones en el caso de que se den los presupuestos para su ejercicio.

Tampoco determina la norma qué ocurriría en aquellos casos en los que, siendo las garantías desproporcionadas pero el plan de viabilidad fuera factible, la empresa fuera finalmente declarada en concurso de acreedores como consecuencia de la evolución y del riesgo propio del mercado. La Ley no ha determinado si, siendo realizable el plan de viabilidad en un principio pero por las condiciones de mercado

resulte que finalmente no puede cumplirse, pueda impugnarse o no el acuerdo por la falta de proporcionalidad en las garantías, aunque fuera *ab initio* razonable y realizable.

En los acuerdos de refinanciación colectivos, en la medida en que se hace un test de rescindibilidad, y no de nulidad o de una acción de ineficacia especial que determine que el acuerdo quede sin efectos, como puede suceder en los acuerdos homologados, parece que la posible rescisión sobre la base de que las garantías son desproporcionadas podría desligarse en mayor medida del plan de viabilidad.

En nuestra opinión, el acuerdo, para quedar amparado frente a una posible acción rescisoria concursal, debería superar, en principio, un doble test: por un lado, que se cumplen con las condiciones previstas en el artículo 71 *bis*.1 LC y, por otro, en relación con el artículo 71 *bis*.4 LC, que las garantías otorgadas sobre la nueva financiación que está vinculada al plan de viabilidad son proporcionales, esto es, no se han concedido de manera abusiva.

Sin embargo, el legislador, tras las reformas de 2014 y 2015, no ha determinado de manera concreta el alcance de esta regla, pues con la regulación existente en 2009 y 2011 resultaba claro que las garantías en todo caso debían sean proporcionadas. La emisión de un juicio desfavorable por el experto independiente suponía que el acuerdo no quedaba protegido frente a la acción rescisoria.

El artículo 71 *bis*.4 LC dispone que las garantías se consideran proporcionales cuando se otorgan en condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. En cambio, el artículo 71 *bis*.2 LC, respecto de los acuerdos de refinanciación singulares, determina la proporcionalidad por la relación entre el importe de la financiación y el valor de la garantía: el valor de las garantías que se constituyan a favor de los acreedores intervinientes no debe exceder de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. A pesar de la diferencia de criterio, nos planteamos en qué medida la norma contenida en la letra c) de este último artículo, podría valer para justificar la proporcionalidad de las garantías en los acuerdos de refinanciación colectivos.

A falta de una norma expresa que realice la conexión entre los apartados 1 y 2 del artículo 71 *bis* LC, el criterio de la proporcionalidad entre el importe de la financiación

y el valor de la garantía no necesariamente significa que las garantías se hayan otorgado en condiciones normales de mercado. En ocasiones puede ocurrir que en condiciones de mercado el valor de las garantías no alcance los nueve décimos del valor de la deuda pendiente. O bien al contrario, que en condiciones de mercado el valor de la garantía pueda exceder los nueve décimos del valor de la deuda pendiente, lo que resulta menos probable. Por tanto, en ocasiones, aun cumpliéndose con el hecho indiciario del artículo 71 *bis.*2 c) LC, resulta que no se da el supuesto de hecho previsto en el apartado 4 del artículo 71 *bis* LC de que las garantías sean proporcionales conforme a condiciones de mercado respecto de los acuerdos de refinanciación colectivos.

En relación con la financiación bancaria, conviene señalar que la normativa bancaria se ocupa, desde la perspectiva de la solvencia de las entidades y de la determinación de los recursos propios de la entidad de crédito a los efectos del cumplimiento de los requisitos de capital, de la relación que se ha de dar entre el importe de la financiación y el valor de la garantía. En principio, habrá que entender que las garantías otorgadas para asegurar la financiación bancaria que forme parte del acuerdo de refinanciación son proporcionales y se han constituido en condiciones normales de mercado cuando cumplan con lo dispuesto en la normativa bancaria que resulte de aplicación al supuesto concreto.

4.4.3. Acuerdos de refinanciación «singulares»

Los acuerdos «singulares», regulados en el artículo 71 *bis.*2 LC, hacen referencia a aquellos acuerdos formalizados entre el deudor y uno o más acreedores, donde el porcentaje de pasivo que representen es irrelevante.

Estos acuerdos pueden cobrar una importancia significativa en la actividad de un grupo, donde la matriz está dispuesta a financiar a una filial que se encuentra en dificultades económicas; en supuestos donde se sustituye la financiación bancaria por un solo financiador; o en aquellos casos donde un fondo de inversión tenga interés en adquirir la compañía. Son supuestos donde resulta razonable que una empresa que se encuentra en una situación de dificultades económicas reciba fondos de financiación, ya sea de su matriz, ya sea de una entidad de crédito que refinancia, o sea a través de un inversor que quiere comprar la empresa.

En la medida en que no se exige un porcentaje determinado del pasivo para llevar a cabo este tipo de acuerdos, el legislador ha optado por requerir unas condiciones objetivas que aseguren la razonabilidad económica y la justificación de la operación.

Para ello, se ha optado por el cumplimiento de cinco requisitos diferentes. En primer lugar, es necesario que se amplíe la financiación o se reduzca el pasivo, puesto que el artículo 71 *bis*.2 a) LC establece la necesidad de que se incremente la proporción entre el activo y el pasivo previo al acuerdo. No es necesario que, como consecuencia de la refinanciación, el activo sea superior al pasivo sino que es necesario que se incremente la proporción. El incremento de tal proporción puede lograrse de diferentes formas, tales como préstamos que impliquen nueva entrega de fondos, una combinación de diferentes instrumentos de financiación, etc[364].

En segundo lugar, es necesario que facilite al deudor hacer frente a sus obligaciones en un periodo de tiempo de un año. Esta exigencia se justifica en la letra b) del mismo artículo al exigir que *«el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente»*. Este precepto se encuentra en conexión con la disposición del artículo 2 LC, en relación con el presupuesto objetivo del concurso –la insolvencia-. A esto se suma su vinculación con el artículo 5 *bis* LC, en cuanto que aquel deudor que ha presentado una comunicación manifestando que se encuentra en estado de insolvencia, con el objetivo de suspender el deber de solicitar el concurso y paralizar las ejecuciones singulares, no pueda presentar una nueva en el plazo de un año. Gracias a esa financiación, el deudor va a poder cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles durante el plazo de un año.

En tercer lugar, en caso de que el acuerdo lleve aparejadas garantías a favor de los acreedores, el valor de éstas debe guardar proporcionalidad con las de la financiación ya existente. De esta manera, exige el artículo 71 *bis.* 2 c) LC *«que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo»*.

[364] LEÓN SANZ, F.J., «La ineficacia…», *op. cit.*, pág.4 de la versión electrónica.

Como último requisito «material», el artículo 71 *bis*.2 d) LC nos señala que «*el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa*».

Por último, el legislador establece un requisito de carácter formal consistente en que el acuerdo debe formalizarse en instrumento público que debe ser otorgado por todas las partes intervinientes y en el que debe hacerse constar la razonabilidad de las garantías establecidas entre el deudor y los acreedores en el marco del acuerdo de refinanciación –*ex* artículo 71 *bis* 2 e) LC -.

Los requisitos materiales de estos acuerdos podrían constituir un test de razonabilidad económica, puesto que su concurrencia en la operación, y aunque no pueda ser subsumido bajo la protección de que disponen los acuerdos de refinanciación de este artículo frente a la rescisoria concursal, parecen ser un indicio del carácter no perjudicial del acto. Todo esto también podría ser leído en sentido inverso. También podría ser un indicio del carácter perjudicial de la operación el no cumplimiento de los requisitos materiales previstos en el artículo 71 *bis*.2 LC[365].

Los acuerdos preconcursales de refinanciación «singulares» del artículo 71 *bis*.2 LC están pensados fundamentalmente para que aquel deudor que se encuentra en dificultades económicas pueda obtener financiación a través de acuerdos bilaterales. Los requisitos que enumera el propio artículo son bastante detallados y minuciosos con el fin de que el acuerdo sea razonable desde un punto de vista económico-funcional. Igualmente, se persigue que el acreedor, a través del acuerdo, no obtenga ningún beneficio injustificado y, por tanto, no sea perjudicial desde el punto de vista de la satisfacción colectiva de los acreedores[366]. A través de esta clase de acuerdos, el deudor puede resolver la situación de dificultades económicas o contar con un plazo razonable para llegar a acuerdos con sus acreedores que permitan lograrlo.

[365] MARTOS MORENO, J.L., «Rescisión: acuerdos de refinanciación, acto perjudicial, y mala fe. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (1ª) de 5 de abril de 2016)», en *ADCon*, nº 40, 2017, pág. 273.

[366] MARTOS MORENO, J.L., «Rescisión: acuerdos de refinanciación…», *op. cit.*, pág. 273.

4.4.3.1. Referencia a las garantías otorgadas en virtud de los acuerdos de refinanciación «singulares»

En aquellos casos donde el acuerdo lleve aparejadas garantías a favor de los acreedores, el valor de éstas debe corresponderse con las de la financiación. En este sentido, el artículo 71 *bis*.2 c) LC parece exigir dos presupuestos. Por un lado, *«que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos»*. Por otro, que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda *«de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo»*.

Tal y como señala el propio artículo 71 *bis*.2 c) LC, el valor de la garantía se determinará conforme a lo previsto en el apartado 2º de la Disposición adicional cuarta LC, que establece que se entenderá como «*el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado*»[367].

El fin principal del legislador con el establecimiento de esta medida es evitar que el acreedor mejore su situación en el marco de un acuerdo de refinanciación. Si la financiación se garantiza, no se admiten las sobregarantías. La nueva financiación puede ostentar una garantía para asegurar el cumplimiento de la obligación pero no se puede sobregarantizar.

Con esta medida se pretende evitar que la garantía sea abusiva, tratando de impedir que un financiador se aproveche de la crisis del empresario para obtener

[367] Un estudio detallado acerca del *valor de la garantía,* puede verse en CORDERO, E., «El valor de la garantía en el concurso (adaptado a la reforma introducida por la Ley 9/2015)», en DÍAZ MORENO, A., / LEÓN SANZ, F.J., (Dirs), *Acuerdos de refinanciación. Convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*. Thomson Reuters. 2015, págs. 265-290.

garantías injustificadas y que se pueda perjudicar en un concurso a los acreedores ordinarios. El objetivo de esta norma consistiría en evitar que el acreedor aproveche el acuerdo de refinanciación para mejorar su situación.

4.4.4. Acuerdos de refinanciación homologados ordinarios

La homologación de los acuerdos de refinanciación ordinarios previstos en la Disposición adicional cuarta LC pretende la continuidad de la empresa en el mercado a través de un acuerdo de refinanciación realizado con el pasivo financiero. Estos acuerdos están pensados fundamentalmente para aquellas empresas que son viables desde un punto de vista operativo pero no lo son financieramente por encontrarse demasiado endeudadas. Una reducción del pasivo o un aplazamiento del pasivo financiero pueden favorecer la salida de la crisis de la compañía.

Al igual que sucedía con los acuerdos de refinanciación denominados como «colectivos», se requiere una ampliación del crédito disponible, modificando o extinguiendo obligaciones anteriores o aplazando o sustituyendo la deuda preexistente. Igualmente se hace necesario un plan de viabilidad. Junto a estos requisitos, se requiere que, en caso de otorgarse garantías, éstas sean proporcionadas y que el contenido del acuerdo se corresponda con las condiciones de mercado. Además, es obligatorio que el acuerdo sea suscrito con acreedores que representen, al menos, el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero.

La determinación del cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero plantea diversas cuestiones. Entre ellas, si debe descontarse de la base de cómputo a la hora de calcular las mayorías necesarias para la homologación de un acuerdo de refinanciación a aquellos acreedores de pasivo financiero que tengan un conflicto de interés con el deudor –como, por ejemplo, tener negocios al margen con el propio deudor-. La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta cuestión en el sentido de no excluir de la base del cómputo a aquellos acreedores que puedan tener un conflicto de interés. Han alegado[368] que la Ley ha excluido expresamente de la base del cómputo sólo a aquellas personas especialmente relacionadas con el deudor[369].

[368] Entre otras, la SJM de Barcelona, de 29 de noviembre de 2016, relativo al caso FCC.

Nada impide, claro está, que acreedores que no formen parte del pasivo financiero se adhieran al acuerdo de refinanciación, sin perjuicio de que ese pasivo no se tomará en cuenta a los efectos del cálculo de las mayorías.

En relación a la consideración de un pasivo como pasivo financiero, la Ley lo determina mediante una cláusula general, en la que lo importante es qué función económica tiene ese pasivo. Se establece que no resulta obligatorio para la incorporación de un crédito en el pasivo financiero la circunstancia de que el titular del crédito sea una entidad sujeta a supervisión financiera por las autoridades competentes[370]. Con ello, parece que se pretende incluir como pasivo financiero a los titulares de créditos que los hubieran adquirido de entidades financieras, como fondos de inversión especializados en esta clase de operaciones de compra de deuda. Se excluye de manera expresa de la consideración de pasivo financiero a los acreedores que tengan la condición de personas especialmente relacionadas, a los acreedores titulares de créditos procedentes de operaciones comerciales y a los acreedores titulares de créditos de Derecho público[371].

Por tanto, el pasivo financiero estará compuesto por el pasivo de las entidades de crédito y el pasivo del endeudamiento financiero, el cual tiene su origen en un préstamo que ha sido otorgado por una entidad de crédito, por lo que permite incluir préstamos de entidades de crédito que hayan comprado a fondos de inversión que se dediquen a comprar carteras de crédito.

Además, se establece un régimen especial para los préstamos sindicados. En estos casos, se entiende que son todos los acreedores los que suscriben el acuerdo si votan a favor al menos tres cuartas partes del pasivo sujeto al acuerdo de sindicación, salvo que

---

[369] Dispone expresamente la Disposición adicional cuarta, aparatado 1º, párrafo 2º LC que «*No se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en esta disposición, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta disposición adicional*».

[370] AZOFRA VEGAS, F., «La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación», en *RDCP*, nº 16, 2012, págs. 129.

[371] LEÓN SANZ, F.J., «La ineficacia…», *op. cit.*, pág. 3 de la versión electrónica.

en el propio régimen del pacto de sindicación se haya establecido una mayoría inferior, en cuyo caso se aplicará ésta.

Se hace necesario, además, un informe del auditor de cuentas de la sociedad o de aquél que haya sido nombrado por el registrador mercantil del domicilio del deudor donde se acredite que el acuerdo ha sido suscrito por el porcentaje mínimo de pasivo financiero mencionado por la norma. Finalmente, el acuerdo se elevará a instrumento público y aquel desplegará sus efectos desde el momento en que el juez homologue el acuerdo.

En los acuerdos de refinanciación homologados no se ha contemplado la elaboración de un informe por parte de un experto independiente. Parece que se debe admitir, a pesar de ello, la presentación de tal informe si los acreedores que suscriben el acuerdo lo estimasen oportuno.

4.4.4.1. Referencia a las garantías otorgadas en virtud de los acuerdos de refinanciación homologados

Tras la reforma de la Ley Concursal en el año 2011, se introduce por primera vez la posibilidad de homologar los acuerdos de refinanciación. En ese sentido, la Disposición adicional cuarta LC estableció entre los requisitos para poder llevar a cabo la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación el informe de un experto independiente para que se pronunciase, entre otras cuestiones, sobre la proporcionalidad de las garantías.

En la actualidad, la homologación de un acuerdo de refinanciación requiere, tal y como dispone el apartado 1 de la Disposición adicional cuarta LC, el cumplimiento de las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2º y 3º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 *bis* LC. Tras las reformas de 2014 y 2015, el informe deja de ser obligatorio, y se omite cualquier referencia en la Disposición adicional cuarta LC a la posibilidad de presentarlo, pues a diferencia de lo que sucede en relación con los acuerdos de refinanciación colectivos, no hay una norma semejante a la del artículo 71 *bis*.4 LC.

Por consiguiente, en los acuerdos homologados judicialmente no se hace referencia a la posibilidad de que se presente un informe por un experto independiente nombrado por el Registrador mercantil para que se pronuncie, entre otras cuestiones, acerca de la proporcionalidad de las garantías otorgadas. Sin embargo, si se hace una interpretación teleológico-sistemática entre el artículo 71 *bis* LC y la Disposición adicional cuarta LC parece razonable que la presentación del mismo pueda admitirse, pues no existe norma alguna que prevea lo contrario, si los acreedores o el deudor lo creen oportuno[372].

Para estos acuerdos se plantea la cuestión -al igual que anteriormente en relación con los acuerdos de refinanciación colectivos- de en qué medida y con qué alcance la proporcionalidad de las garantías es una exigencia en los acuerdos de refinanciación homologados. Evidentemente, no parece que los acuerdos de refinanciación homologados se puedan utilizar para dar cobertura a acuerdos abusivos, como podría ser el caso de acuerdos que establecieran el otorgamiento de garantías a favor de las entidades participantes de forma abusiva e injustificada, al margen completamente de las condiciones normales de mercado.

En la apreciación de la proporcionalidad de las garantías, resulta necesario determinar el parámetro según el cual éstas se entienden otorgadas conforme a condiciones normales de mercado. Y a este respecto, parece que la norma prevista en el artículo 71 *bis*.2 c) LC puede resultar también para esta clase de acuerdos un indicio de que no se han otorgado abusivamente. La propia Disposición adicional cuarta LC, en el apartado segundo, emplea esta regla a los efectos de determinar el valor de la garantía real.

Por otro lado, en la medida en que los acuerdos de refinanciación homologados únicamente pueden ser suscritos por entidades financieras, se puede considerar que las garantías otorgadas son proporcionales y no resultan abusivas cuando cumplan la normativa en materia de solvencia y sobre requisitos de capital de las entidades de crédito.

[372] LEÓN SANZ, F.J., «La ineficacia…», *op. cit.*, pág. 6 de la versión electrónica.

En el proceso de homologación judicial no está previsto el enjuiciamiento jurisdiccional del contenido del plan de viabilidad ni tampoco de la proporcionalidad de las garantías. Uno de los supuestos que podría llevar a plantear la impugnación de un acuerdo homologado en caso de concurso podría consistir en que la financiación había sido abusiva y que no conducía a la viabilidad de la empresa. Es decir, las entidades financieras, en lugar de tratar salvar la compañía, se han anticipado a la situación de concurso y han mejorado su posición en el mismo acaparando las garantías principales. En este caso, el carácter abusivo de las garantías refuerza la impugnación del acuerdo sobre la base de que el plan no era viable para la continuidad de la empresa.

En cambio, si el plan de viabilidad es razonable y efectivamente se cumple, no habría concurso y, en consecuencia, no se plantearía la cuestión de si la concesión de las garantías se llevó a cabo de una manera abusiva.

Por ello, y más si cabe en los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente, la impugnación del acuerdo sobre la base de que las garantías eran abusivas va unido a que el plan de viabilidad, desde un principio, no era razonable y realizable para la continuidad de la empresa.

La falta de viabilidad si va acompañada de la abusividad de las garantías, refuerza su impugnación, porque de alguna manera la abusividad en el otorgamiento de garantías parece que debe ir en conexión con el plan de viabilidad. Estas circunstancias servirán para determinar que la financiación no es viable para la continuidad de la empresa y que las entidades que han refinanciado han obtenido unas garantías que no han sido en condiciones normales de mercado, precisamente para aprovecharse o mejorar su posición de declararse posteriormente el concurso.

A diferencia de lo manifestado en relación con los acuerdos de refinanciación colectivos -donde se realizaba un test de rescindibilidad y podía desligarse en mayor medida la desproporción en las garantías del plan de viabilidad-, la impugnación del acuerdo de refinanciación homologado sobre la base de que las garantías eran desproporcionadas, en la medida que su impugnación determina que el acuerdo completo quede sin efecto, parece que debe estar en conexión con la falta de viabilidad del acuerdo para la continuidad de la empresa. En la medida en que todo el acuerdo deviene ineficaz, parece que es necesario que *ab initio* el acuerdo no fuera viable y

tuviera como finalidad material o real la mejora de la posición de los financiadores en caso de concurso.

4.4.5. Efectos de los acuerdos de refinanciación ordinarios

Tanto los acuerdos «singulares» como los «colectivos» y homologados ordinarios tienen en común que su principal efecto, en caso de un posterior concurso de acreedores, es la inmunidad del propio acuerdo y también de las garantías otorgadas frente a una acción rescisoria concursal.

Además de la protección frente al ejercicio de la acción rescisoria (*vid. infra. apartado 5 de este capítulo*) -, también se producen otros efectos como consecuencia de la adopción de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 *bis* LC y en la Disposición adicional cuarta LC. Respecto a los créditos –el cincuenta por ciento- que impliquen nuevos ingresos de tesorería serán calificados como créditos contra la masa, tal y como establece el artículo 84.2.11º LC. El precepto dispone que «*Tendrán la consideración de créditos contra la masa: El cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta*».

Asimismo, aquellos acreedores que hayan capitalizado, bien directamente o bien indirectamente, todo o parte de sus créditos en virtud de un acuerdo de refinanciación, no serán considerados como personas especialmente relacionadas con el deudor concursado en materia de calificación sobre aquellos créditos contra el deudor que pasen a ostentar como consecuencia de la refinanciación. De igual forma, no serán considerados, salvo prueba en contrario, como administradores de hecho aquellos que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación[373].

[373] Tal y como dispone el artículo 93.2.2º, 2º párrafo LC, «*Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el*

4.4.6. Extensión de efectos a otros acreedores en virtud de la homologación

Una de las novedades más importantes que se han visto introducidas en 2014 y 2015 es la posibilidad de extender subjetivamente determinados efectos derivados de un acuerdo de refinanciación homologado –no cabe para aquellos acuerdos realizados en el marco del artículo 71 *bis* LC- a otros acreedores diferentes a aquellos que lo suscribieron. Tal y como establece la Disposición adicional cuarta. 3. a) LC, las esperas, tanto de principal como de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo inferior[374] a cinco años o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo, pueden extenderse a acreedores de pasivos financieros cuyo crédito no cuente con garantía real y que no hayan suscrito el acuerdo. Para ello, es necesario que haya sido suscrito por acreedores que representen al menos un sesenta por ciento del pasivo financiero.

La Ley Concursal permite, asimismo, que esos efectos se extiendan no sólo a aquellos acreedores que no cuenten con garantía real sino también a aquellos que gozan de garantía real por la parte de sus créditos que no exceda del valor de la garantía. Para que se produzca esta extensión de efectos será necesario que el acuerdo haya sido

---

deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición».

[374] Tal y como expresa RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, se produce un error por parte del legislador, ya que al establecerse un plazo «no superior» a cinco años, debe entenderse que es un plazo «inferior» a cinco años, puesto que en la letra b) de la Disposición adicional cuarta. 3 LC –extensión de efectos cuando el pasivo financiero que suscribe el acuerdo es del setenta y cinco por ciento-, sí se prevé la extensión de las esperas con un plazo de cinco años o más pero inferior a diez. En RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «Tipología de los acuerdos de refinanciación», en DÍAZ MORENO/LEÓN SANZ (Dirs), *Acuerdos de refinanciación. Convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*. Thomson Reuters. 2015, pág. 79, nota a pie 48.

suscrito por acreedores que representen un sesenta y cinco por ciento del total del pasivo financiero garantizado[375].

Cabe la posibilidad de extender subjetivamente otros efectos a los que se acaban de exponer. En este sentido, también pueden extenderse las esperas con un plazo de cinco años o más pero inferior a diez, una capitalización de créditos –esto, conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad- o una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que le correspondería asumir y, en su caso, de la prima de emisión o de asunción. También se permite la extensión de quitas, la conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más pero no superior a diez, o en obligaciones convertibles, préstamos subordinados, préstamos con intereses capitalizables u otros instrumentos financieros de características diferentes a la deuda original a los acreedores que no suscribieron el acuerdo y que no gozan de garantía real. Para ello es necesario que el acuerdo de refinanciación sea suscrito por acreedores que representen un setenta y cinco por ciento del pasivo financiero.

[375] Surge, en principio, la duda de si podría homologarse un acuerdo de refinanciación que cuente con el apoyo del sesenta y cinco por ciento del pasivo financiero garantizado pero no por el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero total. Nótese la importancia de la cuestión, pues la base del cómputo para proceder a la homologación es diferente a la base del cómputo cuando se pretenden extender los efectos. A esta cuestión respondieron las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid, 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre Unificación de Criterios de manera negativa, afirmando que el requisito del cincuenta y uno por ciento es insoslayable, diciendo que «*habida cuenta del efecto de irrescindibilidad absoluto que con la homologación se consigue y de la desaparición de elementos garantistas como la imperatividad del informe del experto independiente, no es posible aceptar que mayorías específicas, incluso muy elevadas, de pasivo exclusivamente garantizado permitan obtener una homologación, si de forma simultánea el respaldo no viene dado por la mayoría del 51% de la totalidad del pasivo financiero*».

Otra cuestión también resuelta por las Conclusiones de la Reunión de Magistrados citadas anteriormente, es si puede procederse a la extensión de efectos sólo a los acreedores de pasivo financiero garantizado –por alcanzarse la mayoría requerida- pero no al pasivo financiero no garantizado. Como bien exponen los magistrados, pese a la incoherencia del resultado, no cabe más que admitirlo, por cuanto las bases de cómputo, al igual que en el supuesto anterior, son diferentes en ambos casos.

Las medidas establecidas en la Disposición adicional cuarta LC, en sus apartados 3 y 4, que pueden ser impuestas a acreedores disidentes, constituyen un *numerus clausus*[376].

Los efectos mencionados pueden también ser extendidos a los acreedores con pasivos financieros garantizados por la parte del crédito cubierta por sus garantías si el acuerdo se suscribe por acreedores que representen el ochenta por ciento de ese pasivo financiero garantizado[377].

Una vez expuestas las diferentes extensiones de efectos a acreedores que no lo suscribieron, procede realizar una matización. El pasivo financiero garantizado debe computar entre el pasivo financiero total en relación a extender o no los efectos, pues no se han establecido clases de acreedores para la adopción de los acuerdos, ni diferentes votaciones para extender los efectos a acreedores sin garantía real y para extenderlos a acreedores garantizados. No obstante, no puede un acreedor de esta última clase

[376] Es de la misma opinión, AZOFRA VEGAS. F., «La invulnerabilidad de los acreedores…», *op. cit.*, pág. 146. También se manifiesta en el mismo sentido el auto del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, de 13 de febrero de 2015, el cual considera que «*no cabe extenderle cualquier efecto a las entidades disidentes, sino solamente los pactados en el acuerdo, y que además sean algunos de los previstos en el apartado tercero letra a) o de los previstos en la letra b), o en su caso de los previstos en el apartado cuarto de la Disposición adicional Cuarta de la LC, en función de los porcentajes que allí se prevén, esto es, se homologa únicamente la extensión de los efectos pactados de las quitas, esperas, la conversión de deuda en acciones o participaciones o en préstamos participativos a los acreedores titulares de pasivo financieros e incluso a los titulares de pasivos financieros con garantía real, y dado el carácter taxativo con el que se han previsto legalmente (ello es una novedad legislativa frente a regulaciones anteriores) ellos serán los únicos efectos que se homologarán; sin que haya lugar a homologar judicialmente todos los efectos previstos en el acuerdo que no cumplan estrictamente la enumeración de extensión de efectos previstos en el apartado tercero y cuarto de la Disposición adicional Cuarta de la LC*».

[377] Este porcentaje necesario (80%) debería ser reducido de aprobarse la Propuesta de Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad, pues los Estados miembros no pueden exigir, en ningún caso, mayorías superiores al 75% (artículo 9 (4) de la Propuesta). GARCIMARTÍN, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (III). El acuerdo o plan de reestructuración», en *El Almacén de Derecho*, 20 de diciembre de 2016 (*https://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-iii-acuerdo-plan-reestructuracion/*.

manifestar posiciones diferentes, de tal modo que no parece posible la aceptación de la refinanciación como acreedor financiero sin garantía, y simultáneamente oponerse a su extensión de efectos al crédito garantizado.

En virtud de la Disposición adicional cuarta. 9 LC, los acreedores a los que se extienden los efectos conservan sus derechos originales frente a coobligados solidarios del deudor y frente a sus fiadores y avalistas quienes, en consecuencia, no podrán invocar el acuerdo ni los efectos de su homologación en perjuicio de aquellos.

Una vez dicho esto, se debe apuntar una serie de notas características en relación con el régimen de la extensión de efectos. En primer lugar, y en relación con la posible homologación y con la extensión de los efectos a aquellos que no lo suscribieron, los acreedores de pasivos financieros son aquellos previstos en la Disposición adicional cuarta.1, párrafo 3º LC, donde se establece que «*A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público*».

En segundo lugar, se ha podido comprobar como el valor de los créditos con garantía real es fundamental a la hora de determinar si procede la extensión o no de efectos a acreedores que no suscribieron el acuerdo de refinanciación. Se hace preciso, por tanto, establecer la manera de determinar los pasivos financieros garantizados. La Disposición adicional cuarta.2 LC, en su primer párrafo y el artículo 94.5 LC –por remisión del artículo 90.3 LC - establece la determinación del valor de la garantía real. Así, será el resultante de «*deducir de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado*».

Y es sobre ese valor sobre el que se apoya la reforma de 2014 para determinar el cálculo del pasivo financiero que se encuentra garantizado. En primer lugar, se hace

necesario valorar el bien o derecho que ha sido objeto de garantía en el momento en que se iniciaron las negociaciones a fin de alcanzar un acuerdo de refinanciación. Y es el segundo párrafo de la Disposición adicional cuarta.2 LC el que establece la manera de determinar el valor de ese bien o derecho.

En el caso de que se trate de valores mobiliarios admitidos a cotización en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado, o bien se trate de instrumentos del mercado monetario, el valor razonable se corresponde con el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación.

Cuando se trate de bienes inmuebles, el valor razonable será el resultante del informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España.

Y, en último lugar, cuando se trate de bienes distintos de los señalados anteriormente, el valor razonable será el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

Los informes a los que se ha hecho referencia en los dos párrafos anteriores no serán necesarios cuando dicho valor hubiera sido determinado por un experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación ni cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo. Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, deberá aportarse nuevo informe de experto independiente.

Una vez fijado el valor del objeto, sólo el noventa por ciento de éste se entenderá garantizado. El diez por ciento restante corresponde, fundamentalmente, a los costes de realización de la garantía. Así, y a efectos de determinar las mayorías necesarias para la extensión de efectos, un acreedor financiero computará por el importante total de su crédito si éste –principal, más intereses- se corresponde con el noventa por ciento del valor del objeto sobre el que recae la garantía.

En aquellos supuestos de créditos infragarantizados, donde el valor del crédito supera el valor del objeto en garantía, el primero será el que servirá de base a ese acreedor a efectos de calcular las mayorías sobre el pasivo financiero. Sin embargo, a efectos de calcular las mayorías sobre el pasivo financiero garantizado, sólo se tendrá en cuenta aquella parte del crédito que se corresponda con el noventa por ciento del valor dado en garantía[378].

En cambio, cuando el crédito se encuentre sobregarantizado, tanto a los efectos del cálculo de las mayorías en el pasivo financiero como en el pasivo financiero garantizado, el valor será el importe del crédito y no el valor objeto de la garantía.

En último lugar, es preciso puntualizar que tal y como ha señalado la doctrina, en virtud del principio de justicia rogada, si se solicita, por ejemplo, una extensión de efectos pero la mayoría únicamente alcanza para hacer inmune el acuerdo a la rescisoria concursal, o se pretende una extensión de efectos a acreedores del pasivo financiero garantizado y la mayoría únicamente alcanza para extender los efectos al pasivo financiero no garantizado, no cabe la homologación parcial. En consecuencia, si se solicita un acuerdo con unos determinados efectos y no se cumple la mayoría necesaria para todos ellos, no se procederá a la homologación, salvo que en la propia solicitud de homologación se estableciese de forma subsidiaria que de no alcanzarse la mayoría para unos determinados efectos y de alcanzarse otra, se procediese a la homologación[379].

[378] LEÓN SANZ, F.J., «La ineficacia…», *op. cit.*, pág. 4 de la versión electrónica.

[379] En este sentido, PULGAR ha negado la posibilidad de homologación parcial sobre los siguientes parámetros. Por un lado, porque «*tras la reforma introducida en virtud del Real Decreto-Ley 4/2014, en virtud de la homologación, el juez realizará un control de legalidad sobre la concurrencia en el acuerdo de los requisitos legalmente exigidos y en modo alguno un control de oportunidad sobre la base del cual poder rechazar el contenido del acuerdo que pudiera considerar desproporcionado y homologar el resto*». Y, por otro lado, porque «*el acuerdo de refinanciación se inserta en el ámbito de la renegociación contractual ex art. 1255 CC, no pudiendo el juez modificar los términos del acuerdo inserto en el ámbito negocial*». En PULGAR EZQUERRA, J., «Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación», en *RDCP*, nº 22, 2015, pág. 18 de la versión electrónica.

4.4.7. El procedimiento de homologación de un acuerdo de refinanciación

El procedimiento de homologación del acuerdo de refinanciación ha sido ligeramente modificado con respecto al existente desde el año 2011. Sin duda, el principal obstáculo radica en el control por parte del Tribunal de los efectos que despliega la homologación.

En primer lugar, la homologación es solicitada por el deudor ante el juez de lo mercantil que fuera competente en caso de declaración de concurso. Junto al acuerdo de refinanciación, el deudor deberá presentar la certificación del auditor en el que se haga constar el cumplimiento de las mayorías exigidas. Igualmente deberá acompañarse del informe del experto independiente si los acreedores hubieran optado voluntariamente por su realización.

Una vez que el juez admite la solicitud, se paralizan las ejecuciones singulares hasta que se resuelva sobre la homologación. Se publica en el Registro Público Concursal indicando que estará a disposición de los acreedores en el Juzgado de lo Mercantil.

Si el acuerdo reúne formalmente todos los requisitos exigidos y estos son acreditados, se deberá dictar la resolución de homologación en un plazo de quince días. Ésta se publica en el Registro Público Concursal y en el Boletín Oficial del Estado. Desde ese momento de despliegan los efectos que le son propios y se produce la extensión a los acreedores financieros que no lo suscribieron si se cumplían con las mayorías exigidas.

4.4.8. Oposición a la homologación

Una vez publicado, los acreedores que no suscribieron el acuerdo de refinanciación o que se opusieron y que se vean afectados, pueden, en un plazo de quince días, oponerse a la resolución de homologación.

4.4.8.1. Legitimación para oponerse

La Disposición adicional cuarta.7 LC dispone que «*(…) los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla*».

La oposición al acuerdo parece encontrar su fundamento en la protección de aquellos acreedores a los que se extienden sus efectos. En consecuencia, cuando la homologación tenga como fin única y exclusivamente la protección frente a una eventual acción rescisoria y se necesite, por tanto, el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero, no cabrá la oposición al mismo.

Conviene destacar que sólo los acreedores disidentes que se hayan visto afectados por la homologación pueden impugnarla. Así, los acreedores del pasivo financiero garantizado no estarán legitimados para oponerse a la homologación cuando la extensión de efectos se produzca sólo respecto a los acreedores del pasivo financiero no garantizado. Igualmente, los acreedores del pasivo financiero no garantizado no podrán oponerse cuando los efectos se hayan extendido tan solo a los acreedores del pasivo financiero garantizado, aunque éste sea un supuesto poco probable -recuérdese que el acuerdo puede afectar a una clase de acreedores y no a otra-.

En la medida en que la extensión de efectos sólo puede producirse respecto de acreedores de pasivo financiero -se encuentren o no garantizados-, el resto de acreedores no se encontrarán legitimados para oponerse, tales como los acreedores comerciales o los acreedores de Derecho público. Ahora bien, los acuerdos que impliquen un aumento del pasivo y el otorgamiento de nuevas garantías afectan ineludiblemente a las posibilidades de cobro de los demás acreedores. No hay duda de que ante un fracaso del plan de viabilidad, los acreedores que habían obtenido nuevas garantías pueden encontrarse en mejor condición que los acreedores anteriores en un eventual concurso.

Distinto es el caso de los acreedores considerados, en virtud del artículo 93.2 LC, como personas especialmente relacionadas. Ellos, pese a que no computen a los efectos

de calcular las cuotas necesarias para alcanzar las diferentes mayorías[380], sí pueden quedar afectados por la extensión de efectos, en cuyo caso también se encontrarán legitimados para oponerse a la homologación.

En último lugar, debe hacerse referencia a la diversa previsión que realiza el precepto mencionado, al distinguir entre «*acreedores que no hayan suscrito el acuerdo*» y aquellos que «*hubiesen mostrado su disconformidad al mismo*». Parece que la intención del legislador, permitiendo oponerse a la homologación a los acreedores que hubieran mostrado su disconformidad, es admitir como legitimados también a aquellos acreedores que formen parte de un sindicato que por haberse alcanzado el setenta y cinco por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, dio lugar a que se computara la totalidad[381].

4.4.8.2. Motivos de la oposición

Los motivos de la impugnación sólo pueden ser dos -conforme al primer párrafo, *in fine*, del apartado 7 de la Disposición adicional cuarta LC-: el incumplimiento de las mayorías exigidas y el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor.

En relación con el sacrificio desproporcionado[382], un sector doctrinal toma como punto de referencia el apartado 22. c), de la Recomendación de la Comisión de la Unión

[380] Tal y como dispone el segundo párrafo de la Disposición adicional cuarta.1 LC.

[381] Sin embargo, como bien plantea SANCHO GARGALLO, surge la duda de si como motivo de impugnación puede alegarse un sacrificio desproporcionado, en la medida en que «*los efectos de la estimación de la impugnación, difícilmente podrían aplicarse sólo al impugnante y no al resto del crédito sindicado*». En SANCHO GARGALLO, I., «Homologación, eficacia, impugnación y rescisión de los acuerdos de refinanciación», en DÍAZ MORENO/LEÓN SANZ (Dirs), *Acuerdos de refinanciación. Convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*. Thomson Reuters. 2015, pág. 171.

[382] Para una mayor información acerca de qué debe entenderse por «sacrificio desproporcionado», véase el trabajo de FLORES SEGURA, M., «El sacrificio desproporcionado de los acreedores financieros», en *El Almacén de Derecho*. 13 de marzo de 2018 (*https://almacendederecho.org/sacrificio-desproporcionado-los-acreedores-financieros/*).

Europea de 12 de marzo de 2014, según el cual «*el plan de restructuración no limita los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonablemente esperar en ausencia de restructuración, en caso de que el deudor haya liquidado o vendido el negocio como empresa en funcionamiento, según los casos*». En ese sentido, un sacrificio podría ser calificado como desproporcionado cuando en virtud del acuerdo de refinanciación, aquellos acreedores discrepantes recibieran una cuota inferior a la que le correspondería de haberse producido la liquidación concursal[383]. Ningún acreedor estaría, por tanto, obligado a sacrificarse más allá de lo que le obtuviera de producirse la liquidación concursal de la empresa[384].

Además, hay también quien encuentra apoyo en la Propuesta de Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad (*vid. infra apartado 8 de este capítulo*), pues ésta establece el concepto de «*best interest of creditors test*», en virtud del cual ningún acreedor que muestre su disconformidad al mismo debe estar en peor situación como resultado de un acuerdo de refinanciación de lo que estaría de producirse la liquidación concursal[385].

Junto a la perspectiva liquidatoria a la que acaba de hacerse mención, se une una perspectiva comparativa, de tal manera que para la determinación de si un sacrificio es desproporcionado debe valorarse si el acreedor ha recibido menos en comparación con

[383] En opinión de SANCHO GARGALLO, aun reconociendo la diversidad de posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre el concepto de «sacrificio desproporcionado», se decanta por ligar el juicio de proporcionalidad a la cuota hipotética de liquidación. En SANCHO GARGALLO, I., «Homologación, eficacia…», *op. cit.*, pág. 172.

[384] CARRASCO PERERA, Á., «Ejecución de garantías…», *op. cit.*, párrafo 79 de la versión electrónica. Del mismo autor, «El "valor de la garantía real" y el "sacrificio desproporcionado" en los acuerdos de refinanciación del RDLey 4/2014», en *http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-valor-de-la-garantia-real-y-el-sacrificio-desproporcionado-en-los-acuerdos-de-refinanciacion-del-rd-ley-4-2014.pdf*, párrafo 15.

[385] CÁRDENAS SMITH, F. DE, *op. cit.*, (versión electrónica). Nótese a este respecto que el mismo autor manifestaba que para realizar un acuerdo de refinanciación no era necesario encontrarse en una situación de insolvencia inminente, de tal forma que, en su opinión, habría que prever las consecuencias de la insolvencia del deudor y, además, de llegar el deudor a encontrarse en ese estado, habría que determinar cuál sería el sacrificio sufrido por el acreedor al que se le extienden los efectos en virtud del acuerdo de refinanciación.

otros de la misma clase, y una perspectiva de viabilidad, de tal forma que el sacrificio sería desproporcionado si el plan de viabilidad no es realizable o si se impusieran sacrificios que no son necesarios para asegurar la viabilidad de la empresa[386].

En cuanto al incumplimiento de las mayorías, parece que al tratarse de una cuestión más objetiva, habría menos dudas en su interpretación, por cuando la cuestión a dilucidar sería, simplemente, si se ha alcanzado correctamente el porcentaje de pasivo que en cada caso fuese necesario.

Los motivos que permiten la oposición a la homologación parecen tener justificación en la relevancia del acuerdo de refinanciación para los acreedores afectados por la extensión de efectos. Sin embargo, parece que debiera establecerse un procedimiento donde también pudiera comprobarse que, verdaderamente, el acuerdo cumple con los presupuestos o requisitos necesarios para proceder a la homologación.

En definitiva, tanto la oposición a la homologación como la impugnación –que se tratará a continuación- en caso de un posterior concurso responderían en última instancia a una finalidad que podríamos considerar como rescisoria, es decir, asegurar que los acuerdos se han celebrado de buena fe, son consistentes y no resultan perjudiciales al interés del conjunto de los acreedores en la solución de la crisis del deudor. Ahora bien, tienen un tratamiento específico y un alcance diferente.

En el caso de la oposición se trata de evitar que el acuerdo pueda imponer un sacrificio injustificado a un acreedor concreto. Para ello se establece una medida preventiva, en el sentido de que garantice la eficacia del acuerdo. Aquel acreedor al que se le impone un sacrificio se le permite que pueda oponerse para que el juez verifique si está o no justificado. Sin embargo, no se comprueba que concurran los presupuestos materiales que justifican la inmunidad del acuerdo homologado frente a la rescisión. Y ello, como se verá (*vid. infra apartado 5.2.2 de este capítulo*), es lo que podría explicar que se haya previsto que en caso de declaración de concurso se pueda producir la impugnación del acuerdo.

[386] CÁRDENAS SMITH, F. DE, *op. cit.,* (versión electrónica). Analizando las distintas perspectivas también se ha manifestado la SJM nº 3 de Barcelona de 29 de julio de 2014.

4.4.8.3. Consecuencias de la sentencia que resuelve sobre la oposición

En el caso de que la sentencia sea desestimatoria de la oposición, seguirán desplegándose los efectos de la homologación, que no se vieron siquiera interrumpidos por la interposición de la demanda.

En cambio, en caso de sentencia estimatoria, los efectos que despliega parece que debieran ser diferentes en función del motivo de impugnación. Si es el incumplimiento de las mayorías necesarias, los efectos de la sentencia deben desplegarse frente a todos los acreedores, incluidos los no impugnantes. En el supuesto de que la mayoría fuera inferior a la exigida legalmente para proceder a la extensión de los efectos, pero concurriera el porcentaje necesario del pasivo financiero para que el acuerdo quedara protegido frente a una posible acción rescisoria, es decir, se alcanzara el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero total, el acuerdo homologado podría quedar protegido frente a la rescisión en el caso de que así se hubiera solicitado expresamente.

Si el motivo de impugnación es la falta de concurrencia de la mayoría necesaria para extender los efectos a los acreedores del pasivo financiero garantizado, aun cuando se haya alcanzado la mayoría necesaria para extender los efectos al pasivo financiero no garantizado, la extensión parece que debiera mantenerse entre este último pasivo siempre que se haya previsto de esta manera en el propio acuerdo de refinanciación.

En cualquier caso, se echa en falta una mayor claridad del legislador sobre estas cuestiones. Normalmente, si no se produce la extensión de efectos acordada, no se podrá cumplir con el plan de viabilidad, por lo que resulta difícil que se pueda solicitar el mantenimiento del acuerdo entre los acreedores respecto de los que concurren las mayorías en caso de estimarse la oposición de determinados grupos de acreedores.

Por el contrario, si el motivo de impugnación es el sacrificio desproporcionado del acreedor que impugna, los efectos parecen que deben dirigirse exclusivamente frente a él, pero no frente al resto[387]. Para que los efectos derivados de la oposición por un sacrificio desproporcionado puedan ser aplicados respecto de otros acreedores, estos deben haberse opuesto alegando el mismo motivo. En ese contexto, parece que no

[387] De la misma opinión es DE CÁRDENAS. En CÁRDENAS SMITH, F. DE, *op. cit.*, (versión electrónica).

cabría extender los efectos a otros acreedores que no se hayan opuesto y que pertenezcan a la misma clase. De nuevo en relación con esta cuestión se echa en falta una mayor claridad y precisión por parte del legislador. En efecto, la apreciación del sacrificio desproporcionado para determinados acreedores puede determinar que no se pueda cumplir con el plan de viabilidad.

En este sentido se pronuncia la SJM de Sevilla 507/2016, de 24 de octubre, cuando habiéndose alegado el sacrificio desproporcionado por parte de determinadas entidades en fase de oposición, el juzgado resuelve manifestando que «*la consecuencia de esta estimación es la no extensión de los efectos del acuerdo de refinanciación a los impugnantes que alegaron esta causa*». De hecho, cuando el tribunal explica el motivo de la alegación, expresa que «*el primer motivo no puede ser tenido en cuenta porque la impugnación es una forma de alegación y acreditación del sacrificio que para el impugnante concreto supone la extensión de un determinado efecto, es decir, es un mecanismo de protección individual (…)*».

Pese a que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o se hayan opuesto, los acreedores mantienen sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores y avalistas. Sin embargo, aquellos que sí lo hayan suscrito, conservan estos derechos en la forma en que se haya acordado por las partes.

5. El ejercicio de acciones de ineficacia frente a los acuerdos de refinanciación

Uno de los objetivos de las reformas producidas en 2014 y 2015 es asegurar la efectividad de los acuerdos incluso una vez declarado el concurso. Por ello, se prevé la inmunidad a la acción rescisoria concursal tanto de los acuerdos de refinanciación del artículo 71 *bis* LC como de la Disposición adicional cuarta LC, así como de todos los negocios, actos, garantías, etc, que lo integren.

El artículo 72.2 LC[388] establece un supuesto especial de rescisión para los acuerdos del artículo 71 *bis* LC. De esta forma, la acción solo podrá fundarse en el

[388] Dispone el artículo 72.2 LC que «*Sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de*

incumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 71 *bis* LC, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento, y también se prevé la posibilidad de ejercer cualquier otra acción de impugnación a la administración concursal, excluyendo de esta forma la legitimación subsidiaria de los acreedores concursales.

En aquellos supuestos previstos en la Disposición adicional cuarta LC, se ha dispuesto expresamente la imposibilidad de ejercer una acción rescisoria. Sí se ha establecido la posibilidad de ejercer cualquier otra acción de impugnación en los términos previstos en el artículo 72.2 LC.

5.1. Al margen del concurso: el ejercicio de cualquier acción de impugnación

No se ha establecido en la propia Ley Concursal limitación alguna para el posible ejercicio de otras acciones de impugnación diferentes a la acción rescisoria concursal si se dan los presupuestos para ello. Por consiguiente, fuera del procedimiento concursal puede ejercerse una acción pauliana, de nulidad o de anulabilidad o cualquier otra si se cumplen los requisitos para su ejercicio.

Con respecto a los acuerdos de refinanciación homologados, tampoco se prevé nada específicamente en la Ley Concursal acerca de la posibilidad de ejercer otras acciones de impugnación al margen del concurso, por lo que parece que nada impide que puedan llevarse a cabo[389].

---

refinanciación del artículo 71 bis. La acción rescisoria solo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento. Para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el apartado anterior».

[389] Tal y como manifiesta LEÓN, «*la acción de nulidad, de anulabilidad o la acción rescisoria ordinaria son acciones con presupuestos materiales y procesales diferentes del procedimiento de homologación. Sin una exclusión normativa expresa no parece que se pueda impedir su ejercicio. Es más, la previsión en la Disposición Adicional 4ª de que la legitimación en el concurso para el ejercicio de las demás acciones de impugnación corresponde exclusivamente a la administración concursal lleva a la conclusión de que, al margen del concurso, puedan ser ejercitadas las acciones de ineficacia que*

5.2. En el procedimiento concursal

5.2.1. Inmunidad frente a la acción rescisoria concursal si concurren los presupuestos tipificados

El artículo 72.2 LC ha establecido que «*La acción rescisoria solo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento*». A través de este precepto, el legislador ha previsto un supuesto especial de rescisión una vez declarado el concurso respecto a los acuerdos de refinanciación no homologados judicialmente.

Puede, en consecuencia, ejercerse un procedimiento en el marco del concurso de acreedores para instar la declaración de que el acuerdo de refinanciación celebrado no reúne los requisitos para hacerlo inmune a la rescisoria concursal. La acreditación de que el acuerdo de refinanciación no cumple con los requisitos para declarar su inmunidad frente a la rescisión, parece que no debe significar, sin embargo, que deba declararse su rescisión de modo automático[390].

La prueba de que el acuerdo no reúne los presupuestos materiales, se traduce en el levantamiento del escudo frente a la acción rescisoria, pero ello no significa que el acuerdo sea necesariamente perjudicial. Si se considerase que el acuerdo resulta automáticamente perjudicial, se estaría otorgando un tratamiento más negativo a estos

---

correspondan siempre que se den los requisitos para su ejercicio». En LEÓN SANZ, F.J., «La ineficacia…», *op. cit.*, pág. 8 de la versión electrónica.

[390] En este mismo sentido se decantaron las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid, 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre Unificación de Criterios, quienes manifestaron por unanimidad que «*La falta de concurrencia de los requisitos del artículo 71 bis únicamente hace desaparecer el blindaje externo frente a la acción rescisoria, pero no se puede identificar automáticamente con la existencia de perjuicio. La omisión de un requisito meramente formal, como el del artículo 71 bis 1 b) 3º ("el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores") no supone que el acuerdo de refinanciación sea per se perjudicial y en tal sentido lo que deberá es acreditarse la existencia de perjuicio por quien interpone la demanda de reintegración, amparándose cuando proceda en las distintas presunciones del artículo 71 de la Ley Concursal*».

acuerdos, bastando para su rescindibilidad probar el incumplimiento de los requisitos, y no el carácter perjudicial del mismo.

Al igual que sucede con el resto de contratos celebrados durante el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración de concurso, se hace necesario que el acuerdo de refinanciación resulte perjudicial en el sentido del artículo 71 LC. Aquellas presunciones que se recogen en el propio artículo 71 LC, tanto las presunciones *iuris et de iure* como las presunciones *iuris tantum*, serán de aplicación una vez se levante el escudo de protección de los acuerdos realizados en el marco del artículo 71 *bis* LC.

Surgen dudas acerca de a quién corresponde la carga de probar que, efectivamente, el acuerdo resultó perjudicial. El interrogante que se plantea es si debe ser la administración concursal quien debe probar que, junto a la falta de concurrencia de los presupuestos, el acuerdo resultó perjudicial, o si, por el contrario, corresponde a la contraparte probar que, pese a no concurrir los presupuestos, aun así el acuerdo no resultó perjudicial.

Resulta razonable la primera opción pues, de lo contrario, el nivel de protección de los acuerdos de refinanciación atípicos parecería encontrarse en mejor situación. En los acuerdos que no se encuentran blindados frente a la rescisión, el ejercicio de la acción rescisoria se plantea de la misma manera que respecto de cualquier otro acto o contrato, es decir, en principio, corresponde a la administración concursal demostrar que resultó perjudicial.

No se encuentra justificado que baste con que la administración concursal pruebe que el acuerdo no reunía los requisitos necesarios para proceder a su blindaje, pero no deba demostrar que éste resultó, además, perjudicial. Si se procediera de este modo, la intensidad en el ejercicio de la acción rescisoria resultaría menor que en los acuerdos de refinanciación que no se encuentran recogidos en la Ley Concursal, pues para la rescisión de estos últimos compete a la administración concursal la carga de la prueba del carácter perjudicial.

Por otro lado, tras las reformas de 2014 y 2015, no se exige informe de un experto independiente sobre la razonabilidad del acuerdo, sobre el plan de viabilidad y sobre la proporcionalidad de las garantías. Sin perjuicio de su inexigencia, el deudor o los

acreedores podrán solicitarlo. Si la administración concursal demuestra que no concurre alguno de los presupuestos necesarios para hacer inmune a la rescisión el acuerdo de refinanciación, el informe del experto independiente debería tener, en principio, el mismo valor que el realizado por cualquier otro perito en aras de demostrar que el acuerdo fue perjudicial.

Los acuerdos de financiación o de refinanciación ordinariamente son acuerdos complejos en los que junto con el contrato principal, que suele ser un contrato de préstamo, se prevé el otorgamiento de garantías y/o la celebración de otros contratos[391]. En esta clase de contratos, la obligación principal del acreedor, la entrega del capital del préstamo, se cumple en el momento de la celebración del acuerdo[392].

[391] MARTOS MORENO, J.L., «Rescisión: acuerdos de refinanciación…», *op. cit.*, pág. 274.

[392] En principio, la apreciación de la rescisión se habrá de plantear en relación con el acuerdo de financiación o de refinanciación en su conjunto. Como señala SANCHO GARGALLO, «*tratándose de un negocio complejo, con causa compleja, debe analizarse globalmente, y además es preciso tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes que pueden permitir juzgar adecuadamente sobre la "justificación" del acto de disposición. Aunque los intereses afectados por el acto de disposición son los que los acreedores tienen en la masa del concurso, en cuanto garantía del pago de sus créditos, para juzgar si estaba o no justificado el acto o negocio impugnado el análisis ha de hacerse desde la posición del deudor al tiempo de su realización. Así pues, ha de valorarse el principio de oportunidad, las expectativas razonables que el negocio o acto de disposición le reportaba al deudor en ese momento y otras circunstancias concurrentes, como son la situación del mercado y la necesidad de vender para obtener liquidez, para juzgar si los términos en que se realizó la operación eran razonables desde el punto de vista negocial. Eso conlleva que, obviando lo ocurrido después, debamos valorar en ese preciso momento, y atendiendo a las alternativas que tenía el deudor, si estaba justificado para sus intereses como empresa el negocio o acto realizado y ahora impugnado. De otro modo se incurriría en el sesgo de retrospección: el conocimiento posterior de lo que realmente ha sucedido condiciona a quien evalúa la posibilidad de que ocurriera.*

Lo anterior cobra especial relevancia cuando, como contraprestación a la inyección de dinero fresco, el financiador obtenga especiales garantías sobre el patrimonio del deudor. Aunque la constitución de estas garantías afectará a los acreedores anteriores, no se puede dejar de contemplar el beneficio que supone para ellos la expectativa de que su deudor, gracias al referido acuerdo de financiación, pueda salir adelante y, al superar la crisis, acabe pagando sus créditos. Si todo hubiera salido bien, los acreedores se habrían beneficiado de la refinanciación, pues habrían visto satisfechos sus créditos, lo que no necesariamente hubieran logrado de haberse optado por la apertura del concurso

La rescisión de los actos de cumplimiento del acuerdo de financiación o de refinanciación por el concursado o el otorgamiento de las garantías se podría plantear si se dieran circunstancias en el supuesto de hecho que pusieran de manifiesto su eventual carácter injustificado desde el punto de vista rescisorio.

Este criterio se puede ver reforzado por la regulación de los acuerdos de refinanciación que se consideran inmunes a la rescisión. En efecto, en estos casos, la Ley Concursal considera que, si el acuerdo de refinanciación cumple con los requisitos que se establecen en estos preceptos, no son rescindibles los acuerdos, pero tampoco los contratos que se celebren, que se hubieran contemplado realizar, ni las garantías que se otorguen ni tampoco los actos de cumplimiento.

5.2.2. Impugnación de los acuerdos homologados judicialmente

Existen diferencias relevantes entre aquellos acuerdos realizados en el marco del artículo 71 *bis* LC y aquellos alcanzados en virtud de la Disposición adicional cuarta LC. Una de esas diferencias, según un sector doctrinal, radica en que mientras en los primeros puede ser discutida la concurrencia de los requisitos que el propio artículo establece, en los acuerdos de refinanciación homologados, parece que al no establecerse una previsión similar a la que se hace en el artículo 72.2 LC en referencia a los acuerdos no homologados y al prever expresamente la imposibilidad del ejercicio de la acción rescisoria, la posibilidad de discusión por el juez sobre la concurrencia de los presupuestos no puede ser admitida.

En este sentido se manifiestan, por ejemplo, NIETO y YÁÑEZ, quienes señalan que «*en el caso de las refinanciaciones homologadas judicialmente, la resistencia es máxima: no es posible en ningún caso la acción de reintegración y sí únicamente las demás acciones de impugnación, en los términos del artículo 72.2 de la Ley Concursal*»[393]. Igualmente, CARRASCO es partidario del carácter absoluto de

---

de su deudor». En SANCHO GARGALLO, I., «La refinanciación desde la perspectiva…», *op. cit.*, pág. 8.

[393] YÁÑEZ EVANGELISTA, J., / NIETO DELGADO, C., «Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos», en *ADCon,* nº 32, 2014, pág. 163. En el mismo sentido, AZNAR GINER, E., *La*

irrescindibilidad de los acuerdos homologados, diciendo que «*si bien no procederá la acción rescisoria, ni siquiera en el limitado ámbito del nuevo artículo 72.2, sí procederán el resto de acciones de impugnación (pauliana, nulidad, anulabilidad), que no estén sujetas a ninguna condición especial de procedibilidad, aunque la legitimación se reserva a la administración concursal*»[394].

En el mismo sentido se manifiesta SANCHO GARGALLO, aunque la critica de *lege ferenda*, cuando expresa que «*A diferencia de los acuerdos de refinanciación alcanzados en el marco de lo previsto en el art. 71 bis. 1 LC, respecto de los homologados conforme a la DA4ª LC ya no podrá discutirse el cumplimiento de los requisitos legales, pues su concurrencia se supone que ya fue revisada de oficio por el juez al tiempo de la homologación*»[395].

Estos autores, por tanto, lo que cuestionan es que una vez se ha producido la homologación judicial, la referencia a la impugnación en sede concursal tan solo sería posible a través de acciones diferentes a la acción rescisoria concursal[396].

---

homologación judicial de los acuerdos de refinanciación en la Disposición adicional Cuarta de la Ley Concursal, Tirant Lo Blanch, 2017, pág. 71. En contra, admitiendo la posibilidad de impugnación una vez declarado el concurso, AZOFRA VEGAS, F., *La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*, Editorial Reus, 2016, pág. 276.

[394] CARRASCO PERERA, Á., «Ejecución de garantías…», *op. cit.*, párrafo 57 de la versión electrónica

[395] SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión… op. cit.*, págs. 297 y 298. También ha sido esta una de las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid, 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre Unificación de Criterios, quienes sostuvieron por unanimidad que «*El blindaje que otorgue la resolución que conceda la homologación del acuerdo de refinanciación no puede ser revisado posteriormente, salvo en los estrictos términos que la propia Disposición Adicional 4ª se prevén para la impugnación de la homologación. Precluido el trámite o fracasada la impugnación frente a la homologación, ya no cabrá ninguna ulterior revisión: el acuerdo obtendrá la inmunidad absoluta frente a las acciones rescisorias concursales establecida en el inciso 13 de la Disposición Adicional 4ª y el juez del concurso no podrá volver sobre esa misma cuestión. Con fundamento y contenido diferente, podrán ejercitarse las acciones de nulidad o anulabilidad contractual, ya previstas en el 71.6 de la Ley Concursal*».

[396] En el mismo sentido, PÉREZ DE ONTIVEROS, C., «Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana», en *ADCon*, nº 35, 2015, pág. 40.

En relación con esta cuestión, SANCHO GARGALLO es partidario de la posibilidad de ejercer una acción de nulidad si se cumplen los presupuestos para ello. El ejercicio de esta acción tendría como motivo de impugnación una causa de nulidad. Habría que plantearse, entonces, que se trata realmente de un acuerdo que ha incumplido los requisitos legales que hacen que tengan plena eficacia. En ese sentido, el fundamento de esa impugnación estaría en el artículo 1275 CC, porque serían acuerdos que no habrían respetado los requisitos legales para poderse celebrar.

En la medida en que la homologación del acuerdo supone que los efectos no son aplicados tan solo entre los suscriptores, sino que se puede producir también la extensión de efectos a otros acreedores, ello implica que los efectos que despliegan no pueden ser explicados tan solo con el Derecho de contratos, sino que los efectos son efectos legales, que se producen en la medida en que se cumplen con los presupuestos descritos en la norma.

El debate se encuentra en si ha de reconducirse el incumplimiento de esos requisitos materiales a alguno de los vicios del contrato que determinan la nulidad del mismo, o la mera violación de esos preceptos ya determina la ineficacia del acuerdo.

Si lo reconducimos necesariamente a una causa de nulidad, la interpretación ha de ser más estricta. En cambio, si lo reconducimos a que son requisitos legales para que se produzcan esos efectos, se trataría de una acción de impugnación porque no son conforme a ley, precisamente a la ley que determina que los acuerdos tengan esos efectos.

En cualquier caso, se trate de una acción de nulidad o de una acción específica de impugnación, se estaría analizando en qué medida se están cumpliendo o no aquellos requisitos materiales que justifican que se pueda producir la extensión de efectos y que, a su vez, impiden la rescisión. Con lo cual, se trataría de una acción de impugnación, que no dejaría de tener una significación hasta cierto punto rescisoria.

Parece claro que si el acuerdo de refinanciación se tratase de una estafa, de una simulación absoluta, se pretendiese realizar un alzamiento de bienes usando el propio acuerdo, etc, se estaría ante una materia que determinaría su nulidad absoluta. Sin embargo, cuando la Disposición adicional cuarta LC establece que puede ejercitarse

«*cualquier otra acción de impugnación*» no está pensando únicamente en el ejercicio de una acción de nulidad absoluta por cumplirse alguna de esas causas.

Se plantea entonces la necesidad de dar un tratamiento apropiado a aquellos casos en los que claramente y de una manera objetiva el plan de viabilidad no era viable, un solo acreedor se ha quedado con todas las garantías, etc, y de esa forma, no se han cumplido los requisitos legales, pero no ha habido propiamente una causa que determine su nulidad radical de una manera absoluta

La Ley Concursal, cuando hace mención al ejercicio de acciones de impugnación, está haciendo referencia a una acción por vulneración de los requisitos legales que impiden que se produzcan las consecuencias que establece la ley y que protegen frente a la rescisión y determinan la extensión de efectos[397]. Es, en ese sentido, en el que parece que se pudiera considerar como una acción de impugnación con una cierta significación rescisoria[398].

Si se optase por la vía del ejercicio de una acción de nulidad, como plantea SANCHO GARGALLO[399], se ejercitaría sobre la base de que el acuerdo tenía una causa ilícita -artículo 1275 CC- por vulnerar lo dispuesto en la ley o, también, por cualquier otro vicio o causa de nulidad. La norma que habría sido vulnerada en este caso es la Disposición adicional cuarta LC, la cual, precisamente, es la que trata de proteger el acuerdo frente a una acción de reintegración y la que determina, en su caso, la extensión de efectos. Es decir, si partimos del ejercicio de la acción de nulidad, ésta debe ir referida, inexcusablemente, al cumplimiento de los requisitos para proceder a la homologación del acuerdo. En ese sentido, se parta de la consideración de la acción de

[397] El debate planteado coincide con aquel que se planteó entre la doctrina italiana con los acuerdos de reestructuración de deudas del artículo 182 *bis* y siguientes de la *Legge Fallimentare*, donde la cuestión de fondo consistía en determinar si con el Derecho de contratos se podía explicar el alcance y los efectos de los acuerdos de refinanciación o ese alcance y esos efectos iban más allá de lo que se podía fundar en la autonomía privada. Y en ese contexto, se ha de comprender la discusión sobre si es o no contrato o si es un instituto de Derecho concursal, lo decisivo es ver hasta dónde llega la autonomía privada y donde se hace necesario un apoyo normativo para determinar los efectos.

[398] LEÓN SANZ, F.J., «La ineficacia…», *op. cit.*, pág. 8 de la versión electrónica.

[399] SANCHO GARGALLO, I., «Homologación, eficacia…», *op. cit.*, págs. 179 y 180.

impugnación como una acción de nulidad o de una acción de ineficacia especial con una significación rescisoria, el resultado al que se llegaría vendría en buena medida a coincidir, pues sería una acción que se ejercitaría por la vulneración de una norma que, esencialmente, protege frente a la rescisión. La acción de nulidad probablemente conduzca a una interpretación más restringida de los supuestos de ineficacia, pero la trascendencia que presenta esta clase de acuerdos también hace recomendable en cualquier caso seguir un criterio estricto en la apreciación de la ineficacia en el ejercicio de la acción de impugnación.

En los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente, los efectos de la impugnación del acuerdo y la falta de concurrencia de los presupuestos necesarios para que se produzca la homologación, deberían ser más radicales que propiamente los desplegados respecto de una acción rescisoria. En ese sentido, parece que debería suponer la ineficacia completa del acuerdo[400].

Esta consecuencia parece encontrarse justificada en aquellos acuerdos con extensión de efectos. La no concurrencia de los presupuestos supone que los efectos ni se debieron extender ni deberían haber sido aplicados a los suscriptores. Siendo así, su impugnación determinaría su ineficacia, pues la extensión de efectos y la imposibilidad de rescisión se habrían producido en la medida en que se cumplían con tales presupuestos.

[400] SANCHO GARGALLO, al mencionar a LEÓN SANZ entre la doctrina que permite la impugnación posterior, dice que sobre esa base «*Se ejercitaría, en primer lugar, una acción declarativa donde se estableciese que el acuerdo de refinanciación no cumplía con requisitos necesarios para ser homologado -ya que el cumplimento es imperativo y, por ende, la no concurrencia puede ser declarada por quien tenga un interés legítimo, como en este caso, la administración concursal como representante de los intereses de los acreedores afectados en el concurso- y, posteriormente, sobre la base de la procedencia de la declaración anterior, se ejercería propiamente la rescisoria concursal*» (En SANCHO GARGALLO, I., «Homologación, eficacia…», *op. cit.*, pág. 178). Realmente, cuando LEÓN dice que se permite la impugnación en caso de concurso de un acuerdo homologado pues nadie ha verificado en fase de homologación que concurren los presupuestos, no menciona que posteriormente se ejerza una acción rescisoria, sino que la no concurrencia de los requisitos determinaría su ineficacia.

Nótese en este sentido la diferencia respecto a la oposición al acuerdo. Cuando la causa de la oposición es el sacrificio desproporcionado a un acreedor, si ésta prospera dejan de extenderse los efectos tan solo respecto de ese acreedor, pero se mantienen frente al resto. En cambio, cuando la causa de la oposición se fundamenta en que no se han alcanzado las mayorías para la adopción del acuerdo, la consecuencia será, en principio, la ineficacia del acuerdo mismo, salvo que expresamente se hubiera contemplado la posibilidad de que continuara siendo eficaz respecto de los que lo hubieran suscrito, de admitirse esta interpretación.

Cuando el acuerdo homologado se impugna una vez declarado el concurso y se demuestra que el acuerdo no reunía los presupuestos para proceder a la extensión de los efectos, parece que el efecto no debería consistir en la admisión de un cumplimiento parcial, en el sentido de que el acuerdo desplegase los efectos tan solo entre los suscriptores sin producirse la extensión. En ese contexto, parece que el acuerdo completo debería ser declarado ineficaz.

La razón de la ineficacia no se encontraría en un mero vicio en la voluntad de los suscriptores, de tal forma que lo aceptaron en la medida en que se extendían los efectos y si no se extienden es como si hubiese estado viciada su voluntad, sino que la ineficacia parece encontrar su fundamento objetivo en la medida en que el acuerdo produce una serie de efectos siempre que se cumplan una serie de presupuestos, los cuales dejan de producirse una vez prospera la impugnación.

Como hemos dicho, esta ineficacia parece encontrar pleno sentido cuando se trata de acuerdos homologados con extensión de efectos. El tratamiento de los efectos en los acuerdos de refinanciación homologados donde no se extienden efectos parece que debería haberse equiparado más bien a aquellos previstos en el artículo 71 *bis* LC. Sin embargo, ésta no ha sido la opción seguida por el legislador por cuanto ha dado el mismo tratamiento en materia de impugnación a todos los acuerdos homologados judicialmente.

6. Contraste entre la regulación del Derecho italiano y el Derecho español y, a su vez, con el Derecho norteamericano

El Derecho concursal tradicional español e italiano respondían a una finalidad solutoria, en el sentido de que el concurso estaba pensado para satisfacer a los acreedores de la mejor manera posible. En los últimos años, esta finalidad ha ido compaginándose con aquella que trata de hacer posible la continuidad de la empresa.

En la medida en que el saneamiento ha ido incorporándose en la normativa sin aprobar una nueva Ley configurada desde la perspectiva de facilitar la reestructuración empresarial, los mecanismos que se han ido introduciendo plantean una tensión con las normas que subsisten.

Ello puede explicar que tanto en un ordenamiento como en otro se haya tratado de alcanzar esta finalidad mediante acuerdos realizados entre el deudor y sus acreedores al margen del concurso.

Los mecanismos introducidos parecen partir, desde el plano de fondo, de la regulación contenida en la propia normativa concursal, pues resulta complicado, en el marco del procedimiento establecido, alcanzar un acuerdo que permita el saneamiento de una empresa que se encuentra en dificultades económicas.

A esto hay que añadir la incidencia del tratamiento de la rescisión en las refinanciaciones. La diferente regulación de esta materia en Italia y en España explica que la trascendencia de esta cuestión se revele de forma singular en cada ordenamiento.

En el Derecho italiano, para el ejercicio de la acción rescisoria se hace necesario que la contraparte conozca el estado de insolvencia del deudor. Ahora bien, en relación con las refinanciaciones resulta elevado el riesgo de rescisión pues los financiadores del deudor conocen la situación económica de éste en el momento de la financiación, lo que conlleva que de alguna manera exista un riesgo ineludible de que la operación pueda ser rescindible.

En el Derecho español, no sólo es que en materia de presupuestos resulte irrelevante la buena fe del deudor y de la contraparte, sino que a ello se suma el tratamiento amplio del concepto de perjuicio en la jurisprudencia y los efectos de la acción rescisoria, pues los créditos que surjan como consecuencia de la rescisión son

calificados, de no concurrir mala fe, como deudas de la masa. En ese sentido, se ha establecido una regulación específica destinada a proteger las refinanciaciones, pues existe un mayor riesgo rescisorio en aquellos supuestos donde no surge ningún crédito como consecuencia de la rescisión, como es el caso de los pagos y de las garantías –serían calificados como créditos concursales ordinarios-. Esto implica que precisamente aquellos actos que inciden de una manera significativa en las refinanciaciones sean los que pueden presentar mayor riesgo de impugnación.

En lo que se refiere al presupuesto objetivo para poder realizar un acuerdo de refinanciación, el legislador italiano ha optado por la expresión *estado de crisis.* Hace referencia con ello a un concepto más amplio que el estado de insolvencia, en el sentido de permitir a un deudor que está atravesando una situación de dificultades económicas llevar a cabo un acuerdo de refinanciación con sus acreedores. Ahora bien, estas dificultades económicas tienen que ser de tal entidad que de no haberse adoptado el acuerdo de refinanciación, se vería abocado a la declaración de concurso.

En el Derecho español, el legislador no ha recogido en la norma un presupuesto objetivo. En ese sentido, la doctrina y la jurisprudencia se encuentra dividida acerca de permitir o no la realización de un acuerdo de refinanciación cuando el deudor se encuentra en una situación de dificultades económicas con independencia de que llegue a ser o no insolvente. Por este motivo, parece razonable emplear un concepto más amplio, lo que no puede suponer que el concepto de dificultades económicas sea completamente independiente de un eventual estado de insolvencia. De alguna manera, debería constituir un estado de dificultades económicas que de no alcanzarse el acuerdo, el deudor se vería abocado a la situación de insolvencia y con ello a la declaración de concurso, tal y como interpreta la doctrina italiana.

En relación con los efectos que despliegan los acuerdos de refinanciación, si bien son semejantes en un ordenamiento jurídico y en otro, existen algunas diferencias significativas.

En lo que respecta a la prohibición de iniciar o continuar con acciones individuales, cautelares o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor, en ambos ordenamientos se ha previsto esta posibilidad con carácter previo a la declaración de concurso.

En Derecho español, el artículo 5 *bis* LC establece la prohibición de iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. El cómputo del plazo comienza desde la comunicación presentada por el deudor de que se están llevando negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. El plazo de prohibición es de tres meses, más uno adicional en el que se depositará la formalización del acuerdo de refinanciación o se solicitará la declaración de concurso.

En el Derecho italiano, se ha previsto igualmente la prohibición específica. Sin embargo, existen en este punto dos diferencias relevantes. Por un lado, el plazo de prohibición resulta más corto, de tan sólo sesenta días. Por otro, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, donde resulta suficiente una simple comunicación por parte del deudor de que se están llevando a cabo las negociaciones, en Derecho italiano el deudor debe depositar ante el tribunal la documentación prevista en el artículo 161 *LF*, entre la que se encuentra la situación patrimonial, económica y financiera de la empresa, una relación de titulares de derechos reales y personales sobre bienes en propiedad o en posesión del deudor, una relación de acreedores, con indicación de sus respectivos créditos y de las causas de prelación, y una descripción analítica de las modalidades y de los tiempos de cumplimiento de la propuesta. A ello se suma una propuesta de acuerdo junto con una declaración del empresario donde manifieste que está llevando a cabo el acuerdo con acreedores que representen al menos un sesenta por ciento del pasivo. También debe incluirse un informe de un profesional acerca de la idoneidad de la propuesta realizada por el empresario para asegurar el pago íntegro de los acreedores que no están formando parte de la negociación.

En Derecho italiano, junto a dicha prohibición, también se ha previsto la misma prohibición de iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos una vez homologado el acuerdo de refinanciación. Tras la publicación del acuerdo homologado en el registro de la empresa, durante los siguientes sesenta días, los acreedores por títulos o causas anteriores no pueden ni iniciar ni, en el supuesto de que ya se encontrasen, continuar con acciones cautelares o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor ni, tampoco, adquirir derechos de prelación si el resto de acreedores no dan su consentimiento.

En la medida en que el acuerdo homologado ordinario en el Derecho italiano tiene como presupuesto asegurar razonablemente que se va a poder cumplir durante los primeros ciento veinte días con las deudas que vencen y, también, con las que ya han vencido, se impide el embargo precedente y consecuente y se permite con ello la continuidad de la empresa.

En lo que se refiere a la adquisición del carácter de crédito prededucible, en Derecho español, tal y como establece el artículo 84.2.11º LC, el cincuenta por ciento de los nuevos ingresos de tesorería serán calificados, en caso de un posterior concurso, como créditos contra la masa.

En el Derecho italiano, los nuevos ingresos de tesorería serán calificados como créditos prededucibles en su integridad. Pero además, se prevén dos medidas adicionales. Por un lado, tendrán el carácter de crédito prededucible aquellos créditos concedidos en ejecución de un acuerdo de refinanciación con carácter previo a su formalización, siempre que posteriormente vengan previstos en el mismo, con la finalidad, principalmente, de otorgar liquidez a la sociedad durante el periodo de negociación; y también tendrán la misma consideración aquellos que surjan de la financiación de los socios hasta el ochenta por ciento de éstos. En Derecho español no se ha previsto esta posibilidad debido al conflicto de interés. En Derecho italiano se admite porque es el juez quien va a verificar que la financiación atiende a la finalidad de la continuidad de la empresa y no favorece injustificadamente a los socios.

Por otro lado, también tendrá tal carácter aquella financiación adicional una vez publicado el acuerdo de refinanciación, siempre que un profesional acredite que resulta necesaria para conseguir la mejor satisfacción de los acreedores. En el Derecho español, parece no admitirse esta posibilidad, lo que obligaría a realizar un nuevo acuerdo de refinanciación con el objeto de captar la nueva financiación que se haga necesario obtener por haber resultado insuficiente la contemplada en el acuerdo de refinanciación adoptado.

Por último, ambos ordenamientos prevén que los acuerdos que cumplan con los presupuestos que se encuentran previstos tanto en la Ley Concursal como en la *Legge Fallimentare*, no serán susceptibles posteriormente de rescisión concursal.

Para que un acuerdo de refinanciación quede al abrigo de la acción rescisoria, en el Derecho italiano siempre es necesario que éste sea homologado.

En ese sentido, en el acuerdo que produce efectos tan solo entre los suscriptores, se hace necesario que un experto independiente realice un informe donde se haga constar la veracidad de la información que le ha sido proporcionada por el deudor y de la idoneidad del plan que asegure el pago integral al resto de acreedores.

En el acuerdo de refinanciación con intermediarios financieros donde se extienden los efectos a otros acreedores, tal informe deberá también verificar que las negociaciones se han llevado de buena fe y de que los bancos y los intermediarios financieros a los que solicitó la extensión de los efectos tienen una posición jurídica e intereses económicos homogéneos respecto a aquellos de los bancos e intermediarios financieros adheridos, que han recibido una información completa y actualizada sobre la situación patrimonial del deudor, además de sobre el acuerdo y sus efectos, y que han tenido oportunidad de participar en las negociaciones y que pueden resultar satisfechos, en base al acuerdo, en medida no inferior respecto a las alternativas que sean viables. Posteriormente, el tribunal verificará no sólo la información manifestada por el deudor, sino también lo redactado en el informe por el experto independiente[401]. En ese sentido, si lo estima conveniente, procederá a la homologación, la cual será susceptible de recurso de apelación en los quince días siguiente a su publicación en el Registro de la Empresa.

En Derecho español, existen diferentes tipologías de acuerdos y no siempre resulta necesario que sean homologados por el tribunal. Los acuerdos previstos en el artículo 71 *bis* LC, son realizados entre el deudor y sus acreedores sin supervisión judicial alguna y resultan, en principio, blindados frente a la rescisión. Los acuerdos previstos en la Disposición adicional cuarta LC sí son homologados judicialmente, aunque realmente no existe un control completo del cumplimiento de los requisitos

[401] Además, y a diferencia del Derecho español, en Italia, para que un acuerdo pueda extender sus efectos a los acreedores que no lo han suscrito, no sólo se hace necesario que se alcance con una mayoría determinada del pasivo financiero, sino que se requiere que éste constituya más de la mitad del pasivo total de la empresa. Igualmente, se ha previsto en Italia que entre las medidas que pueden ser adoptadas, no pueden imponerse obligaciones nuevas a los acreedores que no lo hubieran suscrito, tales como la ejecución de nuevas prestaciones o la prestación de financiación nueva.

recogidos en la norma, ni siquiera de aquellos que prevén la extensión de efectos. No sólo resulta que el juez no verifica que concurren los presupuestos –tan sólo verifica que se alcanzan las mayorías necesarias-, sino que además se ha eliminado el carácter preceptivo del informe del experto independiente acerca de la razonabilidad del acuerdo, de la viabilidad del plan, y de la proporcionalidad de las garantías, a lo que se suma que una vez homologado el acuerdo de refinanciación, éste no será susceptible de recurso de apelación.

En Derecho italiano, una vez homologado el acuerdo no es susceptible de impugnación en un eventual concurso. Y ello porque puede producirse en fase de homologación una revisión plenaria del acuerdo en función de los motivos que sean alegados, a lo que se añade la posibilidad de recurrirse en apelación. La revisión completa del acuerdo en fase de homologación puede realizarse debido a dos motivos. El primero es que se ha previsto la verificación por parte del tribunal de la veracidad del informe del experto independiente en lo referente a la idoneidad del plan de saneamiento y del pago integral a los acreedores que no lo hubieran suscrito. El segundo motivo consiste en que el alcance de la oposición no tiene límites, ni en cuanto a la legitimación activa, pues todos los acreedores pueden plantear la oposición, tanto los suscriptores, como los no suscriptores y aquellos a los que se les extienden los efectos en los acuerdos homologados con el pasivo financiero, ni en cuanto a los motivos, puesto que el alcance de la oposición no se ha delimitado, sino que parece poderse alegar cualquier motivo.

En Derecho español, en principio, esta delimitación entre oposición e impugnación debería determinarse en función de si el acuerdo ha sido o no homologado judicialmente. En aquellos acuerdos previstos en el artículo 71 *bis* LC, no se ha previsto por el legislador la posibilidad de plantear oposición por ningún acreedor ni ninguna clase de control judicial *ex ante*. Ello conlleva que se permita la posibilidad de llevar a cabo la rescisión una vez declarado el concurso en los términos que se prevén. Una vez declarado, podrá plantearse que el acuerdo no cumple con los presupuestos necesarios para quedar blindado frente a la acción rescisoria. Si se demuestra que no concurren los requisitos necesarios, se deberá demostrar, asimismo, que el acuerdo resultaba perjudicial para los intereses de los acreedores concursales, prueba que creemos corresponde, como anteriormente se expuso, a la administración concursal.

En los acuerdos homologados judicialmente, se ha permitido la posibilidad de oponerse sólo en aquellos que prevén la extensión de efectos. En este sentido, sólo pueden plantear oposición a la homologación los acreedores a los que se les extiendan los efectos. Además, los motivos de impugnación se encuentran tasados, pues sólo se puede alegar el incumplimiento de las mayorías exigidas y el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor.

A la hora de la homologación, el juez realmente no comprueba, a diferencia de lo que sucede en el Derecho italiano, que el acuerdo cumple con los presupuestos recogidos en la norma. En ese sentido, si bien se ha prohibido expresamente la posibilidad de rescisión, se permite llevar a cabo la impugnación del acuerdo. El fundamento y el alcance de esta impugnación resultan controvertidos. La impugnación sobre la base de un incumplimiento grave de los presupuestos materiales exigidos legalmente para su adopción permitiría reconocer, en última instancia, a la impugnación que se basara en este tipo de causas una significación rescisoria.

Como se puede apreciar, el enjuiciamiento judicial, incluso en caso de oposición, no tiene el mismo alcance que en Derecho italiano y de ahí que se permita su impugnación una vez declarado el concurso para demostrar que el acuerdo no reunía los presupuestos.

En los acuerdos homologados judicialmente, una vez impugnado y demostrado que el acuerdo no reúne los presupuestos necesarios, éste parece que debería ser directamente declarado ineficaz. En ese sentido, su impugnación determinaría su ineficacia originaria, pues de alguna manera el acuerdo determina la extensión de los efectos en virtud de lo dispuesto normativamente siempre que se cumplan con los requisitos legales. Si no se han cumplido, se debe entender que el acuerdo no se ha adoptado correctamente y, en consecuencia, no tiene eficacia ni frente a los afectados por la extensión ni frente a los suscriptores.

Pese a que el legislador ha equiparado el tratamiento en los acuerdos homologados con y sin extensión de efectos, parece que el tratamiento de estos últimos debería haber sido el mismo que en los previstos en el artículo 71 *bis* LC. Sin embargo, el legislador ha dado el mismo tratamiento a todos los acuerdos homologados judicialmente.

La ineficacia no se fundamentaría en un vicio en la voluntad de los suscriptores, que lo aceptaron en la medida en que los efectos se extendían, sino que parece encontrar su fundamento en la medida en que el acuerdo cambia su naturaleza por cuanto cumplía una función en atención a los efectos desplegados, los cuales dejan de producirse una vez prospera la impugnación.

Tal y como se ha expuesto a lo largo de este capítulo, aun existiendo relevantes diferencias, las refinanciaciones se llevan a cabo tanto en Derecho italiano como en Derecho español se llevan a cabo al margen del procedimiento concursal, esto es, sin una declaración judicial de concurso. Pese a las modificaciones tanto de la Ley Concursal como de la *Legge Fallimentare* que se han producido a lo largo de estos años, el procedimiento concursal sigue sin ser plenamente apto u operativo para llevar a cabo refinanciaciones en el marco del mismo que permitan el saneamiento de la empresa.

A esto hay que sumar la incidencia del tratamiento de la rescisión en las refinanciaciones. A pesar de la diferente regulación en materia de acción rescisoria en uno y otro ordenamiento, el tratamiento de la rescisión explica que la trascendencia de esta cuestión se revele de forma particular en España y en Italia.

Se han establecido, de esta forma, exenciones frente a la rescisión en determinados acuerdos cuando cumplan con una serie de presupuestos, consiguiéndose de esta manera dar cierta seguridad jurídica a los financiadores y disminuir el riesgo rescisorio de estos acuerdos.

En contraste, en el Derecho norteamericano el concurso sí está orientado a la continuidad de la empresa y a hacer posible su reestructuración, lo que permite que en el marco del procedimiento se pueda obtener de manera efectiva la financiación necesaria para la continuidad de la actividad. Además, en la medida en que se realiza bajo supervisión judicial, pueden adoptarse medidas que aseguren la consistencia y la seguridad jurídica de esas operaciones.

De ahí que cuando las financiaciones se llevan a cabo antes del concurso no se haya establecido un régimen especial en materia rescisoria, sino que se aplicaría el régimen general. Tan solo se han establecido supuestos particulares en aquellos casos de financiación abusiva. Se consigue con ello que la financiación, con carácter general, tenga un menor riesgo rescisorio salvo que se encuadre en alguno de esos supuestos. Si

bien es cierto que no se han establecido excepciones frente a la rescisión, el hecho de haber establecido un régimen particular para las financiaciones abusivas, implica que el peligro frente a la acción rescisoria es menor cuando la financiación no pueda incluirse en alguno de los supuestos tasados.

7. Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal

La Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal ha sido elaborada por una Ponencia especial de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación nombrada el 20 de enero de 2016 y, esta última, ampliada el 7 de abril de ese mismo año.

La Propuesta trata de aclarar y armonizar aquellas partes difusas de la Ley Concursal y altera la sistemática para facilitar a su lector la identificación de la norma a aplicar.

De esta forma, el Texto Refundido ha quedado dividido en tres libros: el primero dedicado al concurso de acreedores, el segundo dedicado al Derecho preconcursal y el tercero dedicado a normas de Derecho internacional privado.

La regulación de los acuerdos de refinanciación aparece en la Propuesta de Texto Refundido en el Título II del Libro II –De los acuerdos de refinanciación-. El Título, a su vez, está dividido en tres Capítulos y abarca un total de 35 artículos (artículo 595 a 629).

El Capítulo I –De los acuerdos de refinanciación- está divido en tres secciones. El primero de los artículos –y, a su vez, la sección 1ª- menciona los diferentes tipos de acuerdos que pueden llevarse a cabo. En este sentido, menciona los acuerdos colectivos, con y sin homologación judicial y los acuerdos singulares, los cuales no son susceptibles de homologación. Se comprueba como el legislador ha optado por nombrarlos siguiendo la denominación dada por la doctrina a aquellos recogidos en el artículo 71 *bis* LC tras las reformas de 2014 y 2015.

La sección 2ª contiene el régimen relativo a los acuerdos colectivos, cuya principal aportación consiste en que el contenido del acuerdo vincula a todos los

acreedores sujetos a un pacto de sindicación cuando lo hubieran suscrito, al menos, el setenta y cinco por ciento del pasivo sindicado. En el texto de la Ley Concursal tan solo se hace referencia desde el punto de vista de las mayorías necesarias para la suscripción del acuerdo, pero, en principio, no aclaraba si quedaban o no vinculados por el acuerdo.

La sección 3ª regula los acuerdos de refinanciación singulares. Como novedad, en la Propuesta se establece que para que un deudor pueda alcanzar un acuerdo de refinanciación singular se hace necesario que se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente –artículo 603.1-. Al preverlo tan solo respecto este tipo de acuerdos, parece que el legislador ha aclarado que los acuerdos colectivos sí pueden ser llevados a cabo cuando el deudor no se encuentra siquiera en estado de insolvencia inminente.

En segundo lugar, el legislador ha previsto la necesidad de realizar un plan de viabilidad para los acuerdos singulares, al igual que para los colectivos. Junto a ello, y a diferencia de lo que sucede en la regulación de los acuerdos colectivos –artículos 599 y 600 del Texto Refundido-, el legislador no ha previsto expresamente la posibilidad de que pueda emitirse un informe por un experto independiente sobre el carácter razonable del plan de viabilidad y sobre la proporcionalidad de las garantías. En este sentido, parece que el legislador sigue la línea marcada, entre otros, por las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid, 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre Unificación de Criterios, donde, por unanimidad, los magistrados se manifestaron contrarios a permitir la posibilidad de la emisión de tal informe en aquellos acuerdos previstos en el artículo 71 *bis*.2 LC.

Con respecto al Capítulo II, en el que se aborda la homologación de los acuerdos de refinanciación, debemos señalar una serie de notas aclaratorias con respecto a la regulación contenida en la Ley Concursal.

En primer lugar, el artículo 612.2 del Texto Refundido señala que el auto de homologación declarará quienes son los acreedores que quedan vinculados al contenido del acuerdo. En este sentido, señala que los acreedores sindicados quedarán vinculados si suscriben el acuerdo, al menos, el setenta y cinco por ciento de los sujetos al pacto de sindicación.

Se observa como el legislador parece aclarar quienes son los sujetos vinculados en aquellos acuerdos homologados sin extensión de efectos y con este objeto parece

separarse de la opinión manifestada por las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid, 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre Unificación de Criterios, quienes decían que «*salvo las previsiones que el propio acuerdo sindicado establezca, el acreedor disidente en el seno del sindicato únicamente podrá verse arrastrado a la refinanciación si concurren las mayorías necesarias para la extensión de efectos de la misma (computando su crédito, si el 75% de este último vota a favor), quedando sujeto a dicha extensión (por ejemplo, si el acuerdo de refinanciación contempla una espera de 10 años, pero la mayoría que lo respalda –un 60% del pasivo financiero total- sólo permite la extensión de una espera de 5 años, será esta última la que se aplicará al disidente en el seno del sindicato)*»[402].

En segundo lugar, el artículo 618 de la Propuesta hace mención a los motivos por los que cabe plantear oposición. En ese sentido, nada se modifica con respecto a la Ley Concursal, por lo que siguen siendo dos los motivos: el sacrificio desproporcionado y el no haberse alcanzado las mayorías suficientes.

En relación con las dudas existentes a la hora de delimitar el alcance del «sacrificio desproporcionado», el legislador, en el apartado 3º del artículo 618, ha establecido que «*En todo caso, se considera desproporcionado el sacrificio si fuera diferente para acreedores iguales o semejantes así como si el acreedor que no goce de garantía real pudiera obtener en la liquidación de la masa activa una mayor cuota de satisfacción que la prevista en el acuerdo de refinanciación*». Con ello, además de considerar desproporcionado un sacrificio si otro acreedor igual o semejante sufre uno inferior, califica también como desproporcionado a aquel en el que un acreedor, en el marco del acuerdo de refinanciación, obtuviera menos de lo que le correspondería en el marco de una liquidación concursal.

Igualmente, la estimación de la oposición por parte de un acreedor que alegaba un sacrificio desproporcionado, no impedirá la homologación para el resto de acreedores. Con ello, parece que la intención del legislador es mantener los efectos de la homologación para el resto de acreedores y estimar la oposición solamente respecto de

[402] En el mismo sentido, CERDÁ ALBERO, F., «La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes», en *ADCon*, nº 33, 2014, (versión electrónica).

aquel acreedor o acreedores que se hubieran opuesto, sin extender, siquiera, la estimación respecto a otros acreedores de la misma clase a aquel que se hubiera opuesto.

En último lugar, aunque ya la doctrina era partidaria de esta interpretación, el legislador permite que los acreedores sindicados que no hubieran suscrito el acuerdo o que hubieran mostrado su disconformidad al mismo pero que hubieran quedado vinculados por la homologación puedan oponerse a la misma –artículo 617.2-.

En lo que respecta al Capítulo III, relativo al incumplimiento del acuerdo de refinanciación, su regulación se corresponde básicamente con el apartado 11 de la Disposición adicional cuarta LC.

Estos 35 artículos contienen el régimen aplicable respecto de los acuerdos de refinanciación. A diferencia de la Ley Concursal, donde se preveían dos de ellos en el artículo 71 *bis*, por estar íntimamente relacionados con la acción rescisoria, y la homologación judicial en la Disposición adicional cuarta LC, la Propuesta de Texto Refundido ha unificado la regulación de los acuerdos de refinanciación en el Título II del Libro II. Las especialidades de los acuerdos en materia de impugnación y rescisión una vez declarado el concurso se encuadran en la Sección 1ª –De las especialidades en materia de reintegración de la masa activa-, del Capítulo II –De las normas comunes en materia de concurso consecutivo-, del Título IV –De las especialidades del concurso consecutivo- del Libro II, artículos 696 a 698.

El primero de los preceptos citados establece en su apartado primero que no podrá ser objeto de acción rescisoria ni los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente, ni los actos, pagos y garantías realizados o constituidos en virtud del mismo.

El segundo apartado del mismo artículo establece la posibilidad de ejercer la acción rescisoria contra los acuerdos no homologados judicialmente, si no cumplen los requisitos descritos en la norma y resultan ser perjudiciales para la masa activa. Se observa como el legislador aclara que no basta para la rescisión demostrar que el acuerdo no reunía con los presupuestos para proceder a su blindaje, sino que habrá que demostrar que el acuerdo resultaba perjudicial.

El legislador ha previsto expresamente en el artículo 697.1 del Texto Refundido -el apartado segundo está previsto para los acuerdos extrajudiciales de pago- la posibilidad de rescindir aquellos actos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, si resultan perjudiciales, cuando el concurso se declare en virtud del fracaso de un acuerdo de refinanciación no homologado o de un acuerdo que resulte nulo o ineficaz. En ese sentido, parece que se prevé la posibilidad, igualmente, de rescindir aquellos actos, garantías, etc realizados en virtud del mismo si se declara posteriormente el concurso[403].

El artículo 698.1 establece, en la línea con lo establecido en el artículo 72.2 LC, que el ejercicio de la acción rescisoria concursal o de cualquier otra acción de impugnación, corresponderá exclusivamente a la administración concursal. En consecuencia, los acreedores no estarán legitimados para el ejercicio de ninguna acción frente a los acuerdos de refinanciación. En este sentido, en la medida en que se prohíbe el ejercicio de la acción rescisoria frente a los acuerdos homologados judicialmente, parece permitirse, en relación también con el artículo 697.1 del Texto Refundido -«(…) *un acuerdo de refinanciación que hubiera sido o fuera declarado nulo o ineficaz o a un acuerdo de refinanciación no homologado* (…)»-, y aunque el artículo 698 no lo mencione expresamente, el ejercicio de cualquier otra acción de impugnación frente a tales acuerdos.

Al igual que se explicó con anterioridad, la Propuesta de Texto Refundido parece no aclarar la naturaleza de las acciones de impugnación que pueden ejercitarse frente a los acuerdos de refinanciación homologados, en el sentido de permitir o no el ejercicio de una acción de ineficacia especial con una significación rescisoria –y de ahí la previsión *«o ineficaz»*- o si, por el contrario, debe recurrirse expresamente a la acción de nulidad y al resto de acciones de ineficacia previstas en el ordenamiento jurídico (anulabilidad, acción rescisoria ordinaria, etc).

[403] Dispone el artículo 697.1 del Texto Refundido que «*Declarado el concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación que hubiera sido o fuera declarado nulo o ineficaz o a un acuerdo de refinanciación no homologado serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso*».

Por último, el artículo 698.2 del Texto Refundido establece que quien tiene la carga de probar que el acuerdo no reúne los requisitos necesarios para proceder a su blindaje es la administración concursal. Sin embargo, el legislador no ha resuelto la duda acerca de si corresponde a la administración concursal demostrar que el acuerdo resultó perjudicial o si, por el contrario, es la contraparte quien debe demostrar que no lo es.

Como se ha puesto de manifiesto en este apartado, los acuerdos de refinanciación, anteriormente descritos en el artículo 71 *bis* LC y en la Disposición adicional cuarta LC, pasan a ocupar un Título completo, a la que hay que añadir una serie de disposiciones específicas a lo largo del resto del articulado, como es el caso de las acciones de reintegración y de impugnación frente a los mismos.

El legislador, si bien es cierto que trata de clarificar, ordenar y armonizar el Derecho concursal y preconcursal, parece que no resuelve muchas cuestiones que se han puesto de manifiesto a lo largo del presente capítulo. La Propuesta de Texto Refundido parece ser una continuación, si bien más profunda, del Derecho de la insolvencia, que se prevé que no quedará aquí. Nuestra normativa concursal y preconcursal deberá irse adaptando, igualmente, a la normativa europea, en la que existe un Proyecto de Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad que se tratará a continuación.

8. Propuesta de Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad

A finales de 2016 se publica el Propuesta de Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad -*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE*-. Es la continuación de la Recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial del año 2014[404].

[404] GARCIMARTÍN, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (I)», en *El Almacén de Derecho*, 29 de noviembre de 2016 (*https://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/*).

La Recomendación no tuvo el alcance pretendido en la materia relativa a la reestructuración de empresas, por lo que se dio comienzo a un proceso que culminó en una Directiva europea. Esta última es de obligado cumplimiento por los Estados Miembros una vez producida la transposición de la misma al ordenamiento jurídico interno.

La Propuesta de Directiva persigue armonizar la legislación concursal en la Unión europea, así como la materia relativa a las reestructuraciones de empresas con carácter preconcursal. La Propuesta tiende a armonizar la legislación en la materia relativa a la reestructuración de empresas que sean viables económicamente. En ese sentido, parece introducir mecanismos, tales como la capitalización de los créditos o una refinanciación en sí misma del deudor, que eviten que una empresa que es viable económicamente acabe siendo liquidada en el marco de un procedimiento concursal. Y ello porque desde el punto de vista de la Comisión no existe un marco adecuado que evite la liquidación de aquellas empresas que son viables económicamente y que tienen un determinado valor en funcionamiento. Si bien es cierto que los ordenamientos europeos han ido reformándose en aras de conseguir ese objetivo, parece que las reformas resultan dispares y, en ese sentido, se necesita la intervención del legislador europeo para proceder a su armonización.

La Propuesta no trata sólo de agilizar un procedimiento que permita reestructurar una empresa que resulta viable en funcionamiento sino que, junto a ello, se persigue el objetivo de evitar que empresas que no son viables y que conviene liquidarlas cuanto antes, sean reestructuradas.

El texto está dividido en seis títulos. El Título I recoge las Disposiciones generales. El Título II regula los marcos de reestructuración preventiva; el Título III regula el contenido relativo a la segunda oportunidad; y el IV establece diferentes medidas tendentes a mejorar la eficiencia de tales procedimientos, tales como aspectos relativos a la competencia jurisdiccional.

Por último, los Títulos V y VI hacen referencia a determinada información que deben recopilar los Estados Miembros, como, por ejemplo, el número de procedimientos que son iniciados y algunas Disposiciones finales.

En el presente capítulo se analizarán algunas características del Título II, esto es, el Título que establece la Propuesta acerca de los procesos de reestructuración de empresas viables.

El Título II parece poderse desgranar en tres bloques diferenciados. El primero hace referencia a la posibilidad de establecer una suspensión sobre las ejecuciones singulares que pudieran realizar los acreedores sobre el patrimonio del deudor, siempre que la paralización resulte necesaria en el periodo de negociación de un acuerdo de refinanciación. En ese sentido, tal plazo de suspensión no podrá ser superior a cuatro meses, si bien pueden establecerse diferentes prórrogas otorgadas por el órgano jurisdiccional, sin superar los doce meses, cuando, bien a solicitud del deudor, bien a solicitud de algún acreedor, resulte que la medida sea beneficiosa para alcanzar el acuerdo.

Igualmente, se prevé la posibilidad de que el órgano jurisdiccional, en determinadas situaciones, pueda levantar la suspensión de todas o algunas de las ejecuciones, cuando, por ejemplo, se verifique que parte de los acreedores pueden estar dificultando la adopción del acuerdo.

El segundo bloque hace referencia al régimen de adopción de acuerdos de refinanciación (artículos 8 a 15).

La Propuesta, que parece seguir la senda prevista en el *Chapter 11* del *Banckruptcy Code*, distingue dos tipos de acuerdos de reestructuración. Por un lado, aquellos en las que el acuerdo ha sido aprobado por todas las clases de acreedores. Por otro, aquellos acuerdos que no han sido aprobados por todas, sino tan solo por alguna o algunas de las clases

Común a todos los acuerdos es la formación de diferentes clases o categorías de acreedores. La Propuesta, en materia de configuración de las distintas categorías, establece que «*Las categorías estarán formadas de tal manera que cada categoría comprenda créditos o intereses con derechos que son lo suficientemente similares como para justificar que se considere a los miembros de la categoría un grupo homogéneo con similitud de intereses. Como mínimo, los créditos garantizados y no garantizados serán tratados como categorías separadas a efectos de adoptar un plan de reestructuración. Además, los Estados miembros podrán disponer asimismo que los*

trabajadores sean clasificados en una categoría propia». Igualmente, para que sean de aplicación las disposiciones previstas en la Directiva, siempre se requerirá que los acuerdos sean homologados judicialmente.

La aprobación de los acuerdos de refinanciación por todas las clases no implica que todos los acreedores hayan votado a favor del mismo, sino que todas las clases lo han hecho. Esto significa que se prevé lo que se conoce como arrastre horizontal, pues los acreedores disidentes quedan vinculados si ha votado a favor la mayoría de la clase a la que pertenecen –mayoría que determinará cada Estado Miembro y que nunca será inferior al setenta y cinco por ciento-.

Para que un acuerdo de refinanciación aprobado por todas las clases sea susceptible de homologación judicial, requiere que se cumplan una serie de presupuestos. En primer lugar, que el acuerdo haya sido aprobado por la mayoría de acreedores de cada una de las clases y que se le haya comunicado a los acreedores que queden afectados como consecuencia de la homologación.

En segundo lugar, resulta imprescindible que se satisfaga el *test de interés superior de los acreedores*. Este test es definido por la Propia Propuesta en su Considerando 27, cuando establece que «*El «interés superior de los acreedores» permite garantizar que ningún acreedor discrepante se vea perjudicado por el plan de reestructuración en comparación con su situación en caso de liquidación de la empresa, sea mediante liquidación gradual o venta de la empresa en activo. Este criterio debe aplicarse, en todo caso, cuando un plan debe ser confirmado para ser vinculante para los acreedores discrepantes o, según los casos, categorías de acreedores discrepantes*».

En tercer lugar, resulta imprescindible que la nueva financiación otorgada sea necesaria para llevar a buen puerto el acuerdo y que no suponga un perjuicio para el resto de acreedores.

Y en cuarto y último lugar, será necesario realizar un plan de viabilidad que asegure la salida del estancamiento del deudor y que impida que sea declarado en concurso.

Por otro lado, se encuentran los acuerdos de refinanciación que no han sido aprobados por todas las clases pero donde se produce lo que se denomina *arrastre vertical*, esto es, los acreedores de aquellas clases que no hayan suscrito el acuerdo por no haber alcanzado la mayoría suficiente, también van a quedar vinculados por el mismo si se cumplen con, además de las condiciones mencionadas anteriormente, otras dos.

En primer lugar, el acuerdo debe haber sido aprobado por, al menos, una clase de acreedores diferentes a los accionistas o de cualquier clase que no hubiera recibido nada en caso de haberse liquidado en el seno del concurso[405]. Y, en segundo lugar, que tal y como dispone el artículo 11.1.c) de la Propuesta, se cumpla la regla de la prioridad absoluta.

La citada regla se compone de dos elementos. Por un lado, que ninguna clase de acreedores puede, una vez aprobada la refinanciación, cobrar más del cien por cien del valor de su crédito (Considerando 28). Y, por otro lado, ninguna clase puede verse afectada en el valor de su crédito si existe otra con un rango inferior que está recibiendo parte de sus créditos[406].

---

[405] Dispone el artículo 11.1.b) de la Propuesta de Directiva que «*haya sido aprobado por al menos una categoría de acreedores afectados distintos de una categoría de tenedores de participaciones y cualquier otra categoría que, tras una tasación de la empresa, no recibiría ningún pago ni retribución si se aplicara el rango normal de las prioridades de liquidación*».

[406] GARCIMARTÍN, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad. El arrastre de los acreedores disidentes y la regla de la prioridad absoluta», en El Almacén de Derecho, 3 de agosto de 2017 (https://almacendederecho.org/los-mecanismos-arrastre-acreedores-disidentes-la-llamada-regla-prioridad-absoluta/). El 1 de octubre de 2018 se ha publicado la posición del Consejo de la Unión Europea sobre la Propuesta de Directiva. En la comunicación presentada por el Consejo se introducen algunos cambios respecto al texto de la Propuesta. El Consejo ha modificado, en particular, las disposiciones relativas a los elementos siguientes: la intervención de jueces: sin renunciar al objetivo de disponer de procedimientos de insolvencia más rápidos, el Consejo da mayor flexibilidad a los Estados miembros a la hora de decidir en qué casos la intervención de jueces ha de ser obligatoria; la duración de la suspensión de las acciones de ejecución individuales: si bien mantiene los plazos propuestos por la Comisión (esto es, cuatro meses como máximo para el plazo inicial), el Consejo introduce la posibilidad de un plazo más largo cuando los jueces tengan que confirmar un plan de reestructuración especialmente complejo; la reestructuración forzada de la deuda aplicable a todas las categorías: si bien se mantienen las reglas definidas en la propuesta, los Estados miembros han decidido

Junto a ello, se prevé en su artículo 15 la posibilidad de plantear un recurso a la homologación del acuerdo de refinanciación. Con ello el legislador europeo prevé la posibilidad de impugnación una vez homologado el acuerdo y no una vez declarado en concurso. En ese sentido, el control jurisdiccional no sólo se efectuaría en fase de homologación, sino que se permite a los acreedores la posibilidad de oponerse. La Propuesta, sin embargo, no recoge mención alguna acerca de quiénes son los acreedores que pueden plantear la oposición ni los motivos que pueden ser alegados.

El tercer y último bloque previsto para los acuerdos de reestructuración es aquel relativo a la protección que se le otorga a los refinanciadores (artículos 16 y 17). En ese sentido, dispone la Directiva diferentes medidas de indudable interés para fomentar las refinanciaciones.

En primer lugar, dispone el artículo 16.1 que «*(…) la nueva financiación y la financiación provisional no podrán ser declaradas nulas, anulables o inoponibles en tanto que acto perjudicial para el conjunto de los acreedores en el marco del posterior procedimiento de insolvencia, a menos que tales operaciones se hayan llevado a cabo de manera fraudulenta o de mala fe*».

Se observa como el legislador europeo señala diferentes supuestos de ineficacia de los actos que no pueden declararse para el periodo anterior a la declaración de concurso. Ello parece encontrar justificación en poder abarcar los diferentes tratamientos de ineficacia de los distintos Estados Miembros[407].

Si la Directiva finalmente dispone lo mismo que viene recogido en la Propuesta, parece que el legislador español debería restringir el tratamiento de la ineficacia tan solo a la rescisión, pues no parece que el legislador europeo esté pensando en un supuesto de nulidad en sentido técnico. Si a la hora de la transposición el legislador español

---

dar más flexibilidad, a nivel nacional, para fijar las condiciones necesarias para llevar a cabo una valoración previa de una empresa, así como las reglas que determinen cuándo puede realizarse una reestructuración forzada de la deuda aplicable a una categoría de acreedores. (https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/10/11/directive-on-business-insolvency-council-agrees-its-position/).

[407] LEÓN SANZ, F.J., «El régimen de reintegración concursal de las garantías financieras», en *ADCon*, nº 6, 2005, págs. 357 y 358.

recogiese todos los términos empleados por la Propuesta, parece que se le estaría dando un alcance más extenso a la ineficacia que el pretendido realmente por la Comisión Europea.

Además, el hecho de prescindir la acción rescisoria concursal en Derecho español de la intención fraudulenta, parece que acentúa aún más si cabe la posibilidad de poder ejercer una acción de impugnación diferente a la rescisión, pues debe poder ejercerse alguna acción que permita, tal y como señala el propio artículo 16.1 de la Propuesta, declarar ineficaz un acto llevado a cabo con carácter previo a la declaración de concurso de concurrir intención fraudulenta o mala fe.

Por otro lado, el artículo 16.2 dispone que «*Los Estados miembros podrán permitir a los proveedores de nueva financiación o financiación provisional el derecho a recibir el pago con prioridad en el contexto de los procedimientos de liquidación posterior en relación con otros acreedores que, de otro modo, tendrían pretensiones iguales o superiores sobre el efectivo o los activos. En tales casos, los Estados miembros situarán la nueva financiación y la financiación provisional, como mínimo, en un grado superior al de los créditos de los acreedores ordinarios no garantizados*».

En ese sentido, se prevé por parte del legislador europeo que, en caso de declararse posteriormente el concurso, se le otorgue a la financiación concedida en el marco del acuerdo de refinanciación o en fase de negociación una prioridad con respecto a otros créditos iguales o superiores[408].

Una última disposición en el artículo 16 prevé que los refinanciadores, siempre que no hayan actuado de mala fe o con intención fraudulenta, quedarán exentos de responsabilidad civil, penal y administrativa.

[408] Esta es la medida adoptada por el legislador italiano, donde no solo se prevé el carácter de crédito prededucible a la financiación otorgada en el marco del acuerdo de refinanciación, sino también aquella que ha sido concedida en el marco de las negociaciones, si ha sido autorizada judicialmente. GARCIMARTÍN, F., La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (y IV). Privilegios del dinero nuevo y otros aspectos de la Propuesta», en *El Almacén de Derecho*, 22 de diciembre de 2016 (*https://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-iv-privilegios-del-dinero-nuevo-otros-aspectos-la-propuesta/*).

El legislador europeo, además, prevé que no pueda ser declarada ineficaz una vez declarado el concurso por resultar perjudicial la financiación otorgada en fase de negociación del acuerdo que haya sido necesaria para que éste llevara a buen puerto (artículo 17.1). Además, el propio artículo establece diferentes ejemplos, tales como el pago de tasas y costes razonables en relación con la negociación, la adopción, la confirmación o aplicación de un plan de reestructuración o el pago de los salarios de los trabajadores por trabajos ya realizados (artículo 17.2).

Junto a ello, la Propuesta faculta a los Estados Miembros a que decidan si, para poder aplicar la medida prevista en el apartado 1 del artículo 17, la financiación en fase de negociaciones requiere autorización judicial.

Y, en último lugar, se prevé que «*Los Estados miembros garantizarán que toda operación, pago, conversión de la deuda en capital, garantía o valores utilizados para avanzar en la ejecución de un plan de reestructuración confirmado por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa competente o estrechamente relacionados con tal ejecución no sean declarados nulos, anulables o inoponibles en tanto que acto perjudicial para el conjunto de los acreedores en el marco del procedimiento de insolvencia posterior, a menos que tales operaciones se hayan llevado a cabo de manera fraudulenta o de mala fe*». En ese sentido, parece que el legislador europeo quiere blindar frente a la rescisión también aquellas nuevas medidas realizadas una vez se ha homologado judicialmente el acuerdo, y que, por ello, no resulte necesario realizar un nuevo acuerdo.

Con todo lo expuesto, se observa como buena parte de las medidas ya son de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, haciendo una comparación entre la regulación contenida en el artículo 71 *bis* LC y en la Disposición adicional cuarta LC con las disposiciones de la Propuesta, se aprecia como el legislador español se verá en la necesidad de modificar su régimen para adaptarlo a lo dispuesto en la normativa comunitaria.

En cambio, el ordenamiento jurídico italiano parece seguir de manera más apropiada las líneas contenidas en la Propuesta de Directiva para regular los acuerdos de refinanciación. En ese sentido, parecen coincidir uno y otro en las disposiciones "centrales". Tanto el artículo 182 *bis* y siguientes de la *Legge Fallimentare* como los

artículos vistos de la Propuesta en relación con los acuerdos de refinanciación coinciden en bastantes puntos. Así, coinciden en la posibilidad de impugnar los acuerdos en fase de oposición una vez homologados y no una vez declarado el concurso. Además, para que sean de aplicación las disposiciones siempre se requiere homologación judicial. Y, junto a la protección y a las medidas para fomentar la financiación otorgada en el marco del acuerdo, también se adoptan medidas en relación con la financiación otorgada en fase de negociación del mismo y de aquella financiación otorgada con posterioridad a la homologación del acuerdo.

CAPÍTULO VI

CONTEXTUALIDAD, GARANTÍAS «INTRAGRUPO» Y GARANTÍAS ENTRE PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS

1. Introducción

2. Garantías reales contextuales por deuda propia

3. Garantías reales contextuales por deuda ajena

3.1. Onerosidad o gratuidad de las garantías por deudas ajenas: criterios para su determinación

3.2. Procedencia de la contraprestación a favor del garante

3.3. Necesidad de ventaja patrimonial a favor del garante para determinar el carácter oneroso

4. Garantías reales no contextuales

4.1. Garantías no contextuales por deuda propia

4.2. Garantías no contextuales por deuda ajena

5. Garantías otorgadas entre empresas del mismo grupo: las garantías «intragrupo»

5.1. Referencia al concepto de grupo y su aplicación respecto de las presunciones del artículo 71 de la Ley Concursal

5.2. Otorgamiento de garantías entre empresas del mismo grupo

5.2.1. Garantías otorgadas de la sociedad matriz a la sociedad filial

5.2.2. Garantías otorgadas por parte de una sociedad filial a favor de la matriz o entre dos sociedades filiales

6. Garantías otorgadas a favor de personas especialmente relacionadas

6.1. Aplicación del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal al supuesto en que el concursado es una persona física

6.2. Aplicación del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal al supuesto en que el concursado es una persona jurídica

CAPÍTULO VI

CONTEXTUALIDAD, GARANTÍAS «INTRAGRUPO» Y GARANTÍAS ENTRE PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS

1. Introducción

Las garantías reales, como acto de disposición patrimonial, pueden ser susceptibles de rescisión concursal. En ese sentido, para que una garantía real pueda ser susceptible de rescisión concursal deberá ser perjudicial y haberse constituido en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Para el análisis acerca de la rescindibilidad de las garantías, es necesario distinguir en primer lugar según se trate de una garantía por una deuda propia o por una deuda ajena. Dentro de ambos supuestos, hay que distinguir en función de que la garantía sea contextual al negocio principal o se trate, en cambio, de una garantía no contextual. A este respecto, la contextualidad no debe ser entendida como una conexión cronológica entre crédito y garantía, sino como una conexión teleológica o lógico funcional.

En el presente capítulo se analizará en qué supuestos puede apreciarse que la garantía real se constituye a título oneroso y a título gratuito y cuál es la opinión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto. Igualmente se estudiarán algunos supuestos apreciados por la jurisprudencia donde, calificando como onerosa la garantía, ésta puede resultar o no perjudicial.

Se abordará, además, la materia relativa a los efectos de la rescisión y, en concreto, el alcance de la ineficacia rescisoria. Se estudiará el supuesto en el que el objeto de la rescisión sea tanto la garantía como el negocio jurídico principal así como los casos en los que la rescisión pueda afectar tan solo a la garantía.

Por último, se hará referencia a la calificación que debe merecer el crédito a favor de la contraparte que surge como consecuencia de la rescisión así como las formalidades que conlleva la rescisión en función del tipo de garantía.

2. Garantías reales contextuales por deuda propia

El supuesto de partida es aquél en que se prestan garantías reales constituidas por el deudor para asegurar una deuda propia de manera contextual al crédito garantizado.

En opinión de la mayor parte de la doctrina[409], cuando la garantía es otorgada en aseguramiento de una deuda propia de manera contextual a la concesión de crédito se ha de presumir que el correspectivo a la concesión de la garantía es el otorgamiento del crédito y, por tanto, ésta se entiende siempre onerosa.

De hecho, la jurisprudencia y la doctrina se han manifestado en el sentido de considerar difícilmente imaginable que una garantía para asegurar una deuda propia pueda ser calificada como un acto a título gratuito[410].

---

[409] CRESPO ALLÚE. F., en «Comentario Artículo 71», en SÁNCHEZ-CALERO / GUILARTE GUTIÉRREZ (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, III*, 2004, pág. 1391. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,* pág. 406: «*La prenda o hipoteca (…) son siempre actos de disposición a título oneroso, si también lo es la obligación subyacente, y si son contestuales al crédito*».

[410] De esta forma, la STS de 23 de marzo de 1988 ha manifestado que «*Asimismo, procede el rechazo del motivo 6.º que aduce la infracción de los artículos 1297, 1858 y 1876 del Código Civil y doctrina aplicable, porque no se da lugar a la rescisión del contrato porque se califique la hipoteca como negocio gratuito, puesto que la gratuidad, en la garantía de deudas propias, en todo o en parte, es difícilmente concebible, sino porque se trata de un contrato que, en este caso, se concertó para que uno de los acreedores prevaleciese sobre los demás, hasta el punto de privarles conscientemente, de su posibilidad de cobro, de modo que, sin la hipoteca, todos hubieren percibido lo que al rango y proporción de su crédito correspondía y, con la hipoteca del único bien del deudor, según lo alegado y probado, nada pueden percibir*». De igual forma, LACRUZ BERDEJO manifestó que «*El prestamista (...) proporciona la cantidad prestada en cuanto el prestatario asume la obligación de restituir el tantundem eiusdem generis y concede hipoteca sobre finca suya en garantía del cumplimiento de tal obligación. De modo que, contemplando la relación del lado del acreedor, para éste el equivalente viene representado por la obligación de restituir y la hipoteca; mirándola desde la parte del deudor, la deuda que éste asume y la hipoteca que concede tiene como correspectivo la cantidad prestada. La hipoteca, pues, no se constituye gratuitamente, esto es, sin equivalente, sino a título oneroso, porque representa uno de los dos sacrificios necesarios (ambos necesarios) para obtener el crédito, es decir, la cantidad solicitada en préstamo*». En LACRUZ BERDEJO, J.L., «La causa en los contratos de garantía», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 544, 1981, pág. 744. En contra se manifiesta CAPILLA RONCERO, quien admite la posibilidad de que una garantía por deuda propia pueda ser calificada a título

Frente a esta tesis, otro sector doctrinal[411] considera que no siempre la calificación como onerosa se hace depender de la concesión del crédito. A este respecto, alegan que si el acreedor hubiera concedido el crédito aun sin el refuerzo de la garantía, ésta sería considerada a título gratuito.

CARRASCO rebate esta idea sobre la base de que no importa que el acreedor hubiese concedido el crédito sin necesidad de constituir la garantía ni especular acerca de si las condiciones de la deuda son más favorables para el deudor de lo que hubieran sido si no se hubiese otorgado la garantía[412]. De igual forma, alega que, el hecho de que no encajen en el supuesto del artículo 71.2 LC –por ser actos a título oneroso y no gratuito- ni en el artículo 71.3.2º LC –por ser garantías contextuales y no otorgadas para asegurar deudas preexistentes- no quiere decir que no puedan ser perjudiciales. Se trata de un supuesto que no estaría comprendido en ninguna de las presunciones tipificadas normativamente que facilitan la aplicación del régimen para las garantías no contextuales, sino que conforme al artículo 71.4 LC, el carácter perjudicial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

Las garantías contextuales por deuda propia deben ser calificadas, en principio, a título oneroso. El reconocimiento de su carácter oneroso no implica que no puedan ser perjudiciales. Para la apreciación de la existencia o no de perjuicio, la STS 642/2016, de 26 de octubre, ha manifestado que «*la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia*».

Por tanto, en cada caso habrá que analizar las condiciones en que se otorgó la garantía en atención a las características del préstamo para observar si la constitución de

---

gratuito. En CAPILLA RONCERO, F., «Acción revocatoria o pauliana: rescisión por fraude de acreedores. Gratuidad u onerosidad en la constitución de hipoteca», en *CCJC*, nº 16, 1988, págs. 280-281.

[411] Entre otros, HERBOSA, I., «La apreciación del perjuicio como presupuesto de la rescisión de las garantías reales en el concurso (en particular, entre empresas del grupo)», en *ADCon*, nº 36, 2015, pág. 141.

[412] CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,* pág. 406.

aquella estaba justificada. La citada sentencia alega que, junto a las condiciones en que fue otorgada, también habrá que analizar su proximidad con la situación de insolvencia. Sin embargo, desde la aprobación de la Ley Concursal, la jurisprudencia no ha tenido en cuenta para determinar cuándo una garantía es o no perjudicial la situación de insolvencia del deudor en el momento de realización del acto, a diferencia de otros supuestos, como los pagos vencidos y exigibles.

3. Garantías reales contextuales por deuda ajena

Junto a las garantías otorgadas para asegurar una deuda propia, se encuentran las garantías que se constituyen para asegurar deudas de un sujeto diferente al propio garante. A este respecto interesa analizar tanto las garantías reales como las garantías personales otorgadas para asegurar una deuda de tercero.

La Ley Concursal, en materia rescisoria, no establece una mención específica acerca de las garantías otorgadas para asegurar deudas de un tercero. Con relación a esta clase de garantías, debe determinarse qué criterio acoger para determinar el carácter gratuito u oneroso de las mismas. Para lograr este fin, debe observarse si existe equilibrio contractual o no entre las partes desde un punto de vista objetivo y si el otorgamiento de la garantía se encuentra o no justificado económicamente.

3.1. Onerosidad o gratuidad de las garantías por deudas ajenas: criterios para su determinación

Según los criterios que se han barajado, parece que pueden distinguirse cuatro maneras de proceder: en primer lugar, aquella corriente que para determinar la gratuidad o la onerosidad de un contrato de garantía es necesario dirigirse al negocio por el que se constituye, esto es, a aquel proyectado entre acreedor y garante; un segundo criterio conforme al cual para la determinación del carácter del contrato de garantía únicamente habría que observar cuál es el carácter de la obligación principal, de tal manera que la garantía tendría el mismo carácter que aquella; un tercer criterio que atendería únicamente a la relación entre el deudor y el garante, ignorando por completo la relación de ambos con el acreedor; y, por último, una cuarta corriente para la que habría

que atender al conjunto de las relaciones creadas entre acreedor, deudor y garante y donde lo relevante vendría determinado por la obtención por parte del garante de algún beneficio o alguna ventaja de carácter económico a cambio de haber otorgado la garantía[413].

Actualmente, la teoría de que la garantía adoptará el mismo carácter -gratuito u oneroso- que tenga la obligación principal parece que ha sido rechazada[414]. CARRASCO manifiesta que «*una deuda contraída por el deudor a título gratuito, no hace gratuita la garantía prestada por tercero (…)*»[415]. Si se parte de esa idea, parece que también debe ser rechazada la consideración de calificar de una u otra manera la garantía atendiendo únicamente a la relación acreedor-garante o garante-deudor. Lo adecuado, quizás, sea atender a esa relación trilateral surgida como consecuencia del otorgamiento de aquella, esto es, acreedor-deudor-garante.

La doctrina y, en un primer momento, la jurisprudencia mayoritaria[416] era partidaria de calificar la garantía como onerosa si el garante recibe algún tipo de contraprestación por el otorgamiento de aquella, ya sea por parte del acreedor o por parte del deudor. Si el garante nada recibe por prestar la garantía realiza un acto a título

---

[413] Así lo explica HERBOSA. En HERBOSA, I., «La apreciación del perjuicio…», *op. cit.*, pág. 145. A su vez, esta autora sigue las líneas apuntadas para la fianza por GUILARTE. En GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1823 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XXIII, 2º edición, 1990 (versión electrónica).

[414] GULLÓN BALLESTEROS, A., «Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional», en *La Ley: Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1989, pág. 789: «*Que la obligación principal tenga carácter oneroso o gratuito no influye para nada en la onerosidad o gratuidad de la fianza. Ciertamente que ésta es accesoria de aquélla. pero la accesoriedad no implica que hayan de poseer la misma naturaleza ambas obligaciones*».

[415] CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,* pág. 409.

[416] SANCHO GARGALLO, conforme a la tesis expuesta, manifiesta que «*un caso paradigmático es la constitución de garantías por el concursado para asegurar el cumplimiento de una obligación de un tercero. Está claro que la causa será onerosa cuando el garante recibe del deudor o del acreedor una contraprestación, al margen de la equivalencia de valor (…)*». En SANCHO GARGALLO, I., «Las acciones…», *op. cit.*, 1155. Igualmente, LACRUZ BERDEJO, J.L., *op. cit.*, pág. 748.

gratuito. Esta idea ha sido desarrollada por la doctrina[417] y por la jurisprudencia[418] italiana al manifestar que la subsistencia del derecho de reembolso y subrogación por parte del garante contra el deudor parece que, en principio, no altera el carácter gratuito, ya que esa acción de regreso posterior no puede ser reconducida a una remuneración en sentido propio[419].

En un sentido diferente se ha manifestado parte de la jurisprudencia al considerar el carácter oneroso de una garantía por el hecho de existir los derechos de subrogación a favor del garante[420].

La STS 791/2010, de 13 de diciembre, entiende que para la determinación del carácter oneroso o gratuito de la operación debe atenderse caso por caso a las circunstancias particulares de cada uno. Señala que «*Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente un puro beneficio sin contraprestación para*

[417] Entre otros, AMBROSINI. En AMBROSINI, S., *La revocatoria fallimentare..., op. cit.,* pág. 63.

[418] A título indicativo, en la S.Cass. 9560/1991, de 12 de septiembre.

[419] CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,* pág. 409: «*La garantía no deja de ser gratuita por el mero hecho de que el garante disponga de una acción de subrogación o reembolso contra el deudor*». En este mismo sentido, GULLÓN BALLESTEROS cuando manifiesta que «*El fiador posee contra el deudor los derechos de subrogación y reembolso una vez que haya pagado. Ello elimina ciertamente la idea de donación, pues el empobrecimiento de su patrimonio tiene su correlativo en aquellas acciones que potencialmente lo repararán. Donación existiría si el fiador renunciase a la misma, obviamente. Ahora bien, el que el fiador no haga ninguna donación cuando se obliga por la fianza no significa que ella se constituya siempre a título oneroso; es compatible con la idea de la gratuidad*». En GULLÓN BALLESTEROS, A., «Onerosidad…», *op. cit.*, pág. 790.

[420] Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 13 de marzo de 1987: «*según esta doctrina jurisprudencial, la naturaleza accesoria del contrato de fianza, al comportar las eventuales consecuencias de cumplimiento de la obligación garantizada en defecto del deudor principal, con los derechos típicos de reembolso y subrogación que determinan los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil, impide catalogar el acto de afianzamiento como presidido por un fin de liberalidad y gratuidad de los prohibidos al marido por el párrafo 1.º del artículo 1.413 del propio Código*».

una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica -en que consiste la gratuidad-». El Tribunal Supremo falla determinando el carácter gratuito por no recibir el garante contraprestación alguna ni por parte del deudor principal ni por parte del acreedor. Igualmente, y tal y como señalaba de la misma manera la jurisprudencia y la doctrina italiana, deberá reputarse como gratuita si la persona que recibe la contraprestación por parte del acreedor es el deudor de la relación principal y no el garante.

Las Audiencias Provinciales se han decantado prácticamente todas en este sentido. Han considerado que el carácter gratuito u oneroso de una garantía real o personal debe determinarse atendiendo a si el garante ha recibido algún tipo de contraprestación, ya sea por parte del deudor de la obligación principal o del acreedor[421].

En el mismo sentido se decanta la STS 295/2015, de 6 de junio, de tal forma que excluye la gratuidad de la garantía y, por ende, la aplicación de la presunción *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC sobre la base de haber recibido la sociedad garante una contraprestación.

Frente a la idea que acaba de exponerse, donde la gratuidad o la onerosidad de las garantías se hace depender de si el garante ha recibido algún tipo de contraprestación o no, la jurisprudencia actual, con algunas sentencias importantes recientes, considera que la gratuidad o la onerosidad debe evaluarse desde la perspectiva del acreedor y no desde

[421] La SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 26 de julio de 2007 manifestó que «*la concursada constituyó una hipoteca, siete meses antes del concurso, en garantía de una deuda ajena (de persona jurídica especialmente relacionada ex art. 93.2.3º LC), y lo hizo a título lucrativo o gratuito, pues nada obtuvo a cambio, ya que se limitó a gravar el único inmueble de su activo a favor de un tercero a quien nada adeudaba, proporcionando al mismo un instrumento adecuado para minorar la masa mediante la ejecución separada, al tiempo que favorecía la posición deudora de una persona jurídica vinculada, por lo que es aplicable al supuesto la presunción iuris et de iure del art. 71.2 LC*». De igual forma, la SAP de Madrid (Sección 28ª), de 14 de junio de 2013 manifestó que «*hemos hablado además de gratuidad, porque ésta debe apreciarse cuando de la actuación sólo se deriva sacrificio para uno y ventajas para el otro; para que hubiese causa onerosa que excluyera aquélla deberían imponerse sacrificios y obtención de ventajas a ambas partes, siendo la más clara manifestación de ello que el garante hubiese recibido, bien del deudor afianzado o bien del acreedor, una contraprestación por la prestación de la garantía*». En este mismo sentido, se pronuncian la SAP de Valencia (Sección 9ª), de 27 de octubre de 2011, la SAP de Oviedo de 17 de julio de 2008, y la SAP de Tarragona de 24 de septiembre de 2007.

la perspectiva del sujeto garante. Esta interpretación ya fue defendida en su momento por LACRUZ quien consideraba que «*es mucho más probable la opinión contraria, de la onerosidad del acto en relación con el acreedor, el cual concede el crédito –presumiblemente- en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero*»[422].

Entre la jurisprudencia que se ha decantado en defensa de esta tesis se encuentra la STS 100/2014, de 30 de abril, que ha sentado jurisprudencia en las sentencias posteriores. Con esta resolución el Tribunal Supremo se distancia de la doctrina que calificaba como onerosa aquella garantía en la que el garante había recibido algún tipo de contraprestación. En este sentido, manifiesta que «*salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero*». Se observa como la sentencia toma como punto de partida la figura del acreedor, de tal forma que al haber otorgado el préstamo en virtud de la existencia de la garantía, califica esta última como onerosa. Sin embargo, aunque la sentencia califique como onerosa la garantía, no excluye el carácter perjudicial de aquella.

En la propia sentencia puede observarse como, en uno de los dos votos particulares, SASTRE PAPIOL defiende que existe una presunción que no admite prueba en contrario de que la garantía contextual es onerosa. De esta forma, el crédito otorgado por el acreedor representa la contraprestación tanto del deudor de la obligación principal, como del sujeto garante[423].

---

[422] LACRUZ BERDEJO, J.L., *op. cit.*, pág. 748.

[423] GARCÍA VICENTE, al realizar un comentario sobre esta misma sentencia, manifiesta que «*la garantía sincrónica o contextual es naturalmente onerosa porque la operación económica de crédito garantizado es única aunque haya pluralidad de negocios y partes (cuando el garante es un tercero). El crédito se concede porque se garantiza y sólo si se garantiza y, de este modo, la onerosidad del crédito (se presta porque se garantiza) se «comunica» a la garantía*». En GARCÍA VICENTE, J.R., «Sentencia

Sin embargo, SALAS CARCELLER, formula también un voto particular y, en este caso sí, muestra su disconformidad con lo dicho tanto por la sentencia como por el voto particular anterior, ya que entiende «*que no cabe afirmar que por tal circunstancia haya que atribuir por sí carácter oneroso a la hipoteca constituida sobre bien propio para garantizar el cumplimiento de una deuda ajena, pues el titular del bien gravado no ha recibido por ello -como ha ocurrido en el presente caso- beneficio patrimonial alguno*».

Concretamente, muestra su disconformidad con otorgar *per se* a una garantía contextual el carácter de onerosa. En opinión de SALAS CARCELLER, el hecho de constituir una hipoteca sobre un bien propio para asegurar una deuda de un tercero debería ser calificado como un acto a título gratuito si el garante no recibe contraprestación alguna. A su juicio, no debe atenderse desde el punto de vista del acreedor –como hace el Tribunal y SASTRE PAPIOL- en el sentido de que éste no hubiera concedido el préstamo sin la garantía, sino que debe examinarse desde la perspectiva del garante concursado, pues si nada recibe como contraprestación, la garantía debería ser calificada como gratuita. Con independencia de los diferentes motivos que pueden llevar a realizar la disposición patrimonial que supone la constitución de una garantía hipotecaria sobre un inmueble propio en relación con un préstamo concedido a un tercero, aunque se trate de sociedades de un mismo grupo, parece que ello supone, en su opinión, un acto de carácter gratuito, pues se reitera que nada recibe a cambio el concursado que lo realizó y de ese modo ninguna compensación se produce en su patrimonio mediante ingreso en el mismo que pueda favorecer a los acreedores para el cobro de sus créditos[424].

Numerosas sentencias han seguido la tesis manifestada por la STS 100/2014, de 30 de abril. Una de ellas, la SAP de Madrid (Sección 28ª) 232/2014, de 18 de julio, ha

---

de 30 de abril de 2014. Rescisoria concursal de garantías contextuales intragrupo», en *CCJC*, nº 96, 2014, pág. 680.

[424] En el mismo sentido, SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «La rescisión de garantías contextuales en favor de deuda ajena: A propósito de las sentencias del Tribunal supremo [1ª] de 2 y 3 de junio de 2015», en *ADCon*, nº 37, 2016, pág. 390. De la misma autora, «Fianza solidaria en garantía del pago de una deuda ajena otorgada simultáneamente al contrato principal de préstamo (SJM 1 Oviedo 18.2.2010)», en *ADCon*, nº 21, 2010, pág. 374.

manifestado que «*En el caso de las garantías prestadas a favor de tercero puede considerarse que media onerosidad aunque el sacrificio que hace el acreedor en compensación de la ventaja que le da la garantía no vaya a parar al garante sino al deudor. La ventaja puede ser además de carácter indirecto, por ejemplo, en el caso de los grupos de sociedades, porque se favorezca el fortalecimiento de éstos*». Añade que «*La onerosidad a la que nos hemos venido refiriendo tiene su más evidente expresión en los casos en los que la garantía se presta simultánea o contextualmente al nacimiento del crédito (el sacrificio del acreedor representa el correspectivo tanto de la obligación del prestatario como de la garantía prestada por el tercero)*». Además, advierte que, debido a que la contraprestación no debe ir dirigida necesariamente a favor del garante, lo más conveniente no es tratar de ejercer la acción rescisoria conforme a la presunción *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC. La calificación del acto como gratuito facilita a la administración concursal el ejercicio de la acción pues de esta manera se presumirá sin prueba en contrario el carácter perjudicial. Por ello, advierte el Tribunal que no debe optarse por la opción de ejercerla conforme al artículo 71.2 LC, pues la garantías, si son contextuales, deben presumirse onerosas[425].

Como puede apreciarse, la solución de optar por el carácter gratuito u oneroso se hace depender del punto de vista desde el que se parta; esto es, desde el punto de vista del acreedor o desde el punto de vista del garante. Mientras que la STS 100/2014, de 30

[425] Literalmente manifiesta que «*Ello puede suponer que el empleo de la presunción del artículo 71.2 de la Ley Concursal no resulte ser siempre el mejor mecanismo a la hora de ejercitar la acción rescisoria concursal si se desea combatir una garantía contextual (que es aquella cuya prestación actúa como condición para que el acreedor esté dispuesto a comprometer su prestación)*». De igual forma se manifiestan sentencias recientes del Tribunal Supremo. En este sentido, la STS 404/2017, de 27 de junio y la STS 406/2017, de 27 de junio, expresan que «*Cuando la concesión de la garantía es contextual, la jurisprudencia entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella*» y que «*La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero*».

de abril, y las últimas sentencias mencionadas recogen como fundamento para considerarla como onerosa que el acreedor haya recibido a cambio del préstamo la garantía y que sin la concesión de ésta nunca se hubiera obligado el acreedor a una determinada prestación, SALAS CARCELLER toma como punto de referencia la figura del garante, de tal manera que si no es el garante el que recibe una contraprestación a cambio del otorgamiento de la garantía, ésta debe ser considerada como un acto a título gratuito[426].

En las sentencias que se han analizado, la diferencia entre haber partido desde el punto de vista del garante o desde el punto de vista del acreedor no ha sido ninguna en lo referente a las consecuencias del ejercicio de la acción rescisoria. Si bien es cierto que como en nuestro ordenamiento jurídico se exige que el acto sea perjudicial y al haber sido acreditado en este caso sin haberse recurrido a las presunciones del artículo 71 LC, la consecuencia jurídica, tanto de la STS 100/2014 como del voto particular de SALAS CARCELLER, es la misma, pero esto no tiene por qué ocurrir. De no haberse acreditado el carácter perjudicial de una manera tan clara por parte de la doctrina mayoritaria en la Sala, ya que a su juicio éste se produce porque no se ha recibido -expuesto literalmente en la sentencia- «*atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía*», existiría una diferencia fundamental consistente en que en un caso sí y en otro no se podría presumir el carácter perjudicial[427].

En el análisis de la situación desde el punto de vista del garante, el hecho de no recibir éste contraprestación alguna, supone que se califique como un acto a título gratuito, por lo que el perjuicio se presume *iuris et de iure*. En cambio, si se parte desde el punto de vista del acreedor, la garantía será calificada como onerosa porque el acreedor concede el crédito por la existencia de aquella, pero califica de perjudicial la garantía por el hecho de no recibir el garante contraprestación alguna.

[426] MARTOS MORENO, J.L., "Contextualidad y otorgamiento de garantías por deuda ajena: análisis de la Sentencia 100/2014, de 30 de abril, del Tribunal Supremo desde la perspectiva de la *azione revocatoria fallimentare"*, en GARCÍA, D., / PACCHI, S., / PÉREZ, G. (Dirs)., *Estudios sobre Derecho de la Insolvencia*, Eolas Ediciones, 2016, págs. 143-156

[427] MARTOS MORENO, J.L., "Contextualidad y otorgamiento de garantías…», *op. cit.*, págs. 143-156.

La jurisprudencia y la doctrina española se han dividido en dos corrientes semejantes a las mencionadas en Derecho italiano. Por un lado, aquella corriente que entiende que debe juzgarse desde el punto de vista del garante y si éste recibe algún tipo de contraprestación económica o no. Por otro, aquella corriente que analiza desde la perspectiva del acreedor, en la medida en que éste concede el préstamo en virtud de la existencia de la garantía y, en ese sentido, la garantía debe ser calificada como onerosa.

La razón que ha podido llevar al Tribunal Supremo a decantarse por la citada tesis puede encontrar justificación en que las garantías contextuales, bien por deuda propia o bien por deuda ajena, no pueden quedar comprendidas dentro de la presunción de Derecho necesario del artículo 71.2 LC como un acto a título gratuito. La regla en Derecho español podría decirse que es la inversa a la recogida en Derecho italiano, donde se presumía la onerosidad en las garantías contextuales. En España no se establece ninguna presunción para las garantías contextuales –sólo para las no contextuales en relación con su carácter perjudicial -artículo 71.3.2º LC -, pero sí se establece una presunción de perjuicio con carácter general en los actos a título gratuito.

En las garantías contextuales por deuda ajena no se puede saber, de antemano, si son o no gratuitas y, por tanto, ello ha podido llevar al Tribunal Supremo a establecer esa regla, que puede corresponderse con el tener literal de la configuración de la presunción de los actos a título gratuito en España. Sin embargo, parece que la consideración apropiada no es tanto que las garantías contextuales deben reputarse como onerosas, sino que en la medida en que existe la presunción de perjuicio *iuris et de iure* para los actos a título gratuito, debe presumirse que las garantías contextuales por deuda ajena no son *per se* gratuitas.

En todo caso, y al igual que se manifestó en Derecho italiano, en el análisis de la gratuidad u onerosidad de la garantía debe partirse desde el punto de vista del sujeto garante, y no desde el punto de vista del acreedor, es decir, la onerosidad o gratuidad parece que debe valorarse en función de la ventaja o no recibida por el garante y no por el compromiso realizado por el acreedor. Si las relaciones garante-deudor y deudor-acreedor tienen su propia autonomía, el hecho de calificar como onerosa el otorgamiento del crédito o préstamo desde la perspectiva del acreedor como consecuencia de existir a su favor una determinada garantía, no significa que deba calificarse de igual manera el otorgamiento de la garantía, de tal forma que si el sujeto

garante no recibe como compensación beneficio alguno, ni directo ni indirecto, ésta debe calificarse como gratuita.

Si, como se ha dicho, para calificar como onerosa la garantía es necesario que el garante reciba, a cambio del otorgamiento, una determinada contraprestación, a continuación se estudiará qué debe entender por esa contraprestación y de quién debe proceder.

3.2. Procedencia de la contraprestación a favor del garante

La calificación de la garantía como onerosa requiere que el garante reciba una contraprestación que puede provenir tanto del deudor como del acreedor[428]. Lo determinante para calificarla como onerosa es que el garante reciba algún tipo de contraprestación de carácter económico, con independencia del sujeto del que provenga o de la forma que se haga.

El supuesto más frecuente es aquel en que la retribución viene de manos del deudor, bien sea mediante una retribución efectiva por parte de éste último, bien sea por un beneficio indirecto que revertirá en el futuro en el patrimonio del garante. En consecuencia, si la retribución procede del deudor, el acreedor, en principio, no se verá afectado por las circunstancias que puedan producirse, como, por ejemplo, el impago posterior por parte del deudor, el incumplimiento en algunos de los términos que dieron lugar al otorgamiento de la garantía por parte del garante, etc[429].

Por otro lado, nada impide que la retribución corra a cargo del acreedor. Y, de igual forma que acaba de exponerse, las posibles circunstancias que puedan producirse en la relación entre acreedor y garante, no afectarán, en principio, a la relación interna acreedor-deudor. Se trata del mismo criterio que se sigue en la jurisprudencia italiana[430].

---

[428] CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,*pág. 408.

[429] En palabras de LACRUZ BERDEJO, «*la relación entre deudor y garante es (…) res inter alios acta, y el hecho de que el garante contrate por cuenta del deudor, no hace que la relación entre ellos forme parte del contrato de hipoteca, prenda o fianza*». En LACRUZ BERDEJO, J.L., *op. cit.*, pág. 735.

[430] Entre otras, la S.Cass. 5264//1998, de 28 de mayo y la S.Cass. 5616/1992, de 12 de mayo.

La contraprestación a favor del garante para que la garantía sea calificada como onerosa puede provenir tanto del acreedor como del deudor.

3.3. Necesidad de ventaja patrimonial a favor del garante para determinar el carácter oneroso

A la hora de determinar la onerosidad de una garantía, no presenta, en principio, problema aquel supuesto en que el sujeto garante recibe, como contraprestación al otorgamiento de la garantía, un beneficio patrimonial directo. La cuestión que es objeto ahora de análisis es qué carácter debe otorgarse a la garantía que ha sido prestada sin obtener una ventaja patrimonial directa, pero donde el garante tiene un interés económico en que la operación entre el acreedor y el deudor salga adelante.

Debe determinarse qué requisitos son los necesarios para apreciar esa ventaja y, en consecuencia, calificar como onerosa la garantía. En ese sentido, podemos dividir a la doctrina entre aquellos que atienden a las razones subjetivas que han llevado al garante a otorgar la garantía, y aquellos que consideran que debe atenderse única y exclusivamente al equilibrio económico de la operación, dejando al margen el interés del garante en otorgarla[431].

En un contexto de rescisión parece más acertada la segunda de las opciones. Que el garante disponga de un motivo para otorgar la garantía, no debiera significar que la garantía deba ser calificada como onerosa. Para que sea calificada de esta manera, se hace necesario que el garante reciba una ventaja o contraprestación de carácter económico[432]. Por tanto, para calificar de onerosa o gratuita la garantía, debe atenderse a

[431] Así, dividía las tesis PRADA GONZÁLEZ, J.M., «La onerosidad y la gratuidad de los actos jurídicos», en *AAMN*, Tomo XVI, 1968, págs. 17 y 18 de la versión electrónica. Para la tesis subjetiva decía que «*militan en este grupo los autores que creen gratuito todo acto inspirado por la voluntad de preferir otro a sí mismo y oneroso el inspirado por un pensamiento interesado*». En cambio, para la tesis objetiva decía «*la esencia de la distinción entre los actos gratuitos y onerosos reside en la existencia de un equivalente de la prestación que se realiza*».

[432] Como dice HERBOSA, «*es claro que la onerosidad no queda justificada por el hecho de que el garante actúe movido por un interés económico o patrimonial en la operación si este ánimo no se traduce en una operación que refleje un beneficio o ventaja efectiva sobre su patrimonio, en la que puede*

la contraprestación recibida en reciprocidad de la garantía otorgada o a la liberalidad si ha existido para calificar de onerosa o gratuita la garantía.

Para que la garantía no sea calificada como un acto a título gratuito, su otorgamiento deberá suponer una ventaja patrimonial efectiva para el garante. Claro está, la ventaja puede ser directa o indirecta –por ejemplo, a través de las *ventajas compensatorias*- pero deben deducirse de la misma relación jurídica y no únicamente de la intención de las partes.

En este sentido se ha manifestado también la jurisprudencia española al considerar que para calificar una garantía como onerosa es necesario algún tipo de contraprestación económica para el garante[433], sin importar la intención de las partes de la relación jurídica.

4. Garantías reales no contextuales

Las garantías no contextuales otorgadas para asegurar una deuda propia o una deuda ajena suponen, en principio, una reducción del valor del patrimonio del garante.

En Derecho italiano, la manera de proceder a la hora de rescindir una garantía por una deuda preexistente se determina de la siguiente forma. En primer lugar, se considera si a cambio del otorgamiento de la garantía, el garante había recibido algún tipo de contraprestación. De no haber recibido ningún correspectivo, sería de aplicación el artículo 64 *LF*, precepto establecido para los actos a título gratuito. Si, por el contrario, el garante hubiera recibido algún tipo de contraprestación, se distingue en función de que la obligación que se garantiza estuviera o no vencida. En ambos casos se presume, admitiendo prueba en contrario, el estado de insolvencia del deudor en el momento del otorgamiento, pero el periodo sospechoso resulta más amplio en los casos en que la deuda no estuviera vencida, donde se prevé un plazo de un año, a diferencia de los casos en que estuviera vencida, que se establece en seis meses.

---

fundarse una real reciprocidad de intereses». En HERBOSA, I., «La apreciación del perjuicio…», *op. cit.*, pág. 157.

[433] En ese sentido, la SAP de Álava 30/2014, de 6 de febrero.

En Derecho español, la administración concursal, cuando ejercita la acción rescisoria sobre una garantía que asegura una deuda preexistente, puede recurrir, según los casos, a tres presunciones establecidas en el artículo 71 LC. Con ello, se objetivizan los presupuestos y se facilita la aplicación de la prueba. En ese sentido, el carácter perjudicial se presume, y el que ejercita la acción sólo debe probar que el supuesto de hecho se corresponde con el descrito en la norma.

En efecto, puede recurrirse a la presunción *iuris et de iure* del carácter perjudicial de los actos a título gratuito del artículo 71.2 LC, a la presunción *iuris tantum* de actos onerosos a favor de personas especialmente relacionadas (artículo 71.3.1º LC) y la de aquellas garantías que aseguran obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en aseguramiento de obligaciones que reemplacen a otras anteriores (artículo 71.3.2º LC). Este último precepto resulta de aplicación no sólo en aquellas garantías que aseguren obligaciones preexistentes que no estuvieran garantizadas, sino también a la constitución de garantías sobre obligaciones preexistentes que ya se encontrasen garantizadas.

4.1. Garantías no contextuales por deuda propia

Si la administración concursal considera que el garante no recibió ningún tipo de contraprestación como correspectivo al otorgamiento de la garantía sobre una deuda preexistente, podrá recurrir a la presunción recogida en el artículo 71.2 LC. De probarse que, efectivamente, fue otorgada a título gratuito, el demandado no podrá alegar que no resultó perjudicial.

En cambio, si en contraprestación del otorgamiento de la garantía el garante recibió algún tipo de correspectivo, se tratará de un acto oneroso, por lo que podrá recurrirse a las presunciones previstas en el artículo 71.3 LC, en cuyo caso el demandado podrá probar que no resultó perjudicial.

Un sector doctrinal[434] ha querido ver en la regulación existente en la Ley Concursal una suerte de solapamiento entre la disposición del artículo 71.2 LC y del

[434] CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía… op. cit.,* pág. 407

artículo 71.3.2º LC. Este sector manifiesta que el otorgamiento de cualquier garantía real a favor de una deuda preexistente puede ser encuadrado en el precepto 71.2 LC como un acto a título gratuito, pero también en el artículo 71.3.2º LC, en la medida en que se cumple con el supuesto de hecho descrito en la norma –se constituye una garantía por una deuda preexistente-.

Consideran, en aras a compaginar ambos preceptos, que la presunción del carácter perjudicial en el artículo 71.3.2º LC hace referencia a un síntoma o presunción de gratuidad en el otorgamiento de la garantía[435]. Alegan, en primer lugar, que la contraparte del acto podrá tratar de probar que hubo algún tipo de contraprestación que justificara el otorgamiento de la garantía, es decir, se presumirá la garantía, en un primer momento, gratuita, todo ello en su opinión conforme al artículo 71.3.2º LC, pudiendo probar el acreedor que hubo algún correspectivo y que, en consecuencia, la garantía es onerosa. De no poderse probar este extremo, el supuesto quedaría automáticamente encuadrado en el supuesto previsto en el artículo 71.2 LC, y la rescisión operaría de forma automática. De demostrarse por la contraparte, en cambio, que hubo correspectivo a cambio de la garantía, deberá, posteriormente, probar que ésta no resultó perjudicial.

Esta interpretación puede ser cuestionada. Si el garante no recibe ninguna contraprestación, la administración concursal parece que recurrirá a la presunción del artículo 71.2 LC, pues de esta forma facilita la rescisión al no proceder la prueba de si el acto resultó o no perjudicial, ya que se puede decir que va de suyo.

En cambio, si el garante recibió algún tipo de correspectivo, se recurrirá a la presunción del artículo 71.3.2º LC, y el demandado deberá probar que el acto no resultó perjudicial. Parece que este último precepto no recoge una presunción de gratuidad, pues la administración concursal, alegando que efectivamente hubo algún correspectivo,

[435] En opinión de CARRASCO «*es evidente hoy que la referencia a la causa gratuita es la que sigue explicando la especial mención de este supuesto*». En CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía… op. cit.,* pág. 415. En el mismo sentido, MORALEJO, I., «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal», en *ADCon,* nº 17, 2009, pág. 91: «*Tanto en un supuesto como en otro (tanto en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes como de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas) se persigue la constitución extemporánea de garantías reales bajo una presunción, tal y como se acaba de apuntar, de gratuidad*».

y que por tanto la garantía es onerosa, recurre al citado precepto en la medida en que la contraprestación no es de tal entidad como para justificar el otorgamiento de la garantía, y que, en consecuencia, resultó perjudicial atendiendo a los diferentes extremos de la operación. La justificación de la citada presunción del carácter perjudicial parece no radicar en la posible gratuidad de la operación, sino en la presunción del carácter perjudicial conforme a la delimitación normativa del supuesto de hecho.

Para calificar de perjudicial la garantía, el Tribunal Supremo no ha recurrido al estado de insolvencia del deudor en el momento del otorgamiento como presupuesto de rescindibilidad, presupuesto que sí utiliza, en cambio, para la rescisión de actos unilaterales, tales como los pagos.

Que la disposición del artículo 71.3.2º LC sea *iuris tantum* conlleva que una garantía constituida por una deuda preexistente no siempre resulte perjudicial y que el otorgamiento de la misma pueda tener una justificación económico funcional. En este sentido, la concesión de nuevo crédito al deudor por parte del acreedor o la ampliación del plazo de vencimiento de la deuda pueden ser circunstancias que justifican la ausencia de perjuicio. Estos dos motivos han sido declarados por el Tribunal Supremo, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, como justificación para no declarar perjudicial el otorgamiento de una garantía[436].

[436] La STS 143/2015, de 26 de marzo, manifestaba que «*La justificación va ligada a la ampliación significativa de crédito y/o a la modificación de la obligación, ordinariamente, mediante la concesión de un nuevo término, que prorrogue la exigibilidad de la obligación*».

La primera sentencia que declaró como no perjudicial una garantía no contextual porque se daban estas dos circunstancias fue la SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2009, la cual alegó que «*El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par conditio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores. Ahora bien, en el presente caso concurren una serie de circunstancias que deben ser valoradas: primero, que la hipoteca no se constituye enteramente para garantizar una obligación preexistente -en este caso una nueva que sustituye a otra anterior-, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con la hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior, vencida y exigible, y algo más de*

El Tribunal Supremo manifiesta que si bien es cierto que esos motivos pueden servir de justificación, será necesario examinar caso por caso y atender a las diferentes circunstancias que llevaron al deudor a otorgar una garantía a favor de una deuda preexistente[437].

Las dos circunstancias alegadas por el Tribunal Supremo -tanto la ampliación significativa del crédito disponible como la ampliación del plazo de vencimiento- son, tras la introducción de los acuerdos de refinanciación en el año 2009, y la previsión actual del artículo 71 *bis.* 1. a) LC, uno de los presupuestos necesarios para declarar irrescindibles los acuerdos de refinanciación. El criterio acogido por el Tribunal Supremo para corresponderse con la justificación en el otorgamiento de la garantía tiene como base el requisito impuesto en la regulación de los acuerdos de refinanciación irrescindibles.

El otorgamiento de la garantía por una deuda preexistente que tiene como contraprestación que se amplíe el crédito disponible o que se amplíe el plazo de vencimiento parece encontrar justificación desde una perspectiva económico funcional y, por ende, no será declarada perjudicial. También resulta necesario el hecho de que la operación en su conjunto resulte adecuada para la viabilidad de la actividad empresarial o profesional, equiparándose el criterio adoptado por el Tribunal Supremo a lo dispuesto en la regulación de los acuerdos de refinanciación. En la apreciación o no de perjuicio en la constitución de la garantía parece que se ha de tomar en consideración si la operación permitió la continuidad de la empresa.

---

una tercera parte es una ampliación de crédito; y, segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto. Ambas circunstancias, en el contexto en que se renegoció la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio».

[437] En este sentido, la STS 124/2015, de 17 de marzo, la cual alega que «*Es necesario examinar y analizar las circunstancias en que se concierta la operación y las ventajas que pudo suponerle al concursado para desarrollar su actividad, económica o profesional (…)*».

Como expone SANCHO GARGALLO[438], la práctica jurisprudencial ha puesto de manifiesto que los supuestos no son sencillos y que hay que analizar en cada caso si la operación permitió la continuidad de la actividad. Ello justificaría que a cambio de renovar una póliza de crédito ya vencida y/o ampliar el crédito preexistente, el banco exigiese una garantía para el crédito anterior y para el nuevo[439], o si un proveedor esencial sólo consiente continuar suministrando si el deudor garantiza la deuda existente hasta ese momento y la futura.

Por otro lado, la Ley Concursal en su artículo 71.3.2º no ha distinguido en función de que la deuda se encontrara o no vencida en el momento del otorgamiento de la garantía, sino que con independencia de la fecha vencimiento de la deuda, debe presumirse perjudicial[440].

Tal y como está redactada la Ley Concursal, con independencia de que la deuda esté o no vencida, puede ser de aplicación el artículo 71.3.2º LC, correspondiendo al demandado, en ambos casos, la carga de probar que la garantía no resultó perjudicial

Siendo así, en los casos en que se otorgue una garantía sobre una deuda que ya esté vencida, la acreditación de que no resultó perjudicial resulta más sencilla que

[438] SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión…, op. cit.*, pág. 158.

[439] Así, la STS 58/2015, de 23 de febrero.

[440] En opinión de MORALEJO, únicamente puede derivarse al precepto del artículo 71.3.2º LC cuando la deuda todavía no está vencida. En MORALEJO, I., «Las garantías reales…», *op. cit.*, pág. 91*:«(…) nos parece que en esta primera de las presunciones legalmente configuradas se presupone que la obligación asegurada no está vencida*».

Por el contrario, otro sector doctrinal considera que el supuesto planteado en el primer inciso del artículo 71.3.2º LC sólo puede darse para aquellas garantías otorgadas por deudas preexistentes vencidas. En opinión de este sector, de tratarse de obligaciones no vencidas, se estaría ante el supuesto de renegociación de deuda, supuesto que se recoge en el segundo inciso de este artículo 71.3.2º LC -garantías otorgadas a favor de nuevas obligaciones que sustituyen a obligaciones preexistentes-. En ALCOVER GARAU, G., «Comentario artículo 71», en PULGAR EZQUERRA, J., / ALONSO LEDESMA, C., / ALONSO UREBA, A., /ALCOVER GARAU, G., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I*, Dykinson, 2004, pág. 774.

cuando no lo está. Que la deuda esté vencida puede ser un indicio de que no resultó perjudicial, pero no puede afirmarse que necesariamente no hay perjuicio.

En cambio, parece no ser de aplicación la presunción del artículo 71.3.2º LC en aquellos supuestos de financiación donde, de haberse declarado el concurso en el momento del nacimiento de la obligación del concursado, parte de la deuda, que en el momento efectivo de la declaración sí se encuentra garantizada, en su momento no lo estaba. En ese sentido, parece que no se constituye una nueva garantía en la medida en que ésta se ha programado en el momento en que se estableció la relación jurídica de la que deriva la obligación ulteriormente garantizada y el objeto y régimen de la garantía se corresponda con lo entonces acordado[441].

Como se explicó al tratar la parte relativa al Derecho italiano, las garantías eran consideradas contextuales al crédito, no sólo cuando había identidad cronológica entre crédito y garantía, sino también cuando el riesgo en la concesión del crédito se hacía depender del otorgamiento de la garantía. Esto ocurre, en principio, en la situación descrita anteriormente donde, aun no otorgándose la garantía en el mismo momento de la concesión del préstamo, la posibilidad de que se otorgue parece ser determinante para la concesión de crédito.

Parece no estar incluida en la presunción las promesas de hipoteca o de otra garantía real y aquellos supuestos donde se constituyen garantías en el momento de la financiación y, a su vez, se reserva el derecho al acreedor que, de cumplirse determinadas circunstancias o condiciones, se proceda a la constitución de nuevas garantías. Igualmente, parecen escapar de la presunción las hipotecas de máximo, donde

[441] MASSAGUER, J., «Aproximación al régimen de los efectos…», *op. cit.,* pág. 4225.

En contra, CARRASCO, al considerar que deben incluirse en la presunción del artículo 71.3.2º LC aquellas promesas de hipoteca establecidas en el mismo contrato de préstamo, por tratarse de «*obligaciones preexistentes, pero que el acreedor tenga derecho a disfrutar por una obligación del deudor contraída al tiempo de contraerse la deuda garantizada*». En su opinión, lo determinante no es que el acreedor tenga derecho a la concesión de la garantía por parte del deudor, sino que éste recibió el préstamo sin necesidad de la constitución de ésta. «*El acto de constitución, aunque debido, y aunque causalmente conectado al crédito, ya no se cumple para recibir el crédito*». En CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,* pág. 423 y 424.

en el momento inicial la garantía abarca un importe que después se amplía y las hipotecas que se encuentran sometidas a condición suspensiva.

4.2. Garantías no contextuales por deuda ajena

Cuando se presta una garantía para asegurar una deuda ajena no contextual hay que analizar en primer lugar si la garantía se otorga a título gratuito o a título oneroso.

Este supuesto ha de ser analizado a la luz de las conclusiones alcanzadas al tratar las garantías contextuales por deuda ajena. La garantía será a título gratuito cuando el garante concursado no haya recibido ningún tipo de contraprestación a cambio del otorgamiento de aquella; en cambio, cuando medie algún tipo de correspectivo, la garantía será calificada a título oneroso.

Esta es la postura adoptada por la STS 401/2014, de 21 de julio, donde manifiesta que en el supuesto de una garantía por deuda ajena, donde el crédito se concedió sin necesidad de la misma, «*al no recibir nada a cambio la hipotecante no deudora, la operación hipotecaria es un acto dispositivo a título gratuito, conforme previene el art. 71.2 LC*».

Se observa como el Tribunal Supremo mantiene en este supuesto la doctrina que defendían en relación con las garantías contextuales por deuda ajena con anterioridad a la STS 100/2014, de 30 de abril. Cuando la garantía no es contextual y asegura una deuda ajena, el Tribunal Supremo analiza la gratuidad u onerosidad desde la perspectiva del garante, esto es, comprueba si a cambio del otorgamiento recibió algún correspectivo[442], de tal forma que si lo obtuvo, considerará si el mismo es de tal entidad como para no declarar la garantía perjudicial.

[442] En ese sentido, la contraprestación recibida por el garante, al igual que en el supuesto de las garantías contextuales, puede ser de manera directa o de manera indirecta. A título indicativo, puede ser un supuesto de contraprestación indirecta el siguiente: una entidad de crédito va a ejercer una cláusula de vencimiento anticipado en relación con una deuda de la matriz, de tal forma que de ejercerla, la matriz caería en una situación de insolvencia, lo que arrastraría al resto de sociedades del grupo. Para que la entidad de crédito no ejerza la cláusula de vencimiento anticipado, exige que se le otorgue una garantía. Sin embargo, la matriz no dispone de bienes libres de cargas, por lo que es la filial la que garantiza una

En cambio, cuando la garantía es contextual por deuda ajena, el Tribunal Supremo presume la onerosidad de la misma pues en el análisis parte desde la perspectiva del acreedor. El acreedor concede el crédito en virtud de la existencia de la garantía y, por tanto, hay que entenderla onerosa en el sentido de que no resulta de aplicación la presunción de los actos realizados a título gratuito. Posteriormente, si la garantía es o no perjudicial se analiza desde la perspectiva del garante, de tal forma que si no media correspectivo o éste no es de tal entidad que no puede encontrar justificación el otorgamiento, se reputará perjudicial; si, en cambio, la ventaja obtenida justifica el otorgamiento de la garantía, la reputarán como no perjudicial. Si el garante no recibe correspectivo, la garantía será calificada a título gratuito, en cuyo caso no será necesario acreditar que resultó perjudicial.

En cambio, si el garante recibe algún tipo de contraprestación, y es calificada a título oneroso, deberá analizarse, bien mediante la cláusula general del artículo 71.4 LC, bien mediante el recurso de alguna de las presunciones que dispone el artículo 71.3 LC, si la contraprestación, bien directa o indirecta, es de tal entidad desde un punto de vista económico funcional que justifica el otorgamiento de la garantía.

En relación al posible uso de las presunciones del artículo 71.3 LC en el análisis del carácter perjudicial en relación al otorgamiento de una garantía no contextual por deuda ajena, y en concreto a la prevista en el artículo 71.3.2º LC, la jurisprudencia mantiene posiciones enfrentadas en cuanto a considerar que este último precepto tan solo resulta aplicable cuando la deuda preexistente que se garantiza es del propio deudor, y no cuando se garantiza una deuda ajena preexistente[443] o, por el contrario,

---

deuda preexistente de su matriz. Esa ventaja indirecta recibida por la filial a cambio del otorgamiento es no verse abocada, como consecuencia de la caída de la sociedad matriz, a una situación de insolvencia.

[443] La SAP de Barcelona de 26 de septiembre de 2007, cuando manifiesta que «*De ahí que no sea apreciable el supuesto de hecho que sustenta la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial a tenor del art. 71.3.2º LC, que se invocó en la demanda y se aplicó por la sentencia apelada, pues este precepto presupone que (a) la garantía hipotecaria se constituye por el deudor concursado sobre un bien de su propiedad y (b) para garantizar una deuda preexistente o una nueva contraída en sustitución de ésta, de la que es titular el acreedor a quien se beneficia con la garantía hipotecaria*».

puede recurrirse al citado precepto con independencia de la que la deuda preexistente sea del propio deudor o de un tercero[444].

5. Garantías otorgadas entre empresas del mismo grupo: las garantías «intragrupo»

Un supuesto muy común de garantías otorgadas para asegurar deudas ajenas es el de las garantías otorgadas para asegurar deudas entre sociedades del mismo grupo.

En este apartado se analizará, entre otras cuestiones, qué debe entenderse por *grupo de sociedades* a la hora de aplicar las presunciones del artículo 71 LC o cómo, en función de que la garantía se destine de la sociedad matriz a la filial, de la filial a la matriz, o entre dos sociedades filiales, puede determinarse el carácter oneroso o gratuito de la garantía.

5.1. Referencia al concepto de grupo y su aplicación respecto de las presunciones del artículo 71 de la Ley Concursal

El concepto de *grupo de sociedades* está previsto en el artículo 42 C.Com [445]. Éste ha sido objeto de reforma por la Ley 16/2007, de 4 julio, de reforma y adaptación de legislación mercantil en materia contable, produciéndose una serie de modificaciones que, de una u otra manera, afectan a la legislación concursal.

Entre otras, puede mencionarse que se elimina la mención a la *unidad de decisión* y lo determinante es el *control*, directo o indirecto, efectivo o potencial, de una o varias

[444] La SAP de Toledo de 15 de febrero de 2011, que manifiesta que «*la noción que el art. 71,3 2º utiliza respecto de garantías en relación con deudas preexistentes ha de ser interpretada como garantía de cualquier deuda y no solo de aquellas que la concursada pueda tener con el beneficiado por la constitución de la garantía*».

[445] En relación a los problemas que se han planteado tradicionalmente en relación con el concepto de *grupo de sociedades*, véase ROJO, Á., «Los grupos de sociedades en el Derecho español», en *RDM*, nº 220, 1996, págs. 457-484

sociedades (dependientes) por otra (dominante)[446]. Aunque se modifique la cláusula general de delimitación del concepto de grupo, las presunciones del control de una sociedad sobre otras siguen siendo prácticamente las mismas[447].

Siguiendo la literalidad del artículo 42 C.Com quedan fuera del grupo de sociedades los llamados grupos horizontales y aquellos verticales en los que la dirección sea ejercida por una persona física[448]. La noción de *grupo de sociedades* surgió para

[446] SARAZA, R., «Concurso y grupo de sociedades», en *http://www.icab.cat/files/242-147830-DOCUMENTO/aSaraza.pdf.*

[447] El artículo 42 C.Com dispone que «*Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.*

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado».

[448] En este sentido, la SAP de Cuenca 104/2014, de 26 de septiembre, excluye, en el caso concreto, el grupo de sociedades en materia de rescisión en cuanto que «*no son respectivamente entre sí ni dominantes ni dominadas, ninguna de ellas tiene el control, directo o indirecto, de la otra, y, por tanto, no integran un grupo de sociedades desde el punto de vista técnico-jurídico, (al amparo del artículo 42.1 del Código de Comercio), ni, consiguientemente, concurre en ellas, a los efectos de la Ley, la consideración de personas especialmente relacionadas*». Además, estipula que «*resulta que se trata de*

hacer descansar sobre él ciertas obligaciones relativas a las cuentas anuales y al informe de gestión, pero con el paso de los años ha ido extendiéndose más allá de estos simples deberes y se ha encuadrado en otras ramas del ordenamiento jurídico, entre ellos, el Derecho Concursal.

La Ley 38/2011, vino a establecer en su Disposición adicional sexta que «*a los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio*».

En ese sentido, y desde un plano rescisorio, cabe apreciar dos presunciones en el artículo 71 LC que pueden darse en relación con el otorgamiento de garantías en el seno de un grupo de sociedades. Por un lado, la presunción prevista en el artículo 71.2 LC, por la que se presume *iuris et de iure* el perjuicio en las garantías prestadas a título gratuito; por otro, la presunción del artículo 71.3.1º LC, en aquellas garantías prestadas a título oneroso pero que han sido otorgadas a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado. Las personas especialmente relacionadas vienen definidas en el artículo 93 LC, donde su apartado 2.3º establece que «*Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes (…)*».

En lo que a la primera de las presunciones se refiere, ya se ha comentado que para determinar la onerosidad o gratuidad de las garantías otorgadas por deuda ajena debía atenderse a la existencia o no de una ventaja patrimonial a favor del sujeto garante. Si bien es cierto que esta ventaja debe valorarse en el contexto de la relación existente, no lo es menos que la determinación de la onerosidad o gratuidad parece un problema más relacionado con la simple ventaja que obtiene el sujeto garante que con el concepto en sí de grupo de sociedades. Si bien es cierto que la existencia del grupo debe tenerse en cuenta a la hora de demostrar si la garantía fue o no perjudicial, la manera en qué debe

---

un concepto no muy amplio del fenómeno económico del grupo de sociedades, quedando al margen los grupos horizontales, paritarios o por coordinación y los verticales, jerarquizados o por subordinación controlados por personas físicas en los que existen diversas sociedades no jerarquizadas entre sí en cuya cabecera están personas físicas. Esto es, no se contempla el supuesto de grupo de sociedades en los que no exista sociedad dominante siendo la cabecera una o varias personas físicas que son las que controlan las sociedades dominadas».

entenderse el *grupo de sociedades* en sí mismo no se encuentra incluida como tal en la citada presunción.

En ese sentido, la presunción del artículo 71.2 LC no es de aplicación sólo en situaciones en las que existe un dominio entre diferentes sociedades, sino que también puede darse entre sociedades que forman parte de un grupo horizontal en el que actúan coordinadamente varias empresas, supuesto no comprendido en el concepto de *grupo de sociedades* que prevé el artículo 42 C.Com.

Igualmente, de no ser de aplicación ninguna de las presunciones del artículo 71 LC y recurriendo a que la garantía fue perjudicial mediante el uso de la cláusula general, la propia jurisprudencia se ha manifestado en este sentido al establecer que «*el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco*»[449]. Podemos comprobar como la propia jurisprudencia exime del requisito de control a los efectos de enjuiciar la rescisión de garantías, ampliando la noción de grupo de sociedades previsto en el artículo 42 C.Com[450].

[449] STS 652/2012, de 8 de noviembre. En el mismo sentido, la SAP de La Coruña 25/2014, de 3 de febrero.

[450] También desde diferentes Audiencias Provinciales se han manifestado en mismo sentido. "*La formación de política común se puede producir de manera centralizada desde la sociedad dominante o por medio de cooperación entre todos los integrantes. Además esta unidad debe afectar al menos al ámbito de la financiación, producción, comercialización y política social. En general, a la política empresarial que normalmente impondrá la sociedad dominante (lo que no impide que ante falta de definición legal también sean admisibles los grupos por coordinación o grupos horizontales o de estructura paritaria), con evidente vocación de permanencia para conseguir un fin común*», señala la SAP de Pontevedra 570/2009, de 18 de noviembre, en la que observamos como de manera específica amplia el concepto de *grupo de sociedades* en materia rescisoria y admite los grupos por coordinación u horizontales.

Para que pueda aplicarse la presunción del artículo 71.3.1º LC en el sentido de reputar perjudiciales los actos onerosos a favor de personas especialmente relacionadas es necesario, en materia de grupos, que entre la sociedad garante y la sociedad deudora haya precisamente esa relación, la de grupo, y para ello, debe recurrirse al precepto previsto en el artículo 93.2.3º, que determina que «*Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso*».

A este respecto, el propio artículo 93 remite al concepto mismo de *grupo de sociedades*. En ese sentido, parece que, aquí sí, tan sólo será de aplicación esta presunción en aquellos grupos que se correspondan con los definidos en el artículo 42 C.Com, tal y como manifestó la Disposición adicional sexta de la Ley 38/2011, cuando estableció a los efectos de la Ley Concursal que los grupos de sociedades serían aquellos que se correspondiesen con los definidos en el artículo 42 C.Com.

La jurisprudencia ha sido partidaria, también, de esta interpretación. La SAP de Asturias 119/2014, de 4 de abril, limita el alcance del concepto de *grupo de sociedades* en la presunción del artículo 71.3.1º LC a aquel recogido en el artículo 42 C.Com. De esta forma acepta que se trata de un grupo debido a la incardinación del supuesto en el último artículo citado. «*Se trata por tanto de un grupo de sociedades conforme al concepto que aparece recogido en el art. 42 Código de Comercio a los meros efectos de consolidación de cuentas y que hace descansar su configuración -tras la redacción otorgada por la Ley 16/2007, de 4 de julio - sobre el criterio del control societario, sustituyendo así el antiguo criterio de la unidad de decisión, lo que viene a limitar la figura del grupo únicamente a aquéllos de estructura jerárquica, vertical o por*

En este mismo sentido, la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 232/2014, de 18 de julio: «*De ahí que la jurisprudencia se esté inclinando, en los supuestos de constitución de garantías contextuales por parte del ulteriormente concursado para asegurar el cumplimiento de obligaciones de tercero, por considerar que la presunción de gratuidad podría no ser la vía adecuada para la rescisión si mediase una relación de grupo de empresas en la que estuviesen incluidos el deudor principal y el hipotecante. Es más, ha admitido a estos efectos que se maneje un concepto amplio de grupo de empresas, que no se ceñiría al concepto legal previsto en la normativa societaria (pues el artículo 42 del C. de Comercio sólo prevé como tal la situación de dominio o control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otras, pero deja al margen los grupos horizontales, paritarios o por coordinación y los verticales, jerarquizados o subordinación controlados por personas físicas que son quienes constituyen la cabecera*».

subordinación, configuración que aparece finalmente incorporada al ámbito concursal que nos ocupa en virtud de lo dispuesto en la Disposición adicional sexta de la Ley concursal -introducida por el número ciento catorce del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre - a cuyo tenor "A los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio"».

5.2. Otorgamiento de garantías entre empresas del mismo grupo

En el ordenamiento jurídico español, igual que sucede en el ordenamiento jurídico italiano, están previstas las figuras de la sociedad matriz y de la sociedad filial, pero el grupo de sociedades en sí mismo considerado no es sujeto de imputación, sino que son cada una de las sociedades de manera aislada los centros de imputación.

Dos son los supuestos posibles relevantes desde un punto de vista rescisorio, en el marco de un grupo de sociedades, de otorgamiento de garantías. Por un lado, el supuesto de garantías otorgadas en sentido descendente, expresado de forma gráfica, esto es, de la sociedad matriz a la sociedad filial. Por otro, la posibilidad de otorgar garantías de la sociedad filial a la matriz o entre dos sociedades filiales.

5.2.1. Garantías otorgadas de la sociedad matriz a la sociedad filial

En aquellas garantías otorgadas en sentido descendente, tanto la doctrina como la jurisprudencia española se han decantado en el sentido de excluir la gratuidad de las garantías que han sido otorgadas por la sociedad dominante a favor de algunas de las sociedades filiales.

Con anterioridad de la actual Ley Concursal del año 2003, algunas sentencias excluían la gratuidad cuando la garantía era otorgada por una sociedad del grupo a favor de otra, independientemente de quién recibiese la garantía o de quién la otorgase En la actualidad, es pacífica la consideración de que la garantía real prestada por la matriz para asegurar deudas de sus filiales, en principio, no puede ser calificada como un acto a título gratuito, pero no al contrario, donde deberá analizarse caso por caso la situación.

En ese sentido, la invocación del *interés de grupo* para calificar la garantía como onerosa, definido éste como una persecución de objetivos o fines que favorecen la consecución del interés social por las sociedades del grupo, puede sostenerse en aquellos casos en los que es la sociedad dominante la que otorga la garantía a favor de sociedades filiales.

La SJM de Alicante 157/2013, de 15 de octubre, descarta el carácter gratuito de la garantía prestada en sentido descendente por cuanto beneficia a la matriz por el futuro flujo de dividendos y por la tutela de los activos de la filial[451].

En el seno de las Audiencias Provinciales también se han manifestado en el sentido propuesto. La SAP de Asturias 252/2013, de 24 de julio, se plantea en primer lugar en qué casos concretos la sociedad que otorga la garantía se vería beneficiada por el otorgamiento. Declara que la solución no plantea problemas cuando se trata de garantías otorgadas por la sociedad matriz, pues con ella protege su inversión[452].

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina, donde CARRASCO ha manifestado que «*el crédito recibido por la filial es una atribución patrimonial que beneficia a la matriz (…). Y no sólo por la existencia evidente de un flujo de dividendos futuros, estrechamente conectados con el crédito, que revertirán a la matriz, sino porque la propia subsistencia del grupo como tal es una ventaja que hay que imputar a*

[451] De manera literal manifiesta la citada sentencia que «*no cabe apreciar gratuidad cuando la garantía real la presta la matriz por deudas de la filial, por cuanto el crédito recibido por la filial es una atribución que beneficia a la matriz por el flujo de potenciales dividendos, sino que además el interés del grupo y su existencia implica o supone que la dominante tutele los activos de la filial*».

[452] Alega que «*en el ámbito que ahora nos ocupa de las garantías constituidas intragrupo el problema se reconduce a analizar en qué medida la sociedad hipotecante puede verse beneficiada por la constitución de tal garantía en la medida en que de ello pueda derivarse algún beneficio para el interés del grupo del que la primera participa. Esta cuestión aparece resuelta con mayor claridad cuando se trata de grupos de estructura jerárquica o vertical, pues en tales casos cabe admitir el interés que tiene la sociedad matriz en garantizar las deudas de su filial, precisamente para proteger su inversión, pudiendo aceptar por ello que la financiación externa recibida por esta última beneficia a la matriz habida cuenta del flujo económico ascendente que se deriva de dicha estructura de subordinación*».

la matriz; además de que, con la garantía, la sociedad matriz protege sus activos en la filial»[453].

En definitiva, se aprecia como la jurisprudencia y la doctrina española siguen la tesis que se apuntaba al tratar el Derecho italiano. El otorgamiento de garantías prestadas por la sociedad dominante a favor de una sociedad filial debe reputarse, en principio, onerosa pues tiene como justificación asegurar el patrimonio de esta última. A ello se suma el objetivo de asegurar la participación que la matriz tiene sobre la filial.

5.2.2. Garantías otorgadas por parte de una sociedad filial a favor de la matriz o entre dos sociedades filiales

Con carácter previo a la actual Ley Concursal de 2003, alguna sentencia[454] consideraba que el simple hecho de que la garantía fuese otorgada entre sociedades del mismo grupo –independientemente de si eran garantías ascendentes o descendentes-, suponía que la garantía fuera considerada a título oneroso, descartándose de esta forma la calificación del acto como gratuito. Actualmente, aunque la jurisprudencia se decante mayoritariamente por la consideración de que el *interés de grupo* no baste para la calificación como onerosa de la garantía otorgada en sentido ascendente, sigue existiendo algún pronunciamiento donde se declara onerosa la garantía alegando sin

[453] CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,* pág. 412. En el mismo sentido, ESCRIBANO, quien justifica la onerosidad sobre la base de que «*el crédito recibido por la sociedad filial es una dotación patrimonial: en primer lugar, por el flujo de potenciales dividendos que revertirán en la matriz y que están conectados con el crédito y, en segundo lugar, por cuanto la supervivencia del grupo pasa por que la matriz tutele los activos de su filial*». En ESCRIBANO, R.C., «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *ADCon*, nº 10, 2007, pág. 32.

[454] Entre otras, la STS 850/2002, de 19 de septiembre, que manifestaba que «*también es cierto que tanto una como otra sociedad pertenecían al mismo grupo (…) y no pueden considerarse gratuitos los actos de disposición que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico –grupo– tal como consta como hecho acreditado en la sentencia de instancia*».

más el *interés de grupo*[455]. Tanto la jurisprudencia como la doctrina optan mayoritariamente por considerar que el *interés de grupo* no basta para calificar sin más el carácter oneroso de la garantía. En ese sentido, no se admite porque se requiere que el sujeto garante –en este caso la sociedad filial- obtenga alguna ventaja como correspectivo al otorgamiento de la garantía.

El simple hecho de la existencia de un grupo entre el garante concursado y la sociedad garantizada, parece no ser motivo suficiente para excluir la gratuidad de la operación y, en consecuencia, para excluir la posibilidad de aplicación de la presunción del artículo 71.2 LC [456]. Es en este contexto, en las relaciones entre personas especialmente relacionadas, precisamente dónde potencialmente más pueden aflorar los casos de actos a título gratuito.

La doctrina también ha sido partidaria de este posicionamiento. «*Se ha sostenido que en tales casos es preciso que exista algún tipo de contraprestación a favor de la filial, sin que baste el genérico interés de grupo, presumiéndose el carácter gratuito de la garantía*»[457]. Esta tesis ha sido aplicada de una manera diferente por la STS 100/2014, de 30 de abril[458]. Parte desde el punto de vista del acreedor, y no del garante, para calificar una determinada garantía como gratuita o como onerosa pero, posteriormente, aun siendo onerosa consideraba que había sido perjudicial alegando que el garante no había recibido correspectivo al otorgamiento de aquella.

---

[455] A título indicativo, la SAP de Cáceres 304/2011, de 20 de julio, se decantó por considerar que «*el interés del grupo puede justificar el acto realizado de manera que no pueda considerarse como una mera liberalidad, ya que la consecución de dicho interés actúa como causa onerosa del acto*».

[456] En este sentido, alega HERBOSA que «*Nada autoriza a llegar a esa conclusión, que podría poner en cuestión toda la lógica del precepto. Es precisamente en el ámbito de las personas especialmente relacionadas, entre las que se encuentra el grupo de empresas, donde se pueden producir negocios jurídicos de carácter gratuito. De manera que resulta irrazonable excluir la aplicación de la norma por el mero hecho de existir la relación de grupo*». En HERBOSA, I., «La apreciación del perjuicio…», *op. cit.*, pág. 165.

[457] CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,* pág. 412.

[458] SASTRE PAPIOL, S., «Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en materia concursal», en *RDCP*, nº 24, 2016, págs. 3 y 4 de la versión electrónica.

En realidad, esta sentencia no excluye la gratuidad alegando al *interés de grupo*, sino que se centra en el enjuiciamiento de si resultó o no perjudicial en la consideración de tal interés[459]. Es decir, tomando como base que la garantía es onerosa, manifiesta que el *interés de grupo*, alegado de manera genérica, no excluye el carácter perjudicial de la garantía. En ese sentido, afirma que «*sería un contrasentido que la misma circunstancia que sirve de fundamento a la presunción iuris tantum de perjuicio, como es el carácter «intragrupo» de la garantía prestada, sea la que excluya la existencia de perjuicio por entender que el mero interés de grupo lo excluye*».

La sentencia cuenta con dos votos particulares, uno de ellos, el de SASTRE PAPIOL, contrario a la doctrina mayoritaria de la sala. Aun manteniendo que el análisis debe partir desde la perspectiva del acreedor y no del garante y que, por ello, el acto es calificado como oneroso, alega que el *interés de grupo* debería ser suficiente para excluir el carácter perjudicial.

En su opinión «*no tener en cuenta la vinculación económica o jurídica de dos empresas del grupo, -la garante concursada y la deudora principal-, como elemento suficiente para la existencia de una atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de las garantías contextuales, o que, de existir perjuicio, se le reconozca el derecho a la restitución con cargo a la masa, conforme al artículo 73 de la Ley Concursal, puede suponer una restricción tanto cuantitativa en la concesión de crédito por parte de los profesionales del sector financiero, como también una restricción cualitativa en tanto que supone obligar a las entidades de crédito a descartar su concesión a personas físicas o jurídicas pertenecientes a un mismo grupo que, por si solas, no tengan una solvencia autónoma e independiente, sin tener en cuenta las garantías tradicionales, fianza, prenda e hipoteca entre empresas del mismo grupo*».

[459] La sentencia manifiesta que «*la simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del «interés de grupo» para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante*». Además, añade que «*en ocasiones, algunos resultados provechosos para el "interés del grupo" pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar*».

Si se parte de la base de que la onerosidad o la gratuidad de las garantías se hace depender de que el garante reciba algún tipo de contraprestación, la onerosidad o gratuidad no puede ser analizada de manera aislada, sino que debe ser valorado en el contexto en el que se otorgan y, en el caso que nos ocupa, dentro de las relaciones de grupo[460]. Este ha sido el criterio seguido por las Audiencias Provinciales de nuestro país[461].

[460] Posiblemente, una de las sentencias que de manera más clara ha sabido tratar la cuestión y explicar la materia relativa a la onerosidad o gratuidad de las garantías en sentido ascendente es la SAP de Asturias 119/2014, de 4 de abril, en la que –y reproducimos casi por completo su Fundamento de Derecho Tercero- se nos dice que: «*En segundo lugar, tratándose de operaciones de refinanciación intragupo como aquí acontece, la cuestión se traslada al concepto de interés de grupo toda vez que puede resultar admisible, bajo ciertos requisitos, el sacrificio patrimonial al que en ocasiones se somete a una de las sociedades precisamente en interés del grupo, teniendo presente que se trata de un interés que se superpone al de los distintos intereses sociales de cada uno de los miembros que lo integran.*

En este ámbito hemos de tener presente que la invocación de la defensa del interés de grupo, en cuanto que instrumento para regular los conflictos de intereses que pueden surgir en su seno, presenta ciertos límites que no pueden ser traspasados y que se hacen todavía más manifiestos cuando se trata, como ocurre en el caso presente, de operaciones de garantía constituidas por la filial por deudas de la matriz. Efectivamente, tal y como alega la parte apelante, tratándose de la constitución de garantías en sentido ascendente cabría admitir en principio la gratuidad de la operación puesto que desde la perspectiva de los acreedores de la filial declarada en concurso nada les aporta el que la garantía haya beneficiado verticalmente al grupo. Estos acreedores, al contrario de lo que sucedería en el caso inverso, solo pueden ver satisfechos sus respectivos derechos con el patrimonio de la sociedad concursada, no con el de la matriz.

Es por ello que en tales casos no cabe admitir como suficiente para justificar la operación impugnada y para eliminar los atisbos de gratuidad la mera invocación del interés de grupo si ello no aparece revestido de un argumento de refuerzo, habiendo descartado esta Sala (SAP Oviedo, Secc. 1ª de 24 julio 2013) la referencia al interés de grupo cuando se articula como alegación genérica e inespecífica. Tal y como destaca nuestra doctrina concursalista, y como se desprende además de nuestro Derecho comparado (…) habremos de partir como premisa básica que la defensa del interés de grupo tiene determinadas limitaciones, y que solo podrá prevalecer, primeramente, cuando el sacrificio exigido a la filial no sobrepase sus posibilidades financieras ni ponga en riesgo su supervivencia; y en segundo lugar que, pese a lesionarse el interés de la filial, este perjuicio debe aparecer compensado de alguna otra manera. Para ello será preciso llevar a cabo una labor de ponderación entre los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas que para ella se pueden derivar, si no de manera inmediata al menos en un medio plazo, dando lugar a lo que se ha dado en llamar el test de las ventajas

Puede observarse como, al igual que manifestaban los autores y la jurisprudencia italiana, el genérico *interés de grupo* no basta para calificar como onerosa la garantía otorgada en sentido ascendente ni entre dos sociedades filiales. En estos casos, se requiere que la sociedad garante reciba algún tipo de contraprestación económica a cambio del otorgamiento de la garantía. Esta contraprestación puede ser analizada a través del test de las ventajas compensatorias (o, como dice la sentencia, competitivas) que determinen que pueda producirse, en principio, un perjuicio para la sociedad garante si, con posterioridad, se produce un beneficio para el grupo que repercute también en un beneficio para la sociedad garante[462].

En la práctica, con carácter general, el *interés del grupo* se antepone a aquel de las sociedades individualmente consideradas. En ocasiones, puede resultar perjudicial en un primer momento el otorgamiento de una garantía pero a medio o largo plazo puede redundar en un beneficio para el grupo que derive en un beneficio también para la sociedad que prestó en su momento la garantía[463]. El estudio acerca de cuándo una garantía se entiende compensada debe realizarse desde un punto de vista económico, determinándose en ocasiones que la garantía fue onerosa y no perjudicial aun cuando el beneficio directo no sea ni proporcional ni cuantitativamente igual al perjuicio sufrido en su momento con el otorgamiento de la garantía.

---

competitivas como criterio para poder apreciar si ha existido la "real reciprocidad de intereses" en que consiste la causa onerosa (en palabras de la STS 13 diciembre 2010) y descartar, en su caso, la gratuidad de la operación de que se trata».

[461] A título indicativo, la SAP de las Islas Baleares 161/2013, de 17 de abril.

[462] FLORES SEGURA, M., «Las refinanciaciones de grupo», en *ADCon,* nº 40, 2017, pág. 29 de la versión electrónica.

[463] YÁÑEZ EVANGELISTA, J., «Riesgo de reintegración en operaciones de financiación del grupo de sociedades», en *www.elderecho.com,* 1 de junio de 2006, pág. 3.

Resulta, en ocasiones, bastante complejo determinar cuáles pueden ser tales contraprestaciones para que la garantía sea calificada como onerosa. A este respecto, podemos encontrar distintos supuestos[464].

Será calificada como onerosa la garantía otorgada por una sociedad filial a favor de la sociedad matriz cuando el préstamo que reciba ésta se emplee para dotar de liquidez a la sociedad garante. No parece que se pueda sostener, en principio, que este acto podría ser calificado como gratuito debido a que la contraprestación de la sociedad garante deriva de los fondos recibidos por la sociedad garantizada.

Desde la perspectiva, no de la onerosidad o gratuidad de la garantía, sino de si resulta perjudicial o no una garantía en este tipo de supuestos, en la financiación de grupo, cuando una filial está garantizando deudas de la matriz, ello no puede quedar compensado únicamente con el coste de la garantía porque supone tener un trato preferente a favor de los acreedores de la matriz. Ello tendría que tener una justificación desde el punto de vista de la financiación que recibe la filial.

Es razonable considerar que existe una justificación cuando se trata de una financiación de grupo y hay una correlación entre la financiación que recibe la filial, aunque sea de forma indirecta a través de la matriz, y las garantías que presta. En la financiación de grupo, cuando el Tribunal Supremo manifiesta que la filial debe recibir una contraprestación directa o indirecta a cambio del otorgamiento de la garantía, parece no ser suficiente para que la garantía no suponga un *sacrificio patrimonial injustificado.* Lo determinante a este respecto es que exista una justificación económica objetiva, que se da normalmente cuando la financiación que desciende a la sociedad filial es la financiación que efectivamente se garantiza, y se limita el alcance de la garantía a la financiación que recibe la filial.

Sin embargo, parece que no estaría justificado que la filial entregara activos en garantía del conjunto de la financiación que recibiera el grupo porque en esos casos se estaría dando una preferencia a los acreedores de la matriz respecto a los acreedores de la filial y ello, probablemente, no estaría justificado.

[464] VILLORIA, I., «La rescisión de las garantías prestadas por deuda a cargo de sociedades del grupo», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 223-227.

Otro supuesto que también es frecuente en la práctica de los grupos de sociedades es la existencia de una tesorería común para todas las sociedades que forman el grupo empresarial. En consecuencia, la sociedad garante se verá compensada con la posibilidad de la utilización de los recursos comunes del grupo y, también, del préstamo que le ha sido concedido a la matriz, si es ésta la sociedad garantizada, o una sociedad hermana.

Otra situación frecuente es aquella en que la sociedad matriz obtiene contratos de financiación de los que se beneficia la sociedad garante. En ocasiones, la sociedad matriz obtiene contratos de financiación para todo el grupo empresarial, negociando las condiciones la sociedad matriz por ser, normalmente, más favorable que si las concertasen las sociedad filiales individualmente. En ese sentido, las garantías otorgadas tienen como correspectivo que las sociedades garantes puedan acceder a esa financiación que ha obtenido la sociedad matriz en mejores condiciones.

Por último, es muy común en la práctica aquel supuesto en que la sociedad filial garante ya era, por otra deuda o deudas anteriores, fiadora de la matriz. En estos casos, puede encontrarse justificado que la filial otorgue una garantía a favor de la matriz para tratar de evitar así que esta última sea declarada en concurso, que tendría como consecuencia que los acreedores de ésta se dirigieran contra la filial por las deudas por las que era fiadora[465].

Además de los supuestos mencionados, también conduce a la onerosidad y a la inexistencia de perjuicio, en principio salvo que se pueda probar su existencia en el caso concreto, aquella operación donde existen garantías recíprocas en ambos sentidos para que la matriz pudiera obtener financiación[466].

[465] GARCÍA-VILLARUBIA, M., «La rescisión de garantías intragrupo: el concepto de interés de grupo como causa de enervación de las presunciones de perjuicio patrimonial», *RDM*. nº 6, 2013 (versión electrónica); GÓMEZ ASENSIO, C., «Las garantías contextuales: rescisión y grupos societarios», en *RDCP*, nº 23, 2015, pág. 137.

[466] HERBOSA, I., «La apreciación del perjuicio…», *op. cit.*, pág. 169.

En la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, actualmente, sigue la línea de la STS 100/2014, de 30 de abril, y califica como onerosa las garantías contextuales por deuda ajena si el acreedor recibe como correspectivo de su crédito el otorgamiento de la garantía, la existencia de garantías recíprocas o cruzadas entre las sociedades del grupo no sirven para excluir la gratuidad, sino que son la base para declarar la garantía otorgada como no perjudicial. Este es el caso de las SSTS 404/2017, de 27 de junio, y 406/2017, de 27 de junio, en las que se manifiesta que «*la constitución de la hipoteca se encuentra justificada por las garantías que a su vez la matriz TAS había concedido y siguió concediendo durante ese tiempo, para hacer posible que MECSA pudiera acceder a la financiación externa. En concreto, según ha quedado probado, en ese tiempo el crédito financiero recibido por MECSA que fue a su vez afianzado por TAS ascendía a un total de 3.903.000 euros. De tal forma que la ventaja o el beneficio venía representado porque a su vez TAS facilitaba la obtención de financiación externa*».

Tal y como se ha puesto de manifiesto, y al igual que se explicó en Derecho italiano, la contraprestación recibida por la sociedad a cambio del otorgamiento de la garantía puede ser a través de una ventaja compensatoria. Una reciente STS, de 11 de diciembre de 2015[467], ha establecido de una manera bastante precisa cuáles deben ser las notas características de las ventajas compensatorias –en un supuesto en que se juzga la posible responsabilidad de un administrador por realizar un determinado acto en interés del grupo pero con un posible perjuicio sobre la sociedad de la cual es administrador-.

Así establece el Tribunal Supremo que las ventajas compensatorias no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores al daño sino que pueden ser previas a su producción. Además, han de ser verificables, «*sin que sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a "sinergias" o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción*». Igualmente, y en referencia a su contenido, «*han de tener un valor económico y guardar proporción con el daño sufrido por la sociedad filial en la actuación por la que se exige responsabilidad*».

[467] EMBID IRUJO, J.M., «Interés del grupo y ventajas compensatorias», en *RDM*, nº 300, 2016, (versión electrónica).

Por último, y en un sentido bastante más directo respecto a una posible responsabilidad del administrador, «*el argumento del interés de grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario, si no van acompañados de una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial, no excluye la existencia de un daño directo del que el administrador debe responder*».

Llegados a este punto, se hace necesario hacer referencia al régimen de las operaciones con partes vinculadas y su incidencia respecto del régimen rescisorio. A día de hoy, lo manifestado por el Tribunal Supremo en relación con la onerosidad o gratuidad de la operación y a la falta de equivalencia entre contraprestaciones en la apreciación del carácter perjudicial, parece que podría encontrar una cierta objetivación en el cumplimiento del régimen de las operaciones con partes vinculadas.

El análisis en el cumplimiento del citado régimen, permite apreciar la existencia o no de contraprestación en las operaciones con partes vinculadas. En aquellos casos donde sí exista correspectivo, éste puede ser directo o indirecto. Si es directo, el supuesto plantea menos problemas, pues el análisis del carácter perjudicial desde el punto de vista de la falta de equivalencia entre contraprestaciones puede apreciarse en la misma operación. En cambio, en aquellos supuestos donde medie un correspectivo indirecto, es en el que parece plantearse mayores problemas.

Es en estos supuestos donde resulta más relevante el análisis del cumplimiento del régimen de las operaciones con partes vinculadas, tanto para la apreciación de si resulta o no perjudicial la operación cuando existe un correspectivo directo, como para conocer si existe o no un correspectivo indirecto y si éste resulta o no justificado.

En ambos supuestos, el régimen de las operaciones con partes vinculadas puede facilitar la determinación de la existencia o no de correspectivo, si éste es suficiente, y si, no existiendo correspectivo directo, existe uno indirecto que determina que la operación no resulte perjudicial. En este sentido, el régimen de las operaciones con partes vinculadas facilita la apreciación del perjuicio.

En relación al régimen de las operaciones con partes vinculadas, hay que distinguir en función de que se trate de sociedades cotizadas o de sociedades no cotizadas.

En el caso de sociedades cotizadas, existe una regulación bastante estricta en relación con este tipo de operaciones. Dicha regulación está orientada a evitar que se hagan operaciones que puedan suponer la extracción de rentabilidad que debiera corresponder a los accionistas que no son partes vinculadas. Ese régimen va a encaminado a asegurar que la operación se realiza con una doble finalidad. Por un lado, que se trata de una operación que se hace a precio de mercado. Y, por otro, que se trata de una operación que es consistente con el interés social.

Pero, de no realizarse la operación cumpliendo con alguno de estos dos propósitos, el régimen de las operaciones con partes vinculadas se dirige a asegurar que se informe a los accionistas que no son partes vinculadas de que la operación no se hace a precio de mercado o de que no es consistente con el interés social y que, en ese caso, se establezca una compensación a estos últimos accionistas o que, de no establecerse dicha compensación, la operación sea aprobada expresamente por ellos pues, en otro caso, podría ser impugnada o daría lugar a la exigencia de responsabilidad a los administradores.

A este respecto, dentro de nuestra normativa societaria, el artículo 529 *ter*. h) LSC prevé expresamente la necesidad de realizar un informe por la comisión de auditoría para este tipo de operaciones. Pese a no pronunciarse expresamente acerca del contenido del informe, parece que debe evaluar, entre otras cuestiones, si la operación se lleva a cabo a valor razonable y si la operación es consistente con el interés social.

El informe de la comisión de la auditoría queda reforzado si cuenta, además, con un informe de un experto independiente, pues en algunas ocasiones la propia comisión de auditoría solicita este último. Por ello, del mismo informe de la comisión de auditoría pueden deducirse ambas cuestiones, si la operación es consistente con el interés social y si ha sido realizada a precio de mercado.

En determinados casos, cuando se trata de una operación de una cierta entidad o cuando el conflicto afecta a la mayoría del consejo de administración, la decisión se adopta por la junta general. Cuando la decisión es tomada por la junta, en Derecho español no se establece que se tenga que asegurar de forma preventiva que la operación se realiza a precio de mercado y que sea consistente con el interés social, sino que el control se realiza a posteriori. De esta manera, si el acuerdo de la junta fuera

impugnado, corresponde al accionista que se encuentra en conflicto de interés probar que el acuerdo es consistente con el interés social[468].

Todo ello implica que se trate de un régimen que manifiesta si la operación es o no perjudicial por haberse realizado a precio de mercado, si es consistente o no con el interés social y que, de no serlo, se establezca una compensación a los accionistas que no son partes vinculadas, pues, en otro caso, podría ser objeto de impugnación o de exigencia de responsabilidad.

Además, todo este régimen se refuerza con el previsto en la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas. En este texto se establece la armonización de la regulación en todos los Estados Miembros de las operaciones con partes vinculadas en las sociedades cotizadas, pues la misma pone especial hincapié en las reglas de la transparencia, de la ponderación y de la imparcialidad. En este sentido, se prevé que las operaciones con partes vinculadas sean objeto de publicidad en el mismo momento de su celebración[469]. Igualmente se prevé que pueda exigirse la adopción de un informe que tenga por objeto determinar si la operación con una parte vinculada es justa y razonable, desde el punto de vista del interés social y de los intereses de los accionistas que no sean partes vinculadas, incluidos los minoritarios. En materia de imparcialidad, la Directiva considera necesario que se establezcan medidas adecuadas en la aprobación

[468] Hay que tener en cuenta que el régimen previsto cuando las decisiones son tomadas por la junta general, probablemente será objeto de modificación para su adaptación a la Directiva 2017/82, prevista para la armonización de la regulación en todos los Estados Miembros de las operaciones con partes vinculadas en las sociedades cotizadas, para que el control sea realizado *ex ante*, haciéndolo coincidir con el momento en que se adopta la decisión.

[469] Parece que esta es la única disposición de cuantas contiene la Directiva que no se cumplen en Derecho español. Y ello porque de la Ley del Mercado de Valores y, fundamentalmente, nuestra la normativa contable obligan a informar en la memoria de las cuentas anuales acerca de las operaciones con partes vinculadas, pero no se establece obligación acerca de informar en el mismo momento de la celebración de la operación. En ALFARO, J., «Modificaciones necesarias del Derecho español para incorporar la Directiva sobre operaciones con partes vinculadas», en *El Almacén de Derecho*, 8 de septiembre de 2017 (*https://derechomercantilespana.blogspot.com/2017/09/modificaciones-necesarias-del-derecho.html*).

de la operación para evitar que la parte vinculada se aproveche de su situación y para la protección del interés social y de los intereses de los accionistas que no sean partes vinculadas, incluidos los minoritarios[470], de forma que la operación no sea aprobada sin contar la mayoría de los socios que no sean partes vinculadas cuando la decisión se someta a la Junta general o con la opinión contraria de los independientes.

En las sociedades no cotizadas, no se contempla expresamente la necesidad de presentar un informe de la comisión de auditoría para que se pronuncie acerca de si la operación se realiza en interés de la sociedad y si es o no a valor razonable. Las operaciones con partes vinculadas se someten al régimen de las operaciones realizadas en conflicto de interés. De esta forma, los administradores que se encuentren en conflicto de interés tienen una obligación de abstenerse, y el resto, en el momento de la adopción del acuerdo, son los que deben manifestarse acerca de si la operación se realiza o no a valor razonable y si es o no consistente con el interés social.

De esta manera, pese a no establecerse el carácter preceptivo del informe de la comisión de auditoría, son los administradores los que han de asegurar que la operación se realiza a valor razonable y que es consiste con el interés social, pues son ellos los que asumen la responsabilidad. La realización de una operación de este tipo, sin realizarse a precio de mercado o sin ser consistente con el interés social, entrañaría una infracción del deber de lealtad de los administradores y, por tanto, una obligación por parte de los mismos de reparar el daño causado, en aquellos casos en que se ejercitase frente a ellos una acción social de responsabilidad. Cuando los administradores lo consideren oportuno, podrán solicitar la elaboración de un informe por un experto independiente.

Además, los administradores pueden decidir que sea la junta general la que decida acerca de llevar a cabo o no la operación, cuando ésta no se realice a valor razonable o cuando consideren que no es conforme al interés social y, en todo caso, en operaciones de una cuantía importante que superen un determinado umbral, el diez por ciento de los activos sociales (artículo 230.2 LSC). Esto trae como consecuencia que no se pueda asegurar a priori que la operación se realiza a precio de mercado y que es consistente

[470] LEÓN SANZ, F.J., «Las operaciones con partes vinculadas en las sociedades anónimas cotizadas», en *El Almacén de Derecho*, 5 de septiembre de 2017 (*https://almacendederecho.org/las-operaciones-partes-vinculadas-las-sociedades-anonimas-cotizadas-segun-la-directiva-200736ce/*).

con el interés social, análisis que podrá llevarse posteriormente si el acuerdo es impugnado.

A las disposiciones contenidas en la normativa societaria, se suma lo dispuesto en la normativa contable respecto de este tipo de operaciones, fundamentalmente en las disposiciones contenidas en la NIC nº 24 y en el PGC.

Las citadas normas establecen una obligación respecto de todas las sociedades de informar en la memoria de las cuentas anuales acerca de las transacciones realizadas con partes vinculadas[471] y si las características de tales operaciones -entre las que se encuentran las garantías otorgadas[472]- se corresponden con aquellas que se hubiesen realizado con terceros que no sean partes vinculadas (artículos 17 y 21 de la NIC nº 24 y 23.2 del PGC).

Como puede apreciarse, la regulación de las operaciones con partes vinculadas en la normativa contable y societaria ayuda a apreciar en qué medida se dan o no los presupuestos para proceder a la rescisión conforme al régimen previsto en la Ley Concursal.

Todo esto conlleva que si el régimen y la normativa societaria se aplican correctamente respecto de las operaciones con partes vinculadas, ello permite acreditar si se ha realizado o no a precio de mercado y si la operación se encontraba o no justificada desde el punto de vista del interés social.

Si la operación se realiza de esta manera, difícilmente podrá ser rescindida por haber resultado perjudicial desde la perspectiva de la falta de equivalencia entre

[471] Tanto el artículo 9 de la NIC nº 24 como el artículo 15 del PGC definen qué debe entenderse por *parte vinculada* a los efectos de la aplicación de las respectivas normativas. Entre las mismas, se incluyen aquellas sociedades que pertenecen al mismo grupo. La definición que las citadas normas hacen de una *parte vinculada* no se ha limitado únicamente al ámbito contable, sino que ha sido admitida en los diferentes sectores. LATORRE CHINER, N., «El régimen español de las operaciones con partes vinculadas (problemas de aplicación a los grupos de sociedades y adaptación a la Directiva 2017/828)», en LEÓN SANZ, F., / RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., (Dirs)., *Cuestiones actuales de Derecho mercantil. La reforma europea del Derecho de sociedades y del Derecho concursal,* Marcial Pons, 2018, pág. 80.

[472] *Garantías y avales* recogen los artículos 20 h) de la NIC nº 24 y 23.3 i) del PGC.

contraprestaciones. Si la operación se realiza en condiciones de mercado, ello implica que la misma se realiza con contraprestaciones equivalentes, lo que supone que, al menos desde esa perspectiva, no pueda resultar perjudicial.

Sin embargo, que se haya llevado a cabo en condiciones de mercado no implica necesariamente que la misma no pueda ser perjudicial en el sentido de que suponga un *sacrificio patrimonial injustificado*, tal y como manifiesta el Tribunal Supremo. En efecto, en ocasiones, cuando una sociedad se encuentra en una situación de dificultades económicas, por ejemplo, puede adoptar decisiones de riesgo que conlleven un beneficio desde el punto de vista de los intereses de los socios pero que, en cambio, puedan ser de carácter perjudicial para los acreedores. Un supuesto podría ser aquel en el que en una sociedad participada al cien por cien, el socio único puede imponerle a la sociedad controlada que realice una operación en interés únicamente del socio y en perjuicio de los acreedores de la sociedad filial, aun siendo realizada a precio de mercado.

El régimen societario y contable en relación con este tipo de operaciones permite que la administración concursal esté en condiciones de apreciar la descripción de la manera en que se han llevado a cabo las operaciones con partes vinculadas con el objeto de demostrar si las mismas resultaron perjudiciales.

Por otro lado, como en principio las operaciones con partes vinculadas son operaciones con personas especialmente relacionadas, cuando resulte de aplicación lo previsto en el artículo 71.3.1º LC y, por tanto, donde se produce la inversión de la carga de la prueba, la contraparte puede acreditar que ha cumplido con todas las garantías societarias y contables, y que la operación ha sido realizada a precio de mercado y que es consistente con el interés social para tratar de demostrar que no resultó perjudicial. Esta acreditación, sin embargo, puede no ser suficiente, ya que no impide que pueda resultar perjudicial por haber supuesto un sacrificio patrimonial carente de justificación desde la perspectiva de la rescisión concursal.

Las garantías societarias, en la medida en que se hayan observado, parecen asegurar que las operaciones se han llevado en condiciones de mercado y que son consistentes con el interés social o que, de no llevarse a cabo de esta forma, los accionistas que no son partes vinculadas se ven compensados o que se requiera la

aprobación de la operación por su parte. En la medida en que la normativa societaria parece estar configurada para el funcionamiento de empresas solventes, la protección se dirige fundamentalmente respecto de los accionistas.

En cambio, lo que no aseguran las normas societarias es que las operaciones no hayan sido realizadas para perjudicar a los acreedores en beneficio de los socios. Parece que a este respecto habrá que estar a las medidas recogidas en la normativa concursal y, en concreto, a la posibilidad de ejercer en esos supuestos la acción rescisoria concursal.

6. Garantías otorgadas a favor de personas especialmente relacionadas

El artículo 71.3.1º LC establece que «*Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado*». Con ello se facilita la aplicación del régimen pues la administración concursal tan solo deberá demostrar que el supuesto se corresponde con el descrito en la norma, esto es, que efectivamente se trata de un acto a título oneroso, que fue realizado a favor de una persona especialmente relacionada y que se realizó en los dos años previos a la declaración de concurso. Corresponde, en consecuencia, a la contraparte del acto rescindido demostrar que el acto no resultó perjudicial.

Este precepto debe ponerse en conexión con el artículo 93 LC que delimita quién ostenta la calificación de persona especialmente relacionada con el concursado. A su vez, se distingue en su apartado primero aquellas personas especialmente relacionadas cuando el concursado es una persona física y en su apartado segundo las personas que ostentan tal condición cuando el deudor concursado es un persona jurídica.

6.1. Aplicación del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal al supuesto en que el concursado es una persona física

El artículo 71.3.1º LC establece aquellos sujetos que ostentan la calificación de persona especialmente relacionada cuando el concursado es una persona natural.

En la primera redacción del artículo 93.1, el precepto recogía a los siguientes sujetos como personas especialmente relacionadas: «*1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. 2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior. 3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado*».

En este sentido, sólo los sujetos recogidos en el citado apartado serían considerados como personas especialmente relacionadas. Ningún sujeto fuera de los expresamente contemplados en el mismo, ni siquiera los previstos en el apartado segundo en relación a los sujetos que ostentasen tal calificación cuando el concursado era una persona jurídica, serían considerados como personas especialmente relacionadas en el concurso de una persona física.

Este fue igualmente el sentido de la jurisprudencia con anterioridad al año 2015, incluidos los supuestos de otorgamiento de garantías. La STS 290/2015, de 2 de junio, desestimó la pretensión de la recurrente en relación con la posibilidad de aplicación de los supuestos contemplados en el artículo 93.2 en relación con la persona jurídica concursada al supuesto en que el concursado fuera una persona física. De esta forma, la STS se pronuncia en los siguientes términos: «*Siendo el concursado, persona natural, las únicas personas especialmente relacionadas con ella son las mencionadas en el art. 93.1 LC. La LC incluye una relación de sujetos que se encuentran vinculados por una relación especial al deudor, sea éste una persona natural (art. 93.1 LC) o una persona jurídica (art. 93.2 LC). La enumeración, tanto en uno u otro supuesto, es taxativa y cerrada, introduciendo presunciones iuris et de iure , de modo que cualquier sujeto incluido en la relación tendrá la consideración de persona especialmente relacionada; pero, del mismo modo, un sujeto no incluido en la relación no tendrá esta condición de persona especialmente relacionada con el deudor, pues la lista está limitada a los sujetos allí relacionados de forma inalterable, como único recurso para alcanzar un alto grado de rigor y de seguridad jurídica, evitando conceptos jurídicos indeterminados y, dado el carácter excepcional del precepto por sus consecuencias*

jurídicas que entraña la subordinación de los créditos, no caben interpretaciones analógicas».

En consecuencia, desestimó que la norma prevista en el artículo 71.3.1º LC pudiera ser de aplicación respecto de garantías otorgadas por personas físicas por deudas de sociedades de las que tenían el control o de las que eran administradores.

El legislador amplió los supuestos de personas especialmente relacionadas con el deudor persona física, a la vista de las numerosas ocasiones en que, con carácter previo al concurso, se llevaban a cabo actos que suponían un sacrificio patrimonial injustificado realizados por una persona física a favor de personas jurídicas. El Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, incorporó tres sujetos adicionales al artículo 93.1: «*4.º Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio. 5.º Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior. 6.º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho*».

De ahí que, en la actualidad, desde la reforma operada en el año 2014, las garantías otorgadas por los administradores de la sociedad por deudas de esta última constituyan un supuesto que puede quedar incluido en el artículo 71.3.1º LC y donde, en consecuencia, el que ejercite la acción rescisoria tan solo deba probar que el supuesto se corresponde con el descrito en la norma, correspondiendo a la contraparte demostrar que la constitución de la garantía no resultó perjudicial.

6.2. Aplicación del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal al supuesto en que el concursado es una persona jurídica

El artículo 93.2 LC recoge aquellos sujetos que son considerados por el legislador personas especialmente relacionadas con el concursado, cuando este último sea una persona jurídica.

Dispone el citado precepto que son personas especialmente relacionadas con el concursado persona física «*1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.*

2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. (…)

3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado»

La justificación de la presunción en los socios que posean un porcentaje significativo de capital social parece radicar en el deber que tienen de capitalizar la sociedad, lo que puede conllevar que resulte injustificada la restitución de un préstamo o la constitución de una garantía de la sociedad a su favor[473].

[473] SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión… op. cit.*, pág. 149. En este sentido, la STS 487/2013, de 10 de julio, expone de manera muy acertada esta circunstancia. En su Fundamento de Derecho Quinto, manifiesta que «*por las características concretas de la operación enjuiciada, nos encontramos ante un supuesto típico de préstamo "societario", sustitutivo del capital social. Se trata de un préstamo de carácter societario en tanto que realizado por el socio mayoritario y administrador único, lo que le permite controlar el destino de los fondos suministrados. Ha sido concedido en condiciones diferentes a lo que sería una financiación por terceros típica, en tanto que no está documentado en alguna de las formas habituales en el tráfico económico, no consta si es remunerado, ha sido concedido por un tiempo indefinido ("cobrar cuando se pudiera"). En casos como este, la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación de capital social y encubre un supuesto de infracapitalización, en que el capital social es tan exiguo que no sirve para acometer con normalidad la actividad social, ni siquiera para dotar a la sociedad de un patrimonio suficiente que le permita obtener financiación externa por parte de terceros.*

Junto a los socios que ostenten un porcentaje significativo de capital social, el precepto recoge también como personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, además de las sociedades que formen parte del mismo grupo, a los administradores de derecho o de hecho. En este sentido, parece que como administrador de hecho debe seguirse la definición que da el artículo 236.3 LSC, quien otorga tal consideración «*tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador,*

Si la aportación de capital a la sociedad por parte de los socios, en una cantidad suficiente para desenvolver su actividad, se hubiera realizado en la forma típica prevista en la normativa societaria, como es la aportación inicial o la ampliación de capital social, el patrimonio así obtenido no hubiera podido ser reembolsado a los socios en detrimento de los acreedores sociales, frente a los cuales tal patrimonio desempeña una función de garantía. La sustitución del capital social por préstamos societarios realizados por los socios de referencia supone en tales circunstancias un desplazamiento del riesgo empresarial sobre los acreedores

No es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores.

Tales circunstancias constituyen algunas de las justificaciones de que los créditos frente a la sociedad concursada de los que sean titulares los socios «con una participación significativa en el capital social» (Exposición de Motivos, apartado V), de al menos el 5% o el 10% según los casos, y los administradores de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, sean créditos subordinados (art. 92.5 en relación al 93.2.1º y 2º, ambos de la Ley Concursal), si bien la Ley Concursal ha optado por calificar como crédito subordinado el resultante de cualquier operación entre la sociedad y las personas especialmente relacionadas, con independencia de que reúna las características de un préstamo societario o encubra supuestos de infracapitalización.

Es por ello que el reembolso de estas aportaciones a los socios con una participación significativa o a los administradores (aquí se reúnen las dos cualidades) en el periodo anterior a la declaración del concurso haya de ser considerado, salvo prueba en contrario, que aquí no ha existido, como un perjuicio para la masa activa aun cuando el acto dispositivo suponga una correlativa disminución del pasivo. Tal pago debía haberse sujetado al orden de preferencias propio del proceso concursal, en el que ostenta la calificación de crédito subordinado».

como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad»[474].

Igualmente, tras la reforma de la Ley Concursal en materia de acuerdos de refinanciación en los años 2014 y 2015, se introdujo en el artículo 93.2 una excepción a aquellas personas que podían ser calificadas como administradores de hecho. En este sentido, aquellos acreedores que hubieran suscrito el acuerdo no podían ser considerados como personas especialmente relacionadas con el concursado *por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición*[475].

Se trata con ello de evitar que sujetos que estarían dispuestos a financiar o refinanciar al deudor si este último realizase una serie de actuaciones, no llevasen a cabo la refinanciación por temor a que, si el deudor es declarado en concurso, correspondiese a ellos la carga de probar que tales actuaciones no resultaron perjudiciales. De no existir esta presunción correspondería a la administración concursal demostrar tan solo que los financiadores son efectivamente personas especialmente relacionadas, invirtiéndose la carga de la prueba en relación con el posible carácter perjudicial de dichos actos.

Por tanto, cuando el deudor haya llevado a cabo actos en los dos años anteriores a la declaración de concurso con las personas descritas en el artículo 93.2, con la excepción que se acaba de poner de manifiesto, corresponderá al legitimado activo en el ejercicio de la acción probar que el acto se llevó a cabo con alguno de los sujetos descritos en la norma en el periodo de los dos años, correspondiendo a estos últimos la carga de probar que el acto no resultó perjudicial.

---

[474] Para un estudio pormenorizado de la figura del administrador de hecho, véase RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., «La delimitación de la figura del administrador de hecho», en *RDM*, nº 301, 2016, págs. 69-109.

[475] Sobre los problemas acerca de la previsión establecida, véase DÍAZ MORENO, A., «Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos», en *ADCon*, nº 33, 2014, págs. 177-179.

CAPÍTULO VII

LA RESCISIÓN DE ALGUNOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS

1. El artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario: una especialidad al sistema de reintegración

2. La rescisión en relación con el contrato de *factoring*

2.1. Introducción

2.2. Consideraciones generales

2.3. Excepción al régimen de la acción rescisoria concursal

2.3.1. Antecedentes: Redacción originaria de la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero

2.3.2. Redacción de la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, tras la aprobación de la Ley Concursal en 2003 y tras la reforma por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

3. La rescisión de la prenda de créditos

3.1. Requisitos para la constitución de la prenda de créditos

3.2. Los presupuestos para la rescisión de una prenda de créditos

3.3. Los efectos de la rescisión de una prenda de créditos

4. La rescisión de la prenda de créditos futuros

4.1. Los créditos alcanzados por la prenda una vez declarado el concurso

4.2. Los presupuestos para la rescisión de una prenda de créditos futuros

4.3. Los efectos de la rescisión de una prenda de créditos futuros

5. La rescisión de las garantías en relación con el contrato de apertura de crédito y de cuenta corriente bancaria

5.1. La rescisión de las garantías en relación con el contrato de cuenta corriente bancaria

5.2. La rescisión de las garantías en relación con el contrato de apertura de crédito

6. La rescisión de los pagos

6.1. La rescisión de los pagos indebidos

6.2. La rescisión de los pagos anticipados

6.3. La rescisión de los pagos de obligaciones vencidas y exigibles

6.4. La rescisión del pago por compensación

6.5. Los efectos de la rescisión de los pagos

6.6. La rescisión de las devoluciones de préstamos que fueron otorgados por los socios a la sociedad concursada

6.7. La rescisión del reparto de dividendos a los socios: acuerdo y pago

7. La rescisión de las daciones en pago

7.1. La figura de la dación en pago

7.2. El carácter perjudicial de la dación en pago

7.3. Las presunciones de perjuicio en las daciones en pago

7.4. Los efectos de la rescisión de una dación en pago

7.4.1. Los efectos de la rescisión de la dación respecto de las garantías

CAPÍTULO VII

LA RESCISIÓN DE ALGUNOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS

1. El artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario: una especialidad al sistema de reintegración

El auge de las titulizaciones hipotecarias a nivel internacional en la década de los 70 hizo necesario reformar el ordenamiento jurídico español para tratar de hacer posible que las entidades de crédito españolas pudieran competir en igualdad de oportunidades con las de otros países de nuestro entorno. De esta forma, se aprobó a comienzos de los 80 la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario cuya finalidad principal consistía en una flexibilización del ordenamiento español en materia hipotecaria.

Pese a la reforma, las entidades de crédito seguían encontrando como gran obstáculo el sistema de retroacción de la quiebra previsto en el Código de Comercio, el cual podía suponer que en caso de crisis económica del deudor, aquellas garantías que hubiesen sido otorgadas en procesos de titulización fueran declaradas nulas conforme a la interpretación generalizada que de la nulidad realizaba el Tribunal Supremo.

Para tratar de evitar ese posible efecto negativo y, fundamentalmente, con el fin de proteger al tercero inversor, se introdujo la norma prevista en el artículo 10 LMH. De esta forma, el citado precepto estableció que «*Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo segundo sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo segundo del artículo ochocientos setenta y ocho del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél*».

Se observa como, mediante la incorporación de este artículo a nuestro ordenamiento, se evitaba la nulidad automática que suponía la aplicación del artículo 878.2 C.Com. Frente al sistema de nulidad absoluta predicado por el Código de Comercio, la rescindibilidad de esta clase de garantías se hacía depender de la acreditación del requisito subjetivo del fraude.

Aunque en un primer momento el precepto, leído de manera aislada, pudiese parecer que resultaba de aplicación respecto de todas las hipotecas inscritas a favor de las entidades de crédito, la jurisprudencia limitó su alcance.

De esa manera, realizó una interpretación restrictiva[476], de tal forma que el precepto tan solo resultaría de aplicación sobre aquellas hipotecas inscritas a favor de entidades de crédito que garantizasen préstamos que tuviesen como finalidad las previstas en el artículo 4 LMH. Así, para escapar del sistema de retroacción del Código de Comercio, los citados préstamos tenían que tener como finalidad «*la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad*».

Tras la aprobación en el año 2003 de la Ley Concursal, la Exposición de Motivos dispuso de manera específica que siempre debería respetarse la *par conditio* en el trato de los acreedores dentro del procedimiento concursal, y que tan solo podía alterarse cuando estuviera plenamente justificado[477].

Una de estas justificaciones se encontraba plasmada en la Disposición adicional segunda LC, en la que se contemplaba un régimen especial aplicable a las entidades de crédito.

Se discutía entonces si entre esas disposiciones específicas que debían aplicarse a las entidades financieras se encontraba el artículo 10 LMH, más si cabe tras la aprobación de la Ley Concursal, ya que el citado precepto seguía disponiendo una especialidad en materia de reintegración haciendo referencia a la normativa prevista en el Código de Comercio.

Con posterioridad, en el año 2007, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de

[476] Entre otras, las SSTS 32/1997, de 23 de enero y 980/2006, de 5 de octubre.

[477] De esta forma, se disponía que «*Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas*».

regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, se adaptó terminológicamente, para su correspondencia con la normativa prevista en la Ley Concursal, el artículo 10 LMH, disponiendo que «*Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe*»[478].

Tal y como expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reforma producida en el año 2007 sobre algunos preceptos de la Ley del Mercado Hipotecario vino motivada, en parte, para tratar de corregir la interpretación que se había realizado acerca de las hipotecas sobre las que podía ser de aplicación el artículo 10 y que se hacía depender de la finalidad perseguida con los préstamos garantizados.

La reforma de 2007 modificó, de esta forma, el artículo 4 LMH. Se dispuso que era indiferente la finalidad perseguida con el préstamo garantizado, por lo que se ampliaban los supuestos de hipotecas otorgadas que quedaban encuadradas en el ámbito del artículo 10 LMH.

Junto a la reforma del artículo 4 LMH, se modificó igualmente el artículo 1 LMV, donde se añadió un segundo párrafo que disponía lo siguiente: «*Las entidades financieras a las que esta Ley se refiere podrán conceder préstamos hipotecarios y emitir los títulos necesarios para su financiación, de acuerdo con los requisitos y finalidades que la misma establece, sin perjuicio de que estas entidades u otras puedan emitir y transmitir obligaciones, con garantía o sin ella, de conformidad con la legislación vigente. La presente Ley, así como su normativa de desarrollo, será de aplicación a todos los títulos que en ella se regulan y que se emitan en territorio español*».

[478] DÍAZ MARTÍNEZ, M., / IGLESIAS ESCUDERO, S., «Las acciones de reintegración y las garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general», en *RDCP*, nº 16, 2012, pág. 224.

El Tribunal Supremo manifestó[479] que, de una interpretación sistemática de ambos preceptos, y de las modificaciones de ambos en la reforma de 2007, el régimen del artículo 10 LMH en relación con la exigencia de fraude, no se hacía depender ni de las entidades que concediesen los préstamos, ni de las hipotecas otorgadas, sino que lo determinante para quedar bajo el régimen del citado precepto era que las hipotecas garantizasen títulos emitidos por las entidades que participaban en el mercado hipotecario, siempre que cumpliesen con una serie de requisitos.

Como expone PULGAR, «*esta finalidad no era sino proteger la existencia de un mercado de títulos hipotecarios que, emitidos por entidades titulares de hipotecas inmobiliarias, sirvieran para poder refinanciar éstas a un coste moderado con el correspondiente abaratamiento del crédito territorial*»[480].

Tras la reforma producida en el año 2007 se seguía manteniendo la especialidad respecto de las créditos hipotecarios titulizados por las entidades de crédito, por lo que en caso de concurso del deudor, las hipotecas constituidas a su favor tan sólo podrían ser rescindidas si concurría el elemento del fraude. Nótese que no sólo se modificaba el artículo 10 LMH, sino que podría decirse incluso que se confirmaba esa especialidad[481].

---

[479] La STS 652/2012, de 8 de noviembre, expuso que «*la norma tutela el mercado hipotecario y, en la medida necesaria, las operaciones destinadas a darle estabilidad, sin reconocer privilegios subjetivos a las entidades financieras*».

[480] PULGAR EZQUERRA, J., «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», en *La Ley Digital,* página 12 de la versión electrónica.

[481] En palabras de GONZÁLEZ NAVARRO, «*si antes se consideró preciso proteger las hipotecas concedidas por las entidades de crédito frente a un sistema de retroacción automática y absoluta, en 2007 el legislador trata de protegerlas incluso frente a un sistema de retroacción basado en el concepto objetivo de perjuicio, sin exigencia de fraude y limitado a un plazo de dos años antes de la declaración de concurso (…). Es importante remarcar que la Ley 41/2007 no se limitó a sustituir la referencia del artículo 878 del Código de Comercio por el artículo 71 LC: complicó el mecanismo rescisorio de las hipotecas de los acreedores profesionales para exigir los dos requisitos que caracterizaban los dos sistemas conocidos, que se superponen a pesar de responder a elaboraciones doctrinales y experiencias prácticas muy distintas: perjuicio y fraude al mismo tiempo*». En GONZÁLEZ NAVARRO, B., «La rescisión de las garantías hipotecarias de los acreedores profesionales (art. 10 LMH)», en *ADCon,* nº 22, 2011, pág. 299.

Las dudas acerca de si el artículo 10 LMH constituía o no legislación especial aplicable conforme a la Disposición adicional segunda LC, quedaron resueltas tras la modificación de esta última a través del RDL 3/2009, donde se incluyó entre las disposiciones especiales que debían aplicarse con preferencia sobre la Ley Concursal, el artículo 10 LMH –*ex* Disposición adicional segunda, 2 a) LC-.

Tal y como establece el citado artículo, para la rescisión concursal de las hipotecas a que se refiere el artículo 2 LMH, se requiere, junto con los presupuestos establecidos en el artículo 71 LC, la existencia de fraude en la constitución de la garantía.

El tenor literal de la previsión se refiere únicamente a la acción rescisoria concursal, por lo que la acción pauliana parece que puede aplicarse con carácter general si se dan los presupuestos para ello.

En relación con el ejercicio de la acción rescisoria concursal en este supuesto habrá de tenerse en cuenta con carácter previo que la especialidad se circunscribe a la exigencia de fraude. En consecuencia, en principio, resultarán de aplicación los presupuestos de la acción rescisoria concursal y lo dispuesto con carácter general en la Ley Concursal en esta materia. Esto es, será necesario para proceder a la rescisión que la hipoteca se haya constituido de forma que tenga carácter perjudicial, suponiendo un «*sacrificio patrimonial injustificado*», tal y como lo entiende el Tribunal Supremo. Ahora bien, en la aplicación de lo dispuesto en la Ley Concursal a este supuesto se suscitan incertidumbres, como sucede, por ejemplo, en relación con la aplicación de las presunciones del artículo 71.2 LC y 71.3 LC.

La rescisión concursal requiere en cualquier caso que la hipoteca se hubiera constituido en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso del deudor hipotecario. A estos dos elementos, el carácter perjudicial y el plazo de dos años, se añade en la norma especial la exigencia de fraude. En la medida en que el legislador no ha definido cómo debe interpretarse el concepto de fraude para que se proceda a la rescindibilidad de tales hipotecas, resulta necesario analizar cómo debe entenderse el mismo desde la perspectiva del deudor hipotecario y de la entidad de crédito.

Para la apreciación del fraude, en relación con el deudor hipotecario, parece que tiene que haber necesariamente *dolo*, entendido como voluntariedad de constituir la

hipoteca con carácter perjudicial para sus acreedores. Respecto de la contraparte del acto, que en este caso es la entidad de crédito, parece que en todo caso existirá fraude cuando haya participado voluntariamente en el acto del deudor para perjudicar a sus acreedores. En este caso, no parece que haya dudas sobre la existencia de fraude.

Además, existe fraude también cuando la entidad de crédito haya actuado de mala fe, esto es, cuando haya tenido consciencia de que el deudor suscribe la financiación hipotecaria con la voluntad de defraudar a sus acreedores.

Pero, junto a esta interpretación del fraude, debe plantearse la cuestión de si estando ya el deudor en estado de insolvencia y siendo esta situación conocida por la entidad de crédito, estas circunstancias resultan suficientes en sí mismas para la apreciación del fraude. Conviene distinguir dos situaciones. Si el deudor hipotecario, con consciencia de que se encuentra en una situación de dificultades económicas, realiza la operación voluntariamente para defraudar a los acreedores una vez declarado el concurso, el fraude parece ser claro. En cambio, si el deudor actúa sin voluntad de defraudar a los acreedores y la constitución de la hipoteca está justificada desde un punto de vista objetivo desde una perspectiva económico-funcional, aun estando en estado de insolvencia, parece que no debería apreciarse la existencia de fraude a los efectos del artículo 10 LMH.

Igualmente, desde la perspectiva de la entidad de crédito, el conocimiento de la situación de dificultades económicas del empresario, en aquellos casos en que la entidad de crédito realiza la operación cumpliendo con todas las obligaciones y cautelas que debe cumplir, parece que no basta por sí solo para la apreciación del fraude. Ahora bien, si conociendo la situación de insolvencia, participa en la realización de un acto para defraudar típico de situaciones preconcursales, se debería apreciar, en cambio, la existencia de fraude.

Parece, por tanto, razonable considerar que el artículo 10 LMH exige una conducta fraudulenta en la que exista realmente una voluntariedad y una consciencia y que no es suficiente con el mero hecho del conocimiento de la situación de insolvencia o de dificultades económicas.

Como puede apreciarse, el régimen especial previsto en el artículo 10 LMH sigue vigente pues, aun habiendo dejado al margen el sistema de retroacción del Código de

Comercio, la configuración estructural de la acción rescisoria concursal prevista en el artículo 71 y siguientes LC hace necesario adoptar un régimen especial para la protección del mercado hipotecario, donde se procede a la titulación de una cartera de créditos. Y ello es así porque el artículo 71 LC no recoge la exigencia de fraude y las exigencias de la seguridad jurídica tienen una especial relevancia en esta clase de operaciones desde la perspectiva de la protección de los inversores.

Por ello, debe también plantearse la cuestión de si sería necesario o no este régimen especial si en la configuración estructural de la rescisión concursal se exigiese el fraude como presupuesto. Parece que la respuesta, probablemente, debería ser negativa. Ahora bien, probablemente el concepto de fraude en relación con esta clase de operaciones debería ser relativamente más estricto que respecto de otros supuestos.

En efecto, en el régimen tradicional de la rescisión concursal se suele entender por fraude el hecho de estar en una situación de insolvencia, y actuar sabiendo y con consciencia de que se está en ese estado. Esa misma interpretación, a efectos del artículo 10 LMH parece que no debería ser suficiente. Parece que la exigencia de fraude que se recoge en este último artículo debería ser más estricta, en el sentido de actuación voluntaria para defraudar a los acreedores, y no como un mero conocimiento de la situación de insolvencia.

Junto a la interpretación que debe seguirse del concepto de fraude, debe analizarse qué debe entenderse por tercero de buena fe a los efectos del artículo 10 *in fine*, pues se establece que «*En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe»*. El tercero de buena fe en este contexto parece referirse en todo caso al tercero hipotecario. En aquellos supuestos donde se produzca la ejecución de la hipoteca y, en cualquier caso, siempre que se venda el bien a un tercero, de alguna forma ese tercero se encontrará protegido siempre que haya actuado de buena fe. De esta manera, el que aparezca como titular inscrito, quedaría protegido frente a la rescisión en virtud de la protección registral y en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 LMH.

En cambio, la protección de la persona que compra los títulos en el mercado hipotecario deriva de lo dispuesto en el artículo 10 LMH en relación con la exigencia de fraude. El tercero que compra la cédula está comprando realmente una participación de una cartera de créditos hipotecaria. Por ello, para que tuviera una exclusión del régimen

de aplicación y pudiera ser considerado como tercero de buena fe en relación con lo dispuesto en el artículo 10 LMH *in fine,* parece que debería haberse mencionado en la norma de una manera más explícita. A falta de previsión expresa, parece tener más sentido que la protección del tercero de buena fe haga referencia al tercero hipotecario y no al comprador de los títulos pues, de lo contrario, bastaría con titulizar para impedir la rescisión.

Por último, es necesario abordar el tema de los efectos de la rescisión de esta clase de hipotecas, pues parece existir una especialidad. La rescisión de este tipo de operaciones supone la reintegración del bien a la masa del concurso libre de cargas. Ello conlleva que el titular de la cédula hipotecaria, de ostentar una participación en una cartera de créditos que se encontraban garantizados, quede sin la garantía objeto de la rescisión.

Parece no existir problema en aquellos casos donde, en el proceso de titulización, el riesgo ante el posible impago del deudor hipotecario lo asume la entidad de crédito, ya sea como garante o por haber asumido el compromiso de cumplimiento de los créditos que se titulizan. A este respecto, ante la falta de pago por parte del deudor concursado, quien asume la obligación de pago frente al titular del título es la entidad de crédito que responde con su balance de la emisión de las células.

En cambio, si se hubiera producido una externalización del riesgo, de tal manera que la entidad de crédito no asumiera ninguna obligación de pago de no hacerlo el deudor hipotecario, lo normal es que se hubiera contratado un seguro, de tal forma que sería la entidad aseguradora la que asumiría el riesgo del impago a favor del titular de las cédulas.

El régimen previsto en el artículo 10 LMH, en relación con la exigencia de fraude, parece encontrarse justificado. Y ello, no sólo durante la vigencia del sistema de retroacción del Código de Comercio, sino también con el régimen rescisorio previsto actualmente en la Ley Concursal[482].

[482] En contra de su justificación una vez derogado el Código de Comercio y aprobada la Ley Concursal, entre otros, GONZÁLEZ NAVARRO, B., *op. cit.,* pág. 299; PULGAR EZQUERRA, J., «Rescisión concursal…», *op. cit.,* página 12 de la versión electrónica; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «La rescisión en sede concursal de las cesiones de créditos ligadas a las operaciones de factoring», en

En las titulizaciones hipotecarias, el título se encuentra finalmente en manos de un inversor. El adquirente del título es, en principio, ajeno a las circunstancias en que se otorgaron los préstamos que conformaban la cartera de créditos que fueron titulizados y ajeno a la situación en que podía encontrarse el deudor hipotecario en el momento de otorgarse la garantía.

Con la configuración estructural de la acción rescisoria en la Ley Concursal actual, que descansa, casi únicamente, sobre la consideración del acto como perjudicial, definido éste en el artículo 71 LC como *perjuicio para la masa activa*, teniendo en cuenta la interpretación realizada por el Tribunal Supremo que lo considera como «*sacrificio patrimonial injustificado*», a lo que se añade la irrelevancia del fraude, se hace necesario proteger al mercado hipotecario y a los inversores de que, con independencia de las circunstancias en que se concedieron los créditos y se otorgaron las garantías, el subyacente de su inversión no puede ser objeto de rescisión salvo fraude.

Esto es, al margen de aquellos casos donde se aprecie fraude, entendido éste de la manera descrita con anterioridad, el inversor titular en última instancia de los títulos no se verá afectado en su posición ante la posible declaración de concurso del deudor hipotecario.

2. La rescisión en relación con el contrato de factoring

2.1. Introducción

El contrato de *factoring* es un contrato en virtud del cual un empresario, que normalmente suele ser una mediana o pequeña empresa, cede los créditos que ostenta frente a su clientela a otra entidad, denominada como sociedad de *factoring*, la cual se compromete, a cambio de una contraprestación, a prestar determinados servicios.

CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, nº 162, 2014, págs. 67-90; PIÑEL LÓPEZ, E., «La reintegración concursal y las operaciones financieras», en *RDCP*, nº 8, 2008, pág. 162.

Se dirige fundamentalmente a facilitar los cobros que la empresa cedente tiene con su clientela y a la llevanza de contabilidad, tarea que suele denominarse como tarea administrativa o de gestión. Suele ser habitual, también, la función de otorgar liquidez a la sociedad cedente en virtud del mismo contrato, de tal modo que anticipa el importe de esos créditos cedidos –denominada como servicio de financiación-. En último lugar, es usual que las entidades de *factoring* presten un servicio de garantía, en virtud del cual se comprometen, en caso de insolvencia de los clientes, a abonar el importe de los créditos que no hayan sido satisfechos.

Uno de los aspectos que tiene especial trascendencia con el negocio objeto de estudio, es el relativo a las consecuencias que tiene sobre él una futura declaración de concurso, bien sobre la entidad cedente, bien sobre los deudores de los créditos cedidos. La Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, modificada posteriormente por la Disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, establece un régimen específico en materia de reintegración sobre determinados contratos, entre los que se incluyen determinadas cesiones de crédito que pueden tener lugar en un negocio de *factoring*.

No obstante, antes de entrar en materia propia de reintegración de las cesiones de créditos que se incluyen bajo el ámbito de determinadas operaciones de *factoring*, se hace necesario realizar algunas consideraciones generales previas acerca del negocio jurídico en cuestión.

2.2. Consideraciones generales

El contrato de *factoring* puede cumplir fundamentalmente con tres funciones; esto es, una función de gestión, donde la entidad de *factoring* se encarga de gestionar el cobro de los créditos que tenga la empresa cedente con su clientela; una función de financiación, consistente en anticipar el importe de esos créditos antes de su vencimiento, y una función de garantía, donde la sociedad *factoring* se encarga de asumir el pago de esos créditos en caso de insolvencia del deudor[483].

[483] En el Fundamento de Derecho Primero de la STS de 31 de mayo de 2007, se enumeran las diferentes funciones que puede llevar a cabo el contrato de *factoring*: «*La primera es la de gestión por la*

Si bien la función originaria en el surgimiento del contrato era precisamente aquella para el que fue concebido, esto es, la función de cobro de los créditos, en la actualidad la función principal ha pasado a ser la de financiación, de tal forma que se recurre a este tipo de contratos usualmente como una manera más sencilla de acceder al crédito por parte de las empresas.

En ese contexto, se hace necesario precisar qué instrumento jurídico servirá precisamente para llevar a cabo propiamente la actividad de *factoring*.

Como se ha comentado, las precisiones que se hacen en Derecho positivo acerca del contrato de *factoring* tienen que ver con su afectación en sede concursal –en la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999-, pero nada se dice acerca del tipo de contrato.

En consecuencia, la doctrina[484] ha considerado al negocio de *factoring* como un contrato atípico, donde al margen de la regulación comentada una vez declarado el concurso de acreedores, nada más se dispone, quedando sometido a la autonomía de la voluntad de las partes[485].

No sólo la doctrina se ha manifestado en este sentido, sino también la jurisprudencia. La STS de 28 de febrero de 2003, dispuso que «*el contrato de factoring no es un contrato típico, con una normativa que deba aplicarse y no se pueda ignorar; es un contrato atípico, cuyos efectos vienen determinados por lo*

---

que la sociedad del factoring se encarga de llevar a cabo aquellas actividades que permitan el cobro de los créditos incluidos en el contrato y que corresponden al cliente. La segunda puede revestir condiciones de garantía en cuanto actúa sobre créditos previamente aprobados y la sociedad de factoring viene a asumir el riesgo de la insolvencia de los deudores cedidos. La tercera es propiamente financiación, y se refiere a la actividad de financiación, pues la empresa de factoring anticipa al empresario-cliente el importe de los créditos transmitidos, mediante el porcentaje que actúa como precio y de este modo se facilita liquidez y operatividad comercial».

[484] Entre otros, GARCÍA-CRUCES, J.A., *El contrato de "factoring",* Madrid, Tecnos, 1990, pág. 11.

[485] Conforme al artículo 1255 CC: «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*».

pactado, en aras al principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código civil; a ello se añade que en la realidad jurídica, el factoring admite variantes –como las relativas a la cesión de créditos– que sólo podemos atender a la vista de lo pactado»[486].

En función de las tareas encargadas a la entidad de *factoring*, el contrato incluirá elementos que son propios de los contratos de prestación de servicios y de contratos de financiación.

Los primeros elementos se darán siempre puesto que se incluyen en el contrato cuando se desempeña la función de gestión. La entidad se encarga de gestionar todos los cobros con la clientela, encargándose, a su vez, no sólo de comunicar al cedente el cobro de los créditos sino que la función se amplía también a proporcionar una información detallada sobre la gestión de los créditos encomendada.

En cambio, los elementos que son propios de los contratos de financiación se producirán si se establece, como sucede normalmente, esta función entre las que van a regir el negocio de *factoring*. La entidad se encarga de prestar un anticipo de los créditos cedidos con carácter previo a su vencimiento, a cambio de un porcentaje que se determina, normalmente, en función del plazo de vencimiento. A este respecto, pueden apreciarse dos tipos de contratos cuando existe la función de financiación. Por un lado, un negocio de *factoring* con regreso, donde es el sujeto cedente quien asume los riesgos de insolvencia del deudor. En caso de no cumplir el deudor en el momento del vencimiento del crédito, el cedente deberá devolver las cantidades entregadas a modo de anticipo por la entidad *factoring*. Por otro lado, el *factoring* sin regreso prevé que en caso de insolvencia del deudor, el riesgo sea asumido por la entidad de *factoring*. De esta forma, sobre el anticipo otorgado no sólo se deducirá la comisión por el encargo, sino también una prima por el riesgo asumido. En este caso, donde el riesgo de la

[486] De la misma forma, la STS nombrada anteriormente, de fecha de 31 de mayo de 2007, manifestó que «*El contrato de factoring es una relación atípica, difícil de ser objeto de una definición integradora, y de ordinario cumple una triple función de servicios que sirve para identificar dicha relación negocial*». En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 10 de julio de 1996: «*El contrato de factoring es calificado por la doctrina científica como un contrato atípico, mixto y complejo*».

insolvencia del deudor lo asume la entidad de *factoring* se incluye junto a las funciones de gestión y financiación, la función de garantía[487].

Otro de los elementos claves a tener en cuenta en los contratos de *factoring* es que deben ser contratos de duración, siendo éste un elemento esencial. De hecho, la extinción del contrato se realiza mediante denuncia, que debe requerir de justa causa, en caso de que el contrato se haya celebrado por tiempo determinado.

Uno de los aspectos a los que más atención debe prestarse es a la forma en que puede articularse el contrato de *factoring*. Se puede optar por realizarlo a través de un contrato preliminar o de un contrato normativo. En el primero de los casos, los créditos van cediéndose a la vez que van surgiendo. Se trataría, por tanto, de un negocio de cesión singular de créditos presentes, realizándose a través de un contrato de compraventa de créditos, donde el anticipo dado por la entidad cedente se correspondería con el precio pactado en la compraventa. La entidad *factoring* adquiere el crédito desde la entrega, quedando protegida en caso de un eventual concurso de acreedores por parte de la sociedad cedente[488].

Por otro lado, se puede articular el contrato de *factoring*, y así sucede normalmente, a través de un contrato normativo, en el cual se produce la cesión global

[487] La STS de 2 de febrero de 2001, calificó las dos modalidades como *factoring* con recurso o sin recurso: «*el factoring con recurso en que los servicios prestados por el factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos por el cliente, al que puede ir unido o no un servicio de financiación, modalidad ésta en que la cesión de los créditos cumple la misma función económica que el contrato de descuento, configurándose la cesión como una gestión de cobro; y el factoring sin recurso o factoring propio en que, a los servicios que caracterizan al factoring con recurso, incluido el de financiación al cliente se añade un servicio de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, del empresario al factor, de forma que producida la insolvencia, en los términos pactados en el contrato de factoring, ésta no recae sobre el cliente cedente sino sobre el factor cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados. Es decir, en el factoring propio o sin recurso se produce una transmisión plena del crédito al cesionario, cesión que tiene una causa onerosa como es el pago al cedente del importe del crédito cedido, con las deducciones pactadas y en el plazo contractualmente previsto*».

[488] LEÓN SANZ, F.J., «Las acciones de reintegración y el contrato de *factoring*», en AA.VV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV,* Marcial Pons, 2005, págs. 4140 y 4141.

de los créditos futuros a la entidad financiera. En el mismo contrato se establecen las características de aquellos créditos que serán cedidos, de los deudores de los que provengan, especificando cuál es el negocio jurídico por el que surgen y el plazo al que se va a extender la cesión. En virtud del propio contrato, el cedente se obliga a la entrega de los créditos si se enmarcan dentro de las características previstas y la entidad de *factoring* se obliga a aceptarlos por con el mismo fundamento. En este caso, tanto los anticipos que realice la entidad a favor del cedente como los actos que se realicen en virtud del propio contrato, no son negocios jurídicos independientes, sino que son actos de ejecución en cumplimiento del contrato de *factoring*.

En las modalidades de contratos normativos, se establecen diferentes cláusulas tendentes a poder ampliar los tipos de créditos cedidos o la ampliación a diferentes deudores que no eran los que se encontraban originariamente[489]. Junto a ello, pueden preverse diferentes modalidades, que pueden cambiarse llegado un determinado momento –usualmente estableciéndose la modalidad de *factoring* sin regreso hasta un porcentaje determinado para cada deudor y, una vez alcanzado, comenzará la modalidad de *factoring* con regreso-.

Con respecto a la naturaleza jurídica del contrato, también en este caso cambia sustancialmente en función del tipo de *factoring* que se use. Si se opta por un contrato de *factoring* con regreso, el cedente se compromete a la entrega de los créditos y la entidad al pago del anticipo. Por ende, se correspondería básicamente con un contrato de descuento, donde se ceden los créditos «*salvo buen fin*»[490].

Este contrato de *factoring*, aun cuando el riesgo de la insolvencia es asumido por el sujeto de cedente, el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido. Pese a que se

[489] Sobre la cuestión relativa a la posibilidad de modificar la clasificación efectuada en el contrato de *factoring*, véase RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., «Contrato de *factoring* y suspensión de pagos del deudor: comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2005», en *ADCon*, nº 7, 2006, págs. 506-514.

[490] En la STS de 5 de noviembre de 2008, en su Fundamento de Derecho Tercero, se precisa que en los contratos de *factoring*, todas las cesiones de créditos transmiten la titularidad de éstos. En consecuencia, la cláusula «*salvo buen fin*» no debe interpretarse en el sentido de la no transmisión de los créditos, «*sino que lo ha sido condicionado resolutoriamente, por una parte, a su existencia y validez, y por otra, a su destino al pago de los préstamos que la cesión tiene por objeto*».

dudaba en un principio sobre el traslado de la titularidad del crédito cedido[491], la jurisprudencia[492] y la doctrina[493] han confirmado la cesión plena de éste.

En cambio, cuando el contrato de *factoring* adopta la modalidad de *factoring* sin regreso, la naturaleza jurídica sería la propia de un contrato de descuento sin mediar la cláusula «*salvo buen fin*». Se produciría, simplemente, una transmisión de los créditos de tal forma que la entidad de *factoring* adquiriría la titularidad del crédito y asumiría el riesgo de la insolvencia del deudor. Pero desde el punto de vista de la titularidad del crédito tras la transmisión, vendría a equipararse a un contrato de compraventa, como sucede en los casos de la autoentrada del comisionista en la comisión en garantía.

Además, suele preverse también la constitución de un fondo como garantía, en el cual se retiene un porcentaje determinado sobre los créditos cedidos, y que se destina para cubrir la retribución que ha de darse a la entidad cesionaria en virtud del contrato. Este fondo se constituiría adoptando la forma de una prenda irregular, por cuanto el acreedor tiene derecho al uso consumiéndola. Si el deudor cumple, deberá devolver otro tanto de la misma calidad y especie, mientras que si no cumple, el acreedor tendrá derecho a obtener la titularidad. Como algumenta CARRASCO, «*en estos casos la prenda irregular deviene prenda de créditos, al quedar pignorado a favor del acreedor no el dinero como tal –del que se hace dueño- sino el contracrédito restitutorio que el pignorante depositante ostenta para la restitución del tantundem*»[494].

---

[491] Entre otras, las SSTS de 4 de diciembre de 2007 y de 27 de junio de 2003.

[492] Entre otras, SSTS de 6 de octubre de 2004, de 6 de noviembre de 2006 y, de 6 de noviembre de 2013: «*Esta eficacia traslativa de la cesión de créditos opera no sólo cuando ha sido realizada pro soluto, sino también cuando lo es pro solvendo. Como hemos argumentado en otras ocasiones, en supuestos de factoring con recurso o impropio, la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué decidir el efecto traslativo, de manera que también en esa clase de factoring el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido*».

[493] Dice CARRASCO que «*Aquella* (la cesión de un crédito *pro solvendo*) *tiene función solutoria, no de garantía, y el acreedor que recibe la cesión para pago se satisfará de su crédito mediante la ejecución del crédito cedido, cuya propiedad adquiere, incluso a efectos del artículo 80 L.Con*», en CARRASCO, Á., / CORDERO, E., / MARÍN, M.J., *Tratado…, op. cit.,* pág. 258.

[494] CARRASCO, Á., / CORDERO, E., / MARÍN, M.J., *Tratado…, op. cit.,* pág. 225.

Se hace necesario mencionar, por último, que junto al contrato de *factoring* debe otorgarse un contrato de apertura de crédito, con causa propia respecto al contrato de *factoring*. Esto trae como consecuencia que el sujeto cedente a través del contrato de apertura de crédito pueda disponer de aquellas sumas que hayan sido abonadas por la entidad cesionaria. Esas sumas retiradas quedan garantizadas con la cesión global de los créditos futuros que tenga con su clientela, constituyendo una prenda ordinaria de créditos.

2.3. Excepción al régimen de la acción rescisoria concursal

2.3.1. Antecedentes: Redacción originaria de la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero

Tras la aprobación de la Ley 1/1999, quedaban exceptuados del sistema de retroacción previsto en el Código de Comercio las cesiones de créditos realizadas por el cedente quebrado[495] y los pagos realizados por el deudor cedido quebrado a favor del cesionario[496] cuando se cumplieran determinadas condiciones.

La finalidad perseguida aparece recogida en la propia Exposición de Motivos, cuyo penúltimo párrafo disponía que «*La Ley incorpora una disposición adicional que, sin estar estrictamente relacionada con el capital-riesgo, persigue potenciar y favorecer la actividad financiera conocida como «factoring». Con la presente disposición se refuerza especialmente la protección de determinadas cesiones de crédito frente a la insolvencia del cedente*».

[495] Establecía la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, en su apartado 3, que «*En caso de quiebra del cedente, no se declarará la nulidad a que se refiere el artículo 878, párrafo 2.º, del Código de Comercio, respecto a las cesiones reguladas en esta disposición, si se cumplen los requisitos establecidos en la misma y consta la certeza de la fecha de la cesión por cualquiera de los medios de prueba a que se refiere el apartado anterior*».

[496] La Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, en su apartado 4, disponía que «*Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la revocación prevista en el artículo 878, párrafo 2.º, del Código de Comercio en el caso de quiebra del deudor de los créditos cedidos*».

El problema surgía fundamentalmente al analizar las condiciones necesarias para que esas cesiones de créditos quedasen al margen del sistema de retroacción. Podía comprobarse como el legislador había establecido unas condiciones o requisitos tan «abiertos» que permitían incluir en la excepción a determinadas cesiones que no se encuadraban propiamente bajo la modalidad de un contrato de *factoring*.

Con respecto a las condiciones que debían cumplirse para que la operación pudiera ser inmune a la nulidad prevista en el régimen de retroacción del Código de Comercio[497], la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, disponía las siguientes:

«*1.ª Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial.*

2.ª Que el cesionario sea una entidad de crédito.

3.ª Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato no tengan por deudor a una Administración Pública.

4.ª Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores.

5.ª Que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado.

6.ª Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento».

Podían distinguirse, por tanto, expresamente condiciones objetivas y subjetivas. Comenzando por estas últimas, se hacía necesario que la cesión de los créditos se

[497] MARTÍNEZ ROSADO, J., «El nuevo régimen de las cesiones de créditos en el concurso: (modificación de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras)», en *RDCP*, nº 8, 2008, pág. 2 de la versión electrónica.

produjera entre un empresario y una entidad de crédito[498]. Además, se excluía expresamente la cesión de aquellos créditos cuyo deudor fuese una Administración Pública.

Desde el punto de vista de las condiciones objetivas, en primer lugar, los créditos cedidos debían tener su origen en el ámbito de la actividad comercial del empresario cedente. Con respecto a su cesión parece que no hay problemas en identificarlos, salvo que se tratase de créditos futuros en cuyo caso habrían de cumplirse dos condiciones: que los créditos surgieran en el plazo máximo de un año desde la celebración del contrato y que se identificase desde el comienzo la identidad de los deudores[499].

Por último se requería que la entidad de *factoring* hubiese pagado al contado o a plazos los créditos cedidos, deduciendo el coste de los servicios prestados. En caso de insolvencia del deudor cedido y que el encargado de asumir la responsabilidad por la insolvencia hubiera sido el cedente, se exigía que el cesionario hubiera abonado el importe del crédito al cedente, ya sea totalmente o de sólo una parte, con carácter previo al vencimiento[500].

Posteriormente, la disposición regulaba que las cesiones de créditos tendrían eficacia frente a terceros «*desde la fecha de celebración del contrato de cesión a que se refiere el número anterior siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los artículos 1218 y 1227 del Código Civil o por cualquier*

[498] Donde podían incluirse los Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de crédito y, obviamente, las sociedades de *factoring*.

[499] En opinión de RECALDE y LEÓN, el reconocimiento de la posibilidad de cesión de créditos futuros no podía derivar de la presente norma, que únicamente debía servir para aplicar esa disposición y, en consecuencia, hacer inmune a la nulidad absoluta del Código de Comercio, pero cuya validez debía derivarse de las disposiciones contenidas bien en el Código Civil o bien en el Código de Comercio. En LEÓN SANZ, F.J., / RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», en *ADCon*, nº 4, 2005, pág. 90.

[500] Se observa como el legislador había previsto que para la inmunidad a la que hacía referencia la Disposición adicional de la Ley 1/1999, se necesitaba que el contrato tuviera, bien una función de garantía o que, de no darse ésta, se haría necesaria la función de financiación.

otro medio admitido en derecho». El primero[501] de los artículos citados establece la fuerza probatoria de todo documento público y el segundo[502] hace referencia al momento en que un documento privado tiene eficacia frente a terceros.

Por lo que respecta a la inmunidad frente al sistema de nulidad absoluta del sistema de retroacción del artículo 878.2 C.Com, la Disposición adicional tercera, en su original redacción, disponía que en caso de quiebra del empresario cedente, la entidad de *factoring* mantendría la titularidad de los créditos cedidos y no podría declararse la nulidad respecto de las cesiones que cumpliesen con los requisitos anteriormente expuestos, siempre que se justificase la certeza de la fecha en que se realizaron. Igualmente, en caso de que el quebrado fuese el deudor cedido, tampoco podían ser declarados nulos aquellos pagos que realizase éste a favor del cesionario, salvo la excepción prevista en el apartado siguiente, en la que se disponía que sí cabía la rescisión cuando se acreditase que, o bien el cedente, o bien el cesionario, conocía el estado de insolvencia del deudor en el momento en el que el cesionario pagase al cedente.

En la medida en que la norma no lo prohibía expresamente, parece que sí podía ejercerse la acción rescisoria prevista en el Código Civil si se cumplían los presupuestos para ello.

[501] Dispone el artículo 1218 CC que «*Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros*».

[502] Dispone el artículo 1227 CC que «*La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio*».

2.3.2. Redacción de la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, tras la aprobación de la Ley Concursal en 2003 y tras la reforma por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

Una vez aprobada la Ley Concursal en el año 2003, se modifica también la materia relativa al sistema de reintegración, quedando sujetos a la acción rescisoria concursal los actos en los que concurriesen dos presupuestos: que el acto fuese perjudicial y que se realizase en los dos años anteriores a la declaración de concurso. La Disposición adicional segunda LC consideraba como ley especial a la Ley 1/1999, aunque ésta última no fue objeto de modificación de manera simultánea y siguiese regulando la inmunidad de dichas cesiones de crédito al régimen previsto en el artículo 878.2 C.Com.

La modificación de la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, no llegaría hasta el año 2007, a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Con esta reforma, se amplía el ámbito subjetivo de las cesiones de créditos afectadas por citada Disposición: en primer lugar, porque se elimina la disposición relativa a que el deudor no puede ser una Administración Pública y, en segundo lugar, porque los sujetos cesionarios a los que se les aplica la Disposición no son sólo las entidades de crédito sino que también pueden ser los fondos de titulización.

Con respecto a las disposiciones relativas a la inmunidad frente a la rescisión, también fueron objeto de modificación. En primer lugar, las cesiones realizadas a favor del cesionario cuando el empresario cedente fuera declarado en concurso, podían ser susceptibles de rescisión concursal conforme a las disposiciones de la Ley Concursal –artículos 71 y siguientes LC-. Se observa a este respecto que, si bien se producía tanto durante la vigencia del régimen del Código de Comercio como una vez aprobada la Ley Concursal la inmunidad de este tipo de operaciones frente al sistema de retroacción y frente a la acción rescisoria desde el año 2003, tras la reforma de 2007 las cesiones de créditos que contiene dicha Disposición quedan sometidas al régimen general rescisorio.

En relación con la posición del deudor cedido, se sigue manteniendo la inmunidad de los pagos realizados por éste a favor del cesionario, aunque se modifican tres aspectos. Los dos primeros son los relativos a la modificación de las disposiciones relativas a la referencia al Código de Comercio por la mención de la Ley Concursal. Se

modifica, por un lado, en la materia relativa a la rescisión, donde se varía la disposición de la nulidad absoluta del artículo 878 C.Com por el artículo 71 LC sobre los pagos del deudor; por otro, con la modificación de la disposición relativa a la excepción a la inmunidad frente a la rescisión en caso de conocimiento por parte o del cedente o del cesionario del estado de insolvencia del deudor en el momento del pago al cedente por el cesionario, sin afectar al cesionario salvo que se haya pactado.

El otro aspecto objeto de reforma, supone que sí podrán someterse a rescisión, en cambio, aquellos pagos realizados por el deudor cedido pero cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración de concurso. Así lo establece la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, en su apartado 4: «*Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos. Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente*».

Se observa como para la rescisión de aquellos pagos que vencen con anterioridad a la declaración de concurso se necesita probar por la administración concursal que el cedente o el cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en el momento en que el pago se efectúa. Ello permite apreciar como, a diferencia del régimen general, se exige el presupuesto subjetivo del conocimiento de la situación de insolvencia, de tal forma que se corresponde con el exigido en la acción rescisoria del Derecho tradicional de quiebras.

Surge la duda de si este régimen especial debe integrarse con la regulación del artículo 71 y siguientes LC. En todo caso el elemento objetivo de la consideración del acto como perjudicial debe apreciarse. En relación al plazo, aquellos pagos que, aun habiéndose efectuado por el deudor cedido en los dos años anteriores a la declaración de concurso, en la medida en que los hubiera efectuado sin ser insolvente, parece que los mismos no pueden ser objeto de rescisión. Los pagos efectuados con carácter previo a los dos años anteriores a la declaración de concurso en todo caso no podrán ser objeto de rescisión aunque el deudor los hubiera realizado siendo ya insolvente.

En materia de efectos, debería aplicarse el régimen previsto en el artículo 73 LC. No obstante, para la rescisión de un pago por el deudor cedido conforme a la Disposición adicional tercera. 4 de la Ley 1/1999, se requiere acreditar que el cesionario o el cedente conocían el estado de insolvencia del deudor en el momento de realizar el pago. Este elemento subjetivo no se correspondería con la mención de «mala fe» que recoge el artículo 73 LC. Como ya se trató en su momento, el Tribunal Supremo entendió este último concepto como la conciencia de que el acto agravaba o endurecía la situación económica del deudor en su conjunto a lo que se añadía que se diera un elemento valorativo de la conducta de la contraparte que la hiciera merecedora de una repulsa ética en el tráfico jurídico. En consecuencia, la rescisión de un pago por el conocimiento de la situación de insolvencia del deudor cedido por parte del cedente o del cesionario no significa necesariamente que se haya actuado de mala fe a los efectos de lo dispuesto en el artículo 73 LC, entendido este último concepto como lo hace el Tribunal Supremo.

3. La rescisión de la prenda de créditos

El tratamiento de la prenda de créditos fue objeto de discusión por la doctrina y por la jurisprudencia[503]. Fue en la STS de 19 de abril de 1997 donde se reconoció formalmente y se admitió sin lugar a dudas la pignoración de un crédito.

El Código Civil no regula de manera específica la prenda de créditos. No obstante, se ha optado por admitirla con sujeción a lo dispuesto en la regulación existente en materia de cesión de créditos[504]. La jurisprudencia de los años 80 y principios de los 90,

[503] Así, la STS de 27 de diciembre de 1985, que rechaza que puedan pignorarse las imposiciones a plazo fijo abiertas en una entidad financiera titular del crédito garantizado, por no ser títulos valores, puesto que en opinión de la Sala son los únicos susceptibles de ser pignorados.

[504] La diferencia entre las figuras de la cesión de créditos *pro solvendo* y la prenda de créditos se desprende claramente de una de las notas más características del régimen jurídico de la cesión *pro solvendo*: el cesionario tendrá que tratar de satisfacer su interés, en primer término, a costa del crédito cedido y, mientras tanto, la acción derivada de la obligación principal quedará en suspenso (art. 1170 III CC); lo cual, es lo contrario de lo que cabe predicar de una garantía en sentido técnico jurídico que (a) no obstaculiza el libre ejercicio por el acreedor de la obligación garantizada y (b) no le impone la realización en primer término de la garantía, a fin de satisfacer su interés. De hecho, esto no se desea de antemano y

así como un sector muy minoritario de la doctrina[505] contemplaban la posibilidad de admitir la prenda de créditos como fuente de obligaciones, pero sin atribuirle un derecho de preferencia

La Ley Concursal contempla expresamente esta clase de prenda en la regulación de los créditos privilegiados en el artículo 90.1.6º, disponiendo que «*Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados*». Como se puede observar, el legislador admite o presupone la posibilidad de constituir este derecho real, en cuanto que lo califica como un crédito con privilegio especial en caso de concurso. La Ley Concursal, en consecuencia, sin establecer propiamente una regulación, reconoce la validez y la legitimidad de una prenda de créditos independientemente del procedimiento concursal.

La STS de 20 de junio de 2007, así lo reconoce de forma expresa. «*La cuestión de si los créditos pueden ser objeto de prenda ha sido estudiada y resuelta por la jurisprudencia de esta Sala en un sentido positivo. A sus sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1977, 27 de octubre de 1999, 25 de junio de 2001, 26 de septiembre de 2002 y 10 de marzo de 2004, nos remitimos para evitar superfluas repeticiones. Ha de resaltarse, además, que esta jurisprudencia ha encontrado su respaldo en la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, que reconoce la aptitud de los créditos para ser objeto de derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial del acreedor pignoraticio sobre ellos (art. 91.1.6 º)*».

---

se subordina al incumplimiento de aquella obligación. Así lo ha manifestado GREGORACI, B., «Cesión de créditos futuros *pro solvendo:* eficacia traslativa y alcance de la resistencia al concurso del cedente. Nota de jurisprudencia sobre la STS de 6 de noviembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo)», en *ADC*, Tomo LXVII, 2014, pág. 5 de la versión electrónica.

[505] Entre otros, GIL RODRÍGUEZ, J., «La prenda de derechos de crédito», en NIETO CAROL, U., / MUÑOZ CERVERA, M., *Tratado de garantías en la contratación mercantil. Tomo II,* 1996, págs. 333-376).

3.1. Requisitos para la constitución de la prenda de créditos

Pese a que no cabe duda acerca de la posibilidad de constituir una prenda de créditos, resulta problemático, en cambio, determinar los requisitos que son necesarios para su constitución.

Por un lado, para adquirir la condición de crédito privilegiado en el concurso, tal y como establece la Ley Concursal, sólo es necesario documento con fecha fehaciente, y no documento público, de acuerdo con la interpretación comúnmente admitida del régimen de cesión de créditos. Pese a ello, la mayor parte de la doctrina coincide en que en la práctica las prendas de créditos se documentan normalmente en documento público[506].

Por otro lado, no resulta claro si entre los requisitos de constitución del derecho de prenda se encuentra la notificación de la cesión al deudor del crédito pignorado. En mi opinión, de acuerdo con el criterio sostenido por un sector doctrinal[507], no debe ser considerada la notificación como un requisito constitutivo, pues el deudor cedido que paga al acreedor pignoraticio, paga bien, pese a la ausencia de notificación. E, igualmente, pese a tal ausencia, el deudor puede excepcionar la falta de legitimación del cedente para no pagar. De ello se deriva que la prenda queda constituida pese a la ausencia de notificación al deudor del crédito cedido.

En caso de existir documentos que acrediten la existencia del crédito, resulta necesario la entrega de los documentos por el pignorante o dejar constancia en los

[506] En este sentido se manifiesta, por ejemplo, CARRASCO, quien considera que carecería de toda lógica que una prenda posesoria necesitara escritura pública y que para constituir una prenda de derechos, como la prenda de créditos, bastara con el simple consentimiento. En CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,* pág. 256.

PANTALEÓN considera que basta la realización de un documento privado con fecha fehaciente, fundamentalmente porque alega que el artículo 1865 CC provenía del artículo 1774. I del Proyecto de 1851, que manifestaba que «*El derecho de prenda, sea cualquiera la cantidad de la obligación principal, no surtirá efecto frente a tercero si no consta en instrumento público o privado, cuya fecha sea cierta (…)*». En PANTALEÓN, F., «Cesión de créditos», en *ADC*, nº 4, 1988, págs. 1044-1045.

[507] En el mismo sentido, CARRASCO. En CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,* pág. 253. En contra, GIL RODRÍGUEZ. En GIL RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, pág. 333.

mismos de la constitución de la prenda. Ello no significa que la desposesión o las anotaciones sean un requisito constitutivo de la prenda, pero puede servir para acreditar la buena fe, por ejemplo, de un segundo acreedor pignoraticio que confió en la apariencia de legitimación que resultaba de la posesión de los documentos.

3.2. Los presupuestos para la rescisión de una prenda de créditos

Los presupuestos para proceder a la rescisión son que la constitución de la prenda debe haber resultado perjudicial en el sentido del artículo 71 LC y que debe haberse constituido en el plazo de los años anteriores a la declaración de concurso. Para proceder a la rescisión de una prenda de créditos, deberá apreciarse para determinar su carácter perjudicial, si la cuantía y las condiciones de los créditos pignorados han supuesto un «*sacrificio patrimonial injustificado*», tal y como lo entiende el Tribunal Supremo, en relación con el crédito garantizado.

3.3. Los efectos de la rescisión de una prenda de créditos

En cuanto a los efectos, en relación a las formalidades que han de cumplirse, parece que la sentencia que declara la rescisión es la que sirve como fundamento y la que constituye un título apto para proceder a la rescisión. Igualmente, y con independencia de que se hubiera hecho en el momento de su constitución, sería conveniente la notificación al deudor de la rescisión de la prenda, así como la devolución de todos aquellos documentos que se hubieran podido entregar al acreedor pignoraticio en los que se acreditara la existencia del crédito.

La rescisión del derecho de prenda lleva aparejada que los créditos sobre los que recae la garantía se incluyan en la masa activa y se mantenga a favor del que fuera acreedor pignoraticio un crédito en el concurso con la calificación que en su caso corresponda, normalmente como crédito ordinario. En la medida en que no nace ningún crédito a favor de la contraparte, sino que subsiste el mismo crédito pero desprovisto de la garantía, no puede aplicarse la consecuencia de calificar el crédito como deuda de la masa (artículo 73 LC), sino que se calificará, en principio, como crédito ordinario.

En aquellos casos en que hubiera vencido la obligación garantizada sin ser satisfecha, pero no hubiera vencido aún el crédito cedido en garantía, el acreedor pignoraticio pasará a ser titular de un crédito que normalmente pasará a tener la consideración de crédito ordinario. En caso de rescisión, el crédito cedido se integrará en la masa activa del concurso del cedente sin que resurja a favor del cesionario ningún crédito contra la masa en la medida en que el objeto de la rescisión haya sido exclusivamente la prenda de créditos que se hubiera constituido.

Si el crédito garantizado hubiera vencido sin ser satisfecho, y el crédito cedido también hubiera vencido con anterioridad a la declaración de concurso del cedente, el acreedor pignoraticio tendrá derecho en virtud de la prenda a reclamar del deudor cedido el crédito. Ahora bien, en caso de rescisión de la prenda, el acreedor pignoraticio deberá entregar la suma de dinero que hubiera recibido, la cual se integrará en la masa activa, sin que surja a su favor ningún crédito en la medida en que el objeto de la rescisión hubiera sido únicamente la prenda.

4. La rescisión de la prenda de créditos futuros

Desde un punto de vista rescisorio, en principio, el tratamiento de la prenda de créditos futuros resulta similar. Con carácter general, no existe en nuestro Derecho una regulación que se ocupe de esta materia de forma expresa. No obstante, resulta perfectamente admisible la prenda de créditos futuros, aunque todavía no se haya celebrado el contrato generador del crédito ni se conozca al deudor cedido[508].

4.1. Los créditos alcanzados por la prenda una vez declarado el concurso

Con respecto a la eficacia que pueden tener este tipo de garantías una vez declarado el concurso de acreedores, la interpretación del contenido del artículo 90.1.6º LC, desde su reforma en el año 2011, no ha estado exenta de polémica.

[508] CARRASCO PERERA, Á., / CORDERO, E. / MARÍN, M.J., *Tratado…, Tomo II,* pág. 262.

El problema fundamental consistía en determinar qué créditos quedaban sujetos a la prenda desde el momento en que era declarado el concurso de acreedores.

Antes de la reforma operada por la Disposición final quinta. 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, el precepto estaba redactado de la siguiente manera. Junto a la regulación existente ya mencionada, se añadía que «*La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso*».

Como puede observarse, del tenor literal de este artículo se deducía que la Ley Concursal sólo tomaba en consideración los créditos futuros que resultaban garantizados con el derecho real, pero nada se decía sobre los créditos entregados en garantía sobre los que recaía la prenda. Como bien afirmaron PANTALEÓN y GREGORACI[509], no es posible realizar una interpretación en el sentido de que el legislador realmente había querido referirse a la «*prenda de créditos futuros*» y no la «*prenda en garantía de créditos futuros*». De igual forma se manifestó un sector jurisprudencial, como la SAP de Barcelona de 3 de abril de 2014, que dispuso que «*La interpretación literal del precepto, a nuestro entender, no ofrece duda alguna. La norma utiliza la preposición «en» («la prenda en garantía de créditos futuros») y no la preposición «de» o «sobre». La alusión al crédito rehabilitado conforme al art. 68 LC corrobora que es la obligación futura del concursado a la que alude la norma y no al crédito futuro objeto de prenda*».

El precepto recogía qué créditos futuros garantizados gozarían de privilegio en caso de concurso, cosa que se hacía depender del momento de nacimiento de ese crédito futuro: sólo los nacidos antes de la declaración de concurso y los nacidos con posterioridad que en virtud del artículo 68 LC se procediese a su rehabilitación o cuando

[509] PANTALEÓN, F., / GREGORACI, B., «El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros», en *RDCP*, nº 20, 2014, página 2 de la versión electrónica. En el mismo sentido, ARA TRIADÚ, C., «La sobregarantía y la eficacia de la prenda de créditos futuros en el concurso. Un nuevo debate a propósito de la Ley 38/2011», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera,* 2012, pág. 437.

la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.

Ante la ausencia de un criterio legal que determinase qué créditos futuros pignorados debían quedar sujetos a la prenda, la jurisprudencia hubo de pronunciarse al respecto, y en este punto surgieron distintas interpretaciones[510].

Una primera tesis, denominada *tesis estricta*, consideraba que únicamente quedaban incluidos bajo la prenda aquellos créditos nacidos desde el contrato de prenda hasta la declaración de concurso, esto es, no sólo se hace necesario que la relación jurídica que da origen al crédito sea anterior a la declaración de concurso, sino que el crédito futuro entregado en garantía debe nacer con carácter previo al concurso. En este sentido, por ejemplo, la SAP de La Coruña de 22 de abril de 2014 dispuso que «*la prenda de créditos futuros sólo es oponible al concurso cuando el crédito dado en garantía ya ha nacido a la vida jurídica antes de la declaración del concurso*».

Una segunda tesis, que ha sido denominada como *tesis intermedia*, se decantaba por hacer oponibles al concurso no sólo los créditos mencionados con anterioridad para la tesis estricta, sino también aquellos nacidos tras la declaración de concurso pero de relaciones jurídicas preexistentes. Sin embargo, aquellos que nacieran de créditos surgidos de relaciones no perfeccionados con anterioridad a la declaración de concurso, aunque estuvieran previstos al pactarse el derecho real, se integrarían en la masa activa sin considerarse incluidos ni afectados por la prenda.

Como señala la doctrina[511], se diferencia entre créditos simplemente futuros y puramente futuros. Estos últimos son los que nacen de contratos no existentes en el momento de declararse el concurso de acreedores y, en consecuencia, no estarían pignorados al integrarse en la masa activa. Por el contrario, los primeros nacen de relaciones jurídicas existentes en el momento de la declaración, los cuáles se integrarían en la masa activa como créditos pignorados.

[510] La clasificación que se realiza acerca de las diferentes interpretaciones a las que llegó la jurisprudencia puede verse, entre otras, en la SJM nº1 de Alicante, 210/2012, de 20 de julio.

[511] PANTALEÓN, F., / GREGORACI, B., «El alcance de la resistencia…», *op. cit.*, página 4 de la versión electrónica.

La siguiente tesis, denominada como *tesis de inmunidad absoluta*, entendía que los créditos futuros nacían ya pignorados con el único requisito de que estuvieran determinados o fueran determinables. Por tanto, la prenda se extendería a los créditos que fueran naciendo de las nuevas relaciones que entablase el concursado siempre que cumpliesen con el requisito de la determinación del objeto.

En último lugar, nos encontrábamos con la *tesis analógica*, de tal forma que sería extensible la previsión de la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, a la que ya hemos hecho referencia al analizar los supuestos de *factoring*.

La opción de decantarse por una u otra tesis implica mayor o menor protección de diferentes sujetos[512]. Se hace necesario conciliar, en consecuencia, diferentes intereses. Por un lado, el interés del acreedor garantizado con la prenda de créditos futuros, pues en función de los créditos a los que se extienda la garantía y se califique como crédito con privilegio especial en caso de concurso, los titulares del crédito, normalmente, entidades de crédito, otorgarán más o menos financiación. Sabemos que, en ocasiones, cuando un empresario pide un préstamo, la garantía que puede otorgar recae sobre los créditos que genere con la actividad empresarial. Y, por otro lado, es necesario conciliar el interés del acreedor garantizado con el de los acreedores ordinarios, pues cuanta menos extensión se dé a la garantía en relación con los créditos futuros, más posibilidades tendrán estos de cobrar sus respectivos créditos en un hipotético concurso de acreedores.

Si bien los tribunales alternaban las diferentes tesis a la hora de determinar qué créditos quedaban afectados por la garantía una vez declarado el concurso, parece que la jurisprudencia se decantó finalmente por la *tesis intermedia*, cuando ésta fue adoptada por la STS de 22 de febrero de 2008 y posteriormente por la STS de 6 de noviembre de 2013. Se descartó, en consecuencia, tanto la *tesis estricta* como la *tesis de inmunidad absoluta*, por cuanto no conciliaban los intereses de los acreedores ordinarios con el interés del acreedor pignoraticio, y la *tesis de extender por vía analógica* la Disposición

[512] MEGÍAS LÓPEZ, J., «La prenda de créditos futuros y el alcance de su resistencia al concurso (análisis jurisprudencial a propósito de la STS de 6 de noviembre de 2013», en *RDCP*, nº 21, 2014, pág. 210.

adicional de la Ley 1/1999, por cuanto había sido concebida para casos muy concretos, fundamentalmente para contratos de *factoring*.

La Disposición final quinta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, ha venido a modificar el contenido del artículo 90.1.6º LC cuya actual redacción dice así: «*Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros sólo gozarán de privilegio especial cuando concurran los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso:*

a) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.

b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente.

c) Que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre».

Como se desprende del propio artículo, al fin el legislador ha regulado el alcance del crédito con privilegio especial sobre la prenda de créditos futuros. Compartimos la opinión de PANTALEÓN y GREGORACI cuando manifiestan que, si el legislador ha dejado pasar quince reformas de la Ley Concursal para resolver esta cuestión, significa que en modo alguno la redacción del precepto tras la reforma del año 2011 podía ser interpretada como un «error» de aquél, pues en ese caso en alguna de las reformas anteriores a la de 2015 lo hubiese modificado[513].

En consecuencia, el legislador ha optado por acoger en la propia Ley Concursal la tesis que habíamos denominado como *tesis intermedia* acogida por las SSTS de 2008 y 2013 ya mencionadas, de tal forma que serán resistentes al concurso no sólo aquellos créditos pignorados que hayan nacido con anterioridad al concurso, sino también

[513] PANTALEÓN, F., / GREGORACI, B., «Prenda de créditos futuros: resistencia al concurso», en *El Almacén de Derecho*. 8 de octubre de 2015 (*https://almacendederecho.org/prenda-de-creditos-futuros-resistencia-al-concurso-2/*).

aquellos que, naciendo después de la declaración de concurso, procedan de relaciones jurídicas anteriores a la misma.

4.2. Los presupuestos para la rescisión de una prenda de créditos futuros

En relación a los presupuestos necesarios para proceder a la rescisión de una prenda de créditos y de una prenda de créditos futuros, el contrato de prenda debe resultar perjudicial y debe haberse celebrado en el periodo de los dos años previos a la declaración de concurso.

En cuanto al perjuicio, en nuestra jurisprudencia puede encontrarse alguna sentencia que parece considerar que toda prenda de créditos futuros constituye un acto prejudicial.

Es el ejemplo de la STS 340/2015, de 24 de junio, que en su Fundamento de Derecho Quinto, manifiesta que «*Los créditos futuros disponibles representados por el importe obtenido de las proyectadas ventas son un activo de la masa, que en méritos de la pignoración ha sido sustraído al resto de los acreedores que tenían o podían tener créditos vencidos, líquidos y exigibles, y, por tanto, las pignoraciones en la medida que suponen un trato de favor y altera, en beneficio del Banco, la par conditio creditorum, sí debemos declarar su rescisión y con ella todos los cargos o adeudos efectuados a favor del Banco, bien derivados de los préstamos hipotecarios novados, bien cualquier otra deuda contraída por la concursada con la demandada, por cualesquiera otras obligaciones, caso de haberse producido tales cargos o abonos con posterioridad a las pignoraciones*».

Sobre esta cuestión entiende CARRASCO[514] que el criterio de esta sentencia podría dar a entender que el concepto de perjuicio en la rescisión de la prenda de créditos futuros se habría de interpretar de una forma considerablemente amplia sobre la base de considerar que, en la medida en que los créditos futuros sobre los que recae la garantía quedan afectos a la satisfacción de un solo acreedor, y no del resto, suponen

[514] CARRASCO PERERA, Á., «Algunas reglas operativas sobre la prenda de créditos futuros en el concurso», en *http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/algunas-reglas-operativas-sobre-la-prenda-de-creditos-futuros-en-el-concurso.pdf.*

una alteración de la *par conditio creditorum* y, por tanto, se estaría produciendo un sacrificio patrimonial injustificado.

Obsérvese como una interpretación que entendiera de manera tan amplia el carácter perjudicial en las prendas de créditos futuros, resultaría incompatible con la regulación de los créditos con privilegio especial en relación con esta clase prendas en el concurso en el artículo 90.1.6º LC, al menos para aquellas constituidas en el periodo sospechoso.

Pero, además, podría llegar a pensarse que en toda prenda de créditos futuros se daría el supuesto previsto en el artículo 71.3.2º LC, de tal forma que se estaría constituyendo una prenda (en el momento del nacimiento del crédito pignorado) para garantizar un crédito preexistente. Sin embargo, el derecho de garantía no nace en el momento en que nace el crédito pignorado, sino que la prenda tiene eficacia jurídico real desde el momento en que se constituye. Cuestión diferente es que si el crédito no llega a nacer, no podrá ser ejercitado y, en consecuencia, no podrá cobrarse. Pero esta cuestión afecta a la efectividad del derecho real, no a su valor jurídico como garantía[515].

Un supuesto diferente es que un deudor constituya una prenda de créditos futuros en garantía de una obligación preexistente. En este caso, sí podría recurrirse a la presunción *iuris tantum* del artículo 71.3.2º LC, pero sobre la base de que la constitución de la prenda se produce en un momento posterior al crédito garantizado, no debido a la extensión de la prenda a créditos futuros.

En nuestra opinión, al igual que en el resto de garantías cuando, por ejemplo, un derecho de garantía real recae sobre un bien mueble, en el caso de prenda de créditos futuros deberá apreciarse para determinar su carácter perjudicial, si la cuantía y las condiciones de los créditos pignorados han supuesto un «*sacrificio patrimonial injustificado*» en relación con el crédito garantizado[516].

---

[515] CARRASCO, Á., / CORDERO, E., / MARÍN, M.J., *Tratado…, op. cit.,* pág. 274.

[516] A este respecto, SASTRE PAPIOL, en la STS 340/2015, de 24 de junio ya mencionada, parece querer expresar que existe un riesgo específico de perjuicio que es inherente a este tipo de operaciones y que es el que ha de valorarse a la hora de plantear su rescindibilidad.

En relación con el plazo de los dos años, en la rescisión de la prenda de créditos futuros, parece que habría que distinguir dos supuestos concretos. Por un lado, si el contrato consiste en una prenda global de créditos futuros y se realiza con anterioridad al plazo de los años, no podrá rescindirse el contrato en sí, pero tampoco las cesiones concretas de créditos, pues los créditos que se entregan en garantía nacen ya pignorados. Únicamente cabría la rescisión de estos últimos si el contrato de prenda se realizó en el periodo de los dos años.

Si, en cambio, se trata de un contrato marco, de tal forma que el derecho de prenda se constituye cada vez que nace el crédito, en esos casos se podría ejercitar la acción rescisoria en relación con cada caso, siempre que los créditos hubieran nacido en el periodo de los años anteriores a la declaración de concurso.

Sin embargo, en aquellos casos en que los créditos hubieran nacido fuera del periodo de los años anteriores a la declaración de concurso, al igual que el resto de garantías, sí podrá impugnarse, si se cumplen los presupuestos para ello, a través de la acción rescisoria por fraude de acreedores del Código Civil, conforme al artículo 71.6 LC.

4.3. Los efectos de la rescisión de una prenda de créditos futuros

En relación con los efectos de la rescisión, nótese la relevancia que tiene respecto de la rescisión el acogimiento de una u otra tesis. Una vez se produce la rescisión, la ineficacia se extiende respecto de aquellos créditos gravados y que se consideran como créditos con privilegio especial. Los créditos futuros no incluidos en la garantía se integran en la masa activa, con independencia de que la prenda de créditos futuros sea o no objeto de rescisión.

En relación a los requisitos necesarios para la constitución de la misma, el artículo 90.1.6º LC sí menciona expresamente la necesidad de que la garantía se recoja en documento público o que, tratándose de una prenda sin desplazamiento, se inscriba en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

El hecho de que la prenda se haga constar en documento público trae como consecuencia que, en la rescisión de esta clase de garantías, no sea necesario el

otorgamiento de uno nuevo, sino que baste con la sentencia para proceder a la rescisión. En caso de haberse constituido como prenda sin desplazamiento, debe procederse a la cancelación de la inscripción en virtud de la sentencia que declare la rescisión conforme a lo dispuesto en el artículo 68 e) LHMPSD.

5. La rescisión de las garantías en relación con el contrato de apertura de crédito y de cuenta corriente bancaria

5.1. La rescisión de las garantías en relación con el contrato de cuenta corriente bancaria

El contrato de cuenta corriente bancaria hace referencia a una figura contractual en virtud de la cual «*el banco se obliga a llevar a cabo operaciones de pago y cobro por cuenta del cliente a cambio de una remuneración consistente en comisiones (por cada operación realizada o por mantenimiento de la cuenta) y diferencia de intereses entre el pagado al titular de la cuenta y los intereses de mercado*»[517]. Mediante este contrato, la entidad de crédito se compromete a ejecutar las órdenes que efectúe su cliente y recibe a cambio las comisiones que se hubieran pactado.

Tal y como ha manifestado la jurisprudencia, este tipo de contrato tiene una naturaleza similar al contrato de comisión mercantil, de tal forma que «*el Banco en cuanto mandatario ejecuta las instrucciones del cliente (abonos, cargos...) y como contraprestación recibe unas determinadas comisiones, asumiendo la responsabilidad propia de un comisionista*»[518].

Resulta necesario analizar desde un punto de vista rescisorio el supuesto de que se pacte a favor del banco la pignoración de los saldos en garantía de todos aquellos

[517] ALFARO, J., «Derecho Bancario», en *https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6289/6761*, pág. 16. En el mismo sentido, MIRANDA SERRANO, L.M., «Capítulo 3. La cuenta corriente bancaria», en DÍAZ MORENO, A / JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (Dirs.), *Derecho Mercantil. Vol 7: La contratación bancaria*, Marcial Pons, 2013, págs. 81 y 82; GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, págs. 115 y siguientes.

[518] Así, la STS 1090/1995, de 19 de diciembre.

descubiertos que el cliente pudiera tener en sus diferentes cuentas corrientes o en garantía de posibles créditos que el banco pudiera tener con él con fundamento en otros contratos diferentes del de cuenta corriente. En este sentido, las cantidades que se ingresen en la cuenta se integran en el saldo que queda pignorado a favor del banco. En este caso, la pignoración del saldo y la ejecución de la garantía, en su caso, no tiene una finalidad solutoria, sino que responden propiamente a una función de garantía. Esto trae como consecuencia que en caso de declaración de concurso del cliente, tanto la prenda como la pignoración sobre el saldo de la cuenta corriente pueden ser objeto de rescisión.

Para que puedan ser susceptibles de rescisión concursal tanto la prenda como la pignoración sobre los saldos, será necesario que se den los presupuestos para el ejercicio de la acción rescisoria concursal, esto es, que resulte perjudicial y que se hubiera realizado en el plazo de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Desde el punto de vista de la determinación del carácter perjudicial, interesa analizar el carácter perjudicial de la extensión de la prenda al saldo de la cuenta corriente como consecuencia de la realización de un ingreso. En efecto, en la pignoración de saldos de cuentas corrientes, el cliente y el banco pactan que los ingresos que se realicen, con independencia del origen, se integren en el saldo y s queden pignorados a favor del banco. Ello conlleva que la prenda se extienda a la cantidad ingresada en el momento en que se anote en la cuenta corriente y que se pueda ejecutar, en su caso, la garantía por el banco para satisfacer el crédito garantizado. Por tanto, en principio, siempre que resulten perjudiciales se podrán rescindir las sucesivas extensiones de la prenda efectuadas a raíz de la ejecución de las órdenes de ingreso siempre que se hubieran realizado en el periodo de dos años.

En relación con el presupuesto objetivo, la pignoración sobre los saldos puede resultar perjudicial debido a la falta de proporcionalidad entre la cantidad pignorada y el crédito garantizado. Esa falta de proporcionalidad entre la cantidad ingresada y que queda pignorada a favor del banco y el importe que se garantiza puede ser el motivo para declarar perjudicial la pignoración sobre los saldos.

Igualmente, y aun siendo proporcional el saldo pignorado en relación con la cantidad garantizada, el carácter perjudicial de la garantía puede venir por la falta de justificación económica o en la posible abusividad de la garantía. Si, por ejemplo, se

pacta que se pignoren todas las cantidades que se ingresen en una cuenta corriente o todas las cantidades ingresadas en todas las cuentas corrientes que el cliente tuviera en ese banco, por ejemplo en garantía, no sólo de los posibles descubiertos que pueda haber en una cuenta, sino en garantía de todos los saldos negativos o descubiertos que pueda tener ese cliente con el banco en sus distintas cuentas corrientes, o en garantía de las obligaciones surgidas de las relaciones con el banco, como el pago de intereses, comisiones, etc, que puedan tener como fundamento contratos autónomos y diferentes al propio de la cuenta corriente bancaria, parece que en ese caso, la garantía puede también resultar perjudicial. De concurrir estas circunstancias, el posible carácter perjudicial de la pignoración de saldos deberá analizarse caso por caso.

En relación con los efectos de la rescisión, si se hubiera constituido una prenda sobre los saldos, parece que la rescisión conllevaría la liberación de esas cantidades y que se reconociese a favor del acreedor en el concurso un crédito ordinario. Sin embargo, la operativa normal consiste en que el banco pignora el saldo, ejecuta la garantía y se da por pagado, de forma simultánea mediante los correspondientes asientos contables. En este caso, el banco está obligado a devolver el dinero y resurge el crédito como ordinario en la parte que se había satisfecho mediante la ejecución de la garantía.

5.2. La rescisión de las garantías en relación con el contrato de apertura de crédito

En lo que respecta al contrato de apertura de crédito, el financiador queda obligado a poner a disposición de su cliente, dentro de un determinado límite y mediante el pago de una comisión, determinadas sumas de dinero o a realizar prestaciones que le permitan obtenerlo. Llegado el plazo de vencimiento, se procede a la liquidación de la cuenta y se determina el saldo definitivo a restituir.

En relación con esta modalidad de contrato, lo normal en la práctica es que se pacten garantías que aseguren la devolución del importe del que disponga el cliente. Así, pueden pactarse garantías, por ejemplo, hipotecarias en relación al saldo final una vez se liquide la cuenta pero suele ser también frecuente la pignoración de los saldos

que se ingresen en la cuenta corriente que es accesoria al propio contrato de apertura de crédito.

Con independencia del tipo de garantía constituida, el carácter perjudicial en la constitución de ésta puede venir determinado por la falta de proporcionalidad de la garantía en relación con la cantidad que el banco pone a disposición del cliente, más que por la falta de contextualidad en la constitución de la garantía.

Por ejemplo, puede no ser proporcional la pignoración de todos los saldos de las cuentas corrientes que ese cliente tenga en el banco y no solo de los saldos de la cuenta corriente a través de la que se instrumenta el contrato de apertura de crédito en garantía de la devolución de las cantidades de las que haya hecho uso el cliente. Esta medida puede resultar injustificada y puede dificultar de forma grave la liquidez de la empresa para hacer frente al cumplimiento regular de sus obligaciones. Igualmente, por ejemplo, la constitución de una hipoteca sobre el único inmueble que tiene la empresa en garantía de la devolución de las cantidades de que disponga el cliente en relación con el contrato de apertura de crédito[519] puede resultar perjudicial por la falta de proporcionalidad entre garantía y crédito y también porque ello le impida, por ejemplo, el acceso a nueva financiación.

Como se ha venido defendiendo, la falta de contextualidad no suele ser el hecho que justifique la apreciación del perjuicio en la constitución de la garantía, pues normalmente las garantías constituidas en relación a un contrato de apertura de crédito se constituyen en el mismo momento que la celebración del mismo, por lo que las garantías suelen ser contextuales.

En materia de efectos, su tratamiento coincide, y nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior, con los explicados anteriormente en relación con la rescisión de la prenda sobre los saldos en la cuenta corriente bancaria.

[519] A este respecto, la constitución de una garantía hipotecaria en relación a un contrato de apertura de crédito tiene unos requisitos de constitución determinados por la ley, que son específicos de ese tipo de garantía. Así, el artículo 153 LH establece que «*podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y, caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta*».

6. La rescisión de los pagos

Los pagos son actos de cumplimento de obligaciones, actos de disposición unilaterales que se realizan para satisfacer una prestación determinada. En ese sentido, y al igual que el resto de actos de disposición patrimonial que pueden ser realizados, son susceptibles de rescisión concursal.

En la medida en que el legislador español ha optado tan solo por la apreciación del carácter perjudicial del acto que pretende ser rescindido, siendo irrelevante el elemento subjetivo, parece necesario analizar en qué supuestos un pago resulta ser perjudicial en los términos expuestos en el artículo 71 LC. El análisis de esta cuestión cobra especial significación por la conexión entre los pagos y el cumplimiento de las obligaciones garantizadas, como suelen ser las que nacen de los contratos de financiación.

6.1. La rescisión de los pagos indebidos

Parece sencillo declarar el perjuicio en aquellos pagos que resultan ser *indebidos*, pues no satisfacen ninguna prestación o en aquellos en los que no se acredita o se justifica que responden a una obligación vencida y exigible.

El Tribunal Supremo, como ya se ha destacado en capítulos anteriores, ha manifestado que resultan perjudiciales aquellos actos que produzcan un *sacrificio patrimonial injustificado*. En ese sentido, la STS 629/2012, de 26 de octubre, dice literalmente que «*Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible*».

A este respecto, no sólo se considerarán perjudiciales aquellos pagos que resulten ser indebidos, puesto que no satisfacen ninguna prestación, sino también aquellos que siendo debidos, no se consiga acreditar esta circunstancia. En estos supuestos, parece que puede llegar a corresponder a la contraparte del acto acreditar que el pago realizado por el deudor era debido y que respondía a una prestación determinada, en la medida en que sea éste el que, en principio, se encuentre en mejores condiciones para probar su existencia. Así lo ha dispuesto la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 13 de enero de

2010, en la que se designa como responsable al destinatario del pago efectuado por el concursado de probar que el pago aparentemente indebido resultaba obligado.

6.2. La rescisión de los pagos anticipados

Junto a los pagos indebidos, debemos detenernos en segundo lugar en analizar aquellos pagos realizados para satisfacer una obligación que aún no ha vencido. Nos estamos refiriendo a los *pagos anticipados*, en particular, aquellos realizados sobre obligaciones cuya fecha de vencimiento se sitúa con posterioridad a la declaración de concurso.

La presunción del carácter perjudicial de esta última clase de pagos admite prueba en contrario cuando la obligación se encuentra garantizada (artículo 71.3.3º LC). En cambio, si la obligación no cuenta con ningún tipo de garantía, el perjuicio se presumirá *iuris et de iure* (artículo 71.2 LC).

La STS 37/2015, de 17 de febrero, considera que la presunción prevista en el artículo 71.2 LC, en relación a la rescisión de los pagos anticipados encuentra entre sus precedentes el artículo 1292 CC, que dispone que «*Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podría ser compelido el deudor al tiempo de hacerlo*», y dice literalmente el Tribunal que «*Esa norma, de indudable interés por su relación con otras del Código Civil, ha quedado reflejada en la Ley 22/2003 (…)*».

Aunque el precepto mencionado resulta ser un antecedente del artículo 71.2 LC y 71.3.3º LC, la rescisión de los pagos anticipados encuentra su precedente más próximo en el artículo 879 C.Com, donde se establecía que «*Las cantidades que el quebrado hubiere satisfecho en dinero, efectos o valores de crédito en los quince días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuere posterior a ésta, se devolverán a la masa por quienes las percibieron*».

El plazo recogido en este artículo era muy breve, pues se presumía, sin admitir prueba en contrario, que el deudor era ya insolvente en el momento de realizar el acto y, en ese contexto, se presumía el carácter perjudicial y el elemento subjetivo, pues no disponiendo el deudor de bienes suficientes para satisfacer a todos, había optado por

destinar parte del patrimonio a la satisfacción de uno solo y no de todos –además, la quiebra únicamente podía ser declarada encontrándose el deudor ya en estado de insolvencia-.

El fundamento de esta presunción se encuentra en que los acreedores que cobran anticipadamente su crédito dejan de someterse a las reglas de igualdad de trato entre los acreedores una vez declarado el concurso y que aquel patrimonio del concursado que iba a ir destinado a la satisfacción de todos los acreedores pasa a satisfacer tan solo a alguno o algunos de manera injustificada. El fundamento de la presunción *iuris tantum* cuando la obligación cuenta con una garantía real responde a que, una vez declarado el concurso, el acreedor garantizado será incluido en la masa pasiva como privilegiado, por lo que la alteración en la satisfacción de los acreedores sería menor.

El objetivo de política jurídica del establecimiento de esta última presunción en la reforma de la Ley Concursal cuando el crédito se encuentra garantizado consiste en facilitar las refinanciaciones. Si para el ejercicio de la acción rescisoria concursal tan solo se exige acreditar el carácter perjudicial, y resulta irrelevante el fraude y la situación de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto, la única manera de salvar las refinanciaciones de empresas es bloqueando la rescindibilidad automática de las mismas, pues, normalmente, éstas conllevan pagos anticipados de obligaciones que cuentan con garantía real.

La SAP de Burgos de 21 de septiembre de 2011, se pronuncia en los siguientes términos en relación con la presunción de perjuicio de un pago anticipado: «*Se justifica esta especial característica por lo sospechoso que tiene la extinción de una obligación que no vence sino hasta una época posterior, haciéndolo en una situación de insolvencia, que determinaría no tanto una anticipación de los pagos, sino su postergación*». La afirmación del tribunal justifica la rescisión de un pago anticipado en la medida en que fue realizado cuando el deudor ya era insolvente. A la luz de lo establecido en esta sentencia, pudiera llegarse a pensar que carecería de fundamento la rescisión de un pago anticipado en aquellas situaciones donde el concurso se declare estando el deudor en un estado de insolvencia inminente pues, en esos casos, los pagos anticipados se realizaron en una situación de solvencia del deudor.

Sin embargo, la rescisión de los pagos anticipados también parece encontrar justificación en la Ley Concursal en aquellos concursos declarados sin encontrarse el deudor propiamente en estado de insolvencia, pues la Ley no hace referencia al estado de insolvencia en la delimitación normativa de esta presunción. Esta manera de tipificar la presunción resulta criticable pues el concursado puede haber realizado el pago en una situación en la que dispone aún de patrimonio suficiente para satisfacer a todos.

La sentencia, asimismo, manifiesta que «*la rescisión se produce no porque el pago no responda a la existencia de una obligación válida y eficaz* (como el supuesto del apartado anterior de pagos indebidos), *como es en este caso la obligación de devolver en un contrato de préstamo, o porque los préstamos fueren más o menos necesarios para la continuación de la actividad comercial del deudor, sino por la ruptura del principio de la par conditio creditorum que exige, no solo que todos los acreedores se vean afectados por igual por la situación de concurso, sino también que se hagan los pagos por el orden de la fecha de los respectivos vencimientos, lo que no se cumple cuando se anticipan los pagos a alguno de ellos*».

Como venimos manteniendo, el fundamento de la rescisión de un determinado acto y, entre ellos, de los pagos anticipados, no puede encontrarse en la vulneración de un principio, como es el de la *par conditio*, sino que ha de derivar del perjuicio que ocasiona que parte del patrimonio del concursado que iría destinado a la satisfacción de todos los acreedores, pasa a destinarse al cumplimiento de forma íntegra tan solo a uno de ellos de una manera injustificada, con la consiguiente reducción de sus activos.

La falta de referencia a la insolvencia en la regulación de la acción rescisoria concursal induce a pensar que no se hayan tomado en consideración los pagos de obligaciones que vencen después de la solicitud de concurso y antes de la declaración, aún cuando era manifiesta su situación de insolvencia actual. Parece que en esos casos, debería haberse previsto algún tipo de presunción, pues el deudor ha satisfecho obligaciones a determinados acreedores que deberían quedar ya desde ese momento sometidos igualmente a las reglas del concurso. Así lo ha manifestado igualmente la jurisprudencia[520], cuando declara que la presunción establecida en el artículo 71.2 LC

[520] A título indicativo, la SAP de Barcelona de 20 de enero de 2011, la cual manifiesta que «*(…) el crédito ha de vencer después de la declaración de concurso, sin que sea posible aplicar la presunción cuando el vencimiento acaece en el periodo comprendido entre la solicitud y la declaración de concurso.*

tan solo se aplica en el pago de obligaciones que venzan después de la declaración y no en el periodo comprendido entre la solicitud y la declaración de concurso, en cuyo caso el perjuicio habrá de demostrarse, bien mediante el recurso a la cláusula general, o bien mediante el uso de otra de las presunciones recogidas en el artículo 71 LC.

Como parece lógico, y así lo ha manifestado también la jurisprudencia[521], las presunciones de perjuicio, tanto del artículo 71.2 LC como del artículo 71.3.3º LC, son de aplicación respecto de los pagos anticipados de obligaciones del propio concursado que vencen después de la declaración de concurso, pero no respecto de obligaciones de un tercero.

Igualmente resulta de aplicación la presunción prevista en el artículo 71.2 LC a los pagos anticipados de obligaciones que vencen después de la declaración de concurso que, de someterse a las reglas del mismo, serían calificadas como *créditos contra la masa*. Esto es lo que sucede en el caso planteado en la SAP de Alicante de 18 de enero de 2008, donde el tribunal rescinde el pago de los honorarios del letrado de la sociedad concursada por la presentación de la demanda de concurso voluntario. Destaca la sentencia que «*se hizo efectiva la provisión de fondos de los gastos judiciales de la concursada antes de que se solicitara y se declarara el concurso, esto es, antes de que se devengaran los derechos al cobro de los honorarios profesionales por el efectivo ejercicio de su actividad profesional. En definitiva, se anticipó un pago cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso*».

Entiendo el Tribunal Supremo que la provisión de fondos incluye determinadas prestaciones que aún no se han realizado, sino que su realización se produce una vez

---

Por esta razón, en nuestro caso, no es posible aplicar la presunción de perjuicio, porque el concurso de acreedores fue declarado el día 22 de junio de 2009, después de que venciera la obligación de pago aplazada (el día 30 de mayo de 2009). El hecho de que no opere la presunción no impide que pueda juzgarse si el acto de disposición impugnado es perjudicial para la masa, dejando claro que es la administración concursal quien debe justificar el perjuicio».

[521] En ese contexto, la SJM nº 1 de Sevilla de 27 de abril de 2007 declara que «*Se trata de un pago de la deuda ajena. no del pago de una de las deudas de la concursada que aún no haya vencido. Por eso, no resulta de aplicación la presunción invocada. sino que debe aplicarse la regla general prevista en el párrafo 4, por lo que la demandante deberá acreditar el perjuicio patrimonial sufrido por la concursada como consecuencia de este acto*».

declarado el concurso y, en ese sentido, no deberían haber sido abonadas antes de la declaración pues todavía no eran exigibles. En ese sentido, se pronuncia también la STS 735/2014, de 29 de diciembre, la cual rescinde aquella anticipación de fondos pagada por la concursada antes de la declaración de concurso relativa a los servicios del letrado que prestaría una vez abierta la fase común.

Parece razonable que la presunción del carácter perjudicial tan solo admita prueba en contrario cuando la obligación se encuentra garantizada, pero no cuando ésta sea calificada como crédito contra la masa en un posterior concurso de acreedores. Y ello es debido a que no sólo perjudica al resto de créditos contra la masa, en especial a aquellos cuya fecha de vencimiento es anterior a la de la obligación satisfecha, sino porque también se perjudica al resto de acreedores concursales pues «*se detrae una cantidad de la masa activa destinada también a la satisfacción colectiva de los acreedores concursales antes de que se tenga derecho a ello*»[522].

Cuestión diferente es aquella anticipación de fondos relativa a los servicios de preparación y presentación del concurso, pues al tiempo de ser declarado el concurso ya hubieran sido exigibles y, por tanto, no sería de aplicación la presunción del artículo 71.2 LC. En esos casos, el perjuicio podría derivar de la excesiva cantidad abonada en relación con los servicios prestados, es decir, el perjuicio consistiría en la falta de equivalencia entre las prestaciones. Pero, a diferencia de los supuestos planteados anteriormente, en la medida en que las obligaciones han vencido antes de la declaración, el que ejercite la acción rescisoria deberá probar que resultó perjudicial.

También parece injustificado el pago realizado sobre una obligación sujeta a *condición suspensiva*, si ésta, de cumplirse, vence con posterioridad a la declaración de concurso. Pese a que podría ser injustificado, no puede aplicarse ninguna de las presunciones mencionadas con anterioridad previstas en los artículos 71.2 LC y 71.3.3º LC, pues no resulta seguro que la obligación llegue a nacer y, por tanto, no se estaría satisfaciendo una obligación que todavía no ha vencido –pues ni siquiera es seguro que nazca- con posterioridad a la declaración. En caso de resultar perjudicial, sería necesario recurrir a la cláusula general del artículo 71.4 LC.

[522] En el mismo sentido, la SAP de Almería de 16 de julio de 2014, la SAP Cádiz de 15 de abril de 2014, y la SAP de Barcelona de 29 de abril de 2011.

En ese sentido se ha pronunciado la SAP de Barcelona de 15 de junio de 2011, quien manifiesta que las presunciones establecidas en los artículos 71.2 LC y 71.3.3º LC sólo resultan ser de aplicación en los vencimientos anticipados de obligaciones sujetas a término. De esta forma, declara que «*La presunción del art. 71.2 LC debe interpretarse restrictivamente, y por lo tanto referirla tan sólo a los pagos de obligaciones sujetas a término, pendientes de cumplimiento al tiempo de declararse el concurso, sin que pueda aplicarse a otros casos de inexigibilidad de la obligación. Pero ello no significa que estos pagos no puedan rescindirse. No se aplicará la presunción de perjuicio, pero nada impide advertir una identidad de razón con los pagos anticipados y apreciar el perjuicio al amparo del art. 71.4 LC*».

Y lo mismo sucedería con el pago realizado antes de la declaración de una *obligación prescrita*. Si bien no sería de aplicación ninguna de las presunciones previstas en el artículo 71 LC, parece claro que resulta injustificado el pago de la misma por resultar perjudicial, pues podría haberse alegado la prescripción de la misma para no satisfacerse. Por ello, puede alegarse el sacrificio patrimonial injustificado producido sobre el patrimonio del deudor por haberse satisfecho una deuda que había prescrito, aunque sería necesario demostrarlo recurriendo a la cláusula general del artículo 71.4 LC.

6.3. La rescisión de los pagos de obligaciones vencidas y exigibles

Hasta ahora, se ha hecho referencia a la rescisión de los pagos indebidos, esto es, a aquellos pagos que no respondían a la satisfacción de ninguna obligación, y a la rescisión de los pagos anticipados, entre los cuales destacan aquellos que satisfacen una obligación con vencimiento posterior a la declaración de concurso.

Es el momento de abordar el alcance de la rescisión de los pagos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso sobre obligaciones que ya se encuentran vencidas y son exigibles.

Una vez aprobada la Ley Concursal, se generó cierta incertidumbre en la jurisprudencia a la hora de analizar el carácter injustificado de un pago realizado sobre una obligación vencida y exigible en los dos años previos a la declaración de concurso.

En un primer momento, se alegaba de una manera genérica, sin una consistencia suficiente, la vulneración del principio de la *par conditio* para la rescisión de tales pagos. A este respecto, se justificaba la rescisión alegando que se habían satisfecho unos créditos y no otros, todos vencidos y exigibles, en el periodo sospechoso y, en ese sentido, se había alterado la paridad de trato entre los acreedores[523].

Esto generó cierta inseguridad jurídica pues no se delimitaban los criterios sobre los cuales se procedería a la rescisión de esta clase de pagos. Por ello, la jurisprudencia ha tratado de fijar los criterios sobre los cuales se basaría para determinar cuándo un pago debido resultaba injustificado.

Y es ahí donde llega la STS 629/2012, de 26 de octubre. En ella se desmarca de la línea jurisprudencial más extendida hasta entonces en materia de rescisión de pagos en la que se alegaba de manera genérica la vulneración de la *par conditio* para proceder a su ineficacia. Así, comienza señalando que «*tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par conditio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles*».

A continuación, el Tribunal justifica que un pago debido, por estar vencido y ser exigible, en principio y como regla general goza de justificación y, en ese sentido, no podría ser rescindido, aunque señala que en determinadas ocasiones el pago, aun teniendo las características mencionadas, supone ese *sacrificio patrimonial injustificado.* Entre esas ocasiones en las que el pago debido resultar ser injustificado el Tribunal se refiere a aquel que se realice cuando el deudor se encuentre ya en estado de insolvencia, volviendo a alegar que en esos casos sí se produce la vulneración de la *par conditio.*

La sentencia remite a la STS 855/2007, de 24 de julio, en la que se decía que «*el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la*

[523] En ese sentido, la STS 530/2006, de 5 de junio. En la doctrina, a título indicativo, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración de concurso», en *RDCP*, nº 8, 2008, pág. 3 de la versión electrónica.

ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el artículo 1292 CC únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)» y, continúa la sentencia de 2012: «*De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido*».

En principio, como señala la sentencia citada, un pago debido realizado cuando el deudor ya es insolvente, supone un perjuicio para el resto de sus acreedores pues, en la medida en que ya no puede cumplir regularmente con sus obligaciones, una parte de su patrimonio que iría destinado a la satisfacción de todos una vez declarado el concurso, pasa a beneficiar tan solo a uno de ellos.

Sin embargo, la Ley Concursal prescinde del estado de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto como presupuesto de la rescindibilidad. Es decir, el legislador ha establecido como presupuestos que el sujeto declarado en concurso haya realizado el acto en los dos años antes a la declaración y que el acto resulte perjudicial. En ese sentido, parece que carecería de base normativa alegar que el estado de insolvencia sea determinante para declarar injustificado un pago. Parece no existir apoyo en el texto de la Ley Concursal para situar la insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto como fundamento para declarar ese acto como perjudicial. Es más, ni el Tribunal Supremo ni la Ley Concursal han establecido como requisito de prueba para proceder a su rescindibilidad que los pagos hubieran sido realizados cuando el deudor era ya insolvente. Incluso, resulta sorprendente como este mismo criterio no es aplicado por el Tribunal en otra clase de actos, sino tan solo en relación con los pagos vencidos y exigibles.

En relación con este criterio fijado por el Tribunal Supremo, conviene recordar que el concurso de acreedores puede declararse estando el deudor en estado de insolvencia actual, pero también si se encuentra en estado de insolvencia inminente. Si seguimos la tesis expuesta por el Tribunal Supremo, en todos aquellos concursos declarados sin encontrarse el deudor en estado de insolvencia, todos los pagos realizados con carácter previo que son por deudas vencidas y exigibles no podrían ser rescindidos, pues el deudor no ha realizado ninguno de ellos siendo insolvente.

Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, la rescisión también se podría encontrar justificada según el tenor de la Ley en relación con pagos realizados cuando se encontraba en situación de insolvencia inminente pues, aun contando el deudor con patrimonio suficiente, en principio, para satisfacer a todos, determinados acreedores van a soportar las consecuencias del concurso y van a sufrir sacrificios como consecuencia del mismo en caso de que se proceda a su declaración por no haberse resuelto la situación de crisis y, con mayor motivo, por haberse agravado.

En la experiencia histórico-comparada se suele exigir tradicionalmente para la rescisión de los pagos por deudas vencidas y exigibles que el concursado se encuentre en situación de insolvencia en el momento de realizar el pago. En principio, como sostiene el Tribunal Supremo, quien paga lo que debe cumple con una obligación y, por tanto, el pago no se podría rescindir por estar justificado. De ahí que la rescisión de los pagos por deudas vencidas y exigibles se tipifique en la experiencia histórico-comparada en los casos en los que el concursado ya fuera insolvente, pues a partir de ese momento, la realización de los pagos favorece al acreedor beneficiado y agrava la situación de insolvencia. Sin embargo, la Ley Concursal no ha contemplado este requisito como presupuesto para la rescisión. El criterio seguido por el Tribunal Supremo a este respecto plantea la dificultad de la falta de apoyo legal, con la consiguiente inseguridad jurídica que suscita.

Por otro lado, la Ley Concursal tampoco ha tomado en consideración la continuidad de la actividad del concursado una vez declarado el concurso y el objetivo de dar prioridad a aquellas soluciones que permitan el mantenimiento de la empresa. Únicamente considera que no cabe rescindir los actos, también los pagos, que se realicen en el marco de la actividad empresarial ordinaria en condiciones normales. En cambio, desde la perspectiva de los fines de la Ley Concursal tampoco se deberían

rescindir, al menos, los pagos y los actos de cumplimiento realizados en cumplimiento de obligaciones surgidas de relaciones que se mantengan una vez declarado el concurso. Como ya se ha señalado, esta regulación de la rescisión incide de forma especial en los acuerdos de refinanciación o de renegociación con acreedores financieros y también de otra clase y de ahí que se haya hecho necesario establecer una exención.

La rescisión de los pagos cobra una significación propia cuando se hace de manera distinta de la convenida o cuando se realiza de una forma irregular. A este respecto, la irregularidad en la forma de cumplir con el pago puede ser un indicio de la falta de justificación y del carácter perjudicial.

6.4. La rescisión del pago por compensación

El denominado *pago por compensación* es un modo de extinción de obligaciones. El juicio acerca del carácter perjudicial del mismo parece que debe realizarse en otros términos que el pago visto hasta ahora, pues el tratamiento de la compensación en el marco del concurso de acreedores resulta ser diferente.

Si bien el pago de las deudas parece no poderse realizar de manera libre en el concurso, salvo que se realice conforme a lo acordado en un convenio concursal o, por el contrario, se realice conforme a las normas previstas para la satisfacción de obligaciones en fase de liquidación, el pago por compensación, aunque se prohíbe con carácter general, podrá llevarse a cabo si los «*requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella*».

Parece razonable ese diferente tratamiento en el procedimiento concursal. En el marco del pago por compensación parece carecer de lógica que se le obligue a una persona a pagar por completo su deuda y no pueda cobrar igualmente lo que le corresponda del concursado, sino hasta pasado un tiempo y con una cuantía menor, si

antes del concurso ya concurrían los presupuestos necesarios como para poder llevar a cabo la compensación[524].

Si el crédito con el que se compensa la obligación frente al deudor no hubiera vencido hasta pasada la fecha de la declaración de concurso, la realización del pago por compensación tendría, en principio, carácter perjudicial. En este caso, estaríamos ante un supuesto de compensación en el cual no se han dado todos los presupuestos o requisitos necesarios para llevarla a cabo, los cuales vienen recogidos en el artículo 1196 CC[525].

Pero, junto a la compensación legal, podemos encontrarnos con aquella realizada en virtud de un acuerdo entre las partes, esto es, entre deudor y acreedor. En este acuerdo pactan poder compensar ambos créditos cuando se den determinadas circunstancias. En esos casos, nos encontraríamos con el supuesto de compensación convencional, en la cual no podrá aludirse la falta de alguno de los presupuestos previstos en el artículo 1196 CC para proceder a su rescindibilidad, en especial, el requisito de la exigibilidad.

---

[524] Así lo ha manifestado la jurisprudencia. La STS 46/2013, de 18 de febrero, manifestó que «*Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después*»

[525] Dispone el artículo 1196 CC que «*Para que proceda la compensación, es preciso:*

1.º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.

2.º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado.

3.º Que las dos deudas estén vencidas.

4.º Que sean líquidas y exigibles.

5.º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor».

Si el acuerdo de compensación es anterior al nacimiento de las respectivas obligaciones, en principio, el acuerdo será válido y no perjudicial por cuanto las partes han pactado que una vez se produzca el nacimiento del crédito, éste vencerá en un plazo determinado en que será exigible, si bien puede quedar extinguido anticipadamente vía compensación si se cumplen aquellas circunstancias que se hubieran pactado[526].

El acuerdo de compensación posterior al nacimiento de las respectivas obligaciones podrá resultar perjudicial si, habiéndose adoptado en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, mediante esta vía se satisface un crédito preexistente que no hubiera vencido hasta después de declararse el concurso. En estos casos, no sólo podría ejercerse la acción frente a la compensación en sí misma, sino también frente al propio acuerdo entre acreedor y deudor.

6.5. Los efectos de la rescisión de los pagos

Como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, en los primeros años de la entrada en vigor de la Ley Concursal no existía un criterio claro acerca de en qué supuestos resultaba perjudicial un pago vencido y exigible realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso. En materia de efectos la cuestión tampoco era pacífica. A este respecto, en ocasiones se entendían aplicables los mismos efectos que cuando se rescindían negocios bilaterales.

Sin embargo, fue de nuevo la STS 629/2012, de 26 de octubre, la primera que estableció correctamente los efectos derivados de la rescisión de los pagos. En ese sentido, manifestó que la rescisión de los pagos no conllevaba la ineficacia del negocio jurídico del cual nace la obligación de efectuar el pago. En la medida en que el objeto de impugnación es el pago, la rescisión debe afectar únicamente a ese acto unilateral, y no al negocio que originó el pago y, en consecuencia, el perceptor del dinero deberá restituir lo recibido con los respectivos intereses.

Junto al citado efecto, el crédito del acreedor *renace* y, en la medida en que no surge como consecuencia de la rescisión, tal y como dispone el artículo 73.3 LC, deberá

[526] SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión… op. cit.*, pág. 202.

ser calificado como crédito concursal con la calificación que en cada caso corresponda, pero no como crédito contra la masa.

Este mismo parecer se ha reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Un ejemplo de la misma es la que se recoge en la STS 100/2014, de 30 de abril, donde manifiesta que «*la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal*».

Por último, y en la misma medida en que no resulta de aplicación la calificación del crédito como deuda de la masa, no debe ser de aplicación la calificación como crédito subordinado de concurrir mala fe en la contraparte. La subordinación resulta ser un efecto que es de aplicación a los créditos que *surjan* de la rescisión cuando se aprecie mala fe en la contraparte del acto que se rescinde. En la rescisión de un pago, el crédito que nace es el mismo que existía con anterioridad al pago efectuado y que ahora se rescinde y, en consecuencia, aunque concurra mala fe, debe ser calificado como concursal.

Nótese que no se está alegando la imposibilidad de que el crédito que *renace* sea calificado como subordinado, sino que se está alegando que no cabe subordinarlo como efecto propio de la rescisión del artículo 73.3 LC. Sin embargo, nada impide que si el crédito resulta encuadrable en alguno de los previstos en el 92 LC, ostente dicha calificación[527].

[527] El artículo 92 LC dispone que serán créditos subordinados los siguientes: «*1.º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público,*

Esta cuestión está tratada en la Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal de forma semejante en lo relativo a la consideración de crédito concursal, si bien sus efectos resultan ser diferentes cuando se aprecie mala fe en la contraparte.

En primer lugar, la Propuesta incluye expresamente que, de no concurrir mala fe, la rescisión de los actos unilaterales conllevará que el crédito que resulte a favor del demandado tendrá la consideración de concursal con la calificación que en cada caso corresponda –artículo 236.2 del Texto Refundido-.

Sin embargo, el efecto resulta ser diferente al previsto en la Ley Concursal cuando se aprecie mala fe en la contraparte. Si se diera esta circunstancia, la Propuesta opta por subordinar el crédito incluso cuando la rescisión sea de un acto unilateral, y no sólo en el caso de actos bilaterales. De esta forma, el apartado 3º del artículo 236 menciona

---

los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas.

2.º Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor.

3.º Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía.

4.º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican.

Se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario.

6.º 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.

7.º Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso».

expresamente que «*Si la sentencia hubiera apreciado mala fe en el demandado, el crédito a la prestación tendrá la consideración de crédito subordinado. Igual clasificación tendrá el crédito a favor del acreedor de mala fe en caso de rescisión del acto unilateral*».

El fundamento dogmático de esta opción resulta discutible y, también, puede faltar base legal para su introducción en un Texto Refundido, pues se trata de una regla que parece ir más allá de la regularización, aclaración y armonización de lo dispuesto en el régimen vigente.

6.6. La rescisión de las devoluciones de préstamos que fueron otorgados por los socios a la sociedad concursada

En supuestos en los que la sociedad no dispone de fondos para poder llevar a cabo su objeto social y, tampoco puede optar por no recurrir a la financiación bancaria, habitualmente son los socios los que han de realizar préstamos a favor de la sociedad.

En esos términos, la jurisprudencia ha establecido tres circunstancias que han de valorarse en aras a determinar si el reintegro a los socios de las sumas de dinero dadas en concepto de préstamo suponen ese *sacrificio patrimonial injustificado*.

La primera circunstancia a tener en cuenta, conforme a la STS 487/2013, de 10 de octubre, es la situación de infra capitalización de la sociedad en atención al objeto social realizado. Es decir, en ocasiones, la sociedad lleva a cabo actividades u operaciones que resultan ser desproporcionadas en comparación con su cifra de capital y, en consecuencia, los acreedores se ven desprotegidos pues el capital no cumple, en principio, con la función de garantía que debería tener.

La sentencia pone de manifiesto cómo, si en lugar del préstamo por parte del socio –que, además, en ese caso, era administrador único y, en consecuencia, podía decidir sobre el destino de las cantidades facilitadas a la sociedad-, se hubiera llevado a cabo, tal y como se corresponde con la Ley de Sociedades de Capital, a través de una ampliación de capital social, tales cantidades no hubieran podido ser devueltas a ese socio. En el caso enjuiciado donde se realiza un préstamo por el socio-administrador, se

traslada el riesgo de las operaciones a los acreedores, pues serán ellos los que verán mermadas sus garantías de cobro.

El Tribunal Supremo manifiesta que el socio que realiza el préstamo debería tener menor derecho a cobrar su crédito que el resto de acreedores, pues se ha aprovechado de la situación que se podría considerar como privilegiada que supone controlar la sociedad.

La segunda circunstancia que señala el Tribunal Supremo para determinar la falta de justificación en la devolución a los socios de un préstamo realizado es su condición de persona especialmente relacionada conforme a la normativa concursal[528]. Así, les sería de aplicación, si poseyeran más del diez por ciento del capital de la sociedad deudora, la presunción *iuris tantum* del carácter perjudicial del pago[529], por lo que les correspondería a ellos la carga de probar que el pago sí fue justificado.

Y, además, porque de no haber realizado el pago, de someterse a las reglas del concurso en cuanto a la prelación de los créditos, éste hubiera sido calificado como subordinado, pues el artículo 92.5 LC califica de esta forma «*Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo*

[528] Dispone el artículo 93.2.1º LC que: «*Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior*».

[529] Dispone el artículo 71.3.1º LC que: «*Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos.*

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

93.2.1º y 3º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican».

Y la tercera circunstancia, de forma análoga al régimen aplicable a los pagos, el Tribunal Supremo considera necesario para declarar injustificado el pago que el reembolso a los socios se hubiera llevado a cabo cuando la sociedad se encontraba ya en estado de insolvencia.

Nótese, de nuevo, las menciones u objeciones que hemos realizado con anterioridad. En primer lugar, la Ley Concursal parece obviar la situación de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto. En principio, los pagos realizados antes de la declaración de concurso deben ser perjudiciales y haberse realizado en los dos años previos para poder ser rescindidos. Es decir, en términos de rescisión, la Ley Concursal considera que a los acreedores concursales les perjudica un pago realizado dos años antes de la declaración de concurso o unos días antes, cuando el deudor ya se encontraba en estado de insolvencia, pues esa cantidad que iba a ir destinada a satisfacer a todos pasa a satisfacer tan solo a uno de ellos. El problema, repetimos, son los presupuestos establecidos en el artículo 71 LC, donde no se distingue la apreciación de los presupuestos en función de que el deudor fuera ya insolvente o no en el momento de realizar el acto.

Si bien el carácter injustificado del pago se aprecia con mucha mayor claridad cuando éste es realizado en una situación de insolvencia, tal y como interpreta el Tribunal Supremo, parece no existir base legal para proceder de esta manera, pues el legislador ha establecido que sea perjudicial, independientemente del estado patrimonial del concursado en el momento de realización del pago, siempre que se haga en el periodo de los años antes a la declaración de concurso.

Junto a ello, como se ha destacado anteriormente, que la rescisión de un pago de una obligación que se encuentra vencida y sea exigible encuentre justificación en la medida en que se realizó estando el deudor ya en estado de insolvencia, pierde fuerza cuando el concurso se declare en una situación donde la empresa se encuentre en un estado de insolvencia inminente. En esos casos, aun estando la devolución a los socios en una fecha muy próxima a la declaración de concurso, no podría ser rescindida pues,

siguiendo la línea del Tribunal Supremo, en esos casos tampoco se encontraría la sociedad en estado de insolvencia en el momento de realizar el pago a los socios.

Sin embargo, una vez declarado el concurso, aun teniendo el deudor en principio patrimonio suficiente para satisfacer a todos sus acreedores, unos van a sufrir una serie de sacrificios en detrimento de otros. Ello implica que actos realizados previamente, aun no encontrándose el deudor en estado de insolvencia, puedan resultar injustificados.

Por todo ello, parece que la interpretación que debe hacerse de cuando una devolución a los socios supone un sacrificio injustificado debe tomar en consideración la delimitación normativa de la rescisión en la Ley Concursal. Se trata de una regulación sin duda deficiente que debería ser reformada. Por vía de interpretación resulta difícil que se puedan admitir requisitos adicionales a los exigidos legalmente, como la acreditación del estado de insolvencia en el momento de realizar el acto como presupuesto para la rescisión. Junto a ello, la devolución de los préstamos a los socios presenta particularidades propias desde un punto de vista rescisorio. La realización de pagos por una sociedad claramente infracapitalizada para la devolución recibida de la financiación de los socios, con independencia de la solvencia, supone uno de los supuestos típicos de actuación perjudicial en la medida en que se efectúe para poner a los socios a cubierto del riesgo de insolvencia incrementando el riesgo de los demás acreedores.

6.7. La rescisión del reparto de dividendos a los socios: acuerdo y pago

Otros actos que suelen ser realizados y que usualmente suelen ser susceptibles de rescisión concursal son: por un lado, el acuerdo de la junta general que decide el reparto de dividendos; por otro, el propio pago del dividendo a los socios.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece prestar atención a diferentes circunstancias en aras a declarar injustificado alguno de los actos mencionados con anterioridad. La primera de ellas es que el socio al que se le reconoce el derecho a percibir dividendos o al cual se le efectúa el pago de los respectivos dividendos posea respecto de la sociedad, al menos, el diez por ciento del capital social o el cinco por ciento si la sociedad cotiza en un mercado secundario oficial, pues en ese caso,

conforme al artículo 93.2.1º LC, el socio sería una persona especialmente relacionada y, en consecuencia, le sería de aplicación la presunción del artículo 71.3.1º LC[530]. En ese caso, el carácter injustificado del acuerdo o del pago, en función del objeto de rescisión, sería presumido y le correspondería a ese socio la carga de probar que no lo fue.

En relación al reparto de dividendos, dos pueden ser los supuestos objeto de rescisión: o bien el propio acuerdo de reparto, o bien el pago del dividendo en sí mismo. Habitualmente, el pago será el objeto de impugnación cuando el acuerdo se haya adoptado fuera del periodo sospechoso. Al ser actos jurídicos de naturaleza diferente y con una significación económica también distinta, la manera en que debe acreditarse el carácter perjudicial es específica en cada caso.

Cuando el objeto de rescisión sea el propio acuerdo, el carácter injustificado del mismo, en opinión del Tribunal Supremo, puede derivar de dos circunstancias diferentes. En primer lugar, de que el acuerdo sea irregular, en el sentido de que los beneficios netos sean inexistentes o no se hayan respetado las normas en materia de reservas. Así lo ha manifestado la STS 428/2014, de 24 de julio: «*Cabe apreciar perjuicio en el acuerdo de distribución de dividendos "irregular", ya sea porque se apoya total o parcialmente en beneficios netos inexistentes, ya sea porque no se han respetado las normas legales y estatutarias sobre reservas o la previsión del art. 213 TRLSA, que se corresponde con el actual art. 273 LSC*». En este caso, el acuerdo no debería haberse aprobado por faltar los presupuestos necesarios para adoptarse.

También manifiesta la sentencia que el carácter injustificado del acuerdo pueda derivar, cumpliéndose los presupuestos legales para poderse llevar a cabo, «*por las significativas pérdidas sufridas por la sociedad en los primeros meses del ejercicio en curso, al tiempo de aprobarse las cuentas del anterior y de acordarse la distribución de beneficios, se ha producido un drástico deterioro de la situación patrimonial de la*

[530] A título indicativo, este es el caso de la STS 631/2014, de 1 de noviembre: «*Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal, el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de este reparto de dividendos, no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración; por el contrario, ha de probarse la ausencia de circunstancias que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada*».

sociedad, de modo que su patrimonio neto ya no alcanza la cifra del capital social o no lo hará como consecuencia del reparto de beneficios, o bien ha devenido o devendría en estado de insolvencia. En estos casos podría rescindirse el acuerdo de distribución de beneficios, totalmente, si el perjuicio alcanza a la totalidad del importe reconocido a los socios, o de manera parcial, hasta el montante a que ascienda el perjuicio». En la medida en que la cifra de capital social debe contar con una cobertura patrimonial para cumplir de esta forma la función de garantía de los acreedores, puede que el acuerdo de distribución suponga para la sociedad que ésta pueda incurrir en riesgo de encontrarse en una situación de insolvencia.

Este razonamiento realizado por el Tribunal Supremo puede estar sujeto a algunas objeciones. El legislador español no ha equiparado el perjuicio del acto con que éste haya podido causar el estado de insolvencia. El acuerdo de reparto de dividendos debe resultar perjudicial para la masa y debe haberse llevado a cabo dos años antes de la declaración de concurso, independientemente de que el acuerdo se adopte estando el deudor en estado de insolvencia o que, como consecuencia del acuerdo, el deudor devenga insolvente. El legislador no ha establecido que el carácter perjudicial de un acto deba ser interpretado de manera diferente en función de si el deudor, como consecuencia de la realización del acto, deviene insolvente, sino que ha establecido un único periodo de dos años. Ahora bien, en el caso del reparto de dividendos, en atención a la finalidad de las normas sobre la tutela del capital social, parece razonable entender, como hace el Tribunal Supremo, que el acuerdo se debe considerar en todo caso perjudicial cuando se adopte en situación de insolvencia o cuando provoque la situación de insolvencia, a pesar de que, en la fecha de cierre de ejercicio, las cuentas anuales reconozcan la existencia de resultados positivos. Las normas que protegen la integridad del capital social tratan de evitar que el riesgo de insolvencia se desplace de los socios a los acreedores, como sucedería en el supuesto de que la sociedad acuerde la distribución de un dividendo cuando ya es insolvente o deviene insolvente como consecuencia del reparto.

El efecto de la rescisión del acuerdo de reparto de dividendos parece ser sencillo en aquellos casos en que el propio reparto aún no se hubiese llevado a cabo. En esos casos, la ineficacia del acto produce simplemente que los socios pierdan el derecho a que los beneficios le sean repartidos. Si, por el contrario, una vez se produzca la

rescisión del acuerdo, ya se hubiese llevado a cabo el reparto de dividendos a los socios, estos deberán devolver a la masa las cantidades que hubiesen percibido.

También puede haber ocurrido, como contempla la STS 199/2015, de 17 de abril, que el acuerdo de reparto de dividendos supusiera, no el pago del dividendo a un determinado socio, sino que se produjese una compensación con un crédito que el socio tenía con la sociedad. Obsérvese como, pese a poder encontrar justificación la compensación misma, pues se cumplen los presupuestos antes mencionados para que pudiese llevarse a cabo antes del concurso, ésta resulte ser injustificada pues derive de un negocio que también lo es. En este caso, la compensación quedaría sin efecto y resurgiría el crédito que la sociedad tenía con el socio antes de que se procediese a la compensación.

Por otro lado, junto a la posible impugnación del acuerdo de la junta general en la que se acordase el reparto de dividendos a los socios, puede ser susceptible de impugnación *directamente el propio pago*. Normalmente, éste será impugnado, y no el acuerdo de la junta, cuando el propio acuerdo se sitúe fuera del periodo sospechoso.

En los casos en los que el acto objeto de impugnación sea el propio pago, el carácter injustificado deberá desprenderse del propio acto, y no del carácter injustificado del acuerdo de la junta en el que se aprueba el reparto de los dividendos. Así lo ha manifestado la STS 428/2014, de 24 de julio, la cual dice que «*Estos pagos constituyen actos jurídicos distintos del acuerdo adoptado por la junta que generó el derecho al cobro, razón por la cual pueden ser considerados de forma independiente. En contra de lo argumentado en su recurso por Menuce, S.A., los pagos son actos jurídicos de disposición, que pueden ser objeto de una acción rescisoria concursal, aunque no lo sea aquel previo acuerdo de la junta que reconoció el derecho a un concreto dividendo. Sin perjuicio de que, caso de dirigirse la acción rescisoria únicamente contra los pagos y no contra el acuerdo que generó el derecho a su cobro, la justificación del perjuicio no pueda recaer en la "irregularidad" del acuerdo de reparto de dividendos, sino en las razones propias aplicables a los pagos debidos, como acabamos de exponer*». Se trataría en estos casos de la posibilidad o no de rescindir un pago por una deuda vencida y exigible, por cuanto el acuerdo de reparto de dividendos hace nacer un crédito a favor de los socios vencido y exigible. En estos casos, el Tribunal Supremo parece aplicar la

doctrina mencionada anteriormente al referirnos a los presupuestos establecidos jurisprudencialmente a la hora de rescindir esta clase de actos.

En ese sentido, el Tribunal Supremo manifiesta que para determinar si ha existido o no un *sacrificio patrimonial injustificado* habrá que analizar diferentes circunstancias, entre las que se encuentran la posibilidad de que la persona a la que vaya a efectuarse el pago tenga la condición de persona especialmente relacionada con el concursado o que el reparto se haya llevado a cabo encontrándose la sociedad ya en estado de insolvencia.

Así lo ha manifestado la última sentencia citada. Dice textualmente: «*En nuestro caso, la condición de accionistas de los destinatarios de los pagos, la naturaleza de los créditos (dividendos) y la circunstancia de que cuando fueron satisfechos la sociedad tenía encubiertas importantes pérdidas, que ponían en evidencia el contrasentido que suponía el pago de los dividendos acordados y la necesidad de capitalización de la sociedad como consecuencia de las pérdidas, convierten en este caso concreto en injustificado el pago, por muy debido que fuera*».

Creemos que esta justificación está sujeta a alguna objeción. Parece que se encuentra plenamente justificado que para discernir si un mismo acto ha resultado o no perjudicial, deba distinguirse en función de que se haya llevado a cabo en estado de insolvencia. Sin embargo, el legislador español parece haber desechado esta opción. Si bien el Tribunal Supremo ha llegado, en principio, hasta donde ha podido, de tal forma que se ha hecho necesario acotar las circunstancias para declarar injustificado un determinado acto, la Ley Concursal no ha distinguido en función de esta situación. Una vez declarado el concurso, y conforme a los presupuestos de nuestra Ley Concursal, un pago debido realizado dos años antes de la declaración de concurso resulta perjudicial para los acreedores de igual forma que uno realizado en estado de insolvencia, pues una parte del patrimonio que iría destinado a la satisfacción de todos los acreedores, pasa a satisfacer tan solo a uno de ellos. El problema, repetimos, es la configuración estructural de la acción rescisoria en la propia Ley Concursal.

Cuando el reparto de dividendos no conlleva en sí mismo un pago, sino una compensación a favor de un crédito que el socio tenía con la sociedad, debe aplicarse la tesis anteriormente expuesta con respecto a la compensación. De esta forma, si los presupuestos para la compensación existían o se cumplían antes de la declaración de

concurso, no debería poder ser rescindido el pago efectuado mediante este mecanismo una vez se declare el concurso.

7. La rescisión de las daciones en pago

7.1. La figura de la dación en pago

Otro de los supuestos que pueden ser objeto de rescisión concursal es la dación en pago. Esta figura se encuadra dentro de los negocios a los que la doctrina ha denominado como *subrogados del cumplimiento*[531], que sustituyen el cumplimiento en sentido estricto.

El negocio jurídico de la dación en pago es atípico, pues si bien aparece nombrado en diferentes preceptos del Código Civil[532], no contiene una regulación propia. Consiste en un negocio por el que deudor y acreedor acuerdan la sustitución de la prestación que, en principio, sería la destinada a la satisfacción de una obligación por una prestación diferente, lo que requiere siempre el consentimiento del acreedor[533]. La jurisprudencia ha definido la dación como «*Esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor*

[531] Siguiendo el trabajo de PULGAR EZQUERRA, J., «Crisis inmobiliaria, daciones en pago y concurso de acreedores», en ALONSO UREBA, A., / PULGAR EZQUERRA, J., (Dirs), *Implicaciones financieras en la Ley Concursal,* La Ley, 2009, pág. 623.

[532] Así, por ejemplo, los artículos 1521 -*El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago*-, 1636 -*Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica*- o 1849 -*Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador*-.

[533] Así lo dispone el artículo 1166 CC: «*El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.*

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor».

determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa»[534].

Por ello, una vez entregada la cosa objeto de la dación, el derecho de crédito quedará extinguido e, igualmente, las garantías reales o personales que este tuviera. Esto resulta ser importante, y sobre lo que más tarde volveremos, a la hora de la rescisión de una dación en pago y sobre la posibilidad de *retorno* de tales garantías.

Con la entrega del bien o de los bienes la deuda queda saldada y el derecho de crédito del acreedor extinguido. Esta manera de extinguir el crédito se diferencia de aquella figura de cesiones de bienes para pago, pues en este último caso el crédito tan solo quedará extinguido cuando el acreedor realice los bienes y obtenga el dinero para la satisfacción de su crédito. De esta forma, se distinguen las figuras de entrega de bienes *pro soluto* y *pro solvendo*, pues en la primera la deuda se extingue con la entrega de los bienes -dación en pago- y en la segunda será necesaria la realización de los bienes entregados para la extinción de aquella -cesión de bienes para pago-.

7.2. El carácter perjudicial de la dación en pago

Para que una dación en pago pueda ser rescindida es necesario que ésta haya resultado perjudicial y que se haya realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Surge de nuevo la problemática de cuáles deben ser los criterios a los efectos de determinar el carácter perjudicial de una dación en pago. En opinión de un sector doctrinal[535], resultará perjudicial una dación en pago donde no exista equivalencia entre contraprestaciones, siempre que el valor del bien entregado supere el valor del crédito que se satisface con la entrega. Sin embargo, la opción del legislador con la

[534] STS 845/2002, de 23 de septiembre.

[535] GARCÍA-CRUCES, J.A., «Dación en pago y reintegración concursal», en *http://abcgcabogados.com/files/ja_garcia_cruces/8_Dacion_en_pago_y_Reintegracion_concursal.pdf*, pág. 8.

introducción de los acuerdos de refinanciación parece no corresponderse con la afirmación anterior.

En este sentido, si una dación en pago forma parte de un acuerdo de refinanciación, aun no habiendo equivalencia entre las contraprestaciones, si se cumplen los presupuestos del artículo 71 *bis* LC o de la Disposición adicional cuarta LC, no podrá ser objeto de rescisión concursal. Se observa cómo, aun siendo el propio acto, de manera individualizada, perjudicial en los términos del artículo 71 LC, no puede ser objeto de rescisión por enmarcarse en un acuerdo más amplio que permite la continuidad de la actividad empresarial.

El legislador parece haber impedido la rescisión, no tanto porque el acto, o cada acto del acuerdo, no resulte perjudicial para la satisfacción colectiva, sino porque el acuerdo en su conjunto permite la continuidad de la empresa. Es decir, puede observarse como con el establecimiento de los acuerdos de refinanciación, el concepto de *acto perjudicial* parece haber sufrido una ligera modificación, pues la irrescindibilidad de los mismos no parece fundamentarse completamente en no resultar perjudiciales para la satisfacción colectiva, sino más bien resultan ser irrescindibles porque permiten la continuidad de la empresa.

Tras la introducción de los acuerdos de refinanciación en el año 2009, el fundamento de la imposibilidad de la rescisión no resulta ser siempre que el acto no perjudique a los acreedores, sino también que un acuerdo que engloba multitud de actos y contratos permita la continuidad de la empresa. Téngase en cuenta que, con relación a la dación en pago no se ha previsto una regla de proporcionalidad, a diferencia de lo que sucede en materia de garantías. La interpretación del carácter perjudicial de la dación en pago integrada en un acuerdo de refinanciación parece que se deberá apreciar en atención al conjunto del acuerdo adoptado y en qué medida la dación en pago pueda estar justificada en función de la viabilidad de la empresa.

Por el contrario, si el valor del bien resulta ser inferior al importe del crédito, un sector doctrinal considera que en esos casos el acto no resulta *perjudicial para la masa activa*. Y, de hecho, ocurre así en multitud de casos. Un ejemplo de ello es el recogido en la STS 183/2015, de 19 de mayo, donde la concursada devolvió al acreedor los bienes que le habían sido previamente suministrados y que se encontraban pendientes de

pago, saldando la deuda con la entrega de esos bienes, aun cuando el valor de los mismos se había depreciado con el transcurso del tiempo.

No obstante, parece que no puede afirmarse categóricamente que la entrega de un bien en una dación en pago con un valor inferior al crédito no resulte nunca perjudicial. La interpretación que puede encontrar mayor fundamento en atención a la configuración estructural de la acción rescisoria en la Ley Concursal es aquella en la que la dación no resultará perjudicial, desde el punto de vista de la equivalencia entre las contraprestaciones, si en el marco del concurso hubiese podido llevarse a cabo en los mismos términos. Si antes de la declaración de concurso, el acreedor recibió un bien con un valor inferior al crédito pero en el concurso ni siquiera podría haber obtenido el valor de ese bien pues, como consecuencia de las quitas impuestas, le correspondería un importe inferior, la dación en pago realizada antes de la declaración de concurso, aun existiendo falta de equivalencia entre las contraprestaciones a favor del concursado, podría llegar a reputarse como perjudicial en el sentido del artículo 71 LC. Por el mismo motivo, en aquellos casos donde exista equivalencia entre las contraprestaciones, la dación en pago resultará perjudicial si la misma no hubiese podido ser realizada en los mismos términos en el concurso de acreedores.

Asimismo, también resultará perjudicial si, existiendo equivalencia entre las contraprestaciones, y habiéndose entregado el mismo valor que se hubiera entregado una vez declarado el concurso de acreedores, el bien que es objeto de entrega en la dación en pago es un activo esencial para el desarrollo de la actividad empresarial. Ello puede dificultar la satisfacción de los acreedores pues se imposibilita que la sociedad pueda seguir generando ingresos con su actividad que permita satisfacerlos de la mejor manera posible. Este es el sentido de la SJM de Málaga de 6 de febrero de 2009, en la que se consideró perjudicial una dación en pago donde el valor del bien entregado se correspondía con el valor del crédito, pero donde el bien resultaba ser el inmueble donde se llevaba a cabo la actividad empresarial, lo que impedía que aquella pudiese continuar.

En este punto, dos son las dudas que surgen acerca de la equivalencia entre las contraprestaciones. En primer lugar, acerca del criterio en cuanto a la valoración. La SJM de Barcelona de 18 de enero de 2006 pareció establecer que el criterio para la valoración era el valor real del bien objeto de la dación en pago. Y, en segundo lugar,

acerca del criterio que ha de seguirse para proceder a la valoración de las prestaciones; esto es, si la valoración del objeto de la dación en pago ha de valorarse en el momento en el que se entregó o en el momento en que se declare el concurso[536]. Creemos que debe optarse por la valoración del bien en el momento en que se produjo la dación en pago y si, una vez declarado el concurso, aquel resultó perjudicial.

El Tribunal Supremo mantiene distintos criterios para proceder a la rescisión o no de una dación en pago. En algunas ocasiones toma como punto de partida la equivalencia entre las contraprestaciones para la apreciación del carácter perjudicial. En otras, aun existiendo equivalencia entre contraprestaciones, declara perjudicial la dación en pago porque el bien objeto de la dación en pago resulta imprescindible para continuar con la actividad económica o empresarial. Asimismo, en situaciones donde existe equivalencia entre las contraprestaciones, declara perjudicial la dación en pago porque se llevó a cabo en un momento en que el deudor era ya insolvente.

Este es el caso, por ejemplo, de la STS 642/2016, de 26 de octubre, donde se manifiesta que «*en este caso la cesión de créditos en pago de deudas ya vencidas resulta perjudicial para la masa, porque el deudor cumplió una obligación vencida y exigible por un medio de pago que no fue el inicialmente pactado e inhabitual en su tráfico ordinario, lo que supuso a un tiempo privilegiar a unos acreedores frente a otros y extraer bienes de la masa. Además, cuando se realizó la operación la deudora ya estaba en situación de insolvencia y la cesión puso de manifiesto su intención de realizar una discriminación de pagos a favor de un concreto acreedor en detrimento de otros*».

7.3. Las presunciones de perjuicio en las daciones en pago

Las presunciones de perjuicio establecidas en los artículos 71.2, 71.3.1º y 71.3.3º LC también pueden ser de aplicación cuando el objeto de la rescisión sea una dación en

[536] Nótese la relevancia a este respecto en las daciones en pago de inmuebles llevadas a cabo estos últimos años en situación de crisis económica donde, en tan solo dos años y debido a la depreciación de los activos inmobiliarios, el valor de un inmueble descendía en una gran cuantía en el periodo de los dos años previos a la declaración de concurso.

pago. Tales presunciones no sólo recogen el carácter perjudicial de los pagos, sino el de cualquier forma de extinción de obligaciones, entre las que se incluyen las daciones en pago.

Con anterioridad a la reforma de 2009 de la Ley Concursal, el carácter perjudicial se presumía sin admitir prueba en contrario cuando los pagos u otros modos de extinción de obligaciones se realizaban sobre obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración de concurso. Tras la reforma de 2009, el perjuicio admite prueba en contrario cuando las obligaciones tuvieran algún tipo de garantía real –artículo 71.3.3º LC -. Se trata de un cambio legislativo, cuyo objetivo fundamental, recordemos, era impulsar las refinanciaciones.

A título indicativo, en los años de crisis, han sido numerosos los casos de adquisiciones de solares con el objeto de llevar a cabo una promoción inmobiliaria, la cual, fundamentalmente por falta de liquidez, no ha podido llevarse a cabo. Pese a la falta de medios para su desarrollo inmobiliario, el solar y la deuda continúan o perviven, junto con el incremento de los intereses por la demora en el plazo. Ello, puede suponer que, un terreno que no va a resultar útil o provechoso, ni siquiera en el medio plazo, sino que va a suponer un incremento de la deuda, sea conveniente que pueda ser entregado como objeto de una dación en pago, resultando ya no sólo no perjudicial, sino incluso beneficioso en caso de declararse posteriormente el concurso. Como expone PULGAR, «*ello, lejos de perjudicar a la masa, podría beneficiarle, pues, aun cuando es cierto que sale un bien del patrimonio del deudor, no lo es menos que también en virtud de ello se cancela una deuda y, sobre todo, disminuirían los gastos de mantenimiento del solar (impuestos…) y los gastos financieros derivados de la operación de crédito con la que se financió la adquisición del solar*»[537].

Además, puede ser un medio o uno de los actos que pueden enmarcarse dentro de un acuerdo de refinanciación para que éste resulte viable desde el punto de vista de permitir la continuidad de la empresa.

Junto a ello, también es resulta de aplicación la presunción del artículo 71.3.1º LC cuando la dación se hubiese llevado a cabo a favor de alguna de las personas

[537] PULGAR EZQUERRA, J., «Crisis inmobiliaria…», *op. cit.*, pág. 646.

especialmente relacionadas con el concursado, esto es, cuando la dación se haya llevado a cabo a favor de algunas de las personas que se recogen el artículo 93 LC.

7.4. Los efectos de la rescisión de una dación en pago

El artículo 73 LC establece que la sentencia que estime la rescisión declara la ineficacia del acto que se ha impugnado y despliega la obligación de la partes de restituirse las respectivas prestaciones, con sus frutos e intereses. La contraparte del acto que se rescinde debe devolver aquello que recibió y tiene derecho a recibir lo que obtuvo del deudor. Este último derecho de la contraparte a que se le restituya lo que obtuvo por el deudor en la rescisión de los contratos debe ser calificado, conforme al artículo 73.3 LC como crédito contra la masa que, además, deberá satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido.

La siguiente cuestión es plantearnos a la vista de las disposiciones generales que en materia de efectos dicta la Ley Concursal, qué ocurre cuando el acto objeto de rescisión resulta ser una dación en pago. En este contexto, siguiendo estas reglas generales, la dación en sí misma deberá ser declarada ineficaz, esto es, será ineficaz el acto que supone la extinción de la obligación que se satisface con la entrega de la cosa.

En la medida en que ese acto deviene ineficaz, trae como consecuencia que surja a cargo del antiguo acreedor una obligación de restitución del bien que fue objeto de dación. Esa restitución del bien que recibió deberá cumplirse a favor de la masa activa. Si, por el motivo que fuese, resulta imposible la devolución del bien, el propio artículo 73.2 LC ofrece la respuesta: deberá devolverse el valor del bien en el momento en que salió del patrimonio del concursado, más el interés legal.

Un ejemplo claro de la aplicación del citado precepto es lo que ha manifestado la SJM de Alicante de 5 de marzo de 2008. «*Aquí no se pide la reintegración "in natura" del bien inmueble, que no cabe al pertenecer a tercero no demandado, por lo que entra en juego la reintegración por equivalente, y en consecuencia procede condenar a (…) a abonar el valor del bien cuando salió (…), más el interés legal*».

En principio, el efecto de la rescisión es declarar la ineficacia del acto, la obligación de restitución del bien por parte del acreedor y el derecho que éste tiene a ser

satisfecho en el concurso del deudor. Sin embargo, no resulta tan evidente la calificación que debe ostentar el crédito de la contraparte del acto que se rescinde. Es decir, resulta claro que una vez rescindido el acto de la dación en pago, el acreedor sigue siendo titular de un crédito frente al deudor concursado, el cual debe ser satisfecho en el marco del concurso de acreedores. La cuestión es determinar la calificación que debe tener el crédito del tercero una vez rescindido el acto.

Pues bien, el artículo 73.1 LC califica como crédito contra la masa aquel que surja como consecuencia de la rescisión. En ese sentido, el crédito de la contraparte como consecuencia de la rescisión de una dación en pago no surge como consecuencia de la rescisión, sino que es el mismo crédito que en un principio ostentaba frente al deudor, ahora concursado. Por ello, la rescisión parece no llevar aparejada la calificación del crédito como prededucible, sino que tendría la calificación de crédito concursal con la calificación que correspondiese.

En este mismo sentido, se pronuncia la SJM de Alicante anteriormente citada, cuando manifiesta que «*Por tanto, habrá que reconocer a Salvador Sapena SL la condición de acreedor concursal ordinario en la suma total afianzada (64.000 €) al no aportarse dato alguno que permita apreciarse privilegio o subordinación. Se considera que es ésta la calificación procedente y no la de crédito contra la masa conforme al art. 73.3 (…) por cuanto su origen no es la rescisión sino el título de crédito preconcursal originario (el afianzamiento)*».

De concurrir mala fe en la contraparte del acto rescindido, el crédito que surja como consecuencia de la rescisión debe ser calificado como crédito subordinado. Sin embargo, una vez rescindida una dación en pago no le asiste ningún crédito de restitución, sino que será el mismo crédito existente con anterioridad a la dación. Por ello, la subordinación del crédito cuando concurra mala fe no le será de aplicación cuando el acto objeto de rescisión sea una dación en pago o un acto unilateral.

Ello no implica que el crédito sea calificado como subordinado cuando se dé en él alguna de las notas previstas en el artículo 92 LC. El crédito, por tanto, será calificado como privilegiado, como ordinario o como subordinado en función de las características propias del crédito, pero no por alguna de las reglas previstas en el artículo 73 LC.

No obstante, a efectos de este último artículo, sí puede tener relevancia la mala fe de la contraparte en lo que respecta a la cuestión indemnizatoria. Si el sujeto actuó de mala fe y no puede cumplir con la restitución del bien que fue objeto de la dación en pago y debiera, por ello, entregar su equivalente, parece que sí será de aplicación la previsión del artículo 73.2 LC, de tal forma que «*si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa*».

7.4.1. Los efectos de la rescisión de la dación respecto de las garantías

Resulta conveniente plantear qué sucede cuando la rescisión se produce sobre una dación en pago, cuyo crédito satisfecho se encontraba garantizado.

En principio, la dación conlleva, junto a la extinción del crédito que se satisface, la extinción de las garantías concertadas sobre el derecho de crédito. Sin embargo, surgen dudas acerca de cuáles deberían ser los efectos que se producen sobre las garantías cuando como consecuencia de la rescisión se produce el resurgimiento del crédito que fue satisfecho; esto es, fundamentalmente la discusión se centra en si deben las garantías *revivir* junto con el crédito anterior.

Una primera opción sería aquella que sigue o continúa con las líneas expuestas anteriormente. En la medida en que una vez rescindida la dación, el crédito del acreedor resulta ser el mismo que con anterioridad a que se produjese la dación, parece que el mismo debe resurgir con las garantías que tuvieran.

Sin embargo, hay un sector doctrinal[538], que parece proponer una conclusión diferente que tiene como base el precepto 1849 CC: «*Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador*».

Con base en el citado artículo, y realizando una suerte de paralelismo con el supuesto que se nos plantea, tales autores vienen a afirmar que resulta necesario establecer algún medio de protección para el acreedor que ve mermada su posición

[538] PULGAR EZQUERRA, J., «Crisis inmobiliaria…», *op. cit.*, págs. 650-652.

como consecuencia de la rescisión de la dación, y cuyo crédito no goza de las garantías que tuviera con anterioridad. En ese sentido, se ha propuesto que, con la finalidad de evitar el empeoramiento de la posición que tuviera el acreedor de no haberse efectuado la dación en su momento, sería aplicable respecto de ese crédito la consideración de deuda de la masa con fundamento en que la dación en pago vendría a ser, en realidad, una suerte de novación de la obligación garantizada y, en consecuencia, el crédito de la contraparte sería un crédito que se genera en virtud de la rescisión.

Entienden que, en la medida en que el acreedor se ve privado de sus garantías como consecuencia de la rescisión de la dación y pierde su condición de privilegiado, se propone que el crédito se califique como deuda de la masa.

Esta interpretación ha sido criticada por otro sector doctrinal[539]. La interpretación apuntada en el sentido de que el crédito de la contraparte debería ser calificado como deuda de la masa parece que sólo podría encontrar fundamento si entre los créditos mencionados en el artículo 84.2 LC, precepto que recoge los créditos que serían calificados de esta manera, se encontrara aquel que surge cuando se produce la rescisión de una dación en pago de un crédito garantizado. Y ello, fundamentalmente, porque el crédito, una vez rescindida la dación, no es otro diferente a aquel que se encontraba antes de que se produjese la rescisión. En ese sentido, parece que no cabría aplicar el artículo 73.3 LC, por el que se califica como crédito contra a masa a aquel que *resulte* de la rescisión, porque el crédito que nace no tiene su origen en la rescisión, sino en un negocio que tuvo lugar con carácter previo a la dación en pago, y en virtud del cual se lleva a cabo esta última.

Junto a esta observación, GARCÍA-CRUCES[540] propone otra de corte dogmático. Entiende que la norma prevista en el artículo 1849 CC contempla un problema de reparto del riesgo en caso de evicción y, en ese sentido, dispone que el fiador no vendrá de nuevo obligado si la dación viniera a menos como consecuencia de la evicción. Por ello, considera que es una norma cuyo contenido, alcance y fundamento es diferente del perseguido con las acciones de reintegración. Es decir, en el artículo 71 LC *no hay un*

[539] GARCÍA-CRUCES, J.A., «Dación en pago…, *op. cit.*, pág. 20.

[540] GARCÍA-CRUCES, J.A., «Dación en pago…, *op. cit.*, pág. 20.

problema de distribución del coste económico derivado de un riesgo, en opinión de este autor, sino que simplemente trata de analizar en qué posición se deben encontrar los distintos acreedores con respecto a otros en caso de concurso del deudor.

Con fundamento en las consideraciones realizadas, creo debe acogerse aquella interpretación en la que la rescisión de la dación en pago conlleva que *reviva* el crédito que ostentaba el acreedor con carácter previo a la entrega del bien dada en pago, y ello junto con las garantías que en su caso tuviera. Por ende, el crédito sería calificado como crédito concursal con la calificación que correspondiera en atención a las disposiciones de la Ley Concursal.

CAPÍTULO VIII

EFECTOS DE LA RESCISIÓN DE GARANTÍAS

1. Alcance de la ineficacia y calificación del crédito como consecuencia de la rescisión

2. Efectos de la rescisión en función del objeto de la garantía

2.1. Efectos de la rescisión de una hipoteca

2.2. Efectos de la rescisión de la prenda con y sin desplazamiento posesorio

2.3. Efectos de la rescisión de una prenda de acciones representadas mediante anotaciones en cuenta

2.4. Efectos de la rescisión de una prenda de acciones representadas mediante títulos

2.5. Efectos de la rescisión de una prenda de participaciones sociales

2.6. Efectos de la rescisión de una prenda irregular

2.7. Efectos de la rescisión de una hipoteca sobre establecimiento mercantil

2.8. Efectos de la rescisión de acuerdos de ejecución extrajudiciales

2.9. Efectos de la rescisión de una hipoteca flotante

3. Algunas cuestiones en relación con los efectos de la rescisión

3.1. Relación entre el artículo 73.2 de la Ley Concursal y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria

3.2. Rescisión de una hipoteca que recae sobre una finca cotitularidad del concursado y su esposa

3.3. Reintegración de los gastos de formalización del préstamo y de los gastos de constitución de la garantía

CAPÍTULO VIII

EFECTOS DE LA RESCISIÓN DE GARANTÍAS

1. Alcance de la ineficacia y calificación del crédito como consecuencia de la rescisión

Como hemos venido manteniendo a lo largo de este trabajo, la rescisión no cuestiona la validez del acto, si bien se deja sin eficacia desde el mismo momento en que se produjo el acto de disposición. La rescisión de un acto necesita de un pronunciamiento judicial, las consecuencias de la rescisión se retrotraen al momento en que se realizó el acto de disposición.

SANCHO GARGALLO, al mencionar que la ineficacia opera *ex nunc*[541], de tal forma que la misma se produce desde el momento de la declaración, parece seguir el tenor literal del artículo 73 LC. El citado precepto establece que la sentencia declarará la ineficacia, lo que sugiere que la rescisión se produce en virtud de la sentencia. Sin embargo, los efectos que se producen como consecuencia de la rescisión vienen determinados por la ley, efectos que obligan a retrotraer las consecuencias de la rescisión al momento en que se realizó el acto de disposición.

Por tanto, parece que podrían diferenciarse dos elementos. Por un lado, la declaración de rescisión y, por otro, las consecuencias de la rescisión. La declaración de rescisión se produce ineludiblemente desde la sentencia. Sin embargo, las consecuencias de la rescisión se retrotraen a un momento anterior. Los efectos, sí bien es cierto que procesalmente comienzan a desplegarse desde el momento de la sentencia, materialmente se retrotraen al momento que se produjo el acto.

[541] SANCHO GARGALLO, al mencionar que la ineficacia opera *ex nunc*, de tal forma que la misma se produce desde el momento de la declaración, parece seguir el tenor literal del artículo 73 LC (En SANCHO GARGALLO, I., «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, pág. 1211). El citado precepto establece que la sentencia declarará la ineficacia, lo que sugiere que la rescisión se produce en virtud de la sentencia. Sin embargo, los efectos que se producen como consecuencia de la rescisión vienen determinados por la ley, efectos que obligan a retrotraer las consecuencias de la rescisión al momento en que se realizó el acto de disposición.

La Ley Concursal, al tratar los efectos derivados del ejercicio de la acción rescisoria concursal, no abarca todos los supuestos del tráfico jurídico. El artículo 73 LC establece que «*El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado*». Así, parece que hace referencia a los efectos cuando el negocio rescindido es un contrato, pero no cuando el objeto de rescisión es un pago o una garantía. En ambos casos, los efectos no han sido tratados expresamente en la Ley Concursal[542].

La doctrina y la jurisprudencia han sostenido opiniones diferentes en cuando a la calificación que debe merecer el crédito cuando se rescinden garantías, fundamentalmente cuando el objeto de rescisión es una garantía contextual por deuda ajena. Por el contrario, parece no plantear dudas la rescisión de las garantías no contextuales. En éstas, el alcance de la rescisión parece alcanzar tan solo a la garantía, manteniendo el crédito como crédito concursal con la calificación que corresponda en cada caso, pues este último no surge como consecuencia de la rescisión[543]. No es

[542] En este sentido, MASSAGUER, J., «Aproximación al régimen de los efectos…», *op. cit.*, pág. 4233: «*La norma es a todas luces incompleta. En efecto, sólo contempla aquellos supuestos en los que el acto rescindido hubiere dado lugar efectivamente a la ejecución de una prestación (y no en que el acto todavía se encuentre pendiente de ejecución o en que el acto no comporte propiamente la ejecución de una prestación, como puede suceder en el caso de la renuncia de derechos o la constitución de garantías reales), sólo contempla una de las facetas de las consecuencias de la declaración de ineficacia (la restitución de prestaciones, pero no los aspectos registrales ni los relacionados con el restablecimiento de relaciones jurídicas en el caso de que la rescisión afecte a actos extintivos) y sólo considera el supuesto de que el acto rescindido tuviere por objeto obligaciones de dar (y no obligaciones de hacer o no hacer)*».

[543] Así, LEÓN SANZ, F.J., «La función de la acción rescisoria…», *op. cit.*, págs. 187. De igual forma, CARRASCO manifiesta que «*si se impugna la garantía hipotecaria que se constituyó por un préstamo preexistente, el préstamo puede no estar alcanzado por la rescisión, y el acreedor, que pierde la garantía en méritos de la rescisión, no tiene entonces pretensión recuperatoria que pueda ser catalogada de deuda de la masa conforme al art. 73*». En CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,*.

posible, por tanto, calificar el crédito como deuda de la masa, ni, en casos de mala fe, calificar al crédito como subordinado[544].

Lo mismo sucede en aquellos casos en los que el objeto de la rescisión es una garantía contextual por deuda propia. Si se parte de aquella interpretación que considera que cabe la rescisión aislada de la garantía, al no nacer el crédito como consecuencia de la rescisión, la ineficacia conlleva la extinción de la garantía y el mantenimiento del crédito como crédito concursal[545]. Si, en cambio, se parte de la tesis de que crédito y garantía son inescindibles, el crédito sí surgiría como consecuencia de la rescisión y, por tanto, debería ser calificado como crédito contra la masa o como crédito subordinado de apreciarse mala fe.

Cuando la garantía contextual se otorga en aseguramiento de una deuda ajena, la rescisión aislada de la garantía supone que el acreedor debe satisfacer su crédito al margen del concurso, ya desprovisto de la garantía –pues el deudor principal no se corresponde con el garante concursado-[546]. Sin embargo, al igual que sucede cuando se otorga por deuda propia, los partidarios de la rescisión conjunta[547] consideran que como

[544] En este sentido, la SJM, nº 5, de Madrid, 123/2009, de 29 de julio, la cual manifiesta que «*La restitución recíproca de prestaciones plantea problema cuando lo que se rescinde es una hipoteca, es decir, un derecho de garantía real. En este sentido, debe señalarse que no se ha producido la rescisión del préstamo, sino de la garantía, y por ello no existe prestación recíproca que devolverse, sino solo la restitución. La consecuencia que conlleva la rescisión e ineficacia de la garantía (derecho real), es que ésta desaparece permaneciendo el derecho de crédito, sin que se pueda invocar la consideración de crédito contra la masa del art 73.3 de la ley, y ello porque como hemos visto en la constitución del derecho real no hay reciprocidad de obligaciones (la constitución de la hipoteca no las conlleva), por lo que al producirse la rescisión de la garantía no hay prestaciones recíprocas que devolverse. La ineficacia conlleva dejar a los contratantes en la situación anterior al acto rescindido, y la situación anterior era la de acreedor ordinario, porque no había privilegio alguno*».

[545] ORELLANA CANO, N., «Efectos de la rescisión», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 602 y 603.

[546] En ese sentido, la STS 100/2014, de 30 de abril: «*El acreedor que ve rescindida su garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando frente a su deudor las medidas que sean pertinentes con base en la obligación principal, desprovista de la garantía rescindida*».

consecuencia de la rescisión, nace un crédito de restitución[548] y este crédito debería ser calificado como crédito contra la masa.

La Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal parece seguir una dirección diferente. El artículo 235 de la Propuesta distingue los efectos en función de que el objeto de la rescisión sea un contrato con obligaciones recíprocas o bien se trate de un acto unilateral.

De no apreciarse mala fe en la contraparte, en el primero de los casos, la calificación del crédito que surge como consecuencia de la rescisión se califica como crédito contra la masa. En cambio, cuando se trata de un acto unilateral, la Propuesta establece expresamente que el crédito se califique como crédito concursal con la calificación que corresponda.

En cambio, la Propuesta de Texto Refundido, cuando se aprecia mala fe en la contraparte, califica en ambos casos el crédito como crédito subordinado. Como ya se explicó, la subordinación del crédito se aproxima a una suerte de *sanción* pues, como regla general, la contraparte del acto ve beneficiada su posición con respecto al resto de acreedores en la medida en que el acto se califica como deuda de la masa. Siendo así, en la medida en que se prescinde del elemento subjetivo como presupuesto de la rescisión, para evitar que la contraparte pueda ver su crédito calificado como deuda de la masa si actúa de mala fe, el legislador ha optado por la subordinación del crédito.

De aprobarse la Propuesta, se observa como el legislador se aparta de la línea seguida por la jurisprudencia en la que, con independencia de que la contraparte del acto

---

[547] CARRASCO PERERA, Á., «Rescindibilidad concursal de garantía simultánea por deuda ajena», en *Actualidad jurídica Aranzadi,* nº 851, 2012, pág.1. Del mismo autor, «Rescisión de garantías personales», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, pág. 383.

[548] Este sector doctrinal considera que el crédito de restitución es diferente al crédito originario derivado del préstamo. Manifiesta CARRASCO que no es el mismo crédito consistente en la obligación de pagar un préstamo en los plazos previstos que el crédito surgido de la rescisión que obliga a restituir el capital más los intereses legales. En CARRASCO PERERA, Á., «¿Se puede rescindir una hipoteca…», *op. cit.* párrafo 17.

que se rescinde hubiera o no actuado de mala fe, el crédito sería calificado como crédito concursal.

2. Efectos de la rescisión en función del objeto de la garantía

La doctrina, cuando se refiere a los efectos de la rescisión de una garantía real, considera que la consecuencia es la extinción de ésta[549]. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia[550]. Este posicionamiento se ha de entender en el sentido de que la garantía constituida no tiene eficacia a los efectos del concurso. La rescisión es un supuesto de ineficacia propio diferente a la nulidad y, por tanto, no determina que la garantía no se hubiera constituido originariamente ni la sentencia determina la ineficacia absoluta de la garantía, sino que se trata de una ineficacia relativa cuyo alcance se determina en función de los fines de la regulación concursal.

Como consecuencia de la extinción de la garantía, se produce, como regla general, la liberación del gravamen que mantiene el bien o derecho que se encontraba garantizado respecto del procedimiento concursal. Junto a ello, en función del tipo de garantía real resulta preceptivo el cumplimiento de las formalidades necesarias para proceder a la reintegración.

[549] En este sentido se manifiesta CARRASCO, al manifestar que «*la garantía constituida sobre un activo del deudor para garantizar el reembolso de un crédito a favor de un tercero no puede ser rescindida mediante la restitución del derecho enajenado. La garantía revocada se extingue, no se recupera*». En CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía…, op. cit.,* pág. 430. En el mismo sentido, LINACERO manifiesta que «*si el deudor constituye por ejemplo una garantía real en el periodo sospechoso, el triunfo de la acción rescisoria supondría la extinción de la garantía*», en LINACERO, M., *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal,* Madrid, 2005, pág. 246.

[550] La STS 100/2014, de 30 de abril, ha explicado que «*cuando el acto rescindido es una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino su extinción*».

2.1. Efectos de la rescisión de una hipoteca

Cuando el objeto de rescisión es una hipoteca, para cuya constitución se requiere inscripción registral, es necesario que se proceda a la cancelación registral de ésta[551]. La sentencia que declara la rescisión es la que sirve como fundamento y la que constituye un título apto para proceder a la cancelación de la hipoteca. Así lo manifiesta expresamente el artículo 82, párrafo 1º, LH cuando establece que «*Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos*».

Para que se proceda a la cancelación de la hipoteca con fundamento en la sentencia, basta con que ésta determine la cancelación, pues es la propia sentencia la que pone fin a un proceso que tiene como consecuencia la cancelación. La sentencia que declara la ineficacia de la hipoteca, bien por nulidad, por anulabilidad, por rescisión, etc, parece constituir el título apto para proceder a la cancelación registral, pues la sentencia no condena al titular a cancelar la hipoteca, sino que es la propia sentencia la que constituye un título apto para proceder a la cancelación[552].

En el ejercicio de la acción rescisoria concursal que tenga por objeto una hipoteca, en la propia demanda se habrá de solicitar expresamente la cancelación registral de la garantía, dado que el artículo 82.3 LH establece que «*Si constituida la inscripción o anotación por escritura pública, procediere su cancelación y no consintiere en ella aquel a quien ésta perjudique, podrá el otro interesado exigirla en juicio ordinario*».

Resulta también pertinente conocer quién debe afrontar los gastos propios de la cancelación registral. La jurisprudencia ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta cuestión. Señala la SAP de Pontevedra de 27 de julio de 2011 que los gastos de

---

[551] SANCHO GARGALLO, I., «Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2004, pág. 176.

[552] En este sentido, CARRASCO. En CARRASCO PERERA, Á., / CORDERO, E., / MARÍN, M.J., *Tratado…, op. cit.,* págs. 1033 y 1034.

cancelación de la hipoteca, en la medida en que son necesarios para la ejecución de la sentencia, corresponden a quién constituyó la garantía, esto es, a la contraparte[553].

2.2. Efectos de la rescisión de la prenda con y sin desplazamiento posesorio

Cuestión distinta es la rescisión de una garantía para cuya constitución se hubiera hecho necesario el desplazamiento posesorio, bien a favor del acreedor, o bien a favor de un tercero, como puede ser, por ejemplo, el caso de una prenda con desplazamiento -artículos 1863 y 1871 CC-, la rescisión de la garantía supone la devolución al garante de la cosa objeto de prenda y de los frutos que se hubieran obtenido.

Para la constitución de una prenda sin desplazamiento se requiere el otorgamiento de escritura pública o póliza intervenida y la inscripción del documento público en que se formalice el contrato en el Registro que determina la propia Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento. Este registro, conforme al artículo 67 LHMPSD, resulta ser un libro especial denominado como «Inscripciones de prenda sin desplazamiento de posesión». En la medida en que se requiere inscripción registral, resulta necesaria la inscripción de la cancelación de la misma con fundamento en la rescisión. Además, es necesario, conforme al artículo 68 de la citada Ley, que se inscriba en el libro citado anteriormente la resolución judicial firme que declare rescisión.

2.3. Efectos de la rescisión de una prenda de acciones representadas mediante anotaciones en cuenta

Tratándose de un supuesto de prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta, como, por ejemplo, una prenda de acciones, para su constitución será preceptiva la inscripción en la cuenta correspondiente. La inscripción equivale al desplazamiento posesorio del título (artículo 12 LMV y artículo 14 RD 878/2015). La constitución del derecho real conlleva la entrega de unos certificados acreditativos, cuya

[553] En el mismo sentido se pronuncian las SSAP de Asturias de 17 de julio de 2008 y de 10 de mayo de 2011.

entrega no tiene carácter constitutivo en la creación del derecho, sino que produce, fundamentalmente efectos de legitimación.

Por ello, cuando se rescinda una prenda de este tipo, se requerirá la cancelación de la anotación de la prenda en la cuenta donde se hubiera inscrito la existencia del derecho real. En el caso de las sociedades cotizadas, corresponderá a Iberclear, entidad encargada del registro de valores de las sociedades cotizadas, la cancelación de la inscripción, dado que, entre otras funciones, tiene atribuidos los servicios de gestión de garantías reales en calidad de agente entre los participantes en un sistema de liquidación de valores. Si se tratase de una sociedad no cotizada, la cancelación de la inscripción corresponderá a la entidad que se encargue del registro correspondiente, entidad que suele ser un banco. Igualmente, y pese a no tener carácter constitutivo la entrega de los certificados mencionados anteriormente, se requerirá, conforme al artículo 55.2 del Real Decreto citado anteriormente, la restitución de los certificados expedidos[554].

2.4. Efectos de la rescisión de una prenda de acciones representadas mediante títulos

Es muy frecuente en la práctica la constitución de prenda sobre acciones que estén representadas mediante títulos.

Tal y como establece el artículo 121.1 LSC, «*La constitución de derechos reales limitados sobre las acciones procederá de acuerdo con lo dispuesto por el Derecho común*». Esto hace necesario que la prenda conste en instrumento público cuando las acciones estén representadas mediante títulos al portador –artículo 1865 CC- y que se produzca la entrega del título. Si se tratase de acciones representadas mediante títulos nominativos, bastará con endosarla en garantía, sin necesidad de instrumento público.

[554] Establece el artículo 55.2 del Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, sobre registro, compensación y liquidación de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, sobre el régimen jurídico de los depositarios centrales de valores y de las entidades de contrapartida central y sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial que «*La cancelación de derechos reales limitados requerirá la constancia del consentimiento de su titular o la acreditación del hecho determinante de su extinción y, en su caso, la restitución de los certificados expedidos*».

Igualmente, si los títulos son nominativos, a efectos simplemente de legitimación frente a la sociedad, resulta pertinente que se proceda a la inscripción en el libro registro de acciones nominativas que debe llevar la sociedad.

En aquellos casos donde se produzca la rescisión de la prenda que recaiga sobre acciones representadas mediante títulos, parece que será necesario la entrega de la posesión del título de nuevo al socio. No será necesario el otorgamiento de ningún documento público pues la sentencia es la que sirve de fundamento para proceder a la rescisión. La rescisión de la prenda lleva aparejada que el crédito del que fuera acreedor pignoraticio se constituya en el concurso como crédito concursal con la calificación que corresponda.

En caso de que se hubiera producido la sustitución de los títulos, por ejemplo, por haberse estos deteriorado, parece que la prenda permanece inalterada, en la medida en que la prenda se constituye sobre la condición de socio y no sobre el título en sí. Sin embargo, sí resultará necesario realizar de nuevo las formalidades que dieron lugar a la constitución de la prenda. Ello puede tener relevancia, fundamentalmente, a efectos del plazo de los dos años, el cual no comenzaría a contar de nuevo con la emisión de los nuevos títulos.

En aquellos casos donde no se hubieran impreso y entregado los títulos pero existieran resguardos provisionales, en la medida en que la entrega de los resguardos no equivale a la entrega de los títulos, sí resultaría necesario la realización de una escritura pública. Esto implica que, en caso de rescisión, la sentencia baste para proceder a la rescisión. Además, parece que se requerirá, a efectos fundamentalmente de legitimación frente a la sociedad, que deban devolverse los resguardos provisionales al socio una vez se ha procedido a la rescisión.

Cuando se trate de acciones representadas mediante títulos nominativos, estos pueden pignorarse también mediante el endoso en garantía. Cuando las acciones se pignoran mediante endoso, resulta preceptivo igualmente la entrega de los títulos, sin que sea necesario formalizar la operación en documento público. Por ello, la rescisión de la garantía comporta que deba devolverse el título al socio endosante. Surge a este respecto la duda acerca de si resulta o no preceptivo hacer constar en el título la rescisión de la prenda o si, por el contrario, bastaría la entrega del título de nuevo al

socio, de tal forma que la falta de posesión implicaría la inexistencia de la prenda. Parece que la respuesta debe ser la primera, debiendo hacer constar en el título la rescisión de la garantía, con una cláusula semejante a «garantía sin efecto como consecuencia de la rescisión», o mediante la realización de un nuevo endoso a favor del socio, a lo que se añade la entrega del título de nuevo al socio.

Si las acciones tuvieran desembolsos pendientes, correspondería, salvo disposición contraria en el propio título, al socio pignorante el pago de los mismos. Si el socio realiza el pago de los desembolsos pendientes, al incrementar su valor la acción, se extiende de manera automática al nuevo valor la prenda inicialmente constituida y, de producirse la rescisión, la ineficacia alcanza igualmente a este último valor. Si, por el contrario, en el título se hubiera pactado que es el acreedor quien debe realizar el pago de los mismos, caso infrecuente, si se produjese la rescisión de la prenda posteriormente, éste deberá devolver el título al socio, pero, a su vez, nacería un crédito contra la masa en el concurso por esas cantidades o un crédito subordinado si se apreciase mala fe.

2.5. Efectos de la rescisión de una prenda de participaciones sociales

Por su parte, la prenda de participaciones sociales se constituye mediante escritura pública y se ha de anotar en el libro registro de socios[555]. Las participaciones sociales, pese a que la sociedad emita certificaciones de la titularidad y de los gravámenes que recaigan sobre ellas, no circulan como títulos. Asimismo, en la medida en que la comunicación a la sociedad de la constitución de la prenda para su inscripción en el libro registro de socios no tiene eficacia constitutiva, esta inscripción no puede desempeñar la función de publicidad que se le atribuye normalmente a la desposesión del bien mediante la inscripción en un Registro. Por ello, la prenda acabará constituyéndose como derecho real sin más requisitos que su constancia en documento público.

[555] El artículo 104.1 LSC establece que «*La sociedad limitada llevará un Libro registro de socios, en el que se harán constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones, voluntarias o forzosas, de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las mismas*».

En caso de rescisión, cuando la prenda recaiga sobre participaciones sociales, la sentencia de rescisión se debe considerar suficiente para proceder a la liberación de la prenda. La sentencia se tendrá que comunicar a la sociedad para que proceda a la correspondiente anotación en el libro registro de socios.

En relación a los dividendos que ya se hubieran repartido durante la vigencia del contrato de prenda, en la medida en que se hubieran entregado al socio, nada habrá que objetar, pues se habrían integrado directamente en la masa activa. Si, en cambio, en los estatutos de la sociedad o en el mismo contrato de prenda de participaciones, se hubiera establecido que los dividendos se entregasen al acreedor pignoraticio, éste último deberá devolverlos como consecuencia de la rescisión de la prenda y pasarían a integrar la masa activa. En la medida en que los dividendos percibidos por el acreedor pignoraticio se hubieran empleado para el pago del crédito o de sus intereses, revive el crédito en la parte no satisfecha por los dividendos que se reintegran con la calificación que corresponda en el concurso, normalmente, como crédito ordinario, salvo que contase con alguna otra garantía real que no hubiera sido rescindida. En el caso de que los beneficios se hubieran destinado al pago de intereses de la deuda con el acreedor pignoraticio, el crédito se calificaría como crédito subordinado, tal y como establece el artículo 92.3º LC.

Cobran especial importancia los efectos de la rescisión en aquellos supuestos en que se produce un aumento de capital social. En función de la modalidad elegida, van a presentarse distintas situaciones.

Si durante la vigencia del contrato de prenda, se produce un aumento de capital emitiendo nuevas participaciones sociales, y se produce su asignación gratuita por realizarse con cargo a reservas o a beneficios, en virtud del contrato de prenda se produce normalmente la extensión de la prenda de forma automática. Por ende, de producirse la rescisión de la prenda alcanzaría igualmente a las participaciones a las que se hubiera extendido la prenda como consecuencia del aumento de capital.

Si el aumento de capital con cargo a reservas o a beneficios, en lugar de realizarlo mediante la emisión de nuevas participaciones, se realiza aumentando el valor nominal de las participaciones ya existentes, los derechos nuevos nacerán gravados sin necesidad

de un nuevo acto de constitución. En este caso, la rescisión de la prenda alcanzaría igualmente a estos últimos derechos.

Si el aumento de capital social se lleva a cabo mediante la emisión de nuevas participaciones sociales donde resulta ser el socio el encargado de desembolsarlas mediante nuevas aportaciones, pues no se realiza con cargo ni a beneficios ni a reservas, la prenda se extiende de forma automática a las nuevas participaciones. Este supuesto, igual que en el anterior, en caso de rescisión, la misma alcanzaría a las participaciones anteriores y a las nuevas a las que se ha extendido el derecho de prenda.

Por último, si en virtud del contrato de prenda, se hubiera pactado la pignoración del derecho de asunción preferente, si se ejercitara, la prenda se extendería a las nuevas participaciones y, por tanto, en caso de rescisión afectaría ésta a esas nuevas participaciones. Si, en cambio, se vendiese el derecho de asunción preferente, en ese caso se extendería la prenda al dinero recibido con la venta.

En todos estos casos expuestos, parece que la rescisión de la extensión de la prenda sólo sería posible si se impugnase y se rescindiese, a su vez, la prenda originaria, pues la extensión en sí misma no puede ser perjudicial, pues parece ser simplemente una medida de protección o de conservación del objeto de la garantía.

En el caso de que la prenda sobre las participaciones sociales ya se hubiera ejecutado, y éstas se hubieran vendido en subasta, hecho relativamente frecuente, si quien las adquiere es un tercero diferente al acreedor que actúa de buena fe, parece que el mismo no estaría obligado a la devolución de las participaciones. Si, en cambio, el acreedor participa en la subasta y adquiere tales participaciones, parece que estaría obligado a devolverlas y, a su vez, nacería a su favor un crédito por el importe de esas participaciones devueltas que sería calificado en principio como crédito ordinario.

Cuando la prenda sobre participaciones se hubiera ejecutado como consecuencia del incumplimiento de un pacto parasocial, la rescisión de la ejecución parece no conllevar el renacimiento del crédito, sino que nacería un derecho a una indemnización por el incumplimiento del pacto, el cual habría que cuantificar y se calificaría como crédito contra la masa.

En el caso de producirse la ejecución de la prenda sobre unas participaciones de una sociedad que se encuentra en un estado de crisis y, en el momento de la rescisión, la sociedad ha dejado de estar en ese estado, se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa a favor del concurso, el cual tendría que pagar todas las inversiones que se hubieran realizado en la sociedad.

Puede darse también la circunstancia de que se hubiera procedido a la ejecución de la prenda para la satisfacción de un crédito y las participaciones sociales hubiesen pasado a formar parte del patrimonio de otro socio -si esta posibilidad está prevista expresamente en los estatutos de la sociedad-. En este caso, por haberse subrogado en la posición del acreedor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 LSC, en la medida en que las mismas pertenecerían, en principio, a un tercero de buena fe, el que fuera acreedor pignoraticio deberá reintegrar a la masa el valor de las participaciones, más el interés legal –artículo 73.2 LC - y, a su vez, renacería la parte correspondiente de su crédito.

Un supuesto también frecuente en la práctica es aquel en que, en el momento en que se pretenda el ejercicio de la acción rescisoria contra una prenda de participaciones sociales o de acciones, la sociedad ya se hubiera disuelto. En esos casos, pese a existir una cuota de liquidación, las participaciones continúan vigentes en la sociedad, por lo que la prenda seguirá recayendo sobre ellas y, en caso de rescisión, se liberaría la prenda sobre las mismas participaciones, pese a la existencia de la cuota de liquidación. Si la sociedad ya se hubiese liquidado y se hubiera pagado la cuota de liquidación, automáticamente la prenda recaería sobre el dinero recibido, sin perjuicio de la necesidad de cumplir con las formalidades que son propias para el nuevo objeto de la garantía. En este caso, si la suma de dinero se ha utilizado para satisfacer el crédito, se producirá la devolución de las cantidades y renacerá el crédito en el concurso. Si, en cambio, el dinero se encuentra de manera indistinta en una cuenta y no se ha utilizado aún para el pago, se reintegrará esta cantidad a la masa activa.

Si, como consecuencia, por ejemplo, del ejercicio del derecho de separación o de una reducción de capital, le son entregadas al socio determinadas cantidades, éste deberá entregarle las mismas al acreedor pignoraticio con el objeto de evitar la pérdida de la prenda –artículo 1911 CC-. Ello es así porque la prenda se extiende automáticamente a los nuevos objetos sobre los que recaiga la garantía sin necesidad de

un nuevo pacto de voluntad, sin perjuicio de la necesidad de cumplir con las formalidades necesarias en relación al nuevo objeto. Esto trae como consecuencia, por ejemplo, que no pueda ejercerse la acción rescisoria concursal frente a la prenda transcurridos dos años desde el momento de la constitución, aunque la entrega de las cantidades devueltas como consecuencia del ejercicio del derecho de separación o de la reducción de capital, que sirve para constituir la prenda sobre estas cantidades, se hubiera producido posteriormente.

2.6. Efectos de la rescisión de una prenda irregular

Cuando la garantía consista en una prenda irregular, donde el derecho de garantía recae sobre una suma de dinero, debe declararse junto con la extinción de aquella, la posibilidad de que el garante pueda pasar a disponer de esa cantidad. Si el acreedor ya hubiera hecho efectiva la garantía, mediante la aplicación de ese importe a la satisfacción de su crédito, bastaría con que, declarada la rescisión, se restituyese a la masa activa la cantidad percibida y, a su vez, nacería a su favor un crédito que sería calificado como crédito ordinario.

2.7. Efectos de la rescisión de una hipoteca sobre establecimiento mercantil

Debe hacerse referencia, también, al supuesto de rescisión de una hipoteca que recae sobre un establecimiento mercantil. La regulación de la misma se encuentra prevista en el Capítulo II del Título II de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y de prenda sin desplazamiento de la posesión (artículos 19 a 33 LHMPSD).

En este caso, el objeto del derecho real de hipoteca será, en primer lugar, el derecho de arrendamiento del local junto con aquellas instalaciones fijas o permanentes necesarias para desarrollar la actividad empresarial (artículo 20 LHMPSD). También será objeto de hipoteca, si están descritas en la escritura pública expresamente el nombre comercial, rótulo del establecimiento, marcas distintivas y demás derechos de propiedad industrial e intelectual y las máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo (artículo 21 LHMPSD). Igualmente, la hipoteca se

extenderá, mediante pacto, a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento (artículo 22 LHMPSD).

La rescisión de una hipoteca de establecimiento mercantil, supone que los bienes sobre los que recaía la garantía queden liberados, y que el crédito del que fuera acreedor hipotecario se califique en el concurso como crédito ordinario. En la medida en que el crédito no nace como consecuencia de la rescisión, sino que es el mismo crédito que existía con anterioridad a la declaración de concurso pero sin la garantía, el crédito se califica como crédito ordinario.

Cuestión diferente es aquella en que la garantía se hubiera ejecutado con anterioridad a la declaración de concurso por incumplimiento de la obligación garantizada por parte del hipotecante. En esos casos, el acreedor deberá devolver los bienes que se encontraban afectos a la garantía, los cuales se integrarán en la masa activa. Cuando no resulte posible proceder a la devolución de los bienes que estaban afectos a la garantía por las características propias del supuesto, el acreedor deberá devolver el importe que tuvieran. Por otro lado, la rescisión determina que resurja a favor de la contraparte el crédito, en la medida en que se hubiera visto satisfecho mediante la ejecución de la garantía.

2.8. Efectos de la rescisión de acuerdos de ejecución extrajudiciales

En materia de efectos, también debe hacerse referencia a la rescisión de los acuerdos de ejecución extrajudiciales. En la medida en que el objeto de la rescisión es el acuerdo de ejecución y no la garantía, por ejemplo, porque se hubiera obtenido un importe menor del que debería haberse podido o debido obtener, cuando aquél se rescinda de forma autónoma, parece que la consecuencia es que se devuelva el bien y pase a integrarse en la masa activa, vuelva a constituirse la garantía, manteniéndose en el concurso el crédito como crédito privilegiado, procediéndose posteriormente a su ejecución según las normas de la Ley Concursal. En el caso de que no se pueda devolver el bien, por haberse transmitido a tercero de buena fe, la contraparte quedará obligada a la entrega del equivalente.

2.9. Efectos de la rescisión de una hipoteca flotante

Por último, debe hacerse mención a la posibilidad de constituir una hipoteca flotante, recogida en el artículo 153 *bis* LH, cuya principal característica radica en que la cifra de responsabilidad hipotecaria garantiza una pluralidad de obligaciones.

El artículo 153 *bis* LH permite la posibilidad de constituir una hipoteca, bien a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario o bien a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, que asegure una o varias obligaciones, de cualquier clase, presentes o futuras, y sin necesidad de pacto novatorio en el momento de nacimiento de las mismas[556].

Tales obligaciones no tienen por qué proceder de relaciones jurídicas comunes[557]. Ni siquiera tienen que existir en el momento de constitución de la garantía. El artículo 153 *bis* LH tan solo exige que se describan los actos jurídicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones que se aseguren. Junto a este extremo, también es necesario que se describan en la escritura de constitución y en la inscripción la cantidad máxima por la que responde la finca hipotecada, el plazo de duración de la hipoteca y la forma de determinar el saldo final líquido garantizado.

De producirse la rescisión en caso de concurso de una hipoteca flotante, todas aquellas obligaciones que se encontraban garantizadas, quedarán liberadas de la garantía. En ese sentido, el crédito o los créditos del acreedor o de los acreedores que se encontraban garantizados pasarán a integrar la masa pasiva y se calificarán en el concurso como créditos ordinarios.

En relación con las formalidades de la rescisión, en la medida en que para su constitución se requieren los requisitos generales de constitución de cualquier hipoteca, bastará con la sentencia para proceder a la rescisión, pues ésta constituye un título apto

[556] CARRASCO PERERA, Á., / CORDERO, E., «El doble filo de la hipoteca global. Caveat creditor!», en *Diario La Ley*, nº 6988, 2008 (versión electrónica).

[557] La Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido exigiendo, sin embargo, que deben proceder de relaciones jurídicas comunes. A título indicativo, sus resoluciones de 17 y 18 de marzo de 2008.

por sí sola. Es ésta la que sirve también como fundamento para proceder a la cancelación de la inscripción registral.

3. Algunas cuestiones en relación con los efectos de la rescisión

3.1. Relación entre el artículo 73.2 de la Ley Concursal y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria

El artículo 73.2 LC se refiere a la imposibilidad de reintegrar a la masa los bienes salidos injustificadamente del patrimonio del deudor por haber sido transmitidos a un tercero, el cual no ha sido demandado o goza de irreivindicabilidad o protección registral y actuó de buena fe. En estos casos, la sentencia condenará a la contraparte a entregar el valor que tuvieran dichos bienes cuando salieron del patrimonio del deudor, más el interés legal.

Por tanto, dos son las circunstancias que pueden producirse para que se proceda a la condena mencionada. Cada una de ellas basta por si sola para que se proceda a la entrega del valor del bien por parte de la contraparte. Por un lado, basta con que la demanda no se haya dirigido frente al subadquirente y que, en consecuencia, éste no sea condenado. Por otro, que el subadquirente hubiera actuado de buena fe y goce de protección registral.

El artículo 73.2 de la Ley Concursal debe analizarse a la luz de lo previsto en relación con la protección de la fe pública registral del artículo 34 LH. Este último precepto establece que «*El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.*

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».

De la dicción literal del precepto parecen deducirse dos elementos. Una presunción a favor del titular inscrito y del tercero hipotecario, y un parámetro acerca de la buena fe.

Se considera que actúa de buena fe el tercero hipotecario que no conozca la inexactitud del Registro. Tal inexactitud puede ser fáctica o jurídica. Si nos encontramos ante una inexactitud jurídica, por regla general tienen su origen en la nulidad del negocio jurídico de transmisión del inmueble entre el transmitente y el adquirente que es causa de la adquisición del mismo por el tercero hipotecario. Si el tercero hipotecario tiene conocimiento de esa nulidad, ya no sería de buena fe y, por tanto, quedaría protegido el verdadero titular, de tal forma que el tercero hipotecario estaría obligado a entregar el bien a su verdadero titular. Si, por el contrario, el tercero no conocía que el primer negocio era nulo y, por tanto, actúa de buena fe, el tercero se queda con el bien y quien lo pierde es el primer transmitente. Esta es la interpretación del régimen previsto en el artículo 34 LH en relación con la nulidad.

Cuando se trata de un supuesto de rescisión, desde el momento en que el tercero hipotecario tenga conocimiento de la rescindibilidad del acto del que trae causa la transmisión, parece que sería de aplicación el mismo régimen. De ahí que esa inexactitud del Registro entendido como conocimiento de la rescindibilidad del acto anterior en aquellos supuestos de rescisión, vendría a ser equivalente a la previsión contenida en el artículo 73.2 LC.

Por ello, cuando la garantía se ha transmitido junto con el crédito a terceros de buena fe, quienes se encuentran amparados por la publicidad registral –como puede ser el caso de aquellas garantías que para su constitución se hubiera requerido la inscripción en el correspondiente registro-, regirá el cumplimiento por equivalente por parte de la contraparte del acto a favor de la masa, concretado el valor de la garantía en el momento de la constitución[558].

[558] En este sentido, SANCHO GARGALLO, quien considera que el cumplimiento por equivalente será abonar el valor de la garantía al tiempo de constituirse. Manifiesta igualmente que el cumplimiento por equivalente siempre tiene carácter subsidiario, no es un efecto opcional. En SANCHO GARGALLO, I., «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, págs.1221 y 1222.

Se observa de nuevo como al concretar el valor del equivalente en el momento de la constitución de la garantía, los efectos que despliega la rescisión no son efectos que se despliegan materialmente desde la sentencia, sino que se retrotraen al momento de la realización del acto o, como en este caso, al momento de constitución de la garantía. Por tanto, cuando la garantía o el bien gravado con aquella se hubiera transmitido con anterioridad a un tercero que no conociese la rescindibilidad del acto entre el concursado y la contraparte, parece que no resulta posible la extinción de la garantía.

En la medida en que no es posible la cancelación de la garantía, la beneficiaria de la misma, tal y como ha manifestado la STS 143/2015, de 26 de marzo, «*debería restituir a la masa el importe de la deuda de la concursada que se cubrió con la constitución de la garantía, siempre que no conste que el valor de la garantía era inferior (en atención al valor de realización del bien en ese momento). Ese sería, de forma orientativa, el desvalor sufrido por el bien hipotecado, cuando se realizó el acto objeto de rescisión, que es la constitución de la hipoteca, y que debió ponerse de manifiesto al tiempo de enajenarse el bien hipotecado, cuyo valor se vio minorado por la deuda garantizada*».

3.2. Rescisión de una hipoteca que recae sobre una finca cotitularidad del concursado y su esposa

Un supuesto también particular es aquel en que se produce la rescisión de una hipoteca que recae sobre una finca de la que son cotitulares el concursado y su esposa. Es decir, únicamente la mitad de la finca que está afecta a la hipoteca pertenece al concursado.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de manifestarse en un supuesto como el descrito. La SAP de Barcelona 40/2016, de 25 de febrero rescindió únicamente parte del negocio jurídico de constitución de la garantía, en concreto el acto constitutivo del gravamen llevado a cabo por el concursado, y mantuvo la hipoteca respecto de la mitad indivisa de la esposa.

Explica el tribunal que la rescisión parcial de una garantía que recae sobre un bien que es titularidad del concursado y otra persona no resulta contraria al principio de

indivisión de la hipoteca prevista en los artículos 122 y 123 LH y en el artículo 1860 CC, puesto que lo que prohíben los citados preceptos es que afecte a la hipoteca, bien la modificación que pueda sufrir la obligación garantizada, o bien la que pueda afectar a la titularidad de la finca[559]. Es decir, la indivisibilidad de la hipoteca supone que ésta persiste entera e idéntica aunque el crédito o la finca se dividan. En este caso, alega el tribunal, lo que se produce no es la división del crédito o del bien sobre el que recae la garantía, sino la revocación del negocio constitutivo de la hipoteca y, en consecuencia, la rescisión conlleva que la misma deba entenderse constituida sólo por la titular no concursada y que grave sólo la mitad de la finca.

Cuando lo que se produce es el otorgamiento de una hipoteca sobre varios derechos integrantes del dominio o cuotas indivisas, puede pactarse la indivisibilidad, en la medida en que el artículo 217 del RH establece que «*Si se tratare de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participaciones pro indiviso de una finca o derecho, podrán acordar los propietarios o titulares respectivos, para los efectos del artículo anterior, la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución*».

En el mismo sentido se pronunció la STS de 13 de diciembre de 2010 en la que se pretendía la rescisión limitada a la hipoteca de la nuda propiedad en un caso en que también se había hipotecado el usufructo por su titular. En ese caso, manifiesta la sentencia que «*cuando se hipotecan varios derechos integrantes del dominio, se habla en la doctrina de hipoteca conjunta, rige el principio de distribución -determinación-, pero puede pactarse la indivisibilidad. De ahí que, en tal perspectiva, no cabe entender afectado por la sentencia recurrida el principio de indivisibilidad, como tampoco hay cuestión por el hecho de que no resulte garantizado por uno de los derechos la totalidad de la obligación, pues cabe la garantía de una parte de una obligación, sin que obste a la unidad de ésta*»

Además, continúa la sentencia, «*ciertamente en el caso no hay convenio entre las partes, pero ello no impide que pueda acordarse la modificación por mandato judicial, lo que puede obedecer a la ineludible protección de terceros, o la limitación de los*

[559] Sobre esta cuestión, CARRASCO PERERA, Á., / CORDERO, E., / MARÍN, M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I,* Aranzadi, 3ª Edición, 2014, págs. 768-772.

propios derechos de los hipotecantes, ya que, si bien la hipoteca recae sobre la cosa, no puede exceder de la extensión que en ella corresponde al hipotecante, pues nadie puede hipotecar más de lo que tiene -"nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet"-. Por otra parte, la modificación por reducción parcial no afecta a la regulación legal, y entra dentro de las posibilidades del principio de determinación, y además, está justificada en el caso en la perspectiva de aplicación del efecto más débil que favorece la conservación del negocio, y responde, desde luego mejor que la nulidad, a la protección de todos los intereses económicos en juego, lo que no sucedería con cualquier otra solución a adoptar, que desequilibraría la situación en favor de uno u otro de los interesados»

En consecuencia, los efectos derivados de la rescisión de una hipoteca sobre una finca cotitularidad del concursado y su esposa por iguales partes indivisas parece que debe ser que la hipoteca subsista sobre el cincuenta por ciento de la esposa y, a su vez, se rescinda la hipoteca respecto de la mitad propiedad del concursado y el crédito de la contraparte sea calificado como crédito concursal ordinario.

3.3. Reintegración de los gastos de formalización del préstamo y de los gastos de constitución de la garantía

Una vez que se produce la rescisión de una garantía, hay que determinar si deben reintegrarse a la masa activa tanto los gastos de formalización del préstamo como los gastos de constitución de la garantía.

Con respecto a los primeros, la jurisprudencia ha manifestado que al no ser el negocio principal el objeto de rescisión, no debe procederse a la reintegración a la masa de estos gastos[560]. No obstante, nos encontramos ante un supuesto diferente cuando la rescisión de la garantía se produce en grado de accesoriedad por la rescisión del préstamo. Al ser objeto de rescisión el préstamo, parece que lo razonable sería reintegrar a la masa los gastos de la comisión de apertura.

[560] Así lo expresa, por ejemplo, la SAP de Huesca 12/2015, de 30 de enero, quien únicamente admite el reintegro a la masa de los gastos de formalización de la hipoteca, pero no de la comisión de apertura del préstamo, por no ser éste objeto de rescisión.

En cambio, parecen existir mayores dudas acerca de la reintegración a la masa de los gastos de constitución de la hipoteca.

En opinión de SANCHO GARGALLO, deben reintegrarse tales gastos, pues si la finalidad de la acción rescisoria es reintegrar a la masa el «*sacrificio patrimonial injustificado*», ello justifica que el adquirente tenga la obligación de compensar a la masa los gastos que el deudor concursado satisfizo para formalizar la garantía[561]. En este sentido, la jurisprudencia ha manifestado que «*Los gastos que afrontó la concursada como consecuencia de la suscripción de los préstamos hipotecarios, representan una cantidad que ha disminuido el activo de la misma. Estimándose procedente que tales gastos sean abonados por la entidad bancaria, la cual es condenada a su reintegración, esta reintegración ha de hacerse mediante su abono a la masa activa del concurso, restituyendo a la misma unas cantidades que no debieron salir del activo de la concursada*»[562].

Por el contrario, otro sector doctrinal y jurisprudencial mantiene la tesis opuesta al entender que los gastos de constitución no deben reintegrarse a la masa cuando han sido abonados por el concursado, salvo en casos de mala fe. Justifican esta postura en que el perjuicio a la masa activa en que se funda la rescisión de las garantías reside en la vulneración de la *par conditio creditorum* y los gastos de formalización no suponen una vulneración adicional de tal principio. Siendo así, la rescisión debería limitarse a declarar la ineficacia de la garantía, y no de todos los negocios que se relacionan con la constitución. Ello no impide, en su opinión, que pueda establecerse una acción de impugnación autónoma fundada en la salida injustificada de numerario de la masa activa. La reintegración sí tendría lugar en aquellos casos donde, habiendo realizado tales gastos el concursado, el acreedor hubiese actuado de mala fe, por lo que quedaría obligado a resarcir todos los daños causados a la masa activa[563].

---

[561] SANCHO GARGALLO, I., «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, pág. 1214.

[562] SAP de Sevilla 431/2013, de 26 de septiembre

[563] En este sentido, HERBOSA, I., «Efectos de la rescisión de las garantías reales en el concurso (con particular atención a las contextuales», en *RDCP*, nº 24, 2016, pág. 221. En la jurisprudencia, la SAP de Pontevedra, sección 1ª, 433/2011, de 27 de julio, manifiesta que «*su efecto típico es la extinción de la garantía, pero no necesariamente la de todos los negocios accesorios o relacionados con su constitución.*

Un último supuesto tratado por la jurisprudencia es aquel en que, como consecuencia de una refinanciación, se constituyen unas hipotecas que garantizan las nuevas obligaciones y que sustituyen a las garantías anteriores. La STS 654/2016, de 4 de noviembre, manifestó que la rescisión debería llevar aparejada la cancelación de la nueva garantía y la reposición de la anterior[564].

Su efecto, pues, se limita a lo preciso para satisfacer al perjudicado, lesionado por el acto rescindido. Tampoco conlleva necesariamente la rescisión del negocio la ineficacia de todos los que de él se deriven».

[564] En ese sentido, el Tribunal Supremo manifestó que «*De tal forma que resulta lógico que si el acto de disposición objeto de rescisión consiste en la sustitución de una originaria garantía, que se califica de más débil, por otra, que se considera más consistente, el efecto de la rescisión previsto en el artículo 73 LC no sea la mera cancelación de las hipotecas, sino que también alcance a la rehabilitación de la reserva de dominio. Sin perjuicio de que la imposibilidad de restituir estas reservas de dominio sobre los vehículos pueda transformarse en una restitución por equivalencia, mediante el pago del importe de aquellas garantías (las reservas de dominio) al tiempo en que se dejaron sin efecto como consecuencia de la constitución de las hipotecas.*

Es cierto que, en otras ocasiones, hemos declarado que el efecto consiguiente a la rescisión de una hipoteca es, ordinariamente, su cancelación (STS 100/2014, de 30 de abril), en la medida en que se trata de un acto unilateral.

Pero este no es el caso, ya que en el presente la constitución de las hipotecas por el posteriormente declarado en concurso estaba ligada a que la financiadora levantara las garantías de las reservas de dominio. No estamos ante un acto estrictamente unilateral, por lo que la rescisión alcanza del mismo modo a la constitución de las hipotecas que a la reposición de las reservas de dominio».

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En una visión de conjunto de la regulación española en materia rescisoria, la Ley Concursal aprobada en el año 2003 rompe con el sistema de retroacción del Código de Comercio. Sin embargo, las conexiones con el Derecho histórico no desaparecen completamente pues algunos de los elementos del régimen de la retroacción están presentes también en el régimen rescisorio. Uno de los problemas que planteaba el régimen derogado era el plazo de la retroacción, cuestión que parece que se quiso solucionar con el establecimiento de un único plazo de dos años. Otro problema era que los actos realizados desde la fecha de la retroacción eran declarados nulos, cuestión que el legislador concursal parece pretender solucionar con la calificación de la acción como una acción rescisoria y con el establecimiento de que el acto haya resultado perjudicial como presupuesto para la rescisión. Ahora bien, al igual que sucedía en el Código de Comercio, en la Ley Concursal no se requiere como presupuesto para la rescisión la situación de insolvencia del concursado en el momento de realizar el acto ni la acreditación del elemento subjetivo de la falta de buena fe de la contraparte del acto. Y, además, en materia de efectos, el crédito de la contraparte se califica como regla general como deuda de la masa que debe ser satisfecho simultáneamente con la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido. Se trata de una medida que ya había sido mantenida por un sector doctrinal en relación con lo dispuesto en el régimen anterior.

SEGUNDA.- El régimen rescisorio en relación con las garantías se configura en Derecho español de acuerdo con la finalidad propia del Derecho tradicional clásico, esto es, de acuerdo con la satisfacción colectiva de los acreedores conforme al principio de la *par conditio creditorum*. Si a ello se añade que el régimen se encuentra en buena medida condicionado debido a las deficiencias estructurales que presenta la regulación originaria de la acción rescisoria en la Ley Concursal, resulta difícil lograr de manera efectiva acuerdos de refinanciación que permitan la continuidad de la empresa.

TERCERA.- En la reforma de la Ley Concursal para la regulación de los acuerdos de refinanciación se establece una exención a la acción rescisoria de cumplirse con determinados presupuestos, entre los que se incluye que las garantías sean proporcionales. A este respecto, se establecen dos reglas. Por un lado, la prevista en el

artículo 71 *bis*.2 c) LC en relación a los acuerdos de refinanciación singulares, donde el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Por otro, la regla prevista en el artículo 71 *bis*.4 LC, en relación con los acuerdos colectivos, donde se establece que las garantías sean proporcionales en condiciones normales de mercado. A este respecto, y con una interpretación teleológico sistemática, parece que esta segunda regla debería ser también de aplicación en relación con los acuerdos de refinanciación homologados.

CUARTA.- En relación con la regla prevista en el artículo 71 *bis*.4 LC, relativa a que las garantías sean proporcionales en condiciones normales de mercado, el legislador no ha determinado el alcance de la misma y si debe o no constituir en todo caso un presupuesto material para que la operación quede amparada frente a la rescisión. Parece que, a este respecto, la citada regla debería constituir un requisito material respecto de aquellas garantías que se otorgan sobre la financiación que va unida al plan de viabilidad que permite la continuidad de la empresa. Y, a su vez, la aplicación de la regla del artículo 71 bis.2 c) LC prevista en relación con los acuerdos de refinanciación singulares constituiría un hecho indiciario de que las garantías otorgadas en el marco de un acuerdo de refinanciación colectivo u homologado se han constituido conforme a criterios de mercado.

QUINTA.- Los acuerdos de refinanciación que no reúnan los presupuestos del artículo 71 *bis* LC ni sean homologados judicialmente pueden ser rescindidos si se cumplen los presupuestos generales previstos para ello en la regulación de la acción rescisoria concursal. Ahora bien, los criterios objetivos que sirven para dar cobertura a los acuerdos de refinanciación singulares, colectivos y homologados son criterios que pueden emplearse como indiciarios para probar que los acuerdos no resultan perjudiciales.

SEXTA.- En los acuerdos de refinanciación que no cumplen con los presupuestos previstos en el artículo 71 *bis* LC y en la Disposición adicional cuarta LC para quedar amparados frente a la acción rescisoria, el carácter perjudicial podrá apreciarse si se demuestra que la continuidad no era en un principio razonable y realizable. Su impugnación sobre la base de que la continuidad no era razonablemente posible se

habrá de complementar con la acreditación de si las garantías que van unidas a la financiación que, en principio, permite la continuidad de la empresa resultan ser abusivas.

SÉPTIMA.- En Derecho español, en los acuerdos homologados judicialmente se ha previsto la posibilidad de oponerse sólo en aquellos casos en los que se prevé la extensión de efectos. Pueden plantear oposición a la homologación únicamente los acreedores a los que se les extiendan los efectos. Además, los motivos de oposición se encuentran tasados, pues sólo se puede alegar el incumplimiento de las mayorías exigidas y el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor. Estas restricciones son las que pueden explicar que el legislador haya establecido expresamente la posibilidad de impugnación una vez declarado el concurso.

OCTAVA.- La acción de impugnación que puede ser ejercida contra los acuerdos de refinanciación homologados plantea el interrogante de si es necesario o no reconducirla necesariamente a alguna de las causas de nulidad de los contratos. A este respecto puede ser ilustrativo el debate que ha surgido en la doctrina italiana sobre la naturaleza jurídica de esta clase de acuerdos. Si la naturaleza es meramente contractual, se estaría ante un supuesto de nulidad contractual. Si la naturaleza jurídica no puede ser explicada únicamente con el Derecho de contratos, sino que se trata de un acuerdo específico preconcursal, con unos requisitos legales que conllevan también un control judicial, si se demuestra que no se han cumplido con los presupuestos legales, implicará que tampoco tendrán las consecuencias legales previstas para esta clase de acuerdos y, por tanto, estaríamos ante un supuesto de impugnación específico en consideración a la naturaleza propia de estos acuerdos. En cualquier caso, se trate de reconducirlo a una acción de nulidad o a una acción específica de impugnación, se estaría analizando en qué medida se están cumpliendo o no aquellos requisitos materiales y formales que, entre otras efectos, impiden la rescisión. Con lo cual, se trataría de una acción de impugnación, que no dejaría de tener una significación hasta cierto punto rescisoria. Aun así, se opte por una vía u otra, el efecto sería la ineficacia completa del acuerdo, esto es, no parece que sea de aplicación el régimen de la ineficacia rescisoria del artículo 73 LC.

NOVENA.- La posibilidad de impugnación de los acuerdos homologados en Derecho español, donde el control sobre el cumplimiento de los presupuestos se realiza

ex post una vez declarado el concurso contrasta con la prevista en Derecho italiano donde hay un control *ex ante* plenario y, por tanto, no se ha previsto la posibilidad de impugnación una vez declarado el concurso. A su vez, tanto el Derecho español como el Derecho italiano contrastan con el Derecho norteamericano, donde las refinanciaciones se llevan a cabo en el marco del concurso y, por tanto, las garantías son mayores y las posibilidades y la flexibilidad para alcanzar un acuerdo de refinanciación también son mayores. Esta diferencia en el tratamiento explica también el diferente alcance que tiene en los distintos ordenamientos y la funcionalidad que tiene esta clase de acuerdos como consecuencia de la normativa que resulta de aplicación.

DÉCIMA.- El legislador ha establecido en los artículos 71.2 y 71.3.3º LC dos presunciones de perjuicio cuando se trate de pagos por obligaciones que vencen después de la declaración de concurso, diferenciándose en función de que las mismas se encuentren o no garantizadas. Si a ello se une como está delimitado el presupuesto objetivo en Derecho español *–perjuicio para la masa activa-*, y la definición que del mismo hace el Tribunal Supremo como *sacrificio patrimonial injustificado,* de alguna manera se genera cierta inseguridad jurídica. Para tratar de salvar esta deficiencia, el Tribunal Supremo introduce el estado de insolvencia del deudor como elemento que determina el carácter perjudicial de los pagos vencidos. Sin embargo, no existe apoyo en el texto de la Ley Concursal para situar la insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto como fundamento para declarar ese acto como perjudicial y, por tanto, carecería de base normativa alegar que el estado de insolvencia sea determinante para declarar injustificado un pago . Es más, ni el Tribunal Supremo ni la Ley Concursal han establecido como requisito de prueba para proceder a su rescindibilidad que los pagos hubieran sido realizados cuando el concursado era ya insolvente. Incluso, resulta sorprendente como este mismo criterio no es aplicado por el Tribunal en otra clase de actos, sino tan solo en relación con los pagos vencidos y exigibles.

UNDÉCIMA.- El artículo 10 LMH exige para la rescisión de las hipotecas titulizadas la existencia de fraude. Para la apreciación del elemento subjetivo, en relación con el deudor hipotecario, parece que tiene que haber necesariamente dolo, entendido como voluntariedad de constituir la hipoteca con carácter perjudicial para sus acreedores. Respecto de la entidad de crédito, parece que en todo caso existirá fraude cuando haya participado voluntariamente en el acto del deudor para perjudicar a sus acreedores, pero también parece existir fraude cuando la entidad de crédito haya

actuado de mala fe, esto es, cuando haya tenido consciencia de que el deudor suscribe la financiación hipotecaria con la voluntad de defraudar a sus acreedores. Parece que no debería ser suficiente para la apreciación del fraude el simple conocimiento de la entidad de crédito de que el deudor se encuentra en estado de insolvencia, interpretación ésta que suele realizarse en relación al fraude en el régimen tradicional de la rescisión concursal. Si, en cambio, conociendo la situación de insolvencia, participa en la realización de un acto para defraudar típico de situaciones preconcursales, se debería apreciar, en cambio, la existencia de fraude.

DUODÉCIMA.- La pignoración sobre los saldos en un contrato de cuenta corriente o en relación con un contrato de apertura de crédito puede resultar perjudicial tanto por la falta de proporcionalidad entre la cantidad pignorada y el crédito garantizado como por la falta de justificación económica o la posible abusividad de la garantía. En relación con los efectos, la rescisión conllevaría la liberación de esas cantidades y su integración en la masa activa y que se reconociese a favor del acreedor en el concurso un crédito ordinario. Sin embargo, la operativa normal consiste en que el banco pignora el saldo, ejecuta la garantía y se da por pagado, de forma simultánea mediante los correspondientes asientos contables. En este caso, la entidad de crédito estaría obligada a devolver el dinero y resurgiría el crédito como ordinario en la parte que se hubiera satisfecho mediante la ejecución de la garantía.

DECIMOTERCERA.- Si una dación en pago forma parte de un acuerdo de refinanciación que cumple con los presupuestos del artículo 71 *bis* LC o de la Disposición adicional cuarta LC, aquella no podrá ser objeto de rescisión concursal. A este respecto, parece que no se puede analizar de manera individualizada el carácter perjudicial de la dación en pago en los términos del artículo 71 LC, sino que se debe hacer en el contexto del conjunto del acuerdo en el que se debe tener en cuenta también la continuidad de la actividad empresarial.

Es decir, puede observarse como con el establecimiento de una regulación específica para los acuerdos de refinanciación, el concepto de *acto perjudicial* parece haber sufrido una ligera modificación, pues la irrescindibilidad de los mismos no parece fundamentarse completamente en no resultar perjudiciales para la satisfacción colectiva, sino que, además, se debe tomar en consideración que permiten la continuidad de la empresa.

DECIMOCUARTA.- No puede afirmarse de manera categórica que la entrega de un bien en una dación en pago con un valor inferior al crédito sea suficiente para eludir la consideración del carácter perjudicial. La interpretación que puede encontrar mayor fundamento en atención a la configuración estructural de la acción rescisoria en la Ley Concursal es aquella en la que la dación no resultará perjudicial, desde el punto de vista de la equivalencia entre las contraprestaciones, si en el marco del concurso hubiese podido llevarse a cabo en términos equivalentes. Si, antes de la declaración de concurso, el acreedor recibió un bien con un valor inferior al crédito pero en el concurso ni siquiera podría haber obtenido el valor de ese bien pues, como consecuencia de las quitas impuestas, le correspondería un importe inferior, la dación en pago realizada antes de la declaración de concurso, aun existiendo falta de equivalencia entre las contraprestaciones a favor del concursado, podría ser rescindida si se considerase que el acto resulta perjudicial en el sentido del artículo 71 LC, esto es, supuso un sacrificio patrimonial injustificado, conforme a la expresión empleada por el Tribunal Supremo.

DECIMOQUINTA.- En relación a los efectos de la rescisión de una dación en pago sobre una obligación que ostentase algún tipo de garantía, se han realizado dos interpretaciones. Por un lado, aquella que califica el crédito que surge como consecuencia de la rescisión como crédito contra la masa, pues para tratar de remediar la pérdida del privilegio que tendría el acreedor de no haberse efectuado la dación, otorga a ésta la naturaleza de una novación, de tal forma que como consecuencia de la rescisión nacería un nuevo crédito, y podría aplicarse la consecuencia prevista en el artículo 73 LC. Sin embargo, esta interpretación parece demasiado dogmática. Parece, a este respecto, más consistente, de acuerdo con la finalidad del régimen rescisorio, acoger aquella interpretación en la que la rescisión de la dación en pago, en la medida en que funcionalmente es un modo diferente de cumplimiento de la obligación originaria, conlleva que *reviva* el crédito que ostentaba el acreedor con carácter previo a la entrega del bien dado en pago, y ello junto con las garantías que en su caso tuviera. Por ende, el crédito debería ser calificado como crédito concursal con la calificación que correspondiese en atención a las disposiciones de la Ley Concursal.

DECIMOSEXTA.- En relación a la rescisión de garantías contextuales en aseguramiento de deudas propias, las garantías deben ser calificadas, en principio, a título oneroso, pues el concursado garante recibe como contraprestación al otorgamiento de la garantía el crédito del acreedor. Si resulta o no perjudicial debe valorarse

atendiendo a las diferentes circunstancias de la operación y deberá enjuiciarse caso por caso.

DECIMOSÉPTIMA.- En relación a la rescisión de garantías contextuales en aseguramiento de deudas de tercero, la consideración de la onerosidad o la gratuidad de la garantía debe hacerse por referencia al sujeto garante y en atención a si éste recibe algún tipo de contraprestación. Si se prueba que la garantía fue otorgada a título gratuito, pues el garante no recibió ningún correspectivo, se estará ante el supuesto previsto en el artículo 71.2 LC y se reputará perjudicial sin posibilidad de prueba en contrario. Si la garantía es calificada como onerosa, no significa en modo alguno que se excluya automáticamente el carácter perjudicial. La consideración de la garantía como perjudicial deberá enjuiciarse caso por caso desde una perspectiva económico funcional.

DECIMOCTAVA.- En las garantías otorgadas entre sociedades del mismo grupo deben diferenciarse dos supuestos. En primer lugar, aquellas otorgadas por la sociedad matriz por deudas de una sociedad filial, donde la garantía debe ser calificada siempre a título oneroso. Por otro lado, para que las garantías otorgadas por una sociedad filial a favor de una deuda de la sociedad dominante o entre dos filiales del grupo puedan ser calificadas a título oneroso, la sociedad garante debe recibir algún tipo de contraprestación –aplicándose también la doctrina de las ventajas compensatorias-. En este sentido, al igual que entendía la doctrina italiana, no basta con alegar el simple «*interés del grupo*» en el otorgamiento de la garantía para excluir el carácter gratuito de la garantía, sino que debe demostrarse que, efectivamente, la sociedad garante recibió algún tipo de contraprestación. Al igual que en el supuesto anterior, la consideración de la garantía como perjudicial deberá enjuiciarse caso por caso desde una perspectiva económico funcional.

DECIMONOVENA.- En las garantías no contextuales para asegurar una deuda propia, la onerosidad o gratuidad de la garantía debe evaluarse, igualmente, en función de si el garante recibe algún tipo de contraprestación. La Ley Concursal, en su artículo 71.3.2º, establece una presunción *iuris tantum* de que una garantía de este tipo resulta perjudicial, con independencia de que la deuda se encuentre o no vencida. En este sentido, la concesión de nuevo crédito al deudor por parte del acreedor o la ampliación del plazo de vencimiento de la deuda son circunstancias que determinan la onerosidad de la garantía e, igualmente, pueden ser circunstancias que justifican la ausencia de

perjuicio. Estos dos motivos han sido declarados por el Tribunal Supremo en determinadas circunstancias y en función del caso concreto, como justificación para no declarar perjudicial el otorgamiento de una garantía

VIGÉSIMA.- El análisis en relación a las garantías no contextuales por deuda ajena, debe partir de la misma consideración que se hizo al tratar las garantías contextuales por deuda ajena; esto es, la consideración de la onerosidad o la gratuidad de la garantía debe hacerse por referencia al sujeto garante y en atención a si éste recibe algún tipo de contraprestación. Si el garante no recibe correspectivo, la garantía será calificada a título gratuito, en cuyo caso no será necesario acreditar que resultó perjudicial pues esta circunstancia se presumirá sin admitir prueba en contrario. Si, en cambio, el garante recibe algún tipo de contraprestación, deberá analizarse, bien mediante la cláusula general del artículo 71.4 LC, bien mediante el uso de alguna de las presunciones que dispone el artículo 71.3 LC, si la contraprestación, bien directa, o bien indirecta, es de tal entidad desde un punto de vista económico funcional que justifica el otorgamiento de la garantía.

VIGÉSIMOPRIMERA.- El artículo 73 LC, cuando califica el crédito que surge como consecuencia de la rescisión en crédito contra la masa, o en crédito subordinado de existir mala fe, está pensado para los actos bilaterales, pero no para aquellos actos unilaterales ni tampoco regula los efectos en relación con la rescisión de obligaciones accesorias. La jurisprudencia, sin embargo, pese a no mencionarlo la Ley expresamente, en la rescisión de aquellos actos donde no haya prestaciones recíprocas entre deudor y contraparte, como puede ser la rescisión de los pagos, pero también de las garantías, considera que, en la medida en que no resurge ningún crédito por efecto de la rescisión, el crédito de la contraparte se habrá de calificar de acuerdo con la calificación que le corresponda en el concurso. Esta misma calificación se otorga en aquellos casos en que existe mala fe en la contraparte por la razón expuesta. En la tesis se hace un análisis pormenorizado de los efectos de la rescisión en función del objeto de la garantía que no se ha hecho hasta ahora ni por la jurisprudencia ni por la doctrina.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- En la Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal, el régimen de los efectos de la rescisión de los actos unilaterales y, en concreto, la calificación que debe merecer el crédito de la contraparte, es semejante en

la consideración de crédito concursal, pero resulta ser diferente cuando se aprecie mala fe en la contraparte.

De apreciarse mala fe en la contraparte, la Propuesta ha optado por subordinar el crédito también cuando la rescisión sea de un acto unilateral, y no sólo en el caso de actos bilaterales.

El fundamento dogmático de esta opción resulta discutible y, también, puede faltar base legal para su introducción en un texto refundido, pues se trata de una regla que va más allá de la regularización, aclaración y armonización de lo dispuesto en el régimen vigente.

CONCLUSIONI

CONCLUSIONI

PRIMA.- In una visione generale del regolamento spagnolo in quanto a revocatoria, la Ley Concursal approvata nel 2003 rompe con il sistema di retroattività del Código de Comercio. Sebbene, i collegamenti con il Diritto storico non scompaiono completamente perché alcuni degli elementi del regime di retroazione sono presenti anche nel regime di revocatoria. Uno dei problemi posti dal regime abrogato era il periodo della retroazione, una questione che sembra risolta con l'istituzione di un singolo periodo di due anni. Un altro problema era che gli atti compiuti dalla data di retroazione erano stati dichiarati nulli, un problema che il legislatore fallimentare sembra voler risolvere con l'azione revocatoria che stabilisce il presupposto oggettivo del «pregiudizio». La Ley Concursal non richiede lo stato dell'insolvenza del fallito al momento dell'atto o dell'accreditamento dell'elemento soggettivo della mancanza di buona fede della controparte dell'atto, come accadeva nel Código de Comercio. Inoltre, in termini di effetti, il credito della controparte si qualifica come regola generale come credito prededucibile che deve essere soddisfatto contemporaneamente alla reintegrazione delle beni o dei diritti soggetti all'atto revocato. È una misura che era già stata presa da un settore dottrinale in relazione al regime precedente.

SECONDA.- Il regime revocatorio rispetto alle garanzie è stabilito nel Diritto spagnolo in conformità al Diritto tradizionale, cioè secondo la soddisfazione collettiva dei creditori secondo il principio del par conditio creditorum. Se aggiungiamo che il regime è ampiamente condizionato dalle carenze strutturali della regolamentazione originaria dell'azione revocatoria nella Ley Concursal, è difficile ottenere in modo efficace degli accordi di ristrutturazione che consentano alla società di continuare.

TERZA.- Nella riforma della Ley Concursal per la regolamentazione degli accordi di ristrutturazione, è prevista una esenzione all'azione revocatoria se si compiono determinati presupposti, tra i quali che le garanzie sono proporzionali. A questo proposito, vengono stabilite due regole. Da un lato, quella prevista dall'art. 71 bis.2 c) LC in relazione agli accordi di ristrutturazione singolari, in cui il valore delle garanzie risultanti a favore dei creditori intervenuti non deve eccedere nè nove decimi del valore del debito che è a favore dei creditori, nè la percentuale di garanzie sul debito

che avevano prima dell'accordo. D'altro canto, la norma prevista dall'articolo 71 bis.4 LC, in relazione agli accordi collettivi, in cui si stabilisce che le garanzie siano proporzionali alle normali condizioni di mercato. Da un punto di vista teleologico sistematico, sembra che questa seconda regola debba applicarsi anche agli accordi di ristrutturazione omologati.

QUARTA.- La norma prevista dall'art. 71 bis.4 LC dice che le garanzie sono proporzionali in normali condizioni di mercato. Il legislatore non ha determinato le ripercussioni e se deve o no costituire in ogni caso un presupposto materiale di modo che l'operazione non possa essere revocata. Sembra che, a tale riguardo, la suddetta norma debba costituire un presupposto sostanziale rispetto a quelle garanzie concesse sul finanziamento che è legato al piano di redditività che consente la continuità della società. E, a sua volta, l'applicazione della norma di cui all'articolo 71 bis, paragrafo 2, lettera c) LC, prevista in relazione agli accordi di ristrutturazione singolari costituirebbe un indizio che le garanzie concesse nell'ambito di un accordo di ristrutturazione collettivo o approvato sono state costituite secondo criteri di mercato.

QUINTA.- Gli accordi di ristrutturazione che non rispettano i presupposti dell'articolo 71 bis LC e non siano omologati possono essere revocati se i presupposti generali previsti nella azione revocatoria sono rispettati. Tuttavia, i criteri oggettivi che servono per coprire gli accordi di ristrutturazione singolari, collettivi e omologati sono criteri che possono essere utilizzati come indizi per dimostrare che gli accordi non sono dannosi.

SESTA.- Negli accordi di ristrutturazione che non rispettano i presupposti previsti dall'articolo 71 bis LC e dalla quarta disposizione aggiuntiva LC, il pregiudizio può essere valutato se si dimostra che la continuità non era dall`inizio ragionevole e realizzabile. L`impugnazione sarà più semplice se le garanzie che accompagnano il finanziamento risultano essere abusive.

SETTIMA.- Nel Diritto spagnolo, negli accordi di ristrutturazione omologati è prevista la possibilità di opposizione solo nei casi in cui è prevista l'estensione degli effetti. Solo i creditori a cui sono estesi gli effetti possono obiettare all'omologazione. Inoltre, i motivi dell'opposizione vengono valutati. Possono solo essere invocati il mancato rispetto delle maggioranze richieste e la natura sproporzionata del sacrificio

richiesto al creditore. Queste restrizioni sono quelle che possono spiegare perché il legislatore ha espressamente stabilito la possibilità di impugnare una volta dichiarato il fallimento.

OTTAVA.- L'azione di impugnazione che può essere esercitata contro gli accordi di ristrutturazione omologati solleva la questione se è necessario ricondurla necessariamente a alcune delle cause di nullità dei contratti. A tale riguardo, il dibattito che è sorto nella dottrina italiana sulla natura giuridica di questo tipo di accordi può essere illustrativo. Se la natura è meramente contrattuale, ci sarebbe un caso di nullità contrattuale. Se la natura giuridica non può essere spiegata solo con il Diritto dei contratti, ma si tratta di uno specifico accordo pre-fallimentare, con requisiti legali che comportano anche un controllo giudiziario, se viene dimostrato che i presupposti legali non sono stati rispettati, implicherà che non avranno le conseguenze legali previste per questo tipo di accordi e, pertanto, dovremmo affrontare una impugnazione specifica basata sulla natura di questi accordi. In ogni caso, si tratta di ricondurlo a un'azione di nullità o ad un'azione specifica di impugnazione, si analizzerebbe fino a che punto soddisfano o meno quei requisiti materiali e formali che, tra gli altri effetti, impediscono la revocatoria. Con ciò, sarebbe un'azione di impugnazione, che non smetterebbe di avere un significato in una certa misura rescissorio. Ancora, si sceglie un modo o nell'altro, l'effetto sarebbe l'inefficacia completa dell´accordo, vale a dire, non sembra applicare il regime revocatorio di inefficacia dell'articolo 73 LC.

NONA.- La possibilità di impugnare gli accordi omologati nel Diritto spagnolo, in cui il controllo sull'osservanza dei presupposti è effettuato *ex post* una volta dichiarato il fallimento, contrasta con quello previsto nel Diritto italiano dove esiste il controllo *ex ante* plenario e quindi, la possibilità di una impugnazione non è prevista una volta che il fallimento è stato dichiarato. A loro volta, sia la legge spagnola sia la legge italiana sono in contrasto con il Diritto americano, in cui il rifinanziamento viene effettuato nell'ambito del fallimento e quindi le garanzie sono maggiori e le possibilità e la flessibilità per raggiungere un accordo di ristrutturazione è anche maggiore. Questa differenza di trattamento spiega anche l`entità portata che ha nei diversi sistemi giuridici e la funzionalità che questo tipo di accordi ha come conseguenza delle normative applicabili.

DECIMA.- Il legislatore ha sancito dall'articolo 71.2 e 71.3.3º LC due presunzioni di pregiudizio in caso di pagamenti per le obbligazioni in scadenza dopo la dichiarazione di fallimento, che differiscono a seconda che siano o no garantite. Se a questo si aggiunge come si definisce il presupposto oggettivo nel Diritto spagnolo e la definizione che fa la Corte di Cassazione spagnola come «ingiustificato sacrificio patrimoniale» si genera incertezza giuridica. Per cercare di superare questa carenza, la Corte di Cassazione spagnola introduce lo stato di insolvenza del debitore come un elemento che determina la natura dannosa dei pagamenti dovuti. Tuttavia, non vi è alcun supporto nel testo della Ley Concursal per individuare l'insolvenza del debitore al momento dell'atto come base per dichiarare l`atto pregiudizievole e quindi non avrebbe alcun fondamento normativo per sostenere che lo stato di insolvenza è determinante per dichiarare un pagamento ingiustificato. Inoltre, né la Corte di Cassazione spagnola né la Ley Concursal hanno stabilito come requisito della prova di procedere alla sua revocatoria che i pagamenti fossero stati effettuati quando il debitore era già insolvente. È persino sorprendente come questo stesso criterio non sia applicato in altri tipi di atti, ma solo in relazione ai pagamenti dovuti.

UNDICESIMA.- L'articolo 10 LMH richiede l'esistenza di frode per la revocatoria delle ipoteche cartolarizzate. Per la valutazione dell'elemento soggettivo, in relazione al debitore, sembra che ci debba essere necessariamente un dolo, intesa come volontarietà per costituire l'ipoteca con un carattere dannoso per i suoi creditori. Per quanto riguarda l'ente creditizio, sembra che in ogni caso ci sarà frode quando ha volontariamente partecipato all'atto del debitore per danneggiare i suoi creditori, ma sembra anche che ci sia frode quando l'ente creditizio ha agito in malafede, cioè quando è consapevole del fatto che il debitore sottoscriva un finanziamento ipotecario con la volontà di defraudare i suoi creditori. Sembra che la semplice conoscenza dell'ente creditizio che il debitore si trova in uno stato di insolvenza non dovrebbe essere sufficiente per la valutazione della frode, un'interpretazione che di solito viene fatta in relazione alla frode nel tradizionale sistema di estinzione del fallimento. Se, tuttavia, conoscendo la situazione di insolvenza, partecipa all'esecuzione di un atto di frode, tipico delle situazioni di pre-fallimento, si dovrebbe invece apprezzare l'esistenza di una frode.

DODICESIMA.- Il pegno sui saldi in un contratto di conto corrente o in relazione a un contratto di apertura di credito può essere dannoso sia a causa della

mancanza di proporzionalità tra l'importo impegnato e il credito garantito e la mancanza di giustificazione economica o se la garanzia é abusiva. In relazione agli effetti, la revocatoria comporterebbe il rilascio di tali importi e la loro integrazione alla massa e che un credito ordinario sarebbe riconosciuto a favore del creditore nel fallimento. Tuttavia, il normale funzionamento è che la banca impegna il saldo, esegue la garanzia e viene pagato. In questo caso, l'ente creditizio sarebbe obbligato a restituire il denaro e il credito riemergerebbe come ordinario nella parte che sarebbe stata soddisfatta dall'esecuzione della garanzia.

TREDICESIMA.- Se una datio in solutum fa parte di un accordo di ristrutturazione conforme ai presupposti dell'articolo 71 bis LC o della Quarta disposizione aggiuntiva LC, questa non può essere soggetta a revocatoria fallimentare. A questo proposito, sembra che il carattere dannoso della datio in solutum ai sensi dell'articolo 71 LC non possa essere analizzato in modo individualizzato, ma deve essere fatto nel contesto dell'intero accordo in cui si deve tener conto anche della continuità dell'attività aziendale. Cioè, si può osservare che con l'istituzione di un regolamento specifico per gli accordi di ristrutturazione, il concetto di atto dannoso sembra aver subito una leggera modifica, poiché l´irrevocabilità di questi accordi non sembra essere interamente basata sul non essere dannoso per la soddisfazione collettiva, ma bisogna anche prendere in considerazione che permettono la continuità dell'impresa.

QUATTORDICESIMA.- Non si può affermare categoricamente che la consegna di una bene in una datio in solutum con un valore inferiore al credito sia sufficiente per evitare che sia pregiudizievole. L'interpretazione che può trovare maggiore fondamento in attenzione alla configurazione strutturale dell'azione revocatoria nella Ley Concursal è quella nella quale la consegna non risulterebbe pregiudizievole, dal punto di vista dell'equivalenza tra le controprestazioni, se nella cornice del fallimento si fosse eseguito in termini equivalenti. Se, prima della dichiarazione di fallimento, il creditore ha ricevuto un bene con un valore inferiore al credito, ma nel fallimento non avrebbe potuto nemmeno ottenere il valore di quel bene allora, a seguito delle misure imposte, gli corrisponderebbe un importo inferiore, la datio in solutum fatta prima della dichiarazione di fallimento, esisterebbe ancora mancanza di equivalenza tra i corrispettivi a favore del debitore, potrebbe essere revocato se si considera che l'atto è pregiudizievole ai sensi dell'articolo 71 LC, cioè suppone un sacrificio patrimoniale ingiustificato, secondo l'espressione usata dalla Corte di Casazzione spagnola.

QUINDICESIMA.- Sugli effetti della revocatoria di una datio in solutum su un'obbligazione che ha qualche tipo di garanzia, sono state fatte due interpretazioni. Da un lato, quella nel quale il credito risultante della revocatoria si qualifica come un credito prededucibile, per cercare quindi di porre rimedio alla perdita del privilegio di non avere fatto la datio il creditore, gli si conferisce la natura di una novazione, in modo che, a seguito della revocatoria sarebbe nato un nuovo credito, e potrebbe applicarsi l´effetto previsto dall'articolo 73 LC. Tuttavia, questa interpretazione sembra troppo dogmatica. Sembra, a questo proposito, più coerente, secondo la finalità del regime revocatorio, seguire quell´interpretazione, in cui la revocatoria del datio in solutum, nella misura in cui funzionalmente è un modo diverso di adempimento degli obblighi originali, fa rivivere il credito che possedeva il creditore prima della consegna del bene dato in pagamento, insieme alle garanzie che aveva. Pertanto, il creditoo dovrebbe essere qualificato come un credito ordinario con la qualifica che corrisponde in conformità con le disposizioni della Ley Concursal.

SEDICESIMA.- Per quanto riguarda la revocatoria delle garanzie contestuali per debito proprio, le garanzie devono essere qualificate a titolo oneroso, nella misura in cui il garante riceve come corrispettivo alla concessione della garanzia il credito del creditore. Se è pregiudizievole o meno dovrebbe essere valutato in base alle diverse circostanze dell'operazione e dovrebbe essere valutato caso per caso.

DICIASSETTESIMA.- Rispetto alla revocatoria delle garanzie contestuali per debiti altrui, la considerazione dell'onerosità o della gratuità della garanzia deve essere fatta con riferimento al soggetto garante e nell'attenzione che quest'ultimo riceva qualsiasi tipo di corrispettivo. Se si dimostra che la garanzia è stata concessa gratuitamente perchè il garante non ha ricevuto alcun corrispettivo, si applicherà l´articolo 71.2 LC e sarà considerato pregiudizievole senza la possibilità di dimostrare il contrario. Se la garanzia si qualifica come onerosa, non significa in nessun modo che la natura pregiudizievole sia automaticamente esclusa. La considerazione della garanzia come pregiudizievole dovrebbe essere valutata caso per caso da una prospettiva economica funzionale.

DICIOTTESIMA.- Nelle garanzie prestate da una società del gruppo a favore di un`altra, si devono differenziare due ipotesi. In primo luogo, quelle concesse dalla società controllante per debiti di una società controllata, in cui la garanzia deve sempre

essere valutata a titolo oneroso. D'altra parte, affinché le garanzie concesse da una società controllata a favore di un debito della società controllante o tra due controllate del gruppo si classifichino a titolo oneroso, la società garante deve ricevere qualche tipo di corrispettivo –anche attraverso l'applicazione della dottrina dei vantaggi compensativi-. In questo senso, così come ha inteso la dottrina italiana, non è sufficiente rivendicare il semplice "interesse di gruppo" nella concessione della garanzia per escludere la natura gratuita della garanzia, ma deve essere dimostrato che, in effetti, la società garante ha ricevuto qualche tipo di corrispettivo. Come nel caso precedente, la considerazione della garanzia come pregiudizievole dovrebbe essere valutata caso per caso da una prospettiva economica funzionale.

DICIANNOVESIMA.- Nelle garanzie non contestuali per debito proprio, l´onerosità o la gratuità della garanzia deve essere valutata a seconda di se il garante riceve qualsiasi tipo di corrispettivo. La Ley Concursal, nel suo articolo 71.3.2º, stabilisce una presunzione iuris tantum che una garanzia di questo tipo sia pregiudizievole, indipendentemente dal fatto che il debito sia scaduto o no. In questo senso, la concessione di un nuovo credito al debitore da parte del creditore o l'estensione della durata del debito sono circostanze che determinano l'onerosità della garanzia e, allo stesso modo, possono essere circostanze che giustificano l'assenza di pregiudizio. Queste due motivi sono stati dichiarati dalla Corte di Casazzione spagnola in determinate circostanze e in base al caso specifico, come giustificazione per non aver dichiarato pregiudizievole la concessione di una garanzia.

VENTESIMA.- L'analisi relativa alle garanzie non contestuali per debiti altrui deve partire dalla stessa considerazione che è stata fatta quando si trattava di garanzie contestuali per debiti altrui; cioè, la considerazione della onerosità o della gratuità della garanzia deve essere fatta con riferimento al soggetto garante e se riceve qualsiasi tipo di corrispettivo. Se il garante non riceve un corrispettivo, la garanzia sarà considerata gratuita, nel qual caso non sarà necessario dimostrare che è pregiudizievole perché tale circostanza sarà presunta senza ammettere la prova contraria. Se, al contrario, il garante riceve un qualche tipo di corrispettivo, deve essere analizzato, sia attraverso la clausola generale dell'articolo 71.4 LC, sia attraverso l'uso di una delle presunzioni dall'articolo 71.3 LC, se il corrispettivo, sia diretto che indiretto, è di una tale entità dal punto di vista economico funzionale che giustifica la concessione della garanzia.

VENTUNESIMA.- L´articolo 73 LC, quando qualifica il credito risultante dalla revocatoria come credito prededucibile o subordinato se esiste mala fede dalla parte in bonis, è di aplicazione per gli atti bilaterali, ma non per gli atti unilaterali e né meno regola gli effetti in relazione alla revocatoria degli obblighi accessori. La giurisprudenza ritiene che, nella revocatoria di tali atti in cui non vi nessuna prestazione reciproca tra debitore e di controparte, come i pagamenti e le garanzie, nella misura in cui non sorga nessun credito a seguito della revocatoria, il credito della controparte dovrà essere qualificato in base alla qualifica che gli corrisponde nel fallimento. Questo stessa qualificazione è concessa in quei casi in cui c'è mala fede nella controparte per il motivo indicato. Nella tesi si fa un'analisi degli effetti della revocatoria a seconda del soggetto della garanzia, che non è stato fatto finora, né dalla legge né dalla dottrina.

VENTIDUESIMA.- Nella Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal, il regime degli effetti della revocatoria di atti unilaterali e, in particolare, la qualifica che dovrebbe meritare il credito della controparte, è simile nella considerazione del credito ordinario, ma risulta essere diverso quando si apprezza la mala fede nella controparte. In caso di mala fede nella controparte, la Proposta ha optato per subordinare il credito anche quando la revocatoria è un atto unilaterale, e non solo nel caso di atti bilaterali. La base dogmatica di questa opzione è discutibile e, inoltre, può mancare una base legale per la sua introduzione in un Testo Consolidato, perché è una regola che va oltre la regolarizzazione, la chiarificazione e l'armonizzazione delle disposizioni dell'attuale regime.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, G., «Comentario artículo 71», en PULGAR EZQUERRA, J., / ALONSO LEDESMA, C., / ALONSO UREBA, A., /ALCOVER GARAU, G., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I,* Dykinson, 2004, págs. 767-776.

- «Comentario artículo 72», en PULGAR EZQUERRA, J., / ALONSO LEDESMA, C., / ALONSO UREBA, A., /ALCOVER GARAU, G., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I,* Dykinson, 2004, págs. 777-780.

- «Comentario artículo 73», en PULGAR EZQUERRA, J., / ALONSO LEDESMA, C., / ALONSO UREBA, A., /ALCOVER GARAU, G., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I,* Dykinson, 2004, págs. 781-785.

ALFARO, J., «Derecho Bancario», en *https://revistas.uam.es /revistajuridica*

/article/download/6289/6761.

- «Modificaciones necesarias del Derecho español para incorporar la Directiva sobre operaciones con partes vinculadas», en *El Almacén de Derecho*, 8 de septiembre de 2017 (*https://derechomercantilespana.blogspot.com/2017/09/modificaciones-necesarias-del-derecho.html*).

AMBROSINI, S., «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nueva Legge Fallimentare: prime riflessioni», en *Il fallimento,* VIII, 2005, pág. 948 y siguientes.

- *La revocatoria fallimentare delle garanzie,* Milán, 2000.

- / MARCHI, G. DE, *Il nuevo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milán, 2005.

ARA TRIADÚ, C., «La sobregarantía y la eficacia de la prenda de créditos futuros en el concurso. Un nuevo debate a propósito de la Ley 38/2011», en BELTRÁN,

E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 427-444.

AZNAR GINER, E., *La acción rescisoria concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, 2009.

- *La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación en la Disposición adicional Cuarta de la Ley Concursal*, Tirant Lo Blanch, 2017.

AZOFRA VEGAS, F., *La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*, Editorial Reus, 2016.

- «La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación», en *RDCP*, nº 16, 2012, págs. 127-141.

AZZOLINA, U., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Turín, Volumen II, 1961.

BELTRÁN, E., «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en AAVV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez,* Volumen III, 1996, págs. 3479-3512.

- «Las operaciones del concurso de acreedores: la masa activa y la masa pasiva», en URÍA, R., / MENÉNDEZ, A., (Dirs) *Curso de Derecho Mercantil.* Volumen II. Thomson Civitas, 2006, págs. 1013-1044.

BERTRAM, J.C., «Las garantías de obligaciones preexistentes y la presunción del art. 71 de la Ley Concursal», en *La Ley: Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2004, (versión electrónica).

BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico,* Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BIANCA, M., *Diritto Civile,* Milán, 1998.

BIGIAVI, W., «Cessione di contributi statali per la ricostruzione e revocatoria fallimentare dei pagamenti», en *Banca, borsa tit. cred*, 1958, I, págs. 287-308.

BIGLIAZZI, L., «Della tutela dei diritti», en BIGLIAZZI, L., / DONATO, F., / FERRUCCI, R., *Commentario del Codice Civile, Vol. 4*, Turín, 1964.

BONSIGNORI, A., *Il Fallimento*, Padua, 1986.

BOZZA, B., «Onerosità o gratuità delle garanzie date dal fallito per debito altrui», en *Il fallimento,* 1991, págs. 707-713.

BRIGHEL, B., «Onerosità e gratuità della fideiussione», en *Giur. It*, 1996, I, 2, págs. 443-448.

BRUNORI, E., «Sulla revocabilità della ipoteca volontaria in sede fallimentare», en *Banca, borsa tit. cred*, 1960, I, págs. 573-581.

BUIL, I., «La financiación de empresas en situación concursal: una visión española basada en el debtor in possesion financing del sistema norteamericano de insolvencias», en *RDCP*¸ nº 14, 2011, (versión electrónica).

CANTILLO, M., «Invalidità o inefficacia del fatto estintivo del credito e reviviscenza della garanzie prestate da terzi», en *Banca, borsa tit. cred*, 1967, II, pág. 96.

CAPILLA RONCERO, F., «Acción revocatoria o pauliana: rescisión por fraude de acreedores. Gratuidad u onerosidad en la constitución de hipoteca», en *CCJC*, nº 16, 1988, págs. 273-282.

CÁRDENAS SMITH, F. DE, «Presente y futuro de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación», en *Diario La Ley*, nº 8896, 2017 (versión electrónica).

CARNEVALI, U., «Liberalità (atti di)», en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1974.

CAROPPO, A., «Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1961, págs. 421-456.

CARRASCO PERERA, Á., «Algunas reglas operativas sobre la prenda de créditos futuros en el concurso», en *http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/algunas-reglas-operativas-sobre-la-prenda-de-creditos-futuros-en-el-concurso.pdf.*

- «Ejecución de garantías reales, impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía en la reforma concursal del Real Decreto Ley 4/2014», en *ADCon*, nº 32, 2014, (versión electrónica).

- «El "valor de la garantía real" y el "sacrificio desproporcionado" en los acuerdos de refinanciación del RDLey 4/2014», en *http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-valor-de-la-garantia-real-y-el-sacrificio-desproporcionado-en-los-acuerdos-de-refinanciacion-del-rd-ley-4-2014.pdf.*

- *Los derechos de garantía en la Ley Concursal,* Thomson Reuters, 3ª Edición, 2009.

- «Rescindibilidad concursal de garantía simultánea por deuda ajena», en *Actualidad jurídica Aranzadi,* nº 851, 2012.

- «Rescisión de garantías personales», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera,* 2012, págs. 381-392.

- «¿Rescisión concursal de «sobregarantías»?», en *http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/rescision-concursal-de-sobregarantias.pdf.*

- «¿Se puede rescindir una hipoteca que garantizaba un crédito simultáneo y dejar al acreedor ordinario de aquel crédito? Una crítica a la STS 30 abril 2014», en *http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/se-puede-rescindir-una-hipoteca-que-garantizaba-un-credito-simultaneo-y-dejar-al-acreedor-hipotecario-como-acreedor-ordinario-de-aquel-credito-una-critica-a-la-sts-30-abril-2014.pdf.*

- / CORDERO, E., «El doble filo de la hipoteca global. Caveat creditor!», en *Diario La Ley,* nº 6988, 2008 (versión electrónica).

- / CORDERO, E., / MARÍN, M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I,* Aranzadi, 3ª Edición, 2014.

- / CORDERO, E., / MARÍN, M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo II,* Aranzadi, 3ª Edición, 2014.

CASTRO, F. DE., «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil», en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro. Vol. 1*. 2003, 141-183.

CERDÁ ALBERO, F., «La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes», en *ADCon,* nº 33, 2014, (versión electrónica).

- «La irrescindibilidad de los acuerdos de refinanciación del art. 71 *bis* de la Ley Concursal», en *RDCP*, nº 22, 2015, págs. 115-128.

CHINÉ, G., «Pegno irregolare e art. 53 della Legge Fallimentare», en *Giur. It*, 1994, II, pág. 1075.

CICCARELLO, S., «Pegno», en *Rivista Enciclopedia Del Diritto*, Milán, Volumen XXXII, 1982.

CICU, A., *L´obbligazione nel patrimonio del debitore*, Giuffrè, Milán, 1948.

COLTRO, C., *I contratti bancari nella giurisprudenza*, CEDAM, Padua, 1977.

COMMERCI, V., / CHINAGLIA, S., «Art. 182 bis», en MAFFEI, A., (Dir), *Comentario breve a la Legge Fallimentare*, CEDAM, Milán, 2009.

CORDERO, E., «El valor de la garantía en el concurso (adaptado a la reforma introducida por la Ley 9/2015)», en DÍAZ MORENO, A., / LEÓN SANZ, F.J., (Dirs), *Acuerdos de refinanciación. Convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*. Thomson Reuters. 2015, págs. 265-290.

CORSI, F., *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Morano Editore, Nápoles, 1965.

CREMONINI, A., / FRANCHI, G., «Effetti del fallimento sul pegno irregolare», en *Dir. fall.*, 1989, I, pág. 702 y siguientes.

- «Sulla c.d. sostituzione convenzionale della garanzia ipotecaria», en *Dir. fall.*, 1995, II, págs. 1931-1935.

CRESPO ALLÚE, F., «Comentario Artículo 71», en SÁNCHEZ-CALERO, J., / GUILARTE GUTIÉRREZ, V., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, III,* 2004, págs. 1365-1402.

- «Comentario Artículo 72», en SÁNCHEZ-CALERO, J., / GUILARTE GUTIÉRREZ, V., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, III,* 2004, págs. 1403-1414.

- «Comentario Artículo 73», en SÁNCHEZ-CALERO, J., / GUILARTE GUTIÉRREZ, V., (Dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal, III,* 2004, págs. 1415-1432.

CURIEL LORENTE, F., «Los efectos de la acción de reintegración en el concurso», en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), *La reintegración en el concurso de acreedores,* Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, págs. 211-240.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., «La rescisión en sede concursal de las cesiones de créditos ligadas a las operaciones de factoring», en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 162, 2014, págs. 67-90.

- «Presente y futuro de las acciones de reintegración», en *La Ley*, nº 5640, 2002, (versión electrónica).

- / IGLESIAS ESCUDERO, S., «Las acciones de reintegración y las garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general», en *RDCP*, nº 16, 2012, págs. 215-225.

DÍAZ MORENO, A., «Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos», en *ADCon*, nº 33, 2014, págs. 167-179.

DÍAZ VALES, F., «Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá III,* 2010, págs. 261-299.

DIDONE, A., «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis Legge Fallimentare) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione della misure protettive dell'impresa in crisi)», en *Dir. fall.*, 2011, págs. 8-37.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Las relaciones obligatorias*, 4ª Edición, 1993.

DIMUNDO, C., «Accordi di ristrutturazione dei debiti: la meno incerta via italiana alla reorganization», en *Il fallimento*, 2007, págs. 703-711.

DRAKE JR, H., / STRICKLAND, C., *Chapter 11 Reorganizations*, Segunda Edición, 2011.

D´ALESSANDRO, F., *La revocatoria dei pagamenti nel fallimento*, Milán, 1972.

EMBID IRUJO, J.M., «Interés del grupo y ventajas compensatorias», en *RDM*, nº 300, 2016, (versión electrónica).

ESCRIBANO, R.C., «La reintegración de la masa activa del concurso», en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV*, Marcial Pons, 2005, págs. 4009-4044.

- «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *ADCon*, nº 10, 2007, págs. 7-59.

ESPIGARES, J.C., *La acción rescisoria concursal*, Civitas, 2011.

FABIANI, M., «Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all´art. 182 bis l. fall.» en *Foro it.*, 2006, I, págs. 2563 y siguientes.

- «L´ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche», en *ilcaso.it*, 6 de agosto de 2015.

FACHAL NOGUER, N., «La rescisión de garantías contextuales intragrupo», en *ADCon*, nº 40, 2017, (versión electrónica).

FALCONE, G., «Recientes evoluciones del derecho preconcursal italiano: el acuerdo de reestructuración con acreedores financieros y el acuerdo de moratoria», en *RDCP*, nº 24, 2016 (versión electrónica).

FAUCEGLIA, G., «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge n. 80/2005», en *Il fallimento*, 2005, XII, pág. 1445 y siguientes.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Reflexiones sobre las soluciones preconcursales», en *RDCP*, nº 16, 2012, (versión electrónica).

FERRA, G. DE., *Manuale di Diritto Fallimentare,* Giuffrè, Milán, 1989.

FERRARA, F., «In tema di anormalità del mezzo di estinzione delle obbligazioni pecuniarie ai fini dell`art. 67 n.2 della legge fall.», en *Foro it.,* 1957, I, págs. 1975-1981.

- / BORGIOLI, A., *Il Fallimento,* 5ª Edición, Giuffrè, Milán, 1995.

- / CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milán, 1987.

FERRARA, L.C., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, 2011.

FERRI, G., «Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui e atti estranei all`oggetto sociale», en *Riv. Dir. Comm*, 1978, II, págs. 220-234.

FERRI jr, G., *Le pretese del terzo revocato nel fallimento,* Giuffre Editore, 2011.

FLORES SEGURA, M., «El sacrificio desproporcionado de los acreedores financieros», en *El Almacén de Derecho.* 13 de marzo de 2018 (*https://almacendederecho.org/sacrificio-desproporcionado-los-acreedores-financieros/*).

- «Las refinanciaciones de grupo», en *ADCon,* nº 40, 2017, (versión electrónica).

FOSCHINI, M., «Pegni anomali e revocatoria fallimentare», en *Dir. fall.*, 1999, I, págs. 1208-1215.

FRAGALI, M., «Dell´anticresi», en SCIALOJA, A., / BRANCA, G., (Dirs)., *Commentario del Codice Civile,* Bolonia, 1974.

FRASCAROLI, E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, CEDAM, 2012.

GABRIELLI, E., «Le garanzie rotative», en *Trattato diretto da Galgano*, Volumen I, Turín, 1995.

GAMBINO, A., «Responsabilità amministrativa nei gruppi societari», en *Giur. comm*, 1993, I, págs. 841-855.

GARCÍA-CRUCES, J.A., «Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte in bonis (STS 16-09-2010)», en *ADCon*, nº 24, 2011, (versión electrónica).

- «Dación en pago y reintegración concursal», en *http://abcgcabogados.com/files/ja_garcia_cruces/8_Dacion_en_pago_y_Reintegracion_concursal.pdf.*

- «De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa», en *ADCon*, nº 2, 2004, (versión electrónica).

- *El contrato de "factoring",* Tecnos, Madrid, 1990.

- «Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de perjuicio», en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), *La reintegración en el concurso de acreedores,* Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, págs. 31-76.

GARCÍA VICENTE, J.R., «Sentencia de 30 de abril de 2014. Rescisoria concursal de garantías contextuales intragrupo», en *CCJC,* nº 96, 2014, págs. 675-704.

GARCÍA-VILLARUBIA, M., «La rescisión de garantías intragrupo: el concepto de interés de grupo como causa de enervación de las presunciones de perjuicio patrimonial», en *RDM.* nº 6, 2013, (versión electrónica).

GARCÍA VILLAVERDE, R., «Efectos de la declaración de la quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial», en *AAMN*, Tomo 37, 1998, págs. 163-186.

- «Sobre la llamada inhabilitación del quebrado», en *Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Volumen II, 1998, págs. 1629-1642.

GARCIMARTÍN, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (I)», en *El Almacén de Derecho*, 29 de noviembre de 2016 (*https://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/*).

- «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II). Moratoria preconcursal», en *El Almacén de Derecho*, 11 de diciembre

de 2016 (*https://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal/*).

- «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (III). El acuerdo o plan de reestructuración», en *El Almacén de Derecho*, 20 de diciembre de 2016 (*https://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-iii-acuerdo-plan-reestructuracion/*).

«La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (y IV). Privilegios del dinero nuevo y otros aspectos de la Propuesta», en *El Almacén de Derecho*, 22 de diciembre de 2016 (*https://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-iv-privilegios-del-dinero-nuevo-otros-aspectos-la-propuesta/*).

- «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad. El arrastre de los acreedores disidentes y la regla de la prioridad absoluta», en *El Almacén de Derecho*, 3 de agosto de 2017 (*https://almacendederecho.org/los-mecanismos-arrastre-acreedores-disidentes-la-llamada-regla-prioridad-absoluta/*).

GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975.

- *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1980.

GIL RODRÍGUEZ, J., «La prenda de derechos de crédito», en NIETO CAROL, U., / MUÑOZ CERVERA, M., (coord.) *Tratado de garantías en la contratación mercantil. Tomo II*, 1996, págs. 333-376.

GIUSTI, A., *La fideiussione e il mandato di credito*, Milán, 1998.

GÓMEZ ASENSIO, C., «Las garantías contextuales: rescisión y grupos societarios», en *RDCP*, nº 23, 2015, págs. 123-146.

GONDRA, J.M., «Convenio y reorganización en la nueva ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, *Tomo IV*, págs. 4577-4599.

- «La estructura jurídica de la empresa», en *RDM*, nº 228, 1998, págs. 493-592.

GONZÁLEZ NAVARRO, B., «La rescisión de las garantías hipotecarias de los acreedores profesionales (art. 10 LMH)», en *ADCon*, nº 22, 2011, pág. 289-313.

GORLA, G., «Pegno e ipoteca», en SCIALOJA, A., / BRANCA, G., (Dirs)., *Commentario del Codice Civile*, Bolonia, 1974.

GRAZIANI, A., «Se una società per azioni possa prestare garanzie per altra società qualora tale prestazione non sia prevista nell` oggetto sociale», en *Riv. Dir. Civ*, 1956, I, págs. 36-43.

GREGORACI, B., «Cesión de créditos futuros *pro solvendo:* eficacia traslativa y alcance de la resistencia al concurso del cedente. Nota de jurisprudencia sobre la STS de 6 de noviembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo)», en *ADC*, Tomo LXVII, 2014 (versión electrónica).

GUGLIELMUCCI, L., «L´azione revocatoria ordinaria nel fallimento», en *Il fallimento*, 1991, págs. 891 y siguientes.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración de concurso», en *RDCP*, nº 8, 2008 (versión electrónica).

- «Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal», en *ADCon*, nº 10, 2007, págs. 61-114.

- «Reintegración concursal: devolución de prestaciones y mala fe (Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010)», en *RDCP*, nº 14, 2011, págs. 251-259.

GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1823 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XXIII, 2º edición, 1990 (versión electrónica).

GULLÓN BALLESTEROS, A., «La acción rescisoria concursal», en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV*, Marcial Pons, 2005, págs. 4125-4136.

- «Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1989, págs. 789-791.

HERBOSA, I., «Efectos de la rescisión de las garantías reales en el concurso (con particular atención a las contextuales)», en *RDCP*, nº 24, 2016, págs. 208-222.

- «La apreciación del perjuicio como presupuesto de la rescisión de las garantías reales en el concurso (en particular, entre empresas del grupo)», en *ADCon*, nº 36, 2015, págs. 129-169.

HERRADOR MUÑOZ, A., «Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal», en *RDCP*, nº 3, 2005, págs. 169-177.

HERRERO PEREZAGUA, J., «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, págs. 175-210.

INNOCENTI, F., «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento corrttivo del 2007: una possible soluzione alla crisi dell'impresa», en *Dir. fall.*, nº 6, 2007, págs. 917-941.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., «Las insuficiencias del sistema de reintegración de la masa (reflexiones sobre algunas cuestiones que suscita la regulación de los acuerdos de refinanciación en las últimas reformas de la Ley Concursal)», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 31-52.

JORDANO FRAGA, F., *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Editorial Comares, Granada, 2001.

JORIO, A., (Dir), / FABIANI, M., (Coord.), *Legge fallimentare, Tomo I.* Bolonia, 2006.

LACRUZ BERDEJO, J.L., «La causa en los contratos de garantía», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 544, 1981, págs. 709-756.

LAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado», en NIETO CAROL, U., / MUÑOZ CERVERA, M., (coord.) *Tratado de garantías en la contratación mercantil. Tomo. 2*, 1996, pág

LAMANNA, F., «La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento», en *ilfallimentarista.it*

- «La presunzione di onerosità delle garanzie nella revocatoria fallimentare», en *Il fallimento,* 1993, págs. 5-15.

LATORRE CHINER, N., «El régimen español de las operaciones con partes vinculadas (problemas de aplicación a los grupos de sociedades y adaptación a la Directiva 2017/828)», en LEÓN SANZ, F., / RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., (Dirs)., *Cuestiones actuales de Derecho mercantil. La reforma europea del Derecho de sociedades y del Derecho concursal,* Marcial Pons, 2018, págs. 73-92.

LA PENNA, R., «Pegno irregolare ed onere di insinuazione al passivo: una questione ancora aperta», en *Dir. fall.*, 2, 1998, págs. 293-303.

LEMBO, M., «Contestualità della garanzia e revocatoria fallimentare», en *Dir. fall.,* 1986, I, págs. 611-623.

LEÓN SANZ, F.J., «Artículo 71», en ROJO, Á., / BELTRÁN, E., (Dirs)., *Comentario de la Ley Concursal,* Thomson Civitas, 2004, págs. 1301-1321.

- «Artículo 72», en ROJO, Á., / BELTRÁN, E., (Dirs)., *Comentario de la Ley Concursal,* Thomson Civitas, 2004, págs. 1322-1328.

- «Artículo 73», en ROJO, Á., / BELTRÁN, E., (Dirs)., *Comentario de la Ley Concursal,* Thomson Civitas, 2004, págs. 1329-1338.

- «El régimen de reintegración concursal de las garantías financieras», en *ADCon*, nº 6, 2005, págs. 353-364.

- «El sistema de reintegración concursal», en *Revista del Poder Judicial, Nº Extra XVIII,* 2004, págs. 241-292.

- «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria (Parte I)», en *ADCon*, nº 11, 2007, págs. 53-104.

- «La función de la acción rescisoria desde la perspectiva del tercero: a propósito del libro "Le pretese del terzo revocato nel fallimento de Giuseppe Ferri jr."», en *ADCon*, nº 28, 2013, págs. 181-191.

- «La ineficacia de los acuerdos de refinanciación», en *ADCon*, nº 33, 2014, págs. 126-142.

- «La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales», en ROJO, Á., / CAMPUZANO, A., (Dirs), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum,* Volumen 2, 2015, págs. 1343-1349.

- «La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales», en *catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/AJ8-216.pdf.*

- «La rescisión de contratos por fraude de acreedores en la suspensión de pagos. (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2004)», en *ADCon*, nº 3, 2004, págs. 443-452.

- «Las acciones de reintegración y el contrato de *factoring*», en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV,* Marcial Pons, 2005, págs. 4137-4158.

- «Las acciones rescisorias desde la perspectiva de la teoría general del derecho», en *Academia Sevillana del Notariado,* Tomo 18, 2009, págs. 121-158.

«Las operaciones con partes vinculadas en las sociedades anónimas cotizadas», en *El Almacén de Derecho*, 5 de septiembre de 2017 (*https://almacendederecho.org/las-operaciones-partes-vinculadas-las-sociedades-anonimas-cotizadas-segun-la-directiva-200736ce/*).

- / RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», en *ADCon*, nº 4, 2005, págs. 65-115.

LIBERTINI, M., *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milán, 1974.

LINACERO, M., *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Madrid, 2005.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La acción revocatoria concursal. Perfiles generales», en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV*, Marcial Pons, 2005, págs. 4159-4174.

LO CASCIO, G., *Diritto Fallimentare*, Milán, 1996.

MACCHIA, M., «Gli atti soggetti a revoca, ai sensi dell´art. 67, seconda comma, legge fallimentare», en *Il fallimento*, 1991, págs. 957-977.

MAFFEI, A., «La funzione della revocatoria fallimentare», en *Giur. comm*, 1976, I, págs. 362-388.

- *Il danno nella revocatoria*, CEDAM, Padua, 1970.

- *Il fallimento,*Turín, 1978.

MAGGIORE, R., «Ancora in tema de gratuità o onerosità dell´atribuzione patrimoniale», en *Dir. fall.*, 1992, II, págs. 443-447.

- *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milán, 1960.

- *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padua, 1994.

- «Pegno irregolare e insinuazione al passivo fallimentare», en *Dir. fall.*, 1997, págs. 967 y siguientes.

- «Sull´interpretazione dell´art. 67, comma 2, legge fallim», en *Dir. fall.*, 1971, II, págs. 54-60.

MARCHI, G. DE, «Onerosità e gratuità dell`avallo e delle garanzie personali in genere», in *Riv. Dir. Civ*, 1958, I, págs. 637-650.

MARTÍN REYES, M.A., «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», en *RDCP*, nº 12, 2010, págs. 167-196.

- «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV*, Marcial Pons, 2005, págs. 4175-4192.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La inhabilitación del quebrado (ámbito temporal)*, Thomson-Aranzadi, 2002.

- *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, Civitas, 1993.

MARTÍNEZ MULERO, V., «Función y racionalidad de los sistemas de reintegración concursal», en *RDCP*, nº 11, 2009, págs. 239-265.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M., «Las *avoiding powers* en el derecho concursal norteamericano», en *RDCP*, nº 24, 2016, (versión electrónica).

MARTÍNEZ ROSADO, J., «El nuevo régimen de las cesiones de créditos en el concurso: (modificación de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras)», en *RDCP*, nº 8, 2008, (versión electrónica).

MARTÍNEZ RUIZ, L., / COLOMBO ARNOLSI, P.R., «El interés del grupo de sociedades y la acción rescisoria concursal en el derecho español. Breve referencia al derecho brasileño», en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, nº 24, 2012 (versión electrónica).

MARTINI, A. DE., «Azione revocatoria (diritto privato)», en *Novissimo Digesto italiano*, Turín, 1958, II, págs. 152-175.

- *Il patrimonio del debitore: nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milán, 1956.

- «L´eventus damni nella revocatoria fallimentare», en *Riv. Dir. Comm*, 1958, Fascicolo 7-8, págs. 244-252.

MARTOS MORENO, J.L., «Contextualidad y otorgamiento de garantías por deuda ajena: análisis de la Sentencia 100/2014, de 30 de abril, del Tribunal Supremo desde la perspectiva de la azione revocatoria fallimentare», en GARCÍA, D., / PACCHI, S., / PÉREZ, G. (Dirs), *Estudios sobre Derecho de la Insolvencia*, Eolas Ediciones, 2016, págs. 143-156.

- «Rescisión: acuerdos de refinanciación, acto perjudicial, y mala fe. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (1ª) de 5 de abril de 2016)», en *ADCon*, nº 40, 2016, págs. 265-281.

MASSAGUER, J., «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV,* Marcial Pons, 2005, págs. 4211-4238.

- *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Bosch, 1986.

- «Reintegración de la masa en el Derecho concursal inglés y estadounidense», en *RDM*, nº 175-176, 1985, págs. 41-120.

MAZZOCCA, D., *Manuale di Diritto Fallimentare*, Nápoles, 1996.

MEGÍAS LÓPEZ, J., «La prenda de créditos futuros y el alcance de su resistencia al concurso (análisis jurisprudencial a propósito de la STS de 6 de noviembre de 2013», en *RDCP*, nº 21, 2014, págs. 209-218.

MICHELI, G.A., «Revoca del pagamento della cambiale e reviviscenza dell'avallo», en *Banca, borsa tit. cred*, 1949, I, págs. 369-380.

MIOLA, M., *Le garanzie intragruppo,* Giappichelli, Turín, 1994.

MIRANDA SERRANO, L.M., «Capítulo 3. La cuenta corriente bancaria», en DÍAZ MORENO, A., / JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., (Dirs.), *Derecho Mercantil. Vol 7: La contratación bancaria*, Marcial Pons, 2013, págs. 81-94.

MONTALENTI, P., «Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei ventaggi compensativi», en *Giur. comm*, 1995, I, págs. 710-735.

MONTANARI, M., «Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato», en *Dir. fall.*, 1982, I, pág. 412-439.

MORALEJO, I., «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal», en *ADCon*, nº 17, 2009, págs. 81-138.

- «Las presunciones relativas de perjuicio (II): la impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas», en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, págs. 135-174.

NATOLI, U., «Azione revocatoria», en *Enciclopedia del Diritto.* Volumen IV, Giuffrè, 1959.

NICOLÒ, R., *Azione revocatoria tutela dei diritti*, Bolonia, 1953.

NIETO DELGADO, C., «La rescisión de los actos sustantivos del deudor», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 89-110.

NIGRO, A., / SANDULLI, M., / SANTORO, V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti Commento per articoli*, Giappichelli, 2014.

NUZZOLO, E., «Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori (arts 64-71 LF)», en *Giur. comm.*, 1988, I, págs. 100-136.

OLIVENCIA, M., «Concurso y preconcurso», en *RDCP*, nº 22, 2015, págs. 11-18.

OPPO, G., *Adempimento e liberalità*, Milán, 1947.

ORELLANA CANO, N., «Efectos de la rescisión», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 577-612.

ORTIZ MÁRQUEZ, M., *Tesis Doctoral «Las modificaciones estructurales y el procedimiento concursal»*, Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2013.

PACCHI, S., «Par conditio creditorum, revocatoria fallimentare e garanzie prestata dal fallito», en *Riv. Dir. Comm*, 1989, I, págs. 13-74.

PAJARDI, P., *Manuale di Diritto Fallimentare*, 2ª Edición, Giuffrè, 2008.

PANTALEÓN, F., «Cesión de créditos», en *ADC*, nº 4, 1988, págs. 1033-1132.

- / GREGORACI, B., «El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros», en *RDCP*, nº 20, 2014 (versión electrónica).

- / GREGORACI, B., «Prenda de créditos futuros: resistencia al concurso», en *El Almacén de Derecho*. 8 de octubre de 2015 (*https://almacendederecho.org/prenda-de-creditos-futuros-resistencia-al-concurso-2/*).

PANZANI, L., «Gli atti a titolo gratuito e gli atti a titolo oneroso: contrasti interpretativi ai fini dell´azione revocatoria fallimentare», en *Il fallimento*, nº 9, 1991, págs. 935-944.

PARRA LUCÁN, M., «El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso», en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), *La reintegración en el concurso de acreedores,* Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, págs. 241-320.

- «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos», en *ADCon*, nº 19, 2010, págs. 45-86.

PELLEGRINO, G., *Operazione bancarie e revocatoria fallimentare,* Padua, 2002.

PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «El perjuicio patrimonial y la posibilidad de rescisión independiente de las garantías en el concurso», en *https://elderecho.com/el-perjuicio-patrimonial-y-la-posibilidad-de-rescision-independiente-de-las-garantias-en-el-concurso.*

PÉREZ DE ONTIVEROS, C., «Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana», en *ADCon*, nº 35, 2015, págs. 9-42.

PETRAGLIA, A., «La cassazione e il pegno irregolare: un revirement giurisprudenziale», en *Il fallimento*, 1997, págs. 939 y siguientes.

PICELLA, N., / POTENZA, G., *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell´amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa,* Giuffrè, Milán, 1942.

PINAZO TOBES, E., «El ejercicio de la acción rescisoria. La legitimación activa», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 445-454.

PIÑEL LÓPEZ, E., «La reintegración concursal y las operaciones financieras», en *RDCP*, nº 8, 2008, págs. 153-162.

PRADA GONZÁLEZ, J.M., «La onerosidad y la gratuidad de los actos jurídicos», en *AAMN*, Tomo XVI, 1968, (versión electrónica).

PRESTI, G., «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti», en *Banca, borsa tit. cred*, 2006, I, pág. 36 y siguientes.

PROVINCIALI, R., *Trattato di diritto fallimentare,* Giuffrè, 1974.

PULGAR EZQUERRA, J., «Crisis inmobiliaria, daciones en pago y concurso de acreedores», en ALONSO UREBA, A., / PULGAR EZQUERRA, J., (Dirs), *Implicaciones financieras en la Ley Concursal,* La Ley, 2009.

- «La financiación de empresas en crisis», en *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Universidad Complutense*, marzo, 2012.

- «Preconcursalidad y reestructuración empresarial: Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos», Wolters Kluwer, 2016.

- «Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación», en *RDCP*, nº 22, 2015, (versión electrónica).

- «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de «escudos protectores» y el fraude del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», en *Diario La Ley*, nº 6963, 2008 (versión electrónica).

- «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», en *Diario La Ley*, nº 7097, 2009 (versión electrónica).

PUY FERNÁNDEZ, G., *Tesis Doctoral «Las garantías financieras en el concurso»,* Universidad de Huelva, Huelva, 2015.

QUIJANO, J., La reforma spagnola del 2011 del diritto concursuale: contesto ed aspetti di maggiore rilevanza, en *Dir. fall.*, nº 6, 2013, págs. 931-950.

RAGO, G., *Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza,* 2ª Edición, CEDAM, 2006.

REDENTI, E., «La cessione dei contributi statali come mezzo di pagamento», en *Dir. fall.,* 1957, II, págs. 281-285.

RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., «Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa», en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir), *La reintegración en el concurso de acreedores,* Thomson Reuters, 2ª Edición, 2014, págs. 77-112.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «Tipología de los acuerdos de refinanciación», en DÍAZ MORENO, A., / LEÓN SANZ, F.J., (Dirs), *Acuerdos de refinanciación. Convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*. Thomson Reuters. 2015, págs. 59-82.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., «Contrato de *factoring* y suspensión de pagos del deudor: comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2005», en *ADCon*, nº 7, 2006, págs. 485-514.

- «La delimitación de la figura del administrador de hecho», en *RDM,* nº 301, 2016, págs. 69-109.

ROJO, Á., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», en *RDM*, nº 151, 1979, págs. 37-100.

- «La reforma del derecho concursal italiano y el derecho concursal español (un apunte de derecho comparado desde una perspectiva española)», en *ADCon*, nº 12, 2007, págs. 315-341.

- «Los grupos de sociedades en el Derecho español», en *RDM*, nº 220, 1996, págs. 457-484.

ROSSI, G., *Il fallimento nel Diritto americano,* CEDAM, 1956.

- «La revocatoria fallimentare delle ipoteche», en *Riv. Dir. Civ*, 1963, I, págs. 493-544.

SACCHI, R., «La prova della gratuità od onerosità dell`atto compiuto dall`insolvente», en *Giur. comm*, 1995, I, págs. 73-94.

SÁNCHEZ-CALERO, J., «La rescisión de los acuerdos de refinanciación», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 333-366.

- «Refinanciación y reintegración concursal», en *http://eprints.sim.ucm.es/9658/1/Refinanciaconcursal.pdf*.

- «Rescisión concursal (I): sobre el perjuicio en la constitución de hipoteca y en la cesión de créditos», en *El blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte*, 29 de noviembre de 2016 (*http://jsanchezcalero.com/rescision-concursal-i-sobre-el-perjuicio-en-la-constitucion-de-hipoteca-y-en-la-cesion-de-creditos/*).

- «Rescisión Concursal (II): Inexistente perjuicio en el pago con venta de bienes aportados en su mayor parte por otra sociedad del grupo de la concursada», *El blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte*, 29 de noviembre de 2016 (*http://jsanchezcalero.com/rescision-concursal-ii-inexistente-perjuicio-en-el-pago-con-venta-de-bienes-aportados-en-su-mayor-parte-por-otra-sociedad-del-grupo-de-la-concursada/*).

SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «La rescisión de garantías contextuales en favor de deuda ajena: A propósito de las sentencias del Tribunal supremo [1ª] de 2 y 3 de junio de 2015», en *ADCon,* nº 37, 2016, págs. 365-392.

- «Fianza solidaria en garantía del pago de una deuda ajena otorgada simultáneamente al contrato principal de préstamo (SJM 1 Oviedo 18.2.2010)», en *ADCon*, nº 21, 2010, págs. 353-378.

SANCHO GARGALLO, I., «Homologación, eficacia, impugnación y rescisión de los acuerdos de refinanciación», en DÍAZ MORENO. A., / LEÓN SANZ, F.J., (Dirs), *Acuerdos de refinanciación. Convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*. Thomson Reuters. 2015, págs. 145-182.

- «La refinanciación desde la perspectiva de las acciones de reintegración», en *http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292347816992?blobheade*, Madrid, noviembre, 2011.

- *La rescisión concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- «La rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación», en *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, nº 3, 2009 (versión electrónica).

- *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, 1997.

- «Las acciones de reintegración», en AAVV., *Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo I*, Aranzadi, 2012, págs. 1141-1245.

- «Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2004, págs. 153-184.

SANDULLI, M., *Gratuità dell´atribuzione e revocatoria fallimentare*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1976.

- «Le nozioni giuridiche di onerosità e gratuità», en *Banca, borsa tit. cred*, 1973, I, págs. 339-408.

- «Pagamento di debito altrui e revocatoria fallimentare», en *Dir. fall.*, 1983, II, págs. 983-994.

SANJUÁN, E., «El perjuicio para la masa activa», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 129-162.

SANTORO, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Nápoles, 1978.

SARAZA, R., «Concurso y grupo de sociedades», en http://www.icab.cat/files/242-147830-DOCUMENTO/aSaraza.pdf.

SASTRE PAPIOL, S., «Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en materia concursal», en *RDCP*, nº 24, 2016 (versión electrónica).

SATTA, S., *Diritto Fallimentare*, CEDAM, Padua, 1996.

SEBASTIÁN QUETGLAS, R., «Efectos de la rescisión en la Ley Concursal», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº Extra 1, 2011, págs. 48-53.

SEMO, G. DE., *Diritto Fallimentare*, 3ª Edizione, Padua, 1961.

SHAW MORCILLO, L., «La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 455-476.

TABB, C.J., *Law of Bankruptcy*, Hornbook Series, Third Edition, Hornbook Series, 2013.

TARZIA, G., «Le garanzie atipiche (e l´attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)», en *Il fallimento*, 2005, págs. 485-491.

TERRANOVA, G., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, Tomo I. Parte Generale.* 1ª Edición. 1993.

- «Garanzie bancarie e fallimentio: la sorte del mandato irrevocabile all´incasso», en *Banca, borsa tit. cred*, 1989, I, 504-554.

- «Par conditio creditorum e danno nelle revocatoria fallimentare», en *Trattato di diritto fallimentare*, 2007.

VAROTTI, L., «Artículo 182 *septies*. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», en *Crisi d´impresa e fallimento*, 18 de agosto de 2015.

VILLORIA, I., «La rescisión de las garantías prestadas por deuda a cargo de sociedades del grupo», en BELTRÁN, E., / SANJUÁN, E., (Dirs), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera*, 2012, págs. 209-232.

VITUCCI, P., «Garanzie contestuali e fallimento del fideiussore: argomenti contro la presunzione di onerosità», en *Dir. fall.*, 1992, I, págs. 536-550.

YÁÑEZ EVANGELISTA, J., «Riesgo de reintegración en operaciones de financiación del grupo de sociedades», en *www.elderecho.com*, 1 de junio de 2006.

- / NIETO DELGADO, C., «Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos», en *ADCon*, nº 32, 2014, págs. 155-193.