

2) Grupo de investigación 2: “Tratamiento de las garantías a favor de concursados constituidas sobre bienes de terceros”

Director: Prof. Dr. Efraín H. Richard (Argentina) y Alicia Ferrer (Uruguay)

Integraron este grupo de investigación:

- a. Juan Goldemberg (Chile)
- b. José Antonio García Cruces (España)
- c. Elianne Estecche de Fernández (Venezuela)
- d. Juan José Rodríguez Maseda (Colombia)
- e. Carlos Molina Sandoval (Argentina)
- f. Sergio Gabriel Ruiz (Argentina)
- g. José María Pérez Paz (Argentina)
- h. Verónica Francisca Martínez (Perú)
- i. Israel Creimer- Teresita Rodriguez Mascardi- Alicia Ferrer Montenegro (Uruguay)
- j. Jean Paul Brousset (Perú)
- k. Roberto Alfredo Muguillo (Argentina)
- l. Efrain Hugo Richard (Argentina)

“GARANTÍA HIPOTECARIA DE TERCERO, EL CONCURSO DEL GARANTIZADO, EL ACUERDO CONCURSAL Y LA NOVACIÓN”

Presentación de María del Carmen BIMA, Alicia FERRER MONTENEGRO y Efraín Hugo RICHARD

Propuesta de investigación colectiva de ALICIA FERRER y EFRAÍN HUGO RICHARD.

INTRODUCCION

Es común en estos tiempos que frente al requerimiento de financiación por partes de las empresas, entendidas éstas como la reunión de sujetos -aun comprendida hoy en algunas legislaciones la sociedad unipersonal- con el fin de alcanzar un objeto social predeterminado, ésta decida afianzar sus obligación, ya no comprometiendo el su capital social, sino requiriendo “a terceros” a fines o no, un apalancamiento a la solicitud de financiación respectiva.

Es así como las empresas al solicitar asistencia crediticia frente a los avatares económicos de estos tiempos, comprometen a un tercero otorgando garantía hipotecaria sobre un inmueble de su propiedad y sin este ocupar el rol de fiador o codeudor de esa obligación originaria.

En una hipótesis más acotada pero actual, posicionamos a esta misma empresa en el marco de un concurso preventivo de acreedores en búsqueda de arribar a un acuerdo preventivo homologado.

Así planteado, interesante será dilucidar los distintos mecanismos utilizados por las legislaciones locales frente a la particular participación de este tercero que se involucra en una relación financiera sin más beneficios que otorgar una garantía con bien propio y el tratamiento que puede llegar a tener su obligación, máxime cuando se hubiere homologado el acuerdo preventivo de la obligada principal, atento a que algunas legislaciones preveen como uno de los efectos la novación concursal.

Sin duda la cuestión se enriquecerá en la investigación, ajustando o ampliando el planteo informativo formalizado en las preguntas.

Metodología de trabajo: La presente investigación parte de un supuesto fáctico básico al cual se le agregan distintos escenarios para circunscribir el caso en hipótesis de posible acción en la práctica. A partir de estos supuestos es que se proponen preguntas para acotar y delimitar las cuestiones a abordar.

A continuación se presentan las exposiciones de cada uno de los partícipes en la investigación, las que se dividen por CAPÍTULOS en consonancia con los países de los participantes, involucrando así varios países de la región y advirtiendo como cada una de las legislaciones aborda o no los temas planteados. Algunos de los expositores presentan sus criterios a través de escritos doctrinarios, jurisprudenciales y/o respondiendo a las preguntas esbozadas al inicio, partiendo siempre de los supuestos iniciales.

Se concluye con un análisis comparativo de las opiniones y legislaciones, vertidas a través del desarrollo lo que nos permite conocer cómo es que los supuestos fácticos se desarrollan en la

actualidad en las legislaciones locales analizadas, finalizando con el ANEXO que contiene valiosísima información directa o indirectamente ligada con el tema que dejamos presentado.

El problema: El supuesto fáctico básico. Para asistir financieramente a un deudor, el acreedor requiere una garantía hipotecaria de un tercero, que la otorga sin constituirse en deudor, ni principal pagador, ni fiador o garante en forma personal.

El deudor se concursa, formula una propuesta de 50% de quita y 5 años de espera con interés bancario de caja de ahorro para los créditos quirografarios, la que obtiene mayoría y es homologada por el juez.

Segundo supuesto. Las mismas preguntas se responderán para el caso que el tercero también se haya constituido en fiador, principal pagador, además de hipotecar para garantizar deuda de un tercero, siempre que el deudor concursado el de la obligación principal y el tercero se obliga en garantía del mismo.

Otros supuestos. -¿Si el deudor y/o el tercero es o son sociedades cambiaría alguna de las respuestas?

-Si algún país prevé quita o espera lograda por mayorías en el concurso de la persona humana o jurídica: ¿la misma posibilidad podrá trasladarse en la propuesta de acuerdo a homologar a la hipoteca otorgada por un tercero (persona humana o jurídica) no concursado?

En caso afirmativo ¿la situación varía si el tercero sólo ha asumido garantizar hipotecariamente o si también se ha constituido como garante personal de la obligación del concursado?

-El caso que los tres sujetos involucrados o dos de ellos integraran un grupo económico, ¿alguna respuesta cambiaría?

Las preguntas:

1. ¿El acreedor debe solicitar verificación-reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor?
2. En caso afirmativo, ¿En que carácter debe hacerlo? ¿Quirografario o hipotecario?
3. ¿Puede votar la propuesta?
4. ¿Puede iniciar de inmediato la ejecución hipotecaria o está sujeta a alguna condición procesal?
5. ¿El tercero que otorgó la hipoteca en garantía de la deuda del ahora concursado, debe verificar crédito en este concurso?
6. En caso afirmativo ¿En qué carácter debe hacerlo?
7. ¿Cuál es el alcance de la novación concursal en su caso del acuerdo homologado?
8. ¿Es oponible ese acuerdo al acreedor?
9. ¿El tercero puede oponer esa novación al acreedor, o sea la quita y espera lograda por el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca de un tercero?
10. ¿De no poderle oponer el tercero al acreedor una excepción, y la quita y espera, debiendo soportar el remate de su bien o afrontar el pago de su peculio para evitar el remate: ¿tiene alguna acción contra el deudor más allá de subrogarse en los derechos del acreedor a cobrar la cuota concursal para recuperar la totalidad de lo pagado?

CAPITULO CHILE**EXPONENTE: JUAN GOLDENBERG*****LA GARANTÍA HIPOTECARIA DE TERCERO, EL CONCURSO DEL GARANTIZADO, EL ACUERDO CONCURSAL Y LA NOVACIÓN***

LAS PREGUNTAS, que podrán ser perfeccionadas por los intervinientes:

1. ¿El acreedor debe solicitar verificación-reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor?

En el marco del procedimiento concursal de reorganizaciónn (Capítulo III de la Ley N° 20.720) los acreedores garantizados (prendarios e hipotecarios) forman parte del concurso. Para estos efectos, el crédito debe incorporarse en la nómina de créditos reconocidos, sea en razón del reconocimiento que hace el propio deudor al momento de presentar sus antecedentes al tribunal (por medio de un certificado emitido por un auditor independiente fiscalizado por la Superintendencia de Valores y Seguros) o, en caso de omisión o errores en la identificación del crédito, por medio de la verificación del mismo dentro del plazo de ocho días contados desde la notificación de la resolución de reorganizaciónn.

2. En caso afirmativo, ¿en qué carácter debe hacerlo? ¿Quirografario o hipotecario?

El crédito garantizado puede formar parte de la categoría o clase de los créditos garantizados o de los créditos valistas (quirografarios), para lo cual debe tenerse presente el avalúo comercial del bien sobre el cual recae la garantía. si dicho valor es igual o superior al crédito, todo el crédito garantizado forma parte de la clase o categoría de los créditos garantizados. Lo anterior, a menos que el acreedor garantizado renuncie total o parcialmente a su preferencia. En cambio, si el valor comercial de la garantía es inferior al monto del crédito garantizado, el crédito se dividirá de tal manera que sólo la parte cubierta por la garantía forma parte de la clase o categoría de los créditos garantizados y el remanente forma parte de la clase o categoría de los créditos valistas (quirografarios).

3. ¿Puede votar la propuesta?

Para estos efectos, en el caso se tratará de un acreedor hipotecario cuya garantía ha sido otorgada por un tercero. A estos efectos, la norma distingue si se trata de un bien esencial o no esencial para el giro de la empresa. Para que el bien se declare como no esencial, el acreedor debe presentar tal solicitud ante el tribunal dentro del plazo de 8 días contados desde la notificación de la resolución de reorganización. Si se declara como esencial, forma parte del acuerdo y debe votar. Si no vota, los resultados de la votación (conforme al régimen de las mayorías) le resulta igualmente oponible. En caso que se declare que el bien no es esencial, el acreedor tiene una opción: si vota, se entenderá que quiere formar parte del acuerdo, por lo que los resultados le resultan oponibles; si no concurre a la junta de acreedores llamada para votar o se abstiene de votar, el crédito garantizado (en la parte garantizada en los términos explicados en la respuesta

anterior) no forma parte del acuerdo y el acreedor puede ejecutar libremente la garantía fuera del concurso conforme a los términos originales del crédito.

4. ¿Puede iniciar de inmediato la ejecución hipotecaria o esta sujeta a alguna condición procesal?

Durante la tramitación del procedimiento concursal de reorganización se suspende el derecho de todos los acreedores de iniciar ejecuciones en contra del deudor y de hacer efectivas las garantías invocando como causal el inicio del procedimiento, todo ello bajo la lógica de la denominada "protección financiera concursal". Conforme a lo anterior, desde la notificación de la resolución de reorganización y, en general, hasta la fecha de la junta de acreedores, no es posible la ejecución.

5. El tercero que otorgó la hipoteca en garantía de la deuda del ahora concursado, ¿debe verificar crédito en este concurso?

En caso que el tercero haya solucionado la deuda y, en consecuencia, hubiese operado un pago con subrogación, deberá hacerse parte en el acuerdo de reorganización.

6. En caso afirmativo, ¿en qué carácter debe hacerlo?

Si bien la normativa concursal no lo resuelve, deben aplicarse las reglas del pago con subrogación del Código Civil, por lo que debería entenderse que lo hace en carácter de acreedor preferente (garantizado).

7. ¿Cual es el alcance de la novación concursal en su caso del acuerdo homologado?

Depende del contenido del convenio. Para que se entienda que existe novación, debe existir una alteración sustancial entre las obligaciones originales y el contenido del convenio. No se entiende, por ejemplo, existir novación por el hecho de las quitas o esperas.

8. ¿Es oponible ese acuerdo al acreedor?

Estimo que no hay efecto novatorio en el caso propuesto conforme a la ley chilena.

9. ¿El tercero puede oponer esa novación al acreedor, o sea la quita y espera lograda por el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca de un tercero?

Estimo que no hay efecto novatorio en el caso propuesto conforme a la ley chilena.

10. De no poderle oponer el tercero al acreedor una excepción, y la quita y espera, debiendo soportar el remate de su bien o afrontar el pago de su peculio para evitar el remate: ¿tiene alguna acción contra el deudor más allá de subrogarse en los derechos del acreedor a cobrar la cuota concursal para recuperar la totalidad de lo pagado?

Sólo acción de subrogación.

UN SEGUNDO SUPUESTO: LAS MISMAS PREGUNTAS SE RESPONDERÁN PARA EL CASO QUE EL TERCERO TAMBIEN SE HAYA CONSTITUIDO EN FIADOR, PRINCIPAL PAGADOR, –ADEMÁS DE HIPOTECAR PARA GARANTIZAR DEUDA DE TERCERO-. SIEMPRE QUEDANDO EN CLARO QUE ES EL DEUDOR CONCURSADO EL OBLIGADO PRINCIPAL Y EL TERCERO SE OBLIGA EN GARANTÍA DEL MISMO.

En general, las respuestas son las mismas, pero si se quiere hacer efectiva la garantía personal deberá distinguirse si el acreedor vota el acuerdo (caso en el cual no puede hacer efectiva la

garantía, sino pagarse en los términos del acuerdo), o si no concurre o se abstiene de votar en la junta (caso en el cual no forma parte del acuerdo, y puede hacer efectiva la garantía personal).

Y UNO O DOS ÚLTIMOS SUPUESTOS PARA LAS MISMAS PREGUNTAS: ¿SI EL DEUDOR Y/O EL TERCERO ES O SON SOCIEDADES CAMBIARÍA ALGUNA DE LAS RESPUESTAS?

No hay cambios en razón de lo anterior.

SI ALGÚN PAÍS PREVÉ QUITA O ESPERA LOGRADA POR MAYORIAS EN EL CONCURSO DE LA PERSONA HUMANA O JURÍDICA: ¿La misma posibilidad podrá trasladarse en la propuesta de acuerdo a homologar a la hipoteca otorgada por un tercero (persona humana o jurídica) no concursado? (Esta pregunta se introduce por lo informado por Jesús QUIJANO GONZALEZ en el Foro sobre Pre Insolvencia, del que acabamos de recibir completa información del colega Juan Carlos RODRÍGUEZ MASEDA)

En caso afirmativo ¿la situación varía si el tercero sólo ha asumido garantizar hipotecariamente o si también se ha constituido como garante personal de la obligación del concursado?

No entiendo la pregunta. Ruego aclarar el supuesto.

José Antonio GARCÍA CRUCES formalizó un nuevo interrogante respecto a todas las preguntas anteriores para el caso que los tres sujetos involucrados o dos de ellos integran un grupo económico, ¿alguna respuesta cambiaría?

La ley chilena no contempla regulaciones especiales para concursos de grupos económicos. Sólo debe considerarse que los créditos de las personas relacionadas que no se encuentren documentados con a lo menos 90 días antes del inicio del concurso se entenderán legalmente postpuestos al pago de los demás créditos. Asimismo, debe considerarse que las personas relacionadas carecen de derecho a voto.

EXPONENTE: JUAN ESTEBAN PUGA V.

La legislación de Chile tiene una expresa previsión: En caso que el bien no esencial sea de propiedad de un tercero, el artículo 95.3 LRLAEP ofrece una mecánica diversa. En tal caso, deberá distinguirse la actitud del deudor en la Junta de acreedores llamada a pronunciarse sobre el acuerdo, estimando, en este caso, que el acreedor se encontrará en mejor posición para determinar si prefiere la ejecución separada de la garantía o renunciar a tal derecho haciéndose parte del acuerdo. Por ello, si el acreedor vota a favor del acuerdo, se sujetará a los términos y modalidades del mismo y no podrá perseguir su crédito en términos distintos a los estipulados.

La norma no indica qué ocurre en caso de que el acreedor vote en contra del acuerdo de reorganización. Creemos que lo anterior se debe a una asunción errónea del legislador, en el sentido de entender que si el acreedor vota en contra no se logrará el quórum de aprobación, lo que, en todo caso, dependerá de la conformación del pasivo. Ante tal silencio, nos parece que una votación en contra igualmente implica el deseo del acreedor de formar parte de la voluntad colegial, por lo que termina asumiendo los resultados de la votación. De este modo, si a pesar de su voto negativo se logra el quórum de aprobación, entendemos que los efectos jurídicos son los mismos que aquellos que describe la ley para el voto favorable.

Tus comentarios¹ dan para mucho y yo de verdad creo que el mecanismo de la responsabilidad limitada y la personalidad jurídica tiene múltiples defectos, con o sin proceso concursal, pero tiene infinitos beneficios para la sociedad que compensan con mucho sus falencias.

El asunto de las quitas es una realidad que debe imponerse sólo cuando sin ellas aún el tramo no condonado se pagaría y a condición de que durante todo el proceso de cumplimiento los socios o los accionistas primitivos no retiren utilidades. Lo esencial aquí es que la ley debe estar bien hecha para que no se abuse del instrumento.

Yo, contrariamente a lo políticamente correcto, creo que se ha gestado un gran daño en el afán de salvar empresas en crisis. La empresa es un instrumento para producir riqueza y si no las produce- pues las empresas insolvente producen y esparcen pobreza- lo sano es liquidarlas. Mis investigaciones de mercados como Gran Bretaña, Alemania, Francia, Chile y EEUU (este más difícil de discernir) me arroja una triste estadística: que de cada 10 concursos formales 9 terminan en liquidación y 1 en reorganización efectiva, de forma que lo razonable sería presumir la liquidación salvo prueba fehaciente de la salvabilidad de la empresa. Ese era el sistema francés en nuestros países hasta bien entrado el siglo XX. Con esto lo que se logra es poner en movimiento rápidamente los activos del deudora y reinsertarlos en la economía para beneficio de sus acreedores. No hay que olvidar que muchas veces, la mejor forma de salvar una empresa es liquidándola, esto es, vender sus activos como una empresa en marcha o unidad económica que desde luego funcionará mejor en manos de un empresario solvente.

Ahora para limitar los abusos de la responsabilidad limitada y la personalidad jurídica en materia concursal, muchos países ([V.GI.](#) Francia, Inglaterra y Gales, y Alemania) ha consagrado una responsabilidad de los administradores por el daño que se siga en la continuidad de la empresa inviable. En materia penal también se ha extendido la responsabilidad criminal no solo a los administradores de derecho sino también a los de hecho, muy útil en países como los nuestros

¹ Nota del Editor: dialoga el exponente con Efraín Hugo Richard.

en que las empresas tienen controladores que muchas veces no integran ni los directorios ni son gerentes de las compañías.

Por último, hay países como España y Alemania donde para quitas muy significativas se exigen quórums muy altos y además no liberan de responsabilidad penal a los deudores o sus administradores que logran estos acuerdos.

En todo caso son temas interesantes que en países con mayor prestigio judicial ([v.gr](#) Francia, Alemania, USA y UK) los jueces tienen un mayor ámbito de actuación para cada caso. En países como los nuestros lo tradicional ha sido una ley muy rígida, Chile tal vez el peor y por eso son muy pocos los casos en Chile que llegan a procedimientos concursales formales.

CAPITULO ESPAÑA

EXPONENTE: JOSÉ ANTONIO GARCIA CRUCES

LA GARANTÍA HIPOTECARIA DE TERCERO, EL CONCURSO DEL GARANTIZADO, EL ACUERDO CONCURSAL Y LA NOVACIÓN**SUPUESTO FÁCTICO BÁSICO -LUEGO SE AMPLIARÁ A OTROS SUPUESTOS-:**

Para asistir financieramente a un deudor, el acreedor requiere una garantía hipotecaria de un tercero, que la otorga sin constituirse en deudor, ni principal pagador, ni fiador o garante en forma personal.

El deudor se concursa, formula una propuesta de 50% de quita y 5 años de espera con interés bancario de caja de ahorro para los créditos quirografarios, la que obtiene mayoría y es homologada por el juez.

PREGUNTAS:

1. EL ACREEDOR DEBE SOLICITAR VERIFICACIÓN-RECONOCIMIENTO DE SU CRÉDITO EN EL CONCURSO DEL DEUDOR?

La respuesta ha de ser positiva, pues en cuanto acreedor deberá comunicar su crédito en el concurso a fin de quedar integrado en la masa pasiva. No pueden aplicarse, salvo que concurren circunstancias particulares, las reglas de reconocimiento necesario de tal crédito (art. 86 LC), pues el gravamen se constituye sobre un bien que no está integrado en la masa activa del concurso.

2. EN CASO AFIRMATIVO EN QUE CARÁCTER DEBE HACERLO? QUIROGRAFARIO O HIPOTECARIO?

Ese crédito, frente al deudor concursado, es un crédito ordinario. La garantía se ha constituido sobre un bien ajeno a la masa activa del concurso, pues su titular/propietario es un tercero ajeno al procedimiento concursal.

3. PUEDE VOTAR LA PROPUESTA?

Sí, en su condición de acreedor ordinario.

4. PUEDE INICIAR DE INMEDIATO LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA O ESTA SUJETA A ALGUNA CONDICIÓN PROCESAL?

Es perfectamente posible dar inicio de forma inmediata a la ejecución hipotecaria, pues la suspensión de la ejecución de garantías reales por causa del concurso solo afecta a los bienes integrados en la masa activa, pero no cuando el concursado sea "tercer poseedor", como es el caso (art. 56 LC).

5. EL TERCERO QUE OTORGÓ LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE LA DEUDA DEL AHORA CONCURSADO, DEBE VERIFICAR CRÉDITO EN ESTE CONCURSO?

No, salvo que se hubiera ejecutado la garantía o hubiera atendido el pago garantizado con ese gravamen real. En tal caso, se subrogaría en la posición del acreedor inicial (esto es, aquél que hubiera visto reforzado su crédito con el gravamen constituido sobre que no es propiedad del concursado).

6. EN CASO AFIRMATIVO EN QUE CARÁCTER DEBE HACERLO?

Si comunica su crédito por haber atendido el pago del crédito que garantizó con la hipoteca constituida sobre un bien de su propiedad (acción de reintegro), Tendrá la misma clasificación que tuviera el acreedor inicial.

7. CUAL ES EL ALCANCE DE LA NOVACIÓN CONCURSAL EN SU CASO DEL ACUERDO HOMOLOGADO?

En realidad, el acuerdo – o, en su caso, el convenio – no supone una auténtica novación sino, mejor, un “pactum de non petendo”, cuya eficacia práctica es muy similar pero que tiene como consecuencia que su incumplimiento permita reclamar de modo inmediato el total del crédito.

En principio, y respecto de las garantías reales no hay una norma similar a la prevista en el apartado 9 de la Disposición Adicional 4ª LC. Por ello, cabría pensar – aunque puede resultar dudoso – que la quita o la espera surtan efectos.

De este modo, el acuerdo alcanzado – por el cauce que fuera – entre el deudor/concursado y el acreedor delimitará el alcance de la garantía, de tal manera que el garante no deudor verá reducida o limitada el alcance del gravamen.

8. ES OPONIBLE ESE ACUERDO AL ACREEDOR?

En el Derecho español se establecen reglas particulares para que, bajo las condiciones previstas en la norma, pueda extenderse el acuerdo que se homologue frente al acreedor con garantía real que se oponga al mismo. Es la Disposición Adicional 4ª LC.

9. EL TERCERO PUEDE OPONER ESA NOVACIÓN AL ACREEDOR, O SEA LA QUITA Y ESPERA LOGRADA POR EL DEUDOR DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA CON LA HIPOTECA DE UN TERCERO?

En principio, y respecto de las garantías reales no hay una norma similar a la prevista en el apartado 1 del artículo 135 LC. Por ello, cabría pensar – aunque puede resultar dudoso – que la quita o la espera surtan efectos.

10. DE NO PODERLE OPONER EL TERCERO AL ACREEDOR UNA EXCEPCIÓN, Y LA QUITA Y ESPERA, DEBIENDO SOPORTAR EL REMATE DE SU BIEN O AFRONTAR EL PAGO DE SU PECULIO PARA EVITAR EL REMATE: ¿TIENE ALGUNA ACCIÓN CONTRA EL DEUDOR MÁS ALLÁ DE SUBROGARSE EN LOS DERECHOS DEL ACREEDOR A COBRAR LA CUOTA CONCURSAL PARA RECUPERAR LA TOTALIDAD DE LO PAGADO?

Vid. respuestas 7 y 9.

SEGUNDO SUPUESTO: CASO QUE EL TERCERO TAMBIEN SE HAYA CONSTITUIDO EN FIADOR, PRINCIPAL PAGADOR, –ADEMÁS DE HIPOTECAR PARA GARANTIZAR DEUDA DE TERCERO-. SIEMPRE QUEDADO EN CLARO QUE ES EL DEUDOR CONCURSADO EL OBLIGADO PRINCIPAL Y EL TERCERO SE OBLIGA EN GARANTÍA DEL MISMO.

En este supuesto el planteamiento ha de ser completamente distinto, pues el tercero no solo permite el gravamen de un bien de su propiedad sino que, además, asume una responsabilidad

personal – que recae sobre todo su patrimonio presente y futuro – al constituirse en fiador o deudor de refuerzo.

En tales circunstancias, el acreedor cuenta con la responsabilidad patrimonial universal de ese tercero y, además, con un derecho de preferencia sobre determinados bienes, en razón del gravamen real que se constituyera.

De ser éste el supuesto de hecho, el tercero no podrá valerse del contenido del acuerdo homologado o del convenio por expresa disposición legal. La LC con esta regla traslada el coste de la insolvencia del deudor sobre las espaldas del deudor de refuerzo.

SUPUESTO DE CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS POR UNA PERSONA JURÍDICA INTEGRADA EN EL MISMO GRUPO QUE LA DEUDORA CONCURSADA O INSOLVENTE.

El principal problema que se suscita en este caso, y que ha generado una gran polémica, es el relativo a la posibilidad de hacer venir a menos las garantías constituidas en el concurso del garante, a través del ejercicio de una acción de reintegración (en el caso español, es una acción rescisoria ex artículo 71 LC).

Sobre este tema redacté para un trabajo bastante largo y que publiqué no hace mucho².

² Que incorporamos en el último capítulo con otros trabajos periféricos a la cuestión en investigación.

CAPITULO VENEZUELA**EXPONENTE: ELIANNE ESTECHE DE F.*****TRATAMIENTO DE LAS GARANTÍAS A FAVOR DE CONCURSADOS, CONSTITUIDAS SOBRE BIENES DE TERCEROS.*****RESPUESTAS AL CUESTIONARIO FORMULADO POR LA INVESTIGACION COLECTIVA³****EL SUPUESTO FÁCTICO BÁSICO:**

Para asistir financieramente a un deudor, el acreedor requiere una garantía hipotecaria de un tercero, que la otorga sin constituirse en deudor, ni principal pagador, ni fiador o garante en forma personal.

El deudor se concursa, formula una propuesta de 50% de quita y 5 años de espera con interés bancario de caja de ahorro para los créditos quirografarios, la que obtiene mayoría y es homologada por el juez.

De acuerdo con el artículo 1877 del Código civil venezolano, “la hipoteca es un derecho real constituido sobre los bienes del deudor o de un tercero, en beneficio de un acreedor, para asegurar sobre estos bienes el cumplimiento de una obligación”.

En consecuencia, puede constituirse garantía hipotecaria sobre bienes de un tercero. Sin embargo, nada se dice sobre la posibilidad de constituirse en deudor o no. La doctrina y jurisprudencia asume que se obliga a la satisfacción del crédito, solo con el bien hipotecado. Si dicha garantía no satisface la totalidad de la deuda, no responde con su patrimonio. Con lo cual el tercero constituyente no asume el carácter de fiador, ni de principal pagador, no siendo su obligación personal ni solidaria. El tercero constituye una garantía real, en consecuencia solo garantiza hipotecariamente no como garante personal.

LAS PREGUNTAS:

1. El acreedor debe solicitar verificación-reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor?

Sí

Establece el artículo 995 del Código de comercio venezolano, “todos los créditos contra el fallido, cualquiera que sea su carácter, están sujetos a calificación en el juicio de quiebra”.

En consecuencia, todo acreedor debe presentarse a solicitar su calificación, independientemente que la hipoteca se haya constituido sobre un bien del deudor o de un tercero (no deudor).

2. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo? Quirografario o hipotecario?

Como quirografario

³ Nota del Editor: En Anexos agregamos un importante trabajo de la misma autora sobre los temas en análisis

Como dispone el artículo 1899 del Código civil venezolano, “el acreedor hipotecario puede trabar ejecución sobre la cosa hipotecada y hacerla rematar, aunque esté poseída por terceros...”

En consecuencia, para el legislador civil venezolano es un acreedor hipotecario aun cuando la cosa se encuentre en manos de un tercero poseedor, teniendo derecho a la ejecución de la cosa.

En el caso del tercero constituyente, nada se menciona, salvo que el término “terceros” lo incluya.

En cualquier caso, debiera entenderse que el acreedor -independientemente de que el bien hipotecado sea de un tercero, la deuda la contrajo con el deudor principal, quien le otorgó una garantía hipotecaria sobre un bien para asegurar el pago de la deuda- será admitido en el concurso como quirografario, por cuanto el bien no se encuentra en el patrimonio del deudor concursado, lo cual lo diferencia del tercero poseedor, por cuanto en este caso el bien pertenecía al deudor, quien lo hipotecó y luego salió de dicho patrimonio para pasar a manos del tercero poseedor (adquirente).

3. Puede votar la propuesta?

Presentándose como quirografario puede votar la propuesta sin perder su garantía, asimilándose al acreedor que goza de una garantía personal

Dispone el artículo 1011 del Código de comercio venezolano, “...los acreedores privilegiados e hipotecarios pueden concurrir a la junta, pero no tienen voto en las deliberaciones por los créditos privilegiados e hipotecarios, a menos que renuncien al derecho de prelación, y se entenderá efectuada la renuncia por el hecho de dar su voto”.

Para la doctrina ante la falta de referencia expresa al acreedor hipotecario sobre un bien dado en garantía por un tercero (tercero constituyente), se plantea dos tesis:

- para unos por el voto del convenio no pierde su garantía en tanto no se aplica cuando los privilegios o hipotecas gravan bienes que no pertenecían al fallido cuando se declara la quiebra, como puede ocurrir, cuando el bien pertenece a un tercero. Las normas sobre quiebra se refieren únicamente a los bienes del deudor al momento de la declaración de quiebra, es decir, no se entiende referido a ellos;
- mientras que para otros la referencia es para ambos, por tanto, votando la propuesta pierde su garantía, en consecuencia pierde su derecho de prelación.

Debiendo observar en el caso de la primera tesis: que se asimila la situación al acreedor con garantía personal; y que a diferencia del tercero poseedor (adquirente) si se aplica, perdiendo el acreedor su garantía por emitir su voto, en tanto el bien era del deudor y fue él quien constituyó la hipoteca.

4. Puede iniciar de inmediato la ejecución hipotecaria o está sujeta a alguna condición procesal?

No se dispone de ninguna condición procesal, sólo debe esperar la realización del bien sujeto a la hipoteca.

Según establece el artículo 1022 del Código de comercio venezolano, “la aprobación del convenio lo hace obligatorio para todos los acreedores conocidos o desconocidos, estén o no comprendidos en el balance, estén o no calificados;...es decir, a todos aun cuando no hayan participado en el mismo. Sin embargo, los acreedores privilegiados e hipotecarios que no hubieren

renunciado sus derechos pueden hacerlos efectivos sobre los bienes afectos al privilegio o hipoteca”.

En este sentido, la situación dependerá de la tesis anteriormente asumida:

○ Si se asume la primera tesis, la norma no va referida a ellos, pudiendo hacer efectivo su derecho, en tanto presentándose como quirografario, y entendiéndose que la norma va referida a los acreedores hipotecarios sobre bienes del deudor, no pierde su garantía.

○ Si se asume la segunda, dependerá entonces si han renunciado o no a su derecho, por haber votado la propuesta. Si votó la propuesta y se considera como un acreedor privilegiado pierde su garantía; de lo contrario no votando el convenio puede ejercer su derecho haciéndolo efectivo sobre el bien o los bienes afectos a la hipoteca.

5. El tercero que otorgó la hipoteca en garantía de la deuda del ahora concursado, debe verificar crédito en este concurso?

El legislador mercantil, no hace referencia al tercero constituyente. La ley no contempla expresamente la situación. Sin embargo, si ha pagado tiene derecho a que le indemnice su causante, en cuyo caso debe presentarse.

Como ya se ha mencionado, el legislador mercantil no regula expresamente la situación del tercero constituyente, sin embargo, considerando que el tercero poseedor (adquirente) en caso de que haya pagado, tiene derecho a que le indemnice su causante, tanto el tercero constituyente como el tercero poseedor (adquirente) debería presentarse a calificar su crédito si ha pagado, previendo la norma:

“el tercer poseedor que haya pagado los créditos registrados, abandonando el inmueble o sufrido la expropiación, tiene derecho a que le indemnice su causante. También tiene derecho a que se le subrogue contra los terceros detentadores de otros inmuebles hipotecados por las mismas acreencias; pero no puede cobrar solidariamente de los poseedores de dichas cosas, sino a prorrata, tomando por base el monto de la deuda y el valor de las cosas hipotecadas, incluso la que él mismo poseía cuando se intentó la acción”.

Igualmente, el legislador civil prevé para el fiador que tiene derecho a que el deudor principal le obtenga el relevo, le caucione las resultas de la fianza o consigne medios de pago, entre otros supuestos, cuando el deudor haya quebrado o se encuentre en estado de insolvencia (artículo 1825 del Código civil).

6. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo?

Debe hacerlo como quirografario.

Tomando en cuenta el caso del tercero poseedor (adquirente), sin referencia expresa al tercero constituyente, tanto él como el tercero constituyente debieran presentarse como quirografarios.

Es de observar que, el legislador mercantil, en caso de que el fiador o coobligado haya hecho el pago éste será admitido en la masa por lo que haya pagado en descargo del fallido, es decir, como quirografario (artículo 1044 del Código de comercio).

7.Cuál es el alcance de la novación concursal en su caso del acuerdo homologado?

En el sistema concursal venezolano el convenio no produce novación. Y en todo caso, la novación es expresa no se presume (artículo 1315 del Código civil). No es una imposición de la ley, es voluntaria.

En el derecho venezolano el convenio no es causa de la novación y de la extinción de la obligación originaria y del nacimiento de una nueva, no existe la llamada novación legal concursal. En todo caso, la novación no se presume debe ser expresa, según dispone el artículo 1315 del Código civil.

No obstante, según la doctrina, si la ausencia del efecto novatorio del convenio que calla sobre la novación resulta del hecho de que la novación no se presume, puede deducirse que es posible especificar en el convenio la novación, lo que puede ser ventajoso desde el punto de vista de las prescripciones, pero desventajoso desde el punto de vista de las garantías antiguas que desaparecen. Serían necesarias, entonces, cláusulas especiales para mantener esas garantías, por cuanto el artículo 1320 del Código civil expresa: "los privilegios e hipotecas del crédito anterior no pasan al que lo sustituye, si el acreedor no ha hecho de ellos reserva expresa", es decir, se extinguen las obligaciones accesorias en caso de novación.

8. Es oponible ese acuerdo al acreedor?

En virtud de lo anterior no sería oponible, aun cuando nada se dice en el caso del tercero constituyente, las garantías permanecen intactas a pesar del convenio.

En virtud de lo anterior, los fiadores y demás garantes del deudor, continuarán obligados a favor de los acreedores. Incluso, en ocasiones el convenio hará surgir obligaciones de terceros que presten garantías, reales o personales, para el cumplimiento de las obligaciones del deudor en el convenio, si dichas garantías son accesorias se extinguirán en caso que se anule o resuelva el convenio. No obstante que el mismo no implica novación, nada se opone, a que la intención al celebrarlo haya sido la de novar.

9. El tercero puede oponer a esa novación al acreedor, o sea la quita y espera lograda por el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca de un tercero?

Nada se menciona al respecto, sin embargo, considerando lo anterior, negativa, debería ser la respuesta

Considerando lo mencionado hasta ahora, no puede oponerle dicho acuerdo.

10. De no poderle oponer el tercero al acreedor una excepción, y la quita y espera, debiendo soportar el remate de su bien o afrontar el pago de su peculio para evitar el remate: ¿tiene alguna acción contra el deudor más allá de subrogarse en los derechos del acreedor a cobrar la cuota concursal para recuperar la totalidad de lo pagado?

No

Aun cuando nada se menciona, el derecho del acreedor se manifiesta como derecho de persecución, en cuyo caso, el tercero debe soportar el remate de su bien o afrontar el pago de su peculio para evitar el remate, sin tener ninguna acción contra el deudor más allá de subrogarse en los derechos del acreedor a cobrar la cuota concursal para recuperar la totalidad de lo pagado.

UN SEGUNDO SUPUESTO: LAS MISMAS PREGUNTAS SE RESPONDERÁN PARA EL CASO QUE EL TERCERO TAMBIEN SE HAYA CONSTITUIDO EN FIADOR, PRINCIPAL PAGADOR, –ADEMÁS DE HIPOTECAR PARA GARANTIZAR DEUDA DE TERCERO-. SIEMPRE QUEDADO EN CLARO QUE EL DEUDOR CONCURSADO ES EL OBLIGADO PRINCIPAL Y EL TERCERO SE OBLIGA EN GARANTÍA DEL MISMO.

En el caso del tercero constituyente nada se establece sobre la posibilidad de que se obligue personalmente.

De acuerdo con el artículo 1877 del Código civil, se admite que la hipoteca pueda ser dada por un tercero distinto del deudor del crédito que se garantiza, siendo tres las personas involucradas: el acreedor hipotecario, el deudor de la obligación y el tercero constituyente de la hipoteca sobre bienes propios para garantizar el pago de una obligación ajena.

El legislador nada menciona sobre la posibilidad de accionar personalmente contra el tercero constituyente, si se ha obligado expresamente, es decir, si se ha obligado como garante personal de la obligación del concursado. Simplemente da la posibilidad que la hipoteca la constituya un tercero, el cual no está obligado personalmente, sino a la satisfacción del crédito con el bien dado en hipoteca, es decir, sólo garantiza hipotecariamente la obligación del deudor.

Únicamente el legislador civil prevé la situación del fiador que se haya obligado solidariamente con el deudor o como principal pagador, estableciendo que no será necesaria la excusión (artículo 1813 del Código civil). En este caso la demanda contra el deudor principal podrá extenderse al fiador para que pague inmediatamente (artículo 1814 del Código civil).

Y UNO O DOS ÚLTIMOS SUPUESTOS PARA LAS MISMAS PREGUNTAS: SI EL DEUDOR Y/O EL TERCERO ES O SON SOCIEDADES, ¿CAMBIARÍA ALGUNA DE LAS RESPUESTAS?

El legislador mercantil no distingue entre persona natural o jurídica.

El legislador mercantil no distingue entre persona natural o jurídica. El régimen concursal venezolano está dirigido hacia un sujeto calificado como comerciante. La referencia a las sociedades, solamente se corresponde a casos puntuales, entre ellos:

- Responsabilidad de promotores y administradores
- Requisitos de la manifestación de quiebra y de su solicitud
- Prohibiciones para el socio comanditario
- Imposición de sellos domicilio del socio solidario
- Celebración de convenio con uno o algunos socios
- Objeto del convenio: continuación o cesación de la empresa social
- La rehabilitación del socio luego de cancelar las deudas sociales

SI ALGÚN PAÍS PREVÉ QUITA O ESPERA LOGRADA POR MAYORIAS EN EL CONCURSO DE LA PERSONA HUMANA O JURÍDICA: ¿La misma posibilidad podrá trasladarse en la propuesta de acuerdo a homologar a la hipoteca otorgada por un tercero (persona humana o jurídica) no concursado? En caso afirmativo ¿la situación varía si el tercero sólo ha asumido garantizar hipotecariamente o si también se ha constituido como garante personal de la obligación del concursado?

La situación no se encuentra regulada

En el derecho concursal venezolano nada se menciona sobre la hipoteca otorgada por un tercero, como tampoco sobre la posibilidad de constituirse en garante personal de la obligación del concursado.

*José Antonio GARCÍA CRUCES formalizó un nuevo interrogante respecto a todas las preguntas anteriores para el caso que los tres sujetos involucrados o dos de ellos integraran un grupo económico, ¿alguna respuesta cambiaría?

El tratamiento de los grupos económicos no ha sido incorporado a la legislación concursal venezolana, no se encuentran regulados.

CAPITULO COLOMBIA

EXPONENTE: JUAN JOSÉ RODRIGUE MASEDA

Breve referencia a la novación en derecho civil colombiano

La novación es considerada en derecho colombiano como un modo de extinción de obligaciones, al igual que el pago, la compensación, la prescripción extintiva, la confusión, la pérdida de la cosa debida y al remisión entre otras.

1. Naturaleza de la novación

La novación es un modo convencional de extinguir obligaciones, a través del cual se reemplaza una relación obligatoria existente por otra⁴. En virtud de dicha sustitución, la obligación original se extingue y en su lugar las partes quedan ligadas por otro vínculo obligatorio.

2. Requisitos de la novación

La doctrina ha reconocido en el Código Civil una serie de requisitos para que haya novación y produzca la totalidad de sus efectos. En términos generales, se pueden identificar los siguientes:

2.1. Existencia de una obligación anterior

Como la novación es un modo de extinguir obligaciones, lo primero que requiere es una obligación que deba ser extinguida (art. 1689 del C. C.).

Las obligaciones a plazo, que existen jurídicamente, pero cuya exigibilidad se encuentra suspendida, cumplen con este requisito y pueden ser novadas.

2.2. Creación de una nueva obligación

Como la novación consiste en una sustitución de una obligación por otra, debe nacer una segunda obligación que reemplace a la primera.

2.3. Diferencia sustancial entre ambas obligaciones

La novación envuelve la extinción de la obligación original y su reemplazo por otra obligación. Para que opere este medio extintivo, se requiere que exista una diferencia sustancial entre la obligación y la nueva que la reemplaza, pues de lo contrario se trataría de un simple acto de modificación que no extingue la obligación original, sino que la confirma.

En este sentido, debe variar un elemento esencial de la obligación⁵, y por tanto no hay novación si solo se modifican cláusulas accidentales, como el otorgamiento o cancelación de garantías, tasa de interés, término, lugar o forma en que se debe realizar el pago⁶.

La doctrina ha identificado distintos elementos sobre los cuales puede versar la novación, a saber:

4 ARTICULO 1687. La Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.

5 Claro Solar, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, vol. VI – de las obligaciones. Bogotá, Editorial Temis – Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 397

6 Alessandri Rodríguez, Arturo. Derecho Civil, teoría de las obligaciones. Santiago de Chile, Imprenta El Esfuerzo, p. 422-424.

➤ *Novación objetiva (por cambio de objeto)*: consiste en el cambio de la prestación debida. “Si las partes modifican el objeto de la obligación, se entiende que la nueva substituye y extingue la antigua: por ejemplo, en lugar de mercancías el deudor adeudará, en lo adelante, una suma de dinero o viceversa; en lugar de un capital, una renta vitalicia (...)”⁷. También pertenecen a este tipo de novación los casos en que hay sustitución de una prestación de dar por una de hacer, o no hacer, o viceversa.

➤ *Novación subjetiva (por cambio de acreedor o deudor)*: consiste en la extinción de la obligación original, para sustituirla por otra en la cual cambia uno de los extremos de la obligación (acreedor o deudor) por un tercero.

➤ *Novación por cambio de causa*: consiste en la variación de la fuente u origen de la obligación⁸.

2.4. Capacidad de las partes

En la medida en que la novación envuelve un negocio jurídico entre el acreedor y el deudor de la obligación original, se requiere que uno u otro sean capaces, como en cualquier otra convención.

2.5. Intención de novar (*animus novandi*)

Finalmente, el último requisito para que haya novación es que las partes hayan tenido la intención de novar la obligación, es decir, que contraigan una nueva obligación con el ánimo de sustituir y extinguir la obligación anterior.⁹

La intención de novar (*animus novandi*) puede darse de varias formas:

➤ *De manera expresa*: Es decir por declaración formal de las partes para extinguir el vínculo anterior y reemplazarlo por el nuevo.

➤ *De manera tácita*: Cuando de las circunstancias del contrato se deducen elementos de juicio suficientes para concluir que se trata de una novación¹⁰.

La prueba de la intención de novar puede hacerse a través de cualquiera de los medios permitidos por el Código de Procedimiento Civil.

7 Planiol y Ripert, Tratado Práctico de derecho civil francés – tomo VI – De las obligaciones. La Habana, Editorial Cultural, 1936, p. 596.

8 Como el caso en que “debiéndose el precio de una compraventa o de un servicio, acreedor y deudor convienen en sustituir la ‘causa’ de la deuda: ya no se deberá esa cantidad de dinero a título de precio, sino de mutuo” Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones – tomo I. Bogotá, Externado, 2002, p. 709.

9 Sobre este particular, el artículo 1693 del Código Civil expresa :

“Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera.”

10 En este sentido, la novación “es tácita cuando aparece indudablemente del acto que la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua; como si yo deudor de Pedro de mil pesos por precio insoluto de una compraventa, convengo con él que queden en mi poder a título de mutuo. En este caso ambas obligaciones no pueden subsistir, porque lo que debo a Pedro son simplemente mil pesos y hemos cambiado aquí la primitiva obligación por una nueva obligación que envuelve la extinción de la primera”. Alessandri Rodríguez, cit., p. 430.

Conclusión:

Para el derecho colombiano la constitución de una garantía real por parte de un tercero o el amparar una obligación no constituye un caso de novación, entre otras razones porque aún tratándose de un tercero que asume la condición de deudor, es necesario que medie la voluntad del acreedor de darlo por liberado. Si ello no sucede, es claro que no existirá novación.

2. Los terceros en el régimen de insolvencia colombiano

La suerte de los terceros que ampararon o en general garantizaron obligaciones del deudor concursado en el régimen de insolvencia colombiano, se encuentra regulada en el artículo 71 de la ley 1116 de 2006¹¹, norma que apunta fundamentalmente a los siguientes premisas:

➤ Que el inicio del proceso de insolvencia no le impide al acreedor hacer efectiva la obligación de manos del tercero o del garante. En este caso, sea lo primero indicar que la norma coloca en un mismo plano al codeudor solidario y en términos generales al tercero que hubiera garantizado el cumplimiento de la obligación. Esto apunta fundamentalmente al hecho de que el pago que haga el tercero o si se quiere se otro distinto al deudor concursado no compromete o afecta los principios del régimen de insolvencia, básicamente por el hecho de que no se hace con recursos o activos del patrimonio del deudor.

➤ En este aspecto, el acreedor está facultado para cobrarle al deudor concursado en el proceso de insolvencia y al tercero por fuera del escenario concursal, es decir mediante el ejercicio de acciones ejecutivas singulares o reales.

➤ Ahora bien, en el caso de que el acreedor adelante un proceso ejecutivo contra el deudor concursado y terceros, el proceso ejecutivo sufre una mutación en el sentido que se bifurca, pues continuará contra los terceros y las medidas cautelares practicadas sobre bienes del deudor concursado, quedarán a órdenes del juez del proceso de insolvencia.

3. Los terceros que garantizaron obligaciones del deudor concursado.

Los terceros que garantizaron obligaciones del deudor concursado, son en términos sencillos acreedores condicionales, pues su obligación depende fundamentalmente de que ellos atiendan las obligaciones de aquel. En este aspecto, las normas que gobiernan el proceso de reorganización,

11ARTÍCULO 70. CONTINUACIÓN DE LOS PROCESOS EJECUTIVOS EN DONDE EXISTEN OTROS DEMANDADOS. En los procesos de ejecución en que sean demandados el deudor y los garantes o deudores solidarios, o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, el juez de la ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación que le informe del inicio del proceso de insolvencia, mediante auto pondrá tal circunstancia en conocimiento del demandante, a fin que en el término de su ejecutoria, manifieste si prescinde de cobrar su crédito al garante o deudor solidario. Si guarda silencio, continuará la ejecución contra los garantes o deudores solidarios.

Estando decretadas medidas cautelares sobre bienes de los garantes, deudores solidarios o cualquier persona que deba cumplir la obligación del deudor, serán liberadas si el acreedor manifiesta que prescinde de cobrar el crédito a aquellos.

Satisfecha la acreencia total o parcialmente, quien efectúe el pago deberá denunciar dicha circunstancia al promotor o liquidador y al juez del concurso para que sea tenida en cuenta en la calificación y graduación de créditos y derechos de voto.

De continuar el proceso ejecutivo, no habrá lugar a practicar medidas cautelares sobre bienes del deudor en reorganización, y las practicadas respecto de sus bienes quedarán a órdenes del juez del concurso, aplicando las disposiciones sobre medidas cautelares contenidas en esta ley.

PARÁGRAFO. Si al inicio del proceso de insolvencia un acreedor no hubiere iniciado proceso ejecutivo en contra del deudor, ello no le impide hacer efectivo su derecho contra los garantes o codeudores.

le exigen al concursado relacionar las obligaciones que hubiere garantizado y en especial, indicar quienes garantizaron sus obligaciones.

En este aspecto, un tercero que garantizó la obligación es un acreedor condicional y en ese sentido, podrá intervenir dentro del proceso y en el acuerdo debe disponerse la inclusión de una reserva para la atención de su obligación, una vez la misma adquiera la condición de certeza.

De otra parte y habida consideración que la constitución de una garantía por parte del tercero no constituye una novación, su obligación debe ser reconocida en el acuerdo como una obligación cierta y en la graduación que le corresponda.

El acreedor no se encuentra imposibilitado para votar el acuerdo y solo debe informar cuando reciba pagos de su obligación.

CAPITULO ARGENTINA

EXPONENTE: CARLOS MOLINA SANDOVAL

LA GARANTÍA HIPOTECARIA DE TERCERO, EL CONCURSO DEL GARANTIZADO, EL ACUERDO CONCURSAL Y LA NOVACIÓN**EL SUPUESTO FÁCTICO BÁSICO:**

Para asistir financieramente a un deudor, el acreedor requiere una garantía hipotecaria de un tercero, que la otorga sin constituirse en deudor, ni principal pagador, ni fiador o garante en forma personal. (Supuesto del art. 770 del Código de Comercio de Uruguay, art. 2799 del Código Civil y Comercial de Argentina)

El deudor se concursa, formula una propuesta de 50% de quita y 5 años de espera con interés bancario de caja de ahorro para los créditos quirografarios, la que obtiene mayoría y es homologada por el juez.

LAS PREGUNTAS, que podrán ser perfeccionadas por los intervinientes:

El supuesto es muy claro, y casualmente es el del tercero hipotecante, sin ser deudor, principal pagador, ni fiador, tiene una hipoteca. Sin perjuicio de que en la mayoría de los casos en que me ha tocado participar es además codeudor, fiador, etc.

Es esencial que el acreedor verifique el crédito, pero se discute sino lo verifica si realmente tiene validez una ejecución hipotecaria directamente contra el tercero hipotecante frente al incumplimiento. De hecho en una hipótesis más grave si fuera fiador, deudor, principal pagador tampoco tiene que verificar el crédito; el único caso que podría ser, es el del garante donde la accesoriedad podría determinar que la nulidad del crédito principal determine la nulidad de la fianza.

El acreedor si verifica en el concurso del deudor, el crédito es quirografario, distinto sería el caso en donde el tercero hipotecante se concursara, allí sería crédito con calidad de privilegiado.

En el primer caso, puede votar la propuesta para quirografarios. Obviamente no podría si hubiera propuesta para privilegiados

A mi juicio se podría iniciar la ejecución y no está sujeta a condición salvo el incumplimiento. De todas formas, atento a que no es una situación clara en el ordenamiento argentino, en esto sugiero dado que la hipoteca no tiene riesgo, sugiero la verificación; ver que ocurre con ese crédito, si tiene las características. Dicho de otro manera no se aplica el art 21 de la LCQ que impone la previa verificación y después la ejecución.

Estamos hablando que es un tercero hipotecario que ni siquiera es garante, la novación concursal tampoco le resultaría aplicable. Tampoco es oponible al acreedor sino lo es para el codeudor, fiador, por imperio del art 55 LCQ. Hay que distinguir lo que es la oponibilidad, en el sentido jurídico es ese acuerdo que tiene valor de acuerdo entre las partes lo que no significa que sea "extensible" es decir que pueda producir efectos contra el tercero hipotecante o sea que si se logra una quita, esa quita no puede afectar al tercer hipotecante, en algún punto la cuestión está

pensada para que el acreedor tenga una garantía total y esta garantía que es la hipoteca no se vea afectada por las quitas sino qué sentido tendría tener una garantía hipotecaria si después tengo que estar a las resultas del acuerdo quirografario que celebre, o sea estaría desvirtuando los fines de la hipoteca.

Tiene la acción de subrogarse y poder cobrar frente al tercero pero con calidad de quirografario, no podría cobrar con carácter de otra naturaleza. Me parece que la respuesta sería igual si se hubiese constituido como fiador o principal pagador, si un tercero hipotecante (no fiador) tiene esto, obviamente en el fiador la situación es mas clara, porque el fiador inclusive debería verificar en el mismo concurso del deudor conforme lo determina el art. 32, obviamente no podrá votar y su crédito quedaría condicionado a que efectivamente resulte cobrado.

Si fueran sociedades habría que ver la cuestión societaria, tratándose de grupos societarios obviamente en lo que tiene que ver con ciertos accionistas controlantes que no pueden votar, pero en términos generales la respuesta sería lo mismo y no habría ningún inconveniente.

Lo del grupo económico habría que analizar el contexto grupal y ver: 1.- cuales son las fianzas o garantías que pueden otorgar; 2.- si esa garantía dada por alguna sociedad excede los fines o lo que es notoriamente extraños al objeto social, el 58 in fine prohíbe la imputación a la sociedad de estos actos, entonces esto podría cambiar. Esto entra inclusive en las garantías intragrupo que establece el art 67 de la Ley que establece un sistema de verificación, habrá que aplicar las mismas reglas y eventualmente en esta votación se excluiría si la propuesta que realiza el concurso fuera grupal.

Existe la problemática del concurso del grupo y es parecido al concurso del garante, yo puedo tener un acreedor de una sociedad pero además tiene una hipoteca con respecto a la otra, entonces tendría un crédito con doble carácter, quirografario y privilegiado. Tendría que ver cual sería la calidad de ese crédito si trato unificadamente ese pasivo. Si lo trato separadamente deberá votar en cada concurso diferente. Pero si lo trato unificadamente tendría que ver en cada caso como lo resuelvo. Si trato unificadamente por un lado sería injusto hacerlo votar como quirografario cuando tiene un privilegio que no está sujeto la conformidad y paralelamente excluirlo. A mi juicio si se trata unificadamente este crédito es hipotecario, el puede continuar con la ejecución y no tiene que estar a las resultas de lo que ocurre en el concurso no vota en el concurso y la base del cómputo de la propuesta unificada se baja naturalmente.

EXPONENTE: SERGIO CABRIEL RUIZ**LA GARANTÍA HIPOTECARIA DE TERCERO, EL CONCURSO DEL GARANTIZADO, EL ACUERDO CONCURSAL Y LA NOVACIÓN****EL SUPUESTO FÁCTICO BÁSICO:**

Para asistir financieramente a un deudor, el acreedor requiere una garantía hipotecaria de un tercero, que la otorga sin constituirse en deudor, ni principal pagador, ni fiador o garante en forma personal. (Supuesto del art. 770 del Código de Comercio de Uruguay, art. 2799 del Código Civil y Comercial de Argentina).

El deudor se concursa, formula una propuesta de 50% de quita y 5 años de espera con interés bancario de caja de ahorro para los créditos quirografarios, la que obtiene mayoría y es homologada por el juez.

LAS PREGUNTAS, que podrán ser perfeccionadas por los intervinientes:

1. El acreedor debe solicitar verificación-reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor?

En la hipótesis en la que el que entra en situación de concurso es el deudor no hipotecante, el acreedor con garantía real debe solicitar verificación de créditos en el proceso universal.

2. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo? Quirografario o hipotecario?

Se califica exclusivamente como crédito quirografario u ordinario, pues el bien inmueble que sirve de garantía está fuera del patrimonio del concursado.

3. Puede votar la propuesta?

Al ser un acreedor verificado o admitido en el proceso concursal de su deudor, puede votar la propuesta ofrecida por el concursado, a menos de que se trate de la hipótesis en la que el hipotecante no deudor también se encuentre en concurso preventivo del garante (art. 68 de la Ley 24.522) y existe propuesta unificada, en cuyo caso, las conformidades emitidas por los acreedores que verificaron “el mismo crédito” o el crédito derivado de “la misma causa” en el concurso de la sociedad y en los de sus garantes, deben computarse “unificadamente”, es decir una sola vez en la categoría a que pertenezcan esos acreedores. Esto se explica en razón que la formulación de una propuesta única, provoca insoslayablemente la consolidación del pasivo, lo que resulta incompatible con el cómputo multiplicado de un mismo crédito o de los créditos derivados de la misma causa, que fueron reconocidos en cada uno de los concursos de los coobligados solidarios (garantes). De este modo, la base para el cómputo de las mayorías, los créditos admitidos o declarados verificados en cada proceso (en tanto provengan de la misma causa) solo se debe incluir en el pasivo por una vez, por el monto mayor y por la mejor gradación. Ningún acreedor puede pretender que su crédito, aunque reconocido en cada uno de los concursos, (de la sociedad y de sus garantes) sea multiplicado tantas veces como deudores obligados existan a los efectos del cómputo de las mayorías, pues ello importaría consagrar una indebida duplicación. En función de ello, habiéndose verificado con privilegio especial dicha acreencia en el concurso del hipotecante no deudor, no corresponde que vote en el proceso concursal del deudor.

4. Puede iniciar de inmediato la ejecución hipotecaria o esta sujeta a alguna condición procesal?

La cuestión no es unánime en doctrina ni jurisprudencia local. Algunos entienden que como el dador de la hipoteca se encuentra in bonis, puede ser ejecutado directamente (ALBERTI, Edgardo M. en QUINTANA FERRYRA – ALBERTI, Concursos, t. III, p. 679. Para otro sector, en el que se enrola el suscripto, el acreedor puede reclamar al hipotecante no deudor la obligación vencida sin tener que atenerse a las normas concursales, aunque se exige la previa solicitud verifcatoria en el concurso del deudor principal en función de lo dispuesto por el art. 21, inc. 2º segunda parte, 126 y 2200 C.C.C.

5. El tercero que otorgó la hipoteca en garantía de la deuda del ahora concursado, debe verificar crédito en este concurso?

La normativa concursal, en su art. 32, establece que todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular ante el Síndico el pedido de verificación de sus créditos. En función de ello, el tercero hipotecante no deudor debe verificar su acreencia, la que se encuentra condicionada hasta tanto se haga efectiva la satisfacción del acreedor hipotecario frente al hipotecante no deudor, pues éste viene a ocupar la posición del acreedor hipotecario en el seno del concurso.

6. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo?

Como quirografario, pues ya se dijo que el bien inmueble que sirve de garantía está fuera del patrimonio del concursado.

7. Cual es el alcance de la novación concursal en su caso del acuerdo homologado?

La cuestión no ha sido resuelta en forma pacífica. Según entiendo, la novación legal que trae aparejada la homologación del acuerdo preventivo en los términos del art. 55 de la Ley 24.522, no extingue las garantías reales que fueron dadas por terceros con el fin de resguardar el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor principal. Si bien es cierto que del texto no surge expresa la exclusión de los efectos dimanantes de la novación concursal a hipotecantes no deudores, se entiende que el citado artículo 55 de la ley 24.522, cuando en su parte segunda excluye al fiador y a los codeudores solidarios de la novación legal que produce la homologación del acuerdo preventivo, también alcanza al tercero que constituyó, sin ser deudor, una hipoteca garantizando la deuda del concursado, en tanto refiera a obligaciones con causa anterior a la presentación en concurso. De este modo se excepciona el principio establecido por el artículo 934 de la ley sustantiva en razón de no existir animus novandi por parte de los acreedores al momento de aceptar la propuesta, pues extender a los acreedores garantizados con prenda o hipoteca el efecto novatorio impuesto por la ley, sin que hayan prestado conformidad expresa al respecto, se prestaría a la conformación de conductas fraudulentas en desmedro del crédito, ya que bastaría con concursarse y obtener un acuerdo para que la garantía real desaparezca.

8. Es oponible ese acuerdo al acreedor?

Me remito a lo ya expresado precedentemente.

9. El tercero puede oponer esa novación al acreedor, o sea la quita y espera lograda por el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca de un tercero?

Conforme se ha señalado más arriba, la novación concursal no extingue las garantías reales que fueron dadas por terceros con el fin de resguardar el cumplimiento de la obligación contraída por

el deudor principal, motivo por el cual, el tercero no puede oponer válidamente esa novación en la ejecución hipotecaria iniciada en su contra.

10. De no poderle oponer el tercero al acreedor una excepción, y la quita y espera, debiendo soportar el remate de su bien o afrontar el pago de su peculio para evitar el remate: ¿tiene alguna acción contra el deudor más allá de subrogarse en los derechos del acreedor a cobrar la cuota concursal para recuperar la totalidad de lo pagado?

Entiendo que a los fines del recupero del crédito abonado, deberá acudir al proceso concursal a verificar su acreencia, quedando incluido en las contingencias de la normativa concursal para la verificación y cobro de su crédito.

UN SEGUNDO SUPUESTO: LAS MISMAS PREGUNTAS SE RESPONDERÁN PARA EL CASO QUE EL TERCERO TAMBIEN SE HAYA CONSTITUIDO EN FIADOR, PRINCIPAL PAGADOR, –ADEMÁS DE HIPOTECAR PARA GARANTIZAR DEUDA DE TERCERO-. SIEMPRE QUEDADO EN CLARO QUE ES EL DEUDOR CONCURSADO EL OBLIGADO PRINCIPAL Y EL TERCERO SE OBLIGA EN GARANTÍA DEL MISMO.

En este supuesto, esto es, en el que el tercero se haya constituido en fiador, principal pagador, además de ser tercero hipotecante, no estamos en presencia de un no deudor, en consecuencia, no se requiere la previa verificación en el concurso del deudor principal para ejecutar la garantía real.

Y UNO O DOS ÚLTIMOS SUPUESTOS PARA LAS MISMAS PREGUNTAS: ¿SI EL DEUDOR Y/O EL TERCERO ES O SON SOCIEDADES CAMBIARÍA ALGUNA DE LAS RESPUESTAS?

Entiendo que no cambia el esquema señalado, salvo alguna cuestión de responsabilidad en contra de los administradores que hubieron prestado como garantía bienes sociales, excediendo el objeto de la sociedad.

SI ALGÚN PAÍS PREVÉ QUITA O ESPERA LOGRADA POR MAYORIAS EN EL CONCURSO DE LA PERSONA HUMANA O JURÍDICA: ¿La misma posibilidad podrá trasladarse en la propuesta de acuerdo a homologar a la hipoteca otorgada por un tercero (persona humana o jurídica) no concursado?

En Argentina, existe la novación concursal, por lo que se remite a lo ya señalado.

En caso afirmativo ¿la situación varía si el tercero sólo ha asumido garantizar hipotecariamente o si también se ha constituido como garante personal de la obligación del concursado?

*José Antonio GARCÍA CRUCES formalizó un nuevo interrogante respecto a todas las preguntas anteriores para el caso que los tres sujetos involucrados o dos de ellos integran un grupo económico, alguna respuesta cambiaría?

Entiendo que no cambiaría el esquema señalado.

EXPONENTE: JOSÉ MARÍA PÉREZ PAZ**LA GARANTÍA HIPOTECARIA DE TERCERO, EL CONCURSO DEL GARANTIZADO, EL ACUERDO CONCURSAL Y LA NOVACIÓN****EL SUPUESTO FÁCTICO BÁSICO:**

Para asistir financieramente a un deudor, el acreedor requiere una garantía hipotecaria de un tercero, que la otorga sin constituirse en deudor, ni principal pagador, ni fiador o garante en forma personal. (Supuesto del art. 770 del Código de Comercio de Uruguay, art. 2199 del Código Civil y Comercial de Argentina)

El deudor se concursa, formula una propuesta de 50% de quita y 5 años de espera con interés bancario de caja de ahorro para los créditos quirografarios, la que obtiene mayoría y es homologada por el juez.

LAS PREGUNTAS, que podrán ser perfeccionadas por los intervinientes:

1. El acreedor debe solicitar verificación-reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor?

a. En el caso propuesto, el acreedor debe solicitar la verificación de su crédito en el concurso de su deudor (usada la expresión “debe” con el alcance o en el sentido de “*carga*”). Está sometido a dicho “imperativo del propio interés” en virtud del principio de colectividad que recoge el art. 32 de la ley 24.522 (LCQ, en lo sucesivo), concordante con los arts. 1, 125, 126 y demás de la citada ley, de los que se desprende que *todos* los acreedores por causa o título anterior a la presentación en concurso deben presentar sus pedidos de verificación a efectos de concurrir al proceso universal, cualquiera sea la naturaleza de sus créditos y el privilegio que les corresponda, e independientemente de que la obligación sea ya exigible o se encuentre pendiente del cumplimiento de plazo o condición.

2. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo? Quirografario o hipotecario?

a. El acreedor debe solicitar la verificación de su crédito con carácter quirografario. En el concurso del deudor cuya obligación fue garantizada mediante hipoteca sobre una cosa ajena, el acreedor no tiene mayor condición que la de cualquier otro quirografario, puesto que no existe en el patrimonio del deudor insolvente ningún inmueble afectado singularmente al cumplimiento de su crédito (Macagno, 2004). La jurisprudencia ha destacado que en el interior del procedimiento concursal, el acreedor puede participar como quirografario, y fuera del proceso mantiene intacto su poder de proceder ejecutivamente sobre el bien afectado por la garantía (SCJ Mza, 2004).

3. Puede votar la propuesta?

a. Sí, puede votar la propuesta. Si este acreedor reviste el carácter de quirografario frente a su deudor concursado, es consecuencia ineludible que la propuesta que el deudor presente a sus acreedores durante el período de exclusividad habrá de comprenderlo y, en consecuencia, este acreedor quirografario garantizado sobre bienes de terceros podrá votar la propuesta.

4. Puede iniciar de inmediato la ejecución hipotecaria o esta sujeta a alguna condición procesal?

a. El acreedor podría iniciar de inmediato la ejecución hipotecaria contra el tercero constituyente de la garantía siempre que el plazo previsto para el cumplimiento de la obligación garantizada se encuentre vencido, conforme al título de la obligación.

b. Si el plazo de pago estuviere vigente (esto es, pendiente de cumplimiento), el acreedor (que puede y “debe” pedir la verificación de su crédito en el concurso preventivo del deudor principal) no puede iniciar la ejecución hipotecaria, ya que la obligación no es aún exigible. El art. 353, 2ª parte, del Código Civil y Comercial de Argentina (CCCA, en lo sucesivo) dispone: “*Caducidad del plazo. (...) La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal*”. De manera entonces que la situación de concurso preventivo del deudor principal no provoca la caducidad (o *aceleración*) de los plazos vigentes o pendientes¹².

c. Si, conforme se dijo en el literal “a” anterior, el plazo de la obligación se encontrara vencido, el acreedor del caso planteado puede iniciar la ejecución hipotecaria. Esta afirmación no está exenta de alguna complejidad que conviene analizar.

d. A diferencia de lo que ocurre con los demás acreedores del deudor concursado, los titulares de garantías reales (sobre bienes del deudor concursado, ya que la ley no contempla expresamente supuestos como el del caso planteado) han tenido siempre un trato preferencial. Dichas acreencias escapan a la regla general y, si bien deben insinuarse al pasivo (y remover luego, en la ejecución del bien gravado, el obstáculo procesal de acreditar que dedujeron el pedido de verificación del crédito y del privilegio como requisito para la subasta del bien o para el despacho de medidas cautelares que impidan el uso de la cosa gravada por el deudor), pueden ejecutarse aún en el marco de un proceso concursal. La ley les concede un beneficio de orden temporal, una “ventaja no excluyente temporal” (Macagno, 2004), que los diferencia de los demás acreedores privilegiados.

e. Tal como lo señala el autor citado, el caso del hipotecante no deudor obliga a considerar que el acreedor tiene frente a sí a dos “deudores” diferentes: el sujeto pasivo de la obligación “personal” (deudor principal), sometido a concurso; y el constituyente de la garantía hipotecaria (crédito real). Existe una dualidad de derechos a favor del acreedor: personal contra el deudor principal; real, contra el propietario de la cosa.

f. Desde ese punto de vista, entonces, y siempre que el plazo concedido para el cumplimiento de la obligación se encuentre vencido (art. 353 CCCA), bastaría que la ejecución promovida para hacer efectiva la garantía real se dirija sólo contra el hipotecante no deudor. Ello así, por las siguientes razones.

g. En primer lugar, porque la falta de pago de la obligación es un hecho que surge *in re ipsa* de la situación de concurso preventivo del deudor principal y de la solicitud de verificación formulada

¹² Caducidad o aceleración que sí produce la declaración de quiebra del deudor, conforme dispone el art. 353 CCCA, en su primera parte. Aunque aún no hemos introducido la discusión acerca de la viabilidad de asimilar la situación del hipotecante no deudor a la del fiador, es oportuno mencionar que el art. 1586 del CCCA (referido al contrato de fianza) dispone: “*Subsistencia del plazo. No puede ser exigido el pago al fiador antes del vencimiento del plazo otorgado al deudor principal, aun cuando éste se haya presentado en concurso preventivo o haya sido declarada su quiebra, excepto pacto en contrario*”, de lo que se sigue que, para el caso del fiador, la ley ha seguido un criterio más amplio incluso para el caso de quiebra del deudor principal, que produce la caducidad de los plazos pendientes en las obligaciones del deudor, pero sin que esta caducidad alcance a los fiadores.

por el acreedor¹³; situación que impone al deudor, entre otras restricciones patrimoniales, la imposibilidad de alterar (v.gr., mediante el pago), la situación de los acreedores de causa o título anterior a la presentación. El deudor no pagó al vencimiento de la obligación y, hallándose actualmente en concurso, ya no puede hacerlo, por expresa prohibición legal.

h. En segundo orden, porque iniciado el proceso universal, los acreedores pierden la posibilidad de promover las acciones individuales que el ordenamiento jurídico les ofrecía mientras sus deudores estaban *in bonis*. Tales acciones individuales son sustituidas por la pretensión verificatoria (art. 32 y concordantes LCQ). De tal modo, el acreedor, quien ya no puede deducir acción ejecutiva alguna en contra del deudor principal y a quien le basta con pedir verificación de su crédito para cumplir con los postulados del principio de concurrencia, no precisa incoar el proceso de ejecución hipotecaria en contra de su deudor¹⁴.

i. Es por ello que consideramos que el acreedor puede ejecutar la garantía directamente contra el hipotecante no deudor siempre que concurren las condiciones señaladas: a) que la obligación esté vencida; y b) que el acreedor haya solicitado la verificación de su crédito¹⁵.

j. Esta interpretación refleja la dualidad de derechos a favor del acreedor que se señaló precedentemente: personal (contra el deudor principal concursado y que se registró por las reglas del proceso universal en cuestión) y la real (contra el hipotecante no deudor *in bonis*). Amén de ello, la interpretación protege adecuadamente el crédito (interés del acreedor) así como los intereses del proceso universal.

k. El art. 2200 del CCCA establece:

“ARTÍCULO 2200. Ejecución contra el propietario no deudor. En caso de ejecución de la garantía, sólo después de reclamado el pago al obligado, el acreedor puede, en la oportunidad y plazos que disponen las leyes procesales locales, hacer intimar al propietario no deudor para que pague la deuda hasta el límite del gravamen, o para que oponga excepciones.

El propietario no deudor puede hacer valer las defensas personales del deudor sólo si se dan los requisitos de la acción subrogatoria.

Las defensas inadmisibles en el trámite fijado para la ejecución pueden ser alegadas por el propietario no deudor en juicio de conocimiento”.

La doctrina (Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), 2015, pág. 120/121) resalta que el Código autoriza que la ejecución contra el propietario del inmueble gravado no deudor de la obligación garantizada (al que en la terminología del anterior Código de Vélez Sársfield se denominara “tercer poseedor”) *se materialice una vez reclamado el pago al obligado*, lo que se expone como acertado

¹³ Sin perjuicio de otros elementos que podrían exteriorizar dicho incumplimiento en el proceso concursal, tales como las referencias que el deudor pudiera hacer al respecto al petionar la apertura de su concurso (al exponer las causas concretas de su situación patrimonial, art. 11 inc. 2º, LCQ), o la inclusión del acreedor en la nómina de acreedores preconcursales (art. 11 inc. 5º, íb.), entre otras.

¹⁴ Siendo que el gravamen hipotecario ha sido constituido por un tercero (no deudor), la ejecución de la garantía real sólo puede ser considerada “hipotecaria” respecto de este tercero, el hipotecante no deudor, no así respecto del deudor principal, para quien dicho proceso configuraría un simple proceso de ejecución. Y, conforme el actual régimen del fuero de atracción (art. 21 LCQ), esa acción no podría deducirse ni continuarse luego de la publicación de edictos y resultaría atraída al juzgado del concurso.

¹⁵ En contra: (Macagno, 2004), para quien la configuración de un litisconsorcio pasivo necesario impediría que la relación procesal se establezca sin la intervención conjunta y simultánea del deudor principal y del hipotecante no deudor. Entendemos que en el caso, y especialmente por tratarse de un proceso de ejecución, la situación litisconsorcial no es necesaria sino voluntaria.

toda vez que *“el juicio por cobro del crédito con garantía real agota en ese primer tramo la exigibilidad de la deuda y el propietario no deudor no forma parte del vínculo personal allí existente”*.

En un escenario de deudor principal no concursado, el autor citado sostiene que conforme establece el art. 599 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), sólo después de dictada la sentencia de remate contra el deudor principal se intimará al propietario no deudor para el pago de la deuda, no porque él sea deudor de la obligación, sino por ser ésta la vía para que pueda inhibir la ejecución del bien gravado. En el caso de estudio propuesto, siendo que el deudor principal está sometido a concurso, dicha sentencia no resulta ya ni posible (por el fuero de atracción) ni necesaria (por cuanto, se reitera, la acción individual del acreedor es sustituida por la pretensión verificatoria).

I. La solución propuesta resulta concordante con el art. 2200 citado. En primer lugar, por cuanto la primer condición que establece para que el acreedor pueda reclamar el pago al hipotecante no deudor (*“sólo después de reclamado el pago al obligado”*) resulta cumplida con la petición verificatoria en el concurso (cuya naturaleza y eficacia jurídica es la de una demanda judicial, conforme doctrina y jurisprudencia pacíficas, y lo expresamente previsto por el art. 32 LCQ). En dicho trámite, y con un marco cognoscitivo más amplio (arts. 34, 37 y 38 LCQ, según corresponda) que el de un simple proceso de ejecución, el concursado podrá oponer al pedido todas las defensas y excepciones que estime procedentes. En segundo lugar, por cuanto la ausencia del deudor principal en la relación procesal que abre la ejecución hipotecaria promovida sólo contra el hipotecante no deudor no acarrea ninguna lesión al derecho de defensa de las partes. El deudor principal ejerce su defensa en el marco del proceso de verificación. El hipotecante no deudor, si optara por no pagar, puede oponer no sólo las excepciones que él tenga contra el progreso de la ejecución, sino también las del deudor principal si se dieran las condiciones de la acción subrogatoria (y sin necesidad de contar con la previa aceptación o consentimiento del deudor concursado). Y como en el fondo no es más que un proceso de ejecución, el hipotecante no deudor podrá proponer en el juicio ordinario posterior todas las defensas que hubiesen sido declaradas inadmisibles en el trámite ejecutivo.

5. El tercero que otorgó la hipoteca en garantía de la deuda del ahora concursado, debe verificar crédito en este concurso?

El tercero constituyente de la hipoteca debe verificar su crédito en el concurso del deudor garantizado, por su eventual derecho a repetición de lo pagado. En consecuencia, debe verificar su crédito en carácter de acreedor condicional.

La carga resulta impuesta por el segundo párrafo del art. 125 LCQ, norma que, tras sentar el principio de *“concursabilidad”* dispone que *“quedan comprendidos los acreedores condicionales, incluso aquellos cuya acción respecto del fallido queda expedita luego de excusión o cualquier otro acto previo contra el deudor principal”*. De manera correlativa, el art. 32 LCQ impone la carga verificatoria para *“todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación y sus garantes”¹⁶*.

El carácter eventual de la acreencia proviene de la naturaleza de la responsabilidad patrimonial asumida por el hipotecante no deudor y de la circunstancia según la cual su derecho a repetir lo

¹⁶ La doctrina entiende que los garantes a que alude el art. 32 LCQ son los fiadores, avalistas y también los terceros que hayan garantizado con prenda o hipoteca una obligación del concursado. Cfme. (Galíndez, 1997, pág. 101), citado por (Macagno, 2004).

abonado está supeditado tanto al incumplimiento del deudor principal, como a que sea requerido de pago por el acreedor¹⁷.

El tempestivo cumplimiento de la carga procesal de solicitar la verificación del crédito en el concurso del deudor principal en calidad de acreedor condicional implica el despliegue de una conducta diligente del tercero que otorgó la hipoteca en la atención de sus propios asuntos, ya que tal insinuación lo pone a cubierto, por caso, de la eventual prescripción concursal de su acción, conforme art. 56 LCQ. Máxime aún si fuera el caso que el vencimiento de la obligación principal hubiese estado previsto en fecha próxima a los dos años desde la presentación en concurso del obligado principal.

6. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo?

El hipotecante no deudor, además de su calidad de acreedor condicional, debe insinuarse en carácter de acreedor quirografario. Tal como se desprende del art. 2202 inc. c del CCA, el propietario no deudor que hubiese pagado la deuda (y logrado así subrogarse en los derechos del acreedor) tendrá el carácter de acreedor privilegiado respecto de *otros terceros* que hubieran constituido prendas o hipotecas *junto* con él en garantía de la misma deuda que el obligado principal incumplió.

7. Cuál es el alcance de la novación concursal en su caso del acuerdo homologado?

De acuerdo al art. 55 LCQ, el acuerdo homologado *“importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso”*. El párrafo siguiente de la norma dispone también que dicha novación *“... no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios”*.

De manera que los fiadores o codeudores solidarios están expresamente excluidos del efecto novatorio concursal dispuesto por el art. 55 LCQ.

Por su parte, el art. 940 del CCCA dispone, en orden a los efectos de la novación como forma de extinción de las obligaciones, que *“La novación extingue la obligación originaria con sus accesorios. El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; en tal caso, las garantías pasan a la nueva obligación sólo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio”*¹⁸.

De manera concordante con esta disposición, el art. 1.597 CCCA (referido a la extinción de la fianza por novación) establece que *“La fianza se extingue por la novación de la obligación principal aunque el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador. La fianza no se*

¹⁷ El art. 2202 del CCA establece: *“Subrogación del propietario no deudor. Ejecutada la garantía o satisfecho el pago de la deuda garantizada, el propietario no deudor tiene derecho a: a) reclamar las indemnizaciones correspondientes; b) subrogarse, en la medida en que procede, en los derechos del acreedor; c) en caso de existir otros bienes afectados a derechos reales de garantía en beneficio de la misma deuda, hacer citar a sus titulares al proceso de ejecución, o promover uno distinto, a fin de obtener contra ellos la condenación por la proporción que les corresponde soportar según lo que se haya acordado o, subsidiariamente, por la que resulta del valor de cada uno de los bienes gravados”*.

¹⁸ En el régimen del anterior Código Civil argentino, derogado por la ley 26.994 a partir del 1º de agosto de 2.015, el art. 803 permitía al acreedor efectuar reserva expresa en la novación *“para impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva”*. Si bien la reserva era unilateral, el art. 804 disponía que no podía efectuarse *“si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieran a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación”*. De manera que el sistema, en líneas generales, se mantiene idéntico al anterior y se basa en el *animus novandi*.

extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor, aun cuando no se haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador”.

Las normas anteriormente transcritas dejan en claro que la novación alcanza a todas las obligaciones de causa anterior a la presentación concursal del deudor que, por resultar incluidas en la o las propuestas de acuerdo aprobadas y homologadas, quedarán reemplazadas por las prestaciones concordatarias respectivas precisamente por ese efecto extintivo o novatorio (Rouillón, 2015, pág. 155).

Y el efecto novatorio alcanza a todas las obligaciones quirografarias del deudor de causa o título anterior a la presentación en concurso (cfme. Art. 56 LCQ, 1º párrafo, LCQ).

En el caso propuesto, si bien el acreedor podría impedir la extinción de la garantía real hipotecaria mediante reserva, tales garantías sólo pasarían a la nueva obligación si quien las constituyó hubiera participado en el acuerdo novatorio (cfme. Art. 940 CCCA), circunstancia que, tratándose de hipoteca constituida por tercero, difícilmente pueda verificarse en la práctica, debido a que rara vez tales terceros participan del acuerdo preventivo.

Rouillón (Rouillón, 2015, pág. 156) sostiene que *“podría preservarse anticipadamente la garantía real si, en el instrumento de constitución, el otorgante de la garantía prestara expresa conformidad para que ésta no se extinga como resultado de la eventual novación de la deuda garantizada en caso de concurso del obligado”.*

En idéntico sentido (Drucaroff Aguiar, 2010, pág. 359/360), quien sostiene que dicha reserva *“tiene plena validez, porque expresa la cabal intención del acreedor hipotecario de preservar en cualquier caso su garantía y porque esa interpretación es aún más relevante ante una novación impuesta por una norma legal, para la cual no es necesaria -más bien, resulta irrelevante- la expresión de la voluntad del acreedor”*¹⁹.

8. Es oponible ese acuerdo al acreedor?

La oponibilidad de ese acuerdo al acreedor surge irremediabilmente de las disposiciones contenidas en los arts. 55 y 56, 1º párrafo, LCQ. En el concurso preventivo del deudor, el crédito garantizado con hipoteca sobre bienes de terceros es quirografario.

9. El tercero puede oponer esa novación al acreedor, o sea la quita y espera lograda por el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca de un tercero?

El efecto novatorio del art. 55 LCQ alcanza a todas las obligaciones quirografarias del deudor, de causa o título anterior a la presentación concursal, con exclusión de los fiadores y de los codeudores solidarios.

De tal manera, la oponibilidad del efecto novatorio por parte del tercero no deudor al acreedor está supeditado a si resulta factible asimilar su situación a la del fiador; si la asimilación es viable, los efectos del acuerdo preventivo obtenido por el deudor principal no se extenderán a la garantía hipotecaria. De tal modo, la obligación del hipotecante no deudor no se extinguiría como efecto de la novación concursal, ni resultarían oponibles la quita y la espera logradas; y así, el acreedor podría reclamar a aquél (incluso en una ejecución hipotecaria) la diferencia insoluble entre el monto total de la obligación originaria y lo que dicho acreedor hubiera percibido del obligado principal en la etapa de cumplimiento del acuerdo.

¹⁹ El citado autor valora desfavorablemente el precedente de la SCJBA, c. 90.124, 11-6-2008, *in re* “Norberto Antonio Galassi S.A. c/BBVA Banco Francés S.A. s/Extinción de garantía real”. Cita Online: 70047931.

Si, por el contrario, la equiparación entre la situación del hipotecante no deudor y el fiador no fuera posible, la novación producida por la homologación del acuerdo extinguirá la obligación que impone la garantía hipotecaria, liberando así al tercero no deudor. Advertimos aquí que el efecto jurídico producido por la novación concursal excede los límites del interrogante propuesto para esta investigación, en tanto no estaría en juego ya la oponibilidad al acreedor de la quita y espera obtenidas en el concurso, sino de la lisa y llana extinción de la garantía real otorgada por el hipotecante no deudor.

Tal como se ve, la solución a la que se arribe puede provocar importantes perjuicios al acreedor (la pérdida de la garantía hipotecaria y la consiguiente liberación del tercero no deudor); por esa razón es que la cuestión resulta trascendente, en términos de seguridad jurídica.

La jurisprudencia argentina registra pronunciamientos contrarios en los contados supuestos en los que ha debido expedirse sobre el tema.

En uno de los más relevantes casos (C1^oCCom. de San Nicolás, 2006), en el que se decidió eximir al hipotecante no deudor de los efectos de la novación concursal del acuerdo homologado, el tribunal asimiló la figura del “tercero que constituye hipoteca a favor del deudor principal sin obligarse personalmente” a la del fiador. Para ello, se consideró que la naturaleza y caracteres de la obligación asumida por el tercero son análogos a los resultantes de la fianza.

En tal sentido, el magistrado preopinante sostuvo que *“si bien el tercero que da en hipoteca un bien propio para garantizar la deuda ajena no asume responsabilidad personal alguna, halla similitud con el fiador en atención a que se ha calificado de caución real a la por él prestada, quedando obligado con el bien gravado con la hipoteca y correspondiéndole la acción de indemnización que se le brinda al fiador que hubiere hecho el pago, pudiendo pedir al deudor el valor íntegro de su inmueble (Salvat Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino”, Derechos Reales, 4^a ed., t. IV, Tipográfica Editora Argentina S.A., Bs. As., 1960, p. 93)”*.

A este respecto debe destacarse que el fiador (que se obliga de manera accesoria por un tercero²⁰), así como el hipotecante no deudor, asumen una obligación ajena. En otros términos, ninguno de los dos era “deudor” antes de otorgar los respectivos actos jurídicos (fianza y contrato hipotecario) que generan su ulterior responsabilidad patrimonial para con el acreedor por el eventual incumplimiento del deudor u obligado principal.

Por ello es que la naturaleza de la responsabilidad que asumen ambos “terceros” permite la asimilación²¹, poniendo a un costado la no menor circunstancia de que, en el caso del fiador, su responsabilidad jurídica por la obligación ajena debe ser afrontada con todo su patrimonio, mientras que en el caso de hipotecante no deudor, su responsabilidad jurídica por la obligación ajena se limita al o a los bienes sometidos al gravamen, y por el monto de la garantía (o, como expresa la parte final del art. 2199 CCCA, *“responde únicamente con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen”*). Mas ello (esto es, la hipoteca o la mayor o menor individualización o extensión de los bienes afectados a la deuda) no modifica sustancialmente la cuestión, ni hace que la responsabilidad asumida por uno u otro deje de ser por una obligación ajena.

20 Esta “ajenidad” de la obligación que asume el fiador resulta del régimen legal aplicable a la fianza no solidaria sin renuncia al beneficio de excusión (arts. 1583, 1590, 1591 y ss. del CCCA) en la que el fiador tampoco asuma la condición de deudor ni principal pagador.

21 En contra (Macagno, 2004, pág. 3).

En ambos casos, entonces, hay responsabilidad patrimonial por deuda ajena. Desde este punto de vista, la naturaleza y caracteres de la obligación asumida por el tercero hipotecante no deudor son análogos a los de la fianza (Drucaroff Aguiar, 2010, pág. 355).

Conviene tener presente que el párrafo final del art. 55 no sólo excluye al fiador, sino también al co-deudor solidario.

Para justificar la exclusión del fiador (responsable por deuda ajena mediante el otorgamiento de una garantía personal) se sostuvo que el fundamento *“se encuentra en que los fiadores y deudores solidarios, al momento de asumir sus obligaciones como tales, las asumieron en su verdadero e integral alcance y contenido, y la circunstancia de que la obligación originaria quede modificada por la celebración del acuerdo preventivo por parte de los acreedores con el deudor principal no importa por parte de dichos acreedores una remisión parcial de la deuda, ya que la modificación de los alcances de la obligación principal derivada del acuerdo aprobado por el régimen de mayorías no importa una concesión animus donandi sino un efecto propio, derivado de un instituto típico, contenido en la ley concursal”* (Rivera, Roitman, & Vítolo, 2009).

En otros términos, la razón para mantener a fiadores y codeudores solidarios al margen del efecto novatorio radica en que éstos, al obligarse, asumieron su responsabilidad patrimonial de manera voluntaria y mediante una declaración común con el acreedor. Y siendo que la modificación que el acuerdo produce sobre las obligaciones del deudor principal no proviene de una liberalidad concedida por los acreedores, sino de la ley, corresponde mantener incólume (esto es, tal como fuera originariamente asumida) la responsabilidad de dichos fiadores y codeudores.

La novación del acuerdo preventivo es una imposición legal. En su momento, significó una novedad de la ley 24.522, incorporada a los fines de facilitar al deudor el acceso al crédito luego de la homologación del acuerdo, toda vez que, con esta (segunda) cristalización del pasivo, el acreedor post – homologación puede conocer con exactitud el monto total del pasivo de su deudor (Graziáble, 2015, pág. 1).

Resulta entonces que si el sistema legal sobre la novación asienta en la voluntad (art. 940 CCCA), y el acreedor (aun cuando hubiera prestado conformidad a la propuesta de acuerdo del deudor principal) nada ha manifestado (ni menos aún consentido) sobre extinción o liberación de garantías (sea la del fiador, la del codeudor solidario, o la del hipotecante no deudor) debemos concluir en que no existe voluntad jurídica de novar tales garantías y, de tal modo, la homologación del acuerdo no debe afectarlas ni extinguirlas.

Pese a que el art. 55 LCQ no menciona expresamente al tercero hipotecante no deudor, si afirmamos que tanto éste como el fiador asumen responsabilidad patrimonial por deuda ajena, y sostenemos que la naturaleza y caracteres de la obligación del tercero hipotecante no deudor son análogos a los de la fianza, debemos concluir en que existe la misma razón para excluirlo de los efectos del acuerdo homologado. De tal manera se está optando por la solución que mejor atiende la finalidad económico – social que corresponde asignarle al contrato de otorgamiento de la garantía real (Rivera, Roitman, & Vítolo, 2009, pág. 451), las necesidades del crédito y los intereses del acreedor (a cuyo favor se orientó la contratación, mediante el otorgamiento de una garantía real hipotecaria por parte de un tercero que no integra la relación obligacional principal).

Por último, cabe mencionar que Graziábile (Graziábile, 2015, pág. 3) sostiene que el art. 941 del CCCA²² ha modificado la situación del tercero hipotecante no deudor y obligado a dejar de lado la discusión planteada en el régimen anterior al CCCA. Y que, ante un hipotecante no deudor (hipótesis que carece de solución concursal) y en función de la mentada aplicación analógica de lo previsto en el Código Civil y Comercial, debe concluirse en que no resulta posible que el acreedor pueda mantener esa garantía en el concurso, salvo que el acreedor haga reserva y el tercero participe del acuerdo.

Agrega que *“en un acuerdo concursal que se logra por mayoría, puede ocurrir que en el mismo no participe el acreedor garantizado con una hipoteca de un tercero distinto al deudor, por tratarse de un acreedor disidente que no presta conformidad al acuerdo, pero además, resultará imposible la participación del tercero, quien es ajeno al concurso”*. Sostiene que en tal hipótesis, *“el acreedor disidente quedará sometido al acuerdo logrado por mayoría sin poder conservar su garantía hipotecaria”*.

Postula asimismo, como solución alternativa, que el hipotecante preste conformidad (al momento de constituirse el gravamen) para el mantenimiento de la garantía *“en el caso de que se homologue un acuerdo en un concurso preventivo y el acreedor no presente conformidad en el acuerdo”*. Si, conforme al régimen legal, resulta indispensable a los efectos de conservar la garantía, que el acreedor manifiesta expresamente que quiere reservarla, dicha previsión le permitiría lograr el efecto deseado aun cuando no prestara conformidad al acuerdo.

Por último, el autor citado afirma que la situación cambia si el acreedor presta conformidad al acuerdo, ya que al participar voluntariamente de la conformación del mismo, podría en ese momento reservarse la hipoteca para la obligación novada luego de la homologación y exigir la participación del tercero hipotecante para prestar así conformidad al acuerdo. En lo personal, consideramos que al acreedor (quirografario) del deudor concursado le resultará prácticamente imposible lograr la participación del tercero hipotecante a los fines de conservar la garantía real en la obligación novada.

10. De no poderle oponer el tercero al acreedor una excepción, y la quita y espera, debiendo soportar el remate de su bien o afrontar el pago de su peculio para evitar el remate: ¿tiene alguna acción contra el deudor más allá de subrogarse en los derechos del acreedor a cobrar la cuota concursal para recuperar la totalidad de lo pagado?

El tercero no tiene otra acción contra el deudor que las que le confiere el ya citado art. 2202 del CCCA.

La norma reconoce al hipotecante no deudor el importe que este tercero haya debido abonar al acreedor (sea que lo haya atendido voluntaria o forzadamente). Dicho importe abonado constituye, en principio, el límite de la subrogación (art. 919 inc. a CCCA) y habrá de coincidir, en principio, con el monto por el cual el hipotecante no deudor se insinuó (y por el que debió ser admitido) al pasivo del obligado principal concursado, como acreedor quirografario condicional.

A través del referido art. 2202 CCCA, la legislación común prevé que el hipotecante no deudor que paga la deuda puede:

- Reclamar las *“indemnizaciones correspondientes”*, expresión que incluye a las indemnizaciones por daños y perjuicios sufridos por el tercero a consecuencia de la conducta

²²Artículo 941. Novación legal. Las disposiciones de esta Sección se aplican supletoriamente cuando la novación se produce por disposición de la ley.

antijurídica del deudor principal concursado. Esta acción de daños implica que la indemnización pueda resultar mayor al importe desembolsado (si se demostrara, por ejemplo, que el valor de bien era superior al precio obtenido por el acreedor) (Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), 2015, pág. 125/126). Siempre que el daño sufrido por el hipotecante no deudor se hubiese producido, como en el ejemplo indicado, con posterioridad a la presentación concursal del obligado principal, constituiría una acción post concursal, no incluida en el acuerdo y susceptible de reclamo mediante acción individual (ordinaria) en el fuero común.

- Subrogarse en los derechos del acreedor, sea con motivo de la ejecución o del pago, a fin de “recuperar los valores comprometidos” y “habida cuenta del provecho que el pago voluntario o forzado significó para el deudor”²³. La doctrina a quien seguimos destaca que la subrogación constituye un remedio con el que cuenta el tercero que soportó la deuda más eficaz que la simple acción de regreso.

Aunque la deuda se haya extinguido para el acreedor originario, las garantías dadas para el pago de la deuda (eje de la subrogación) subsisten (con excepción, claro está, de la que había dado el hipotecante que abonó la deuda). Esta subsistencia de las garantías dadas es la que permite al tercero actuar conforme autoriza el inciso c del art. 2202 sobre las otras garantías.

- Ejecutar las demás garantías otorgadas por la misma deuda, en caso de que el deudor principal hubiera contado con otras garantías reales dadas por él (supuesto que modificaría la plataforma fáctica de este trabajo) o por otros terceros para asegurar el pago de la obligación que debió honrar el propietario no deudor de nuestro caso.

En nuestro caso, la acción subrogatoria entablada contra el deudor principal concursado, quedará sujeta a los términos (quita, espera y demás condiciones) del acuerdo preventivo homologado aplicable a los quirografarios y con deducción de lo que el acreedor hubiera percibido en virtud del acuerdo.

UN SEGUNDO SUPUESTO: LAS MISMAS PREGUNTAS SE RESPONDERÁN PARA EL CASO QUE EL TERCERO TAMBIEN SE HAYA CONSTITUIDO EN FIADOR, PRINCIPAL PAGADOR, –ADEMÁS DE HIPOTECAR PARA GARANTIZAR DEUDA DE TERCERO-. SIEMPRE QUEDADO EN CLARO QUE ES EL DEUDOR CONCURSADO EL OBLIGADO PRINCIPAL Y EL TERCERO SE OBLIGA EN GARANTÍA DEL MISMO.

1. El acreedor debe solicitar verificación-reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor?

Sí, el acreedor debe solicitar la verificación de su crédito en el concurso del obligado principal.

2. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo? Quirografario o hipotecario?

Debe hacerlo en carácter de acreedor quirografario.

3. Puede votar la propuesta?

Sí, puede votar la propuesta.

4. Puede iniciar de inmediato la ejecución hipotecaria o esta sujeta a alguna condición procesal?

²³ (Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), 2015, pág. 126)

Puede iniciar la ejecución hipotecaria de inmediato, siempre que se dé la primera de las condiciones mencionadas anteriormente para el primer supuesto fáctico, esto es, que la obligación esté vencida. Como el tercero hipotecante es fiador – principal pagador (art. 1591 CCCA), se aplica el régimen de las obligaciones solidarias y, en consecuencia, el acreedor puede demandar autónomamente al fiador hipotecante, sin necesidad de accionar contra el deudor originario (esto es, sin necesidad de solicitar verificación en el concurso del nombrado).

5. El tercero que otorgó la hipoteca en garantía de la deuda del ahora concursado, debe verificar crédito en este concurso?

Sí, el tercero fiador hipotecante tiene la carga de solicitar la verificación de su eventual crédito contra el deudor principal.

6. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo?

Debe solicitar verificación en carácter de acreedor quirografario condicional. Sin perjuicio de que, tal como se dijo precedentemente, resulta aplicable el art. 2202 inc. c del CCA, según el cual el propietario no deudor que hubiese pagado la deuda (y logrado así subrogarse en los derechos del acreedor) tendrá el carácter de acreedor privilegiado respecto de *otros terceros* que hubieran constituido prendas o hipotecas *junto* con él en garantía de la misma deuda que el obligado principal incumplió.

7. Cual es el alcance de la novación concursal en su caso del acuerdo homologado?

La novación concursal producida por el acuerdo homologado producirá, para este caso, los mismos efectos señalados en el supuesto fáctico anterior (deja a salvo la fianza y la garantía hipotecaria que la acompaña). Aunque aquí la conclusión se obtiene sin mayor esfuerzo interpretativo ni argumentativo, ya que, al haberse obligado el tercero constituyente de la garantía como fiador – principal pagador, el supuesto está expresamente contenido en el art. 55 LCQ, párrafo final, y no cabe duda alguna de que el tercero está excluido de los efectos del acuerdo homologado.

Resulta conveniente mencionar que en la práctica, casos como el de este supuesto, determinan la presentación concursal del fiador – principal pagador constituyente de la hipoteca junto con el obligado principal, sea por la vía del art. 65 LCQ (concurso en caso de agrupamiento), por la vía del art. 68 LCQ (concurso del garante), o de manera individual o autónoma.

8. Es oponible ese acuerdo al acreedor?

Sí, el acuerdo es oponible al acreedor.

9. El tercero puede oponer esa novación al acreedor, o sea la quita y espera lograda por el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca de un tercero?

No, el tercero fiador hipotecante no puede oponer la novación (y los términos del acuerdo homologado, quita y espera incluidas) al acreedor, por hallarse expresamente excluido por la parte final del art. 55 LCQ. Su obligación se mantiene con la misma extensión con la que fue contraída.

Cabe recordar que la ley 25563 (con una suerte de vigencia efímera en el derecho argentino entre el 14 de febrero de 2002 y el 16 de mayo del mismo año, fecha en la que la ley 25589 derogara la mayoría de sus artículos) modificó el art. 55 LCQ y estableció que el fiador y los codeudores solidarios quedaban obligados en la extensión de la nueva obligación nacida del acuerdo homologado.

10. De no poderle oponer el tercero al acreedor una excepción, y la quita y espera, debiendo soportar el remate de su bien o afrontar el pago de su peculio para evitar el remate: ¿tiene alguna acción contra el deudor más allá de subrogarse en los derechos del acreedor a cobrar la cuota concursal para recuperar la totalidad de lo pagado?

Tiene los mismos derechos mencionados en el supuesto anterior.

Y UNO O DOS ÚLTIMOS SUPUESTOS PARA LAS MISMAS PREGUNTAS: ¿SI EL DEUDOR Y/O EL TERCERO ES O SON SOCIEDADES CAMBIARÍA ALGUNA DE LAS RESPUESTAS?

Entiendo que la respuesta podría cambiar si el tercero fuera sociedad cuyo objeto social no previera como actividad habitual el otorgamiento de fianzas, avales o garantías reales a favor de terceros, ya que, en tal hipótesis, el contrato hipotecario podría ser objeto de una acción de nulidad (por falta de capacidad jurídica para el acto, cfme. art. 58 de la Ley General de Sociedades 19550, LGS en lo sucesivo), sin perjuicio de las acciones de responsabilidad por mal desempeño que cabrían contra los administradores y síndicos o miembros del órgano de fiscalización (art. 274 LGS), y contra los socios que hubieran convalidado tales actos extraños al objeto social (art. 254 LGS).

SI ALGÚN PAÍS PREVÉ QUITA O ESPERA LOGRADA POR MAYORIAS EN EL CONCURSO DE LA PERSONA HUMANA O JURÍDICA: ¿La misma posibilidad podrá trasladarse en la propuesta de acuerdo a homologar a la hipoteca otorgada por un tercero (persona humana o jurídica) no concursado?

El régimen concursal argentino no efectúa distinción alguna entre el acuerdo preventivo obtenido por la persona humana o por la persona jurídica concursadas, de manera que las respuestas son idénticas para uno u otro supuesto. Salvo lo expresado en el punto IV precedente, tampoco hay diferencia si el tercero hipotecante es persona humana o jurídica.

En caso afirmativo ¿la situación varía si el tercero sólo ha asumido garantizar hipotecariamente o si también se ha constituido como garante personal de la obligación del concursado?

Conforme lo manifestado en respuesta al punto V anterior, la solución no varía según el tercero sea persona humana o jurídica. Las diferencias entre el tercero hipotecante no deudor y el tercero fiador (garante personal) son idénticas a las señaladas para el supuesto fáctico del apartado I. El tercero fiador se encuentra expresamente apartado de los efectos del acuerdo homologado por el art. 55 LCQ, parte final. El tercero hipotecante no deudor no es mencionado por la norma, pero existe la misma razón jurídica para apartarlo también de tal efecto novatorio.

* José Antonio GARCÍA CRUCES formalizó un nuevo interrogante respecto a todas las preguntas anteriores para el caso que los tres sujetos involucrados o dos de ellos integran un grupo económico, alguna respuesta cambiaría?

La legislación argentina no contiene normas que regulen el régimen de los grupos económicos. De tal manera, sólo encontramos disposiciones aisladas referidas al tema en la LSG (arts. 30 a 33), y en la LCQ (art. 65 y ss.), en lo que aquí interesa.

De manera que las respuestas anteriores podrían ser diferentes en caso de los integrantes de grupo resolvieran recurrir a la presentación concursal agrupada del art. 65, o del 68 LCQ, en su caso, y sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que podrían derivarse de tal vicisitud.

Bibliografía

- Procargo S.A. s/Concurso Preventivo s/Inc. Cas., j52.762/35.824 (Suprema Corte de Justicia de Mendoza 2 de Julio de 2004).
- "Parodi, Carlos Alberto y otros c/Banco Integrado Departamental Cooperativo Limitado (su quiebra)" (14 de Marzo de 2006).
- Drucaroff Aguiar, A. (2010). Hipoteca y novación. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*(2010-2), 347-370.
- Galíndez, O. A. (1997). *Verificación de créditos* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Graziáble, D. J. (Marzo de 2015). INJERENCIA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN LA NOVACIÓN CONCURSAL. *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE)*, XXVII, 1-4.
- Lorenzetti, Ricardo Luis (Director). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado. Tomo X* (Vol. VII). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Macagno, A. A. (Diciembre de 2004). *Ejecución de garantías reales en el concurso preventivo con especial referencia a la hipoteca constituida para asegurar un débito ajeno*. Recuperado el 13 de Mayo de 2017, de ERREPAR On Line: <http://eol.errepar.com/sitios/ver/html/20110807092415268.html>
- Rivera, J. C., Roitman, H., & Vítolo, D. R. (2009). *Ley de concursos y quiebras* (Cuarta (actualizada) ed., Vol. II). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Rouillón, A. N. (2015). *Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522 Revisado y comentado* (17ª ed.). BuenosAires, Argentina: Astrea.

EXPONENTE: VERÓNICA FRANCISCA MARTÍNEZ**LA GARANTÍA HIPOTECARIA DE TERCERO, EL CONCURSO DEL GARANTIZADO, EL ACUERDO CONCURSAL Y LA NOVACIÓN****EL SUPUESTO FÁCTICO BÁSICO:**

Para asistir financieramente a un deudor, el acreedor requiere una garantía hipotecaria de un tercero, que la otorga sin constituirse en deudor, ni principal pagador, ni fiador o garante en forma personal. (Supuesto del art. 770 del Código de Comercio de Uruguay, art. 2799 del Código Civil y Comercial de Argentina)

El deudor se concursa, formula una propuesta de 50% de quita y 5 años de espera con interés bancario de caja de ahorro para los créditos quirografarios, la que obtiene mayoría y es homologada por el juez.

LAS PREGUNTAS, que podrán ser perfeccionadas por los intervinientes:

1. El acreedor debe solicitar verificación-reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor?

El acreedor debe solicitar el reconocimiento del crédito en el concurso del deudor, tanto si es para integrar el pasivo del obligado principal, como para percibir el crédito del tercero hipotecante, ahora uno de los supuestos del 'propietario no deudor', puesto que así lo imponían el artículo 3121 C.Civil de Vélez al referir al tercero constituyente de la garantía, como el art. 3163 del mismo ordenamiento derogado, que exigían del tercero poseedor la intimación previa del deudor principal, de lo que se sigue que la que otorga en estas condiciones el garante o propietario no deudor, es efectivamente una garantía que accede al crédito de un tercero, y ese es el límite de su responsabilidad. Por lo que efectivamente ha de entablarse la acción contra ese deudor principal, o ser intimado de acuerdo a las leyes procesales locales en forma efectiva a que pague, recién de lo cual queda expedita la acción contra el garante constituyente.

En el caso, habiéndose concursado el obligado principal, la forma de exigir su pago es concurriendo a su pasivo a través de la verificación del crédito en ese proceso universal.

2. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo? Quirografario o hipotecario?

En el concurso del acreedor principal el carácter del crédito es común o quirografario, puesto que la garantía es de un tercero sobre un bien que no es asiento de privilegio en ese proceso.

3. Puede votar la propuesta?

Puede votar la propuesta en tanto integra la categoría de acreedor común o quirografario.

4. Puede iniciar de inmediato la ejecución hipotecaria o está sujeta a alguna condición procesal?

Entiendo que debe verificar el crédito en el concurso del deudor principal, en tanto como se sostiene la garantía hipotecaria es accesoria de ese crédito, y ello obraría como la previa intimación del mismo a tenor del art. 3163 C.C. derogado y art. 2200 del C.C.C.N. Luego, en tanto el hipotecante no esté sometido a concurso, puede ejecutar la garantía sin otro trámite o espera.

5. El tercero que otorgó la hipoteca en garantía de la deuda del ahora concursado, debe verificar crédito en este concurso?

Si pretende subrogarse en su contra de los derechos del acreedor que paga a través de la ejecución de la garantía por el otorgada, debe hacerlo. Si así no fuera, no tendría forma de resarcirse del obligado principal, puesto que la manda es someter a todos los acreedores al concurso (art. 200 y 32 L.C.Q.)

6. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo?

El garante no deudor es en relación al obligado principal, quirografario; asume la posición del crédito que abona, con el límite de la garantía motivo de ejecución.

7. Cual es el alcance de la novación concursal en su caso del acuerdo homologado?

La novación, en mi criterio, no alcanza la garantía otorgada, que no está sometida a la propuesta, de la que el garante es ajeno. Si la novación concursal no se extiende a los terceros obligados (fiadores vgr.) con menos razón habrá de afectar la obligación de aquél que otorgó esta garantía sin obligarse personalmente. La novación civil no entra en juego en este supuesto.

8. Es oponible ese acuerdo al acreedor?

El acuerdo es oponible en relación al acreedor en función y limitado solamente a la obligación principal, en la que recordamos, su crédito es quirografario. Pero no perjudica la garantía real otorgada por el tercero.

9. El tercero puede oponer esa novación al acreedor, o sea la quita y espera lograda por el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca de un tercero?

Entiendo, como se dijo más arriba, que no es posible.

10. De no poderle oponer el tercero al acreedor una excepción, y la quita y espera, debiendo soportar el remate de su bien o afrontar el pago de su peculio para evitar el remate: ¿tiene alguna acción contra el deudor más allá de subrogarse en los derechos del acreedor a cobrar la cuota concursal para recuperar la totalidad de lo pagado?

Su acción está limitada a la subrogación en los derechos del acreedor que desinteresa, como se dijo, está alcanzado por los efectos del concurso en tanto su crédito es meramente quirografario, y no tiene otro privilegio en relación al deudor que deriva de la concesión de la garantía.

UN SEGUNDO SUPUESTO: LAS MISMAS PREGUNTAS SE RESPONDERÁN PARA EL CASO QUE EL TERCERO TAMBIEN SE HAYA CONSTITUIDO EN FIADOR, PRINCIPAL PAGADOR, –ADEMÁS DE HIPOTECAR PARA GARANTIZAR DEUDA DE TERCERO-. SIEMPRE QUEDADO EN CLARO QUE ES EL DEUDOR CONCURSADO EL OBLIGADO PRINCIPAL Y EL TERCERO SE OBLIGA EN GARANTÍA DEL MISMO.

Si además de garante real el tercero se obliga personalmente, el acreedor puede reclamar del mismo la acreencia de tal manera, es decir, íntegramente en tanto asumió la deuda. Pierde ese carácter de accesoriedad en tanto se convirtió al afianzar en obligado principal, y eventualmente el acreedor puede ejecutar la deuda con independencia de su accionar en relación al codeudor (no ya obligado principal).

Y UNO O DOS ÚLTIMOS SUPUESTOS PARA LAS MISMAS PREGUNTAS: ¿SI EL DEUDOR Y/O EL TERCERO ES O SON SOCIEDADES CAMBIARÍA ALGUNA DE LAS RESPUESTAS?

Entiendo que no cambia el esquema señalado, salvo alguna cuestión de responsabilidad en contra de los administradores que hubieron prestado como garantía bienes sociales, excediendo el objeto de la sociedad.

SI ALGÚN PAÍS PREVÉ QUITA O ESPERA LOGRADA POR MAYORIAS EN EL CONCURSO DE LA PERSONA HUMANA O JURÍDICA: ¿La misma posibilidad podrá trasladarse en la propuesta de acuerdo a homologar a la hipoteca otorgada por un tercero (persona humana o jurídica) no concursado?

En nuestro país se prevé esa quita pero como se dijo, no es aplicable el efecto novatorio al hipotecante o garante no deudor.

En caso afirmativo ¿la situación varía si el tercero sólo ha asumido garantizar hipotecariamente o si también se ha constituido como garante personal de la obligación del concursado?

Como se dijo, en este caso la obligación del codeudor transita por su propio carril independiente del proceso del codeudor no garante real.

*José Antonio GARCÍA CRUCES formalizó un nuevo interrogante respecto a todas las preguntas anteriores para el caso que los tres sujetos involucrados o dos de ellos integraran un grupo económico, alguna respuesta cambiaría?

No cambia el supuesto, salvo que se presente como concurso del grupo, en cuyo caso se aplicaría la normativa específica, pero entiendo esto excede el objetivo de la investigación.

CAPÍTULO PERÚ

EXPONENTE: JEAN PAUL BROUSSET

REFLEXIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DEL TERCERO GARANTE DE OBLIGACIONES CONCURSALES EN EL DERECHO PERUANO – Análisis del artículo 17 de la Ley 27809 Ley General del Sistema Concursal***Artículo 17º de la Ley 27809.- Suspensión de la exigibilidad de obligaciones***

17.1 A partir de la fecha de la publicación a que se refiere el artículo 32º, se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, aplicándose a éstas, cuando corresponda, la tasa de interés que fuese pactada por la Junta de estímarlo pertinente. En este caso, no se devengará intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses.

17.2 La suspensión durará hasta que la Junta apruebe el Plan de Reestructuración, el Acuerdo Global de Refinanciación o el Convenio de Liquidación en los que se establezcan condiciones diferentes, referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable en cada caso, lo que será oponible a todos los acreedores comprendidos en el concurso.

17.3 La inexigibilidad de las obligaciones del deudor no afecta que los acreedores puedan dirigirse contra el patrimonio de los terceros que hubieran constituido garantías reales o personales a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición del acreedor original.

GENERALIDADES

En el derecho concursal peruano, la primera y principal herramienta para obligar a que los acreedores del deudor en crisis se sienten en una misma mesa negocial y pacten nuevas condiciones es la declaración de suspensión de exigibilidad de sus obligaciones.

A partir de la declaración pública de concurso, todas las obligaciones nacidas con anterioridad a dicha fecha sufren una especie aletargamiento, una mutación momentánea en sus condiciones originales de plazo y modo que durará hasta que la junta de acreedores establezca las nuevas condiciones oponibles a todos los acreedores del concurso.

El legislador concursal peruano, entendiendo que el concurso de acreedores es una medida excepcional que violenta el principio de libertad contractual, ha determinado que tanto la suspensión de exigibilidad como el señalamiento de nuevas condiciones de plazo y modo por parte de la junta de acreedores son medidas temporales encaminadas a solucionar colectivamente la crisis, por lo que ha establecido que las mutaciones a las obligaciones tienen también ese carácter transitorio.

Esta intención legislativa se verifica en el hecho de que dicha suspensión y dichos pactos posteriores de la junta no van a producir la novación de las obligaciones originales, sino

únicamente afectan a las condiciones sustantivas de plazo y modo como ya lo indicamos. Así, de producirse el levantamiento posterior del concurso por alguna razón específica (por falta de pluralidad de acreedores, por incumplimiento del plan o por cualquier otra razón legal o negocial establecida en la norma), las antiguas condiciones de plazo y modo retornarán a regular dichas obligaciones, retomándose los procesos administrativos o judiciales de cobranza desde el momento en que los mismos fueron detenidos por los efectos del concurso. De haberse determinado la novación, este efecto ultractivo de retorno a las condiciones originalmente pactadas no sería posible.

Ahora bien, la norma concursal ha establecido que esta suspensión de exigibilidad no le es oponible al tercero que haya garantizado (con garantía real o personal) al deudor concursado frente a algún acreedor. Así, la norma concursal –intentando mantener lo más posible incólume la validez de las garantías otorgadas- permite al acreedor diligente que obtuvo garantías sobre patrimonios distintos a los de su deudor, accionar contra estos terceros garantes, estableciendo que los mismos, en caso pagar las obligaciones garantizadas, puedan subrogarse en la posición del acreedor original, concursando dicha acreencia.

A continuación intentaré desarrollar algunas de las inquietudes que el tema del tercero garante hipotecario de obligaciones concursales me generó, intentando a su vez incorporar en estas reflexiones las inquietudes generales que el grupo de investigación del Instituto se planteó.

1. ¿Cuáles son las condiciones obligacionales que el acreedor garantizado le puede requerir al tercero garante ante el incumplimiento del deudor por ingreso a concurso?

Cuando la norma peruana establece que la suspensión de exigibilidad de obligaciones no afecta a los terceros garantes, está diciendo que dichas obligaciones se mantendrán exigibles para los mismos en su relación con el tercero garantizado, pudiendo este último iniciar o continuar con la ejecución de la garantía dado el incumplimiento.

Esto tiene su lógica dentro del concurso, pues el mismo protege el patrimonio del deudor, no de los terceros que se obligaron con él.

El tema es ¿cuáles son las condiciones de plazo y modo que dicho garante tiene que cumplir? Antes de abordar este tema, queremos hacer referencia a una característica esencial de las garantías personales y reales a saber: la accesoriedad.

En el caso de la fianza, NÚÑEZ precisa lo siguiente:

“En cualquier caso, es claro que existe un mínimo de unión funcional entre la obligación del fiador y la obligación garantizada. La obligación del fiador es una obligación de refuerzo de la del deudor principal, compartiendo ambas la misma finalidad. La accesoriedad representa la cualidad relativa que, respecto de la principal, tiene la obligación de garantía en lo que se refiere a su existencia, subsistencia y vicisitudes.” (Núñez, 2015, p.59)

En efecto, la obligación del fiador está sustantivamente conectada a la obligación principal. Existe y se sostiene en el mundo jurídico a través de ella. Lo que le ocurra a la primera le ocurrirá a la segunda. En el derecho civil peruano, la accesoriedad de la fianza está positivamente reconocida en el artículo 1875 del Código Civil.²⁴

²⁴ Artículo 1875 del Código Civil Peruano.- La fianza no puede existir sin una obligación válida, salvo que se haya constituido para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal.

El mismo principio resulta válido y oponible al garante hipotecario. Sobre el particular, BIGIÖ nos comenta lo siguiente:

“La hipoteca se constituye en respaldo de una obligación. De modo que la hipoteca es un derecho accesorio que, como regla general, supone la existencia de una obligación. Por consiguiente, la hipoteca subsiste y se extingue con el crédito. (...)

De modo que la extinción de la obligación por pago, condonación, compensación, prescripción, etc., determina la extinción de la hipoteca. De la misma manera que si la obligación garantizada es declarada anulable, igualmente se extingue la hipoteca que la asegura. Ello no es sino la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.” (Bigio, 1991, p. 114-115)

Esta característica medular en las garantías reales y personales implica dos cosas muy claras que deben ser resaltadas en el análisis:

a. Que la segunda obligación (la del garante), tiene el mismo contenido que la obligación principal. La replica. Así, debemos entender que si la obligación principal sufre mutaciones, la secundaria también las sufrirá.

b. Que, con el incumplimiento del deudor, nace una obligación distinta a la principal, como es la obligación del fiador. Resaltamos esta característica pues, como veremos, en el derecho concursal peruano se estaría presuponiendo la inexistencia de relaciones obligacionales entre el acreedor y el tercero garante.

Intentaremos tratar cada uno de estos temas para clarificar el debate.

Accesoriedad como réplica de las condiciones en la obligación garantizada

Este aspecto del principio de accesoriedad, que aparentemente reviste claridad en la doctrina, no resulta muy claro para la norma concursal. Así, si analizamos el texto del artículo 17.3 aquí comentado, podríamos intuir que la norma concursal, al establecer que la inexigibilidad de las obligaciones no afecta la responsabilidad de los terceros garantes frente a los acreedores, estaría pretendiendo que las condiciones originales de plazo y modo de dichas obligaciones le sean oponibles a dichos terceros a pesar de haber quedado suspendidas en su vigencia frente a los deudores garantizados, con lo que el principio de accesoriedad comentado se quebrantaría. Esta interpretación extraña se refuerza con el hecho de que el legislador –en la parte final del referido artículo- le sugiere al tercero garante el camino de la subrogación al interior del concurso, con lo cual está dando a entrever que este pago podría ocurrir en cualquier momento de dicho procedimiento, sin supeditar al incumplimiento del deudor.

De consolidarse esta interpretación, el tercero garante se transformaría en un obligado principal. Y no solo ello. Con el advenimiento del concurso habría nacido una obligación distinta a la de su garantizado, pues su contenido sería diferente (tendría las mismas condiciones de la obligación original, que ya no es oponible al deudor principal de esa forma), siendo la misma exigible en cualquier momento por el acreedor a dicho tercero.

De acuerdo a las teorías que tratan de proteger el crédito, esta interpretación resulta bastante razonable. Así, la misma se justificará señalando que la garantía sirve para evitar que el acreedor se afecte con la crisis patrimonial de su deudor. Pero estas intencionalidades no pueden llevar a la tergiversación de las instituciones de garantía.

Esto nos lleva al segundo de los temas que queremos resaltar.

Accesoriedad como generación de una segunda obligación (obligación del garante hipotecario y obligación fideiusoria)

En la teoría de las garantías, si bien existe una obligación principal entre el deudor y el acreedor garantizado, producido el incumplimiento se genera una obligación accesoria que tiene –como ya señalamos en el punto precedente- las mismas condiciones de plazo y modo que la obligación principal. En la estructura de la Fianza tiene un nombre específico, obligación fideiusoria.²⁵

Pero el órgano administrativo peruano ha señalado que entre el tercero garante y el acreedor no existe relación obligacional alguna. En efecto, la Resolución 091-2000/TDC-INDECOPI al tratar un caso en el que la empresa insolvente es el tercero garante (caso distinto al analizado en el presente artículo, pero que nos permite verificar cual es la razonabilidad de la ley concursal peruana sobre este punto), ha señalado lo siguiente:

“las garantías reales constituidas sobre bienes de la insolvente que garanticen obligaciones no concursales deberán ser respetadas, sin perjuicio de que no concedan el derecho a participar en la junta de acreedores porque el titular del derecho real no es acreedor de la insolvente. Asimismo, tampoco serán oponibles al titular del derecho real de garantía los términos de los convenios de liquidación o del plan de reestructuración aprobados por la junta, al no tener dicho titular la condición de acreedor de la insolvente.” (los subrayados son nuestros)²⁶

Como se puede ver, el órgano administrativo postula que el acreedor garantizado no tiene una obligación frente al tercero garante. En este análisis, la garantía surte sus efectos, no por existir obligaciones pendientes entre el acreedor y el tercero, sino únicamente para respetar la oponibilidad de dichas garantías.

La interpretación que proponemos

No podemos coincidir con la solución interpretativa propuesta por el órgano administrativo, la que consideramos inequitativa para los intereses del fiador, quien es rebasado por los intereses del acreedor.

Por ello, creemos que en este caso, cuando el legislador señala que el acreedor puede accionar contra el tercero garante, dicho acreedor lo debe de hacer respetando el principio de accesoriedad de la obligación secundaria que es la que pretende activar frente a dicho tercero.

En ese sentido, y dado que el contenido de la obligación principal habría mutado con el inicio del concurso, somos de la opinión que dicho contenido se deberá respetar en el requerimiento que se hace al tercero garante. Por ello, mientras dure la suspensión de exigibilidad de las obligaciones, la misma será oponible a dicho tercero, el cual podrá hacerse cargo del cumplimiento si se dan dos condiciones conjuntas a saber:

a. Si los acreedores señalan las nuevas condiciones de plazo y modo en que debe cumplirse la obligación principal, condiciones que regularán la obligación secundaria, en respecto estricto del principio de accesoriedad.

²⁵ Sobre el particular, Luciano Barchi señala lo siguiente: “En la fianza existen, pues, dos relaciones obligatorias: (i) la relación obligatoria entre el deudor y el acreedor (que es la `obligación garantizada`); y, (ii) la relación obligatoria entre el fiador y el acreedor (`obligación fideiusoria` o `relación de fianza`). El contenido de la `relación de fianza` corresponde al de la `obligación garantizada`.” (Barchi, 2009, p.38)

²⁶ <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/177659/ResolucionN0091-2000-TDC.pdf/73473f99-f606-445a-9ece-e88b66e7b88d>

b. Si el deudor incumple los términos del plan de reestructuración o acuerdo global de refinanciamiento aprobado, en cuyo caso podrá requerirse al tercero garante para que proceda al cumplimiento de los mismos. Sólo en este último caso, y en el entendido que dicho tercero no quiera cumplir con su obligación secundaria, podrá darse inicio a la ejecución forzada de las garantías otorgadas (principio de subsidiariedad).

2. ¿Por qué el legislador concursal no incluyó dentro de los supuestos del artículo 17.3 a las medidas cautelares o embargos interpuestos contra el patrimonio del tercero garante fiador?

SHMERLER en un análisis doctrinario sobre el artículo materia de comentario señala lo siguiente:

“La única inquietud que nos queda es el motivo por el que nuestros legisladores consideraron dentro de los alcances de la excepción únicamente a las garantías reales, excluyendo en cambio a otros gravámenes, como es el caso de las medidas cautelares que recaen sobre bienes de tercero, cuando para otros fines (como sería el caso de una asignación de órdenes de preferencia) se da igual tratamiento, sin distinción alguna, a ambos tipos de afectación sobre bienes.

Evidentemente, al ser la del artículo 17.3 una norma excepcional, el acreedor del concursado cuyos créditos estén respaldados con medida cautelar sobre bien de tercero, no podrá dirigirse contra éste, a diferencia de los acreedores garantizados con bien de tercero, que sí contarán con tal beneficio. No existe explicación alguna de por qué se ha generado ese trato diferenciado.” (Schmerler, 2010, p. 299)

La inquietud del profesor Schmerler pasa por un tema de equidad en el trato en supuestos similares, es decir, de aplicación del principio general de derecho que establece que ante la misma razón se debe de aplicar el mismo derecho (Ubi eadem est ratio, eadem est o debet esse juris dispositio). Así Schmerler identifica un vacío normativo que pretende llenar con la aplicación del principio analógico antes señalado (denominado el argumento a pari), intuyendo que para el caso de medidas cautelares deberá de aplicarse la norma que se aplica a las garantías, pudiendo por lo tanto el acreedor beneficiado por estas medidas accionar contra el tercero afectado por las mismas en caso insolvencia del deudor.

Sobre el particular, y antes de intentar elucubrar una solución jurídica a la inquietud antes señalada, debemos de efectuar una precisión de forma. Las medidas cautelares en el derecho peruano son aquellas por las que un acreedor afecta bienes con el objeto de garantizar una sentencia futura, mientras que los embargos son medidas procesales que afectan bienes para ejecutar una sentencia ya dictada, consentida y ejecutoriada. En ese sentido, creo que sería pertinente ampliar la pregunta no solo a los supuestos de medidas cautelares interpuestas sobre bienes de terceros para garantizar sentencias futuras, sino también de embargos sobre bienes de terceros para ejecutar sentencias firmes.

Efectuada esta precisión, pasaremos a abordar la pregunta de fondo.

El artículo 17.3 regula el supuesto de ejecución de las garantías otorgadas por terceros a favor del deudor concursado. Para podernos hallar en el supuesto normativo que propone Schmerler deberíamos poder identificar casos en los que terceros puedan obligarse por el deudor (o

conjuntamente con el mismo) sin haber otorgado garantías reales o personales a su favor, y que – producto de dichas obligaciones- sean afectados con medidas cautelares o embargos.²⁷

Creemos que esos supuestos solo podrían darse cuando dichos terceros asuman obligaciones solidarias ya sea por la vía contractual como por la extracontractual. Ahora bien, para poder aplicar la analogía “el agente de derecho realiza una operación volitiva, es decir, toma una opción no demostrable lógicamente, en virtud de la cual decide que el hecho ocurrido en la realidad es esencialmente igual al que describe el supuesto de la norma cuya consecuencia aplica, aun cuando es de hecho distinto a él.” (Rubio, 2007, p.248).

Así, la doctrina jurídica refiere que en la aplicación analógica deben existir un requisito de semejanza esencial y una ratio legis común. Creemos que esto no se da en el supuesto propuesto por Schmerler, pues las obligaciones solidarias difieren esencialmente de las garantías personales.

Núñez, en un artículo sobre derecho concursal, se encarga de resaltar las diferencias esenciales entre ambas relaciones jurídicas.

“(…) existen diferencias conceptuales que marcan su distinta naturaleza entre una y otra figura, que podemos resumir seguidamente: a) Mientras la obligación solidaria es directa y principal, la fianza siempre es una obligación accesoria; b) Mientras en la obligación solidaria la causa fuente de la obligación asumida por cada deudor es la misma, pues existe un solo contrato, la causa de la fianza es distinta de la obligación principal, pues nacen de declaraciones de voluntades diferentes; c) Mientras que el fiador que ha pagado la deuda tiene derecho a reclamarle al deudor el cumplimiento íntegro de la obligación, ello no ocurre entre codeudores solidarios que solamente podrán demandar la parte proporcional; d) El codeudor solidario no puede oponer las excepciones personales que pueda tener otro de los codeudores contra el acreedor; en cambio, en la fianza puede el fiador oponer las defensas personales que tuviera el deudor principal.

Cierto que en algunos supuesto esta diferencia se disipa, ya que en el caso de la remisión o la confusión sólo pueden ser invocadas (las excepciones) por el interesado, pero aprovechan a los demás codeudores solidarios hasta la concurrencia de la parte que le corresponde a aquél. En cambio, otras excepciones personales, como la incapacidad de uno de los codeudores, o el dolo y la violencia sufrida por uno de ellos, en nada afecta a la obligación de los restantes codeudores. Por todo ello, debemos de concluir que la figura de la fianza solidaria no podemos configurarla como distinta de la fianza ordinaria, excepto en lo propio de su modalidad y, en consecuencia, funcionará en el concurso de la misma manera que la fianza simple. Estas diferencias van a marcar la legislación concursal aplicable.” (Núñez, 2015, p. 69-70)

Como se puede ver del minucioso análisis de este autor, las distinciones entre el fiador y el obligado solidario son bastante claras, por lo que no podríamos equiparar los supuestos jurídicos de ambos personajes. Los principios de accesoriedad y subsidiariedad comentados no son oponibles entre los deudores solidarios. Éstos asumen las obligaciones de manera global frente al acreedor, pero sus relaciones con el mismo son directas.

²⁷ El supuesto de fiadores que hayan sido afectados con medidas cautelares o embargos no sería relevante para la discusión, dado que el mismo sí estaría incluido en la regulación del 17.3, al partir de una fianza. En ese caso, las medidas cautelares o embargos contra el fiador podrían continuar su trámite, justamente por lo establecido en el comentado artículo.

Ahora bien, además de la claridad de lo indicado, en el derecho peruano podemos identificar otro elemento que distingue el tratamiento entre fiador y obligado solidario. Este se encuentra en el artículo 1204 del Código Civil Peruano, el mismo que señala lo siguiente:

“Artículo 1204.- Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.

Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.”

Este artículo indica que el estado de insolvencia libera al deudor de ser requerido por el acreedor por el incumplimiento de la obligación contraída en solidaridad, debiendo distribuirse la parte de la obligación que le corresponde al mismo entre los otros deudores solidarios.

Por lo tanto, ya desde el punto de vista positivo y no meramente doctrinario, este artículo establece que los otros deudores solidarios que son afectados con medidas cautelares o embargos, sufren dichas afectaciones por obligaciones propias, y no por obligaciones contraídas por terceros. Esto no inhibe el hecho de que estos co-deudores, una vez pagada la obligación frente al acreedor, puedan solicitar en el concurso de su co-deudor insolvente el resarcimiento por la parte de obligación pagada en nombre del mismo. Pero en este último supuesto no nos encontraremos ante la situación regulada por el artículo 17.3 (que implica que terceros paguen por el deudor y no con él).

En conclusión, tanto por los elementos doctrinarios antes señalados (las diferencias esenciales que impiden la aplicación analógica a pari del artículo al supuesto de terceros afectados con medidas cautelares y embargos) como por el distinto tratamiento que da el Código Civil al obligado solidario declarado insolvente (estableciendo que, producto de la insolvencia, la obligación de este último se debe distribuir entre los demás obligados solidarios para efectos de su requerimiento y cumplimiento frente al acreedor) consideramos inviable aplicar el artículo 17.3 a los supuestos de medidas cautelares y embargos otorgados fuera del marco de garantías personales o reales otorgadas.

3. ¿Es adecuada la regulación del tema del tercero garante por el legislador concursal?

Luego del análisis positivo efectuado, me quedé con una duda humana. La de saber si esta norma trae justicia a las partes sobre las que se aplica. Y no quedé muy convencido de la respuesta que se me vino a la mente.

Y es que se nos presentan dos alternativas que podemos impulsar en base a los argumentos interpretativos e integrativos expuestos:

a. Involucrar al tercero garante en el problema del deudor concursado, aplicándole todo el peso de la responsabilidad al permitir que el acreedor garantizado cobre primero y en las condiciones primigenias al mismo, y permitiendo a dicho tercero repetir frente al deudor en el concurso (lo que en realidad –por lo menos en el derecho concursal peruano- es condenar a ese tercero, ahora acreedor, a una lenta procesión con los otros acreedores esperando que alguna gracia divina permita que se le paguen sus acreencias).

b. Permitir que el tercero garante vaya respondiendo por las obligaciones garantizadas en las mismas condiciones de plazo y modo establecidas en el concurso.

Yo sospecho que la opción por una u otra alternativa debería depender de la calidad ético-subjetiva de dicho tercero, y por lo tanto, ameritaría un análisis causalista mucho más profundo de cada caso en concreto.

Me explico.

Si el tercero garantizó las obligaciones del deudor por favores comerciales previos, por negocios inter partes, por garantías similares otorgadas en su favor, en suma, por temas de los que se puede inferir que la garantía fue otorgada en función a sinalagmas previos, entonces la opción a) sería la pertinente. Y es que ese tercero asumió los riesgos inherentes a su negocio al otorgar la garantía, por lo que tiene las mismas precondiciones subjetivas que cualquier acreedor frente a su deudor.

Por el contrario, si la garantía otorgada fue “de favor”, es decir, que se generó por simples relaciones de amistad, de afecto, de solidaridad, etc., creemos que la opción b) es la adecuada para regular a dichas partes, permitiéndole al tercero ir respondiendo por las obligaciones del deudor al mismo ritmo y en las mismas condiciones que éste.

En concreto, creemos que las teorías causalistas nos ayudarían a ubicar mejor el nivel de justicia requerido en la regulación de temas como el que nos avoca, pues identificarían de manera más precisa y justa el contenido de las relaciones inter partes, estableciendo supuestos distintos a relaciones que tienen causas distintas.

En una conferencia reciente, uno de los asistentes al evento me reparó airadamente el hecho de querer mezclar temas filosóficos con temas prácticos. El derecho concursal es praxis, me dijo. Yo me resistí a creer en esa afirmación, dicha con tanta convicción. Yo creo –le dije al iracundo participante- que el derecho es fundamentalmente justicia. Y la justicia es búsqueda de equidad. Y la equidad –en un mundo como el nuestro- no se presupone, se impone. Así, el derecho está llamado a imponer relaciones equitativas, justas, que tienen que ser visualizadas por agentes éticos que pongan el interés general por encima de sus intereses particulares.

Ese es nuestro reto ético e intelectual. Nuestra inacabada y compleja tarea.

Lima, 31 de julio del 2017

BIBLIOGRAFIA

- Barchi, L. (2009). Apuntes sobre la fianza en el Código Civil Peruano. *Ius et Veritas*(39), 34-64.
- Bigio, J. (1991). Reflexiones en relación a la hipoteca en el Código Civil de 1984. *Derecho*(45), 112-120.
- Estupiñán, R. (2013). Los créditos que disfrutan de fianza de terceros en España. Su clasificación antes y después de la reforma operada en la Ley Concursal por el Real Decreto Ley 3/2009. *Revista de derecho privado*(24), 191-208.
- Martínez, C. (2013). El ilusorio blindaje de las garantías frente al concurso. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*(23), 33-36.
- Nuñez, M. (2015). Concurso, fianza y solidaridad. *Cuadernos de derecho y comercio*(63), 45-80.

- Ortega, M. (2013). El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado. *Ius et Veritas*(46), 164-185.
- Rubio, M. (2007). *El sistema jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Schmerler, D. (2010). Implicancias de la Suspensión de exigibilidad de obligaciones y de la protección patrimonial del deudor concursado en el Perú. *Derecho y Sociedad*(34), 295-305.
- Yañez, J. (2014). El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante. *Actualidad jurídica Uría Méndez*, 31-43.

CAPÍTULO URUGUAY

**EXPONENTES: ISRAEL CREIMER- TERESITA RODRIGUEZ MASCARDI- ALICIA FERRER
MONTENEGRO**

***LA GARANTÍA HIPOTECARIA DE TERCERO, EL CONCURSO DEL GARANTIZADO, EL ACUERDO
CONCURSAL Y LA NOVACIÓN***

El Código de Comercio del Uruguay en el artículo 770 habilita a que se constituya sobre el bien de un tercero una hipoteca para garantizar la deuda contraída por un deudor frente a su acreedor. Este tercero es ajeno al vínculo obligacional deudor- acreedor. A diferencia de las garantías personales que implican agregar otro patrimonio al del deudor sobre el que se realiza el crédito el patrimonio del garante, en este caso, la garantía real que se adiciona refleja exclusivamente una ventaja cuantitativa a la del patrimonio del deudor.

El tercero no tiene vínculo contractual alguno con el deudor que luego se insolventa como en el caso planteado en esta investigación.

El tercero se obliga exclusivamente frente al acreedor para el caso de que la prestación no se cumpla, no es acreedor del deudor originario, ni se subroga en el lugar del acreedor de éste. Existe un crédito del acreedor frente al titular del bien hipotecado en garantía, que podrá ser ejecutado si no se cumple con la obligación principal y en ese caso puede ir directamente contra el bien del tercero objeto de la garantía, no contra todo el patrimonio de éste.

Desde esta perspectiva inicial, estamos frente a un garante que conoce el límite cuantitativo de su garantía, pero no sucede lo mismo cuando se trata de hipoteca que garantiza obligaciones futuras, conforme lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 769 del Código de Comercio o el mismo inciso del 2326 del Código Civil. Esta es la hipoteca que cierta doctrina denomina autónoma (no accesoria, pues no otra cosa significa una hipoteca otorgada antes del contrato a que acceda -o sea antes del nacimiento de la obligación principal- hipoteca que el derecho positivo uruguayo no conoce. En función de ello, aún siendo hipoteca sobre obligaciones futuras debe respetar los principios de accesoriedad y especialidad.²⁸

De modo que en el concurso podremos encontrar créditos con garantía de terceros, sean éstas personales o reales; de obligaciones preñadas o futuras.

En derecho positivo uruguayo solo se impide la constitución de hipoteca para garantizar obligaciones naturales.

La concurrencia de estos créditos puede plantear problemas de coordinación en el concurso si no se parte de una correcta identificación de la diversa naturaleza de ambos. El problema surge concretamente si al declararse el concurso del deudor, el acreedor no ha satisfecho aún el crédito garantizado con hipoteca sobre bien de un tercero. En este caso hay un crédito actual del acreedor garantizado con un bien de un tercero contra el deudor insolvente que debe comunicar en el concurso ya que en nuestra ley concursal todos los acreedores concursales deben insinuar

²⁸ Gamarra, Jorge Tratado de derecho Civil uruguayo Tomo II Volumen 2 FCU Montevideo 2009, página 16 y siguientes

sus créditos en etapa de verificación de créditos, aún los privilegiados. La jurisprudencia de los Juzgados de Concursos ha sido coincidente al respecto.

Diversa es la situación del garante hipotecario, éste no es acreedor del concursado, no tiene acción de reembolso contra el concursado en el caso de que el deudor se haya cobrado contra el bien que gravó con hipoteca en garantía de la deuda del concursado, ni tampoco tiene un crédito condicional por si el acreedor decide ejecutar el bien que hipotecó por consiguiente carece de legitimación para concurrir al concurso.

SUPUESTO EN EL QUE EL TERCERO ES GARANTE HIPOTECARIO DEL ACREEDOR CONCURSAL.

1. El acreedor ¿debe solicitar verificación-reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor?

Conforme a lo desarrollado el acreedor concursal que tiene su crédito garantizado con una hipoteca sobre el bien de un tercero debe denunciar su crédito en el concurso de su deudor y calificarlo como quirografario al presentarse, sin perjuicio del posterior examen del interventor o síndico a los efectos de confeccionar la lista de acreedores.

La verificación del crédito en materia concursal es una exigencia derivada del tenor de los artículos 94 y 95 de la Ley 18.387 y que deben cumplir todos los acreedores que pretendan hacer valer sus derechos frente al concurso del deudor. Tal ineludibilidad responde al principio de concurrencia. Es una carga específica del acreedor impuesta por la ley.

2. En caso afirmativo, ¿en qué carácter debe hacerlo? ¿Quirografario o hipotecario?

Se trata de un acreedor quirografario con la particularidad de que goza de una garantía hipotecaria, lo cual debe hacer saber al concurso al denunciar su crédito en etapa de verificación. La ley de concursos impone al Síndico o Interventor, en el artículo 101 preparar la lista de acreedores y en su contenido deberá especificarse que ese acreedor titular de un crédito verificado tienen garantía real otorgada por un tercero, esto es, que no se trata de un acreedor con privilegio especial sino un acreedor quirografario.

Hay una previsión especial sobre esta situación en el artículo 126 inciso 2 de la ley de concursos al referirse a los acreedores quirografarios cuyos créditos se encuentran garantizados con derechos reales sobre bienes de terceros.

3. ¿Puede votar la propuesta?

No puede votar la propuesta de convenio en cuanto la ley uruguaya en el precitado artículo expresamente excluye del derecho al voto a los acreedores quirografarios cuyos créditos se encuentren adecuadamente garantizados con derechos reales de garantía sobre bienes de terceros.

En principio la solución dada por el artículo 126 nos parece justa por la ventajosa situación en que se encuentra este acreedor frente a los demás acreedores quirografarios.²⁹

El término “adecuadamente” utilizado por el legislador uruguayo ha originado posiciones encontradas tanto en doctrina como en los pronunciamientos de los jueces concursales respecto a si debe ser interpretado el texto legal desde el punto de vista económico o estrictamente formal.

²⁹ Conforme Rodríguez Mascardi, Teresita y Ferrer Montenegro, Alicia. Los créditos y el concurso. FCU. 3° Edición. Montevideo, 2016, página 70

Así, Para Bacchi y Ayul³⁰ *“El tema tiene relevancia porque si bien en algunos casos resultará sencillo y hasta obvio que la garantía constituida es “adecuada” desde el punto de vista jurídico y también examinada desde la perspectiva de si es suficiente para satisfacer íntegramente el crédito del acreedor, en otros la relación entre la cuantía del crédito garantizado y el valor de la garantía puede ser negativa. Esta insuficiencia, a su vez, puede resultar evidente o al menos de fácil constatación, o por el contrario requerir de cierta información adicional para poder establecer con la debida precisión si la garantía es o no suficiente.”* Para las autoras, debe optarse por un enfoque que atienda a lo sustancial y al aspecto económico, por lo que la garantía será adecuada solo cuando ella resulte suficiente para que, de ejecutarse, el acreedor garantizado logre satisfacer su crédito.

Por su parte, Germán Florio³¹ sostiene que *“El determinar el concreto alcance del término tiene considerable importancia pues tal extremo deberá ser valorado por síndicos e interventores a la hora de verificar los créditos insinuados, a fin de otorgárseles la calificación jurídica que corresponda, e incluirlos, en su caso, en la lista de acreedores (art. 101 LCRE), proceso que habrán de completar en los breves plazos que la ley concursal señala....el análisis del carácter adecuado de la garantía por el síndico o interventor no debe ni puede ir más allá del examen formal de la existencia de negocios jurídicos que impliquen una garantía real o personal del crédito insinuado. El primer argumento a favor de la tesis expuesta es de índole práctica. Interpretar que para calificar el crédito como adecuadamente garantizado, es necesario valorar los bienes o derechos sobre los que se constituyó la garantía, siendo la misma personal, el patrimonio del fiador que ha afianzado la obligación asumida por el concursado, es fácticamente imposible de realizar.”* Termina el citado autor afirmando que la valoración desde el punto de vista económico de las garantías otorgadas por el tercero *“supondría exigir al síndico o interventor la pericia y diligencia en la valoración de la garantía que eventualmente pudo faltarle al propio acreedor.”*

En definitiva, la discusión se centra sobre el grado de aislamiento sobre riesgo que proporciona la garantía real al crédito concedido y que se pretendió lograr a través de la afectación de uno o más bienes determinados. La cobertura del crédito se obtiene sobre el valor del bien. ¿Corresponde al síndico o interventor concursal determinar el valor de ese bien y someterlo al análisis de adecuada cobertura del crédito?

También la jurisprudencia de los Juzgados especializados se ha pronunciado.

En la medida que la exclusión del derecho al voto es excepcional en nuestro derecho, si se entiende en un caso puntual que la garantía hipotecaria es inadecuada para garantizar el crédito del acreedor concursal este podría votar.

La prohibición afecta al crédito y no a la persona; la razón por la cual están impedidos de votar esos acreedores es la naturaleza de sus créditos y no la calidad de sus personas. Si la hipoteca o prenda garantiza solamente una parte de sus créditos, ese acreedor podría igualmente votar por la parte de sus créditos quirografarios que no estuviera adecuadamente garantizada.³²

³⁰ Bacchi, Adriana y Ayul, Zamira. Derecho de voto y acreedores adecuadamente garantizados. En Consolidación y Cambios: el fecundo panorama del Derecho Comercial FCU. Montevideo 2014, páginas 409 y siguientes.

³¹ Germán Florio, Carlos Daniel. Acreedores sin derecho a voto por encontrarse sus créditos adecuadamente garantizados. En Los retos de la modernidad: cuestiones de Derecho Comercial actual. FCU Montevideo, 2015, páginas 515 y siguientes.

³² Conforme Rodríguez Mascardi, Teresita y Ferrer Montenegro, Alicia Ensayos Concursales. LA LEY, Montevideo 2016 página 159

4. ¿Puede iniciar de inmediato la ejecución hipotecaria? o ¿está sujeta a alguna condición procesal?

El acreedor puede promover ejecución hipotecaria contra el tercero, no le está vedado hacerlo y es correcto que así sea en la medida que su pretensión se funda en una obligación de fuente contractual ajena al concurso y no tiene por qué esperar a las resultas del mismo.

La moratoria no afecta este accionamiento en el que el concursado no es el demandado, no existe ningún obstáculo procesal para su accionamiento.

5. El tercero que otorgó la hipoteca en garantía de la deuda del ahora concursado, ¿debe verificar crédito en este concurso? En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo?

Por la ya desarrollado inicialmente el tercero no es acreedor concursal y por tanto no está legitimado para participar en el proceso concursal, de hacerlo, su comparecencia debe ser liminarmente desestimada

6. ¿Cuál es el alcance de la novación concursal en su caso del acuerdo homologado?

El alcance novatorio del convenio aprobado conforme a lo consagrado expresamente en el artículo 159 inciso 2 de la ley concursal implica que el nuevo crédito queda limitado en su cuantía y exigibilidad a lo pactado en el convenio y es obligatorio para todos los acreedores concursales del deudor por causa anterior al concurso afectados por éste.

El artículo precitado de la ley concursal uruguaya pone fin a la discusión sobre el efecto novatorio del convenio homologado al establecer literalmente que la porción de los créditos quirografarios y subordinados que comprende la quita quedará definitivamente extinguida salvo que en el propio convenio disponga lo contrario o que la condena en sede de calificación implique la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial. Esto es consecuencia de que la sentencia que se dicte en el incidente nominado de calificación del concurso puede culminar con una condena a los integrantes de la concursada o sus cómplices a cubrir la totalidad o parte del déficit patrimonial y en ese caso el crédito que es exigible en los términos del convenio puede aumentarse de prosperar tales acciones

7. ¿Es oponible ese acuerdo al acreedor?

El tercero hipotecante no es acreedor del concursado por consiguiente no le alcanza el convenio aprobado, por el contrario, es deudor del acreedor concursal en función del contrato de garantía celebrado con éste. Al acreedor verificado el acuerdo le alcanza, a pesar que, como ya se dijera, no participa en la formación del mismo por estarle vedado por el artículo 126 de la ley concursal.

8. ¿El tercero puede oponer esa novación al acreedor, o sea la quita y espera lograda por el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca de un tercero?

El tercero no puede invocar el contenido del convenio en caso que su acreedor promueva ejecución hipotecaria, las garantías reales no se pierden por la aprobación del convenio

9. De no poderle oponer el tercero al acreedor una excepción, y la quita y espera, debiendo soportar el remate de su bien o afrontar el pago de su peculio para evitar el remate: ¿tiene alguna acción contra el deudor más allá de subrogarse en los derechos del acreedor a cobrar la cuota concursal para recuperar la totalidad de lo pagado?

No puede, solo está legitimado para subrogarse en el lugar del acreedor por su cuota concursal y carece de acción de enriquecimiento sin causa por el resto contra el deudor concursado en la medida que falta un presupuesto para su configuración en el derecho positivo uruguayo que es la falta de causa. En estas circunstancias la causa es el convenio homologado

SUPUESTO EN QUE EL TERCERO ES GARANTE HIPOTECARIO Y FIADOR DEL ACREEDOR CONCURSAL.

Los créditos con garantía personal implican la existencia de otros patrimonios que se adicionan al del deudor originario, a los que puede acudir el acreedor para realizar su crédito.

En tal sentido, la garantía personal pretende asegurar al acreedor la íntegra satisfacción de su crédito, pero en ningún caso puede el titular del crédito garantizado obtener más valor que el que originariamente le corresponde.

El garante asume el cumplimiento íntegro del crédito asegurado y debe esperar luego a que el deudor le reembolse lo pagado.

En realidad, es el garante quien asume el riesgo del crédito y padece la devaluación propia de éste. Las garantías personales no implican la afectación de un determinado bien en el patrimonio del deudor y por tanto los acreedores que son titulares de un crédito con garantía personal son acreedores quirografarios en caso de concurso de su deudor con la particularidad de que tienen la posibilidad de cancelar sus créditos por afuera del concurso y sobre otros patrimonios.

El elenco de garantías personales es numeroso en el ámbito mercantil.

La fianza es la garantía personal por excelencia en la que el fiador asume el pago del crédito en forma subsidiaria y accesorio, su eficacia se supedita al no pago por el deudor y está condicionada por las vicisitudes de la relación obligacional entre deudor y acreedor, las partes pueden suprimir el beneficio de excusión o configurarla como una fianza solidaria.

El aval cambiario y las garantías a primera demanda son ejemplos de nuevas modalidades de garantías nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza.

Otro ejemplo es el contrato de asunción de deuda en el que un tercero se obliga con el deudor a cumplir lo que le incumbe a éste y el crédito resulta reforzado por la responsabilidad concurrente del nuevo patrimonio del obligado a cumplir.

Es evidente que el valor de las garantías personales depende en definitiva del valor variable del patrimonio del garante, lo que no significa que el mismo sea inferior al de las garantías reales. La diferencia entre ambas garantías es cualitativa y no cuantitativa, como bien señala en la doctrina española Nuria Bermejo³³, quien destaca que muchas veces una garantía personal puede proporcionar más aislamiento frente al riesgo que una garantía real.

La Ley Concursal N° 18.387 hace sólo puntuales referencias a la situación del fiador o avalista a diferencia del específico tratamiento que brinda a las garantías reales, así por ejemplo los menciona cuando en el artículo 98 en sede de solicitud de verificación de créditos habla de la posibilidad de que la comunicación del crédito que haga el fiador o avalista del deudor beneficie al acreedor omiso, y en materia de exclusión del derecho al voto en sede de junta de acreedores cuando en el artículo 126 inciso 2 se refiere a los acreedores quirografarios garantizados

³³ Conforme Bermejo, Nuria. Créditos y quiebra. Civitas, España 2002

adecuadamente con garantías reales o “en cualquier otra forma” concepto abarcativo de las garantías personales. También al tratar el contenido de la lista de acreedores en el artículo 101 impone al interventor o síndico que incluya respecto de cada crédito la identificación de las garantías personales si las hubiese.

1. El acreedor debe solicitar verificación-reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor?

Sí, por la imposición de los artículos citados al responder idéntica pregunta en capítulo I.

Las garantías personales configuran una relación triangular entre tres personas: el deudor, el acreedor y el garante, de la que nacen dos créditos que se adicionan al crédito principal.

Desde la óptica del proceso concursal la concurrencia de estos tres créditos implica dificultades de coordinación para el legislador quien deberá resolver si se verifican todos estos créditos en el concurso o sólo el crédito del acreedor o sólo el del garante contra el del deudor, porque en definitiva el acreedor dispone de la acción contra el garante y no necesita del concurso para cobrar.

2. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo? Quirografario o hipotecario?

Como acreedor quirografario por las razones expuesta en pregunta 2 de capítulo I.

3. Puede votar la propuesta?

Es complejo el análisis de la legitimación para votar en el concurso, si corresponde al acreedor principal o el garante -éste evidencia un interés legítimo en participar en las decisiones colectivas para no verse perjudicado cuando accione por el reembolso- o bien que la opinión de los dos sea tenida en cuenta y se refleje en las decisiones a tomar por el conjunto de acreedores.

La situación del garante adquiere relevancia cuando al tiempo de declararse el concurso del deudor, el titular del crédito garantizado no lo ha cobrado aún del garante, porque si ya se lo pagó, el único titular del crédito es el garante y es quien tiene legitimación para participar en el concurso.

El caso del pago parcial antes del concurso al acreedor no ofrece dificultades, porque el garante se convierte en acreedor actual por la parte satisfecha y el acreedor mantiene su crédito por la parte no cancelada, y por consiguiente ambos están legitimados para concurrir al concurso como acreedores concursales.

El pago parcial posterior presenta mayor complejidad. El pago por el garante subroga al acreedor en el crédito ya reconocido en el concurso en principio, aún cuando se tratase de un pago parcial. Adviértase sin embargo que de admitirse dicha subrogación, el crédito del garante y el crédito del acreedor participarían en igualdad de condiciones en el concurso y por consiguiente se vería reducido el importe del crédito principal al reducirse la cuota o dividendo concursal que le correspondería.

En nuestra legislación, el derecho de voto por lo general corresponde a los titulares de los créditos quirografarios que tienen su crédito reconocido en el concurso.

Cuando es el acreedor principal quien obtuvo el reconocimiento de su crédito en el concurso será él quien vote.

Si el crédito reconocido es el del garante será éste quien vote, no existe razón alguna que impida su voto considerándolo como tal.

4. Puede iniciar de inmediato la ejecución de la garantía personal o está sujeta a alguna condición procesal?

Idéntica respuesta a la del garante hipotecario. El acreedor puede promover ejecución de la garantía personal contra el tercero, no le está vedado hacerlo y es correcto que así sea en la medida que su pretensión se funda en una obligación de fuente contractual ajena al concurso y no tiene por qué esperar a las resultas del mismo.

La moratoria no afecta este accionamiento en el que el concursado no es el demandado, no existe ningún obstáculo procesal para su accionamiento.

El acreedor que tiene una garantía personal dispone de dos vías para la satisfacción de su crédito en el concurso de su deudor: una concursal contra el deudor principal devenido insolvente, y otra ajena a ese procedimiento contra su garante en virtud de la garantía prestada. A tal efecto puede proceder inmediatamente a la insinuación de su crédito en el concurso del deudor insolvente o con independencia de lo anterior, reclamar extraconcursalmente el cumplimiento de la garantía frente al fiador.

5. El tercero que otorgó la hipoteca y la garantía personal sobre la deuda del ahora concursado, debe verificar crédito en este concurso?

El artículo 98 de la ley Nº 18.387, contenido en el capítulo relativo a la formación de la masa pasiva prevé la solicitud de verificación del crédito por parte del fiador o avalista del deudor y se concluye en que ese caso se beneficia al acreedor, subsanando su omisión si así aconteciese.

6. En caso afirmativo en que carácter debe hacerlo?

Como acreedor quirografario.

7.Cuál es el alcance de la novación concursal en su caso del acuerdo homologado?

El convenio, es un instrumento de composición de intereses que permite reajustar el contenido de los créditos para alcanzar una solución alternativa a la liquidación.

Implica modificar el contenido de éstos con independencia incluso de su participación en el mismo o de su disidencia.

En los acuerdos la relación obligacional subsiste aunque modificada en cuanto a su exigibilidad, se hace absolutamente inexigible en caso de quita y se hace temporalmente inexigible en caso de la espera. La quita concursal no es irrevocable ya que se revoca en caso de incumplimiento del convenio.

Estos pactos no provocan la extinción del crédito y por consiguiente difícilmente extinguirán la garantía cuya existencia dependa de éste. Esta ocurre en el caso de la fianza o del aval entre otros ejemplos.

A mayor abundamiento, el contenido del convenio concursal, sólo afecta a aquellos créditos que se realicen sobre el patrimonio insolvente que el convenio trata de recomponer, por ejemplo, el crédito frente al deudor insolvente pero no frente al deudor solidario o frente al fiador.

Entonces, el acreedor podrá exigir al garante la íntegra satisfacción de la prestación adeudada sin que ésta pueda invocar a su favor el contenido del convenio.

Cancelado el crédito del acreedor, el garante podrá subrogarse en la posición de éste para obtener el reembolso y su crédito quedará afectado por lo pactado en el convenio como un acreedor concursal concurrente.

A nuestro juicio, la eficacia del convenio es independiente del voto del titular del crédito garantizado en el concurso, ya sea que éste haya votado a favor o en contra del acuerdo o se haya abstenido. El convenio por su naturaleza de pacto concursal no alcanza a terceros y por consiguiente el acreedor puede exigirles a los fiadores el cumplimiento conforme a los términos de la fianza.

Si el garante pudiera invocar el contenido del acuerdo concursal se le permitiría reducir de forma superveniente el grado de responsabilidad asumida originariamente.

Estas consideraciones son aplicables a las cesiones pro solvendo, pero no a los acuerdos de dación en pago de bienes y derechos integrados en el patrimonio concursal.

En el primer supuesto, habrá de subsistir la garantía hasta alcanzar la íntegra satisfacción de las cantidades adeudadas. Si se trata por el contrario, de una dación en pago los efectos solutorios o extintivos del crédito personal conducen a la extinción de la fianza. En tal sentido en el artículo 160 se regula la situación de los acreedores que no hayan votado a favor de la propuesta de convenio y se establece que éstos conservarán las acciones que le correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y contra los fiadores o avalistas del deudor.

En virtud del pacto de espera contenido en el acuerdo concursal, los créditos conforme lo pactado resultan temporalmente inexigibles para el deudor, lo que no afecta al crédito existente entre acreedor y garante.

El pacto de espera al igual que el de quita surte efectos en interés del concurso para reordenar los créditos que gravan el patrimonio concursal y dar una solución a la insolvencia del deudor.

8. Es oponible ese acuerdo al acreedor?

La respuesta clara está dada por el artículo 158 de la ley 18.387.

Es importante indicar brevemente, cómo se llega a este efecto obligatorio para los acreedores y cuál es su alcance.

Los convenios, tal cual están regulados en el artículo 138 y siguientes de la ley concursal uruguaya tienen un contenido muy variado, además de las quitas y esperas. La propuesta puede consistir en constituir una sociedad con los acreedores quirografarios, capitalización de pasivos, creación de fideicomiso, etc., siempre que el contenido sea lícito, admite todo tipo de combinaciones. Cierta doctrina insiste en la necesidad de que quede claramente establecida la suma a pagar, sea esta fija o porcentual respecto a la totalidad de los pasivos. Por expresa prohibición del artículo 140, no puede presentarse una propuesta condicionada. Tampoco se admite revocar o modificar las propuestas por lo dispuesto en el artículo 141.

Una vez que la propuesta de convenio es aceptada por las mayorías de acreedores quirografarios requeridas en el artículo 144, mayoría de créditos y no de personas, pueden oponerse a su aprobación los acreedores que hayan sido privados ilegítimamente del derecho de voto, los que hayan votado en contra de la propuesta y el Síndico o el Interventor. Las causales de oposición están indicadas en el artículo 152.

Aprobado el convenio, y no habiendo oposiciones o rechazadas las mismas, el Juez aprueba el convenio y una vez que la sentencia quede firme, será publicada.

A partir de la sentencia de aprobación del convenio firme, este comienza a desplegar sus efectos, entre otros, que será obligatorio para los acreedores quirografarios y subordinados cuyos créditos fueran anteriores a la declaración de concurso, incluidos los que, por cualquier causa no hubieran sido verificados. Así lo señala el artículo 158, citado al comienzo de la respuesta.

Quedan excluidos del efecto obligatorio del convenio los acreedores privilegiados y los acreedores contra la masa.

9. El tercero puede oponer esa novación al acreedor, o sea la quita y espera lograda por el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca y fianza de un tercero?

Idem respuesta 9 anterior

10. De no poderle oponer el tercero al acreedor una excepción, y la quita y espera, debiendo soportar el remate de su bien o afrontar el pago de su peculio para evitar el remate: ¿tiene alguna acción contra el deudor más allá de subrogarse en los derechos del acreedor a cobrar la cuota concursal para recuperar la totalidad de lo pagado?

Idem respuesta 10 anterior

11. José Antonio GARCÍA CRUCES formalizó un nuevo interrogante respecto a todas las preguntas anteriores para el caso que los tres sujetos involucrados o dos de ellos integran un grupo económico, alguna respuesta cambiaría?

En el caso de que los sujetos involucrados en los términos de esta investigación formaran parte de un mismo grupo económico con el concursado la respuesta es la misma en virtud de que en nuestro derecho la pertenencia a un mismo grupo no admite la consolidación patrimonial de los deudores vinculados

Adviértase que en la ley concursal no hay una regulación integral del grupo como tampoco la hay en nuestro derecho societario, el artículo 112 numeral 2 inciso 3 de la ley 18387 lo define al sólo efecto de calificar a los llamados créditos subordinados, no hay confusión patrimonial entre los integrantes del grupo ni extensión del concurso en nuestro régimen vigente. La diferencia entre la vinculación patrimonial y la autonomía formal en el grupo societario se manifiesta en el concurso desde su iniciación hasta su finalización. El resultado de esa oposición es la inexistencia de una consolidación que convierta al grupo en sujeto concursable sino que por el contrario se mantienen las distintas masas activas y pasivas de cada una de las sociedades en caso de que se concursen.

Si bien frente a los acreedores se pueda invocar la solvencia patrimonial del grupo como garantía para atraerlos, en caso de una situación de crisis esa apariencia no tiene respaldo legal en la medida que no existe la responsabilidad solidaria de quienes integran el grupo. En definitiva, si bien el grupo tiene legitimidad no tiene personería jurídica y nuestra ley ha regulado en forma específica al grupo como eventual protagonista del concurso, al mantenerse los límites derivados de la personalidad jurídica de cada una de las sociedades la situación de los garantes se resuelve de igual forma que cuando la concursada no forme parte de un grupo.

La postura de nuestra ley es concorde con la opinión de UNCITRAL-CNUDMI.

Alguna doctrina española ha señalado que es lo más natural, por ejemplo, que una empresa del grupo le preste o asista a otra del mismo grupo. Podría incluso cuestionarse la subordinación.

La cuestión es ver si el préstamo fue concedido en condiciones normales o si hay alguna maniobra detrás que perjudique a los acreedores de la concursada. Aquí si cabría una subordinación. Pero esto es pura especulación.

En el derecho positivo uruguayo la subordinación es automática, de modo que aún cuando la asistencia financiera de una sociedad del grupo a otra sea habitual, resulta de estricto cumplimiento lo previsto en los artículos 111 y 112 de la ley concursal, y el crédito será subordinado.

RESUMEN, CONCLUSIONES Y MEDITACIONES.

-¿El acreedor debe solicitar verificación-reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor?

Es homogénea la doctrina en su postura de que el tercero-acreedor con garantía real debe solicitar la verificación del crédito en el proceso, debiendo incorporarse a la nómina de créditos reconocidos.

Sostiene el Dr. Juan Goldenberg que en el derecho chileno se aceptarán dos grandes vías de reconocimiento: una a través del reconocimiento que hace el propio deudor al momento de presentar sus antecedentes al tribunal (certificado) o a través de un de la verificación de crédito.

Por su parte el derecho venezolano conforme al Artículo número 995 del Código de Comercio de dicho país, tal como lo expresa la Dra. Estecche todos los créditos contra el fallido, cualquiera sea su naturaleza, están sujetos al proceso de calificación en la quiebra, lo que sería equivalente a la verificación, en consecuencia “todo acreedor debe presentarse a solicitar su calificación”.

A su vez los autores argentinos, por ejemplo el Dr. Molina Sandoval subraya que es ESENCIAL que el acreedor verifique el crédito, sometido a un “imperativo del propio interés” al decir de Pérez Paz, en una clara evidencia de aplicación del principio de colectividad acogido en los artículos 32 de la ley 24.522 y concordantes. Así coinciden los Dres. Ruiz y Martínez.

-En caso afirmativo, ¿En que carácter debe hacerlo? ¿Quirografario o hipotecario?

A su vez también son unánimes los autores al opinar que es en el carácter de quirografario. En el derecho chileno se considera que forman parte de la categoría de créditos garantizados o valista (quirografarios). Para el derecho argentino esta verificación de acreedor es con carácter quirografario, sin embargo no tendrá mayor condición que cualquier otro quirografario u ordinario. Se destaca que en el derecho venezolano, teniendo en cuenta que el bien inmueble que sirve de garantía está fuera del patrimonio del concursado, el acreedor hipotecario puede trabar ejecución sobre la cosa hipotecada y hacerla rematar, aun cuando esté poseída por un tercero.

Para el derecho colombiano, sin embargo encontramos una particularidad que un tercero que garantizó la obligación es un acreedor condicional puesto que su obligación depende de que este tercero tienda la obligación del principal.

-¿Puede votar la propuesta?

Para el derecho chileno, se tendrá en cuenta el carácter del bien, esencial o no para giro de la empresa. De ser esencial el acreedor forma parte del acuerdo y debe votar. Si el bien es considerado no esencial, el acreedor tiene la opción de votar o no hacerlo y si se abstiene el crédito garantizado no forma parte del acuerdo.

Para el derecho venezolano, si el acreedor se presentó como quirografario puede votar la propuesta, sin perder su garantía.

Para la postura colombiana el tercero que garantizó la obligación es un acreedor condicional y podrá intervenir en el proceso, y en el acuerdo debe incluirse una reserva para atender la obligación si la misma adquiere la condición de certeza.

Por su parte, para los exponentes argentinos existe coincidencia en que el acreedor verificado como quirografario puede votar. Sosteniendo que cabría una hipótesis distinta cuando el

hipotecante no deudor también se encuentre en concurso preventivo del garante (Art. 68 LCQ) y exista propuesta unificada.

-¿Puede iniciar de inmediato la ejecución hipotecaria o está sujeta a alguna condición procesal?

El Dr. Molina Sandoval, argentino, sostiene que se puede iniciar la ejecución y que no estaría sujeta a condición salvo el incumplimiento, en coincidencia con el Dr. Pérez Paz, quien entiende que el acreedor puede iniciar de inmediato la ejecución hipotecaria siempre que el plazo previsto para el cumplimiento de la obligación se encuentre vencido. Por su parte el Dr. Ruiz, entiende que la cuestión no es unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia local dado que un sector entiende que como el dador de la hipoteca se encuentra in bonis, este puede ser ejecutado directamente. Para otros, el acreedor puede reclamar al hipotecante-no deudor, la obligación vencida sin tener que atenerse a las normas concursales. La Dra. Martínez entiende que el acreedor puede ejecutar previo la verificación del crédito.

En el derecho chileno, para el Dr. Goldenberg encontramos un particularismo denominado "protección financiera concursal", el cual opera durante la tramitación del procedimiento concursal de reorganización, en donde se suspenden el derecho de todos los acreedores de iniciar ejecuciones contra el deudor. Esto delimita una etapa en la cual no se podrá ejecutar el bien, la que comienza desde la notificación de reorganización y culmina en general en la fecha de junta de acreedores.

Para Venezuela, explica la Dra. Estecche que no existe ninguna condición procesal, sino que solo se debe esperar la realización del bien sujeto a hipoteca.

-¿El tercero que otorgó la hipoteca en garantía de la deuda del ahora concursado, debe verificar crédito en este concurso?

Explica Goldenberg, simplificando la dinámica chilena partiendo de la hipótesis de que el tercero hubiera solucionado la deuda (hubiese operado el pago por subrogación), deberá hacerse parte del acuerdo de reorganización.

En el derecho venezolano, no surge la respuesta claramente de la ley mercantil de este país, ya que no se hace referencia al tercero constituyente. Sin embargo, sostiene la Dra. Estecche que el tercero poseedor (adquirente) en caso de ya haber pagador, tiene derecho de que se le indemnice.

En relación a los autores argentinos, el Dr. Pérez Paz sostiene que el tercero deberá verificar su crédito en carácter de acreedor condicional, por su eventual derecho a repetición de lo pagado, avalando su postura en el principio de "concurabilidad" el cual encuentra su seno en el art. 125 LCQ. Por su parte, el Dr. Ruiz sostiene su postura en el art. 32 de la LCQ, el que establece que todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular ante el Síndico del concurso el pedido de verificación de sus créditos. Molina Sandoval mantiene que el tercero hipotecario, tiene la acción de subrogarse y cobrar con calidad de quirografario.

La Dra. Martínez nos dice que si pretende subrogarse, debe verificar. Si así no fuera, no tendría forma de resarcirse del obligado principal, puesto que la manda es someter a todos los acreedores al concurso (art. 200 y 32 L.C.Q.). Todo esto, denota una gran variedad de opiniones con respecto a la pregunta en cuestión, entre los argentinos.

-En caso afirmativo ¿En qué carácter debe hacerlo?

Es unánime la doctrina argentina en decir que en caso de que este tercero que otorgó garantía hipotecaria de la deuda del concursado, debe verificar en carácter de quirografario en el concurso. Encontrando así coincidencia con el derecho venezolano.

Por su parte, los colaboradores chilenos, exponen que en la normativa concursal no encuentran solución a este supuesto, sugieren la aplicación de las reglas del pago con subrogación del Código Civil, entendiéndose que lo hace en carácter de acreedor preferente (garantizado).

¿Cuál es el alcance de la novación concursal en su caso del acuerdo homologado? Perez Paz apunta (transcribimos) “Por su parte, el art. 940 del CCCA dispone, en orden a los efectos de la novación como forma de extinción de las obligaciones, que *“La novación extingue la obligación originaria con sus accesorios. El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; en tal caso, las garantías pasan a la nueva obligación sólo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio”*³⁴. De manera concordante con esta disposición, el art. 1.597 CCCA (referido a la extinción de la fianza por novación) establece que *“La fianza se extingue por la novación de la obligación principal aunque el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador. La fianza no se extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor, aun cuando no se haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador”*. Las normas anteriormente transcritas dejan en claro que la novación alcanza a todas las obligaciones de causa anterior a la presentación concursal del deudor que, por resultar incluidas en la o las propuestas de acuerdo aprobadas y homologadas, quedarán reemplazadas por las prestaciones concordatarias respectivas precisamente por ese efecto extintivo o novatorio (Rouillón, 2015, pág. 155). Y el efecto novatorio alcanza a todas las obligaciones quirografarias del deudor de causa o título anterior a la presentación en concurso (cfme. Art. 56 LCQ, 1º párrafo, LCQ)”. En el caso propuesto, si bien el acreedor podría impedir la extinción de la garantía real hipotecaria mediante reserva, tales garantías sólo pasarían a la nueva obligación si quien las constituyó hubiera participado en el acuerdo novatorio (cfme. Art. 940 CCCA), circunstancia que, tratándose de hipoteca constituida por tercero, difícilmente pueda verificarse en la práctica, debido a que rara vez tales terceros participan del acuerdo preventivo”.(fin de la transcripción)

El Dr. Muguillo –en artículo que agregamos en Anexo, que no responde a la encuesta- efectúa un interesante análisis de la norma del Art. 55 de la LCQ argentina y el Art 1597 del Código Civil y Comercial de la Nación sostiene que ni uno ni otro fijan el monto por el cual está obligado el fiador, ni remiten la fianza a la obligación anterior inexistente por haber sido novada. Destaca que la ley debe ser interpretada de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico y la interpretación que se da al Art. 55 LCQ choca con las pautas legales y jurisprudenciales establecidas por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para el Dr. Molina Sandoval quien sostiene que este tercero hipotecario al no ser garante, no resultaría aplicable la novación concursal, exposición que guarda concurrencia con lo sostenido por la Dra. Martínez. El Dr. Ruiz expone que esta cuestión ha sido discutida en forma pacífica, sosteniendo que la novación legal en los términos del art. 55 LCQ no extingue las garantías reales

³⁴ En el régimen del anterior Código Civil argentino, derogado por la ley 26.994 a partir del 1º de agosto de 2.015, el art. 803 permitía al acreedor efectuar reserva expresa en la novación “para impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva”. Si bien la reserva era unilateral, el art. 804 disponía que no podía efectuarse “si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieran a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación”. De manera que el sistema, en líneas generales, se mantiene idéntico al anterior y se basa en el *animus novandi*.

que fueron dadas por terceros. Así el artículo referido que excluye al fiador y a los codeudores solidarios, también alcanzaría al tercero hipotecante, sin ser deudor. Extender a los acreedores garantizados con prenda o hipoteca el efecto novatorio de la Ley Concursal sin que hayan prestado conformidad expresa (arts. 934 CCyC: *animus novandi*) se prestaría a conductas fraudulentas en desmedro del crédito.

Por su parte la Dra. Estecche destaca que en el derecho venezolano no existe novación legal concursal a partir del convenio de homologación y aclara que la novación no se presume, debe ser expresa atendiendo las normas del Derecho Civil en su art. 1315.

En relación al derecho chileno, se debe seguir teniendo en cuenta lo resuelto en el convenio, que claramente expone y destaca el Dr. Goldenberg, diciendo que para que haya novación, debe existir una alteración sustancial entre las obligaciones originales y el contenido del convenio.

Por último, Juan José Rodríguez Maceda, señala que para el derecho colombiano es necesario que medie la voluntad del acreedor de darlo por liberado, si ello no sucede es claro que no existirá novación.

-¿Es oponible ese acuerdo al acreedor?

Los escritores chilenos sostienen que al no haber efecto novatorio en la ley chilena nada habría que oponerse al acreedor.

Para los venezolanos, no sería oponible, aun cuando nada se dice para el caso del tercero constituyente, quedando claro que los terceros y demás garantes del deudor, continuarán obligados a favor de los acreedores.

Los argentinos por su parte, el Dr. Molina Sandoval entiende que esta garantía que es la hipoteca no se puede ver afectada por las quitas, sino que sentido tendría tenerla si después el acreedor debe estar a las resultas del acuerdo quirografario. La Dra. Martinez indica que el acuerdo es oponible en relación al acreedor en función y limitado únicamente a la obligación principal, dado que este crédito es quirografario. Pero no perjudica la garantía real otorgada por el tercero. Por último, el Dr. Perez Paz nos dice que la oponibilidad surge de los arts. 55 y 56 LCQ, dado que en el concurso preventivo del deudor, este crédito es quirografario, concluyendo que la obligación del hipotecante no deudor no se extinguiría como efecto de la novación concursal.

-¿El tercero puede oponer esa novación al acreedor, o sea la quita y espera lograda por el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca de un tercero?

Los autores venezolanos, se inclinan por la negativa, partiendo de su respuesta a la pregunta anterior.

El Dr. Ruiz indica que la novación concursal no extingue las garantías reales que fueron dadas por terceros, por lo cual este no puede oponer esa novación en la ejecución hipotecaria en su contra. En discrepancia y basado en el análisis que efectúa de la normativa de la fianza en el Código Civil y Comercial de la Nación, el Dr. Muguillo entiende que si el deudor garantizado y concursado puede oponer los efectos emergentes del acuerdo homologado, también lo podrá hacer en igual forma el fiador (art. 1587).

-¿De no poderle oponer el tercero al acreedor una excepción, y la quita y espera, debiendo soportar el remate de su bien o afrontar el pago de su peculio para evitar el remate: ¿tiene alguna acción contra el deudor más allá de subrogarse en los derechos del acreedor a cobrar la cuota concursal para recuperar la totalidad de lo pagado?

Los venezolanos, continúan encontrando un silencio en su normativa, sin embargo mencionan que el derecho del acreedor se manifiesta como derecho de persecución, en tal medida, el tercero deberá soportar el remate de su bien o hacerse cargo del pago de precio, sin tener acción contra el deudor, más allá de la subrogación.

En la legislación chilena, no encontramos más que la acción de subrogación.

Entre los argentinos encontramos consenso respecto de que la acción está limitada a la subrogación en los derechos del acreedor. El Dr. Perez expresa que conforme al art. 2202 del CC y C A, se establece que el hipotecante no deudor que paga las deudas puede reclamar las indemnizaciones correspondientes (por daños y perjuicios); subrogarse en los derechos del acreedor y ejecutar las demás garantías otorgadas por las mismas deudas. Uno de nosotros entiende que, generando una quita un beneficio a la sociedad concursada y a sus socios, que incluso violaría normas imperativas de la ley societaria³⁵, el tercero no garante otorgante de la hipoteca podría iniciar una acción de responsabilidad por daño, de carácter extraconcursal.

-Las mismas preguntas se responderán para el caso que el tercero también se haya constituido en fiador, principal pagador, además de hipotecar para garantizar deuda de un tercero, siempre que el deudor concursado el de la obligación principal y el tercero se obliga en garantía del mismo.

Para este nuevo supuesto, los autores argentinos entienden que las respuestas serían iguales si además el hipotecante se hubiese constituido como fiador o principal pagador. Interesante destacar el comentario del Dr. Ruiz respecto de que en este supuesto no estamos en presencia de un "no deudor", en consecuencia, no se requiere la previa verificación del concurso del deudor principal para ejecutar la hipoteca.

Por su parte, el Dr. Goldenberg entiende que las respuestas son las mismas pero si se quiere hacer efectiva la garantía personal deberá distinguirse si el acreedor vota el acuerdo (no puede hacer efectiva la garantía) o si no ocurre (no firma parte del acuerdo) puede hacer efectiva la garantía personal.

Para Estecche, en el derecho venezolano, el legislador nada menciona sobre la posibilidad de accionar personalmente contra el tercero constituyente si se ha obligado expresamente; simplemente da la posibilidad que la hipoteca la constituya un tercero el cual no está obligado personalmente, sino a satisfacer el crédito con el bien dado en hipoteca.

El autor Rodríguez Maseda, destaca que el inicio del proceso de insolvencia no le impide al acreedor hacer efectiva la obligación de manos del tercero o del garante. La norma coloca en un mismo plano al codeudor solidario y en términos generales al tercero que hubiera garantizado el cumplimiento de la obligación.

-¿Si el deudor y/o el tercero es o son sociedades cambiaría alguna de las respuestas?

Tanto la Dra. Martinez como el Dr. Ruiz entienden que no cambia el esquema señalado, salvo alguna cuestión de responsabilidad en contra de los administradores que hubieron prestado como

³⁵ Conforme al criterio que uno de nosotros sostiene desde hace mucho tiempo integrando el sistema societario con el concursal en el caso de concurso de sociedades, por ej. RICHARD, Efraín Hugo "Integración de la Ley General de Sociedades con el Código Civil y Comercial y responsabilidad, incluso de socios no solidarios" en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, año 17, 2016-3 pág. 3 a 42, Buenos Aires; "La Enseñanza y la Investigación del Derecho Societario de Crisis" en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, Editado en Córdoba diciembre 2015, etc..

garantía bienes sociales, excediendo el objeto de la sociedad. El Dr. Molina Sandoval por su parte sostiene que si fueran sociedades, habría que ver la cuestión societaria, tratándose de grupos societarios, puntualmente en lo que tiene que ver con ciertos accionistas controlantes que no pueden votar, pero en términos generales, las respuestas serían lo mismo. Perez Paz argumenta que la respuesta podría cambiar si el tercero fuera una sociedad en cuyo objeto social no estuviera previsto como actividad habitual el otorgamiento de fianzas, avales u otras garantías reales, en donde el contrato hipotecario podría ser objeto de una acción de nulidad, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad por más desempeño que cabrían contra los administradores y otros sujetos involucrados.

En relación autor chileno, entiende que no hay cambios en relación al esquema planteado con anterioridad.

En el derecho venezolano, el legislador mercantil no distingue entre persona natural o jurídica, el régimen concursal está dirigido hacia un sujeto calificado como comerciante.

-Si algún país prevé quita o espera lograda por mayorías en el concurso de la persona humana o jurídica: ¿la misma posibilidad podrá trasladarse en la propuesta de acuerdo a homologar a la hipoteca otorgada por un tercero (persona humana o jurídica) no concursado?

Los autores argentinos manifiestan que en la legislación se prevé la posibilidad de una quita en la propuesta concursal pero, en concordancia con lo expuesto, no es aplicable el efecto novatorio al hipotecante o garante no deudor.

En el derecho venezolano no se encuentra regulado este supuesto.

Las respuestas del grupo uruguayo son precisas: en forma alguna se alteran las situaciones de la garantía real otorgada por tercero en favor de la obligación asumida por un luego concursado y alterada por el acuerdo concursal. Es interesante el análisis en caso de grupo empresario.

Para el exponente Puga, chileno, el tema de las quitas es una realidad que debe imponerse solo cuando sin ellas aún el tramo no condonado se pagaría y a condición de que durante el proceso de cumplimiento los socios no retiren utilidades. Agregando, que la empresa es un instrumento para producir riqueza y si no las produce lo sano es liquidarlas. Entiende que en países como España y Alemania para quitas muy significativas se exigen quórum muy altos y no liberan de responsabilidad penal a los deudores o sus administradores. Una posición similar sostiene uno de nosotros basado en el principio tipificante de la relación societaria de que las pérdidas deben ser soportadas por los socios –art. 1º Ley General de Sociedades argentina con idéntica solución en la legislación comparada-.

-En caso afirmativo ¿la situación varía si el tercero sólo ha asumido garantizar hipotecariamente o si también se ha constituido como garante personal de la obligación del concursado?

En relación a este supuesto los autores remiten a lo señalado.

-El caso que los tres sujetos involucrados o dos de ellos integran un grupo económico, ¿alguna respuesta cambiaría?

El Dr. Goldemberg sostiene que la ley chilena no contempla regulaciones especiales para concursos de grupos económicos. Solo debe considerarse que los créditos de las personas relacionadas, se entenderán legalmente postpuestas al pago de los demás créditos y que las mismas carecen de derecho a voto.

El tratamiento de los grupos económicos no ha sido incorporado a la legislación concursal venezolana, sostiene la Dr. Estecche.

Para el Dr. Carlos Molina Sandoval entiende que respecto del grupo económico habría que analizar el contexto grupal y ver cuáles son las fianzas o garantías que pueden otorgar y si las mismas exceden los fines o son notoriamente extrañas al objeto social. En el concurso del grupo económico habrá que analizar si se trata unificadamente o separadamente ese pasivo. Sostiene que si se trata unificadamente este crédito es hipotecario, el acreedor puede continuar con la ejecución, no tiene que estar a la resulta de lo que ocurre en el concurso, no vota y la base del cómputo de la propuesta unificada se baja naturalmente.

Por su parte, el Dr. Perez Paz, sustenta que las respuestas anteriores podrían ser diferentes en caso de que los integrantes de un grupo resolvieran recurrir a la presentación concursal agrupada (art. 65 y sig. LCQ) y sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que podrían derivarse de esta situación. Como se advierte flota la idea de una teoría general de la responsabilidad por daño generado a través de personas jurídicas societarias, por acción u omisión de administradores y socios en relación a normas imperativas u opciones imperativas de la legislación societaria específica.

Jean Paul Brusset, analizando la posición desde la legislación peruana pone énfasis en la distinción de situación del tercero obligado solidario del tercero fiador, atendiendo a la accesoriedad de la obligación de garantía, que se particulariza en la hipoteca otorgada en garantía por tercero no deudor, que lo lleva (en el punto 3 de su ensayo) a expresarse sobre si las modificaciones a la obligación genética y principal logradas en el concurso limitan o no la garantía real accesoria, debiendo a su entender indagar en aspectos causales del otorgamiento de esa garantía. Un trabajo imperdible que impone su lectura completa.

Como se colegirá de este prieto resumen, con pocas meditaciones propias, se advierte la riqueza del tema trabajado –con pocos estudios integrales, en relación a lo cual hemos acercado los anexos que van a continuación.

El tema central es la unidad o no de la relación obligacional con la garantía real accesoria de un tercero que no se obliga personalmente, para derivar de ello a los efectos novatorios del acuerdo concursal, especialmente de las quitas y esperas. Unido a esas quitas que benefician al concursado, con especiales características cuando se trata de una sociedad, la acción de responsabilidad del tercero garante si no le alcanzan los efectos de la homologación judicial del acuerdo de mayorías.

Las disidencias y visiones dispares abonan la corrección del cuestionario propuesto originariamente para motivar el análisis y abrir aspectos novedosos, que si bien no quedará cerrada y abrirá nuevas polémicas, de cuestiones que trascienden el ámbito concursal para imponer una visión sistémica de la cuestión, de la que tampoco es ajena la visión societaria en torno a responsabilidad de los integrantes de los órganos de la concursada.

ANEXO**LA GARANTÍA HIPOTECARIA DE TERCERO, EL CONCURSO DEL GARANTIZADO Y DEL GARANTE.
EL CONVENIO Y LA NOVACIÓN CONCURSAL (CASO VENEZOLANO)*****Elianne ESTECHE DE F.***

RESUMEN: En el sistema concursal tradicional el interés protegido era la satisfacción de los acreedores. El uso del sistema de garantías le daba mayor seguridad al momento de un concurso de su deudor o de sus garantes; sin embargo, las nuevas corrientes, contestes con el principio de conservación de la empresa y más recientemente con la incorporación de mecanismos de segunda oportunidad; al deudor, ya sea persona física o jurídica, se le está otorgando las mayores posibilidades para solventar la crisis, lo cual favorece mayormente el interés del deudor y no de los acreedores, no resultando tan eficaz el régimen de garantías, y mucho menos bajo el principio jurídico: “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, debiendo suspender la exigibilidad de la obligación accesoria. En este contexto, surge como inquietud considerar el tratamiento dado por el legislador venezolano al régimen de garantías en el Derecho concursal.

Palabras claves: Sistema de garantías. Derecho concursal. Tercero constituyente. Tercero poseedor. Derecho venezolano.

INTRODUCCION

El presente análisis requiere involucrar dos sistemas legales, el régimen de garantías y el régimen concursal, los cuales en esencia tienen un mismo interés la protección del crédito, en ellos, la respuesta del legislador ocurre ante el incumplimiento de la obligación.

La referencia va dirigida al Derecho venezolano, siendo necesario recordar que, el Derecho privado por tradición francesa se encuentra regulado en dos textos legales, el Código civil y el Código de comercio, en este sentido, es que se habla de dos sistemas legales uno regulado por el Derecho civil y otro por el Derecho concursal que expresamente está contenido en el Código de comercio, en muchas oportunidades se ha mencionado la ausencia de una ley especial que regule la materia de la insolvencia.

En perspectiva con la investigación propuesta, dos son los temas a analizar: el régimen de garantías, especialmente reales (hipoteca) y el régimen concursal, a fin de determinar la forma en que se afectan una vez que opera la quiebra sobre el patrimonio del deudor, ya sea persona individual o persona jurídica; de su garante (tercero constituyente); o del tercero poseedor (adquirente). Si bien la apertura de un procedimiento concursal afecta al patrimonio del deudor, en este caso específico, también se afectan los acreedores, por cuanto, el concurso como proceso universal, tiene una doble manifestación, tanto en lo que hace a los acreedores como en lo atinente al patrimonio que, de una manera u otra, se afecta a la satisfacción del interés de aquéllos.³⁶ Y su satisfacción dependerá en gran medida de cómo ha configurado el legislador el régimen de garantías concursales y el orden a la hora del cobro de los créditos.³⁷ El Derecho

³⁶ GARCIA, José. “Las Garantías reales en el concurso”. III Seminario de Derecho Concursal. Zaragoza: 2008. Disponible en: http://www.unizar.es/departamentos/derecho_empresa/doc/LasGarantiasreales.pdf

³⁷ GARCÍA, Gabriel. “El tratamiento de los créditos concursales y el principio *par conditio creditorum*”. Universidad de Granada. Disponible en: http://www.ual.es/revistas/.../pdfs/2014-03/articulos_el-tratamiento-de-los-creditos.pdf

concurzal tiene estrechos lazos con las garantías, especialmente en cuanto guarda relación con la determinación de las preferencias y la oportunidad de su ejecución,³⁸ tanto si el que se concursa es el deudor o su garante.

1. REGIMEN DE GARANTIAS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA HIPOTECA, AL TERCERO CONSTITUYENTE Y AL TERCER POSEEDOR (ADQUIRENTE)

La responsabilidad del deudor, es patrimonial e ilimitada. Patrimonial, porque el deudor sólo con sus bienes está sujeto a satisfacer (eventualmente en forma forzosa) el derecho de su acreedor. Ilimitada, por cuanto, el artículo 1863 del Código civil establece: “el obligado personalmente está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber”.³⁹ El principio de responsabilidad patrimonial implica que los bienes que integran el patrimonio de la persona están sujetos a sufrir las consecuencias que se derivan del incumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, en virtud del derecho de igualdad de los acreedores sobre los bienes del deudor “*par conditio creditorum*” -previsto en el artículo 1864 del Código civil, que prevé, los bienes del deudor son prenda común de sus acreedores, quienes tienen en ellos un derecho igual; si no hay causas legítimas de preferencia-; si bien, los acreedores gozan de una garantía genérica que constituye el principio del *concurso*,⁴⁰ por el cual, todos concurren en situación de igualdad a la satisfacción de sus créditos, las causas legítimas de preferencia, conformadas por los privilegios y las hipotecas, son excepciones, de interpretación restrictiva,⁴¹ existiendo dos clases de acreedores: privilegiados y quirografarios. Los acreedores quirografarios o comunes, son los llamados a soportar las pérdidas en proporción a sus respectivos créditos; mientras que los privilegiados escapan a la aplicación del principio igualitario.⁴²

Por ello, la situación jurídica del acreedor quirografario no siempre ofrece al acreedor el grado de seguridad que éste desea, de que podrá lograr la ejecución forzosa de su crédito.⁴³

Para Morles, la forma convencional de escapar a ese tratamiento igualitario es la de obtener con la debida anticipación una garantía personal o una garantía real.⁴⁴ Así, junto a los privilegiados y quirografarios se encuentran los acreedores que disponen de una garantía real, como la hipoteca o la prenda o los que disponen de una reserva de dominio o de una anticresis, que no resultan afectados por el proceso concursal; como los acreedores de la masa, que son los titulares de créditos posteriores a la declaración de quiebra que tampoco resultan afectados por el funcionamiento de la regla.⁴⁵

1.1. PRIVILEGIOS

De acuerdo con el artículo 1866 del Código civil, el privilegio es el derecho que concede la ley a un acreedor para que se le pague con preferencia a otros acreedores en consideración a la causa

³⁸ MORLES, Alfredo. *Garantías Mercantiles*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: 2007, pág. 39.

³⁹ GORRONDONA, José. *Contratos y Garantías. (Derecho Civil IV)*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: 1984, pág. 12.

⁴⁰ MORLES, Alfredo. *Garantías...* Ob. cit., pág. 12.

⁴¹ GORRONDONA, José. *Contratos...* Ob. cit., pág. 18.

⁴² MORLES, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil...* Ob. cit., pág. 2637.

⁴³ GORRONDONA, José. *Contratos...* Ob. cit., pág. 23.

⁴⁴ MORLES, Alfredo. *Garantías...* Ob. cit., pág. 58.

⁴⁵ MORLES, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil...* Ob. cit., pág. 2637, 2638.

del crédito.⁴⁶ El privilegio concede al acreedor una precedencia respecto a otros acreedores para hacer efectivo su derecho en vez de dejarlo sometido a la ley de concurso.⁴⁷ En virtud de esa prelación, los otros derechos de crédito que existan frente al mismo deudor, especialmente los créditos quirografarios, quedan pospuestos a la hora de distribuir el precio del bien (o de los bienes) del deudor sobre los cuales se haya concedido privilegio.

A diferencia de las garantías propiamente dichas, el privilegio nace de la ley y opera automáticamente, sin que puedan crearse por voluntad privada. Estableciendo el artículo 1867 del Código civil: entre varios créditos privilegiados, la prelación la determina la Ley, según la calidad del privilegio. Con lo cual, siendo de un mismo grado, los créditos privilegiados concurren entre sí en proporción de su monto (artículo 1868 del Código civil), en manera alguna según su fecha, como ocurre con las garantías. Teniendo preferencia sobre todos los demás, incluso los hipotecarios (artículo 1867 del Código civil).

El privilegio se ejercita siempre sobre bienes del deudor. No existen privilegios sobre bienes de terceros no deudores, a diferencia de lo que ocurre con la prenda y la hipoteca que pueden ser constituidas por un tercero (tercero constituyente), con el fin de garantizar la deuda de otro.⁴⁸

Con respecto a su regulación, muy pocas disposiciones se encuentran en el Código de comercio, estos son legislados por el Código civil, a diferencia de otros ordenamientos no existe dualidad en la legislación.⁴⁹ Así, aun cuando el Código de comercio legisla un sistema propio, con prelación sobre el Código civil, “es evidente que los principios o normas generales sobre privilegios son de aplicación, tanto en materia civil como mercantil.

1.2. GARANTÍAS

En cuanto a las garantías, el derecho venezolano es heredero de la tradición romana que se manifestó en la codificación civil francesa de 1804, tanto en la concepción de las garantías reales como de las garantías personales.⁵⁰ Estando reguladas principalmente, en el Código civil, Libro Tercero: de las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos; entre los contratos. La hipoteca inmobiliaria (artículo 1877 a 1912), la prenda posesoria (artículo 1837 a 1854), la fianza (artículo 1804 a 1836) y la anticresis (artículo 1855 a 1862). El Código de comercio, regula en el Libro Primero: del Comercio en general, Título XVI, la prenda (artículo 535 a 543) y la fianza (artículo 107 y 544 a 547).

La hipoteca inmobiliaria no se encuentra regulada en el Código de comercio. Por tradición las operaciones sobre inmuebles escapan a la regulación comercial, anteriormente se sostenía que cuando una relación jurídica tenía por objeto un inmueble, las consecuencias que se derivaban de esa relación, eran, a “fortiori”, de naturaleza esencialmente civil, ya que la legislación mercantil en lo referente a la condición física de las cosas y objetos que forman la actividad comercial, se limitaba en general a los bienes muebles con absoluta abstracción de los inmuebles.⁵¹ Sin embargo, la tesis prevaleciente hoy día es la contraria.

⁴⁶ GORRONDONA, José. *Contratos...* Ob. cit., pág. 17.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ ANTA, Carlos. “La garantía hipotecaria frente al concurso y la liquidación falencial. Cuestiones controvertidas”. Disponible en: <http://www.dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/handle/10226/858/Alberto%20Anta.doc?...>

⁵⁰ MORLES, Alfredo. *Garantías...* Ob. cit., pág. 52.

⁵¹ NUÑEZ, José. *De la comercialidad de las empresas de fábricas o de construcciones*. Publicaciones del Colegio de Abogados del Estado Zulia. Maracaibo: 1982, pág. 48.

Por otra parte, el ordenamiento regula las garantías individualmente, sin referencia a normas generales y comunes a todas ellas, salvo las disposiciones aplicables a los contratos y a las obligaciones, en virtud de lo cual como todo contrato deben cumplir para su perfeccionamiento con los respectivos requisitos de fondo y de forma comunes a todos.⁵²

De acuerdo con Morles,⁵³ se considera garantía en general, todo lo que amplía el poder jurídico del acreedor, añade al crédito algo que por sí mismo no tiene y refuerza la capacidad de satisfacción del acreedor. La doctrina identifica las garantías en sentido amplio como la concesión voluntaria al acreedor de una situación más favorable de la que tiene el acreedor quirografario.⁵⁴

En sentido estricto, tienen la función de satisfacer el derecho del acreedor, bien confiriéndole a éste un poder directo y preferente sobre un bien determinado de su deudor o de un tercero, o bien atribuyéndole la posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación a una persona distinta de su propio deudor. Únicamente cuando un bien concreto y determinado es afectado al cumplimiento de la prestación debida al acreedor o cuando otro patrimonio responde de la obligación ejecutable sobre el patrimonio del deudor, se puede hablar de garantía en sentido estricto.⁵⁵

“Pueden consistir en obtener que respondan de la obligación no sólo el deudor, sino también otras personas, con lo cual aumenta el número de patrimonios afectados al cumplimiento de la obligación; o en obtener la ventaja de adquirir para seguridad de su crédito un derecho real accesorio sobre un bien o varios bienes determinados (del deudor o de un tercero), que al darle el derecho de preferencia y de persecución, lo aseguren contra el riesgo de tener que concurrir con otros acreedores o de que a consecuencia de actos de enajenación no pueda ejecutar el bien por haber salido del patrimonio del deudor. En el primer caso se habla de garantías personales y en el segundo de garantías reales”.⁵⁶

En todo caso, siendo la distinción propia de los países de tradición romanista, pertenece a la clasificación que se basa en la naturaleza de la figura: las reales, que tienen efectos erga omnes, confieren al acreedor el derecho de ejecutar una cosa (*ius distrahendi*) con derecho de cobrarse preferentemente de su precio (derecho de preferencia o de prelación) e independientemente de las manos en que se encuentre el objeto de la garantía (derecho de persecución); y las personales, que sólo surten efectos entre las partes que las contratan, no aumentan el poder de agresión del acreedor sobre los bienes de su deudor, sino que aumentan el número de deudores (principales o subsidiarios) de la obligación.⁵⁷

El artículo 1877 del Código civil establece, “la hipoteca es un derecho real constituido sobre los bienes del deudor o de un tercero, en beneficio de un acreedor, para asegurar sobre estos bienes el cumplimiento de una obligación”. Es indivisible y subsiste toda ella sobre todos los bienes hipotecados, sobre cada uno de ellos y sobre cada parte de cualquiera de los mismos bienes. Está adherida a los bienes y va con ellos, cualesquiera que sean las manos a que pasen.⁵⁸

⁵² MORLES, Alfredo. *Garantías...* Ob. cit., pág. 111.

⁵³ MORLES, Alfredo. “Nuevos desarrollos del Régimen de las Garantías de las obligaciones mercantiles”. Disponible en: http://www.acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2005/BolIACPS_2005_143_209-238.pdf

⁵⁴ GORRONDONA, José. *Contratos...* Ob. cit., pág. 24.

⁵⁵ MORLES, Alfredo. *Garantías...* Ob. cit., pág. 16.

⁵⁶ GORRONDONA, José. *Contratos...* Ob. cit., pág. 24.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 24, 55.

⁵⁸ Artículo 1877 del Código civil venezolano.

Frecuentemente el bien pertenecerá al deudor; pero nada obsta para que pertenezca a un tercero considerado “tercero constituyente”, que voluntariamente constituya el derecho a favor del acreedor para garantizar la obligación del deudor.⁵⁹ Es de observar el término “tercero constituyente” utilizado para identificar al tercero que hipoteca un bien propio para garantizar una deuda ajena (calificado por otros ordenamientos como “tercero hipotecante”, “tercero dador”), diferenciándolo del tercero poseedor que es quien adquiere el bien hipotecado, ya sea, del deudor o de un tercero constituyente. Es una norma común a las garantías, que el constituyente de la garantía sea el propietario o titular del derecho dado en garantía, aun cuando puede no ser la persona personalmente obligada⁶⁰ a satisfacer el crédito hipotecario. Bajo estos aspectos, el tercero constituyente ni el tercero poseedor (adquirente), son obligados principales, el primero, porque constituye la hipoteca sobre un bien suyo por una deuda ajena; el segundo, porque el bien hipotecado lo adquiere por un acto posterior a la constitución hipotecaria.

El tercero constituyente propietario de un inmueble sin constituirse en deudor, ni fiador de la obligación a la que la garantía real accede, concurre al acto de celebración de la misma y grava un bien de su propiedad para garantizar la deuda de otro. Si bien no asume la deuda como propia, asume otra obligación principal de pagar por el deudor a condición que éste no pague y limita su responsabilidad a la cosa o al máximo del gravamen.

El tercer poseedor no debe haber intervenido en la hipoteca constitutiva del gravamen, sino que debe haber llegado a ser titular del dominio del bien hipotecado por un acto posterior a dicha constitución hipotecaria.⁶¹

Si bien el tercero poseedor no es deudor, por subsistir el derecho real, debe soportar la ejecución de la cosa. No existe relación personal entre el acreedor hipotecario y el tercer poseedor, pero en caso de que el deudor principal no pague, es el tercero quien soportará la ejecución del inmueble hipotecado, ya que no recibió el dominio pleno o perfecto, sino imperfecto.⁶²

El sistema venezolano, a diferencia de otros, nada menciona sobre la posibilidad de otorgar al acreedor el derecho de ejercer acción personal si el tercero constituyente o tercer poseedor (adquirente), se han obligado expresamente a pagar la deuda. La acción es real, e implica la ejecución del bien hipotecado, en ambos casos.

Entendiendo que, si el constituyente de la hipoteca no es el deudor, sino un tercero, sus demás bienes, obviamente, no quedan afectados al pago de la obligación pero sí el bien dado en garantía. Si este es ejecutado tendrá acción contra el deudor,⁶³ ejerciendo la acción del acreedor en razón de la subrogación.⁶⁴

⁵⁹ GORRONDONA, José. *Contratos...* Ob. cit., pág. 55.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 58.

⁶¹ COSSARI, Nelson. “La hipoteca dada por un tercero y los principios de accesoria y especialidad”. Disponible en: http://www.saij.gov.ar/doctrina/dasf060051-cossari-hipoteca_dada_por_un.htm

⁶² ÁLAMO, Roxana. “El derecho del acreedor hipotecario frente al deudor principal y el tercero poseedor o hipotecante, en caso de concursamiento o quiebra”. Disponible en: <http://www.estudioton.com.ar/congresos/Jornadas.htm>

⁶³ GORRONDONA, José. *Contratos...* Ob. cit., pág. 58.

⁶⁴ Artículo 1298 del Código civil venezolano: “la subrogación en los derechos del acreedor a favor de un tercero que paga, es convencional o legal”. Siendo convencional, “cuando el acreedor, al recibir el pago de un tercero, lo subroga en los derechos, acciones, privilegios o hipotecas, que tiene contra el deudor; esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago” (artículo 1299 del Código civil).

Por su parte, el tercero poseedor del inmueble hipotecado (por haberlo adquirido del deudor o de un tercero constituyente) si ha pagado la deuda hipotecaria (sin estar obligado personalmente), ya sea, abandonando el inmueble o sufriendo la ejecución (remate de la cosa) o expropiación, tiene derecho a que le indemnice su causante (artículo 1906 del Código civil); teniendo acción de reembolso contra el obligado personalmente al pago de la deuda, teniendo contra el deudor las mismas acciones del fiador que ha pagado. El derecho del acreedor hipotecario se manifiesta principalmente, como derecho de persecución.

“...la situación del acreedor hipotecario frente al tercero poseedor es análoga a la que tiene frente al deudor constituyente de la hipoteca (salvo por lo que respecta al crédito, ya que el tercero poseedor no está obligado personalmente a la satisfacción del mismo). Así pues, en principio, el acreedor hipotecario tiene frente al tercero poseedor el derecho de hacer ejecutar judicialmente la cosa hipotecada (C. C. art. 1899, encab.)”.⁶⁵

Por otro lado, debe entenderse que el pago total de la deuda hipotecaria no configura necesariamente el pago total de la deuda del obligado principal, en tanto, puede haberse hipotecado por una cantidad menor, y es hasta allí que el tercero deberá responder, es decir, hasta el máximo del gravamen, y no hasta la totalidad de la deuda, si ha preferido pagar.

Gorrondona⁶⁶ define al tercero poseedor como aquel que sin estar obligado personalmente a satisfacer el crédito hipotecario, posea a título no precario todo o parte del inmueble gravado. No está obligado personalmente sino que está sujeto a una carga (“pati”). Al igual que el deudor, no puede realizar actos que directamente y por su propia naturaleza perjudiquen los derechos del acreedor hipotecario. Puede usar libremente de la cosa siempre que no realice actos que deterioren o disminuyan su valor más allá de lo que es consecuencia del uso normal. Estableciendo el artículo 1894 del Código civil: “cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan, o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantizar el crédito, el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no este vencido.

El tercer poseedor está obligado a rembolsar los daños ocasionados al inmueble por culpa grave de su parte, en perjuicio de acreedores que hayan registrado su título, y no podrá invocar contra ellos retención por causa de mejoras.

Tiene, sin embargo, derecho de hacer sacar del precio la parte correspondiente a las mejoras hechas por el, después del registro de su título, hasta concurrencia de la suma menor entre la de las impensas y la del mayor valor en la época del abandono, o de la vente en pública subasta.⁶⁷

Debe observarse que el dador de la garantía (ya sea el deudor o un tercero) conserva la plena disponibilidad jurídica del bien, por lo cual su enajenación o gravamen resulta, en principio, inocua frente al acreedor. El deudor constituyente puede libremente enajenar y gravar la cosa hipotecada, sin que tales actos perjudiquen los derechos del acreedor, el cual tiene el derecho de persecución y el derecho preferente. Incluso, frente al tercero constituyente de la hipoteca. Siendo evidente, de acuerdo con Gorrondona,⁶⁸ que la enajenación del inmueble hipotecado no convierte al adquirente en deudor de la obligación principal, ya que no produce novación.

⁶⁵ GORRONDONA, José. *Contratos...* Ob. cit., pág. 103, 104.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 104.

⁶⁷ Artículo 1905 del Código civil venezolano.

⁶⁸ GORRONDONA, José. *Contratos...* Ob. cit., pág. 100.

El derecho de persecución deja de constituir un derecho frente al constituyente cuando por cualquier causa el bien pasa al patrimonio de un tercero, caso en el cual entra en juego el derecho de persecución del acreedor hipotecario.

El derecho de ejecutar del acreedor hipotecario no excluye el derecho de los demás acreedores de ejecutar la cosa hipotecada; pero en la distribución del precio obtenido en el remate, habrá de respetarse el derecho de preferencia del acreedor hipotecario.

El derecho de ejecutar la cosa hipotecada no excluye tampoco el derecho del acreedor hipotecario a trabar ejecución sobre los demás bienes de su deudor, con la limitación de que no puede hacer rematar sin consentimiento del deudor los inmuebles que no le están hipotecados, sino cuando los hipotecados hubiesen resultado insuficientes para el pago de su crédito (C. C. art. 1931).⁶⁹

Por otra parte, no es válido el pacto comisorio que permitiría al acreedor hacerse propietario del bien constituido en garantía o disponer de ella sin ejecutarla judicialmente en defecto de pago al vencimiento de la obligación principal.⁷⁰ A diferencia de otros derechos reales principales, la hipoteca, en principio, no confiere al acreedor hipotecario ningún derecho en orden al uso, goce y disposición de la cosa hipotecada. El artículo 1878 del Código civil establece: el acreedor no se hace propietario del inmueble hipotecado por la sola falta de pago en el término convenido. Cualquiera estipulación en contrario es nula.

2. REGIMEN CONCURSAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN DE GARANTÍAS: EN CASO DE CONCURSO DEL DEUDOR, DEL TERCERO CONSTITUYENTE, O DEL TERCER POSEEDOR (ADQUIRENTE). EL CONVENIO, LA NOVACIÓN CONCURSAL Y EL RÉGIMEN DE GARANTÍAS.

La legislación concursal venezolana, cuenta prácticamente con la regulación contenida en el Código de comercio de 1862, las reformas posteriores prácticamente no afectaron dicha normativa. La única reforma sustancial a considerar fue la de 1904, para introducir la institución del Atraso, extraído de la moratoria italiana y la Liquidación por los acreedores. La regulación se corresponde con la antigua naturaleza de derecho sancionatorio: su carácter es el de un derecho de la organización de los acreedores para satisfacerse con el patrimonio del fallido y para decidir sobre la suerte de éste, sin atender ningún otro interés.⁷¹ Conservando el carácter infamante que tuvo desde su origen.

El Derecho venezolano para el comerciante, únicamente regula en el Código de comercio dos procedimientos concursales: el Atraso y la Quiebra; en función del retardo o aplazamiento en los pagos, para el primero; y la cesación de pagos, para el segundo; los cuales responden a “modelos de juicio lento y complicado, con un índice bajo o ínfimo de recuperación de créditos, sometido a manejos tortuosos de síndicos, acreedores, jueces y abogados”.⁷² Para el no comerciante, se regula en el Código civil la cesión de bienes. Así como se regulan casos particulares en la Ley de

⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, sentencia de 13-XII-60. Cita de: GORRONDONA, José. *Contratos...* Ob. cit., pág. 101.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 57, 82.

⁷¹ MORLES, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil...* Ob. cit., pág. 2627.

⁷² MORLES, Alfredo. “Bases para un nuevo derecho concursal venezolano”. *Breves Estudios de Derecho Mercantil. Sociedades, Contratos, Títulos Valores, Derecho Concursal, Derecho Marítimo*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios (79). Caracas: 2008, pág. 292.

Instituciones del Sector Bancario, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y la Ley de Mercado de Capitales.⁷³

2.1. EL ATRASO

Constituye uno de los procesos concursales para aquellos comerciantes de buena fe que por circunstancias ajenas a su voluntad se ven imposibilitados temporalmente de cumplir con sus obligaciones retardando y aplazando sus pagos. Su finalidad esencial es la cancelación del pasivo existente en un momento determinado, pero bajo las reglas de un concurso que abarca el universo de acreedores.

“El comerciante cuyo activo exceda positivamente de su pasivo, y que por falta de numerario debido a sucesos imprevistos o causa de cualquiera otra manera excusable, se vea en la necesidad de retardar o aplazar sus pagos, será considerado en Estado de Atraso y podrá pedir al Tribunal de Comercio competente que le autorice para proceder a la liquidación amigable de sus negocios...”⁷⁴

A. EFECTOS CON RESPECTO A LAS GARANTÍAS

El procedimiento de atraso, es una forma de liquidación en la cual el deudor debe proceder al pago de todas sus deudas respetando los privilegios y las garantías que puedan afectarlos y aplicando, de resto, el principio *par conditio creditorum* a los acreedores quirografarios. Estas reglas únicamente pueden ser alteradas por el deudor mediante arreglo o convenio con los acreedores eventualmente afectados, salvo el caso de los privilegios, los cuales escapan a la regla de la autonomía de la voluntad.⁷⁵

Sin embargo, si bien queda claro que los acreedores privilegiados o hipotecarios no se ven afectados por el beneficio de atraso concedido al deudor, si el acreedor privilegiado acudió a la reunión y manifestó que consideraba conveniente para toda la masa de acreedores la concesión del atraso, es indudable que con tal intervención renuncia al derecho de actuar posteriormente en forma individual contra el deudor. Por consiguiente, si alguno de ellos quiere conservar intactos sus derechos contra el deudor y no hacerse partícipe de la moratoria que solicita, debe abstenerse de asistir o, en todo caso, de emitir opinión.⁷⁶

Según dispone el artículo 905 del Código de comercio: “durante el tiempo fijado para la liquidación amigable se suspenderá toda ejecución contra el deudor y no podrá intentarse ni continuarse ninguna acción de cobro, a menos que ella provenga de hechos posteriores a la concesión de la liquidación amigable. Pero ésta no producirá efectos respecto a las acreencias fiscales o municipales por causa de contribuciones, ni con relación a los derechos de los acreedores prendarios, hipotecarios o de otra manera privilegiados”.

Para algunos autores, deben suspenderse las ejecuciones individuales desde el momento en que se solicita la liquidación amigable hasta que se resuelva sobre su procedencia, por cuanto, si bien los acreedores mientras se decide la solicitud no pueden demandar la quiebra, tendiente a la ejecución general de su patrimonio, tampoco pueden promoverse acciones ejecutivas singulares con excepción de los supuestos indicados en el artículo 905 (créditos con garantías reales, entre

⁷³ Ibídem, pág. 312.

⁷⁴ Artículo 898 del Código de comercio venezolano.

⁷⁵ MORLES, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil...* Ob. cit., pág. 2663.

⁷⁶ GIMÉNEZ, Hernán. *El Juicio de Atraso*. Librería A. y Moderna. Caracas: 1963, pág. 313.

ellos).⁷⁷ Otros, como Zambrano,⁷⁸ consideran que la norma expresamente establece “durante el tiempo fijado para la liquidación...”, es decir, únicamente a partir de la fecha en que haya quedado firme la sentencia que acuerde el beneficio. Lo cual no obsta para que el propio deudor pueda solicitar como medida cautelar la suspensión del procedimiento de ejecución en contra suya adelantado por un acreedor singular.

En cualquier caso, una vez decretado el beneficio de atraso, todas las medidas que hubieren sido decretadas con fecha anterior deben levantarse, ya que los acreedores que hubieren accionado previamente, obteniendo o materializando medidas preventivas, no son en ninguna forma acreedores privilegiados y en definitiva, la concesión del estado de atraso afecta en principio a todos los bienes del deudor existentes al momento de la concesión del beneficio. Operando bajo estos parámetros la acumulación prevista en caso de quiebra, por la cual todas las causas ordinarias o ejecutivas, civiles o comerciales, que al tiempo de la declaración de quiebra se hallen pendientes contra el fallido y puedan afectar sus bienes, serán acumuladas al juicio universal de quiebra.⁷⁹

Para la doctrina venezolana, aun cuando no lo establece expresamente el legislador, unos de los efectos de la sentencia que declaró con lugar el estado de atraso, debe ser la suspensión del curso de la prescripción de las obligaciones del deudor.⁸⁰ La prohibición de intentar acciones de cobro contra el deudor en beneficio de atraso impone que mientras subsista el mismo no transcurran los lapsos de prescripción y de caducidad que puedan estar corriendo, en aplicación del artículo 1965 numeral 4º del Código civil, el cual dispone: no corre tampoco la prescripción: respecto de cualquiera otra acción cuyo ejercicio está suspendido por un plazo, mientras no haya expirado el plazo.⁸¹

Por otra parte, el estado de atraso es una institución eminentemente personal al comerciante que la solicita, de ahí que los garantes de las obligaciones, relacionadas dentro de las cuentas por pagar en el estado de atraso, no puedan oponer como excepción al acreedor esta circunstancia. Los garantes no pueden beneficiarse del atraso concedido.⁸²

Cabe acotar también, con respecto a los bienes afectos a hipoteca o privilegio, que para el establecimiento del activo del comerciante no deberán tomarse en cuenta sino los bienes remanentes una vez pagados los créditos privilegiados. Según Giménez,⁸³ este cálculo será de muy difícil realización porque existe la posibilidad de que en el remate de los bienes afectos al privilegio o la hipoteca, los mismos sean adquiridos por un precio muy inferior a su valor real (artículo 482 del Código de Procedimiento civil). Por consiguiente, de acuerdo con el autor, a objeto de calcular la positiva excedencia del activo sobre el pasivo, no deberán tomarse en cuenta, normalmente, tales bienes. Por el contrario, al estimar el pasivo se deberá notar especialmente la calidad privilegiada de los acreedores.⁸⁴

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 259 a 261.

⁷⁸ ZAMBRANO, Freddy. *Curso de atraso y Quiebra*. Atenea. Colección Textos Legislativos Venezolanos. Nº 5. Caracas: 2003, pág. 65.

⁷⁹ UTRERA, Carlos. *El Estado de Atraso en Venezuela. ¿Protección al deudor o burla al acreedor?* Proimpre. San Cristóbal: 1998, pág. 70.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 71.

⁸¹ GIMÉNEZ, Hernán. *Ob. cit.*, pág. 346.

⁸² UTRERA, Carlos. *Ob. cit.*, pág. 72, 73.

⁸³ GIMÉNEZ, Hernán. *Ob. cit.*, pág. 122.

⁸⁴ *Ídem*.

B. DEL CONVENIO

Durante la liquidación amigable podrá el deudor celebrar con sus acreedores cualquier otro arreglo o convenio que le conceda mayores moratorias; y aun quitas de intereses y hasta de parte de capitales; pero para que tenga validez necesitará el acuerdo de todos los acreedores. También podrá establecerse válidamente con la sola mayoría de los acreedores que representen, por lo menos, las tres cuartas partes del pasivo, con tal que los acreedores que convengan con el deudor, acuerden y aseguren el medio de atender al resultado de toda controversia con los disidentes, de modo que quede a éstos asegurada la parte que realmente pudieran sacar de la liquidación practicada prudentemente según sus respectivos derechos (artículo 906 del Código de comercio).

En caso de aprobación, la mayoría obliga a la minoría y éstos no podrán pretender condiciones de pago que se aparten de la regla "*par conditio creditorum*". Además, agrega Morles, aun cuando se celebre convenio, el proceso de atraso continúa. Si el deudor no cumple con las obligaciones o condiciones impuestas en el convenio, el juez puede revocar la liquidación amigable y declarar la quiebra.⁸⁵ Los fiadores y demás garantes del deudor, continuarán obligados a favor de los acreedores. Incluso, en ocasiones el convenio hará surgir obligaciones de terceros que presten garantías, reales o personales, para el cumplimiento de las obligaciones del deudor en el convenio, si dichas garantías son accesorias se extinguirán en caso que se anule o resuelva el convenio. No obstante que el mismo no implica novación, nada se opone, según Giménez,⁸⁶ a que la intención al celebrarlo haya sido la de novar. En este caso, respecto a los garantes del deudor se aplicarán las disposiciones de los artículos 1320 y 1830 del Código civil, los cuales prevén: los privilegios e hipotecas del crédito anterior no pasan al que lo sustituye, si el acreedor no ha hecho de ellos reserva expresa, es decir, si la intención es novar debe ser expresa (en el derecho venezolano la novación no se presume); la obligación del fiador se extingue por la extinción de la obligación principal y por las mismas causas que las demás obligaciones.

2.2. LA QUIEBRA

El legislador venezolano en el artículo 914 del Código de comercio establece: el comerciante que no estando en estado de atraso, según el Título anterior, cese en el pago de sus obligaciones mercantiles, se halla en estado de quiebra. Exigiendo la norma la cualidad de comerciante, así como el cese en el pago de obligaciones mercantiles.

A. EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES GARANTIZADOS

En el sistema concursal venezolano, la finalidad de la quiebra se limita a sustraer a la disponibilidad del deudor los bienes que constituyen la garantía de los acreedores, liquidarlos y repartirlos entre éstos,⁸⁷ por lo cual, los efectos de la sentencia que declara la quiebra del deudor, son los siguientes:

- El acreedor es privado del ejercicio autónomo de sus acciones contra el fallido sometándose por ello al procedimiento concursal

El principio básico de la quiebra, de igualdad de trato y de la comunidad de pérdidas, no podría lograrse si los acreedores conservasen el ejercicio individual en la defensa de sus créditos. La finalidad de la quiebra está en sustituir las acciones individuales por una acción conjunta, reemplazar el interés particular por el interés de la masa de acreedores, lo cual se consigue a

⁸⁵ MORLES, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil...* Ob. cit., pág. 2665.

⁸⁶ GIMÉNEZ, Hernán. Ob. cit., pág. 391.

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 2695.

través de la constitución de una masa de acreedores que elimina la personalidad individual de cada uno de ellos en beneficio del interés común. De este modo, la declaración de concurso tiene como efecto necesario el surgimiento de la masa pasiva, en la que se han de agrupar todos los acreedores.⁸⁸ La acción individual se transforma en acción concursal, la cual sólo puede ejercer el síndico, en defensa de sus intereses. Además, expresa Burgos,⁸⁹ como el síndico es quien provee a la satisfacción de los acreedores, sustituyéndose al deudor, las acciones de los acreedores no pueden hacerse valer sino en la quiebra a través de síndico. Incluso si hubieran comenzado antes de la sentencia declarativa, no pueden ser continuadas después de la sentencia que declara la quiebra, ya sean bienes muebles o inmuebles. El síndico se subroga en los derechos del demandante.⁹⁰

“La administración de que es privado el fallido pasa de derecho a la masa de acreedores, representada por los síndicos. Con éstos se seguirá todo juicio civil relativo a los bienes del fallido, sin perjuicio de que éste sea oído cuando el Juez o el Tribunal lo creyere conveniente. Pero el fallido puede ejercitar por sí mismo todas las acciones que exclusivamente se refieran a su persona, o que tengan por objeto derechos inherentes a ella”.⁹¹

Debe observarse que, la suspensión de las demandas individuales no acarrea la suspensión de la prescripción en beneficio de los acreedores a los cuales se aplica, sin embargo, pueden interrumpirla presentando sus acreencias en la quiebra para la calificación.⁹²

En el caso de bienes afectados por una garantía real (prenda o hipoteca) o por un privilegio, su incorporación a la masa activa de los bienes del fallido es procedente. En cuyo caso la ejecución individual de las garantías es sustituida por la ejecución colectiva del concurso.⁹³ Esta ejecución no perjudica en forma alguna la naturaleza de la garantía o privilegio, al contrario, al estar los acreedores privilegiados o garantizados dentro del concurso, pueden recibir pagos antes de que los bienes que son objeto de su garantía o de su privilegio sean ejecutados (artículo 1048 del Código de comercio).⁹⁴ El propio legislador mercantil reconoce que las únicas causas de preferencia en los pagos son los privilegios y las hipotecas legalmente constituidas (artículo 1041 del Código de comercio).

De las ideas anteriores debe entenderse que no se exceptiona el supuesto en que el acreedor del concursado disponga en su favor de una garantía real constituida sobre bienes o derechos integrados en el patrimonio de éste, ahora convertido en masa activa del concurso. El acreedor beneficiado con esa garantía real es, siempre y necesariamente, un acreedor concursal y su crédito deberá ser reconocido en la lista de acreedores, con independencia de la clasificación que luego pueda merecer.⁹⁵

“El principio de la *par condicio creditorum* deja a salvo las causas legítimas de prelación, ya que no las desconoce, pero de esto no se deriva que quienes se ven beneficiados por ellas se

⁸⁸ GARCIA, José. Ob. cit., pág. 1.

⁸⁹ BURGOS, José. *Lecciones sobre quiebra*. Universidad Central de Venezuela. Caracas: 1980, pág. 51.

⁹⁰ PIERRE, Oscar. *La quiebra según el Código de comercio venezolano*. Ediciones Libra. Segunda edición. Caracas: 1982, pág. 355, 356.

⁹¹ Artículo 940 del Código de comercio venezolano.

⁹² PIERRE, Oscar. Ob. cit., pág. 55.

⁹³ MORLES, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil...* Ob. cit., pág. 2757.

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ GARCIA, José. Ob. cit., pág. 2.

sustraigan de la carga común a todo acreedor atinente a la verificación de los créditos (principio de concurrencia).

En efecto, del hecho de que desde la perspectiva de una correcta tutela del crédito deba el ordenamiento mantener la inalterabilidad de las preferencias que eran conocidas -o debían ser conocidas- por la generalidad de los acreedores antes de la quiebra, no puede derivarse *sic et simpliciter* que los beneficiarios de tales privilegios queden marginados, una vez decretada la falencia, de la carga de verificar sus créditos y la preferencia misma, pues la verificación es el único medio habilitado por la ley para que los restantes acreedores deban soportar los distintos efectos jurídicos que son inherentes a las causas legítimas de prelación. Por lo demás, como lo observa De Semo, la verificación de los créditos asistidos por alguna causa legítima de preferencia resulta necesaria a los fines de aventar insidiosas simulaciones en daño a la masa”.⁹⁶

¿Qué ocurre si el acreedor prendario o hipotecario no se presenta a verificar el crédito? La respuesta no es distinta de la que compete a cualquier acreedor que omite insinuarse en el pasivo: no hay pérdida alguna de derecho, y, ciertamente, la ausencia de verificación tampoco hace perder al acreedor su derecho real, ya que tal omisión no es reconocida por la ley como causa de extinción de la hipoteca.⁹⁷

El artículo 942 del Código de comercio señala: “todas las causas ordinarias o ejecutivas, civiles o comerciales, que al tiempo de la declaración de la quiebra se hallen pendientes contra el fallido y puedan afectar sus bienes, serán acumuladas al juicio universal de quiebra”. En consecuencia, en virtud del principio de universalidad y concursabilidad que preside el juicio de quiebra, conforme a los cuales todos los bienes (el patrimonio íntegro) del fallido están afectados por el proceso y todos los créditos están sometidos a concurso (calificación, gradación y pago), salvo las excepciones expresas o virtuales como la relativa a los bienes sujetos a reivindicación, la persecución de las cosas gravadas y la reclamación de los derechos de los acreedores hipotecarios, prendarios y de otro modo privilegiados se hace ante el tribunal de la quiebra (artículo 964 del Código de comercio); incluso el legislador establece la participación obligatoria de los acreedores titulares de privilegios y garantías reales en la repartición del producto de la venta de otros bienes aún antes de que se vendan los bienes sometidos a gravámenes (artículos 1045 a 1049 del Código de comercio). Todo lo cual, confirma que la sede para la ejecución de los créditos garantizados o privilegiados es la sede concursal.⁹⁸ No pudiendo hacer valer sus derechos fuera de la quiebra. Además, como observa Morles, la verificación de los créditos incluye el cuestionamiento de la legalidad del crédito y de sus accesorios, incluyendo las garantías. Agregando, si existiere contradicción entre los derechos procesales especiales que le hayan sido atribuidos por el deudor a su garante y el interés general tutelado por el proceso concursal, debe decidirse en favor de este último.⁹⁹

El artículo 995 del Código de comercio establece expresamente: “todos los créditos contra el fallido, cualquiera que sea su carácter, están sujetos a calificación en el juicio de quiebra”. Si bien es cierto, los acreedores privilegiados, prendarios o hipotecarios, escapan a la regla del concurso, una vez verificados y sólo después que hayan sido admitidos en el pasivo con prelación es que pueden hacer valer la acción ejecutiva independiente; aun cuando el síndico puede rescatar la

⁹⁶ JUNYENT, José. “Concursos especiales de créditos con garantías reales”. Disponible en: <http://www.estudioton.com.ar/congresos/jornadasdchoconc2004%20junyent%20bas%20concursos%20especiales.pdf>

⁹⁷ Ídem.

⁹⁸ MORLES, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil...* Ob. cit., pág. 2725.

⁹⁹ Ídem.

cosa, pagando al acreedor. Cuando los acreedores hipotecarios quieran ejercer sus acciones en ejecución de hipoteca después de la declaración de la quiebra, deben demandar al síndico y no al fallido personalmente.¹⁰⁰

Por lo cual, una vez efectuada la graduación de créditos, los acreedores hipotecarios, los privilegiados y los prendarios cobran primero que los demás y éstos no tienen necesidad de esperar que se verifique la liquidación y se comience el reparto; porque tienen garantía sobre una cosa determinada, de acuerdo con esto, pueden pedir que el bien objeto de la garantía de su crédito sea vendido en pública subasta.¹⁰¹ Agregando, si fuere el caso, en que la garantía sea general, no con un solo bien, si deberá esperar la liquidación. Sin embargo, dichos acreedores pueden entrar en el concurso, cuando el bien gravado no sea suficiente para garantizar todo el crédito; solo que, el acreedor, sea prendario o hipotecario va al concurso como acreedor quirografario, por el saldo (artículo 1047 del Código de comercio), quedando sometido a la ley del dividendo,¹⁰² es decir, de la cuota que corresponda a cada acreedor en el reparto dirigido por el síndico y ordenado por el Juez.¹⁰³

- Cese de los intereses, artículo 944 del Código de comercio

Desde el día en que se declare la quiebra dejarán de correr intereses, sólo respecto de la masa, sobre toda acreencia no garantizada con privilegio, prenda o hipoteca. El cese se justifica por el deseo de asegurar la igualdad entre los acreedores, ya que si los intereses siguen corriendo después de la declaración de quiebra, la prolongación del procedimiento concursal beneficia a los acreedores que fueron cuidadosos en estipularlo y perjudica a los otros acreedores. Contrariamente a la equidad, la desigualdad se vería acrecentada en la medida de lo que dure el procedimiento. Aun cuando la medida no es absoluta, solo dejan de correr los intereses sobre las acreencias quirografarias, que son aquellas que no están sujetas a garantía, mientras que las acreencias privilegiadas, hipotecarias o prendarias siguen teniendo derecho a sus intereses, pero cobrándose éstos sólo del producto de los bienes afectos al privilegio, la prenda o la hipoteca. La excepción se explica, según Zambrano,¹⁰⁴ porque la garantía real constituida por el deudor sobre los bienes gravados con prenda o hipoteca, cubre no solo el capital o principal de la deuda, sino también los intereses.

- Exigibilidad de las deudas de plazo no vencido, artículo 943 del Código de comercio

Con la declaración de quiebra se ha perdido la fe depositada en el deudor, lo que conlleva a dejar sin efecto la concesión del beneficio del término o plazo, previendo el legislador mercantil que, la declaración de quiebra hace exigibles las deudas del fallido de plazo no vencido. En el mismo sentido, el legislador civil establece en el artículo 1215: si el deudor se ha hecho insolvente, o por actos propios hubiere disminuido las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o no le hubiere dado las garantías prometidas, no puede reclamar el beneficio del término o plazo.

¹⁰⁰ PIERRE, Oscar. Ob. cit., pág. 461.

¹⁰¹ BURGOS, José. Ob. cit., pág. 72.

¹⁰² *Ibidem*, pág. 52.

¹⁰³ PISANI, María. *La quiebra. Derecho venezolano*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas: 1991, pág. 144.

¹⁰⁴ ZAMBRANO, Freddy. Ob. cit., pág. 194.

B. DEL CONVENIO, LA NOVACION CONCURSAL Y EL RÉGIMEN DE GARANTÍAS

El convenio es la única alternativa de la quiebra, a parte del beneficio de atraso. El convenio está caracterizado, según Morles, por ser:

“un acuerdo celebrado entre el deudor y sus acreedores, en junta debidamente constituida, con intervención del juez, el cual lo homologa, cuyo contenido se concreta en una quita, en una espera, en una dación en pago o en cualquier otro pacto dirigido a la satisfacción de las obligaciones del fallido y a la remoción o a la suspensión de la quiebra”.¹⁰⁵

Queda fuera toda clase de acuerdo o concordato preventivo, incluso extrajudicial. Para la celebración de convenio debe realizarse una junta para deliberar sobre el mismo a la cual pueden asistir los acreedores privilegiados, no teniendo derecho a voto salvo que renuncien al derecho de prelación (artículo 1011 del Código de comercio).

Los acreedores privilegiados o hipotecarios escapan a los efectos del convenio si no han votado en él. Sin embargo, si se presentan como quirografarios, sea porque su garantía es insuficiente, sea porque han renunciado, el convenio les es oponible, es decir, no escapan a él. También les es oponible a los acreedores hipotecarios que, después de la ejecución completa del convenio, quieren que se les pague lo que falta de su acreencia sobre bienes mobiliarios advenidos al fallido después del convenio. Los acreedores privilegiados e hipotecarios no pueden valerse del convenio para reclamar su parte de dividendos a los vencimientos mientras no hayan liquidado previamente sus garantías y demostrado que éstas fueron insuficientes. El hecho de que un acreedor privilegiado o hipotecario haya recibido dividendos del fallido convenido no acarrea el vencimiento de su garantía por lo que se le deba.¹⁰⁶

En relación a la pérdida del privilegio y de la hipoteca, en caso de emitir su voto en la junta, si bien Pierre, no rechaza la opinión mayoritaria, que justifica tal pérdida diciendo que el acreedor privilegiado o hipotecario, por estar seguro de ser pagado íntegramente o en la medida de su garantía, tendría tendencia a acordar el convenio aunque ese no fuera el interés de la masa quirografaria; lo considera insuficiente, argumentando:

“...si fuera así debería decirse que la pérdida de la garantía debe aplicarse no solamente a los acreedores privilegiados o hipotecarios, sino también a todos los acreedores provistos de una garantía cualquiera, como en el caso de una fianza, por ejemplo; lo que no parece acertado porque el artículo 1011 debe ser interpretado restrictivamente y no debe aplicarse a los acreedores garantizados por una fianza. Además, la pérdida del privilegio o la hipoteca se justifica sobre todo porque “estas garantías alcanzan a bienes que entran en la prenda común de la masa, de tal suerte que haciéndolas valer el acreedor tomaría con preferencia y en perjuicio de la masa la porción de esa prenda”, lo que no sucede en el caso de la fianza”.¹⁰⁷

Además agrega el autor, aunque el aparte último del artículo 1011 presenta esta pérdida como una renuncia expresa o presumida, se trata más bien de una privación legal de pleno derecho,¹⁰⁸ “para que el acreedor pierda su garantía es necesario: a) que se trate de un privilegio o de una hipoteca y no de otra garantía; b) que el acreedor haya votado por el convenio en condiciones regulares de capacidad”.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pág. 2785.

¹⁰⁶ PIERRE, Oscar. *Ob. cit.*, pág. 424.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pág. 394.

¹⁰⁸ *Ídem.*

La doctrina sobre el punto, ha planteado cierta controversia en torno a la situación del tercero constituyente, por cuanto para unos no se encuentra prevista expresamente en el régimen concursal venezolano por cuanto las normas sobre quiebra solamente afectan bienes del patrimonio del deudor; para otros, cuando el legislador hace referencia al acreedor hipotecario (que únicamente lo hace para que se abstengan de votar el convenio salvo que renuncien a su derecho de prelación y en el orden de prelación en la liquidación), incluye tanto a la hipoteca constituida por el deudor como por un tercero. Y el punto en cuestión se trae a colación en virtud de diferenciar la doctrina la situación cuando se trate de tercero constituyente o tercero poseedor (adquirente).

Para Pierre, la disposición sobre la pérdida de la garantía por emitir su voto en el convenio, no se aplica cuando los privilegios o hipotecas gravan bienes que no pertenecían al fallido cuando se declara la quiebra, como puede ocurrir, cuando el bien pertenece a un tercero o a un codeudor solidario del fallido; es decir, pueden votar y no por ello pierden su garantía. No obstante, si es aplicable, y el acreedor que tiene la garantía la perdería votando el convenio, cuando la hipoteca es sobre un inmueble que, después de haber pertenecido al fallido, pertenece a un tercero (adquirente) y que, como consecuencia, el ejercicio de la hipoteca involucraría una acción que abre una vía de recurso contra la masa; o cuando el precio, siendo todavía debido, está sometido al ejercicio de los derechos de preferencia.¹⁰⁹

No resultando aplicable al tercero constituyente, la situación se asimila a la regulada por el artículo 1023 del Código de comercio, en tanto: “el convenio con el fallido no priva a los acreedores de sus derechos por la totalidad de sus créditos contra los coobligados y los fiadores de aquél”. Aun cuando, en virtud del convenio, opere respecto el quebrado la remisión de parte de la deuda, los acreedores que no sean satisfechos íntegramente, conservan sus acciones por el saldo insoluto frente a los coobligados y los garantes del fallido-. Los acreedores (con garantía personal) en este caso, conservan su derecho a pesar de dar su voto en las deliberaciones del convenio, en tanto el artículo 1011, debe aplicarse restrictivamente a los acreedores privilegiados e hipotecarios,¹¹⁰ siendo clara la intención del legislador de ofrecerle la mayor seguridad al acreedor provisto de una garantía personal y a tal fin norma estas máximas en tutela de su derecho.¹¹¹

En todo caso, al tercero constituyente -garante del pago de una obligación ajena-, se le asimila al fiador, si resulta aplicable por analogía el artículo 1023 del Código de comercio, a fin de que no se afecte y por tanto no se prive al acreedor garantizado por dar su voto en el convenio. Asumiendo que las normas sobre quiebra afectan solamente a los bienes del deudor, el acreedor hipotecario garantizado con un bien de un tercero, no es el acreedor hipotecario a que se refiere la norma.

Para otros, “... la ley no distingue y por tanto están sujetos igualmente a la pérdida de su garantía por emitir voto en las deliberaciones del convenio considerando acreedor hipotecario tanto cuando la hipoteca la constituyo el deudor o un tercero.”¹¹²

En el derecho comparado, hay quienes consideran improcedente la aplicación de la analogía - ante la ausencia de normas que regulen la situación del tercero constituyente-, fundamentando

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 395.

¹¹⁰ PISANI, María. *Ob. cit.*, pág. 216.

¹¹¹ *Ídem*.

¹¹² *Ídem*.

Cerdeira, refiriéndose al derecho español, para quien en este caso, el tercero hipotecante no deudor, estaría calificándose como «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza

“...tal tesis constituye una *contradictio in terminis* perturbadora de categorías clásicas como, sobre todo, la distinción entre derechos reales y personales, entre cargas reales y personales y, por ende, entre garantías reales y personales, desconociendo la diferencia radical, esencial, que entre tales categorías existe en su naturaleza jurídica y, por ello mismo, en su régimen jurídico. Que tanto la hipoteca dada por tercero como la fianza tengan en común el ser ambas garantías ajenas y accesorias del crédito sólo justifica la comparación, no la asimilación, como especies del mismo tronco o género por ser garantías, pero especies o ramas distintas, de diversa naturaleza y, también por ello, de diverso régimen: la fianza, como garantía personal en la que el fiador debe y responde, y la hipoteca, como garantía real, en la que el tercero hipotecante no debe ni responde. En lo práctico, admitir la tesis del «fiador real» conllevaría, como se pretende, aplicar por analogía el régimen legal de la fianza a la hipoteca dada por tercero, protegiendo con ello en demasía al hipotecante, por una especie imaginaria de favor *pigneratoris*, en detrimento de la hipoteca, del acreedor y, por ende, del crédito territorial y del tráfico jurídico inmobiliario...”¹¹³

Ahora bien, en caso de aprobación el convenio es obligatorio para todos, sin embargo, los acreedores privilegiados que no hubieren renunciado al derecho de prelación pueden hacerlos efectivos sobre los bienes afectos al privilegio, en cuyo caso la ejecución correspondiente se seguirá separadamente del juicio concursal, el cual en virtud del convenio se suspende o cesa - naturalmente volviendo a la controversia anterior, podrán hacerlo dependiendo de la tesis asumida-. Los intereses comienzan a correr nuevamente. Aun cuando, la mayoría de las veces el convenio lo impide o modifica completamente la situación suprimiendo el pago de intereses en las obligaciones que los producen. Y lo mismo ocurre con el beneficio del término.¹¹⁴

Los acreedores deben respetar las estipulaciones del convenio que contienen los sacrificios económicos que ellos mismos han consentido. El convenio puede ser invocado no solamente por los acreedores en sus relaciones entre ellos y con el deudor, sino también por el fallido en relación a cada uno de sus acreedores, para hacer respetar las cláusulas e impedir que alguno de los acreedores rompa en su beneficio la igualdad que entre ellos ha establecido el convenio.

Si el convenio calla respecto a la novación, ésta no se produce porque no puede presumirse (artículo 1315 del Código civil). De ello resulta que las acreencias que existían contra el fallido conservan después del convenio el carácter comercial o civil que tenían antes y permanecen sometidas, en cuanto a la competencia a las mismas jurisdicciones. Las acreencias quedan sometidas a las prescripciones que les son propias, especialmente a las prescripciones especiales de los efectos de comercio. Los coobligados del fallido no pueden invocar el artículo 1322 del Código civil para pretenderse liberados por el convenio, ni aunque un tercero hubiere afianzado solidariamente la ejecución del convenio.¹¹⁵

No obstante, sobre la novación concursal, expresa Pierre, si la ausencia del efecto novatorio del convenio que calla sobre la novación resulta del hecho de que la novación no se presume, puede deducirse que es posible especificar en el convenio la novación, lo que puede ser ventajoso desde el punto de vista de las prescripciones, pero desventajoso desde el punto de vista de las garantías

¹¹³ CERDEIRA, Guillermo. “El hipotecante no deudor: ¿Un <<fiador real>> cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?”. Disponible en: http://www.boe.es/.../abrir_pdf.php?...El_hipotecante_no_deudor...%22fiador_real%...

¹¹⁴ PIERRE, Oscar. Ob. cit., pág. 426.

¹¹⁵ *Ibidem*, pág. 427.

antiguas que desaparecen. Serían necesarias, entonces, cláusulas especiales para mantener esas garantías,¹¹⁶ por cuanto se extinguen las obligaciones accesorias en caso de novación. Sin embargo, debe dejarse claro que, en el derecho venezolano el convenio no es causa de la novación, de la extinción de la obligación originaria y del nacimiento de una nueva, no existe la llamada novación legal concursal.

C. RÉGIMEN DE GARANTÍAS, EN CASO DE CONCURSO DEL DEUDOR, DEL TERCERO CONSTITUYENTE, O DEL TERCER POSEEDOR (ADQUIRENTE).

De acuerdo con el artículo 1877 del Código civil citado, se admite que la hipoteca pueda ser dada por un tercero distinto del deudor del crédito que se garantiza, siendo tres las personas involucradas: el acreedor hipotecario, el deudor de la obligación y el tercero constituyente de la hipoteca sobre bienes propios para garantizar el pago de una obligación ajena.

El legislador nada menciona sobre la posibilidad de accionar personalmente contra el tercero constituyente, si se ha obligado expresamente. Simplemente da la posibilidad que la hipoteca la constituya un tercero, el cual no está obligado personalmente como deudor, sino a la satisfacción del crédito con el bien dado en hipoteca. La diferencia es que si no se obliga personalmente al pago de la deuda del deudor, la situación se rige por los mismos principios que rigen la hipoteca dada en garantía de una deuda propia, pero con la diferencia de que el tercero constituyente se obliga únicamente por el monto de la garantía real, es decir, sin obligarse en sus demás bienes por el remanente de la deuda que el gravamen no llegase a extinguir. Esta responsabilidad es propter rem, teniendo una posición jurídica análoga a la del “tercero poseedor”, es decir, a la de quien ha adquirido el bien hipotecado ya sea por el mismo deudor o por un tercero, sin asumir la deuda.

Ahora bien, si el tercero poseedor (adquirente) se obliga al pago de la deuda, además de responder frente a los acreedores con el bien objeto de la hipoteca, responde igualmente por la deuda ajena como si fuera propia, es decir, no solo con el bien hipotecado sino con todo su patrimonio. Entendiendo que si la deuda no es cubierta con la venta del bien hipotecado, por el saldo pendiente responde con todo su patrimonio. Por otro lado, obligándose al pago, no puede abandonar el inmueble para liberarse, como sí puede hacerlo el tercer detentador que no esté obligado personalmente.

El abandono del inmueble sometido a la hipoteca podrá efectuarse por todo tercer detentador que no esté obligado personalmente a la deuda, y que tenga capacidad de enajenar o esté debidamente autorizado para hacerlo.

Este abandono no perjudicará las hipotecas constituidas por el tercer poseedor y debidamente registradas (artículo 1902 del Código civil).

En todo caso, si se obligara expresamente, por un acuerdo con el deudor, el acreedor tiene dos deudores: el obligado, cuya deuda ha sido garantizada por el tercero que constituyó la hipoteca y el tercero constituyente de la hipoteca que se obligó personalmente al pago o el adquirente si fuera el caso. En ambas situaciones, van a responder con todo su patrimonio no solamente con el bien hipotecado, no pudiendo excepcionarse.

Comprendido lo anterior, resulta fundamental reconocer que, el acreedor que tiene garantizada la deuda con hipoteca constituida sobre bienes de un tercero, goza del derecho de persecución, previsto por el artículo 1899 del Código civil, según el cual: “el acreedor hipotecario

¹¹⁶ Ídem.

puede trabar ejecución sobre la cosa hipotecada y hacerla rematar, aunque esté poseída por terceros...". Igualmente, goza del derecho de preferencia, previsto por el artículo 1864 del código civil, según el cual: "...las causas legítimas de preferencia son los privilegios y las hipotecas". La relación en todo caso, está determinada por el ejercicio de los derechos: de persecución y remate judicial.

En la misma forma, con respecto al tercero poseedor, afirma Gorrondona,¹¹⁷ el derecho del acreedor hipotecario se manifiesta principalmente como derecho de *persecución*, dejando claro que:

"es tercero poseedor, porque no es ni ha sido parte de la obligación que existe entre el deudor y el acreedor y no se le ataca como deudor, sino como representante del inmueble y sus obligaciones existen en razón de la causa, de tal manera que al separarse de ella deja de existir toda relación de él con el acreedor. Es un Litis consorcio forzoso, a quien se llama al juicio mediante la intimación, por si tiene interés en pagar y no perder la posesión..."¹¹⁸

Sin embargo, conviene analizar la situación cuando el deudor de la obligación garantizada con hipoteca (sin obligarse el constituyente) quiebra; o cuando quien quiebra es el tercero constituyente que no se obligó al pago. La situación del tercero constituyente plantea controversia, en virtud de ausencia expresa en el régimen concursal venezolano, no pudiendo aplicar estrictamente la normativa civilista en tanto existe un concurso, situación especial frente al régimen común. Es decir, la posibilidad de constituir hipoteca por un tercero, no se encuentra legislada por la ley concursal, solo se encuentran normas referidas a la hipoteca dada por el propio deudor.

La doctrina afirma, en el caso que sea el deudor quien quiebra, éste no puede ampararse en el beneficio del plazo para cumplir la obligación, las deudas se hacen exigibles, como efecto de la declaratoria de quiebra. Lo cual opera igual para el tercero constituyente no deudor, la obligación también se hace exigible para él. En este caso, aun cuando el bien no pertenece al fallido, la deuda garantizada con el bien sí, por lo cual, el constituyente de la hipoteca está constreñido a tolerar el ejercicio de un derecho real que garantiza el pago de una deuda "en" la masa. Respetando el hecho de que si el bien sujeto a hipoteca no fuera suficiente el constituyente como ocurre con el tercer poseedor no responde con todo su patrimonio. En este sentido, si quien quiebra es el deudor, el acreedor hipotecario debe presentarse al concurso aun cuando el bien no se encuentre en su patrimonio, porque la deuda sí lo está. Una vez verificado su crédito y admitido se presentará como quirografario en tanto el bien no se encuentra en el patrimonio del deudor, pudiendo iniciarse la ejecución hipotecaria. Presentándose a ocupar su lugar el garante que ha pagado la deuda.

Si quien quiebra es el tercero constituyente de la hipoteca, el acreedor no puede insinuarse en dicha quiebra porque no es acreedor del constituyente fallido, queda fuera del concurso, sin embargo, en virtud del derecho que tiene a perseguir la cosa, queda sujeta ésta a la ejecución del bien hipotecado en la ejecución individual seguida contra el deudor, en tanto lo sometió al derecho real aun cuando no era la persona deudor del crédito garantizado. Y esto debe permitirse por cuanto el concurso que incautó ese bien está forzado a soportar la ejecución, por cuanto una

¹¹⁷ GORRONDONA, José. *Contratos...* Ob. cit., pág. 103.

¹¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 1978. 1-1-78 al 10-8-83. Dr. José Román Duque Sánchez. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 1986, pp. 66 y ss. Cita de: MORLES, Alfredo. *Garantías...* Ob. cit., pág. 352.

vez efectuado el desapoderamiento de sus bienes, éste estaba garantizando una deuda ajena. Sin embargo, si luego de la ejecución individual no alcanzare a cubrirse la totalidad de la deuda, entrará por el remanente entre los acreedores quirografarios.

Es el caso del acreedor hipotecario que tiene un derecho real de hipoteca sobre un inmueble de un tercero concursado, sin resultar ser acreedor personal de éste, y que por las normas previstas para la quiebra no puede incorporarse al pasivo del concurso, no puede solicitar la calificación o verificación de su crédito. Sin embargo, es claro que éste, tiene una relación obligacional con el acreedor, no del crédito mismo (contractual) -es independiente de la obligación del deudor principal-, sino de la ley.¹¹⁹ El acreedor hipotecario debe presentarse a verificar su crédito en el concurso del tercero constituyente, como cualquier otro derecho de contenido patrimonial (calificado como crédito ordinario), como deuda de la masa no como acreedor concursal, por el crédito derivado de la obligación legal de éste de pagar la suma -garantizada con el bien hipotecado- por el deudor principal o de hacer abandono del bien. Negarle el derecho al acreedor de entrar al concurso, sería como negarle el derecho de persecución y de preferencia que tiene sobre la cosa dada en garantía, aun cuando se constituyó por una deuda ajena. En ordenamientos como el italiano la situación asumida por cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia se basa en la aplicación analógica del deber del reivindicante de presentarse a la verificación de su derecho,¹²⁰ sin embargo, en el derecho venezolano no está previsto.

Otra es la situación, como menciona García, si el hipotecante (tercero constituyente para la doctrina venezolana) se obligara al pago de la deuda principal y es declarado en quiebra, además de responder como garante real, respondería a título personal; y si la cosa gravada no cubre la totalidad de la deuda, tendrán los acreedores que perseguir el cobro, como quirografarios, con el producto de la liquidación general del patrimonio del hipotecante-deudor. En este caso el acreedor se presenta en la quiebra del tercero hipotecante como un acreedor concursal más (la obligación respectiva queda abarcada por la quiebra).¹²¹

Muy diferente es cuando son los coobligados o fiadores los que se concursan, regulación prevista expresamente por el Código de comercio. En principio, la quiebra del deudor no modifica la situación de sus coobligados. Sin embargo, cuando todos los codeudores solidarios o varios entre ellos o el deudor principal y su fiador están en quiebra, el acreedor puede representar en cada quiebra por el todo para la calificación de su crédito. Sin embargo, dos dispositivos regulan la situación del acreedor, ante el concurso del fiador o coobligado: el artículo 1043 y 1044 del Código de comercio. Insistiendo, la legislación concursal nada menciona sobre el concurso del tercero constituyente; como tampoco hace referencia a la situación en la cual el tercer poseedor es concursado. La referencia es al acreedor que goza de una garantía personal a su favor y todos, fiador y coobligado, han quebrado, previendo en el artículo 1043, simplemente, los derechos del acreedor que está garantizado por la solidaridad de varios deudores o por fiadores que luego han quebrado.

¹¹⁹ ÁLAMO, Roxana. "El derecho del acreedor hipotecario frente al deudor principal y el tercero poseedor o hipotecante, en caso de concursamiento o quiebra". Disponible en: <http://www.estudioton.com.ar/congresos/Jornadas.htm>

¹²⁰ GRAZIABILE, Darío. "El problema de la ejecución hipotecaria en el concurso del tercero hipotecante no deudor". Disponible en: http://www.unav.edu.ar/.../concursos.../problema_ejecucion_hipotecaria_graziabile.pdf

¹²¹ GARCÍA, Silvana. "La extinción de las obligaciones de la quiebra". Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar> › Publicaciones

“El acreedor por obligaciones suscritas, endosadas o garantizadas solidariamente por personas que luego hayan quebrado, será admitido en todas las quiebras por valor total de sus créditos y participará de los dividendos que cada una de ellas dé hasta su completo pago.

Ningún recurso tienen unas contra otras las quiebras de los coobligados por razón de dividendos pagados, sino cuando la suma de estos dividendos exceda al monto del capital y accesorios de la creencia. En tal caso el exceso será devuelto según la naturaleza y orden de las respectivas obligaciones a las quiebras de los coobligados que tengan a los otros por garantes”.

El acreedor conserva su derecho de recurrir contra los demás obligados o fiadores, no a prorrata, sino por la integridad de su crédito, frente a cada uno, y participará en los dividendos de cada una de las quiebras hasta obtener su pago total. Lo que para Pisani,¹²² esta solución legal, “luce un tanto teórica”, ya que si en efecto, los acreedores conservan íntegramente sus derechos frente a corresponsables y garantes, pese a la celebración de convenio, no se entiende por qué dichos acreedores no ejercen sus legítimas acciones ante ellos que les ofrecerían mayor seguridad que un fallido, especialmente los acreedores por causa mercantil que están respaldados por la presunción de solidaridad.

Con respecto al primer aparte, para la doctrina, se evidencia la tutela prioritaria que se ofrece al acreedor:

“...lo que importa en primer término es que él cobre la totalidad de su deuda, sin interesar que uno de los deudores pague más que el otro estando igualmente obligados. Ahora bien, cuando eventualmente la suma de tales dividendos exceda el monto total de la deuda, sí hay lugar al reintegro del excedente. ¿Cómo? Según la naturaleza y orden de las respectivas obligaciones. ¿A quién? A las quiebras de los coobligados que tengan a los otros como garantes”.¹²³

Por su parte, el legislador civil, en caso de quiebra del fiador, dispone en el artículo 1811: caso de estar obligado el deudor a dar fianza, si el fiador aceptado por el acreedor se hiciera insolvente, podrá el acreedor exigir otro en su lugar. Esta regla tiene su excepción en el caso en que se haya exigido y pactado fianza de una persona determinada, porque en este caso la insolvencia de ésta no obliga al deudor a dar una nueva fianza.¹²⁴

El artículo 1044 igualmente define los derechos del acreedor por obligaciones solidarias, pero que antes de la quiebra hubiere recibido de un fiador o coobligado alguna parte de su crédito.

“El acreedor por obligaciones solidarias que antes de la quiebra hubiere recibido de un fiador o coobligado alguna parte de su crédito, será admitido en el concurso del fallido por lo que se le quede debiendo, y conservará su derecho contra el coobligado o fiador por la misma suma.

El fiador o coobligado que haya hecho el pago será admitido en la masa por lo que haya pagado en descargo del fallido”.

Debe entenderse que el fiador o coobligado que haya pagado al acreedor, se subroga en el derecho del acreedor, en su misma posición jurídica.

Debe tomarse en cuenta también, como explica Pierre,¹²⁵ que en caso de quiebra de los coobligados, si bien por la declaración de quiebra se hacen exigibles las deudas del fallido de plazo

¹²² PISANI, María. Ob. cit., pág. 250.

¹²³ Ibídem, pág. 252.

¹²⁴ PIERRE, Oscar. Ob. cit., pág. 472.

¹²⁵ Ibídem, pág. 473.

no vencido, como la pérdida del término sólo se aplica al fallido, se deduce que no hay perecimiento del término en relación a los coobligados *in bonis* (dueños de sus bienes) del fallido, y es así como, cuando uno de varios codeudores solidarios es puesto en quiebra, la deuda no se hace exigible contra los otros. Sin embargo, aclara el autor, si el coobligado o la fianza conservan el beneficio del término, deben, al vencimiento, pagar, además del capital, los intereses corridos incluso después de la sentencia que declara la quiebra, porque el artículo 944 del Código de comercio, anteriormente citado, sólo hace cesar legalmente el curso de los intereses en relación a la masa. Agregando, la solución admitida con respecto a los coobligados y fiadores no debe ser extendida a los terceros detentadores: el acreedor hipotecario puede accionar antes del vencimiento contra el tercero que detenta el inmueble hipotecado.¹²⁶

REFERENCIAS

- ÁLAMO, Roxana. "El derecho del acreedor hipotecario frente al deudor principal y el tercero poseedor o hipotecante, en caso de concursamiento o quiebra". Disponible en: <http://www.estudioton.com.ar/congresos/Jornadas.htm>
- ANTA, Carlos. "La garantía hipotecaria frente al concurso y la liquidación falencial. Cuestiones controvertidas". Disponible en: <http://www.dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/handle/10226/858/Alberto%20Anta.doc?...>
- BURGOS, José. *Lecciones sobre quiebra*. Universidad Central de Venezuela. Caracas: 1980.
- CERDEIRA, Guillermo. "El hipotecante no deudor: ¿Un <<fiador real>> cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?". Disponible en: http://www.boe.es/.../abrir_pdf.php?...El_hipotecante_no_deudor...%22fiador_real%...
- COSSARI, Nelson. "La hipoteca dada por un tercero y los principios de accesoriedad y especialidad". Disponible en: http://www.saij.gov.ar/doctrina/dasf060051-cossari-hipoteca_dada_por_un.htm
- GARCIA, José. "Las Garantías reales en el concurso". III Seminario de Derecho Concursal. Zaragoza: 2008. Disponible en: http://www.unizar.es/departamentos/derecho_empresa/doc/LasGarantiasreales.pdf
- GARCÍA, Gabriel. "El tratamiento de los créditos concursales y el principio *par conditio creditorum*". Universidad de Granada. Disponible en: http://www.ual.es/revistas/.../pdfs/2014-03/articulos_el-tratamiento-de-los-creditos.pdf
- GARCÍA, Silvana. "La extinción de las obligaciones de la quiebra". Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: [http://www.acaderc.org.ar > Publicaciones](http://www.acaderc.org.ar/Publicaciones)
- GIMÉNEZ, Hernán. *El Juicio de Atraso*. Librería A. y Moderna. Caracas: 1963.
- GORRONDONA, José. *Contratos y Garantías. (Derecho Civil IV)*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: 1984.
- GRAZIABILE, Darío. "El problema de la ejecución hipotecaria en el concurso del tercero hipotecante no deudor". Disponible en:

¹²⁶

Ídem.

http://www.unav.edu.ar/.../concursos.../problema_ejecucion_hipotecaria_graziabile.pdf

- JUNYENT, José. "Concursos especiales de créditos con garantías reales". Disponible en: <http://www.estudioton.com.ar/congresos/jornadasdchoconc2004%20junyent%20bas%20concursos%20especiales.pdf>
- MORLES, Alfredo. *Garantías Mercantiles*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: 2007.
- MORLES, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Los Contratos Mercantiles. Derecho Concursal*. Tomo IV. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: 2008.
- MORLES, Alfredo. "Nuevos desarrollos del Régimen de las Garantías de las obligaciones mercantiles". Disponible en: http://www.acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2005/BolACPS_2005_143_209-238.pdf
- MORLES, Alfredo. "Bases para un nuevo derecho concursal venezolano". *Breves Estudios de Derecho Mercantil. Sociedades, Contratos, Títulos Valores, Derecho Concursal, Derecho Marítimo*". Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios (79). Caracas: 2008.
- NUÑEZ, José. *De la comercialidad de las empresas de fábricas o de construcciones*. Publicaciones del Colegio de Abogados del Estado Zulia. Maracaibo: 1982.
- PIERRE, Oscar. *La quiebra según el Código de comercio venezolano*. Ediciones Libra. Segunda edición. Caracas: 1982.
- PISANI, María. *La quiebra. Derecho venezolano*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas: 1991.
- UTRERA, Carlos. *El Estado de Atraso en Venezuela. ¿Protección al deudor o burla al acreedor?* Proimpre. San Cristóbal: 1998.
- ZAMBRANO, Freddy. *Curso de atraso y Quiebra*. Atenea. Colección Textos Legislativos Venezolanos. Nº 5. Caracas: 2003.

Francisco A. JUNYENT BAS, y SENTENCIAS DE CAMARA EN DIFERENTE SENTIDO.**Asunto Concursal - Tercero Hipotecante no deudor****Excma. Cámara:**

El Fiscal de las Cámaras Civiles y Comerciales que suscribe en estos autos caratulados "ORTIZ, RODOLFO ALBERTO – CONCURSO PREVENTIVO LEY 19551 – VERIFICACION TARDIA ARTS. 260 Y 56 L.C.Q) – HOY QUIEBRA – INICIADO POR JUAN CARLOS ORTIZ", (Expte. Nº 1403560/36), fecha de remisión del día 10/05/2013, por ante la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial de Segunda Nominación, comparece y dice:

I. Intervención de este Ministerio Público

Que viene a contestar el traslado corrido a fs. 114, con motivo del recurso de apelación interpuesto por los apoderados del Sr. Juan Carlos Ortiz, en contra de la Sentencia Nº 64 del 16/03/2013 que corre glosada a fs. 61/67 que resuelve rechazar el incidente

II. Expresión de agravios del acreedor hipotecario

Al mantener el recurso a fs. 89/92 los Dres. Jorgelina Flores y Adán Luis Ferrer se alzan en contra de la sentencia del inferior que rechaza el presente incidente y a los fines de clarificar sus agravios hacen un relato de la situación planteada en autos.

Así, en primer lugar, destacan que con fecha 7 de diciembre de 1992 el hoy fallido garantizó con un inmueble de su propiedad una deuda contraída por su hija María Alejandra Ortiz.

Así, explican que la deudora abonó parcialmente la deuda y con un saldo impago de U\$S 120.000 se promovió la ejecución hipotecaria que concluyó con la sentencia de remate y cuya ejecución se suspendió con la declaración en quiebra del deudor.

En esta línea, explican que el acreedor hipotecario pidió en el concurso preventivo de Rodolfo Ortiz la verificación de su crédito, el que fue declarado inadmisibles por Sentencia Nº 206 del 28/5/1997.

Así, los quejosos destacan que en dicho resolutorio se expresó que "el acreedor no lo es respecto al concursado, por lo que no puede insinuarse en el pasivo, aun cuando tendrá un interés innegable si el bien inmueble se subastara en el proceso universal, toda vez que, bajo pena de perder su prioridad deberá hacerse presente en la misma".

En el mismo sentido, la parte apelante destaca que el 8/9/2003, habiendo sido citado por el juez de la quiebra para hacer valer sus derechos, su representado pidió se le reconociese el privilegio hipotecario y el juez concursal rechazó la petición en atención a la ausencia de verificación y no estando prevista por la legislación falimentaria su actuación en el expediente principal.

De tal modo, puntualizan que ha iniciado la presente demanda incidental reclamando el reconocimiento de su derecho, ya no mediante una mera petición en el expediente principal, sino por la vía reglada en los artículos 280 y sgtes.

En esta inteligencia, argumentan que el fallo apelado que declaró inadmisibles su pretensión en atención a la firmeza que habría adquirido la Sentencia Nº 206, con el valor de cosa juzgada implica una conclusión errónea del inferior.

Así, puntualizan que justamente en la sentencia de verificación, si bien se declaró la

inexistencia de una relación creditoria sin embargo, se reconoció la responsabilidad objetiva, ceñida a los bienes gravados, y se puntualizó que el acreedor hipotecario debía hacer valer sus derechos sobre el inmueble en cuestión recién cuando este se enajene.

En una palabra, los letrados del incidentista ponen de relieve que la cosa juzgada comprende no solo la parte dispositiva de la sentencia, sino también sus fundamentos y motivaciones, y que en el presente caso no puede ignorarse el reconocimiento que el juez concursal realizó del derecho hipotecario.

En síntesis, puntualizan que no existe cosa juzgada que oponer al derecho real de hipoteca que ostenta su representado, pues contrariamente a lo afirmado por el inferior, dicho derecho está expresamente admitido en los considerandos de la sentencia que culmina con una inadmisibilidad de la relación creditoria.

De tal modo, afirman que no es factible prevalecerse del valor de la cosa juzgada de la Sentencia Nº 206 para negar el derecho hipotecario que fue expresamente reconocido en dicho resolutorio.

Desde otro costado, y con relación al decreto del 11/04/2007 que quedó firme por perención de la instancia apelativa, argumentan que constituyó una petición en el expediente principal que no cierra la vía incidental hoy intentada.

En esta línea, enfatizan que el proveído del 11/4/2007 no fue una resolución de fondo sobre el derecho invocado por su cliente, sino la denegatoria formal de una petición que, tal como había sido formulada, no resultaba admisible.

En definitiva, piden que previo a los trámites de ley se haga lugar al recurso.

III. El responde del fallido

Por su parte, a fs. 99/100, el apoderado del fallido, Dr. Flavio Ruzzón, puntualiza que los agravios del apelante no son de recibo.

Así, argumenta que en el presente caso el recurrente intentó oportunamente la verificación de su acreencia y en dicha oportunidad se indagó acerca de la procedencia sustancial del crédito insinuado declarándose inadmisibles.

Asimismo, recuerda que el interesado también formuló presentación del reconocimiento de su derecho a fs. 879/882 de los autos principales, lo que fue denegado a fs. 1093/1103 y una vez concedida la apelación interpuesta en subsidio se declaró la perención de dicha vía recursiva.

En una palabra, el apoderado del fallido sostiene que al declararse la inadmisibilidad del crédito y luego en la quiebra intentar ejercer derechos que decía tener, lo que fue motivo de reprobación por el juez que intervenía y haber quedado firme dicho resolutorio por perención de la segunda instancia, ha operado la preclusión de la pretensión esgrimida en el presente incidente.

Desde esta perspectiva, entiende que guste o no tanto la sentencia de verificación de créditos como las ulteriores actuaciones procesales no reconocieron al incidentista ningún derecho y esta situación ha precluido definitivamente.

IV. El traslado a la Sindicatura

Por su parte, el Síndico Contador Marcelo Garriga contesta el traslado pronunciándose también por el rechazo de la apelación a fs. 106/107.

El funcionario entiende que existe cosa juzgada en atención al alcance de la sentencia de verificación que declaró inadmisibile el crédito que hoy se pretende reeditar.

Asimismo, entiende que la expresión de agravios es contradictoria pues el propio actor reconoce que se trata de una instancia procesal atípica que constituye una verdadera aventura jurídica y que hubiera correspondido rechazar in limine.

En síntesis, pide el rechazo del recurso de apelación articulado.

V. "Thema decidendum"

Así las cosas, esta Fiscalía de Cámaras advierte que la cuestión debatida gira en torno a las siguientes cuestiones: a) la eventual oponibilidad de la cosa juzgada material de la declaración de inadmisibilidad recaída en la Sentencia Nº 206 del 28/5/1997, b) el alcance del proveído del 11/4/2007 y consecuente perención de la instancia apelativa, y c) en su caso, el eventual derecho del incidentista hipotecario en la quiebra del tercero hipotecante.

VI. La plataforma fáctica jurídica

VI. 1. La pretensión verficatoria

De la lectura de la sentencia de verificación Nº 206 (vide página 266/271 de los autos principales) se sigue que con relación a la situación del Sr. Juan Carlos Ortiz la inferior, en aquella oportunidad, analizó tanto la pretensión verficatoria, como la opinión de la sindicatura y la impugnación del fallido.

En este sentido, el Sr. Juan Carlos Ortiz requiere la verificación de un crédito por la suma de U\$S 180.029,68 con privilegio especial y manifiesta que la causa del crédito se encuentra en la constitución de hipoteca que el concursado otorgara a su favor afianzando la deuda por saldo del precio de las acciones de la razón social Rodolfo A. Ortiz e Hijos S.A. y que la Srta. María Alejandra Ortiz le adquirió al presentante.

El pretenso acreedor narra también que inició ejecución hipotecaria por ante el Juzgado de 22º Nominación Civil y Comercial y acompaña la correspondiente escritura de garantía hipotecaria Nº298 del 17/12/1993.

Por su parte, el síndico pide el rechazo del crédito sosteniendo que la escritura acompañada no se ajusta a derecho en cuanto de su lectura no se infiere el crédito al cual accede la hipoteca.

Por el contrario, el Sr. Juan Carlos Ortiz insiste en que el instrumento reúne todos los recaudos legales y resguarda el principio de especialidad del crédito, por lo que insiste en la pretensión verficatoria.

Por último, el concursado, hoy fallido aduce que se trata de una fianza pura y simple y que no existe una obligación personal, sino que, se requiere la previa excusión de los bienes de la deudora principal.

VI. 2. La sentencia de verificación: El hipotecante no deudor

En esta inteligencia, la inferior, Dra. Raquel Visconti de Maghini entiende que el concursado es un hipotecante no deudor y con cita puntual de Héctor Cámara reconoce al presentante el carácter de "hipotecario" al expresar que "en esta hipótesis a tenor del art. 3121 del C.C. hay una responsabilidad objetiva ceñida a los bienes gravados, deuda propter rem, en donde el concursado no es deudor...".

Así, la sentenciante afirma que el concursado no es deudor y que no se está frente a un acreedor sino frente a un hipotecario, quién podrá ejercer “su derecho directo” sobre el bien afectado, “recién cuando este se enajene”, sin especificar cuál será el procedimiento o modo que corresponderá utilizar a tal fin.

En síntesis, la magistrada culmina declarando inadmisibile el crédito por U\$S 180.029,68, y habida cuenta que el Sr. Juan Carlos Ortiz no articuló incidente de revisión, la resolución quedó firme (art. 37 L.C.Q).

Cabe entonces preguntarse ¿cuál es el alcance de la sentencia verificatoria con respecto al derecho que le asiste al Sr. Juan Carlos Ortiz?

VII. La cuestión relativa al tercero hipotecante no deudor

VII. 1. El reconocimiento del derecho del acreedor hipotecario en la Sentencia de verificación N° 206 del 28/05/1997

A los fines de dilucidar la extensión del derecho reconocido en la sentencia verificatoria resulta evidente que cabe integrar el resolutorio de inadmisibilidad con las consideraciones que efectúa la magistrada, pues tal como se señaló supra, de su decisorio se advierte que se reconoce al presentante el carácter de tercero hipotecante no deudor e incluso se señala que podrá hacer valer dicho carácter cuando se enajene el bien.

En una palabra, *la inadmisibilidad sólo alcanza al aspecto creditorio, es decir, la juez no reconoce el carácter de deudor del entonces concursado y hoy fallido.*

Desde esta perspectiva, cabe recordar, tal como lo hace la doctrina¹²⁷ que la hipoteca no sólo puede ser otorgada por el deudor, sino por un tercero incluso sin erigirse en co-deudor. Es lo que establece el art. 3121 del Código Civil: "No es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraído la obligación principal, puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente."

En este orden de ideas, la situación jurídica subjetiva del tercero hipotecante no deudor es asimilable a la del adquirente del bien ya hipotecado que no asume la deuda garantizada, quien recibe la denominación de "tercer poseedor"; de allí que las normas relativas a la situación de éste pueden analógicamente aplicarse a la de aquél.

El análisis hace referencia a tres sujetos: el acreedor hipotecario (Sr. Juan Carlos Ortiz), el deudor no hipotecante (simplemente, el deudor, Srta. María Alejandra Ortiz) y el tercero hipotecante no deudor asimilable al tercer poseedor (a secas, el tercer hipotecante, Sr. Rodolfo Alberto Ortiz).

A su vez, si el deudor no cumple y el acreedor hipotecario persigue la efectivización de la garantía ¿no pasa a ser en cierta forma deudor el tercero hipotecante?

En esta línea, si se responde que, ante el incumplimiento del deudor, el tercero hipotecante también pasa a ser deudor, entonces, en caso de concurso del tercero hipotecante surge la pregunta si ¿debe verificar el acreedor hipotecario?

127 SOSA TORIBIO E. "¿El acreedor debe verificar en el concurso del tercero hipotecante?". DJ 04/10/2006, 353. GRAZIABILE, Darío. "El problema de la ejecución hipotecaria en el concurso del tercero hipotecante no deudor". La Ley 2002- E, 1102. BORETO, Mauricio y DE LAS MORENAS, Gabriel. *Las garantías reales ante la cesación de pagos*. Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005. BENÍTEZ CAORSI, Juan. "La hipoteca en garantía de deuda ajena. Régimen jurídico del fiador hipotecario". La Ley 10/12/2012,5.

VII. 2. El debate planteado en torno a la figura del tercero hipotecante

En esta inteligencia, podemos señalar que la doctrina se divide en orden a la conducta que debe seguir el acreedor hipotecario en el concurso del tercero hipotecante.

En una primera aproximación podría creerse que no debe presentarse a verificar porque el tercero hipotecante no es deudor, sino tan solo propietario del inmueble hipotecado, de modo que, en rigor extremo, el acreedor hipotecario tiene crédito sólo contra el deudor no contra el tercero hipotecante no deudor.

Ahora bien, esa es sólo una primera aproximación, ya que si el deudor no paga, cualquiera que fuese la excusa que alegare, tiene que pagar el tercero hipotecante si quiere conservar la cosa hipotecada, esto es, el tercero hipotecante no deudor debe pagar o abandonar la cosa.

Por otro lado, si paga, debe pagar toda la deuda garantizada y si no paga, debe abandonar la cosa y su responsabilidad no excederá de ella.

En una palabra, lo cierto es que, en defecto de pago del deudor, se activa la responsabilidad del tercero hipotecante por su relación con la cosa hipotecada: para conservarla debe cancelar la deuda garantizada y si prefiere no conservarla no responderá con su patrimonio más allá de la cosa hipotecada pero sí en la medida de ésta.

En pocas palabras, ante el incumplimiento del deudor, el tercero hipotecante también deviene deudor, aunque no más allá de la medida de la cosa hipotecada, a menos que resuelva pagar toda la deuda para conservar la cosa hipotecada y el importe de la deuda fuese mayor que el valor de la cosa hipotecada.

VII. 3. Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico del mal llamado "fiador hipotecario"

Desde esta atalaya, hemos dicho que el tema ha merecido un largo debate, tanto en el derecho comparado como en la doctrina patria, pues, el instituto bajo estudio importa la constitución de una hipoteca por parte de un tercero ajeno a la obligación garantizada.

El punto de partida del análisis del régimen jurídico del mal llamado "fiador hipotecario" requiere previamente destacar la carencia casi absoluta de estudios doctrinarios o jurisprudenciales en la materia, así como la ausencia de referencias normativas, circunstancia que resulta curiosa si se compara con la intensidad de su utilización en la vida negocial.

El mayor problema que presenta esta figura, no reside en otorgarle validez a la particular modalidad de la garantía, sino en identificar las reglas que regirán su funcionamiento. Resulta incontrastable que, al amparo del principio de la autonomía privada, un tercero puede garantizar una obligación ajena a través de la constitución de una hipoteca sobre un bien propio.

Así, conviene recordar que tal como explica Benítez Caorsi¹²⁸ en el derecho romano, el "pignus" como garantía de las obligaciones no ocupaba, ni mucho menos, el lugar más destacado debido a la importancia de la "fides"; así como el honor, la respetabilidad y la seriedad en los negocios hicieron que se concediese mucha más importancia a las formas de garantía personal, pero a pesar de esta circunstancia, vale decir, pobreza de las garantías reales, igualmente existió el pignus en garantía de deuda ajena.

128 BENITEZ CAORSI, J. Op. Cit.

De tal modo, explica el autor citado que como se lee en Paulo¹²⁹, puede darse en prenda una cosa ajena con la voluntad de su dueño, pero aunque haya sido dada ignorándolo y luego lo hubiere ratificado, será válida la prenda. A su turno Marciano¹³⁰ reconoció la posibilidad de hipotecar, en garantía de una deuda ajena, un bien propio (*Dare autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione sive pro aliena*). Más tarde en el capítulo relativo a las pruebas y presunciones, vuelve a señalar que debe probarse que la cosa dada en hipoteca otorgada por un tercero le pertenecía al momento de constituirse la garantía.

Dicho derechamente, la posibilidad de constituir una hipoteca con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación que no es propia está plenamente justificada por cuanto el Código Civil permite de manera general pagar por un tercero (arts. 727 y 728 C. Civil Argentino), "a fortiori" debe admitirse también que un tercero pueda asegurar una deuda ajena.

VII. 4. En torno al *nomen iuris* de la relación jurídica

En este sentido, no se oculta a nadie, que para algunos, entre ellos este Ministerio Público, la expresión "fiador real" repugna al rigor científico, es una "contradictio in terminis" perturbadora de las categorías clásicas.

Así como explica Benítez Caorsi¹³¹, el "fiador hipotecario" no es más que una inviable quimera nacida del incesto, de la unión contra natura de dos especies filiales del mismo género paterno: la fianza como garantía personal y la hipoteca, como garantía real, no se trata simplemente de una diferencia de medida sino de esencia, radical o de raíz.

En España Roca Sastre, —mayor expositor del derecho hipotecario— manifiesta que el concepto de fianza preside evidentemente el acto de constitución de una hipoteca por deuda ajena en virtud de que asume la condición de fiador, no siendo un fiador personal sino real; pero en el fondo es fiador del deudor personal.¹³²

En términos similares el magnífico jurista Díez-Picazo señala que cuando un tercero constituye una prenda o una hipoteca sobre sus propios bienes, para asegurar una deuda de otro, se ha dicho también que se hace responsable sin ser deudor. Sin embargo, también aquí la conclusión debe ser la contraria. El constituyente de la garantía es en realidad un fiador y en tanto que fiador, un obligado al pago, si bien su obligación queda limitada la valor de los bienes especialmente dados en garantía.¹³³

En rigor, *en nuestra opinión el tercer hipotecante no es fiador y quien da un bien en garantía de una obligación ajena no está contrayendo una obligación de la que debe responder con todo su patrimonio sino que solamente está atado a la deuda el bien afectado por la hipoteca, es decir, se está frente a una responsabilidad de la cosa.*

VIII. La situación ante el concurso y/o quiebra del tercero hipotecante

129 PAULO, "Digeste", Livre XIII, Titre VII-20, p. 299 en "Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien", Tome second, Behmer-Lamort-Rondonneau, Paris, 1804.

130 MARCIANO, "Digeste", Livre XX, Titre I-5.2, p. 95 en "Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien", Tome troisième Behmer-Lamort-Rondonneau, Paris, 1804.

131 BENITEZ CAORSI, J. Op. Cit.

132 ROCA SASTRE, Ramón M., "Derecho Hipotecario", t. I Registro de la propiedad, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1954, pp. 506 y 507.

133 DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Vol. II "Las relaciones obligatorias", 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 80. En España admite la fianza real COSSIO y CORRAL, Alfonso de, "Instituciones de derecho hipotecario" 2ª edición Bosch Barcelona 1956, p. 356.

VIII. 1. La garantía hipotecaria

Una vez definida la posibilidad de que un tercero otorgue en garantía hipotecaria un bien de su propiedad, aunque no sea deudor, cabe preguntarse qué es lo que corresponde hacer en caso de concurso y/o quiebra.

Las respuestas de la doctrina han sido diversas ante la falta de tratamiento concreto en la Ley Concursal.

Así, algunos autores se pronuncian por la necesidad de que el acreedor hipotecario verifique su "acreencia" o si se quiere, mediante el proceso verificatorio "haga valer" su derecho real de hipoteca, por lo que estaríamos ante una verificación especial o anómala¹³⁴.

Por el contrario, otros juristas se pronuncian por la innecesidad de la verificación y entienden que no existiendo normativa específica el acreedor hipotecario debe hacer valer su derecho por la vía del art. 209 de la LC.

Así, para buscarle una solución al problema, no podemos aplicar estrictamente la ley común porque existe un concurso. Tampoco podemos ceñirnos estrictamente a la Ley 24.522 porque el hipotecario no es acreedor del fallido (el tercero poseedor no deudor).

Por ello, deben conciliarse ambos ordenamientos y debe permitírsele al acreedor hipotecario, en el concurso preventivo o la quiebra del tercero hipotecante no deudor, ejecutar la garantía real.

El mayor problema se radica en la quiebra del tercero, pues en el concurso preventivo, no habría mayores inconvenientes porque el acreedor podría continuar la ejecución del inmueble, art. 21 de la L.C.

En este caso de concurso preventivo, previo a continuar la ejecución contra el deudor concursado, según la posición que se sostenga habrá que presentar o no el pedido de verificación (art. 21 inc. 2º segunda parte L.C.Q.) por el hecho de que el acreedor no lo es del tercero, sino que debe tenerse la sentencia ejecutiva contra el deudor principal.

Ahora bien, para el caso de autos la pregunta central sigue siendo ¿Cómo se ejecuta dicha garantía en la quiebra?.

VIII. 2. El "case" ante la falencia

Desde esta perspectiva, en opinión de Graziabile¹³⁵, en principio la ejecución hipotecaria "strictu sensu" estaría vedada por tratarse de un bien objeto de desapoderamiento (doctr. arts. 106 y ss, 132, 126 y 209 L.C.Q.).

El especialista citado, expresa que sería más coherente otorgarle la posibilidad de iniciar un concurso especial (especialísimo diría) sobre un bien desapoderado, ejecutando una garantía real de un "no acreedor" (el acreedor hipotecario).

El problema que surgiría aquí, es que éste procedimiento queda acotado al estudio del título sin consideración alguna sobre el crédito; no se realiza un análisis exhaustivo de la acreencia, el cual queda reservado para la etapa de verificación y como el tercero no es deudor, nunca éste será analizado.

Por ello es que completando la normativa, para posibilitar la ejecución concursal debe

134 SOSA, Toribio, Op. Cit.

135 GRAZIABILE, Daría. Op. Cit.

requerirse el reconocimiento judicial del crédito frente al deudor principal, como dijimos, sentencia de trance y remate en ejecución individual.

Ahora bien, en el caso en que el deudor principal se encuentre concursado suficiente sería la acreditación de la presentación del pedido de verificación, permitiéndosele al tercero hipotecante y al síndico de su quiebra oponer las excepciones que crean convenientes al progreso del concurso especial (doctr. arts. 3166 y cc del Código Civil).

Más allá de ello, tratando de llenar la laguna legislativa, creemos que quien tiene una garantía hipotecaria sobre un bien de un tercero que no es su deudor, tiene el derecho de ejecutar el derecho real, aun estando aquel en concurso preventivo o quiebra, y sin perjuicio de no estar contemplada específicamente en la ley falimentaria.

En igual línea de pensamiento, Boretto y De las Morenas¹³⁶ expresan que si el tercero hipotecante es fallido el acreedor puede iniciar concurso especial en la falencia del tercero, art. 126 y 209 de la LC, acompañando si esta in bonis el deudor principal, la sentencia de remate recaída en contra de éste en la ejecución individual seguida en los términos del código de rito, o después de ser requerido y puesto en mora.

Ambos autores agregan que si el acreedor no ejerce el derecho a promover el concurso especial, podrá hacer valer su derecho sobre el bien cuando sea liquidado dentro de la quiebra y para ello deberá notificársele la venta en resguardo del derecho real inscripto, conforme surgirá del respectivo informe de dominio.

En síntesis, definida la conducta que debe seguir el acreedor hipotecario y analizado el instituto del tercero hipotecante cabe analizar si corresponde aplicarlo al sub lite.

IX. La correcta lectura de la Sentencia de Verificación N° 206 del 28/05/1997

IX. 1. El carácter del Sr. Rodolfo Alberto Ortiz a la luz de la escritura de hipoteca

De la aplicación de los principios reseñados al sub lite se sigue, con meridiana claridad, que la inferior en su resolutorio solo receptó parcialmente la pretensión verificatoria entendiendo que se estaba frente a un tercero hipotecante no deudor y que, consecuentemente, no correspondía reconocerle el carácter de “acreedor” pues el fallido no ostentaría la calidad de deudor.

A poco que se lea el título en que se instrumenta la hipoteca se advierte, tal como lo hizo el juez singular en la ejecución hipotecaria y el resolutorio de la Cámara Quinta en voto del Dr. Armando Andruet, que el tercero si se había constituido como deudor.

En efecto, de las constancias de los autos principales que corren a fs. 14/19 del Cuerpo N° 1 y 781/787 del Cuerpo N° 4 en donde obra la Escritura N° 298 del 17/12/1992 se sigue que, si bien es cierto que el Sr. Rodolfo Alberto Ortiz da en garantía hipotecaria su inmueble a favor del Sr. Juan Carlos Ortiz por una deuda de su hija María Alejandra Ortiz, también se somete a las cláusulas y condiciones que se describen en dicho título.

IX. 2. La calidad de deudor y tercero hipotecante

De tal modo, la primera de las cláusulas establece textualmente “el Sr. Rodolfo Alberto Ortiz, en adelante “el deudor” se obliga a abonar al Sr. Juan Carlos Ortiz en adelante “el acreedor” la suma de ...”.

136 BORETTO, Mauricio y DE LAS MORENAS, Gabriel. Op. Cit.

Asimismo, en la cláusula sexta se constituye el gravamen hipotecario en segundo grado por la suma de U\$S 215.000 y se describe el inmueble ubicado en barrio Rogelio Martínez.

En esta inteligencia, resulta patente que la inferior realizó una lectura incompleta del título hipotecario pues, le dio prevalencia a la primera parte en donde se expresa que se constituye la garantía hipotecaria por la deuda de la hija del fallido y no tuvo en cuenta las condiciones a las cuales se sometieron que puntualmente establecen el carácter de deudor de este último.

Tal como dijimos, esta calidad es puesta de relieve por la Sentencia de trance y remate N° 340 del 28/04/1998 del Juzgado de 1º Inst. y 22ª Nom. C. y C. que corre glosada a fs. 391/394 del Cuerpo N° 2 de los autos principales y en donde el inferior pone de relieve la innecesaridad de integrar la litis con la Srta. María Alejandra Ortiz pues, tal como se sigue de las condiciones de la hipoteca en la cláusula primera el hoy fallido, Sr. Rodolfo Ortiz, asume la calidad de deudor del Sr. Juan Carlos Ortiz.

Este criterio es ratificado por la Sentencia de la Cámara Quinta en lo Civil y Comercial N° 13 del 1/03/1999, que corre glosada a fs. 395/402 del Cuerpo N° 2 de los autos principales, y en especial del voto del Dr. Armando Andruet que también puntualiza con meridiana claridad que el Sr. Rodolfo Ortiz subordina la garantía hipotecaria a las siguientes cláusulas y condiciones y allí entonces el conjunto referencial otorga base suficiente al título ejecutivo en consideración, y consecuentemente, el magistrado rechaza la excepción de inhabilidad de título.

X. La calidad del Sr. Juan Carlos Ortiz y los derechos reconocidos en la causa concursal

X. 1. El reconocimiento del fallido como hipotecante no deudor

Desde esta atalaya, cabe puntualizar que de la correcta interpretación de la sentencia de verificación N° 206 se sigue que, si bien la entonces magistrada concursal entendió que el Sr. Rodolfo Ortiz, hoy fallido, era un tercero no deudor hipotecante y rechazó la calidad de acreedor del Sr. Juan Carlos Ortiz, declarando inadmisibles la relación creditoria, *si le reconoce su calidad de "hipotecario" y de la responsabilidad que el primero tiene en la medida de la cosa gravada.*

Es más, cabe puntualizar que la juez cita puntualmente a la opinión de Héctor Cámara para reconocer el derecho hipotecario del Sr. Juan Carlos Ortiz, agregando que éste deberá hacerlo valer cuando el bien se enajene.

En esta inteligencia, surge el interrogante de *si es válido oponerle al acreedor hipotecario la sentencia verificatoria como cosa juzgada y en que alcance.*

Así, corresponde señalar que no está en tela de juicio que el hipotecario no entabló recurso de revisión y se conformó con el reconocimiento de su derecho real de garantía, *dejando firme la resolución que lo excluye como acreedor personal de quien sí era su deudor.*

Desde esta perspectiva, la oponibilidad de la cosa juzgada que realiza el Dr. Ricardo Bianciotti, mediante proveído del 27/03/2007 y 11/04/2007 que corren a fs. 1093 y 1103 del cuerpo N° 6 de los autos principales respectivamente, constituye una cuestión que cabe dilucidar debidamente.

En efecto, este criterio ha sido reeditado por el Dr. Jose Di Tullio en su Sentencia N° 64 del 19/03/2013 que corre a fs. 61/67 del presente incidente, haciendo aplicable el art. 141 del CPC, y explicando que según la jurisprudencia del Excmo. Tribunal de Justicia no se está frente a un supuesto que habilite la verificación tardía del crédito.

De todo lo dicho, se sigue que corresponde analizar entonces los agravios del apelante en

cuanto aduce que no puede oponérsele la cosa juzgada ni de la sentencia de verificación originaria, ni de los decretos posteriores como tampoco hacerse valer la perención de la instancia apelativa ante la Cámara, todos aspectos que requieren un tratamiento puntual.

XI. La eventual oponibilidad de la declaración de inadmisibilidad contenida en la sentencia verificatoria N° 206 del 28/5/1997

XI.1. El carácter accesorio de la garantía hipotecaria y la calidad de deudor del Sr. Rodolfo Ortiz

Hemos relacionado supra que en la etapa verificatoria el síndico cuestiona la hipoteca puntualizando que no respeta la especialidad del crédito a tenor del art. 3148 del Código Civil.

La afirmación del funcionario sindical se basa en que no se ha indicado expresamente el crédito al cual accede la hipoteca.

Por su parte, el acreedor hipotecario al impugnar dicho informe, recuérdese que en el viejo régimen de la Ley 19.551 la etapa de observaciones del art. 34 de la LC se tramitaba como impugnación del informe individual ante el Juzgado, expresa que la escritura de hipoteca respeta el principio de especialidad y accesoriedad pues en dicho título consta textualmente que la hipoteca se constituye en garantía de la compra de acciones de la firma Rodolfo A. Ortiz e hijos que efectuara la Srta. María Alejandra Ortiz por la suma de \$215.000 en concepto de saldo de precio.

De tal modo, el acreedor destaca que la hipoteca es accesorio de la obligación que asumiera la hija del hipotecante, hoy fallido, en garantía del precio de venta de las acciones de la firma mencionada supra.

En esta inteligencia, cabe afirmar que la especialidad de la hipoteca que impone el art. 3109 del Código Civil gira alrededor de dos aspectos: Objeto y Crédito.

Así, de la lectura de la escritura que instrumenta la hipoteca se sigue que se respeta el principio de especialidad con respecto al crédito, de conformidad a los arts. 3131 y 3152 del Código Civil, en cuanto se ha individualizado tanto la cosa hipotecada como el monto de la deuda.

En este aspecto, cabe afirmar que Rodolfo Ortiz asumió, al constituir la hipoteca en garantía del saldo de precio adeudado por su hija, María Alejandra Ortiz, *el carácter de deudor liso y llano*, aspecto que es ratificado por el acreedor, Sr. Juan Carlos Ortiz, cuando en la impugnación narra las circunstancias de la denuncia penal y del acuerdo que se llegó entre las partes para la transferencia del paquete accionario.

En esta línea, el propio actor, hoy apelante, en la impugnación obrante a fs.118/122vta. del legajo de copias, puntualiza que el Sr. Rodolfo Ortiz de conformidad a la cláusula primera de la escritura hipotecaria se constituyó voluntariamente en deudor del crédito y no en fiador.

Es más, enfatiza con singular fuerza el carácter de deudor del fallido y sostiene ser titular de un crédito en contra del Sr. Rodolfo Ortiz.

Esta situación condujo al hoy apelante a iniciar la ejecución hipotecaria únicamente en contra del hoy fallido y cuando el demandado reclama la integración de la litis con la deudora principal, el juez en lo Civil y Comercial de 22ª Nominación, en la sentencia N° 340 del 28/04/1998 que corre glosada a fs. 391/394 del Cuerpo N° 2 de los autos principales, puntualiza la innecesariedad de cumplimentar este aspecto en atención a que el demandado Rodolfo Ortiz se ha constituido también en deudor de la obligación contraída por su hija.

También señalamos supra que dicho criterio fue ratificado por la Sentencia de la Cámara Quinta en lo Civil y Comercial Nº 13 del 1/03/1999, que corre glosada a fs. 395/402 del Cuerpo Nº 2 de los autos principales.

En dicha pieza procesal el Dr. Armando Andruet, por entonces Vocal de la Cámara aludida, destacó que el Sr. Rodolfo Ortiz subordinó la garantía hipotecaria a las cláusulas y condiciones establecidas en dicho instrumento el cual otorgaba base suficiente al título ejecutivo atento el carácter de deudor del demandado.

La conclusión arribada pone en juego el carácter accesorio de la hipoteca en cuanto requiere la existencia de un deudor para su ejecución y a la luz de esta plataforma fáctica jurídica cabe analizar la demanda incidental y el hoy recurso de apelación traído ante Vuestra Excelencia.

XI.2. La demanda incidental

Desde esta atalaya, al iniciar el presente incidente y describir la plataforma fáctica el propio acreedor hipotecario, Juan Carlos Ortiz, puntualiza en el párrafo segundo que “la deudora abonó parcialmente la deuda y con un saldo impago exigible y en mora promovió ejecución hipotecaria por ante el Juzgado de 22ª Nominación Civil y Comercial, la que desembocó en sentencia que mandó a llevar adelante la ejecución de la suma reclamada, más intereses y costas”, agregando que fue “la declaración de quiebra del deudor lo que motivó la suspensión del trámite de ejecución de sentencia”.

De tal modo, se advierte una palmaria contradicción en la argumentación del libelo cuando el acreedor pretende prevalerse del reconocimiento parcial que la juez concursal realiza de la responsabilidad objetiva ceñida a los bienes gravados, afirmando que es un tercero con derecho a cobrarse y que por ello no corresponde verificar su crédito.

En efecto, hemos dicho que la hipoteca es una garantía accesorio, art. 3109 CC, y consecuentemente toda la doctrina elaborada alrededor del “hipotecante no deudor” exige o que se integre la litis con el deudor principal en caso de ejecución singular contra el tercero hipotecante in bonis, o si éste se encuentra en concurso o quiebra se promueva la correspondiente verificación de crédito para poder ejecutar la garantía.

Así, Graziabile¹³⁷ puntualmente señala que si bien el acreedor hipotecario no debe verificar su crédito, tiene la posibilidad del concurso especial por ser titular de una garantía real y entiende que es suficiente en este último caso la sentencia de “trance y remate” contra el deudor principal o en el caso de que el deudor también este concursado, es necesaria la acreditación de haberse presentado a verificar por imperio del art. 3163 del Código Civil.

En igual línea, Boretto y De las Morenas¹³⁸ explican que para realizar la garantía contra el tercero se justifica la exigencia de que se acompañe la sentencia recaída en el juicio individual seguida contra el deudor o la constancia de haber verificado la acreencia en el concurso de éste último, según los casos.

En una palabra, la doctrina entiende que para poder hacer valer su derecho contra el tercero hipotecante, el acreedor necesita *sine qua non* una sentencia de trance y remate o la acreditación de haberse presentado a verificar en el concurso del deudor principal.

XI.3. Las exigencias de la accesoriedad de la hipoteca en el caso de autos

137 GRAZIABILE, Darío. Op. Cit.

138 BORETTO, Mauricio y DE LAS MORENAS, Gabriel . Op. Cit. Pág 129.

A la luz de lo dicho se sigue que el Sr. Juan Carlos Ortiz para poder ejecutar su garantía debió acompañar la sentencia obtenida en contra de la Srta. María Alejandra Ortiz, pues la que ostenta con motivo de la ejecución habida en el Juzgado de 22º Nominación en lo C. y C., deviene insuficiente pues, sólo resulta ejecutado el hoy fallido en su calidad de deudor hipotecante.

En este caso, resulta patente que el acreedor hipotecario, que en su propia impugnación insiste en que el concursado, hoy fallido, era deudor y por eso la hipoteca respetaba el principio de accesoriadad y especialidad, dejó firme una resolución de inadmisibilidad de un crédito que pretendió verificar.

De tal modo, el carácter accesorio de la garantía hipotecaria, más allá del reconocimiento de ésta, aspecto que sí reconoció la juez concursal, exigía para ejecución de la hipoteca la existencia de una sentencia de trance y remate en contra de la deudora principal, Sra. María Alejandra Ortiz.

Dicho derechamente, sin deuda principal, no puede ejecutarse una obligación accesoría, aunque se trate de una garantía hipotecaria y este aspecto quedó consolidado con la sentencia de verificación N° 206 del 28/5/1997.

XI.4. La contradicción entre la sentencia recaída en el juicio singular y la resolución verificatoria

De lo expuesto en los párrafos precedentes, se sigue una evidente contradicción entre los decisorios obtenidos en la ejecución hipotecaria y el reconocimiento parcial realizado por la juez concursal.

En efecto, mientras en los primeros el acreedor hipotecario rescata el carácter de deudor del Sr. Rodolfo Ortiz y en el segundo también lo hace al introducir la pretensión verificatoria, luego se conforma con una sentencia que le niega dicho carácter.

De tal forma, la resolución verificatoria que deviene del proceso de conocimiento necesario y típico que implica la insinuación del crédito hipotecario en el pasivo (Art. 32 y concordante de la L.C.) hace cosa juzgada material y tiene prevalencia sobre la sentencia de trance y remate recaída en sede singular.

En efecto, la sentencia que se obtuvo en el fuero concursal tiene la fuerza de “cosa juzgada material”, a diferencia de la que se obtuvo en el fuero singular que solamente tiene el alcance de “cosa juzgada formal”, en atención a la acotada etapa cognitiva del juicio ejecutivo.

Esta es la situación que da motivo a los decretos del nuevo juez concursal cuando, pese a citar al acreedor hipotecario, advierte que se está frente a un tercero hipotecante que sí es deudor y que a todo evento, aunque pretendiera ser “no deudor” no acredita haber exigido el cumplimiento de la obligación principal al cual accede la hipoteca como garantía real que depende de aquella (art. 3109 C.C.).

XI. 5. La improcedencia de los agravios esgrimidos por el apelante

En una palabra, no es exacto que en la primera etapa verificatoria no se halla debatido el fondo de la relación creditoria e hipotecaria que uniera al hoy recurrente con el fallido.

No solo se debatió sino que de la lectura de las constancias de autos y, en especial, de la impugnación del Sr. Juan Carlos Ortiz se sigue que éste era absolutamente conocedor que, si bien la hipoteca se había constituido en garantía del saldo de precio que adeudaba la Srta. María Alejandra Ortiz, también el Sr. Rodolfo Ortiz había asumido la calidad de deudor de conformidad a la cláusula primera de las condiciones de la hipoteca.

En una palabra, llama poderosamente la atención que el recurrente hoy pretenda decirse acreedor hipotecario de un tercero hipotecante no deudor, intentando salvar una parte del resolutorio de la inferior, “volviendo sobre sus propios pasos” claramente definidos en la impugnación citada supra.

Dicho derechamente, le asiste razón al inferior cuando sostiene que la sentencia del art. 36 de la Ley Concursal, al haber abordado la cuestión de fondo hace cosa juzgada material e impide ejecutar autónomamente una garantía accesorio, en tanto no existe sentencia de trance y remate en contra de la deudora Sra. María Alejandra Ortiz y la recaída en sede singular en contra del Sr. Rodolfo Ortiz, carece de eficacia en atención a la cosa juzgada concursal.

En síntesis, el resolutorio apelado en cuanto aplica el art. 141 del Código de Rito, se ajusta a derecho y las quejas del apelante no son de recibo tal como se ha explicado detalladamente en los diversos capítulos que integran el presente dictamen.

XII. Conclusión.

En definitiva, es criterio de esta Fiscalía de Cámaras que corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Juan Carlos Ortiz, y en consecuencia, confirmar la sentencia del inferior en todas sus partes.

Así opino.

Dios Guarde a V.E.

Córdoba, 02 de Septiembre de 2013.

Fallo CAMARA APEL CIV. Y COM 2a - 232**SENTENCIA NUMERO: CIENTO DIECISIETE**

En la ciudad de Córdoba, a los Dieciseis días del mes de Octubre del año Dos Mil Catorce reunidos en Audiencia Pública los Señores Vocales de la Excm. Cámara Segunda Civil y Comercial, en los autos caratulados "ORTIZ RODOLFO ALBERTO – CONCURSO PREVENTIVO – LEY 19.551 – VERIFICACION TARDIA (ARTS. 260 Y 56 L.C.Q.) – HOY QUIEBRA – INICIADO POR JUAN CARLOS ORTIZ" (Expte. N° 1403560/36) venido en apelación del Juzgado de Primera Instancia y Vigésimo Novena Nominación Civil y Comercial de esta ciudad (Concurso y Sociedades N° 5) a cargo del Dr. José Antonio Di Tullio, en contra de la Sentencia número Sesenta y Cuatro, de fecha Diecinueve de Marzo de Dos Mil Trece, por la que se resolvía: "I) Rechazar el incidente promovido por el Sr. Juan Carlos Ortiz.II) Imponer las costas al incidentista. III) Regular los honorarios del Dr. Flavio Orlando Ruzzón, en la suma de \$61.954,23, con más la alícuota del IVA, en caso de corresponder y los del Cr. Marcelo Garriga y el Dr. Lucas José Cmet, en la suma de \$61.954,23, en conjunto. No regular los honorarios profesionales de los Dres. Jorgelina Flores y Adán L. Ferrer, en virtud de lo dispuesto por el art. 26, C.A., a contrario sensu. Protocolícese, hágase saber y dése copia. " (fs.61/67).

Este Tribunal, en presencia del Actuario, formula previamente las siguientes cuestiones a resolver:

- 1) ¿ Procede el recurso de apelación incoado por el Verificante Tardío Juan Carlos Ortíz ?
- 2) ¿ Que pronunciamiento corresponde dictar ?

Efectuado el sorteo de Ley, la emisión de los votos se realizó en el siguiente orden: 1°) Dra. Carta de Cara;2°) Dra. Chiapero y 3°) Dr. Lescano.

VOTO DE LA SEÑORA VOCAL DOCTORA DELIA INES RITA CARTA DE CARA.

A LA PRIMERA CUESTION, LA SRA. VOCAL DRA. DELIA INES RITA CARTA DE CARA, DIJO:

I. Contra la Sentencia Número Sesenta y Cuatro dictada con fecha Diecinueve de Marzo de Dos Mil Trece y su Aclaratoria (Auto número Veintiséis del Diecisiete de Abril de Dos Mil Trece), ambas resoluciones dictadas por el Señor Juez a cargo del referido Juzgado, interpuso recurso de apelación el incidentista, a través de apoderado (fs. 72), siendo concedido conforme surge de fs. 73. -Radicados los autos en esta Sede, expresa agravios el apelante (fs. 89/92), los que son respondidos por el Concursado (fs. 99/100 vta.) y por la Sindicatura (fs. 106/107). Por último, el Sr. Fiscal de las Cámaras Civiles y Comerciales emite su dictamen (fs. 120/135). Dictado el proveído de autos (fs. 138), firme (fs. 151/153) y consentida la integración del Tribunal (fs. 156/160 vta.), queda la causa en estado de resolver.

II. Las resoluciones recaídas en autos provocan la apelación del incidentista, cuya exposición de agravios admite el siguiente compendio: Refiere como antecedentes del caso que, mediante Escritura de fecha 07/12/1992 labrada por ante el Escribano José María Aliaga (h), titular del Registro Notarial N° 73 de esta Ciudad, el Fallido, en garantía de una deuda contraída por su hija, María Alejandra Ortiz, constituyó en favor de su parte, derecho real de hipoteca sobre el inmueble matrícula N° 134.326 (11).Continúa diciendo que la deudora abonó parcialmente la deuda y, con un saldo impago de U\$S 120.000, se promovió ejecución hipotecaria, la que desembocó en sentencia de remate, cuya ejecución se suspendió con motivo de la declaración de quiebra del deudor.Señala que al abrirse el concurso preventivo del deudor, solicitó la verificación de su

crédito, el que fue declarado inadmisibles por Sentencia Interlocutoria N° 206 del 28/05/1997 con fundamento en que *“el acreedor no lo es respecto del concursado, por lo que no puede insinuarse en el pasivo, aun cuando tendrá un interés innegable si el bien inmueble se subastara en el proceso universal, toda vez que, bajo pena de perder su prioridad, deberá hacerse presente en la misma. En definitiva, el verificador podrá ejercer su derecho directo sobre el bien afectado, recién cuando éste se enajene”* (sic). Que el 08/09/2003, habiendo sido citado por el Juez de la quiebra para que hiciera valer sus derechos, solicitó se le reconociera el privilegio hipotecario y se ordenara abonarle la suma garantizada con el derecho real de que se trata, rechazando el Magistrado su petición porque el crédito había sido declarado inadmisibles por resolución firme y, además, porque no constaba que el peticionante se hubiera presentado a verificar en la quiebra y hubiera sido reconocido como acreedor.

A continuación expresa que mediante la presente demanda promovió incidente por la vía del art. 280 Ley 24.522 y que en la misma señaló que ella podía valorarse como un pedido de verificación de crédito, como una tercería de mejor derecho o como una instancia procesal atípica, impuesta por la Sentencia Interlocutoria N° 206, del 28/05/1997.

Sostiene que el fallo apelado entiende que la resolución que declaró inadmisibles el pedido de verificación de crédito formulado en el concurso preventivo del deudor, al no haber sido cuestionado por vía del art. 37 del ordenamiento concursal, tiene alcances de cosa juzgada, lo que impone el rechazo de la demanda que motiva estas actuaciones. Considera que esa conclusión es errónea, primero, porque no es su pretensión sino el Auto recurrido el que violenta la cosa juzgada, ya que contradice el pronunciamiento firme conforme al cual el derecho del acreedor hipotecario sobre el producido de subasta del inmueble hipotecado debe hacerse valer *“recién cuando éste se enajene”*. Advierte que la cosa juzgada busca fijar definitivamente no tanto el texto formal del fallo, cuanto la solución del caso prevista por el Juez a través de aquél, conforme Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cita. Que, consecuentemente, la cosa juzgada comprende no sólo la parte dispositiva de la sentencia, sino también sus fundamentos y motivaciones, en tanto constituyen una unidad lógico jurídica con aquélla. Cita Doctrina y Jurisprudencia. Afirma que la parte dispositiva de la Sentencia Interlocutoria N° 206, en cuanto al crédito del incidentista se refiere, se limitó a declararlo inadmisibles. Que sin ponderar los fundamentos de esa Sentencia, se ignora cuál es el contenido y alcance de lo resuelto; y que meritando esos fundamentos, no puede negarse a su parte el derecho que fue sustento del rechazo del pedido de verificación, esto es, la posibilidad de invocar el derecho emergente de la hipoteca sobre el inmueble del fallido, *“cuando éste se enajene”*. Reitera lo alegado en la demanda, que el A-quo no ha meritado en medida alguna, en punto a que suponer que la denegatoria del pedido de verificación hace cosa juzgada en cuanto a la inadmisibilidad del crédito, más no así en cuanto a los fundamentos que reconocen el derecho del acreedor sobre el producido de la subasta, no puede ser sostenido. Que ello así, no sólo porque importa desconocer la unidad lógica de la sentencia, sino porque desemboca en el absurdo de una hipoteca que no se paga, tan sólo porque los jueces que sucesivamente se ocuparon del caso, tuvieron opiniones distintas sobre los caminos formales que el acreedor debía adoptar (verificación o tercería de mejor derecho). Entiende que la conclusión arribada en el fallo apelado es errónea, en segundo lugar, porque no hubo pronunciamiento sobre el fondo del reclamo. Cita Doctrina en abono de su postura. Concluye diciendo que la Sentencia N° 206 no obsta a la petición que el fallo en crisis ha desestimado, ya que aquella resolución no declaró la inexistencia de su derecho, sino tan sólo la improcedencia formal de la demanda de verificación. No obstante ello, advierte que el Juez arriba a la conclusión opuesta porque afirma que la referida sentencia indagó acerca de la procedencia

sustancial del crédito insinuado. Agrega que el fundamento así formulado es claramente insostenible porque la misma resolución que declara que no es acreedor del Fallido, dice que podrá ejercer su derecho directo sobre el bien afectado, recién cuando éste se enajene, lo que implica la obligada procedencia de la vía incidental promovida por su parte al tiempo de subastarse el inmueble hipotecado. Asimismo objeta que el punto IV de los considerandos del fallo en crisis, suma como argumento del rechazo de su demanda, la firmeza del proveído del 11/04/2007 mediante el cual se rechazó su pedido de que, con motivo de la subasta del inmueble hipotecado, se le reconociera el privilegio hipotecario y se le ordenara abonarle la suma garantizada con dicho derecho real. Postula que el argumento del A-quo es erróneo por cuanto el citado proveído negó su pedido de pago preferente por tratarse de *“un tercero a los fines concursales, -al no haberse reconocido su calidad de acreedor-, no estando prevista por la legislación falimentaria su actuación en el expediente principal”*. Que siendo así, dijo al promover la demanda de fs. 1/3, *“mediante esta presentación, promuevo la instancia incidental idónea para lograr el reconocimiento de su derecho, ya no mediante una mera petición en el expediente principal, sino por la vía que regulan los arts. 280 y ss. de la ley 24.522.”*. Explica que el Juez admitió y dio curso a su demanda, porque compartió ese criterio, esto es, que el anterior rechazo se fundaba en que no era acreedor del Fallido y, por ende, no tenía *“actuación en el expediente principal”* (sic), pero que ello no excluía la posibilidad de demandar su derecho a cobrarse del precio del inmueble hipotecado *“cuando éste se enajene”* (Sentencia Nº 260), siendo la vía procesal idónea para ello la incidental que prevé el art. 280 de la Ley 24.522, que en el caso tiene la naturaleza de una tercería de mejor derecho. Concluye en que el proveído del 11/04/2007 no fue una resolución de fondo sobre el derecho invocado por su parte, sino la denegatoria formal de una petición que, tal como había sido formulado, no resultaba admisible. Agrega que tanto la Sindicatura como el Fallido, consintieron la resolución que admitió este incidente y le dio trámite y si se admitió dar trámite a la demanda y se tramitó la misma, está claro que su rechazo no había quedado consumado con el referido decreto del 11/04/2007.

III. El Fallido, en la oportunidad procesal pertinente, solicita el rechazo del recurso intentado. Sostiene que la sentencia apelada desgrana el criterio empleado por el Tribunal Superior de Justicia respecto de los casos en los que puede proponerse la verificación intempestiva, cuando se ha empleado con anterioridad la insinuación en el pasivo dentro del marco temporal asignado en la inauguración del proceso concursal, con resultado adverso, sin que, por ello, quede atrapado por los efectos de la cosa juzgada material. Agrega que allí se exponen los diversos motivos tenidos en cuenta por el Alto Cuerpo, entre los que no se encuentra la situación generada en el sub lite, dado que, los casos siempre apuntan a problemas formales sin que se hubiera ingresado a tratar el tema de fondo. Destaca que con motivo del pedido de verificación de crédito formulado por el apelante, existió impugnación por parte del ahora Fallido y dictamen del Síndico, dándose el marco de discusión necesario sobre la procedencia y legitimidad del crédito en el procedimiento causal que importa la insinuación en el pasivo. Agrega que la Juez de aquel entonces tuvo en cuenta todos los argumentos y pruebas expuestas por las partes y resolvió sobre el fondo de la cuestión, con un criterio que puede compartirse o no (equivocado a juicio de su parte). Continúa explicando que al declararse la inadmisibilidad del crédito, siempre quedaba la posibilidad de que el ahora incidentista peticionara, primero aclaratoria y si no obtenía una respuesta jurisdiccional que lo satisficiera, intentar el recurso de revisión. Que la actuación del apelante fue diversa, porque consintió la declaración de inadmisibilidad de su acreencia y luego, en la quiebra, aferrándose de una frase de aquella sentencia, intentó ejercitar derechos que decía tener, lo que fue motivo de reprobación por el Juez que intervenía, quien concedió recurso de apelación,

declarándose la perención de la segunda instancia, quedando entonces firme la providencia que rechazaba su pretensión.-

Que, en consecuencia, frente a la preclusión procesal operada, no cabe volver a intentar incorporarse en el pasivo concursal porque las puertas están definitivamente cerradas.

Finalmente agrega que mientras la sentencia recaída al momento de la verificación de créditos reviste carácter de cosa juzgada material con relación a todos quienes intervinieron en el proceso, el mecanismo procesal de la tercería, no se brinda en el proceso concursal o falencial con los mismos lineamientos que se encuentra legislado en la Ley ritual local y que solamente se establecen normas en la Ley falencial, para que se ejerciten los derechos, encauzados específicamente. Que así, la participación en el dividendo falencial, sólo puede alcanzarse obteniendo la llave de ingreso a través de la verificación de crédito, con sus diversas variables (pronto pago, subasta extrajudicial, concurso especial); pero cuando ésta ha sido adversa sustancialmente, no puede volver a reeditarse por la vía de la verificación tardía.

IV. La Sindicatura, a su turno, sostiene que el apelante no ha logrado conmovier ni en lo mínimo la resolución del A-quo. Que el quejoso termina por hacer una confesión lapidaria, ya que se sorprende que se hubiera dado trámite a la presente demanda incidental, cuando -a su criterio- merecía un rechazo liminar, cuestión que no corresponde sea aducida por su parte, que en todo momento se opuso al presente. Reitera que esta instancia procesal atípica no puede ser defendida ni por su propio proponente, quien, en definitiva, se sorprende por el trámite dado a su pretensión, sin el abono de tasas ni aportes de ley. Concluye solicitando el rechazo del recurso intentado en autos, con costas.

V. Previo a toda otra consideración, se estima de interés poner de resalto que el Tribunal de origen, Juzgado de Primera Instancia y Vigésimo Novena Nominación Civil y Comercial, estuvo integrado –al tiempo de la primera resolución- por la Dra. Raquel Visconti de Maghini. Luego, en los trámites de subasta del bien inmueble, asiento del privilegio especial hipotecario, por el Dr. Ricardo S. Bianciotti y, por último, en razón de la vacancia de titularidad, a cargo –en lo atinente a la resolución impugnada- del Dr. José Antonio Di Tullio. La detenida consulta de las actuaciones revela divergencias de criterio entre aquéllos, lo cual sin hesitación -se adelanta- redundó en claro perjuicio del justiciable, según se verá a continuación.

VI. La sentencia bajo examen apoya su argumentación en los proveimientos anteriores recaídos en la causa, para concluir en la existencia de cosa juzgada material respecto de la acreencia insinuada. De tal modo y atento la queja expuesta por el apelante, se impone revisar los mismos a los efectos de corroborar o desvirtuar el aserto. Así, la Sentencia Interlocutoria Número Doscientos Seis, de fecha 28-05-1997 (fs. 266/272 del expediente principal), en la parte pertinente al Crédito N° 14 del Sr. Juan Carlos Ortíz, señala: *“El Tribunal entiende, luego de consideradas las opiniones vertidas por el peticionante, Síndica y concursado, y parafraseando al Dr. Héctor Cámara, El concurso preventivo y la quiebra. Vol. I, pág. 629, que en esta hipótesis a tenor del art. 3121 del C.C. hay una responsabilidad objetiva ceñida a los bienes gravados –deuda propter rem-, en donde el concursado no es deudor –sin obligación personal- restando su patrimonio libre, a diferencia de lo que acontece si el propio obligado entrega la garantía, hay una responsabilidad sin deuda y limitada. El acreedor no lo es respecto del concursado, por lo que no puede insinuarse en el pasivo, aun cuando tendrá un interés innegable si el bien inmueble se subastara en el proceso universal, toda vez que, bajo pena de perder su prioridad, deberá hacerse presente en la misma. En definitiva, el verificante podrá ejercer su derecho directo sobre el bien afectado, recién cuando éste se enajene. Ello sin perjuicio de que si el acto fue a título gratuito, se haga valer oportunamente la*

ineficacia frente a los acreedores... (por lo que) merece ser declarado INADMISIBLE...” (el destacado no obra en el original). Del tenor de lo transcrito, el Juez de primer grado ahora interviniente, concluye en la existencia de cosa juzgada sustancial, óbice infranqueable –señala- del requerimiento actual de inclusión en el pasivo falencial. La conclusión es precedida de profusas citas jurisprudenciales, que con ser concordantes en el valor de la sentencia que prevé el art. 36 L.C., lo cual, por lo demás, es previsión normativa expresa (art. 37 ib.), no alcanza a configurar una adecuada motivación con la que debe contar toda resolución judicial, ello por expreso mandato constitucional provincial y legal (arts. 155 y 326, respectivamente), en tanto constituye un pronunciamiento dogmático. En efecto: para desestimar la presentación soslaya las particularidades del caso, deteniéndose sólo en la declaración de inadmisibilidad efectuada por la anterior Juez, con lo cual armoniza el supuesto de autos con la Doctrina Judicial invocada, sin reparar en el resto de la argumentación plasmada en aquella oportunidad, conforme la cual más que inadmisibile, la concurrencia del acreedor amparado con privilegio especial, era innecesaria, pues él debía comparecer -se le dijo- en forma directa, al tiempo de la ejecución del bien objeto de la garantía real a reclamar su acreencia o, dicho de otro modo, a prevalerse de su derecho de preferencia. O sea que, del modo hecho, se resolvió sobre la improcedencia de la vía incoada, sobre la inconducencia de la pretensión verificatoria, desde que el derecho que asistía al Sr. Juan Carlos Ortíz –según criterio de aquella Juez- lo excluía como acreedor del Concursado (luego Fallido) y lo habilitaba a reclamar el monto impago sobre el producido de realización del inmueble en forma prioritaria atento la garantía real. En este punto cabe interrogarse si rectamente puede sostenerse que se le denegó el derecho o sólo se le indicó un camino alternativo para obtener la satisfacción del crédito, objetivo de todo acreedor insoluto que concurre a un proceso concursal. Por ello, resulta atendible la queja vertida por el apelante en cuanto a que no ha mediado consideración integral del primer pronunciamiento. Sólo ha habido valoración *sui generis* de la motivación proporcionada y de la conclusión final, lo que es impropio de una adecuada fundamentación.

A mayor precisión, señala el *Iudicante* que el Tribunal Superior de Justicia ha delineado un criterio jurisprudencial conforme el cual no pueden proponerse nuevamente mediante verificación tardía, las acreencias insinuadas tempestivamente respecto de las cuales ya ha recaído resolución sobre el fondo de la cuestión, siendo la vía para remover el pronunciamiento adverso, la revisión contemplada en el art. 37 L.C.; ergo, ello impone al Tribunal interviniente en el requerimiento tardío de inclusión en el pasivo concursal, ingresar en la consideración de los fundamentos expuestos en la ocasión anterior (Sentencia del art. 36 ib.) para indagar sobre la naturaleza de aquéllos y dirimir si fueron de índole formal o sustancial, pues tanto unos como otros justifican la declaración de inadmisibilidad. Conforme fuera el resultado y según Doctrina Judicial aludida, cabe o no rechazo formal de la tardía insinuación. De allí que el análisis respectivo que luce efectuado en la sentencia en recurso, resulte parcial e inadecuado pues, como ya se le dijera, a partir del encuadramiento del cesante Rodolfo A. Ortíz, como tercero hipotecante no deudor, no correspondía –se estimó- la admisión como acreedor del nombrado, esto es, era innecesaria y su derecho debía ejercerse directamente en el momento de la ejecución (realización) del bien. No fue sólo la primera parte, que sí hubiera colocado al apelante en el trance de revisar o aceptar que su garantía se tornara ilusoria. Si se va a considerar el pronunciamiento, debe hacerse en todo cuanto contiene, no ignorando parte, que, sin dudarlo determinó la estrategia procesal del interesado. Adviértase que tanto es ello así, que en la oportunidad que le señalara la primera Juez, esto es, al tiempo de la realización del bien raíz, compareció invocando su derecho, tal como le indicó la Magistrada, con total claridad y sin controversia oportuna por parte del fallido ni de la Sindicatura

en la ocasión correspondiente, a quienes -en verdad- podía agraviar lo resuelto ya fuera antes o después pues el derecho de Juan Carlos Ortíz estaba resguardando con la postura adoptada.

Para corroboración de lo dicho deben verse las actuaciones obrantes a fs. 879/882 vta., Cuerpo IV, expediente principal. En resguardo de la seguridad jurídica no pudo desconocerse el pronunciamiento anterior. Las divergencias que puedan suscitarse a su respecto, los errores que se le atribuyan, el eventual defecto en el encuadramiento en el art. 3.121 C.C., son inocuos por extemporáneos y fuera de todo contexto idóneo, a la par, de conllevar una clara indefensión para el apelante y, a la postre, una privación de justicia ya que –adelantando el análisis- tres Jueces han intervenido en el asunto sin que exista pronunciamiento de fondo. La primera de ellos, indicando la impropiedad de la vía de insinuación aun cuando resguardó el derecho del presentante; el segundo Magistrado, desconoció lo que rectamente no podía desconocer, “creó” una nueva discusión sobre lo que ya estaba dispuesto (ver fs. 883, Cuerpo IV). El tercer Juez, concluyó en la existencia de cosa juzgada en razón de una visión parcial (por oposición a integral, no por subjetiva) de los proveimientos anteriores. Cabe interrogarse cuál hubiera sido el gravamen que pudiera esgrimir Juan Carlos Ortíz para incoar revisión contra la Sentencia N° 260, si el fin esencial –cobro de su crédito en forma preferente- estaba asegurado a mérito del pronunciamiento ya indicado. Por lo demás, el criterio expuesto es el que luce plasmado textualmente en la obra del Dr. Héctor Cámara, por lo que no resulta extraño o aislado, sino sólidamente sustentado.

Retomando la consideración de las actuaciones, en especial, las cumplidas por el segundo Juez, a fs. 1.093 ya surge expuesto el rechazo a la presentación del Sr. Ortíz invocando la firmeza de la sentencia de verificación. Impugnado el decreto respectivo, en la desestimación (fs. 1.103/1.103 vta.; 11-04-2007) se consigna: “...Además no consta que el peticionante se presentara a verificar ‘en la quiebra’ conforme la Sentencia N° 340 del 25-08-00, a la que se lo remitiera en oportunidad de proveerse su escrito de fs. 892 del 09-09-03 por decreto de fs. 893...”, con lo que se le está señalando otra vía para solicitar el reconocimiento de su acreencia, la cual fue ejercitada prueba de lo cual son las presentes actuaciones. En este punto cabe reparar ya que es argumento de la resolución en recurso, que el hoy apelante “consumió la oportunidad para reeditar el debate sobre cuestiones ya resueltas, pues de lo contrario, admitir la revisión sine die de aquellos pronunciamientos, lo cual no puede convalidarse...” (ver fs. 68 vta.). A contrario de tal repulsa, se advierte que los diferentes modos de ingresar al pasivo del cesante partieron del Órgano Jurisdiccional –conforme integraciones sucesivas- pues el pretense acreedor hipotecario acató lo que se le señalaba según criterios cambiantes. La preclusión que se estima operada con declaración de caducidad de la segunda instancia habilitada por la apelación del incidentista contra el proveído que desestima la pretensión del mismo conforme la Sentencia del art. 36 L.C., no es tal desde que el mismo Tribunal (y a más, con igual integración que en la referida denegatoria) admitió el litigio incidental en base al art. 280 ib. y le imprimió trámite según dicha norma, ello con la anuencia del Fallido y de la Sindicatura, que se limitaron a responder la demanda, sin esgrimir oposición al trámite mismo, permítase la reiteración. Consiguiente con lo expuesto, el apelante se ve nuevamente sujeto a criterios jurisdiccionales antagónicos, seriamente lesivos de la seguridad jurídica y, en definitiva, del acceso a la Justicia, a lo que cabe agregar, el importante perjuicio de tener que soportar las costas por el resultado adverso.

De tal modo estimo procede admitir la apelación y revocar la Sentencia impugnada en lo que dispone, principal y accesorio, ordenando se proceda a dictar nueva resolución que contemple la pretensión del Actor incidental desde una perspectiva sustancial.-

En tal sentido dejo expedido mi voto.

A LA PRIMERA CUESTION, LA SRA. VOCAL DRA. SILVANA MARIA CHIAPERO, DIO:

Que adhiere al voto y fundamentos esgrimidos por la Sra. Vocal preopinante, votando en el mismo sentido.

A LA PRIMERA CUESTION, EL SR. VOCAL DR. MARIO RAUL LESCANO, DIJO:

Que adhiere al voto y fundamentos vertidos por la Sra. Vocal Carta de Cara, votando de igual forma.

VOTO DE LA SEÑORA VOCAL DOCTORA DELIA INES RITA CARTA DE CARA.

A LA SEGUNDA CUESTION, LA SRA. VOCAL DRA. DELIA INES RITA CARTA DE CARA, DIJO:

En mi opinión corresponde: I. Admitir la apelación y, en consecuencia, revocar la resolución bajo examen en todo cuanto dispone, debiendo dictarse nuevo pronunciamiento que resuelva sobre la cuestión de fondo; II. Imponer las costas de Segunda Instancia a la Falencia en cuanto resulta vencida (arts. 278 L.C. y 130 C.P.C.); III. Fijar provisoriamente y en conjunto, los honorarios de los Dres. Jorgelina Flores y Adán Luis Ferrer en Ocho jus, con más el 21% en concepto de Impuesto al Valor Agregado en relación al segundo de los Letrados atento su condición de responsable inscripto ante tal tributo. No establecer aranceles a favor de la Sindicatura, Dres. Lucas José Cmet y Flavio Orlando Ruzzón por estar comprendidos en la regulación general.

Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, LA SRA. VOCAL DRA. SILVANA MARIA CHIAPERO, DIJO:

Que adhiere al voto y fundamentos manifestados por la Sra. Vocal del primer voto, votando de la misma manera.

A LA SEGUNDA CUESTION, EL SR. VOCAL DR. MARIO RAUL LESCANO, DIJO:

Que adhiere al voto y fundamentos explicitados por la Sra. Vocal Carta de Cara, votando de igual modo.

A mérito del Acuerdo que antecede,

SE RESUELVE:

I. Admitir la apelación y, en consecuencia, revocar la resolución bajo examen en todo cuanto dispone, debiendo dictarse nuevo pronunciamiento que resuelva sobre la cuestión de fondo

II. Imponer las costas de Segunda Instancia a la Falencia en cuanto resulta vencida (arts. 278 L.C. y 130 C.P.C.).

III. Fijar provisoriamente y en conjunto, los honorarios de los Dres. Jorgelina Flores y Adán Luis Ferrer en Ocho jus, con más el 21% en concepto de Impuesto al Valor Agregado; en relación al segundo de los Letrados atento su condición de responsable inscripto ante tal Tributo. No establecer aranceles a favor de la Sindicatura, Dres. Lucas José Cmet y Flavio Orlando Ruzzón por estar comprendidos en la regulación general.

Delia I. R. Carta de Cara Silvana M. Chiapero Mario R. Lescano, Vocal Presidente Vocal

SENTENCIA NÚMERO: ciento veinticinco

En la Ciudad de Córdoba a los seis días del mes de octubre de dos mil dieciséis, se reunió la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Novena Nominación, integrada por los Dres. Jorge Eduardo Arrambide y María Mónica Puga de Juncos, a los fines de dictar sentencia en estos autos caratulados *“COOPERATIVA DE PROVISIÓN DE SERVICIOS PARA COMERCIANTES DEL GREMIO DE LA CONSTRUCCIÓN LTDA (COPMACO) contra INMOBILIARIA KUMA S.A. – Ejecución Hipotecaria – Recurso de Apelación”* (Expte. 2371567/36), venidos en virtud del recurso de apelación interpuesto por los representantes legales de la demandada INMOBILIARIA KUMA S.A. con el patrocinio del Dr. Ernesto Frías Minetti, en contra de la Sentencia número cuatrocientos cuarenta y ocho de fecha catorce de octubre de dos mil quince, dictada por la señora Juez del Juzgado de Primera Instancia y Vigésima Segunda Nominación en lo Civil y Comercial, Dra. Patricia Verónica Asrin, que en su parte resolutive dispuso: *“I) Rechazar la excepción de inhabilidad de título interpuesta por la demandada Inmobiliaria Kuma SA. II) Mandar llevar adelante la ejecución promovida por la Cooperativa de Provisión de Servicios para Comerciantes del Gremio de la Construcción Limitada (Copmaco Ltda.) en contra de la Inmobiliaria Kuma SA hasta el completo pago de la suma de pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000,00) con más los intereses establecidos en el considerando respectivo de la presente resolución. III) Imponer las costas a la demandada mencionada precedentemente, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. Jorge Alberto Frattari en la suma de pesos ciento veintiocho mil seiscientos cuarenta y nueve con noventa y nueve centavos (\$128.649,99). IV) No regular en esta oportunidad los honorarios del Dr. Ernesto Frías a tenor de lo establecido en el art. 26 de la ley 9459. Protocolícese, hágase saber y dese copia.”*

El Tribunal se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

- 1.- ¿Resulta procedente el recurso intentado?
- 2.- En su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Efectuado el sorteo de ley se fija el orden de la votación en la siguiente forma: Dra. María Mónica Puga de Juncos y Dr. Jorge Eduardo Arrambide.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA.

LA DRA. MARÍA MÓNICA PUGA DE JUNCOS, DIJO:

I).- Contra la Sentencia número cuatrocientos cuarenta y ocho de fecha catorce de octubre de dos mil catorce, los Sres. Emanuel Alejandro Cáceres y Alejandro Gustavo Cáceres en carácter de Presidente y Director Suplente de la demandada Inmobiliaria Kuma SA, interponen recurso de apelación (foja 132), el que es concedido por la *a quo* (foja 133). Radicados los autos en esta sede, expresan agravios a fojas 139/143 vuelta de los presentes, siendo confutados por el Dr. Jorge A. Frattari a fojas 145/149. Dictado y consentido el proveído de autos, queda la causa en estado de estudio y resolución.

II).- La demandada estructura su apelación en base a tres agravios referidos a la sentencia impugnada. En primer lugar, cuestiona que la *a quo* funda su resolución partiendo de la circunstancia aceptada por las partes y no controvertida en autos, como es la plena vigencia de lo acordado en la escritura hipotecaria base de la demanda. Luego, impugna el análisis formulado por la Juzgadorarespecto a que en dicho instrumento, la demandada Inmobiliaria Kuma SA, ha constituido un domicilio especial conforme lo autoriza el art. 101 del anterior Código Civil, lo que tampoco ha sido controvertido. Centra su queja en que la actora remitió la carta documento de

fecha 07/XI/2012 a la demandada en donde reclama el pago de la suma pretendida al domicilio constituido y que dicha pieza postal fue devuelta con la leyenda “destinatario desconocido”. Expresa que es en la interpretación de esta circunstancia en donde yerra la *a quo*, al sostener que dicha carta documento operó como una notificación válida y que cuando se constituye un domicilio especial es la demandada quien debe tomar los recaudos necesarios para procurar que las notificaciones que se dirijan a dicho domicilio lleguen efectivamente a su conocimiento. Señala que el razonamiento utilizado es aparente y carece de fundamentación lógica y legal. Asimismo, sostiene que parte de una falacia y con ello construye un pronunciamiento en apariencia fundado, pero que se encuentra viciado de nulidad. Destaca, que el tema en cuestión pasa por considerar si la carta documento devuelta por el correo constituye una notificación o no, y manifiesta que es evidente y surge del propio instrumento documental que la misma nunca pudo llegar a conocimiento de la demandada por cuanto no fue entregada. Afirma que la carta documento “devuelta” por cualquier causa no es una notificación. Entiende que esto resulta de suma trascendencia, por cuanto se está frente a un garante hipotecario, es decir, un tercero que no tenía relación alguna con el acreedor, por cuanto solo garantizaba las obligaciones impagas del deudor, las cuales como se expresa en el mismo título (escritura hipotecaria abierta) son ilíquidas, indeterminadas, y solo existirán cuando se confeccione el saldo deudor emitido por el contador que luego se harán valer en la ejecución hipotecaria (cláusula tercera). Indica, que por tal motivo, es que la escritura hipotecaria fue muy puntual en la cláusula cuarta al establecer que la sociedad Inmobiliaria Kuma SA se obliga a abonar a la acreedora los saldos, que a favor de ésta arrojen las cuentas, dentro de las setenta y dos horas de haber recibido el requerimiento de pago respectivo. Agrega que esto no se trata de una interpretación, sino que es una obligación pactada entre las partes que suscribieron el instrumento base de la acción y la obligación de pagar de parte de la garante hipotecaria nace luego de que haya recibido el certificado de deuda y requerimiento de pago. Adiciona que quien tenía una cuenta corriente y comercializaba con el actor era Julia Teresa Carrizo, en tanto que Inmobiliaria Kuma SA garantizaba el cumplimiento de las operaciones que aquélla efectuaba y que a futuro efectuase. Razona, que es lógico que las partes pactaran que la ejecución de la deuda no podía realizarse sin que antes se notificara al garante de la existencia de la deuda, vía comunicación de la certificación de la deuda por contador y que luego se le diera un plazo de 72 horas, y ello es así porque el garante era un extraño en la relación comercial por lo tanto no conocía de las operaciones y menos de la deuda. Precisa, que esta obligación no fue cumplimentada por la parte actora; nunca la garante recibió la notificación sobre existencia del saldo en cuenta corriente, ni tampoco fue intimada a abonar la obligación en el plazo pactado, y en consecuencia al título base de la demanda le falta un requisito esencial, que es su exigibilidad. Cuestiona, por otro lado, que pretender fundar lo resuelto en lo dispuesto por el art. 101 del anterior Código Civil constituye un grave error, ya que el domicilio especial o convencional pactado y con mayor razón en una escritura pública, tiene pleno valor y eficacia jurídica, por lo tanto son válidas todas las notificaciones efectuadas en el mismo, sin que la carta documento devuelta constituya una notificación. Cita doctrina en apoyo a su postura.

En segundo lugar, critica la resolución en la parte que indica que no le corresponde a la parte actora utilizar otros medios alternativos de notificación, por cuanto la carta documento fue dirigida al domicilio constituido, y que por otro lado Alejandro Gustavo Cáceres, quien según la escritura hipotecaria es director suplente de Inmobiliaria Kuma S.A., es el esposo de la deudora principal Julia Teresa Carrizo, habiendo sido ella emplazada (foja 62, mediante la cual rechaza la intimación de pago). Que esta circunstancia hace presumir que la demandada habría tomado conocimiento del referido requerimiento, con mención del art. 316 del CPCC. Agrega que este

razonamiento se encuentra carente de fundamentación lógica y legal, lo que lo constituye en arbitrario y nulo. Alude, que Julia Teresa Carrizo es una tercera ajena totalmente a este proceso, lo que impide que de la conducta pueda inferirse determinadas situaciones vinculada con la sociedad Inmobiliaria Kuma SA, y por la sola circunstancia de que ésta sea la esposa de un director suplente de aquella. Agrega, que el requerimiento de pago efectuado a la Sra. Carrizo, era por la suma de \$2.247.278,07 (foja 86) y que no tiene nada que ver con el requerimiento de la carta documento de foja 11. Esgrime que no puede considerarse una presunción judicial lo expresado por la *a quo*, teniendo en cuenta lo determinado por el art. 316 del CPCC.

En tercer lugar, se agravia en cuanto la sentencia sostiene que para el supuesto de que la carta documento no se considere una intimación válida, no puede soslayarse que la notificación de la demanda es idónea para constituir en mora al deudor. Expone que esto constituye un grave apartamiento de lo acordado por las partes en el contrato de constitución de hipoteca. Advierte que la cuestión no solo está vinculada con la mora, sino que la notificación previa del requerimiento era un recaudo para la exigibilidad del instrumento. Afirma que esto implica que si previamente no se cumplió con el requerimiento, al título le faltaba un recaudo para que tuviera la acción ejecutiva, es decir, su exigibilidad y el actor sin el cumplimiento del recaudo pactado, no podía demandar. Reitera doctrina expuesta en la contestación de demanda. Señala que el título de crédito nace con la certificación del contador y su exigibilidad para con el garante nace con la notificación de dicha certificación y requerimiento de pago, y ello no fue cumplimentado, por lo que el título es inhábil para su ejecución. Agrega que hasta la notificación y requerimiento, además de ser una deuda desconocida, es para el garante ilíquida e indeterminada, por lo tanto inexistente y no exigible judicialmente. Alega contradicción del pronunciamiento efectuado en tanto a foja 48 vuelta se cuestiona absolutamente todo, y a foja 129 no se tiene en cuenta por la *a quo*. Cuestiona que la juzgadora no sólo confunde la mora con la existencia del título, sino que, aun considerando que la mora se produjo con la notificación de la demanda, manda a pagar intereses desde el 22/V/2012 (foja 15) y a mérito de lo estipulado por las partes en la cláusula sexta, que establece que si la Inmobiliaria Kuma SA no abonara los saldos dentro del plazo previsto en la cláusula cuarta, quedará automáticamente constituido en mora retroactivamente a la fecha de la certificación, esto es, para el caso de que el garante se obligase a pagar los saldos que arrojen las cuentas de la deudora (certificados por contador – cláusula tercera) dentro de las 72 horas de haber recibido el requerimiento de pago. Pide que se revoque la sentencia y que se haga lugar a la excepción de inhabilidad de título, con costas.

Corrido el traslado de ley, el apoderado de la actora, Dr. Jorge Frattari, contesta los agravios y solicita que se rechace el recurso interpuesto en todas sus partes, con costas a la recurrente.

III).- Así planteada las cosas, corresponde anticipar la solución en el sentido de que el recurso no merece ser recibido. Se ha de dejar a salvo que se trata la cuestión apelada en función del límite que los agravios imponen a esta instancia. Esto significa, que no se han considerar ninguna cuestión respecto de la suficiencia del título; sólo los aspectos cuestionados por la apelante.

Hecha la salvedad, tratamos los puntos de apelación por su orden. El primero, en rigor, no importa verdadero agravio, sino la reiteración de las expresiones vertidas al oponer la excepción de inhabilidad de título. Estos son estériles para un embate efectivo contra los fundamentos de la sentencia y exponer los motivos por los que merecía ser desechada la pretensión. En efecto la Sra. Juez expuso claramente los fundamentos de porqué consideraba que recae en cabeza de la demandada la responsabilidad de la eficacia de las notificaciones que son efectivamente dirigidas al domicilio especialmente constituido en la escritura hipotecaria. Sostuvo así que es la parte que

constituyó domicilio especial en el contrato quien debe tomar los recaudos para que esos anoticiamientos puedan hacerse efectivos, apoyándose en la doctrina correcta que determina que la designación de un domicilio especial reposa en cabeza del que lo elige. De tal manera que si esta notificación fracasa, no por la negligencia de la parte notificadora, sino por dificultades que son propias del domicilio determinado, esto no impide la validez de las notificaciones cursadas al mismo. Agregamos sencillamente que la postura que esgrime el apelante determinaría el dejar en cabeza del notificado la validez o no de las comunicaciones a él cursadas por el solo recurso de obstaculizar el señalamiento del domicilio especial, o sencillamente, rechazar el despacho postal, lo que demuestra la inadmisibilidad del planteo aquí reiterado.

Por lo pronto, el apelante no expone ningún motivo original que revierta la postura que asume el pleito y se limita a reiterar sus argumentos sin atacar los fundamentos que sólidamente expone el fallo. En todo caso expresa su disconformidad, con lo que no concreta agravio respecto a este punto. El agravio no merece estima.

IV).- El segundo corre igual suerte que el anterior. Porque el argumento de la Sra. Juez que se ataca en este acápite del recurso, fue expresado a modo de reforzar la solución anterior, y por lo tanto, no modifica la estructura del fallo apelado por sí mismo con lo cual resulta inocuo para revertirla. No se trata de un argumento troncal en el razonamiento fundante de la decisión, sino de la expresión de la Juez que estima que el rechazo de la deudora principal, a la sazón esposa del Director, redundaba en un conocimiento de la existencia de la deuda; circunstancia que ha sido así ponderada por prestigiosa jurisprudencia (CNCiv, Sala F, 07.05.1970 López Gómez c. Cía Arg. Gral de Adm. y Mandatos, citado por Claudio Kiper en Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho Civil – Reales – Tomo I – pág. 628 (La Ley – Avellaneda – 2.010).

El tercer punto de queja, refiere que la notificación previa de la deuda constituía un recaudo no para la mora, que podía ser suplida con la demanda, sino para la exigibilidad del instrumento, por lo que si no fue intimada la demandada previamente el título no era hábil a esos fines. En realidad, el apelante pretende sostener nuevamente un requisito en la exigibilidad del título consistente en su previa notificación, a despecho de la CD que le fuera cursada y no fue posible diligenciar. Como se sostuvo al tratar el primer agravio resulta de una negligencia en la constitución e individualización del domicilio especial por la quejosa constituido en la hipoteca que sólo a ella le es imputable. Debe asumir las consecuencias de esa condición. Por lo tanto el motivo en sí, tampoco es suficiente para revertir la suerte del recurso, que queda sellada en el primer agravio. Más allá de ello, el apelante equivoca la crítica al cuestionar la necesidad de intimación previa eficiente o efectiva en su cabeza, cuando en rigor, tanto del art. 3121 Código Civil argentino y del 3163 del mismo ordenamiento vigente al tiempo del hecho (art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación) en función de la constitución del gravamen esa intimación debía ser la referida al deudor principal, contra quien se podía dirigir la acción en conjunto. En realidad, el hecho no fue introducido como defensa, ni sustentado por la demandada al trabarse la Litis. Tampoco en esta instancia, aunque en realidad lo que aquí interesa es que al tratarse de un tercero constituyente y conforme los términos en que se ha pactado la garantía real, la deuda debía certificarse por contador público, lo que está cumplido. Entonces, la intimación postal realizada, aún cuando no haya sido recibida por la demandada aquí, es suficiente interpelación previa de pago de lo que se adeuda, a lo que se suma que frente a la demanda, cuyo efecto sustancial es la de constituir en mora, tomó conocimiento de la misma, y nada dijo sobre ello. Por el contrario, sin cumplir con la satisfacción de la deuda se opuso a la ejecución. Entonces, el requisito de notificación previa de la constitución del gravamen está cumplido con esa notificación postal, y también, con la notificación

de la demanda Que por lo tanto, a los fines de la cláusula cuarta constituye suficiente notificación del saldo que se le reclama. Nada dice el instrumento que permita derivar el requisito de notificación de otro tipo para integrar el título como pretende el apelante. El contrato sostiene que la acreedora ha de intimar el pago del saldo deudor de la cuenta y la garante abonarlo, y si no lo hiciera, quedará automáticamente constituida en mora desde la fecha de la certificación contable. Por lo tanto, a esos fines -constitución en mora- como bien lo afirma la a quo, la notificación de la demanda también era suficiente. El agravio es improcedente.

V).- En suma, corresponde rechazar el recurso, y confirmar la sentencia apelada en todo cuanto resuelve. Así voto.

EL DR. JORGE EDUARDO ARRAMBIDE, DIJO:

En adhesión a lo expuesto por el Sr. Vocal preopinante, lo que comparto, a la primera me expido por la negativa.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA.

LA DRA. MARÍA MÓNICA PUGA DE JUNCOS, DIJO:

Que por lo expuesto, se propone resolver: "I).- Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y en consecuencia, confirmar la sentencia en todo cuanto dispone; II).- Con costas a la demandada apelante (art. 130 CPCC); III).- Estimar los honorarios profesionales del Dr. Jorge A. Frattari por las tareas cumplidas en esta sede, en el 35 % del punto medio de la escala del art. 36 Ley 9459 sobre la base de lo que fue motivo de discusión en este recurso, con respeto del mínimo de 8 jus. Omitir la regulación del Dr. Ernesto Frías Minetti (art. 26 contrario sensu, CA)".

EL DR. JORGE EDUARDO ARRAMBIDE, DIJO:

Comparto la solución que propone la Dra. Puga de Juncos. Adhiero a su voto.

Por todo ello y disposiciones citadas.

SE RESUELVE:I).- Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y en consecuencia, confirmar la sentencia en todo cuanto dispone.

II).- Con costas a la demandada apelante (art. 130 CPCC).

III).-Estimar los honorarios profesionales del Dr. Jorge A. Frattari por las tareas cumplidas en esta sede, en el 35% del punto medio de la escala del art. 36 Ley 9459 sobre la base de lo que fue motivo de discusión en este recurso, con respeto del mínimo de 8 jus. Omitir la regulación del Dr. Ernesto Frías Minetti (art. 26 contrario sensu, CA).

Protocolícese, hágase saber y dese copia.

CERTIFICO: que la presente se expide en los términos del art. 382 del CPCC por cuanto la Dra. Martínez se encuentra en uso de licencia médica. Of.: .../10/16.

APARTADO ESPAÑA.**HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA Y DECLARACIÓN DE CONCURSO DEL HIPOTECANTE**

José Antonio GARCÍA CRUCES

1. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Un supuesto de hecho que, con cierta frecuencia, se da en nuestra práctica concursal es el aquél en el que el ahora concursado es hipotecante no deudor; esto es, viene a actuar una garantía real a favor de deuda ajena. Ante este tipo de situaciones no han faltado ocasiones en que los acreedores interesados y, de igual manera, la administración concursal en el juicio universal han manifestado distintos criterios. Por ello, puede resultar oportuno que atendamos a tal situación, a su afección en el concurso del hipotecante y, en definitiva, a cuál ha de ser el tratamiento que ha de merecer este particular acreedor hipotecario en el proceso universal.

En el escenario señalado, la constitución de la hipoteca por parte de quién ahora resulte ser concursado no obedece a su carácter de deudor –este es el presupuesto del que se parte en la delimitación del supuesto de hecho– sino que es consecuencia de su voluntad de constituir ese gravamen a favor de un tercero, deudor del acreedor respecto del que el ahora deudor común deviene acreedor hipotecario.

En una situación como la descrita se suscitan, junto a otros, tres problemas con carácter principal. El primero de ellos hace referencia a las cargas que pudieran resultar exigibles a ese acreedor hipotecario por deuda ajena en el concurso del hipotecante no deudor. De otro lado, será preciso, también, atender el problema relativo a la incidencia que ha de tener la declaración de concurso del hipotecante no deudor respecto de la posibilidad de ejecución que le pudiera asistir a tal acreedor hipotecario. Por último, y con carácter principal, habrá que detenerse en considerar la posibilidad de «revisar» la hipoteca constituida en garantía de deuda ajena a través del expediente de reintegración concursal.

De todos modos, y a fin de atender estos problemas, conviene precisar dos cuestiones en relación con la figura del hipotecante no deudor y que bien pueden tener una indudable relevancia.

En primer lugar, habrá que intentar concretar en estos supuestos el alcance de la responsabilidad asumida por el concursado en su cualidad de hipotecante tercero o hipotecante no deudor. Con un proceder de este tipo, el ahora concursado vino a acogerse con anterioridad a la posibilidad dispuesta en el inciso final del artículo 1857 C.c., a cuyo tenor «las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes». De este modo, se asume el carácter de «responsable no deudor»¹³⁹, pues como ha advertido la jurisprudencia, «el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago»¹⁴⁰, pues

¹³⁹ CHICO ORTIZ: Estudios sobre Derecho Hipotecario, II, Madrid, 1990, pgs. 1462 y ss.; MORENO QUESADA: Las garantías reales y su constitución por tercero, Universidad de Granada, 1987, pgs. 89 y ss.; DE LA RICA: La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 217, 1946, pgs. 313 y ss

¹⁴⁰ STS 3 de febrero de 2009 (Id. Cendoj 28079110012009100060).

tiene «la condición de tercero extraño a la obligación garantizada (*artículo 1.857 in fine del Código Civil*)».¹⁴¹

Los efectos derivados de tal negocio jurídico –la hipoteca así constituida– pueden concretarse, con independencia de cómo se justifiquen dogmáticamente, señalando que el régimen jurídico que, como garante, ha de aplicarse al hipotecante no deudor «no depende de que sea un obligado sui generis o un responsable, porque, aun no respondiendo de la obligación asegurada ex artículo 1911 C.c., resulta claro que va a tener que soportar las consecuencias del incumplimiento de una obligación ajena».¹⁴²

Esas consecuencias son fáciles de precisar. En efecto, tal y como señalara la jurisprudencia, «cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor, baste pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca, y si éste es insuficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir otros bienes del deudor, aunque no haya pacto limitativo de responsabilidad, porque el artículo 140 no es aplicable más que a las hipotecas constituidas por los deudores en sus propios bienes, como se desprende del artículo 105».¹⁴³ Por lo tanto, en virtud de tal hipoteca al acreedor le asiste un derecho de realización de valor sobre el inmueble hipotecado, en el quantum y por las obligaciones exigibles que fueran determinadas en el título constitutivo, sin que, una vez realizado tal valor, sea posible que el acreedor pueda requerir algo más del hipotecante no deudor.

Por otro lado, resulta también necesario atender a otra cuestión, pues habrá que pronunciarse sobre el carácter oneroso o gratuito del gravamen así constituido en garantía de deuda ajena. El criterio parece claro y así se ha manifestado en la doctrina, quién no duda en afirmar que la hipoteca constituida por tercero no deudor «es gratuita cuando ni el deudor ni, en su caso, el hipotecante tercero, reciben ninguna ventaja patrimonial como correspectivo a la prestación de hipoteca (...). La hipoteca prestada por tercero será gratuita si el garante no obtiene a cambio ninguna ventaja patrimonial».¹⁴⁴ Sobre este aspecto, y en particular por su importancia en torno a la posibilidad de rescindir la hipoteca constituida en garantía de deuda ajena, se volverá más adelante.

2. DECLARACIÓN DE CONCURSO Y EJECUCIÓN DE HIPOTECA CONSTITUIDA POR EL DEUDOR COMÚN EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA.

El primero de los problemas anunciados hace referencia a los efectos que pudiera provocar la declaración de concurso sobre la posibilidad de ejecutar la hipoteca constituida por el concursado en garantía de deuda ajena.

En principio, parece que, en tales circunstancias, resultaría de aplicación la regla de paralización de la ejecución de garantías reales que dispone el artículo 56 LC. Ahora bien, habrá que cuestionarse si la aplicación de tal precepto no requiere que el crédito en cuyo favor se

¹⁴¹ STS 30 de marzo de 2006 (Id. Cendoj 28079110012006100335).

¹⁴² CARRASCO, CORDERO y MARÍN: Tratado de los Derechos de Garantía, 2ª edición, Aranzadi, Cizur menor, 2008, pgs. 717 y 718.

¹⁴³ STS 6 de octubre de 1995 (Id. Cendoj 28079110011995104398).

¹⁴⁴ CARRASCO, CORDERO y MARÍN: Tratado de los Derechos de Garantía, 2ª edición, Aranzadi, Cizur menor, 2008, pgs. 687 y 688.

constituyera la garantía real deba estar, también, integrado en la masa pasiva del concurso; esto es, sea un crédito concursal.

Es lugar común advertir que la regla de paralización ex artículo 56.1 LC se justifica en las consecuencias que produciría la realización forzosa de un bien del concursado en relación con el interés del concurso y que lleva al legislador a sentar tal regla suspensiva cuando el bien gravado fuera un bien afecto a la actividad empresarial o profesional del deudor común. Desde luego, la posible afección de los bienes que conforman la masa activa también se actuará cuando un tercero, beneficiario de la garantía constituida sobre un bien integrado en la masa activa, no resultara ser acreedor concursal. En estos supuestos, el ahora concursado habría gravado elementos de su patrimonio –que llegará a constituir la futura masa activa– a favor de los acreedores de tercero o, bien, habría adquirido bienes ya gravados sin asumir la obligación garantizada.

Ahora bien, cuando así suceda, de modo que el acreedor garantizado no sea a su vez acreedor concursal, habrá que destacar cómo no resulta de aplicación, pese a que en estos supuestos podría llegar a realizarse la *ratio* a que obedece el precepto, la regla de suspensión en orden a la realización de esa garantía real. Así lo señala el artículo 56, 4 LC al disponer que «*la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta*». Como es conocido, este concepto de tercer poseedor se ha formalizado en nuestro Derecho positivo (en particular en la legislación hipotecaria) y ha de ser interpretado de forma sistemática con cuanto dispone el art. 662 LEC. De ahí que parece que debamos entender que es presupuesto de aplicación del precepto citado la exigencia de que el crédito garantizado se integre en la masa pasiva del concurso.¹⁴⁵

3. ¿COMUNICACIÓN DEL CRÉDITO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO EN EL CONCURSO DEL DEUDOR HIPOTECANTE EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA?

El segundo de los problemas anunciados hace referencia a la conducta que debe desarrollar el acreedor hipotecario que resulta beneficiado con esta garantía real constituida a favor de deuda ajena. En la práctica concursal no es infrecuente que tal acreedor hipotecario venga a practicar una comunicación de su crédito a la administración concursal, incluso instando el reconocimiento de su crédito como crédito con privilegio especial en el concurso del hipotecante no deudor.

De acuerdo con cuanto señalara, al haberse constituido la garantía a favor de deuda ajena, no parece que tal proceder resulte acertado ni posible conforme a nuestro Derecho. Dicho en otras palabras, la administración concursal en el proceso universal del hipotecante no deudor no podrá, en ningún caso, reconocer en tal concurso el crédito que titule ese acreedor frente a un tercero y que se benefició con la garantía real prestada por quien ahora es concursado. Si no existe, como tal, el crédito frente al deudor común, no será posible, simplemente, su reconocimiento en el concurso de quien actuó la garantía a favor de deuda ajena.

La razón de tal negativa es obvia, pues dado el carácter que tiene el concursado como hipotecante no deudor, nada adeudará frente a quien resultara ser el acreedor beneficiado con la hipoteca así constituida. Por lo tanto, el acreedor no podrá interesar el reconocimiento de su

¹⁴⁵ Vid., por todos, SÁNCHEZ RUS y SÁNCHEZ RUS: La ejecución de las garantías reales en el concurso, ADCo., 3, 2004, pgs. 65 y ss., en particular, pgs. 92 y 93.

crédito frente al tercero en el concurso de quien prestara hipoteca en su favor, pues tal crédito no es un crédito concursal, ya que el concursado no es deudor frente a tal acreedor.

Cuestión distinta es la relativa a la responsabilidad hipotecaria que, en virtud de la garantía real constituida, pudiera resultar exigible al deudor común y con cargo al bien gravado con aquélla. Con independencia de cuanto luego se dirá, conviene advertir que la responsabilidad hipotecaria contraída resultará exigible en tales circunstancias pero que quedará limitada al importe fijado en la pertinente inscripción registral y que, indudablemente, no tiene por qué coincidir con el importe de crédito garantizado, ya que puede ser inferior.

Bastará, entonces, con lo expuesto para poder afirmar que no resultará exigible la carga de comunicación dispuesta a los efectos señalados en el artículo 85.1 LC (insinuación del crédito).¹⁴⁶ Una pretensión de comunicación y subsecuente reconocimiento no es acertada ni conforme con nuestro Derecho, pues no habrá que olvidar que la garantía real prestada por el deudor común lo es siempre en garantía de deuda ajena, por lo que –en consecuencia– el ahora concursado no es deudor del acreedor beneficiario de la hipoteca así constituida.

Desde luego, negar –como ha de hacerse– el carácter de crédito concursal al derivado de la estricta responsabilidad hipotecaria en el supuesto contemplado aboca a una consecuencia más, pues las reglas de reconocimiento forzoso de tales créditos (art. 86.2 LC), que obviamente quedan referidas a los créditos concursales, devienen inaplicables.

Lo anterior no significa, en realidad, un menoscabo del acreedor garantizado con tal hipoteca, ni tampoco que la administración concursal deba desconocer la responsabilidad hipotecaria asumida por el ahora concursado. Ahora bien, esa responsabilidad hipotecaria no tiene su causa en crédito alguno que tal acreedor pueda hacer valer frente al concursado sino, antes bien, es consecuencia de la garantía real constituida en beneficio de tercero.

En consecuencia, ante este tipo de supuestos, la administración concursal no deberá reconocer en la lista de acreedores crédito concursal alguno en favor del acreedor beneficiado con hipoteca en garantía de deuda ajena sino, tan sólo, realizar esa responsabilidad hipotecaria como una operación más a consignar en el inventario que acompañe su informe ex artículos 74 y 75 LC y, por tanto, como una actuación delimitadora de la masa activa del concurso.¹⁴⁷ Desde luego, con este proceder la realización de tal responsabilidad hipotecaria queda al margen de propio proceso concursal, aunque integrada en él, constituyendo una operación de reducción o de detracción de la masa activa que quedará afecta a la solución que se dé al concurso.

La realización –al margen de las reglas concursales– de los derechos y expectativas que asistieran al acreedor hipotecario beneficiado con esa garantía real por deuda ajena (ejecución separada) vendrá asegurada por la publicidad registral que, con carácter constitutivo (art. 1875 C.c.), requiere la hipoteca. Ahora bien, cuando ese acreedor hipotecario pudiera temer que su derecho llegara quedar afectado como consecuencia del actuar de la administración concursal, al no haber reconocido como tal esa garantía real y no quedar constancia de la misma en el inventario que acompañara su informe, este beneficiario de la hipoteca tendría una adecuada

¹⁴⁶ Sobre este particular, vid. VEIGA COPO: La verificación de créditos en el concurso, Civitas, Madrid, 2009, en particular, pgs. 155 y ss., y la amplia bibliografía allí recogida

¹⁴⁷ El acreedor beneficiado con la hipoteca en garantía de deuda ajena no es acreedor concursal y, en consecuencia, no quedará vinculado por el particular estatuto a que se sujeta a este tipo de acreedores. En consecuencia, no participará en los repartos concursales ni podrá formar –mediante su voto o su adhesión– la mayoría necesaria para que sea aprobado el convenio ni, tampoco, estará legitimado para su impugnación.

tutela de su derecho mediante la posibilidad de impugnar tal inventario, ya que, en cuanto «interesado», estará legitimado activamente para tal proceder (art. 96.1 y 2 LC).¹⁴⁸

La realidad de las cosas llevará a pensar que, como consecuencia de la exigencia constitutiva de la publicidad registral para la hipoteca, el desconocimiento en el inventario que confeccionara la administración concursal de la garantía real que afecta al bien encierra un supuesto casi inimaginable. En todo caso, la falta de constancia en el inventario del gravamen hipotecario que recayera sobre un bien no afectaría ni impediría la posibilidad de la ejecución separada que se atribuye a este acreedor hipotecario.

Ahora bien, y sin alterar esa observación, también puede constatarse como son dables situaciones en que el acreedor hipotecario, de una u otra manera, deberá poner en conocimiento de la administración concursal ciertas circunstancias a fin de asegurar la efectividad de su derecho y, en consecuencia, de la posibilidad de acudir a la ejecución separada de tal garantía real. Este sería el supuesto en que la hipoteca constituida en garantía de deuda ajena lo fuera con el carácter de hipoteca de máximo. De darse tal circunstancia, el acreedor no puede esperar la realización íntegra en su favor de la cuantía dineraria fijada como límite máximo de la responsabilidad hipotecaria sino, antes bien, deberá concretar –dentro de ese límite– cuál es el importe efectivamente exigible como deuda ajena. Respecto de esta situación, sí cabe pensar, razonablemente, que este acreedor hipotecario deberá ofrecer a la administración concursal las pertinentes informaciones, a fin de que ésta pueda delimitar la masa activa del concurso que reflejará en el inventario. En todo caso, con la ejecución separada que instara el acreedor hipotecario sobre el bien gravado en garantía de deuda ajena vendría a manifestar el «quantum» que resultara exigible, con respeto de la cifra máxima fijada como responsabilidad hipotecaria asumida.

4. HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA EX ARTÍCULO 71 LC

4.1. CUESTIONES PREVIAS

El principal problema que suscita en la práctica la constitución de una hipoteca en garantía de deuda ajena por parte de quién luego es declarado en concurso, hace referencia a la posibilidad de revisar tal proceder, de modo que la administración concursal, y en su caso otros legitimados, pueden ejercitar la acción rescisoria acogida en el apartado primero del artículo 71 de la Ley Concursal.

La procedencia de la acción de reintegración se sujeta a la concurrencia de un doble presupuesto, pues no sólo será necesario que el acto a impugnar se hubiera celebrado en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso sino, también y fundamentalmente, que el mismo fuera perjudicial para la masa activa. De igual modo, y de manera expresa, nuestro Derecho positivo exonera la necesidad de que concurra cualquier elemento intencional en las partes – concursado y tercero– que celebraran el acto que quiera impugnarse. El citado artículo 71.1 LC

¹⁴⁸ Pudiera pensarse que, en las circunstancias descritas, el acreedor hipotecario podría acudir a ejercitar su derecho de separación, en cuanto instrumento para hacer valer su derecho que grava el bien integrado en la masa activa. Ahora bien, como con aciertos se ha señalado, la atribución de un derecho de preferente satisfacción en los derechos reales de garantía, tal y como sucede con la hipoteca, excluye la posibilidad de un derecho de separación a favor de tal tercero. Vid., RECALDECASTELLS: Comentario artículo 80, en ROJO-BELTRÁN, «Comentario a la Ley Concursal», I, Civitas, Madrid, 2004, pg. 1446.

advierte cuáles son los presupuestos que determinan el éxito de la rescisoria, señalando que basta su concurrencia «*aunque no hubiera existido intención fraudulenta*». La misma idea —no podría ser de otro modo— se destaca por la jurisprudencia, al señalar que «*la acción de reintegración, si bien requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, no precisa que haya el ánimo o propósito de defraudar*».¹⁴⁹

Antes de analizar detenidamente los presupuestos que determinan el éxito del ejercicio de la acción rescisoria por reintegración, conviene hacer algunas precisiones que derivan del tenor literal del apartado primero del artículo 71. En primer lugar, debe advertirse cómo no media vinculación alguna, a fin de que proceda la acción rescisoria, entre el acto que se quiere impugnar y el estado de insolvencia del ahora concursado.

El perjuicio, noción sobre la que se asienta el entero sistema de reintegración, es independiente del estado de insolvencia, en el sentido de que el acto puede resultar perjudicial aunque no medie relación causal alguna entre éste y aquel estado de insolvencia del ahora concursado.

En ningún caso la norma viene a vincular la procedencia de la acción rescisoria con la producción del estado de insolvencia, como así se deriva de su tenor literal.¹⁵⁰ Expresamente ha destacado este extremo el Tribunal Supremo en su reciente STS de 16 de septiembre de 2010.¹⁵¹

Por otro lado, no habrá que olvidar que la procedencia de la acción de reintegración va referida, siempre, a actos del deudor, por lo que la voluntariedad que caracteriza a éstos se constituye en presupuesto de tal remedio jurídico. De este modo, puede señalarse que no cabe la rescisión de un acto al amparo del art. 71.1 LC cuando el mismo viniera a suponer el cumplimiento de una norma jurídica, pues no habría «*acto*», como tal, impugnabile del deudor, con independencia de su significado para la masa activa, ya que, de alguna manera, esa valoración acerca del carácter perjudicial o no de aquél viene resuelta de modo negativo en la norma que impusiera tal comportamiento. Esta idea resulta de interés, pues no cabe desconocer ciertos supuestos en que la constitución de garantías viene impuesta por nuestro Ordenamiento jurídico, tal y como sucede con ciertos acuerdos de recuperación y aplazamiento de pago de créditos públicos¹⁵²; exigencia de la que no puede dispensarse al deudor salvo en los supuestos y condiciones allí previstas.¹⁵³ Esta conclusión puede ampararse en el tenor literal y en la función que está llamado a cumplir el sistema de reintegración del concurso. De todos modos, no cabe dejar de lado la modificación de la LC que, a través del RDL 3/2009, ha incorporado una nueva

¹⁴⁹ STS 27 de octubre de 2010. En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, vid., entre muchas, SAP Barcelona (Secc. 15ª) de 2 de mayo de 2006, Rollo 47/2006.

¹⁵⁰ Este es, acertadamente, un lugar común. Vid., por todos, BELTRÁN, en URÍA y MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, II, 2ª ed., Madrid, 2007, pg. 1024; LEÓN: *Comentario art. 71*, en ROJO y BELTRÁN (dirs.), «*Comentario de la Ley Concursal*», tomo I, Madrid, 2004, pg. 1307 y CARRASCO: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2ª ed., Madrid, 2008, pg. 365

¹⁵¹ En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, vid., por todas, SAP Barcelona (Secc. 15ª) de 22 de mayo de 2008, Rollo 646/2007

¹⁵² Vid., ad ex. arts. 65.3 y 82 LGT.

¹⁵³ En el ámbito tributario, el art. 82.2.a LGT determina los supuestos en que procede la dispensa en la constitución de las garantías para los supuestos de fraccionamiento y aplazamiento de la deuda tributaria, reduciendo esta posibilidad a aquellos casos en que el deudor carezca de bienes, así como aquellos otros en que tal dispensa se justifique en lo reducido de la cuantía adeudada, cantidad que se fijara a través del oportuno desarrollo reglamentario. La DA Segunda, apartado 1, del RD 1065/2007, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, fija ese límite cuantitativo en 6.000 euros para el conjunto de dudas exigibles al deudor

norma en sede de reintegración concursal que explicita tal idea. Con la nueva previsión que acoge el art. 71.5.3º LC¹⁵⁴, se zanja cualquier discusión sobre este extremo, superándose así el criterio que alguna ocasión manifestara la jurisprudencia¹⁵⁵, quien no dudó en rescindir ex art. 71 LC las garantías que, impuestas por la normativa general, se habían constituido a favor de créditos públicos.¹⁵⁶

No obstante lo anterior, el problema que pudiera suscitarse respecto de la voluntariedad del acto, a fin de poder ser objeto de rescisión concursal, hace referencia a aquellos casos en que la debida realización del acto tiene su origen en una previa decisión –ahora sí, voluntaria– del deudor. En este sentido, no parece dudoso que excluyamos la procedencia de la acción de reintegración respecto de aquellos actos que se hubieran llevado a cabo, obviamente con merma del patrimonio que luego dará lugar a la masa activa, como ejecución de una garantía real previamente constituida por el ahora concursado.¹⁵⁷ En tales supuestos, faltará la voluntariedad que requiere la impugnación de aquel acto. Ahora bien, lo anterior no empece para que deba advertirse cómo sí será posible la impugnación, en supuestos como el descrito, de aquellos actos anteriores de los que deriven los actos de ejecución. En este sentido, si el acto –ad ex., la constitución de una garantía real– fuera impugnabile, con tal proceder también se harían venir a menos los actos debidos en ejecución de aquel anterior.¹⁵⁸

En último lugar, y con carácter previo al análisis de los presupuestos que requiere el éxito de la acción de reintegración, conviene volver a hacer referencia a la irrelevancia de que concurra elemento intencional alguno en el deudor a fin de que el acto pudiera resultar rescindible ex art. 71.1 LC. Recuérdese la procedencia de la impugnación, *aunque no hubiere existido intención fraudulenta*, pues ésta sólo requiere de la concurrencia de las exigencias de plazo y de perjuicio. Con ello se quiere advertir que el objeto del sistema de reintegración español es el acto en sí, con independencia de la intencionalidad del partícipe –o partícipes– en él. No se trata, por tanto, de valorar las conductas seguidas sino, antes bien, el significado patrimonial de los actos llevados a cabo. Esta idea es importante y permite superar algunas concepciones arcaicas que pudieran haber estado presentes en nuestro Derecho derogado¹⁵⁹ y que, incluso, pudieran tener su reflejo

¹⁵⁴ Sobre esta norma, vid. GARCÍA-CRUCES, en GARCÍA-CRUCES y LÓPEZ SÁNCHEZ: «La reforma de la Ley Concursal», Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 17 y ss

¹⁵⁵ SJM-1 Bilbao 3 de octubre de 2007, Incidente Concursal 30/2007, Sentencia 442/2007.

¹⁵⁶ En contra, se ha observado –con acierto– que «la Ley Concursal se refiere, además, a "actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor". La autoría declarada (que no voluntad dañosa, que resulta indiferente a estos efectos) entendemos que debe interpretarse como facultad. Así, no serán susceptibles de rescisión aquellos actos cuya realización proceda de una imposición administrativa o judicial». ESCRIBANO: El perjuicio en la acción rescisoria concursal, ADCo, 10, 2007, pg. 10.

¹⁵⁷ En este sentido se pronuncia la SJM 3 Barcelona de 28 de septiembre de 2005.

¹⁵⁸ Cabe cuestionarse si resultaría posible el ejercicio de la acción de reintegración frente a omisiones del deudor que pudieran haber irrogado un perjuicio a la masa activa. En relación con este extremo, se ha observado que «la noción de acto se ha de interpretar de una manera flexible. Se trata de un concepto abierto. La delimitación se ha de concretar en cada caso en atención a los fines de la norma. (...) Dentro del concepto de actos quedan comprendidas incluso las omisiones, como la relativa a la renuncia tácita al ejercicio de un derecho por parte del deudor o de una reclamación frente a tercero». LEÓN: Comentario art. 71, cit., pg. 1305

¹⁵⁹ En el –afortunadamente– derogado sistema de retroacción absoluta, se partía de la ficción de que los efectos que tenía la declaración de quiebra se retrotraían en el tiempo, de modo que, al quedar inhabilitado el quebrado como consecuencia del auto declarativo (cfr. art. 878.1 CCom.), se propagaba ese efecto respecto de los actos anteriores a tal fecha pero posteriores a aquélla que se fijara como fecha de retroacción (art. 878.2 CCom.). Vid. GARCÍA-CRUCES: De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa, ADCo., 2, 2004, pgs. 43 y ss

en la terminología usual con que suele explicarse el sistema de reintegración que consagra la vigente LC.¹⁶⁰

Lo anterior no significa que la concurrencia de una conducta reprobable en el acto que se impugna al amparo del art. 71.1 LC no deba conducir a ciertas consecuencias. En efecto, el actuar doloso o con culpa lata podrá, además, tener como consecuencia que el tercero que se relacionara con el deudor merezca la consideración de cómplice, siempre que el acto impugnado además hubiera provocado o agravado el estado de insolvencia (cfr. art. 166 LC), pudiendo también resultar relevante ese proceder para el deudor en lo que hace a la calificación del concurso como culpable (cfr., ad ex., art. 164.2.4º, 5º y 6º LC). De igual modo, si no se satisficiera esa exigencia y el acto no hubiera causado o empeorado el estado de insolvencia del deudor, la mala fe concurrente no dejaría de arrastrar ciertas consecuencias para el tercero, pues el art. 73.3 LC califica el crédito de restitución que asiste a éste como crédito concursal subordinado de sexto rango (cfr. art. 92.6 LC), tal y como expresamente ha afirmado –tras la entrada en vigor de la LC– la jurisprudencia del Tribunal Supremo.¹⁶¹ Pero, lo relevante es que, en cualquier caso, la impugnación del acto ex art. 71.1 LC resulta procedente al margen de la concurrencia o no de ese elemento intencional, pues bastará para lograr la ineficacia del acto con que éste se realizara en el período bianual resultando ser perjudicial para la masa activa. La mala fe es inane a los efectos de la impugnación ex art. 71.1 LC pero muestra sus consecuencias en la determinación de los efectos anudados a la rescisión del acto.

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

4.2. LA CONCURRENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE RESCINDIBILIDAD

El citado artículo 71 LC fija los presupuestos que debe reunir el acto que, a su amparo, quiera impugnarse, pues en el mismo deben concurrir tan sólo dos circunstancias.

- La primera de ellas es una exigencia temporal, pues el acto que quiera impugnarse deberá haberse realizado por el deudor «*dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración*» (de concurso).
- El segundo presupuesto cuya concurrencia determinará el éxito de la súplica rescisoria encierra una exigencia material, pues los actos a impugnar habrán de ser «*perjudiciales para la masa activa*».

La literalidad de la norma advierte del significado objetivo que tiene la noción de «*perjuicio*», de modo que a su amparo podrán ser rescindidos aquellos actos que supongan un menoscabo patrimonial en razón del tiempo y circunstancias que lo rodean. No obstante lo anterior, también es cierto que la jurisprudencia¹⁶² ha ampliado el alcance de tal noción, decantándose por un

¹⁶⁰ En efecto, es usual referirse a la exigencia de que el acto se lleve a cabo en el período de dos años que advierte el art. 71.1 LC como el «*período sospechoso*». Debe rechazarse cualquier connotación de esa referencia temporal respecto de un actuar merecedor reproche, pues la procedencia de la acción de reintegración es inmune a exigencia alguna de este tipo

¹⁶¹ Vid. STS 16 de septiembre de 2010

¹⁶² La jurisprudencia ha llevado a cabo una amplia –quizás amplísima– delimitación del perjuicio que requiere la acción rescisoria. Desde hace tiempo me vengo manifestando críticamente sobre tal proceder, no sólo por que el criterio

concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una aminoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la «*par condicio creditorum*».¹⁶³ El mismo criterio se ha defendido en la doctrina.¹⁶⁴

Si desde estos parámetros se quisiera juzgar el carácter perjudicial de una hipoteca en garantía de deuda ajena constituida por el ahora deudor común, habría que destacar cómo estaremos en presencia de un acto llevado a cabo por el ahora concursado, en cuya virtud no obtiene nada para sí (carácter gratuito), y cuya finalidad radica exclusivamente en favorecer a un tercero.

Repárese que, en virtud del negocio que quiera impugnarse, el concursado no ha obtenido nada para sí, pues dada la naturaleza y los pactos alcanzados en el mismo –una hipoteca en favor de tercero– resulta imposible, en principio, la obtención de un beneficio, directo o indirecto, que ingrese en el patrimonio social de la entidad ahora concursada. Además, en virtud de tales actos, no sólo se agrava –sin justificación material alguna– la situación patrimonial del deudor común, sino, también, se afecta muy gravemente al resto de los acreedores de la concursada, pues en virtud de la garantía real constituida se da un mejor trato a un acreedor –en realidad, a alguien que no es ni siquiera acreedor– en detrimento del resto, con una radical lesión de la exigencias del principio de paridad de trato o *par condicio creditorum*. En efecto, como consecuencia de la hipoteca constituida, el concursado vincula una parte de su patrimonio a favor de quién no es acreedor suyo sino de tercero, pues tal efecto es consecuencia necesaria tanto del gravamen que

jurisprudencial se contradiga con el tenor literal de la norma sino, también y fundamentalmente, con fundamento en una interpretación tanto sistemática como sobre todo finalista de las reglas que disciplinan en nuestro Derecho el instituto de la reintegración. Vid., con amplitud, GARCÍA-CRUCES: Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores, en «La reintegración en el Concurso de acreedores», dir. GARCÍA-CRUCES, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 27 y ss

¹⁶³ En la jurisprudencia, vid. SAP Madrid (Secc. 28ª) de 19 de diciembre de 2008, Rollo 36/2008; SAP Alicante (Sección 8) 22.10.2008 (PROV 2009, 25857); Sentencia 367/2008; Rollo 92/2008; SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006); SAP Barcelona (Sección 15) 08.01.2009 (AC 2009, 1180); Sentencia 3/2009; Rollo 497/2008; SAP Barcelona (Sección 15) 06.02.2009 (Rollo 607/2008); SAP Castellón (Sección 3) 27.04.2009 (PROV 2009, 304131); Sentencia 134/2009; Rollo 586/2008; SAP Girona 20.03.2009 (AC 2009, 1603); (Sentencia 137/2009; Rollo 33/2009); SAP Girona 28.10.2009 (Sentencia 384/2009; Rollo 392/2009); SAP Lugo 19.12.2006 (PROV 2007, 128096); SAP Navarra (Sección 3) 10.11.2009 (PROV 2010, 187862); Sentencia 167/2009; Rollo 179/2008; SAP Pontevedra 22.07.2009 (Rollo 406/2009; Sentencia 369/2009); SAP Pontevedra 18.11.2009 (AC 2010, 34); (Sentencia 570/2009; Rollo 632/2009); SAP Valladolid (Sección 3) 23.03.2009 (PROV 2009, 207224); SAP Valladolid (Sección 3) 07.05.2009 (AC 2009, 1161); (Sentencia 124/2009; Rollo 52/2009); SAP Valladolid (Sección 3) 15.10.2009 (PROV 2009, 468431) Sentencia 272/2009; Rollo 252/2009); entre muchas otras.

¹⁶⁴ Vid. MASSAGUER: Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa, en «Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia», IV, Madrid, 2005, pgs. 4220 y 4221; GALÁN CORONA: Acciones rescisorias concursales, en García-Cruces y Sarcina (dirs.), Il trattamento giuridico della crisi d'impresa, Cacucci, Bari, 2008, pgs. 118 y 119; GILRODRÍGUEZ: Comentario art. 71, en BERCOVITZ (Dir.), «Comentarios a la Ley Concursal», I, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 852; LINACERO DE LA FUENTE: Las acciones de reintegración en la Ley Concursal, Madrid, 2005, pgs. 68 y 69; RIVERA FERNÁNDEZ: Reintegración y Concurso de acreedores, Madrid, 2005, pgs. 91 y 92; ALCOVERGARAU: Comentario art. 71, en AA VV, Comentarios a la Legislación Concursal, I, Dykinson, Madrid, 2004, pg. 772; CRESPO ALLÚE: Comentario art. 71, en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE Y GUILARTE SÁNCHEZ, Comentarios a la Legislación Concursal, III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pgs. 1372 y 1377; VARGASBENJUMEA: La acción de reintegración concursal, Valencia, 2008, pg. 47; ESCRIBANO GAMIR: El perjuicio en la acción rescisoria concursal, ADCo., 10, 2007, pgs. 7 y ss.; VALLE: Introducción al sistema de reintegración concursal en el sistema financiero español, RDBB, 102, 2006, pg. 93; SILVETTI: Comentario artículo 71, en CORDÓN MORENO, «Comentarios a la Ley Concursal», I, 2ª edición, Aranzadi, Cizur menor, 2010, pgs. 804 y 805

se constituyera a favor de otras personas distintas, designándose como beneficiario de todo ello a quién no era su acreedor.

De este modo, parece que razonable afirmar que la constitución de una hipoteca en garantía de deuda ajena por quien luego es declarado en concurso, podría ser objeto de una acción rescisoria pues tal negocio jurídico vendría a tener carácter perjudicial tanto para la masa activa del concurso como para el conjunto de acreedores o masa pasiva del juicio universal.

En primer lugar, la aminoración de la masa activa se produce en un doble sentido como consecuencia del acto descrito. Así, y como consecuencia del mismo, el concursado empeoró sustancialmente la calidad de su patrimonio, pues vino a gravar una parte de tal masa patrimonial con la constitución de una garantía real. Además, no sólo se grava con esa deuda ajena el patrimonio que vino a constituir la masa activa del concurso sino, también, y como consecuencia necesaria de la hipoteca constituida, se da un mejor trato a un tercero que no es acreedor en sentido estricto sino acreedor ajeno, en detrimento de los acreedores propios, y en relación con el bien objeto de tal hipoteca constituida como garantía de deuda ajena.

En definitiva, con tal negocio, se causa un perjuicio a la masa activa, pues ésta se grava a fin de satisfacer una deuda ajena sin obtener a cambio prestación alguna, y, además, se altera la regla de igualdad de trato de los acreedores o *par condicio creditorum*, pues ese acreedor que no es propio es recibe un mejor trato como consecuencia de que el deudor común se constituye en hipotecante no deudor, generándose así una preferencia a favor de ese tercero de quien ni siquiera es acreedor, pues queda beneficiado con la responsabilidad hipotecaria que se fijara en el título constitutivo.

La jurisprudencia de las distintas Audiencias, así como la dictada por los juzgados de lo mercantil, han concluido que, ante supuestos como el descrito, los actos llevados a cabo por el concursado deben calificarse como perjudiciales para la masa activa y, en consecuencia, que procede su rescisión al amparo del artículo 71.1 LC.

En este sentido, y como exponente del criterio general¹⁶⁵, puede recordarse la SAP Barcelona (Secc. 15ª) de 26 de julio de 2007, Rollo 48/2007, en la que se puso de manifiesto que *la*

¹⁶⁵ La jurisprudencia no ha dudado en señalar que *la cuestión central que plantea la parte recurrente es si en el supuesto examinado la garantía real constituida sobre bien propio pero respecto de una deuda ajena, de tercero, tiene carácter gratuito u oneroso, y en su caso, si ha supuesto un perjuicio patrimonial para la masa activa, como exige el art. 71.1 LC. Para resolver esta cuestión debe tenerse en cuenta como hecho central que el 19 de abril de 2007 Banco de Galicia entrega en concepto de préstamo a Altafrigo SL la suma de 540.000 euros, garantizándose la devolución mediante la constitución, en la misma escritura, de garantía hipotecaria sobre una finca propiedad de Servarosa SL. El 30 de octubre de 2007 Altafrigo SL suscribe otro préstamo por importe de 300.000 euros con el Banco de Galicia en el que vuelve a comparecer como garante hipotecario Servarousa SL. El bien gravado había sido adquirido por Servarousa SL el día 4 abril de 2007, siendo el principal activo de dicha mercantil. Debe observarse que, de la lectura de la escritura pública en que se contiene el contrato de préstamo con garantía hipotecaria ninguna contraprestación recibe la concursada por acceder a establecer una garantía hipotecaria sobre su principal activo pero en beneficio de la obligación de un tercero que es el titulado prestatario. (...) la garantía será onerosa si el garante ha recibido del deudor o del acreedor alguna contraprestación, la cual puede constar en el propio contrato que incluye la garantía o bien de forma independiente entre algunos de los integrantes de esa relación trilateral. Ahora bien, esta garantía, como el resto de negocios jurídicos, sin exigir un justo precio, si exige una contraprestación que despeje la apariencia de gratuidad. En el supuesto sometido a examen no consta contraprestación alguna que impida considerar la gratuidad de la garantía al no constar, a pesar de la importancia cuantitativa de la operación y de su documentación en escritura pública, una contraprestación en dicho contrato. (...) En consecuencia, esta gratuidad lleva a presumir, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio patrimonial a la masa activa que justifica la éxito de la acción de reintegración ejercitada al amparo del art. 71.1 y 2 LC». SAP Pontevedra 18 de noviembre de 2009, Rollo 632/2009.*

concurada 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, al margen (añadimos ahora) de que el perjuicio para la masa podría fundamentarse y ser apreciado sin dificultad, de conformidad con el art. 71.4 LC, de no ser aplicable ninguna de las presunciones establecidas en los apartados anteriores.

En definitiva, la constitución de una hipoteca en garantía de deuda ajena por quien luego fuera declarado en concurso, podría suponer la realización, en un doble sentido, del perjuicio requerido en el artículo 71 LC.

Así, con la constitución de este gravamen, garantizando la deuda de terceros y a favor del acreedor de éstos, se actuó sin recibir a cambio prestación alguna, se incrementó injustificadamente el número de sus acreedores, causando un perjuicio objetivo o perjuicio a la masa activa del concurso, pues los acreedores propios verán aminoradas sus posibilidades de satisfacción por el menor valor de tal masa patrimonial. Por otro lado, y de acuerdo con el mayoritario criterio jurisprudencial en torno a la noción de perjuicio, con este proceder el deudor común concedió, en relación con un bien integrado en su patrimonio, un trato de preferencia injustificado a favor de un acreedor que no es propio sino de tercero, de modo que se causó un perjuicio a la masa pasiva, por alteración de la *par condicio creditorum* de este concurso.

4.3. EL CARÁCTER GRATUITO DE LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA

Desde otro punto de vista, se hace preciso también valorar si efectivamente la garantía hipotecaria prestada previamente por el concursado tiene carácter gratuito u oneroso.¹⁶⁶ Recientemente, el Tribunal Supremo se ha enfrentado a tal problema a fin de resolver sobre la procedencia de la acción rescisoria ex artículo 71.1 LC en relación con una hipoteca constituida en garantía de deuda ajena. El Alto Tribunal, tras confirmar la rescindibilidad del acto, advierte que, en tales circunstancias *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 una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica» –en que consiste la gratuidad–.*¹⁶⁷

En principio, resulta razonable afirmar que la prestación de una garantía por deuda ajena tendrá carácter oneroso cuando el garante hubiera recibido –o podido recibir– del deudor o del acreedor alguna prestación.

Esa prestación puede derivar o justificarse en lo pactado en la relación que medie entre el hipotecante y el deudor garantizado o, bien, en un acuerdo entre quien constituye tal garantía real y el acreedor beneficiario de ella.

¹⁶⁶ Sobre este extremo, vid., en relación con las garantías constituidas a favor de deuda ajena, MORALEJO: Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I), ADCo., 17, 2009, pgs. 81 y ss., en particular, pgs. 99 y 100.

¹⁶⁷ STS 13 de diciembre de 2010.

Cuestión distinta es quién sea el beneficiario directo de esa prestación, pues lo relevante será constatar si el hipotecante no deudor tiene o puede tener algún interés económico en la entera operación.

De este modo, resultará acertado afirmar el carácter gratuito del acto cuando la garantía hipotecaria prestada lo fuera respecto de deudas preexistentes y a favor de deuda ajena, de modo que el deudor favorecido no ha comprometido ni realizado contraprestación alguna a favor de la compañía ahora concursada y, por otra parte, el acreedor hubiera realizado, como consecuencia de la hipoteca constituida y de la que deriva su preferencia, prestación alguna que amparara el proceder del ahora concursado a la hora de constituir la garantía hipotecaria.

No obstante lo anterior, se suscita la duda de si tales conclusiones deberían mantenerse en aquellos casos en que el deudor garantizado formara parte de un grupo de empresas y la garantía hipotecaria se constituyera a favor de otra sociedad integrada en el mismo. Dada esta circunstancia, resultará entonces oportuno que –siquiera brevemente– se haga referencia a los criterios, tanto jurisprudenciales como doctrinales, que se han venido fijando a fin de valorar el carácter gratuito u oneroso de la prestación de garantías intragrupo. Así, y de modo esquemático, puede señalarse que éstos son los siguientes.

En primer lugar, no cabe duda del carácter oneroso de la garantía prestada por la sociedad matriz a favor de sus filiales. Como con acierto se ha señalado, «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 la matriz; además de que, con la garantía, la sociedad matriz protege sus activos en la filial».¹⁶⁸ Esta regla parece haber sido confirmada por la jurisprudencia, aun cuando sea en relación con otros problemas de los que se ocupara.¹⁶⁹

De otro lado, mayor complejidad se dará en aquellos supuestos en que la garantía se prestara por una sociedad filial. En tal caso, la regla ha de ser la contraria, de modo que el simple «*interés del grupo*» no puede justificar la garantía así constituida. Por lo tanto, la constitución de una garantía por parte de una sociedad dominada ha de presumirse que encierra un acto de carácter gratuito, salvo que venga a ampararse en una contraprestación a favor de la filial, que en cada caso será imprescindible justificar.

En todo caso, y en relación con estas cuestiones, no habrá que dejar de lado la necesidad de constatar previamente la existencia de tal grupo empresarial. A estos efectos, resultará oportuno señalar dos extremos.

El criterio jurisprudencial nos advierte que no hay una noción específica de grupo de empresas en la normativa concursal, de modo que en su concreción habrá de acudir a las reglas generales (art. 42 C.com.).¹⁷⁰

¹⁶⁸ CARRASCO: Los derechos de garantía en la Ley Concursal, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2008, pg. 384.

¹⁶⁹ Ad ex. STS de 11 de octubre de 2003 y STS de 19 de noviembre de 2002.

¹⁷⁰ La Jurisprudencia concursal ha advertido, de modo reiterado, que, a fin de constatar la existencia de un grupo de empresas, «la característica decisiva es la existencia de una unidad de dirección entre las varias sociedades integrantes de un grupo» (SAP Baleares, Secc. 5ª, 16.5.2008 [PROV 2009, 19754]). Se insiste en esta idea al señalar que, de cuanto disponen tanto el artículo 42 CCom como el artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital, «cabe extraer que la base para la presencia de un grupo de sociedades es la existencia de una unidad de decisión» (SAP Sevilla, Secc. 5ª, 17.7.2008

Por otra parte, y en relación con cuanto ahora interesa, conviene recordar que las vinculaciones de orden subjetivo –participación en el capital social, si es que se diera, de alguno de los deudores garantizados– no es de por sí relevante para afirmar la situación de grupo de empresas, pues a decir de la jurisprudencia concursal, cuando ésta ha juzgado sobre el carácter gratuito u oneroso de las garantías intragrupo, resulta necesario acreditar la unidad de decisión que ha de mediar entre quiénes se predica su integración en el grupo. En este sentido se ha advertido que *en el supuesto enjuiciado únicamente consta la identidad del sustrato personal de ambas sociedades, así como la utilización de su patrimonio de forma conjunta, según se desprende del informe de la administración concursal. Sin embargo, más allá de estas meras alegaciones, no se ha acreditado en modo alguno que tal forma de actuar obedezca a esa unidad de dirección y de decisión encaminada a conseguir un fin común del grupo con una definida unidad de política empresarial. Tal actuación puede tener su explicación, simplemente, en el carácter familiar de las sociedades, y el escaso respeto a la independencia patrimonial de cada una de las sociedades, entre ellas y respecto de los propios socios, que deriva de su separada personalidad jurídica, pero sin la idea de unidad de decisión o dirección antes expuesta como definidora de un grupo de sociedades. Ni siquiera existen elementos para revelar si, en tal caso, estaríamos ante la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia (grupos verticales o de estructura jerárquica) o de grupos por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria).*¹⁷¹

De acreditarse la gratuidad de la hipoteca constituida en garantía de deuda ajena, no habrá que olvidar la regla específica que sienta el artículo 71.2 LC, a cuyo tenor *«el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso».*

La gratuidad del acto hace que éste sea siempre perjudicial para la masa activa del concurso («nisi liberalis nisi liberatur»). La presunción dispuesta en esta norma es más que evidente.¹⁷²

Pues bien, la consecuencia de realizar el supuesto de hecho acogido en la presunción es, también, clara. El Tribunal Supremo ha concretado su alcance señalando que *la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente –en cierta terminología doctrinal una presunción «iuris et de iure», o presunción impropia–.*¹⁷³

4.4. LA IMPOSIBILIDAD –O IMPROBABILIDAD– DE QUE TAL ACTO SE CONSIDERE «ACTO ORDINARIO DEL DEUDOR»

Todas las ideas anteriores no empecen para que el carácter perjudicial de la garantía real constituida por deuda ajena pudiera acogerse a alguna de las exclusiones de perjuicio que sanciona la LC. En este sentido, y en razón de las circunstancias que la rodearan, podrían considerarse la posibilidad de que tal proceder encerrara un acto ordinario del deudor común en el sentido previsto en la norma, Ahora bien, no parece que la constitución de una hipoteca en

[AC 2009, 21]). Este criterio se reitera en otros pronunciamientos (ad ex. SAP Badajoz, Secc. 2ª, 2.10.2008 [PROV 2009, 93654]).

¹⁷¹ SAP Pontevedra 18.11.2009 (AC 2010, 34); (Sentencia 570/2009; Rollo 632/2009)

¹⁷² «La presunción tiene en este caso pleno sentido, porque el acto a título gratuito implica por definición quebranto patrimonial de quien lo realiza como disponente, siendo por otra parte esta regla concorde con la del párrafo primero del art. 1297 C.c.» DE ÁNGEL YÁGUEZ y HERNANDOMENDÍVIL: De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa, en «Tratado Práctico Concursal», III, Aranzadi, Cizur menor, 2009, pg. 850.

¹⁷³ STS de 13 de diciembre de 2010.

garantía de deuda ajena pueda beneficiarse de la excepción dispuesta en el artículo 71.5.1º LC, pues resultará extraordinariamente difícil justificar tanto su carácter de *acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor* como la circunstancia de haberse realizado en *condiciones normales*.¹⁷⁴

La concreción de estas dos condiciones que excluyen el carácter perjudicial del acto no siempre es una tarea sencilla. En principio, la exigencia de que el acto se hubiera realizado en *condiciones normales* encierra una cuestión de hecho que habrá de ser valorada *ad casum*. Por otra parte, la consideración del *carácter ordinario* del acto habrá de hacerse siempre en relación a una finalidad. La norma advierte cuál es esa relación, pues la justificación del acto llevado a cabo se hace recaer en el desarrollo de *la actividad profesional o empresarial del deudor*. De ahí que se venga afirmando, de modo acertado, que será ésta actividad y su consideración –en los casos de personas jurídicas– como objeto social el criterio que permita el escrutinio del concreto acto. Este es, por otra parte, el criterio de general aceptación en la jurisprudencia¹⁷⁵, y en la que no ha faltado el expreso pronunciamiento negando el carácter de *acto ordinario* a la constitución de un gravamen de naturaleza real en garantía de una deuda ajena.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Sin que deba desconocerse el criterio jurisprudencial que afirma la inaplicabilidad de cuanto dispone el artículo 71.5º.1 LC en los supuestos en que resulte de aplicación una presunción absoluta ex artículo 71.2 LC. Cfr. SJM-1 Bilbao 3.10.2007 (Incidente concursal 30/2007, Sentencia 442/2007).

¹⁷⁵ El criterio jurisprudencial afirma que los actos ordinarios son aquellos que constituyen el objeto social de la compañía que los llevara a cabo. Vid., ad ex. SAP Barcelona (Sección 15) 08.01.2009; Sentencia 3/2009; Rollo 497/2008; SAP Pontevedra 18.11.2009; Sentencia 570/2009; Rollo 632/2009; SAP Málaga (Secc. 6ª) 11.3.2009 (PROV 2009, 275004); y SAP Lugo (Secc. 1ª) 11.1.2007 (AC 2007, 742); entre muchas otras.

¹⁷⁶ SJM-1 Oviedo 10.12.2007 (AC 2008, 464).

LA REINTEGRACIÓN EN EL CONCURSO. LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL¹⁷⁷**José Antonio GARCÍA-CRUCES****1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

El objeto de esta líneas es exponer el régimen que prevé nuestra Ley Concursal (en adelante, LC) para revisar los actos anteriores que realizara el ahora concursado, a fin de que queden privados de efectos aquellos que así se entienda procedente. Este instrumento –conocido como reintegración de la masa activa– ha de asentarse sobre un fundamento sólido que no solo asegure, sino que también justifique, la privación de los efectos de un acto anterior perfectamente válido.

De otra parte, en el estudio de tal régimen (actualmente dispuesto en los artículos 71 a 73 LC) conviene destacar alguna idea, pues su importancia práctica resulta evidente, en la medida en que supone –o tiende a suponer– un incremento de la masa activa. Esta circunstancia, junto con otras, ha llevado al resultado de que la denominada acción rescisoria concursal haya tenido un muy relevante protagonismo en nuestra Jurisprudencia, como habrá ocasión de constatar más adelante. Precisamente, el estudio de esa jurisprudencia quiere hacerse al hilo del estudio de las principales cuestiones que suscita este instituto, insertando en tal análisis los criterios jurisprudenciales que se han ido formando respecto de los muchos problemas que se suscitan.

En todo caso, resulta oportuno comenzar estas páginas advirtiendo un cierto prejuicio, pues el sistema de reintegración concursal plasmado en los arts. 71 a 73 LC, incluso a despecho de sus posibles defectos, siempre supondrá un avance respecto de la situación precedente, en la que la caracterización que ofrecían tanto las disposiciones que le dedicaba el Código de comercio (art. 878.2 C.Com.) como algunas decisiones jurisprudenciales que las interpretaran, eran manifiestamente rechazables.

Ese prejuicio favorable a la nueva regulación del sistema de reintegración descansa en la finalidad que, respecto de este extremo, expresamente atiende la LC. Desde luego, no puede ocultarse la finalidad perseguida en el nuevo Derecho Concursal en lo que hace a esta materia particular, pues se pretende superar, y no tan sólo perfeccionar, el sistema de reintegración previgente, al menos tal y como venía siendo interpretado y aplicado por cierta jurisprudencia. Entiendo que, en materia de reintegración concursal, existe un rechazo expreso de las soluciones que se acogían en el Derecho codificado y, en particular, del modo en que habían sido interpretadas –al menos, en ocasiones– por la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo.

Así, la Exposición de Motivos que acompaña a la LC, advierte con toda claridad las nuevas opciones, pues *el perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa...*, para añadir, poco más *La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal* adelante, una elección muy distinta a la que en ocasiones se adhiriera la jurisprudencia, pues *los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irrevindicabilidad o del registro¹⁷⁸*.

¹⁷⁷ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2013- 43323- P “Financiación y Continuidad Empresarial de Sociedades Insolventes”, Ministerio de Economía y Competitividad.

¹⁷⁸ Cfr. E. de M., ap. III, in fine.

2. LA REINTEGRACIÓN CONCURSAL COMO OPERACIÓN DE INCREMENTO DE LA MASA ACTIVA

2.1. Masa de hecho y masa de derecho

Por concepto, el concurso no es más, ni menos, que un procedimiento de satisfacción de carácter universal que ha de seguirse ante el estado de insolvencia del deudor, pues todos sus bienes quedan destinados, en principio, a satisfacer los créditos de la pluralidad de sus acreedores y de acuerdo con la solución que se diera al mismo. Conforme con este carácter, todos los bienes del concursado van a quedar afectados en favor de sus acreedores, pues con ellos y de acuerdo con las previsiones alcanzadas se dará cumplimiento a las exigencias del convenio o, por el contrario, esa masa de bienes será el objeto sobre el que recaiga la entera liquidación concursal.

En cualquiera de ambos casos, lo cierto es que la determinación de cuáles son esos bienes, afectados al cumplimiento del convenio concursal o que serán objeto de la liquidación que se desarrolle en el procedimiento universal, es una operación necesaria dentro de las que componen el trámite a seguir. Con tal finalidad, el artículo 76.1 LC destaca que *constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento*.

Con esta previsión, la LC nos advierte ya que la masa activa estará formada por los bienes y derechos que, por emplear una terminología tradicional en nuestro Derecho Concursal, fueran ocupados –aun cuando no se dé una detentación material– en el momento de la declaración de concurso, pues son de propiedad y están en poder y posesión del deudor común.

Ahora bien, ese sumatorio de bienes y derechos que se encontraran en poder del concursado en tal fecha constituye la masa activa que podríamos calificar como *de hecho*, pues no necesariamente su disposición de cara al convenio o a la liquidación va a ser posible, porque, ad ex., pertenecen a tercero ajeno al concurso. Por otra parte, habrá bienes y derechos que resulten ser de titularidad del concursado, o que se entienda que deben ser de su titularidad, y que, sin embargo, no estén en su poder y posesión.

De este modo, se hace preciso transformar esa masa activa *de hecho* en masa activa *de derecho*, a fin de determinar con toda exactitud cuál es la composición de ella. En definitiva, y a fin de poder actuar las soluciones que se den al concurso, hemos de –permítase esa expresión– *juridificar* la masa activa.

Ese proceso de juridificación de la masa activa requiere el desarrollo de operaciones dirigidas a depurar los bienes o derechos que han de constituir la masa activa, tanto excluyendo aquéllos que por una u otra razón deban quedar al margen del juicio universal como incluyendo aquellos que se entienda que no debieron salir del patrimonio del deudor común o que, por el motivo que fuere, han de engrosar esta masa patrimonial. De este modo, y a fin de llevar a cabo tales operaciones, habrá que excluir de la masa activa aquellos bienes y derechos que, *aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables* (cfr. art. 76.2 LC). Por otra parte, tampoco deberán formar parte de la masa activa *los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención (separatio ex iure domini*. Cfr. art. 80.1 LC). Igualmente, no puede olvidarse que, pese a su inclusión en la masa activa, en la misma pueden concurrir bienes o derechos vinculados a la satisfacción particular de ciertos créditos (vid. art. 90.1 LC), pues *el pago de los créditos con privilegio especial se hará con*

*cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva (separatio ex iure crediti. Crf. art. 155.1 LC)*¹⁷⁹.

Pero, junto con estas operaciones de reducción de la masa también existen otras dirigidas a buscar su incremento o que, al menos, conducen a ese resultado. Así, la LC destaca que ciertos bienes, pese a no ser de titularidad del concursado, deben integrar la masa activa de su concurso, tal y como ocurre con los saldos que sean de titularidad indistinta y en la que participa el concursado (vid. art. 79.1 LC) o, bien, que tal resultado derive de la aplicación de la presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre cónyuges, a tenor de cuanto señala el artículo 78 LC, o de la extensión, en su caso, a los bienes comunes o gananciales, según previene el artículo 77.2 LC. Ahora bien, la principal operación que conlleva un incremento de masa activa es la denominada reintegración concursal o reintegración de masa activa.

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

El origen de todo sistema de reintegración de masa en el concurso descansa en la experiencia contrastada que antecede al reconocimiento jurídico del estado de insolvencia. La realidad nos muestra cómo, ante el riesgo de una situación de insolvencia, el deudor puede llevar a cabo una *huida hacia delante* que agrava aún más aquel estado, con grave perjuicio de sus acreedores; puede también tratar de eludir ciertos bienes respecto de su futuro concurso o, en fin, adopta las medidas oportunas, por sí o a petición de tercero interesado, en virtud de las cuáles se favorece a unos acreedores en detrimento del resto. La constatación de esa realidad ha llevado, desde siempre, a que en toda regulación concursal se disponga de normas e instituciones que permitan revisar las actuaciones del concursado en esa etapa anterior a la declaración del concurso y en la que ya padecía el estado de insolvencia que luego se formalizará o en la que, al menos, vinieron a producirse ciertos desarreglos económicos que le llevaron a tal comportamiento¹⁸⁰.

Surgen así los distintos sistemas de reintegración concursal cuya finalidad, que se realizará a través de modos muy distintos y con consecuencias bien diferentes, no es otra que la de preservar la integridad, tanto cuantitativa como cualitativa, del patrimonio del ahora concursado. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, que no ha dudado en señalar que: *mediante tales*

¹⁷⁹ Junto con los anteriores, también habrá que excluir de la masa activa aquellos buques y aeronaves sobre los que, recayendo un privilegio especial, el acreedor instara la ejecución separada que reconociera su legislación específica, sin olvidar la previsión de que *si de la ejecución resultara remanente a favor del concursado, se integrará en la masa activa* (art. 76.3 LC). Esta posible ejecución separada en los casos señalados, está sujeta al plazo de un año, a contar desde la fecha de la declaración de concurso, pues –como advierte el precepto citado– transcurrido dicho plazo *ya no podrá efectuarse y la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo dispuesto en esta ley*. De igual manera, también habrán de excluirse de la masa activa aquellos bienes y derechos sobre los que recayera la ejecución singular y ésta continuara, pese a la declaración de concurso, por derivar de *procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor* (art. 55.1 LC). Por último, y para el caso en que así se diera, habría que excluir también aquellos bienes y derechos que fueran objeto de ejecución a favor de los créditos contra la masa, en los términos dispuestos en el artículo 84.4 LC. *La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal*

¹⁸⁰ Este tipo de consideraciones, aunque con diferentes matices, son frecuentes entre nosotros. En relación con el sistema de retroacción derogado, vid. ROJO: «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *RDM*, 1979, pp. 89 y ss.; GARCÍA-CRUCES: *Notas sobre el instituto concursal de la retracción*, libro Homenaje al Prof. Dr. Menéndez Menéndez, III, Madrid, 1996, pp. 3553 y ss.; MASSAGUER: *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pp. 11 y ss.; SANCHO GARGALLO: *La retroacción de la quiebra*, Cizur Menor, 1997, pp. 193 y ss.

acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par condicio creditorum¹⁸¹.

3. DESLINDE DE LA REINTEGRACIÓN RESPECTO DE OTRAS REGLAS E INSTITUCIONES ACOGIDAS EN LA LEY CONCURSAL Y QUE PUDIERAN TENER EL EFECTO DE GENERAR UN INCREMENTO DE LA MASA ACTIVA

3.1. Reintegración y complicidad concursal

Antes se indicó cómo el resultado a que conduce todo sistema de reintegración concursal no es otro que el de, en su caso, un incremento de la masa activa, como consecuencia de las operaciones de determinación de la misma. Pues bien, un repaso del texto de la LC nos permitirá constatar, de igual manera, la previsión de ciertas reglas e instituciones concursales cuya aplicación podrá generar, también, ese mismo resultado de incrementar la masa activa del concurso. Por ello, no estará de más detenerse brevemente en diferenciar tales supuestos respecto de la figura de la reintegración en el concurso.

En primer lugar, conviene analizar las relaciones que pueden mediar entre la reintegración y la figura de la complicidad concursal, supuestos distintos y que, conduciendo a un resultado común de incremento de la masa activa¹⁸², a veces no se diferencian adecuadamente entre nosotros¹⁸³. La coincidencia de resultados no puede, sin embargo, llevarnos a afirmar que el tercero que se relacionara con el futuro concursado y frente al que se ejercite una acción de reintegración merezca, como consecuencia de tal proceder, la calificación de cómplice concursal. Si ese tercero lo es *in bonis* pese a la impugnación del acto o contrato, resulta manifiesto que no puede merecer sin más el calificativo de cómplice, pues el artículo 166 LC requiere para la complicidad la concurrencia de un elemento intencional –dolo o *culpa lata*– que en tal supuesto, por definición, es inexistente. Pero, incluso, si ese tercero que se relacionara con el futuro concursado mereciera la calificación de tercero de mala fe, la respuesta habría de ser la misma. En efecto, la mala fe, que encerraría su actuación dolosa o, al menos, con culpa grave, vendría referida al concreto acto en que participara y que podría constituir el objeto de la correspondiente acción de reintegración¹⁸⁴. Sin embargo, la calificación de un sujeto como cómplice concursal requiere algo más, pues el dolo o la culpa lata con que actuara no quedan referidos a un concreto acto sino, por el contrario, a la causación o al agravamiento del estado de insolvencia del concursado (cfr. art. 166 LC). Por ello, sólo en la medida en que el tercero participara en un acto que tuviera el efecto anunciado podría ser calificado como cómplice, de tal modo que frente a él no solo cabría el ejercicio de una acción

¹⁸¹ STS 30 de abril de 2014 (TOL4.331.151). En otras ocasiones, y respecto de nuestra regulación vigente, se advierte – respecto de un supuesto de otorgamiento de garantías por el deudor, ahora concursado– que *en el caso enjuiciado la ineficacia de la prenda como consecuencia del ejercicio de la acción rescisoria concursal no es una sanción civil, sino el resultado de los efectos propios de aquella ya que la finalidad que se persigue es la reparación de un perjuicio ocasionado a los acreedores, concurriendo un perjuicio “para la masa”, atendido que el otorgamiento de las garantías financieras (prenda) ha sido realizado perjudicando injustificadamente las expectativas de cobro de los acreedores que por entonces tuviera el deudor, ahora concursado*. STS 4 de septiembre de 2014 (TOL4.521.047).

¹⁸² Derivado de los efectos que el artículo 172.2.3.º LC dispone para los cómplices (extinción de derechos, obligación de restitución, indemnización de daños y perjuicios causados).

¹⁸³ Ad ex., ALCOVER GARAU: «La calificación del concurso», en AAVV, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Dilex, Madrid, 2002, pp. 255 y 256.

¹⁸⁴ La consideración de un sujeto como cómplice requiere que éste haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable. STS 27 de enero de 2016.

de reintegración sino, sobre todo, los efectos de carácter patrimonial que previene el artículo 172.2.3.º LC en relación con la complicidad concursal¹⁸⁵.

En realidad, si se repasan las previsiones de los artículos 73 y 166 LC podrá comprobarse cómo, en relación con el tercero, el objeto de la reintegración y de la consideración de aquél como cómplice son radicalmente distintos. En efecto, mientras que con el ejercicio de la acción de reintegración viene a considerarse un acto particular, a despecho de la valoración que merezca la conducta seguida por el agente y en el que resulta irrelevante –a fin de lograr el éxito de la acción– cualquier elemento intencional, en la sección de calificación, que es el trámite reservado para considerar a ese tercero como cómplice, el enjuiciamiento de conductas deviene esencial, pues es la razón de ser de esta sección del juicio universal, ya que se trata de valorar la conducta seguida por ese tercero, en este caso, su participación intencional en la causación o agravación del estado de insolvencia, de modo que, constatado su actuar doloso o con culpa lata, procede sentar las oportunas consecuencias entre las que se dará la ineficacia de ciertos actos.

Dicho en otras palabras, en la reintegración se analiza la pertinencia de un acto, al margen de cuál haya sido la intención del agente, aun cuando ésta pueda llegar a ser relevante en orden a la modulación de los efectos. Por el contrario, en la calificación la consideración de un sujeto como cómplice se ha de hacer en razón del reproche que merece su actuar, pues éste se caracteriza por la concurrencia del dolo o la culpa lata. Por todas estas razones, cabe concluir afirmando que el tercero afectado por la reintegración y el cómplice concursal son figuras que se excluyen.

3.2. Reintegración concursal y personas afectadas por la calificación

Otro tanto cabe afirmar respecto de la figura de las *personas afectadas por la calificación* (vid. arts. 164.1 y 172.2.1.º LC) que, en su caso, se diera en el concurso. Con este concepto nuestra legislación concursal se imbuje de realismo pues, a la hora de valorar las conductas seguidas en relación con la causación o agravación del estado de insolvencia que da origen al concurso, no sólo toma como referencia la conducta seguida por el deudor común sino, también, y sobre todo para las personas jurídicas, el proceder de quienes fueran sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, así como de sus apoderados generales, a fin de constatar el dolo o la culpa lata con que participaron en el origen o empeoramiento de tal impotencia patrimonial.

El resultado, entre otros, a que conduce que algún sujeto sea considerado como *persona afectada por la calificación* es el de un incremento de la masa activa, pues como efecto propio de ella se obtiene tal resultado, tanto como consecuencia de su obligación de restitución a favor de la masa activa como de la pérdida de cualquier derecho que frente a ésta pudiera asistirles (cfr. art. 172.2.3.º LC). Un efecto similar puede alcanzarse en aquellos supuestos en que los sujetos que fueran considerados como *personas afectadas por la calificación* reunieran ulteriores exigencias, pues en tal caso los acreedores dispondrán de otro u otros patrimonios con cargo a los cuales poder satisfacer sus créditos y como consecuencia de la responsabilidad concursal o por el fallido concursal a que pudieran ser condenados aquéllos (vid. art. 172 bis LC). En estos casos, tanto como efecto de la mera consideración del administrador o liquidador (y ahora, también, del apoderado general), sea de derecho o de hecho, como *persona afectada por la calificación* como si, además, se declarara su responsabilidad concursal, el resultado que vendría a alcanzarse es el

¹⁸⁵ Sobre la figura de la complicidad concursal, vid. GARCÍA-CRUCES: *La Calificación del Concurso*, Cizur Menor, 2004, pp. 141 y ss. y MORALES: El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación, en García-Cruces (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 75 y ss. Sobre la responsabilidad de los cómplices y su alcance, vid. STS 11 de marzo de 2015 (TOL4.807.186).

de un incremento de la masa activa o, en su caso, también un resultado próximo y que consistiría en la vinculación de otros patrimonios a la satisfacción de los créditos frente al deudor común¹⁸⁶.

Ahora bien, bastará con recordar el supuesto de hecho para, sin desconocer cierta comunidad de efectos, poder diferenciar estos casos de la posición jurídica del tercero en aquel acto que se quiera impugnar al amparo del sistema de reintegración de la masa activa. El fundamento que legitima el desplazamiento patrimonial a favor de la masa activa es, en cada caso, muy diferente, pues si tal resultado se produce frente a una *persona afectada por la calificación*, su justificación radica en el previo enjuiciamiento de su proceder doloso o con culpa lata en la causación o agravamiento del estado de insolvencia del deudor por el que esta persona actuó o cuya voluntad determinó (cfr. art. 164.1 LC). Por el contrario, el éxito de la acción de reintegración no requiere el enjuiciamiento de una conducta para calificarla como dolosa o con culpa grave, pues la concurrencia de tal elemento intencional no despliega consecuencia alguna a los efectos de determinar la procedencia de tal acción rescisoria. Su posible relevancia se limita, tan sólo, a la calificación que pudiera merecer el crédito que, como consecuencia de la rescisión del acto, pudiera asistir al tercero (cfr. art. 73.3 LC).

4. RÉGIMEN GENERAL DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN EN LA LC

4.1. Los presupuestos de la acción rescisoria ex art. 71 LC

El apartado primero del artículo 71 LC advierte que: *Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*

La lectura de esta regla nos permite destacar algunas ideas que pudieran tener una indudable importancia de cara a interpretar el régimen a que se sujeta esta acción de reintegración. En primer lugar, el texto destaca expresamente el carácter rescisorio de la acción de reintegración (*serán rescindibles*). La jurisprudencia ha advertido de modo expreso tal caracterización, pues tal y como destaca la STS 12 de noviembre de 2014¹⁸⁷: *las “acciones de reintegración”, y, en particular, las acciones rescisorias concursales, responden a la categoría jurídica de rescisión por concurrir algunos requisitos de dicha figura y en particular, la sanción de ineficacia de negocios válidamente celebrados.*

Por otra parte, la acción de reintegración o acción rescisoria concursal es una *actio* vicaria del propio concurso. Con esta idea se quiere poner de manifiesto la vinculación funcional de la acción respecto del propio proceso concursal, de modo que la acción no caduca en tanto en cuanto se mantenga el mismo; esto es, mientras subsista el proceso concursal cabrá la posibilidad del ejercicio de la acción. Ello es así en la medida en que, como destaca la jurisprudencia¹⁸⁸, nos

¹⁸⁶ Sobre la noción de «persona afectada por la calificación», *vid.* GARCÍA-CRUCES: *La Calificación del Concurso*, *cit.*, pp. 114 y ss. y MORALES: El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación, *cit.*, pp. 75 y ss.

¹⁸⁷ TOL4.584.443 Insiste en tal idea la STS 21 de noviembre de 2016 (TOL ...), al advertir que es claro, en atención a la propia terminología usada por el legislador, que la acción de reintegración propiamente concursal introducida en el art. 71 LC, la rescisión concursal, tiene naturaleza rescisoria. Se trata de una acción de ineficacia funcional, en cuanto que presupone que el acto impugnado es válido, pero puede impugnarse en atención a los efectos perjudiciales para terceros, en este caso los acreedores en el posterior concurso de acreedores del disponente.

¹⁸⁸ STS 12 de diciembre de 2013 (Roj: STS 6309/2013-ECLI:ES:TS:2013:6309). *Vid.*, también, aunque de forma más confusa, STS 12 de noviembre de 2014 (TOL4.584.443).

encontramos ante: *una acción de reintegración propiamente concursal, que nace y se extingue con el concurso de acreedores, de naturaleza rescisoria, que funda la ineficacia de los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, en el perjuicio para la masa activa (art. 71.1 LC).*

La lectura del citado artículo 71.1 LC permite concluir señalando que la procedencia de la acción de reintegración se sujeta a la concurrencia de un doble presupuesto, pues no sólo será necesario que el acto a impugnar se hubiera celebrado en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso sino, también y fundamentalmente, que el mismo fuera perjudicial para la masa activa. El texto, además, viene a especificar cómo no resulta necesario que en el acto que se desea impugnar, por reunir los presupuestos señalados, concorra intención fraudulenta alguna. El Tribunal Supremo ha expresado esta idea con toda claridad, al manifestar que *la acción de reintegración, si bien requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, no precisa que haya el ánimo o propósito de defraudar*¹⁸⁹.

Antes de analizar detenidamente los presupuestos que determinan el éxito del ejercicio de la acción rescisoria por reintegración, conviene hacer algunas precisiones que derivan del tenor literal del apartado 1 de este art. 71 LC.

En primer lugar, debe advertirse cómo no media vinculación alguna, a fin de que proceda la acción rescisoria, entre el acto que se quiere impugnar y el estado de insolvencia del ahora concursado. El perjuicio, noción sobre la que se asienta el entero sistema de reintegración, es independiente del estado de insolvencia, en el sentido de que el acto puede resultar perjudicial aunque no medie relación causal alguna entre éste y aquel estado de insolvencia del ahora concursado. En ningún caso la norma viene a vincular la procedencia de la acción rescisoria con la producción del estado de insolvencia, como así se deriva de su tenor literal¹⁹⁰.

La STS 24 de julio de 2014¹⁹¹ expresamente manifiesta esta circunstancia al señalar que *bajo la configuración de la acción rescisoria concursal en el art. 71 LC, para poder apreciar que el acto objeto de rescisión es perjudicial para la masa activa no es necesario ni que haya generado o agravado la insolvencia, ni que se haya realizado estando la sociedad concursada en estado de insolvencia.*

¹⁸⁹ STS 27 de octubre de 2010 (TOL1.982.638). La STS 24 de julio de 2014 (TOL4.513.843) señala que *bajo la configuración de la acción rescisoria concursal en el art. 71 LC, para poder apreciar que el acto objeto de rescisión es perjudicial para la masa activa no es necesario ni que haya generado o agravado la insolvencia, ni que se haya realizado estando la sociedad concursada en estado de insolvencia.* Insiste en esta idea la STS 28 de marzo de 2012 (TOL2.533.407) al destacar que *el artículo 71 prescinde por completo del requisito subjetivo de la intención fraudulenta, al extremo que su tenor literal de forma expresa excluye tal exigencia al disponer que “[d]eclarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de si han sido realizados de buena fe. Por el contrario, no lo son los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe.* Vid., también, STS 30 de abril de 2014 (TOL4.331.151). Con posterioridad reitera estas ideas la STS 4 de noviembre de 2016.

¹⁹⁰ Éste es, acertadamente, un lugar común. Vid., por todos, BELTRÁN, en URÍA y MENÉNDEZ (Dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, II, 2.ª ed., Madrid, 2007, p. 1024; LEÓN: Comentario art. 71, en ROJO y BELTRÁN (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid, 2004, p. 1307 y CARRASCO: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3.ª ed., Madrid, 2009, p. 391.

¹⁹¹ TOL4.513.843. La STS 16 de septiembre de 2010 (TOL1.981.027) ya advirtió esta idea al señalar que *en cuanto a la alegación de inexistencia de insolvencia de los Srs. ... en abril de 2003, cuando tuvo lugar la operación, resulta inconsistente porque incurre en supuesto de la cuestión al contradecir una apreciación fáctica de la resolución recurrida no previamente desvirtuada, además de no ser necesaria a los efectos de que se trata porque la Ley sólo exige perjuicio.*

Por otro lado, no habrá que olvidar que la procedencia de la acción de reintegración va referida, siempre, a actos del deudor, por lo que la voluntariedad que caracteriza a éstos se constituye en presupuesto de tal remedio jurídico. De este modo, puede señalarse que no cabe la rescisión de un acto al amparo del art. 71.1 LC cuando el mismo viniera a suponer el cumplimiento de una norma jurídica, pues no habría *acto*, como tal, *aunque no hubiere existido intención fraudulenta*". Dicho de otra forma, los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, impugnables del deudor, con independencia de su significado para la masa activa, ya que, de alguna manera, esa valoración acerca del carácter perjudicial o no de aquél viene resuelta de modo negativo en la norma que exige tal comportamiento. Pues bien, no cabe desconocer ciertos supuestos en que la constitución de garantías viene impuesta por nuestro Ordenamiento jurídico, tal y como sucede con ciertos acuerdos de aplazamiento y fraccionamiento de pago de créditos públicos¹⁹²; exigencia de la que no puede dispensarse al deudor salvo en los supuestos y condiciones allí previstas¹⁹³.

Esta conclusión puede ampararse en el tenor literal y en la función que está llamado a cumplir el sistema de reintegración del concurso. De todos modos, no cabe dejar de lado la modificación de la LC que, primero mediante la reforma llevada a cabo con el RDL 3/2009 y luego con su ratificación por la Ley 38/2011, ha incorporado una nueva norma en sede de reintegración concursal que explicita tal idea. Con la nueva previsión que acoge el art. 71.5.3.º LC¹⁹⁴, se zanja cualquier discusión sobre este extremo, superándose así el criterio que alguna ocasión manifestara la jurisprudencia¹⁹⁵, quien no dudó en rescindir ex art. 71 LC las garantías que, impuestas por la normativa general, se habían constituido a favor de créditos públicos¹⁹⁶.

¹⁹² Vid., ad ex. arts. 65.3 y 82 LGT.

¹⁹³ En el ámbito tributario, el art. 82.2.a LGT determina los supuestos en que procede la dispensa en la constitución de las garantías para los supuestos de fraccionamiento y aplazamiento de la deuda tributaria, reduciendo esta posibilidad a aquellos casos en que el deudor carezca de bienes, así como aquellos otros en que tal dispensa se justifique en lo reducido de la cuantía adeudada, cantidad que se fijara a través del oportuno desarrollo reglamentario. La Orden HAP/2178/2015, de 9 de octubre fija ese límite cuantitativo en 30000 euros para el conjunto de dudas exigibles al deudor.

¹⁹⁴ Sobre esta norma, vid. GARCÍA-CRUCES, en GARCÍA-CRUCES y LÓPEZ SÁNCHEZ: *La reforma de la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2009, pp. 17 y ss.

¹⁹⁵ *La administración concursal se sustenta en el art. 71.3.2.º LC para justificar su petición de que la hipoteca constituida sobre la maquinaria de la concursada sea rescindida. El precepto esencial en esta materia es el art. 71.1 LC, que permite la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. En este caso el requisito temporal se atiende, pues la hipoteca se constituye semanas antes de que se declare el concurso. No consta intención fraudulenta, pues lo que se negocia es un aplazamiento constituyendo una garantía real sobre un bien productivo que tenía algún valor. El art. 71.3.2.º de la Ley Concursal, citado por la administración concursal, permite la rescisión ante la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. La propia escritura de constitución de la hipoteca señala cómo la deuda que se garantiza, 78.597,15 euros, corresponde al período noviembre dos mil tres a marzo dos mil cuatro. Al ir a constituir la hipoteca en abril de dos mil cinco se reconoce que se ha obtenido un aplazamiento por resolución de la Dirección Provincial de Bizkaia de la TGSS de veintidós de octubre de dos mil cuatro, y que lo garantizado es esa deuda, 78.597,15 euros, y los intereses que menciona. Es decir, la misma deuda que preexistía. Estamos, en consecuencia, ante un caso claramente subsumible en las previsiones del art. 71.3.2.º LC, pues se constituye una garantía, la hipoteca sobre la maquinaria, para asegurar el cumplimiento de una obligación que ya existía previamente al momento en que se otorga. Este mismo juzgado dijo en su sentencia de 9 de septiembre de 2005, que «ha sucedido, en consecuencia, lo que el legislador previene el art. 71 de la Ley Concursal, esto es, que un acreedor obtiene, dentro del período sospechoso, una garantía añadida sobre una deuda aparentemente nueva, pero que en realidad es anterior, mejorando de forma obvia su condición y posición frente a los demás acreedores de la concursada». Esa conclusión debe reiterarse en este caso. En efecto, el art. 71.3 presume el perjuicio patrimonial salvo prueba en contrario. La TGSS considera que la hay en tanto que con su actuación contribuyó a favorecer la continuidad*

No obstante lo anterior, el problema que pudiera suscitarse respecto de la voluntariedad del acto, a fin de poder ser objeto de rescisión concursal, hace referencia a aquellos casos en que la debida realización del acto tiene su origen en una previa decisión –ahora sí, voluntaria– del deudor. En este sentido, no parece dudoso que excluyamos la procedencia de la acción de reintegración respecto de aquellos actos que se hubieran llevado a cabo, obviamente con merma del patrimonio que luego dará lugar a la masa activa, como ejecución de una garantía real previamente constituida por el ahora concursado. En tales supuestos, faltará la voluntariedad que requiere la impugnación de aquel acto. Ahora bien, lo anterior no impide a que deba advertirse cómo sí será posible la impugnación, en supuestos como el descrito, de aquellos actos anteriores de los que deriven los actos de ejecución. En este sentido, si el acto –ad ex., la constitución de una garantía real– fuera impugnado, con tal proceder también se harían venir a menos los actos debidos en ejecución de aquel anterior¹⁹⁷.

En último lugar, y con carácter previo al análisis de los presupuestos que requiere el éxito de la acción de reintegración, conviene insistir en la irrelevancia, expresamente destacada por el legislador, de la concurrencia de elemento intencional alguno en el deudor a fin de que el acto pudiera resultar rescindible ex art. 71.1 LC. Recuérdese la procedencia de la impugnación, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, pues ésta sólo requiere de la concurrencia de las exigencias de plazo y de perjuicio.

Con ello quisiera advertir que el objeto del sistema de reintegración español es, a mi juicio, el acto en sí, con independencia de la intencionalidad del partícipe –o partícipes– en él. No se trata, por tanto, de valorar las conductas seguidas sino, antes bien, el significado patrimonial de los actos llevados a cabo. Entiendo que esta idea es importante y que permite superar algunas concepciones arcaicas que pudieran haber estado presentes en nuestro Derecho derogado¹⁹⁸ y

empresarial, pues de no haberse obtenido el aplazamiento y garantía, hubiera ejecutado el patrimonio de la hoy concursada. Seguramente haya ocurrido así, como acontece, en general, con cuantos conceden crédito o aplazan el exigible a cambio de la constitución de garantías. Pero tan legítima finalidad no impide apreciar que sí se produjo perjuicio patrimonial. Por un lado, porque se ha favorecido a un acreedor en perjuicio de los demás, al mejorar su posición pues con la hipoteca el crédito se califica como privilegiado, conforme al art. 90.1.1.º LC. Por otro, porque un bien de algún valor, la maquinaria hipotecada, fue gravado para garantizar una deuda que preexistía al momento de constituir la hipoteca. Es decir, se disminuye la posibilidad de obtener crédito porque ya no puede ofrecerse como garantía todo el valor de la maquinaria hipotecada, que ha de responder primero de la garantía que ha logrado la TGSS. SJM-1 Bilbao 3 de octubre de 2007 (Incidente Concursal 30/2007, Sentencia 442/2007).

¹⁹⁶ En contra, se ha observado –con acierto– que *la Ley Concursal se refiere, además, a “actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor”*. La autoría declarada (que no voluntad dañosa, que resulta indiferente a estos efectos) entendemos que debe interpretarse como facultad. Así, no serán susceptibles de rescisión aquellos actos cuya realización proceda de una imposición administrativa o judicial. ESCRIBANO GÁMIR: El perjuicio en la acción rescisoria concursal, ADCo, 10 2007, pp. 7 y 11, en concreto, p. 26.

¹⁹⁷ De igual modo, cabe cuestionarse si resultaría posible el ejercicio de la acción de reintegración frente a omisiones del deudor que pudieran haber irrogado un perjuicio a la masa activa. En relación con este extremo, se ha observado que *la noción de acto se ha de interpretar de una manera flexible. Se trata de un concepto abierto. La delimitación se ha de concretar en cada caso en atención a los fines de la norma. (...) Dentro del concepto de actos quedan comprendidas incluso las omisiones, como la relativa a la renuncia tácita al ejercicio de un derecho por parte del deudor o de una reclamación frente a tercero*. LEÓN: Comentario art. 71, cit., 2004, p. 1305.

¹⁹⁸ En el –afortunadamente– derogado sistema de retroacción absoluta, se partía de la ficción de que los efectos que tenía la declaración de quiebra se retrotraían en el tiempo, de modo que, al quedar inhabilitado el quebrado como consecuencia del auto declarativo (cfr. art. 878.1 CCom.), se propagaba ese efecto respecto de los actos anteriores a tal fecha pero posteriores a aquélla que se fijara como fecha de retroacción (art. 878.2 CCom.). Vid. PINTO RUIZ: «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 4283 y ss. Sobre este extremo, y de forma crítica, vid. GARCÍA-CRUCES: Notas sobre el

que, incluso, pudieran tener su reflejo en la terminología usual con que suele explicarse el sistema de reintegración que consagra la vigente LC¹⁹⁹.

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

En atención a estas previsiones parece razonable señalar que el fundamento de la acción de reintegración en el sistema adoptado en la LC se hace descansar en el perjuicio que dicho acto puede causar a la masa activa. Esta observación no hace venir a menos la necesidad de respetar la exigencia temporal pues el acto impugnado deberá haberse celebrado en el período de los dos años anteriores a la declaración de concurso²⁰⁰.

4.2. El plazo

El primer presupuesto que ha de satisfacerse a fin de que pudiera tener éxito la impugnación ex artículo 71.1 LC, es la exigencia de que el acto se hubiera llevado a cabo, tal y como dispone la norma, *dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso*²⁰¹.

Respecto de esta exigencia temporal se han formulado algunas críticas cuyo recordatorio pudiera ahora resultar de interés. En este sentido, y atendiendo quizás en demasía a los

instituto concursal de la retroacción, en el Libro Homenaje al Prof. Dr. Menéndez Menéndez, vol. III, Madrid, 1996, pp. 3553 y ss.

¹⁹⁹ En efecto, es usual referirse a la exigencia de que el acto se lleve a cabo en el período de dos años que advierte el art. 71.1 LC como el *período sospechoso*. Debe rechazarse cualquier connotación de esa referencia temporal respecto de un actuar merecedor reproche, pues la procedencia de la acción de reintegración es inmune a exigencia alguna de este tipo.

²⁰⁰ Una cuestión que se ha suscitado en ocasiones es la que hace referencia a si, dado el carácter rescisorio de la acción ex artículo 71 LC, la misma debe sujetarse a la exigencia de subsidiariedad con que tal tipo de acción se caracteriza en nuestro Derecho privado. De acuerdo con tal exigencia, que proclama el artículo 1294 C.c., no será posible el ejercicio de la acción rescisoria si el legitimado tuviera a su disposición otro medio legal de obtener la reparación del perjuicio (ad ex. STS 22 de abril de 2004 [Roj: STS 2632/2004 - ECLI:ES:TS:2004:2632]; STS 30 de enero de 2004 [Roj: STS 471/2004 - ECLI:ES:TS:2004:471]; entre muchas otras). La exigencia de subsidiariedad ha de excluirse, sin embargo, respecto de la acción rescisoria concursal. Dada la previa –y necesaria para la existencia de la acción– declaración de concurso, constatando la insolvencia del deudor común, se entenderá que carezca de sentido tal requisito. Por ello, y a diferencia de cuanto sucede con la rescisoria común, el artículo 71.6 LC declara la compatibilidad de esta acción rescisoria concursal respecto de *otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho*.

²⁰¹ El Tribunal Supremo ha rechazado, con todo acierto, una aplicación de este plazo bianual al ejercicio de la acción de retroacción que preveía el derogado artículo 878.2 C.com. y que quería justificarse en virtud de cuanto advierte la Disposición Adicional Primera de la LC. Cfr. STS 25 de marzo de 2011 (TOL2.644.935).

antecedentes inmediatos de tal previsión y que no son otros que las reglas de retroacción del C.com. previgentes, se ha criticado la predeterminación de un único período, común para todos los actos pero, también, para cualquier supuesto en que se alcanzara la declaración de concurso²⁰². Por ello, se vino a sugerir la conveniencia de sustituir tal opción de política legislativa por otra en la que viniera a confiarse al Juez del concurso la determinación de una fecha que operara como límite temporal de la posible reintegración, para lo cual éste vendría a fijarla en atención a las circunstancias que rodearan cada concreto concurso.

La crítica es, desde luego, atractiva y las razones en que se justifica resultan más que atendibles. Pese a todo ello, quizás no estaría de más una defensa de la opción que acoge la LC en lo que hace a este particular pues, de lo contrario, nos situaríamos al margen de la que ha sido nuestra experiencia concursal, podrían afectarse negativamente exigencias elementales derivadas de un principio de seguridad jurídica y, por último, cabría la posibilidad de desconocer alguna otra previsión que, sobre estos extremos, adopta la LC²⁰³.

En primer lugar, resulta incuestionable que la crítica que acabamos de exponer viene a hacerse eco de algunas de las particularidades que presentaba el anterior sistema de reintegración, en particular en lo que hacía a las reglas que disciplinaban la retroacción. En efecto, de acuerdo con cuanto prevenía el artículo 1024 C.com. de 1829, el Juez, en el auto declarativo de la quiebra, debía fijar con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, la época a la que deban retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultase haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones. Pues bien, es de general conocimiento las muchas dificultades y problemas que suscitaba tal exigencia de fijación de una fecha de retroacción²⁰⁴ y que justificaron la afirmación de la profunda insatisfacción que tal proceder generó, pues bastará con recordar la arbitrariedad con que en más de una ocasión se determinó tal referencia temporal, de modo que en nuestra práctica no eran infrecuentes algunas decisiones en las que se concretaba un período de retroacción extremadamente alargado, con todas las negativas consecuencias, en particular para la seguridad del tráfico, que ello supone. Descargar sobre el Juez una tarea de este tipo, obligándole a una suerte de investigación casi detectivesca, pudiera no resultar siempre acertado.

Pero, también, puede considerarse que existe otra razón para disentir de la opinión expuesta. La crítica a la que nos referimos obedece a la finalidad de permitir adecuar la duración del período en que es posible la reintegración a las particularidades que rodeen cada concreto concurso, a fin de evitar que la fijación de un único plazo pudiera tener como resultado la escapatoria de actos cuya impugnación, dado su carácter lesivo, pudiera ser más que evidente. Sin embargo, me parece que esta finalidad puede no hacerse venir a menos si se tiene presente la perfecta compatibilidad del sistema de reintegración diseñado en la LC con otras acciones. En efecto, el ejercicio de la acción ex artículo 71.1 LC no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho (cfr. art. 71.6 LC). Con el juego de estas otras acciones generales de impugnación (ad ex., art. 1111 C.c.) podría darse cobertura a aquellos supuestos que quedaran al margen del sistema de reintegración por razón de la fecha en que se hubieran celebrado tales actos.

²⁰² Vid., ad ex. LINACERO DE LA FUENTE: *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Madrid, 2005, pp. 65 y 66; RIVERA FERNÁNDEZ: *Reintegración y Concurso de acreedores*, Madrid, 2005, pp. 89 y 90.

²⁰³ Vid. GARCÍA-CRUCES: «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», en Quintana, Bonet, y García-Cruces (Dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2005, p. 355.

²⁰⁴ Sobre tal exigencia y su plasmación en la práctica, vid. GUTIÉRREZ GILSANZ: *La fecha de retroacción*, Valencia, 2001, passim.

De igual modo, no habrá que olvidar otro extremo importante. En mi opinión, no tiene sentido discriminar —a efectos de fijar la duración del plazo— entre los supuestos en que procede la declaración de concurso ni, tampoco, entre los distintos tipos de actos a fin de ponderar su posible carácter perjudicial para la masa activa. Recuérdese que la reintegración no es instrumento para valorar las conductas seguidas por el deudor, de modo que pudiera moderarse su alcance en razón de como aquél hubiera actuado sino, antes bien, el texto legal opta por una objetivación a despecho de cualquier consideración de ese tipo. Por otro lado, no parece conveniente discriminar a través de la fijación de distintos plazos respecto del tipo de acto de que se trate, pues lo relevante no es el acto en sí y sus particulares caracteres —con excepción de aquellos de los que el legislador considera alguna circunstancia particular para ordenar su irrevocabilidad— sino, mejor, los efectos perjudiciales que éste acarrea para la masa activa²⁰⁵.

Por último, y con un mayor calado, en todo este temario no cabe dejar de lado el conflicto de intereses que necesariamente subyace. En cualquier sistema de reintegración concurren dos valores en profunda contradicción, pues se trata de armonizar la necesidad de revisar la conducta anteriormente seguida por el luego concursado, a fin de lograr una correcta formación del patrimonio que quedará afecto a favor de sus acreedores, con la básica exigencia de la seguridad jurídica que se pone, de algún modo, en entredicho con un sistema de reintegración, pues se trata de privar de eficacia, de una u otra manera, a actos de un sujeto que, en el momento de llevarlos a cabo, sobre él no pesaba limitación alguna. Los terceros que confiaron en la capacidad y regularidad del proceder del futuro concursado se verán, no obstante tales circunstancias, afectados sorpresivamente por una declaración posterior al acto que se impugna. Por ello se entenderá la, al menos, conveniencia de fijar un concreto período que resulte ser un mecanismo de protección de los terceros que se hubieran relacionado con quien posteriormente fuera declarado en concurso²⁰⁶.

En todo caso, no puede desconocerse el significado del plazo bianual dispuesto en el art. 71.1 LC. En este sentido, y rechazando alguna opinión en contra²⁰⁷, no puede afirmarse que se trate de un plazo de caducidad.

La fijación de un lapso temporal en el citado precepto no obedece a la razón de determinar el plazo de que dispone el legitimado activamente para el ejercicio de la pertinente acción sino algo muy distinto. En efecto, esa determinación temporal se hace con la finalidad de delimitar los actos respecto de los cuáles resulta posible el ejercicio de la acción de reintegración, de modo tal que se estará resolviendo un problema de muy diferente significado. Con esta previsión el legislador viene a realizar una elemental exigencia de seguridad en el tráfico, de manera que esta referencia en el tiempo no es más —ni menos— que un presupuesto que se requiere para la procedencia de la impugnación.

Cuestión distinta es la relativa al plazo de que se dispone para el ejercicio de la acción de impugnación ex art. 71.1 LC y en como incide el transcurso del tiempo sobre su posibilidad. Pues

²⁰⁵ *Dos años parece un plazo correcto para conciliar adecuadamente el conflicto de intereses que subyace a todo sistema de reintegración concursal: de una parte, la necesidad de revisar la conducta del concursado con vistas a la correcta formación de la masa activa y de otra, la exigencia de seguridad jurídica que se ve afectada por la reintegración concursal, en cuanto que en virtud de la misma quedan privados de eficacia actos realizados por quien en su momento no estaba afectado por limitación alguna.* GALÁN CORONA: «Acciones rescisorias concursales», en GARCÍA-CRUCES y otro (Dirs.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, Bari, 2008, p. 117.

²⁰⁶ En este sentido, *vid., ad ex.*, GARCÍA SANZ: «Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, p. 4069

²⁰⁷ *Vid.* RIVERA FERNÁNDEZ: *Reintegración y Concurso de acreedores, cit.*, p. 89.

bien, respecto de este extremo cabe observar que, en razón de su naturaleza como acción rescisoria, se derivan consecuencias particulares, en especial en relación con la determinación del plazo de prescripción –o, mejor, de caducidad– de la acción. Sin embargo, no debería olvidarse algo muy importante y es que esta acción de reintegración tiene como presupuesto la declaración de concurso²⁰⁸, lo que significa la imposibilidad de su ejercicio antes de tal declaración judicial.

Ello significa, entonces, que –en todo caso– el “*dies a quo*” para el inicio de tal plazo vendría dado, al menos, por la fecha del auto declarativo del concurso, pues “*actio nondun nata, non praescribitur*”. Pero, de igual modo, tampoco cabe dejar de lado el particular régimen a que se sujeta en la LC el ejercicio de esta acción y en las particularidades que presenta en lo que hace al plazo para su ejercicio, el cual viene determinado no en razón de un concreto lapso temporal sino, antes bien, en función de las diferentes secciones²⁰⁹ e incluso más allá de haberse alcanzado el convenio²¹⁰.

En realidad, si se recuerdan las prescripciones legales sobre las causas de conclusión del concurso, podría llegarse a la conclusión de que el ejercicio de la acción de reintegración siempre es posible mientras el concurso no hubiera concluido²¹¹. Por ello, el problema que analizamos, en realidad, sólo podría referirse a aquellos supuestos en que se ejercitara la acción de reintegración con posterioridad a la conclusión del concurso, como así sucedería en los supuestos en que, habiéndose alcanzado esa decisión judicial poniendo fin al procedimiento universal (art. 176.1 y 2 LC), se hubiera cedido la correspondiente acción de impugnación²¹².

En este supuesto, y solo en este supuesto, sí tiene sentido interrogarse acerca del plazo de caducidad de la acción ex art. 71.1 LC. Y, respecto de tal cuestión, cabe hacer dos observaciones. En primer lugar, que el *dies a quo* en el cómputo de ese plazo será aquella fecha en que la acción hubiera sido cedida y, por tanto, fuera posible su ejercicio. Por otro lado, y en razón de la naturaleza rescisoria de la acción ex art. 71.1 LC, parece razonable considerar la aplicación analógica de cuanto dispone el art. 1299 C.c., de modo que el plazo de caducidad será el de cuatro años²¹³.

4.3. El perjuicio

4.3.1. Observaciones previas

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

²⁰⁸ En este sentido, por todos y expresando un lugar común, CRESPO ALLÚE, Comentario art. 71, en Sánchez Calero Guilarte y Guilarte Sánchez (Dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, III, Valladolid, 2004, p. 1369.

²⁰⁹ Obsérvese que puede darse su ejercicio como contenido de la pretensión que se ventile en la sección de calificación. Cfr. art. 172, 3, 3.º LC.

²¹⁰ Como así sucedería en aquellos casos en que, aprobado el convenio y, por tanto, habiendo cesado los administradores concursales, a tenor de cuanto dispone el art. 133.2 LC, se decidiera el ejercicio de la acción de reintegración mediante la cesión de ésta a favor, ad ex., de la comisión de seguimiento del convenio. Sobre la licitud de la cesión de esta acción de reintegración, vid. art. 176.3 LC. Sobre la cesión de la acción rescisoria concursal, vid. GARCÍA-CRUCES: La Cesión de las acciones rescisorias, en *La reintegración de la masa*, dirs. Beltrán y Sanjuán (Dirs.), Madrid, 2012, pp. 517 y ss..

²¹¹ Cfr. art. 176 bis.4 LC.

²¹² En tanto en cuanto es posible el ejercicio de la acción hasta la conclusión del concurso, salvo que en un momento anterior se hubiera cedido. En este caso, la fecha de tal cesión determinara el *dies a quo* en el cómputo del plazo de caducidad.

²¹³ Ésta es una opinión generalizada. Vid., ad ex., VARGAS BENJUMEA: *La acción de reintegración concursal*, Valencia, 2008, pp. 69 y 70.

hubiera realizado en el período bianual dispuesto en el art. 71.1 LC, tienen como consecuencia manifiesta que la noción central sobre la que se construye el régimen de la reintegración concursal en nuestro Derecho sea la de *perjuicio*²¹⁴.

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

Ahora bien, para conseguir tal objetivo me parece que no estará de más hacer dos advertencias. En este sentido, ha de partirse de un hecho incuestionable cómo es la dificultad de la labor que pretende llevarse a cabo. En efecto, las dificultades que presenta el intento por concretar la noción de perjuicio, así como su aplicación en la realidad práctica, vienen puestas de manifiesto por el propio legislador pues, a fin de aligerar las dificultades, el texto legal ofrece un elenco de presunciones de perjuicio que facilitan sustancialmente la posible impugnación de actos anteriores del ahora concursado. Por otro lado, no parece que para concretar la noción de perjuicio ex art. 71.1 LC pueda seguirse otro camino que el de atender a los criterios de interpretación de las normas que proclama el art. 3.1 C.c., sin olvidar la jerarquía de los distintos criterios hermenéuticos que sanciona el precepto citado.

De acuerdo con estos presupuestos, el primer criterio de interpretación que hemos de considerar es el de la literalidad del precepto. Un repaso de la norma permite advenir dos extremos. Resulta indudable que no se requiere, pues el art. 71.1 LC no viene a exigirlo, que el acto, para ser perjudicial, deba a su vez ser el origen del estado de insolvencia del deudor. De este modo se amplían las posibilidades de impugnación pues resultarán impugnables actos que, sin ser determinantes del estado de insolvencia, sin embargo resultan perjudiciales. Pero, también, la norma refiere el menoscabo que implica el perjuicio a una concreta realidad cómo es el patrimonio afecto al concurso, por lo que parece que habremos de concluir, tal y como señala el precepto, que la acción ex art. 71.1 LC se habrá de actuar frente a actos que suponen un *perjuicio para la masa activa*. En definitiva, de acuerdo con el canon hermenéutico de carácter literal, la posibilidad de impugnar un acto anterior del deudor requiere, como presupuesto insoslayable, que aquél produzca un menoscabo en la masa activa, entendida ésta como el sumatorio de bienes y derechos que, de acuerdo con las disposiciones de la LC, va a quedar afectada al cumplimiento del convenio o constituirá el objeto de la liquidación concursal²¹⁵.

La literalidad de la norma no deja lugar a dudas y no se niega –pues no se puede negar– la procedencia de aquella impugnación que justificara que el acto anterior de quien ahora es el concursado causó un menoscabo o lesión en alguno de los componentes integrados en la masa activa del concurso. Sin embargo, y sin restar valor alguno a la literalidad de la norma, viene a

²¹⁴ El centro de gravedad de la normativa concursal sobre rescisión de actos perjudiciales del deudor lo constituye la existencia de perjuicio patrimonial y el régimen de su prueba. GULLÓN BALLESTEROS: «La acción rescisoria concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, p. 4126.

²¹⁵ MARTÍN REYES: La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada, en «Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, IV, Madrid, 2005, p. 4181.

entenderse con cierta frecuencia que tal criterio de interpretación debe completarse con otros argumentos y, en particular, con la consideración de los aspectos sistemáticos y con la finalidad a la que responde el instituto de la reintegración concursal, llegándose a conclusiones que suelen, también, ampliar sustancialmente las posibilidades de impugnación de este tipo de actos.

4.3.2. Jurisprudencia y doctrina sobre la noción de “perjuicio”

La jurisprudencia menor ha acogido, de forma mayoritaria, una noción amplia –quizás, demasiado amplia– de perjuicio, refiriendo la concurrencia de éste no sólo al menoscabo de la masa activa sino, también, a la ruptura de la *par condicio creditorum*. Este parecer también se ha visto refrendado con la opinión de numerosos autores, como habrá ocasión de comprobar.

En todo caso, y a fin guardar unas básicas exigencias de claridad, conviene ahora detenerse en cuál ha sido el criterio manifestado por el Tribunal Supremo, para luego atender a las opiniones habidas en la doctrina.

El Tribunal Supremo, en sus primeras decisiones tras la entrada en vigor de la LC, se pronunció, aunque no siempre con la claridad debida, sobre la noción de perjuicio. En la STS 16 de septiembre de 2010²¹⁶ parece delimitar –siquiera sea incidentalmente– qué hemos de entender por perjuicio a estos efectos, considerando que éste encierra un *sacrificio patrimonial injustificado* (Fundamento 3.º). Esta sentencia también parece referirse a una noción de perjuicio al intentar concretar la mala fe de la parte *in bonis*, pues considera que ésta *no requiere intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio– a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos* (Fundamento 5.º). Estas ideas en torno a la noción de perjuicio son reiteradas en posteriores pronunciamientos.

Así, se calificó un acto como perjudicial pues causó *una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora constituyendo un sacrificio patrimonial injustificado*²¹⁷, concluyendo –en otra ocasión– que un acto realizado a título gratuito es perjudicial²¹⁸. En todo caso, el Tribunal Supremo

²¹⁶ TOL1.981.027

²¹⁷ STS 27 de octubre de 2010 (TOL1.982.638), que estimó la rescisión del acto, pues *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* (Fundamento 7.º).

²¹⁸ STS 13 de diciembre de 2010 (TOL2.018.774), en la que se afirma que *la disposición a título gratuito es un presupuesto de la aplicación del art. 71.2, inciso primero, de la LC, pero, sentada por la resolución recurrida la afirmación de que un acto de disposición es a título gratuito, su impugnación en casación solo puede tener lugar invocando defecto de fundamentación, o combatiendo o integrando los elementos fácticos, o refutando la apreciación sobre la significación jurídica de estos elementos. Los dos primeros aspectos son ajenos al recurso de casación. Sostener, como se hace en el recurso, que «no se argumentó suficientemente la naturaleza de “disposición a título gratuito”» supone desconocer que es tema de motivación; y formular alegaciones genéricas (“cariz de operación global de difícil singularización”; “operación compleja con significativas contraprestaciones”) no es fundamentación adecuada sobre la que pueda operar el juicio casacional. 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 una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica” –en que consiste la gratuidad-. La recurrente señala las ventajas patrimoniales, pero falta un soporte probatorio adecuado en la resolución recurrida. Por lo demás, “ex abundantia” y en el aspecto jurídico, las argumentaciones de la Sentencia del Juzgado asumidas por la de la Audiencia Provincial, toman en cuenta en la medida adecuada el alcance de la existencia de la hipoteca anterior y las mejores condiciones de la nueva (ftos. quinto y sexto), reduciendo la disposición gratuita a la garantía sobre la parte del préstamo (concedido a Dña. Rosaura) que excede de lo debido por Dña. Guillerma (préstamo anterior garantizado por hipoteca que se cancela), y manteniendo la responsabilidad hipotecaria de dicha concursada por la cantidad que garantizaba la hipoteca anterior. En definitiva,*

insiste en una consideración de gran importancia pues, a los efectos de valorar la concurrencia del perjuicio en un acto y, por tanto, su posible rescindibilidad al amparo de cuanto dispone el art. 71 LC, advierte la necesidad de una consideración unitaria de los diferentes actos llevados a cabo a fin de descubrir la finalidad de la operación.

Con posterioridad, el alto tribunal ha venido insistiendo en la identificación del perjuicio con un *sacrificio patrimonial injustificado*, esto es, un *detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado*²¹⁹. El criterio formado por la Sala, reiterado en numerosas resoluciones²²⁰, se expresa con total claridad en la STS 1 de noviembre de 2014²²¹ al destacar que: *La jurisprudencia de esta Sala ha fijado el concepto del perjuicio para la masa propia de las acciones de reintegración concursal como «sacrificio patrimonial injustificado», en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 de la Ley Concursal), y, además, debe carecer de justificación.*

Reitera este criterio la STS 26 de octubre de 2016²²², al afirmar que existe perjuicio cuando, de forma injustificada, haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal.

Pero, también, en pronunciamientos posteriores la Sala ha venido a concretar, aún más, el alcance de la noción de perjuicio ex artículo 71.1 LC, aquilatando la noción y haciendo alguna observación que conduce a importantes consecuencias prácticas.

Atendiendo a esa finalidad, debe destacarse la STS 8 de noviembre de 2012²²³, con la que se quiere concretar el significado del perjuicio, entendido como *sacrificio patrimonial injustificado*, advirtiendo que: *la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por “acto perjudicial para la masa activa”, a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.*

La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una “disminución injustificada de su patrimonio” caen en el régimen

existe acto de disposición a título gratuito, en los términos reconocidos por la resolución recurrida, por cuanto se constituye una hipoteca sobre un bien propio (sobre el que se tiene la nuda propiedad) por una deuda ajena sin recibir nada a cambio (Fundamento 4.º).

²¹⁹ Ad ex., STS 12 de abril de 2012 (TOL2.567.746).

²²⁰ Ad ex., STS 10 de marzo de 2015 (TOL4.799.130); STS 17 de febrero de 2015 (TOL4.763.897); STS de 24 de julio de 2014 (TOL4.513.843); y STS 24 de junio de 2015 (TOL5.199.614), entre muchas otras.

²²¹ TOL4.567.281.

²²² La STS 5 de abril de 2016 afirma que el perjuicio supone una minoración del valor del activo sobre lo que más tarde se constituirá la masa activa del concurso y, además, carece de justificación.

²²³ TOL2.708.621.

de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, “no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado”), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).

En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión “actos perjudiciales para la masa activa” permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado.

La lectura de esta resolución permite constatar, junto con una notable falta de claridad, una posible ampliación del concepto de perjuicio a estos efectos, pues, al lado de aquellos actos que resultan rescindibles por suponer una *disminución injustificada de su patrimonio*, afirma que también resultan impugnables *actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum.*

Mayor precisión encontramos en la STS 26 de octubre de 2012²²⁴ que, probablemente, constituye la principal resolución jurisprudencial sobre estas cuestiones. En este pronunciamiento, el TS intenta concretar la noción de perjuicio y, con tal finalidad, señala que: *El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.*

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 condicio 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.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que

²²⁴ TOL2.686.811.

tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.

De acuerdo con esta decisión jurisprudencial, parece que el perjuicio pudiera presentar una doble faz, pues por tal habrá que entender la afección negativa, y carente de justificación, del patrimonio del deudor que luego dará lugar a la masa activa tras la declaración de concurso²²⁵ pero, también, encontraría acomodo bajo tal concepto la ruptura del principio de paridad de trato de los acreedores²²⁶, con la consecuencia de que el acto anterior que provoque este efecto deviene rescindible ex artículo 71.1 LC. Sin embargo, y en relación con esta segunda manifestación del perjuicio, el Tribunal Supremo advierte expresamente la necesidad de limitar su alcance, pues en caso contrario podría conducir a resultados inaceptables²²⁷.

El Tribunal Supremo ha atendido con particular atención el problema de la delimitación del perjuicio ex artículo 71.1 LC con ocasión de la posible rescisión de los pagos que efectuara el deudor que luego es declarado en concurso. La Sala se ha pronunciado sobre la rescindibilidad de los pagos realizados en un momento próximo a la declaración de concurso (*tempus proximam decotionis*) así como de aquellos pagos que se hicieran en favor de una *persona especialmente relacionada con el concursado* (artículo 93 LC).

La regla general que se constata en la jurisprudencia afirma la irrescindibilidad de los pagos que hiciera el deudor luego concursado, pese a la reducción de masa activa que viniera a suponer, dada la justificación de tal acto en el carácter debido y exigible que tienen tales pagos²²⁸. Ahora bien, esa regla general puede venir a menos cuando concurren lo que la Sala denomina *circunstancias excepcionales*, de modo que éstas vienen a *privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum*.

La lectura de estas resoluciones permite dos conclusiones del máximo interés e importancia. En primer lugar, la noción de perjuicio, centrada en el *sacrificio patrimonial injustificado*, también da cabida a ciertos supuestos en que esa lesión se produce respecto de la regla de paridad de trato de los acreedores. De otro lado, la rescindibilidad del acto por suponer la afección negativa de la *par condicio creditorum* solo está justificada cuando se den esas *circunstancias excepcionales*. Sin embargo, no cabe desconocer cómo el criterio que expresara el Tribunal Supremo no solo afirma las conclusiones señaladas sino que, también, suscita un grave problema en la aplicación de las

²²⁵ Así, la citada STS 26 de octubre de 2012 destaca que el perjuicio *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.*

²²⁶ Ya que, al decir de esta STS 26 de octubre de 2012, *el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.*

²²⁷ En esta STS 26 de octubre de 2012 se destaca que *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 condicio 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.* Sin embargo, la Sala no advierte cuál pueda ser el límite –o límites– que circunscriben la consideración del principio de paridad de trato de los acreedores a los efectos de determinar la impugnabilidad del concreto acto.

²²⁸ *En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa.* STS 10 de julio de 2013 (TOL3.888.194). Con menor claridad, STS 28 de marzo de 2012 (TOL2.533.407).

reglas de la LC, pues se hace preciso concretar qué significado tienen y determinar cuándo concurren esas *circunstancias excepcionales* que permiten la impugnación del acto anterior (pago), pese a su inicial justificación (carácter debido y exigible), por suponer la ruptura de la *par condicio creditorum*.

El repaso de la jurisprudencia recaída sobre la rescisión de los pagos anteriores muestra cómo la Sala ha afirmado la procedencia de la rescisión que se interesara respecto de aquellos pagos que vinieran a hacerse cuando el deudor estuviera en insolvencia o se encontrara en un momento próximo a su solicitud de concurso, al igual que en aquellos supuestos en que así se justificara en razón de la naturaleza del crédito que se satisface o, fundamentalmente, la condición del acreedor beneficiario de tal pago.

En relación con el primer caso (estado de insolvencia o proximidad con la solicitud y declaración de concurso), el criterio expresado por la citada STS 26 de octubre de 2012 se ha reiterado en otras resoluciones, como la STS 24 de junio de 2015²²⁹, en la que se señala que *en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum*.

De acuerdo con tal criterio, la realidad de la insolvencia del deudor determina la rescindibilidad del pago que éste hiciera encontrándose en tal estado, pues ese acreedor escaparía del concurso y no quedaría sometido a la *par condicio creditorum*, afectándose negativamente al resto.

Respecto del segundo supuesto en que concurren las citadas *circunstancias excepcionales* que ampararían la rescindibilidad del acto por implicar una ruptura de la paridad de trato entre los acreedores, la STS 10 de julio de 2013²³⁰ afirma que *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. 71.3.1.º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada. El socio-administrador demandado pudo, por tanto, haber probado la ausencia de perjuicio. La sentencia de la Audiencia Provincial apuntaba una de las circunstancias que, de haber sido probada, hubiera excluido la existencia de perjuicio, como es que al tiempo de hacerse los pagos al socio administrador la sociedad no se hallara todavía en situación de insolvencia o no hubiera sobreesido en el pago de sus obligaciones exigibles*²³¹.

²²⁹ TOL5.199.614. En igual sentido, y rechazando la rescisión de un pago anterior a la declaración de concurso, vid. STS 29 de diciembre de 2014 (TOL4.708.588).

²³⁰ Roj: STS 4178/2013-ECLI:ES:TS:2013:4178.

²³¹ En esta resolución el TS, en último término, parece volver al primero de los criterios señalados pues es el estado de insolvencia el que justificaría la rescindibilidad del pago que se hiciera a la persona especialmente relacionada con el concursado, considerando que *la jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreesido el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de*

En definitiva, el Tribunal Supremo viene a acoger una noción de *perjuicio* comprensiva no sólo de los actos que supongan una lesión –cuantitativa o cualitativa– del patrimonio que da origen a la masa activa del concurso sino, también, respecto de aquellos otros que, siempre que concurren las mencionadas *circunstancias excepcionales*, impliquen una lesión de la *par condicio creditorum*. Así parece expresarlo la STS 17 de marzo de 2015²³², al afirmar la procedencia de la rescisión del acto cuando: *puede suponer no solo una minoración del activo del concurso sino también una alteración injustificada de la “par conditio creditorum”, al situar al acreedor en una posición más ventajosa que al resto de los acreedores que conforman la masa pasiva del concurso.*

En todo caso, el Tribunal Supremo ha insistido en una idea de gran transcendencia práctica, pues la valoración del acto que se impugna a fin de verificar si el mismo supone o no el perjuicio, no habrá de hacerse de modo aislado sino, mejor, requiere una valoración de conjunto (una *consideración unitaria*), atendiendo a las circunstancias que lo rodean así como a otros actos y negocios con los que pueda guardar relación²³³, exigencia que resulta de particular interés en aquellas situaciones en que el acto que se impugne se inserte en las operaciones habidas en un grupo de sociedades²³⁴.

Esta exigencia busca evitar cualquier riesgo de sesgo retrospectivo, de modo que la valoración del perjuicio fuera a hacerse *hic et nunc*, cuando la exigencia del texto legal –tal y como reitera la Sala– ha de hacerse conforme al momento en que el acto se produjera y de acuerdo con las circunstancias que lo rodearan. En este sentido se expresa la STS 8 de noviembre de 2012²³⁵, al exigir que: *hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.*

Por último, conviene destacar el alcance que cabe dar al control que en casación puede hacerse respecto del carácter perjudicial del acto impugnado, pues *la existencia de perjuicio para la masa activa constituye una valoración que, en cuanto supone un juicio de hecho no es susceptible de control en casación, a salvo supuestos excepcionales, lo que no es el caso*²³⁶.

En la doctrina, de igual manera, no faltan autores que insisten en una interpretación amplia de la noción del perjuicio rescisorio, destacando que, dado que el sistema de reintegración persigue

modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa.

²³² TOL4.839.115.

²³³ *Claro está que, para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificialmente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas.* STS 12 de abril de 2012 (TOL2.567.746). En igual sentido, vid. STS 8 de noviembre de 2012 (TOL2.708.621) y STS 16 de septiembre de 2010 (TOL1.981.027).

²³⁴ *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 concurren 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”.* STS 8 de noviembre de 2012 (TOL2.708.621).

²³⁵ TOL2.708.621 Insisten esta exigencia las STS 27 de octubre de 2010 (TOL1.982.638) y STS 12 de abril de 2012 (TOL2.567.746).

²³⁶ STS 12 de abril de 2012 (TOL2.567.746). Vid., también, STS 28 de marzo de 2012 (TOL2.533.407).

la mejor tutela de los acreedores concursales, ésta sólo será salvaguardada si se toma en consideración a estos sujetos, de modo que también habrá que afirmar el carácter perjudicial del acto anterior del deudor cuando el mismo venga a incidir negativamente –de modo directo– sobre estos acreedores, implicando una ruptura de la *par condicio creditorum*. Además, no puede dejarse de lado el hecho de que la LC, tras sentar una regla general que determina la posibilidad de impugnar los actos del deudor, acompaña la cláusula ex art. 71.1 LC con el reconocimiento de otros supuestos en los que también es posible la impugnación, justificándose la rescindibilidad de tales actos en su carácter perjudicial para los acreedores. Así sucede con la regla dispuesta en el art. 71.2 LC, en donde la posibilidad de impugnación se refiere a los *pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*. En tales casos, la actuación seguida por el deudor implica una injustificada discriminación entre sus acreedores, de modo que el beneficiario de tales pagos o subrogados de pago obtiene el importe íntegro de su crédito y en un momento anterior a su vencimiento, quedando así al margen del concurso, mientras que el resto de los acreedores se verán sujetos, de acuerdo con la calificación que merezca su crédito, a los resultados derivados de la comunidad de pérdidas. Otro tanto permite concluir el tenor literal de la regla acogida en el art. 71.3.2.º LC, en donde la posible impugnación va referida a los actos anteriores del deudor que supongan *la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*. En este último supuesto, puede que no medie –normalmente, así será– una minoración de la masa activa pero sí una alteración de la clasificación crediticia, de modo que un acreedor –el beneficiario de la garantía real– podrá aparecer en el concurso revestido de un privilegio especial, por lo que se actúa una ruptura de la necesaria igualdad entre los acreedores.

En definitiva, se nos advierte que, tanto en razón de un criterio sistemático como en función de una interpretación finalista o teleológica de las reglas que disciplinan la reintegración concursal, resulta necesario ampliar la noción de perjuicio, de tal manera que la posible impugnación al amparo de estas normas no sólo resultará procedente cuando el acto implique un menoscabo de la masa activa sino, también, una lesión de la igualdad que debe mediar entre los acreedores concursales, esto es, un daño para la masa pasiva²³⁷.

4.3.3. El concepto de “perjuicio”. Valoración crítica

²³⁷ GALÁN CORONA: Acciones rescisorias concursales, en García-Cruces y otro (Dirs.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, Cacucci, Bari, 2008, pp. 118 y 119; GIL RODRÍGUEZ: Comentario art. 71, en Bercovitz (Dir.), “Comentarios a la Ley Concursal”, I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 852; LINACERO DE LA FUENTE: Las acciones de reintegración en la Ley Concursal, Madrid, 2005, pp. 68 y 69; MASSAGUER: Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa, en “Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia”, IV, Madrid, 2005, pp. 4220 y 4221; RIVERA FERNÁNDEZ: Reintegración y Concurso de acreedores, Madrid, 2005, pp. 91 y 92; ALCOVER GARAU: Comentario art. 71, en AAVV, *Comentarios a la Legislación Concursal*, I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 772; CRESPO ALLÚE: Comentario art. 71, en Sánchez-Calero Guilarte y Guilarte Sánchez (Dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 1372 y 1377; SAN JUÁN MUÑOZ: El perjuicio para la masa activa, en Beltrán y San Juan (Dirs.), *La reintegración de la masa*, Madrid, 2012, pp. 129 y ss.; VARGAS BENJUMEA: La acción de reintegración concursal, Valencia, 2008, p. 47; ESCRIBANO GAMIR: El perjuicio en la acción rescisoria concursal, *ADCo.*, 10, 2007, pp. 7 y ss.; VALLE: Introducción al sistema de reintegración concursal en el sistema financiero español, *RDBB*, 102, 2006, p. 93. En contra, afirmando una objetivación de la noción de perjuicio por referencia a la masa activa, vid. MORALEJO: Las garantías reales y las acciones de reintegración (I), *ADCo.*, 17, 2009, pp. 81 y ss.; y BUSTO LAGO: Aproximación a las acciones de reintegración en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en González Porras, J. M./Méndez González, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, I, Madrid-Murcia, 2004, pp. 698 y 699.

Los criterios jurisprudenciales expuestos, y compartidos por un importante sector de la doctrina, en torno al significado y alcance que merece la noción de perjuicio ex artículo 71.1 LC pudieran suscitar algunas dudas y parecen contrastar con la mera literalidad de la norma (recuérdese que el art. 71.1 LC refiere el perjuicio a aquél que sufre *la masa activa*), circunstancia que obliga a analizar con detenimiento los argumentos y razones con que viene a respaldarse esta forma de entender el perjuicio rescisorio.

Y, en este sentido, a fin de ofrecer un mínimo de claridad expositiva, se considerarán separadamente el argumento que toma su razón de ser en una interpretación sistemática de la regla dispuesta en el art. 71.1 LC para después valorar la interpretación finalista o teleológica de este precepto.

De otro lado, también habrá que considerar separadamente la referencia a las denominadas *circunstancias excepcionales*, que a decir de la jurisprudencia, vendría a limitar, de alguna manera, el alcance de una noción demasiado amplia de tal perjuicio.

La primera justificación que tradicionalmente se ofrece para afirmar una concepción amplia del perjuicio rescisorio, entendida no solo como lesión de la masa activa sino, también, como ruptura de las exigencias derivadas de la *par condicio creditorum*, hace referencia al argumento sistemático. En este sentido, viene a señalarse cómo el texto legal presume el perjuicio en determinados supuestos respecto de los cuales no se da una afección negativa de la masa activa pero que sí generan un trato discriminatorio entre los acreedores (pagos anticipados, constitución de garantías no contextuales ex artículo 71.3.2.º LC).

En relación con esta exégesis sistemática lo primero que cabe observar es que con la misma viene a darse un salto en el vacío, pues se atribuye un valor que no tienen a aquellos supuestos (art. 71. 2 y 3 LC) en que la norma, con un diferente alcance, predica su carácter perjudicial. Así puede comprobarse si se recuerda la estructura del precepto que nos ocupa, ya que, tras sentar una regla de impugnabilidad de los actos con fundamento en su carácter perjudicial, acompaña esta cláusula general con dos listados de supuestos en los que predica la concurrencia de tal perjuicio. En efecto, el apartado segundo del citado precepto advierte que ciertos actos –los *actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contara con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente* –siempre resultan perjudiciales y, por tanto, rescindibles.

Por otro lado, el apartado tercero de la norma señala la misma consecuencia para otro tipo de actos– *los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado al igual que la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso* –pero matizando que podrá excluirse tal efecto y lograr su consolidación si los interesados probaran que el concreto acto no generó perjuicio alguno. En último lugar, el apartado quinto de este art. 71 LC sanciona un grupo de supuestos respecto de los cuáles no es posible el ejercicio de la acción de reintegración (esto es, *los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, al igual que los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados, y las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica*), constituyendo un elenco de

exclusiones legales de la posibilidad de rescisión ex art. 71 LC. Siendo ésta la estructura de la norma, no habrá, entonces, que otorgar un mayor valor, pese a la importancia práctica que tienen, a las reglas dispuestas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, ya que, en realidad, no constituyen otra cosa que instrumentos de orden procesal dirigidos a facilitar el ejercicio de la acción rescisoria por reintegración en el concurso. Dicho en otras palabras, estamos ante distintos supuestos en que el legislador presume el perjuicio para la masa, pero no más. Así sucede respecto de los supuestos contemplados en el art. 71.2 LC, en donde en atención al significado material de los actos allí contemplados, el legislador presume *iuris et de iure* su carácter perjudicial, pues el juez deberá acordar tal calificación *sin admitir prueba en contrario*. De igual modo, la previsión del apartado tercero atribuye a los actos allí contemplados su carácter perjudicial, a través –también– de la técnica presuntiva. La particularidad de este apartado radica en el carácter de la presunción, que ha de ser entendida *iuris tantum*, pues expresamente advierte la norma que se presumirá respecto de los actos seleccionados su carácter perjudicial *salvo prueba en contrario*.

Por lo tanto, en atención al carácter estrictamente procesal de las reglas dispuestas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, resulta forzoso concluir advirtiendo que estamos ante meras presunciones de perjuicio y que, de este modo, no se alteran los presupuestos que requiere la rescisión del acto en los términos dispuestos en este texto legal. En definitiva, estas particulares previsiones no alteran ni amplían el significado que tiene el perjuicio en la LC y que proclama el apartado primero del art. 71 LC, entendido éste, en virtud de una interpretación literal, como menoscabo de la masa activa.

Cuando el deudor hubiera llevado a cabo cualquiera de los actos enumerados en los apartados citados, los legitimados para el ejercicio de la acción de reintegración verán facilitada su labor, pues se les dispensa –aunque con distinto alcance en razón del tipo de presunción que resulte de aplicación– de satisfacer la carga de la prueba de ese perjuicio que –a tenor de cuanto dispone el art. 71.1 LC– sigue siendo un perjuicio para la masa activa.

Junto con el argumento sistemático, el criterio que extiende la noción de perjuicio por referencia también a aquél que pudiera soportar la masa pasiva y no sólo la masa activa, viene a justificarse en una interpretación teleológica de la norma. En este sentido, se nos advierte que, dado que la finalidad del instituto concursal de la reintegración es la mejor tutela del interés de los acreedores, resultaría contraria a aquélla una consideración del perjuicio que no abarcara la lesión de la masa pasiva y, en particular una ruptura de las exigencias derivadas de la *par condicio creditorum*²³⁸. De todo ello se infiere que ha de resultar procedente la rescisión por reintegración de aquellos actos que, sin lesión de la masa activa, impliquen una ruptura de la regla de igualdad y supongan un sacrificio patrimonial para los acreedores, habiéndose –sin embargo– beneficiado otros.

El argumento no deja de ser sugerente, pues viene a hacerse recaer sobre el fundamento mismo de la institución que es el concurso de acreedores.

Sin embargo, su carácter meramente genérico viene a poner de manifiesto, también, sus límites y escasa utilidad a los fines perseguidos. En efecto, toda institución concursal responde a la finalidad de ordenar una adecuada protección de los acreedores ante el estado de insolvencia del deudor común. De ello no hay duda posible. El problema, en realidad, no es tanto el de la finalidad

²³⁸ LEÓN: Comentario art. 71, en Rojo y Beltrán (Dirs.), “Comentario de la Ley Concursal”, tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1307 y 1308. En igual sentido, vid. FERNÁNDEZ SEIJO: Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor, Estudios de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: La reforma concursal), 85, 2005, p.231.

de la concreta norma concursal sino, mejor, el como ordena y consigue esa protección de los acreedores. Y si éste interrogante lo referimos a la acción rescisoria por reintegración que acoge el art. 71 LC, podrá comprobarse cómo el legislador realiza determinadas opciones. Así, puede constatar que la ordenada protección de los acreedores en el expediente de reintegración se actúa con carácter mediato o reflejo, en la medida en que se consigue aquella tutela a través de la preservación del patrimonio del deudor. Es ese patrimonio del ahora concursado, y que ha dado origen a la masa activa del concurso, la realidad que permite en el juicio universal la satisfacción del crédito de aquéllos. De otro lado, señalar que la finalidad del expediente de la reintegración es lograr una ordenada protección de los acreedores es acertado, aunque ello no permita necesariamente la conclusión que no se comparte. En los arts. 71 y ss. LC también se busca esa tutela de los acreedores pero se instrumentaliza a través de la protección de la masa activa, con un carácter reflejo o mediato. Como luego se desarrollará, no cabe hacer una aplicación *ex ante* de la regla de la *par condicio creditorum* que viniera a legitimar un atentado contra la seguridad del tráfico sino, antes bien, valorar los actos realizados por el deudor en el periodo bianual a fin de verificar si los mismos obedecen o no a un razonable fundamento o causa. De lo contrario, se estaría redistribuyendo el coste de la insolvencia de forma retroactiva e, incluso, haciéndolo recaer sobre terceros que no tienen por qué ser acreedores concursales.

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

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

Si se repasa el supuesto que acaba de considerarse, cabría hacer una observación más que nos podrá ayudar a desentrañar el significado del perjuicio que la LC requiere para sentar la impugnabilidad ex art. 71 LC del acto.

Y en este sentido, debemos hacernos una pregunta, pues ¿por qué en estos casos ex art 71.3.2.º LC el texto legal presume el perjuicio pero también permite evitar la rescisión del acto si se logra la pertinente prueba en contrario?

Obsérvese que, en estos supuestos de constitución no contextual de garantías reales, el perjuicio no puede referirse a la vigencia de la *par condicio creditorum*, pues como antes se

señalara cabe la posibilidad de que el acto no resulte ser perjudicial aunque lesione las exigencias derivadas de esta regla de paridad. La procedencia de la acción rescisoria descansa en que la constitución de garantías reales a que se refiere la norma cause un perjuicio para la masa activa, con independencia de su significado –necesariamente negativo– para la masa pasiva. Pues bien, podrá comprobarse cómo en este tipo de actos no hay una minoración del patrimonio que constituirá la masa activa pero sí una grave afección cualitativa de ésta. La calidad de la masa activa, como resultado anudado a la constitución no contextual de la garantía, es indudable, redundando en la capacidad de crédito del deudor, con independencia de que ésta fuera mucha o poca.

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

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

La Exposición de Motivos de la LC manifiesta, de forma expresa, que la finalidad pretendida con la nueva regulación del sistema de reintegración es superar el *perturbador sistema de retroacción del concurso* y los extraordinariamente negativos efectos que producía²³⁹, sustituyéndolo por un modelo reintegratorio distinto y basado en la regla de rescindibilidad, a fin de no afectar innecesariamente –y con los mayores límites posibles– la seguridad del tráfico. Pues bien, no se alcanzaría tal finalidad si la noción de perjuicio la referimos a una afección negativa de la masa pasiva del concurso, pues –bien vistas las cosas– todo acto que llevara a cabo el deudor en el período bianual dispuesto en la norma, con independencia de su justificación material, implicaría una lesión de la *par conditio creditorum*. Piénsese en los pagos realizados por el deudor en cumplimiento de obligaciones vencidas y exigibles, que vinieran a realizarse en el citado lapso temporal. Desde luego, se actuaría a favor de un acreedor con merma de los derechos de aquellos que, no habiendo obtenido su pago por no mediar el vencimiento de su crédito o por la razón que fuera, luego intentarían su realización participando en el juicio universal. Sin embargo, expresamente el legislador nos advierte que, *en ningún caso podrán ser objeto de rescisión (...) los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales* (art. 71.5.1.º LC). Si no entendiéramos el perjuicio al que se refiere la norma como una exigencia de minoración, cuantitativa o cualitativa, de la masa activa sino, por el contrario, ampliáramos su extensión a fin de dar cobertura al menoscabo de la paridad entre los acreedores, podría acabarse, junto con no ajustarnos a las exigencias dispuestas por el legislador, en unos resultados demasiado próximos a aquéllos que se obtenían bajo la vigencia del derogado modelo de la retroacción de la quiebra. Circunstancia que ha llevado a algún autor a caracterizar el modelo, si se llegara a estas consecuencias, como el propio de una *criptoretroacción*²⁴⁰. Por ello, se entenderá la advertencia que se hiciera al señalar que *una defectuosa comprensión de este concepto (perjuicio) puede convertir en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en el periodo sospechoso, con la consecuencia de que la retroactividad automática de la quiebra, expulsada por la puerta grande de la LC, habría vuelto a introducirse por la ventana*²⁴¹.

²³⁹ Sobre estos efectos y la comparación con el modelo vigente, vid. GARCÍA-CRUCES: De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa, ADCo., 2, 2004, pp. 43 y ss.

²⁴⁰ GORDILLO CAÑAS: Par conditio creditorum y protección del tráfico (un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal), AC, 17, semana del 21 al 27 de Abril de 2003, p. 12.

²⁴¹ CARRASCO: Los derechos de garantía en la Ley Concursal, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2009, p. 388.

Por otro lado, repárese que con la interpretación que no compartimos y que extiende la posibilidad de la rescisión ex art. 71 LC a los supuestos en que el perjuicio recaiga sobre la masa pasiva, se estaría actuando una suerte de aplicación retroactiva de la regla de igualdad de los acreedores.

Sin embargo, no puede olvidarse que la *par condicio creditorum* surge con el nacimiento de la masa pasiva, esto es, con la misma declaración de concurso, sin que, desde luego, estuviera vigente en un momento anterior y, por tanto, en aquél en se hubiera realizado el acto que ahora se quisiera impugnar (Cfr. art. 49 LC).

En definitiva, por todo lo expuesto parece que habría de concluirse afirmando que el interés que atiende nuestro sistema de reintegración concursal es el de reconstituir el patrimonio del entonces deudor, a fin de dejarlo inmune frente a aquellos actos que - afectando de manera negativa, tanto cualitativa como cuantitativamente, a aquél - carecieran de la suficiente justificación material para producir tal efecto, a fin de que luego ese sumatorio de bienes y derechos pueda constituir la masa activa del concurso que permitirá, dentro de lo posible, la satisfacción de los acreedores concursales. Sólo en la medida en que se dieran tales circunstancias vendría a estar justificada la ruptura de las exigencias que impone la necesaria seguridad del tráfico, permitiéndose la afección de un acto como consecuencia de la realidad de un suceso posterior, tal y como sucede respecto de la declaración de concurso.

En este contexto habrá que referirse, también, al límite que ha señalado la jurisprudencia a fin de evitar que la alegación de la ruptura de la *par condicio creditorum*, como fundamento de la impugnación de actos, pueda suponer un exceso y lleve a la rescisión de aquéllos en que tal resultado carezca de justificación. Antes se ha señalado que ese límite viene dado por la necesidad de que concurren *circunstancias excepcionales* que vengan a legitimar la rescisión del acto por la ruptura de tal principio de paridad de trato. En ausencia de las mismas, la noción de perjuicio – según expresara el alto tribunal– ha de quedar objetivada, de modo que la mera quiebra de la igualdad entre los acreedores no puede amparar tal ineficacia. Un examen detenido de este criterio jurisprudencial puede permitir varias observaciones.

En primer lugar, una de carácter positivo pues la Sala parece ser consciente de la extensión – injustificada– a que puede llevar una aplicación desmesurada de tal noción amplia de perjuicio, por lo que sienta un límite implícito a la posible rescisión del acto por tal causa, de modo que éste no será ineficaz por la mera ruptura de la *par condicio creditorum* sino que, necesariamente, deberá reservarse tal posibilidad a aquellos supuestos en que concurren las citadas *circunstancias excepcionales*. Dicho en otras palabras, solo cuando concurren esas *circunstancias excepcionales* podrá instarse la impugnación del acto al amparo del art. 71 LC por suponer una lesión de la paridad de trato entre los acreedores.

La segunda observación afecta al fundamento de este límite. En lo que hace a su fundamento, la necesidad de que concurren esas *circunstancias excepcionales*, a fin de justificar la rescisión en virtud de la lesión de la *par condicio creditorum*, no parece encontrarse en la literalidad de precepto alguno de la LC. Es cierto que el Tribunal Supremo, al destacar este criterio, hace referencia tanto a la presunción –absoluta– de perjuicio prevista para los pagos anticipados como respecto de la presunción –ahora relativa– de perjuicio en lo que hace a los actos de carácter oneroso que llevara a cabo el deudor con las denominadas *personas especialmente relacionadas con el concursado*.

Ahora bien, ambas normas no son más que reglas presuntivas que, como antes se señalara, no vienen a delimitar la noción de perjuicio sino, tan solo, a sancionar una dispensa de carga probatoria respecto de una realidad que el propio texto legal antes definiera (art. 71.1 LC). Es más, un análisis detenido de tales reglas presuntivas viene a poner de relieve cómo estamos ante supuestos de afección negativa del patrimonio del deudor, pues suponen una minoración cualitativa de éste (pérdida de calidad del gravamen, renuncia al beneficio del plazo).

Pero, de igual manera, es posible hacer una tercera y última observación, ahora atinente al significado práctico que cabe predicar de este límite.

La mención a unas *circunstancias excepcionales*, como único supuesto en que cabe pretender la rescisión del acto por ruptura de la *par condicio creditorum*, supone hacer valer un concepto que, sin encontrar acomodo expreso en la norma, genera un notable riesgo de indeterminación. Al margen de la justicia de cada caso concreto ante los que la Sala manifestó esta posición, no puede desconocerse tal coste de inseguridad jurídica.

Queda, no obstante, una última cuestión que ha de ser afrontada en este contexto. Me refiero a la determinación de un criterio temporal que ha de constituir la referencia a fin de concretar si el particular acto que se enjuicie resulta o no ser perjudicial para la masa activa. El criterio más extendido entre nosotros afirma la necesidad de que la valoración acerca del posible carácter perjudicial de un acto se haga de modo contextual respecto de éste, en el sentido de que serán las particulares circunstancias que se dieran en tal momento las que deban ser consideradas para estimar su carácter perjudicial y, por tanto, determinante de su impugnabilidad ex art. 71.1 LC²⁴². Este criterio, junto con su razonabilidad, se apoya en la misma finalidad del expediente de la reintegración concursal, dado que ésta no es otra que la de reconstituir el patrimonio del deudor que luego dará lugar a la masa activa cuando sea declarado su concurso. Pues bien, tal y como antes se indicará, esta referencia temporal es la que considera la jurisprudencia²⁴³.

En efecto, bastará con recordar el significado y finalidad del instituto de la reintegración, para concluir que, con el objetivo de revisar aquellos actos anteriores del deudor que resultaren ser perjudiciales para la masa, será preciso atender al momento en que el acto a impugnar se hubiera celebrado. Así, y a fin de no afectar en demasía la seguridad del tráfico, ni tampoco dar una extensión desmedida e injustificada a la regla de ineficacia negocial, resulta preciso ponderar la concurrencia o no del perjuicio rescisorio de acuerdo con el momento en que el acto se llevara a cabo, tomando en consideración todas cuantas circunstancias rodearan entonces a éste y que pudieran considerarse relevantes a tal fin.

De este modo, el significado que ese mismo acto pudiera llegar a tener como consecuencia del transcurso del tiempo, así como su significado actual, han de quedar al margen de cualquier consideración tendente a justificar la súplica revocatoria. Esto es, habrá que ignorar los procesos de revalorización –o de minusvaloración– que hubieran podido sufrir los bienes o las prestaciones que realizaran las partes en cumplimiento de ese acto respecto del que se enjuicia su posible carácter perjudicial. La posibilidad de la impugnación del acto –es decir, la concurrencia del perjuicio rescisorio– vendrá determinada por las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del mismo, concretando cuál fue el cruce de prestaciones que se acordó y qué trascendencia patrimonial tenían entonces. Si así no fuera, el tercero *in bonis* vendría a tener que

²⁴² MASSAGUER: Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa, cit., p. 4221.

²⁴³ Vid., ad ex. STS 8 de noviembre de 2012 (TOL2.708.621) y STS 27 de octubre de 2010 (TOL1.982.638), entre otras.

soportar las resultas de circunstancias posteriores y ajenas completamente a él, con grave merma de una básica exigencia de seguridad jurídica.

Esa misma referencia temporal –el momento de celebración del acto– habrá de tomarse como criterio para concretar los efectos que deba producir la rescisión del acto al amparo del instituto de la reintegración concursal.

En puridad, dado su significado, la estimación de la pretensión rescisoria abocará a la privación de los efectos derivados del acto impugnado, derivando entonces en la consecuencia de la necesaria restitución de las prestaciones que hubieran cruzado el ahora concursado y el tercero *in bonis*. Desde luego, si la restitución de tales prestaciones guardara un principio de identidad y, en consecuencia, se reintegrara la prestación que cada parte previamente hubiera entregado, no habría problema alguno y se habría alcanzado plenamente la finalidad restitutoria anudada al pronunciamiento judicial que declarara la ineficacia del acto por rescisión.

Tan sólo habría que añadir que, a fin de reponer la situación patrimonial de los contratantes a aquélla que tenían en el momento anterior a la celebración del acto impugnado, la entrega de un bien debería ir acompañada de sus frutos. Pero, de igual manera, la referencia temporal a la fecha de la celebración del acto también desplegará sus consecuencias en aquellos supuestos en que no fuera posible, por la razón que fuera, la restitución *in natura* de las prestaciones que se hubieran realizado al amparo del acto ahora privado de efectos. Es decir, cuando no fuera posible la restitución en especie, ésta no devendría inexigible sino que habría de ser atendida mediante su cumplimiento por equivalente. Pues bien, la determinación del equivalente dinerario habrá de hacerse tomando como referencia el valor que cabría atribuir a la prestación cuya entrega ya no resulta posible pero en el momento y conforme a las circunstancias que rodearan el acto privado de efectos.

5. LA PRUEBA DEL PERJUICIO

5.1. Régimen general

La ineficacia del acto impugnado al amparo del artículo 71 LC se justifica, al margen de la exigencia del plazo bianual, en su carácter *perjudicial para la masa activa*. Este fundamento acarrea una consecuencia importante pues, a fin de hacer valer la súplica rescisoria, será necesario advenir tal resultado material.

A este respecto, la LC no presenta grandes particularidades, pues la carga de la prueba del perjuicio rescisorio deberá ser atendida por quién, estando legitimado, quisiera hacer valer tal pretensión. Ahora bien, siguiendo una cierta tradición, el texto legal incorpora un elenco de presunciones de perjuicio, con distinto alcance y significado, de modo que, en tal caso, el actor queda relevado de tal exigencia de prueba. Como se verá a continuación, esas presunciones de perjuicio se ordenan en dos grandes grupos, en atención al carácter que de cada una de ellas pueda predicarse. En este sentido, la noma dispone distintos supuestos de hecho a los que anuda la concurrencia de un perjuicio para la masa activa, sin admitir prueba en contrario, de manera que tal perjuicio se presume *in re ipsa* (presunciones absolutas ex art. 71.2 LC). De otro lado, aparece otro elenco de supuestos ante los que también se presume la concurrencia de tal circunstancia, pero con la particularidad de que el demandado pueda articular prueba a fin de justificar que, pese a la realización del supuesto de hecho previsto en la norma, el acto impugnado no fue perjudicial para la masa activa (presunciones relativas ex art. 71.3 LC). Al margen de los

supuestos de hecho acogidos en esas presunciones, el actor deberá acreditar que el acto impugnado fue perjudicial para la masa activa (art. 71.4 LC).

El juego de relaciones entre la exigencia general de prueba que ha de satisfacer el demandante y, de otro lado, el elenco de presunciones sancionado por el texto legal, se destaca por la jurisprudencia afirmando, tal y como señala la STS 26 de octubre de 2012²⁴⁴, que: *La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.*

Por ello, puede concluirse, como hace la STS 10 de julio de 2013²⁴⁵, que: *El régimen del art. 71 de la Ley Concursal a efectos de la apreciación del perjuicio contra la masa es mucho más severo en los actos de disposición realizados a título gratuito que en los realizados a título oneroso. Mientras que en los primeros siempre se presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, salvo las liberalidades de uso, en los segundos se presume el perjuicio sin admitir prueba en contrario en el caso de que consistan en pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, y admitiendo prueba en contrario, los realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.*

En definitiva, si al actor no le asistiera la posibilidad de acudir a alguna de las presunciones legales dispuestas, y que le relevan de la carga de la prueba, deberá satisfacer tal exigencia, pues: *en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio ...70.*

5.2. Presunciones absolutas

Con la finalidad de favorecer el ejercicio de la acción, el apartado segundo del artículo 71 LC sienta una presunción de perjuicio patrimonial a estos efectos. El supuesto de hecho previsto en la presunción a la que se anuda la concurrencia del perjuicio a la masa activa es, en realidad, doble, pues viene a afirmarse tal resultado tanto cuando el acto a impugnar se englobara dentro de los *actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso*, como si se pudiera encuadrar en los *pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*.

La caracterización de la regla presuntiva acogida en el artículo 71.2 LC es la propia de una presunción *iuris et de iure*, pues como destaca la STS 13 de diciembre de 2010⁷¹: *la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente –en cierta terminología*

²⁴⁴ 68 TOL2.686.811. En igual sentido, vid. STS 17 de febrero de 2015 (TOL4.763.608) y STS 30 de abril de 2014 (TOL4.331.151), entre otras.

²⁴⁵ 69 TOL3.888.194.

doctrinal una presunción “iuris et de iure”, o presunción impropia—, en cualquier caso el planteamiento del motivo es artificioso.

En definitiva, las presunciones de perjuicio dispuestas en el art. 71.2 LC tienen carácter radical o impropio, pues la concurrencia de los elementos que configuran cualquiera de los supuestos de hecho contemplados en la norma aboca a la conclusión indefectible de que el acto es perjudicial, sin admitirse prueba en contrario.

La procedencia de los supuestos seleccionados por el legislador parece evidente, pues el resultado perjudicial para la masa activa que de ellos se deriva es más que obvio. En efecto, la disposición del propio patrimonio a título gratuito y en favor de tercero supone una actuación contraria a elementales exigencias cuando, poco después, viene a declararse el estado de insolvencia de quien procediera con aquella generosidad²⁴⁶. Por otra parte, el principio básico de nuestro Derecho Privado que viene a afirmar la menor tutela que han de merecer las adquisiciones a título gratuito, justifica también el acierto de esta previsión.²⁴⁷ Lógicamente, y a fin de no afectar innecesariamente a los terceros y, por tanto, la seguridad del tráfico, las liberalidades de uso quedan excepcionadas, también en razón de su limitada significación económica.

De otro lado, el segundo supuesto de hecho contemplado en la norma presuntiva es el del pago anticipado respecto de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la fecha de la declaración de concurso, respecto del que el legislador afirma que concurre un efecto lesivo para la masa activa que el Derecho no puede admitir.

La correcta delimitación de este supuesto del hecho requiere que en el mismo concurren dos elementos. En primer lugar, debe realizarse un pago *u otros actos de extinción de obligaciones*, tal y como advierte la norma citada. En principio, no sólo el pago sino cualquier forma de extinción de una obligación preexistente vendría a realizar este primer elemento del supuesto de hecho de esta presunción, aun cuando habría que matizar que ciertas formas de extinción de la obligación, en razón de su propia naturaleza, no podrían integrar el supuesto de hecho (ad ex. Pérdida de la cosa).²⁴⁸ Por otro lado, el pago que se realice lo ha de ser de una obligación en un momento anterior a su vencimiento y, por ende, exigibilidad. De ahí que la regla presuntiva resulte

²⁴⁶ La justificación del carácter perjudicial de los actos a título gratuito es evidente, pues —como señala la STS 23 de febrero de 2015 (TOL4.776.959).— en el caso de las donaciones y, en general, de las transmisiones a título gratuito, se considera que la liberalidad deja de estar justificada cuando con ella se impide el pago de las deudas. En estos casos, y a fin de entender aplicable la presunción de perjuicio reservada para los actos a título gratuito, la STS 13 de diciembre de 2010 (TOL2.018.774) 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 una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica” —en que consiste la gratuidad—. (...) En definitiva, existe acto de disposición a título gratuito, en los términos reconocidos por la resolución recurrida, por cuanto se constituye una hipoteca sobre un bien propio (sobre el que se tiene la nuda propiedad) por una deuda ajena sin recibir nada a cambio.

²⁴⁷ La gratuidad del acto hace que éste sea siempre perjudicial para la masa activa del concurso (nisi liberalis nisi liberatur). En relación con esta previsión se ha afirmado que la presunción tiene en este caso pleno sentido, porque el acto a título gratuito implica por definición quebranto patrimonial de quien lo realiza como disponente, siendo por otra parte esta regla concorde con la del párrafo primero del art. 1297 C.c.. DE ÁNGEL YAGUEZ y HERNANDO MENDÍVIL: De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa, en “Tratado Práctico Concursal”, III, Aranzadi, Cizur menor, 2009, p. 850.

²⁴⁸ RODRIGUEZ ACHÚTEGUI: Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 109.

inaplicable en aquellos casos en que, por la razón que fuere (ad ex. resolución judicial), el pago devenga exigible en un momento anterior a aquel que se pactó para su realización.

La justificación a la que responde esta previsión del legislador concursal es clara, dado el resultado derivado de tales actos, pues *es el anticipo de tales obligaciones, en principio no exigibles hasta el día cierto fijado (art. 1125 C.c.), que supone un detrimento del patrimonio que en principio no habría de producirse hasta momento ulterior al concurso, lo que determina la aplicación de la presunción.*²⁴⁹

De todos modos, y al hilo de esta regla ex art. 71.2 LC, también se ha señalado que el texto legal asume la regla de igualdad entre los acreedores como una exigencia que quiere hacerse valer también a través del expediente de la reintegración, de tal modo que la rescindibilidad que –con carácter absoluto– se predica de este tipo de pagos y subrogados de pago obedece a su carácter discriminatorio entre acreedores. En este sentido, viene a considerarse que tal regla concursal no sería más que un trasunto de cuanto dispone el artículo 1292 del Código Civil.

En este sentido, y a fin de anular un pago anticipado que hiciera el deudor a favor de la Hacienda Pública, parece pronunciarse la STS 17 de febrero de 2015,²⁵⁰ al destacar que: *Pese a que, en tal supuesto, el acreedor cobra lo que se le debe, aunque sea antes de tiempo, y es regla que no comete fraude quien ejercita su derecho ...–“qui suum recepit nullum videre fraudem facere”–, el legislador entendió que, estando el deudor en insolvencia, pagar a un acreedor antes de que la deuda sea exigible, constituye una alteración de la “par conditio creditorum”.*

Esa norma, de indudable interés por su relación con otras del Código Civil, ha quedado reflejada en la Ley 22/2003, cuyo artículo 71, tras establecer –en el apartado 1– que, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa - realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, con independencia de que hubiera existido o no intención fraudulenta, dispone –en el apartado 2– que el perjuicio patrimonial se presume, sin posibilidad de prueba en contrario, cuando se trate de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a aquella declaración –con la excepción que señala, no aplicable al caso que ahora se enjuicia–.

Sin embargo, parece que puede –y debe– disentirse de tal criterio por, al menos, dos razones.

En primer lugar, y desde un punto de vista sistemático, con este criterio se da un valor a la presunción que no puede ni debe tener. En efecto, tal y como antes señalara, la regla dispuesta en el art. 71.2 LC no altera la noción de perjuicio, entendido como *perjuicio para la masa activa*, que sanciona el art. 71.1 LC, pues –dada su naturaleza procesal– la regla presuntiva constituye un instrumento de prueba que no altera la noción sustancial o material de tal perjuicio.

De otro lado, el fundamento al que responde la consideración –necesaria– de los pagos anticipados como actos perjudiciales pudiera ser otro muy diferente al que se afirmara. En este sentido, también es posible –e, incluso, preferible– una consideración bien distinta acerca del sentido de esta norma de presunción. En efecto, si la norma persiguiera restaurar una igualdad entre los acreedores que se ha hecho venir a menos como consecuencia del pago anticipado de una obligación, el legislador debería haber excluido la posibilidad de rescisión en aquellos supuestos en que no se produjera tal resultado. Así podría suceder, en los casos en que el acreedor beneficiario del pago anticipado titulara un crédito beneficiado con un privilegio

²⁴⁹ RODRIGUEZ ACHÚTEGUI: Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa, cit., p. 105.

²⁵⁰ TOL4.763.608.

general,²⁵¹ que le permitiera asegurar su pago íntegro en el concurso. De darse tal resultado, carecería de interés alguno la posibilidad, tras la declaración de concurso, de que la administración concursal –o un acreedor legitimado ex art. 72 LC– intentara rescindir aquel pago anterior y anticipado. Por ello, dado que la lesión de la regla de igualdad no ha de ser una consecuencia necesaria anudada al pago anticipado, cabe pensar que –en razón del carácter absoluto de la presunción ex art. 71.2 LC– el fundamento a que responde la regla presuntiva ha de ser otro y que, además, necesariamente siempre se ha de dar, pues estamos ante una presunción *iuris et de iure*. Y, en este sentido, una consideración objetiva de la noción de perjuicio, ajena a cualquier connotación derivada de la *par condicio creditorum*, puede servir para explicar – y justificar– el alcance absoluto de la presunción ex art. 71.2 LC. En efecto, el pago anticipado siempre supone, por definición, un menoscabo de la masa activa, con independencia de su incidencia sobre la masa pasiva, pues indefectiblemente aquélla se ve minorada como consecuencia de la alteración de uno de sus componentes y que no es otro que la pérdida del beneficio del plazo, realidad evaluable económicamente y que puede llegar a tener un indudable relieve. Es esta pérdida de un componente –beneficio del plazo– integrado en el patrimonio del deudor el que justifica, siempre y necesariamente, la consideración del pago anticipado como un acto *perjudicial para la masa activa* y, por lo tanto, rescindible.

5.3. Presunciones relativas

Ahora bien, la LC no se conforma con sentar esta presunción de perjuicio sino que, además, añade otra respecto de supuestos distintos. El apartado 3 del artículo 71 LC señala que también se presumirá el perjuicio cuando se trate de los actos siguientes *Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado*.

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

Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con ganancia real y cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso.

De concurrir estos supuestos en el período arbitrado por el artículo 71.1 LC, la consecuencia que ordena la norma es la de presumir el perjuicio a fin de que tales actos sean impugnados. La justificación de tal consecuencia en ambos casos resulta más que suficiente dado el significado material que cabe atribuirles.

En efecto, la LC sienta un criterio de desfavor respecto de aquellos sujetos que, por razones de proximidad con el concursado, merecen el calificativo de *persona especialmente relacionada con el concursado*.²⁵² El artículo 93 LC enumera, diferenciando según que el concursado sea una persona física o jurídica, los sujetos que merecen tal calificación. Basta con leer el elenco de sujetos allí enumerados para comprender, entre otras consecuencias que la LC sanciona (ad ex. El carácter subordinado de sus créditos. Cfr. art. 92, 5 LC), que en atención al vínculo que media entre ellos y el concursado los actos que entre sí hubieran celebrado en el período de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso merezcan una valoración negativa, acorde con

²⁵¹ De hecho, el texto legal exceptúa la aplicación de esta regla en los casos en que el acreedor fuera beneficiario de una garantía real.

²⁵² Sobre esta presunción, vid. ÁVILA DE LA TORRE: Las presunciones relativas de perjuicio (I): impugnación de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 113 y ss.

la general con que la LC considera los créditos de estas *personas especialmente relacionadas con el concursado*. No obstante, tal y como ha advertido la jurisprudencia, la noción de persona especialmente relacionada con el concursado ha de ser objeto, a los efectos previstos en el artículo 71.3 LC, de una interpretación estricta.²⁵³

El otro supuesto que contempla la presunción que nos ocupa es el relativo a la constitución de garantías reales con cargo al patrimonio del futuro concursado y a favor de obligaciones preexistentes o de aquellas otras que vinieran a sustituir las precedentes.²⁵⁴ Si tal conducta se hubiera producido en el período señalado en el artículo 71.1 LC, la consecuencia que la norma previene es la de presumir el perjuicio que tal proceder acarrea para la masa activa. No cabe duda de la justificación material que respalda esta decisión de política legislativa, como bien viene a probar el hecho de que tal supuesto fuera considerado tradicionalmente en el Derecho concursal como un acto típico de perjuicio para la masa activa. En efecto, el resultado inmediato que se sigue con la constitución de este tipo de garantías patrimoniales no es otro que el de una lesión del patrimonio del deudor que luego dará lugar a la masa activa, pues la calidad de ésta sufre una merma más que importante. Esto es, la calidad de esa masa patrimonial viene a menos no en su cantidad sino, mejor, en su calidad, dado que permitirá un menor grado de satisfacción de la colectividad de los acreedores como consecuencia de la garantía constituida a favor de uno de ellos. De este modo, es indudable que el gravamen constituido arrastra una pérdida de la capacidad crediticia del deudor. En este sentido, puede recordarse la afirmación de la STS 26 de marzo de 2015,²⁵⁵ al advertir que: *La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva un sacrificio patrimonial para la masa activa porque “implica una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito” (Sentencia 100/2014, de 30 de abril). Cuestión distinta es que el sacrificio patrimonial que conlleva la constitución de una garantía real esté justificado, porque sea contextual a la concesión de un nuevo crédito, y no concurra otra circunstancia que le prive de justificación.*²⁵⁶

²⁵³ Como advierte la STS 2 de junio de 2015 (TOL5.199.619), 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 igual sentido, y con la misma literalidad, STS 2 de junio de 2015 (TOL5.190.913) y STS 3 de junio de 2015 (TOL5.199.602).

²⁵⁴ Sobre esta presunción, vid. MORALEJO: Las presunciones relativas de perjuicio (II): impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas, en García-Cruces (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de acreedores*, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 135 y ss.

²⁵⁵ TOL4.839.213.

²⁵⁶ Esta objetivación del supuesto de hecho acogido en la presunción ex artículo 71.3.2.º LC es coherente con el carácter iuris tantum que tiene tal presunción. En efecto, si el fundamento al que respondiera esta previsión fuera que con el supuesto de hecho se causa una lesión de la par condicio creditorum, ese resultado se daría siempre y en cualquier caso,

Si ahora nos interrogáramos acerca del carácter de la presunción ex artículo 71.2 LC, la literalidad del texto (*salvo prueba en contrario*) nos ha de obligar a destacar que estamos ante una presunción *ius tantum*. Así lo advierte la jurisprudencia, al señalar, como hace la STS 17 de marzo de 2015,²⁵⁷ que: *Como se ha señalado antes, este supuesto perjuicio previsto en la norma invocada admite prueba en contrario. Es al acreedor a quien corresponde la carga de la prueba de que no ha habido un sacrificio patrimonial injustificado y, por tanto, que no puede predicarse del contrato o de los actos impugnados, perjuicio para la masa. Sin embargo, como señalan las sentencias citadas de esta Sala, no todos los actos de disposición patrimonial suponen un perjuicio para la masa activa, cuando se da una contraprestación de valor patrimonial equivalente.*

Es necesario examinar y analizar las circunstancias en que se concierta la operación, las ventajas que pudo suponerle al concursado para desarrollar su actividad, económica o profesional, y también a quien concede liquidez, en un entorno económico y, más concretamente, en un sector que en agosto del año 2008, había ya iniciado, una grave crisis. En suma, se trata de valorar si en

de manera que no sería posible articular prueba alguna que viniera a advenir que tal acto no resultaba ser perjudicial. Sin embargo, la norma es clara, y no hay duda de que el interesado podrá articular la pertinente prueba que evite el efecto presuntivo del perjuicio. Por lo tanto, tal y como ha señalado la jurisprudencia en relación con este supuesto de constitución de garantías por obligaciones preexistentes, si no se articula tal prueba la presunción surtirá sus efectos. Así lo destaca la STS 21 de julio de 2014 (TOL4.469.365), al afirmar que la garantía se prestó por “obligaciones preexistentes” (art. 71.3.2.º LC), sin que la hipotecante no deudora recibiera nada a cambio en el acto de su otorgamiento. Aún admitiendo, como reconoce la sentencia, que existe grupo por la unidad de dirección (grupo vertical y participativo), la hipoteca no garantizaba un suministro futuro (de tratarse de una hipoteca de máximo, si se prefiere, ex art. 158 bis LH), lo que podría haber destruido la noción de perjuicio. Se trata en el caso enjuiciado de una hipoteca de reconocimiento de deuda y ampliación de la garantía hipotecaria. Se otorga en garantía exclusivamente de obligaciones preexistentes sin que nada recibiera a cambio la hipotecante no deudora. Luego la garantía debe rescindirse, bien porque se da el supuesto del art. 71.2 LC, por tratarse de una garantía gratuita, bien porque, se trata de garantizar con hipoteca “obligaciones preexistentes” (art. 71.3.2.º LC) sin que se haya destruido la presunción de perjuicio, que incumbía, en su caso, a la parte demandada. Por el contrario, si el tercero consiguiera prueba bastante que acreditara una justificación material de la constitución de la garantía respecto de obligaciones preexistentes, enervaría el efecto presuntivo y, en consecuencia, se evitaría la rescisión de la garantía así constituida. En este sentido, la STS 24 de junio de 2015 (TOL5.199.614) señala que en cuanto a las novaciones de los préstamos hipotecarios realizados en noviembre de 2010, es evidente que, en la medida en que supusieron, en un caso, una ampliación de capital disponible y, en todos se ampliaba el plazo de carencia y se reduce el tipo de interés, no puede sostenerse que la “única beneficiaria de dichas operaciones fue la entidad de crédito, en perjuicio del resto de acreedores”. En este caso tampoco hay perjuicio para la masa activa: la ampliación del plazo de carencia y la reducción del tipo de interés son circunstancias que objetivamente son favorables para la deudora, que le permitía vender viviendas ya terminadas, con mayor holgura. Por tanto, no pueden rescindirse las operaciones de novación denunciadas por la administración concursal y que fue acordada por las sentencias de instancia. En definitiva, ante la constitución de garantías por obligaciones preexistentes es preciso valorar, conforme a la prueba que se alcance, si existe una justificación material de tal proceder, en el sentido de que se derive un resultado patrimonial beneficioso para el garante luego concursado, de modo que en ausencia de tal circunstancia resultará operativa esta presunción ex artículo 71.3.2.º LC. En este sentido, puede recordarse la STS 23 de febrero de 2015 (TOL4.776.959), en la que se manifiesta que lo que hemos de valorar es si la ampliación del crédito en 498.000 euros y la modificación de los términos de la póliza de crédito al prorrogarse por un nuevo año, justificaban que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo a favor de Caja Rural cuando más tarde, al cabo de un año, se declarara el concurso, estuvieran garantizadas por hipoteca. Debemos concluir que sí, porque se cumplen dos circunstancias que ordinariamente deben valorarse en estos casos para juzgar sobre el perjuicio en los supuestos del art. 71.3.2.º LC : se ha producido una aportación significativa de dinero nuevo, 500.000 euros (menos 2.000 retenidos por comisión), al ampliarse el crédito disponible en ese momento en esa suma (498.000 euros); y se ha prorrogado un año más la póliza de crédito anterior. Si, además, advertimos que la garantía real tan sólo cubre la obligación de devolución del dinero nuevo otorgado, debemos concluir que, pese al espejismo de perjuicio para la masa activa, en realidad no lo hay, de tal forma que, aunque opere la presunción del art. 71.3.2.º LC, se ha acreditado que en este caso, por la aportación significativa de crédito y la prórroga de la póliza de crédito, no concurría perjuicio para la masa activa.

²⁵⁷ TOL4.839.115

este supuesto estaba justificado el sacrificio patrimonial que supone la obtención de una garantía real de un préstamo que, en un 65 % aproximadamente se destina a cancelar créditos personales y un 35 % suponen liquidez para la concursada.

Esta inversión de la carga de la prueba se reitera, como no podía ser de otro modo, en numerosas sentencias, pues, como señala, en relación con un pago hecho por el concursado, la STS 10 de julio de 2013²⁵⁸: *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. 71.3.1.º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada.*

En este sentido, parece que tal carácter *iuris tantum*, frente a cuanto venía a considerarse en algunos antecedentes de la LC, ha de merecer un juicio positivo, pues siempre es posible que pudiera concurrir una justificación material suficiente y que acreditara la inexistencia de perjuicio alguno para la masa activa pese a que el acto que pudiera impugnarse vinculara a *persona especialmente relacionada con el concursado* o, bien, conllevara la constitución de garantías reales en el sentido indicado.

6. LAS EXCLUSIONES DE RESCINDIBILIDAD

La exposición que nos ocupa resultaría incompleta si no se hiciera referencia a otros aspectos sobre los que expresamente también se pronuncia la LC al regular, con carácter general, la acción de reintegración. En este sentido, deben mencionarse las excepciones que el texto acoge respecto de ciertos supuestos en los que, pese a realizarse los presupuestos que, a tenor del artículo 71.1 LC, determinan la procedencia de su impugnación, no resulta posible que vengan afectados como consecuencia de la reintegración concursal. En este sentido, bastará con recordar cómo el apartado 5 del tantas veces citado artículo 71 LC señala la improcedencia de impugnar, incluso cuando se realizaran las exigencias que reclama el éxito de la acción de reintegración, ciertos supuestos pues, *en ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1.º) los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, 2.º) los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y de compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados, y 3.º) 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.*

Las excepciones señaladas tienen, a mi juicio, una justificación material más que suficiente. En efecto, la excepción a favor de los actos que se realizaran al amparo de la regulación especial de los sistemas de pago y de compensación y liquidación de valores (recuérdese el art. 11, 1 de la Ley 41/1999) deriva de un elemental criterio de seguridad jurídica, dada la incidencia que sobre todo el sistema tendría la ineficacia de los actos de este tipo que pudieran ser impugnados al amparo de cuanto dispone el artículo 71 LC. Por otra parte, la inclusión de los *actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales* resulta totalmente acertada pues, si tales actos se llevarán a cabo bajo las condiciones así previstas, no supondrían perjuicio alguno para la masa, razón que explicaría ya suficientemente la excepción ex

²⁵⁸ TOL3.888.194.

artículo 71.5.1.º LC. Bajo estas circunstancias, no habría razón alguna para evitar su consolidación y realizar, también, las exigencias del principio de seguridad jurídica.²⁵⁹ Por último, otro tanto cabe afirmar respecto del tercer supuesto contemplado en la norma, pues en tales circunstancias (garantías a favor de créditos públicos derivadas de acuerdos de recuperación) una norma viene a imponer la constitución del gravamen, lo que excluye toda posibilidad de perjuicio.

La jurisprudencia ha afrontado un proceder frecuente, pues es relativamente común que quién se viera afectado por una impugnación al amparo de cuanto dispone el artículo 71 LC, venga a justificar su oposición, junto con otros motivos, en el carácter ordinario del acto cuya rescisión se pretende.

El Tribunal Supremo se ha visto obligado a concretar el significado y alcance de la previsión acogida en el artículo 71.5.1.º LC, manifestando²⁶⁰ que: *Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.*

La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.

Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.

La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.

Junto con las excepciones previstas en el artículo 71.5 LC es necesario señalar otras que también aparecen recogidas en el mismo texto legal así como aquellos supuestos que, contemplados en otras normas, no evitan su posible rescisión al amparo del artículo 71 LC pero si la condicionan a la concurrencia de ciertos requisitos no previstos en la norma concursal.

²⁵⁹ La STS 10 de marzo de 2015 (TOL4.799.130) incide en estas ideas, destacando que la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso que, por formar parte de su giro y tráfico ordinario, se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.

²⁶⁰ STS 10 de julio de 2013 (TOL3.888.194). En igual sentido, STS 17 de febrero de 2015 (TOL4.763.897) y STS 26 de octubre de 2016 (TOL ...). La STS 24 de julio de 2014 (TOL4.513.843) expresamente declara que el pago de una remuneración al administrador de la sociedad no constituye un acto ordinario a estos efectos.

El primero de los supuestos enunciados hace referencia a los denominados acuerdos de refinanciación.²⁶¹ El artículo 71 bis LC dispone la irrevocabilidad de tales acuerdos de refinanciación siempre y cuando en ellos concurren los requisitos dispuestos en tal norma. De otro lado, el apartado 13 de la Disposición Adicional 4 de la LC sanciona la misma regla de irrevocabilidad en relación de los denominados acuerdos de refinanciación homologados, en la medida en que satisfagan las exigencias dispuestas en tal regla. Todos estos acuerdos, y en la medida en que vengán a reunir los requisitos que se exigen en cada caso, quedan al margen de su posible impugnación al amparo del artículo 71 LC. Ahora bien, el mero hecho de que el supuesto de hecho se califique o pueda calificarse, en razón de su contenido y finalidad, como acuerdo de refinanciación (homologado o no) no supone necesariamente que quede a salvo de la posibilidad del ejercicio de la acción rescisoria, pues tal efecto se reserva para aquellos supuestos que vengán a satisfacer los requisitos sancionados, según los casos, por los citados artículo 71 bis y Disposición Adicional 4 LC.

En este sentido se ha pronunciado la STS 9 de julio de 2014,²⁶² al afirmar que: *hemos de señalar que el RDL 3/2009 fue una norma que pretendía proporcionar una seguridad jurídica a las partes a determinadas operaciones de reestructuración y de financiación, o ambas, con el fin de que, si se daban ciertos requisitos, fueran irrevocables frente a las acciones de reintegración. En modo alguno puede pensarse que la norma supuso que todos los acuerdos de refinanciación o de reestructuración debían ajustarse a los requisitos que en la misma se establecen, so pena de poder ser rescindidos inevitablemente. Las mismas razones que llevaron y llevan a la jurisprudencia, en cada caso particular, tras su análisis y ponderación, a apreciar o no un sacrificio patrimonial injustificado por las operaciones descritas, también ahora, nada impide que pueda probarse que no ha existido perjuicio, destruyendo la presunción iuris tantum, que es lo que ha ocurrido en el presente caso y que la sentencia recurrida ha ponderado detenidamente. Por tanto, ni la norma que introduce los acuerdos de refinanciación (la DA 4.ª del RDL 3/2009), ni las posteriores reformas concursales que los ha modificado (Ley 38/2011 y el RDL 4/2014) impiden que para los acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prescrita recientemente en la disposición adicional 4.ª 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.*

²⁶¹ En relación con el problema de la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación debe destacarse la duda de si su origen no habría de situarse en una interpretación excesivamente amplia de la noción de perjuicio como presupuesto de la acción rescisoria concursal (GARCÍA-CRUCES: Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia, en García-Cruces (Dir.), Los Acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis, Barcelona, 2013, p. 40), tal y como ya se advertiera respecto de la reforma de la LC llevada a cabo con el RD 3/2009 (GARCÍA-CRUCES, en GARCÍA-CRUCES y LÓPEZ SÁNCHEZ: La reforma de la Ley Concursal, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 19 y ss. La bibliografía sobre este problema es muy numerosa, Vid. SANCHO GARGALLO: La rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación, en II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil, Madrid, 2010, pp. 31 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: La rescisión de los acuerdos de refinanciación, en Beltrán y San Juan (Dirs.), La reintegración de la masa, Madrid, 2012, pp. 333 y ss.; MORALEJO: Efectos de los Acuerdos en relación con terceros: Irrevocabilidad del acuerdo y otros efectos, en García-Cruces (Dir.), Los Acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis, Barcelona, 2013, pp. 247 y ss.; y FERNÁNDEZ SEIJO: Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 321 y ss.

²⁶² TOL4.443.376.

De otro lado, es preciso hacer una mención a aquellos supuestos, contemplados en normas especiales, en que no se excluye la posibilidad del ejercicio de la acción rescisoria ex artículo 71 LC pero sí se condiciona a la concurrencia de particulares exigencias.

El primero de estos supuestos es el previsto en el artículo 15.5 del Decreto Ley 5/2005, de 11 de abril, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. En virtud de esta norma, la adopción de un acuerdo de garantías financieras o su aportación podrán ser impugnadas, cuando resultaran ser anteriores a la declaración de concurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 LC, siempre y cuando la administración concursal –y, en su caso, como luego se verá, los legitimados subsidiarios– acrediten que tales operaciones *se han realizado en fraude de acreedores*. De esta manera, junto con los presupuestos que siempre exige el ejercicio de la acción rescisoria concursal deberá advenirse la concurrencia de tal fraude de acreedores.²⁶³

El Tribunal Supremo, en su STS 10 de marzo de 2015,²⁶⁴ puso de manifiesto la exigencia de tal requisito adicional pues *Para que pudiera prosperar la acción rescisoria concursal sobre la formalización o aportación de la garantía financiera, el apartado 5 del art. 15 DL 5/2005, en su redacción originaria, exigía que se hubieran «realizado en perjuicio de acreedores». Tras la reforma operada por la Ley 7/2011, de 11 de abril, se sustituye la exigencia adicional de que la formalización o aportación de las garantías financieras se hubieran realizado en «perjuicio de acreedores», por la exigencia de que se hubieran realizado «en fraude de acreedores». Al margen de lo que se deba entender por una u otra exigencia, en ambos casos se trata de un complemento que se añade a los requisitos generales de la rescisión concursal, y no consta en este procedimiento que se hubieran cumplido. Máxime cuando sí consta que el tribunal de instancia rechazó expresamente que los actos impugnados hubieran sido realizados con mala fe o en fraude de acreedores.*

El segundo supuesto respecto del que nuestro legislador sigue un planteamiento similar es el de ciertas hipotecas que se constituyeran al amparo de cuanto dispone la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario. El artículo 10 de esta Ley advierte la posibilidad de que tales hipotecas puedan ser objeto de la acción rescisoria concursal pero exige, como requisito adicional que determinará el éxito de la impugnación, que se acredite *la existencia de fraude en la constitución de gravamen*.

En relación con esta regla especial debe observarse que su ámbito de aplicación queda reducido respecto del que pudiera derivarse de su mero tenor literal, pues las hipotecas a las que se refiere el precepto habrán de observar una exigencia de finalidad (tanto en lo que hace al destino de la financiación prestada como a la razón de la emisión de títulos hipotecarios), tal y como se deriva de cuanto disponen los artículos 1 y 4, en relación con el artículo 10, de esta Ley.²⁶⁵

²⁶³ Sobre la rescisión de tales garantías financieras, vid. GONZÁLEZ NAVARRO: Reintegración concursal y normas especiales: el Real Decreto 5/2005, de 11 de marzo, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 525 y ss.

²⁶⁴ TOL4.799130.

²⁶⁵ Dicho en otras palabras, la regla prevista en el artículo 10 LMH no constituye una excepción de carácter subjetivo – esto es, en razón de determinados sujetos– sino, antes bien, se dispone a favor de una finalidad (protección de las titulaciones que tienen su origen en las hipotecas constituidas). Por ello, se hace precisa –y así viene entendiéndose– la necesidad de una reducción teleológica del particular régimen rescisorio acogido en el artículo 10 LMH. Vid., una breve referencia sobre este extremo en NIETO DELGADO: La rescisión de los actos sustantivos del deudor, en Beltrán y San Juan (Dirs.), La reintegración de la masa, Madrid, 2012, p. 105.

En este sentido, y propugnando una interpretación restrictiva en la aplicación del citado artículo 10 de la Ley 2/1981, parece manifestarse el Tribunal Supremo en su STS 26 de marzo de 2015,²⁶⁶ ya que *Si partimos de la consideración de que el previsto en el art. 10 LMH es un régimen excepcional al general de la acción rescisoria concursal, regulado en el art. 71 LC, debería ser quien lo invoca el que acreditara el cumplimiento de los requisitos y condiciones que justifican su aplicación. Sin que pueda ser presumido por el hecho de que las entidades financieras que operan en el mercado suelen acudir a la emisión de cédulas hipotecarias o títulos garantizados por los créditos hipotecarios previamente concertados.*

Insiste en tal idea la STS de 8 de noviembre de 2012²⁶⁷ advirtiendo que: *La interpretación sistemática de ese conjunto normativo evidencia que el régimen excepcional orbita alrededor de los títulos que en la Ley del mercado hipotecario se regulan y que se emitan en territorio español, no de las “entidades habilitadas para emitir los títulos” ni de las “hipotecas” otorgadas por dichas entidades. Lo que acota la tutela excepcional a las hipotecas que garantizan los títulos emitidos por las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario que reúnan los requisitos exigidos. Dicho de otra forma, la norma tutela el mercado hipotecario y, en la medida necesario, las operaciones destinadas a darle estabilidad, sin reconocer privilegios subjetivos a las entidades financieras.*

7. COMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL RESPECTO DE OTRAS ACCIONES.

Por otra parte, la LC destaca la compatibilidad del sistema de reintegración respecto de cualquier acción de impugnación que reconozca nuestro Ordenamiento jurídico y que permita obtener la ineficacia de los actos anteriores del ahora concursado.²⁶⁸ En tal sentido, el artículo 71.6 LC establece que *el ejercicio de las acciones rescisorias –se refiere a las derivadas del sistema de reintegración concursal– no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho.*

El reconocimiento de la compatibilidad de la acción rescisoria por reintegración de la masa activa respecto de cualquier otra acción impugnatoria de los actos anteriores del deudor obligaba a incorporar alguna previsión más en el texto de la LC, dada la incidencia que el resultado de esas acciones impugnatorias pudiera tener en relación con el propio concurso.²⁶⁹ La necesidad de coordinación entre éstas y aquéllas acciones ha sido atendida y, de este modo, el citado precepto añade que el conocimiento de las acciones impugnatorias generales se atribuye al Juez del concurso, debiendo acomodarse su ejercicio a las reglas de legitimación y de procedimiento que se requieren para la acción rescisoria contemplada en el artículo 71 LC.

8. LOS ASPECTOS ADJETIVOS (LEGITIMACIÓN, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO)

²⁶⁶ TOL4.839.213.

²⁶⁷ TOL2.708.621.

²⁶⁸ Sobre este régimen de compatibilidad, vid. PARRA LUCAN: El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso, en García- Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 241 y ss.

²⁶⁹ Sobre la posible utilidad práctica de la acción pauliana en este contexto, vid. JEREZ DELGADO: La acción pauliana del Código civil como vía de ampliación del marco de la reintegración de a masa activa del concurso, en Beltrán y San Juan (Dirs.), La reintegración de la masa, Madrid, 2012, pp. 163 y ss.

La LC también se ocupa de detallar las reglas formales relativas al ejercicio de la acción de reintegración.²⁷⁰ Con tal finalidad, el artículo 72.1 LC advierte que corresponde la legitimación activa para el ejercicio de la acción de reintegración a la administración concursal. Ahora bien, esta regla atributiva de la legitimación activa se extiende, como antes se señalara, al resto de las acciones impugnatorias que pudieran ejercitarse frente al concursado y con un fundamento distinto al propio de la reintegración. Por ello, serán los administradores concursales quienes quedan legitimados tanto para el ejercicio de la acción de reintegración como para cualquier otra acción impugnatoria que, con distinto fundamento, pudiera ejercitarse frente a los actos anteriores del ahora concursado.

Pero, igualmente, la LC dispone una legitimación activa de carácter subsidiario a favor de los acreedores que participaran en el concurso. Así, si los acreedores estuvieran interesados en el ejercicio de la acción de reintegración deberán instar a la administración concursal para que acuda al ejercicio de la acción requerida. Si tal petición de los acreedores interesados no fuera atendida por los administradores concursales, aquéllos podrán ejercitar la acción de reintegración si se dieran los requisitos que dispone el artículo 72.1 LC. Las exigencias que deberán respetarse para poder actuar esta legitimación activa de carácter subsidiario son: a) previamente, los acreedores interesados deberán haber instado de la administración concursal el ejercicio de la acción; b) ese requerimiento previo ha de hacerse por escrito; c) el escrito de requerimiento a los administradores concursales que fuera remitido por los acreedores interesados deberá tener un contenido mínimo, pues necesariamente expresará la acción que se quiere ejercitar, la especificación del acto concreto que se quiere impugnar y, por último, ha de explicitar el fundamento que, a juicio de estos acreedores, respalda la impugnación de aquel acto; y d) el requerimiento que hicieran los acreedores no ha de ser atendido por la administración concursal en un plazo de dos meses a contar desde la fecha en que fuera practicado.²⁷¹

Estas mismas exigencias se extienden para aquellos casos en que los acreedores mostraran su interés respecto del ejercicio de una acción de impugnación que respondiera a otro fundamento (acciones generales de impugnación de actos) y no al propio de la acción rescisoria ex artículo 71 LC.

En todo caso, y por razones de la necesaria coordinación de actuaciones, sea cual fuera la acción ejercitada por los acreedores legitimados subsidiariamente, la demanda que fuera presentada deberá ser comunicada a los administradores concursales (cfr. Art. 72.3 LC).

La previsión de una legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción de reintegración y de otras acciones impugnatorias, puede ser la ocasión para que se suscite un cúmulo de problemas derivados de las relaciones que se den entre la administración concursal y los acreedores interesados en tal proceder.

Respecto de tales relaciones, cabría cuestionarse si resulta posible que los administradores concursales puedan, antes de que se agote el plazo dispuesto en el artículo 72.1 LC, rechazar la solicitud interesada por los acreedores o, bien, autorizar el ejercicio de la pertinente acción

²⁷⁰ Sobre todos estos aspectos, vid. HERRERO PEREZAGUA: Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración, en García-Cruces (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de acreedores*, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 175 y ss.; y SANCHO GARGALLO: Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal, *Revista jurídica de Catalunya*, 105-2, 2006, pp. 321 y ss.

²⁷¹ Sobre el régimen dispuesto para la legitimación activa respecto del ejercicio de la acción, vid. PINAZO: El ejercicio de la acción rescisoria. La legitimación activa, en Beltrán y San Juan (Dir.), *La reintegración de la masa*, Madrid, 2012, pp. 445 y ss.

impugnatoria a quienes así estuvieran interesados. La LC parece vincular la procedencia de la actuación subsidiaria de estos acreedores a la falta de ejercicio de la correspondiente acción por parte de la administración concursal. De hecho, la letra de esta previsión (*no lo hiciera*) pudiera sugerir la necesidad de agotar el plazo predispuesto a fin de poder afirmar la legitimación activa, pero siempre subsidiaria, de los acreedores, pues dentro de tal plazo siempre sería posible que los administradores concursales decidieran –revisando cualquier resolución anterior– acudir al ejercicio de la acción.

Ahora bien, transcurrido el plazo señalado habiéndose producido la inactividad de la administración concursal, ¿sería legítimo el ejercicio de la acción por los acreedores pese –incluso– a la oposición ya mostrada por ésta? Resulta razonable una respuesta positiva a tal interrogante por distintas razones. En primer lugar, si los administradores concursales hubieran mostrado su rechazo a ejercitar la acción, el decurso del plazo tendría como consecuencia la realización del supuesto de hecho que desencadena la legitimación activa a favor de los acreedores. La previsión del tantas veces citado artículo 72.1 LC no sólo cubre, en su literalidad, los supuestos de omisión o inacción de la administración judicial sino, también, su rechazo o negativa a presentar la oportuna demanda. De lo contrario se estaría alterando, innecesariamente, el carácter subsidiario que tiene la legitimación activa que se confiere a los acreedores. Si así no se entendiera, en realidad se estaría afirmando una suerte de veto a favor de la administración concursal y dirigido a evitar cualquier actuación de los acreedores, conclusión que evidentemente se opone a cuanto previene el texto legal. Por otra parte, la actuación de los acreedores, en nada perjudica al concurso y a los intereses de quienes en él participan, pues expresamente el texto legal señala la aplicación en estos casos de cuanto previene el artículo 54.4 LC.

Conviene, por ello, hacer un breve recordatorio de cuanto dispone este apartado 4 del artículo 54 LC. Conforme con esta regla, cabe afirmar que los acreedores, cuando les asista esta legitimación subsidiaria en el ejercicio de una acción impugnatoria, litigarán a su costa pero en interés de la masa. De este modo, nada pueden, en principio, reclamar para sí en el concurso y por tal concepto. Ahora bien, si la demanda que presentaran fuera total o parcialmente estimada tras la sustanciación del correspondiente procedimiento, entonces tendrán derecho al reembolso con cargo a la masa de los gastos y costas que por tal motivo se hubieran producido.

El crédito derivado de este concepto presenta, además, dos caracteres particulares. En primer lugar, su exigibilidad frente a la masa está limitada cuantitativamente, pues no podrá reclamarse un importe superior a aquél que se hubiera obtenido como consecuencia del ejercicio de la acción que diera origen al procedimiento seguido. El importe fijado en la sentencia estimatoria vendrá a delimitar la cuantía de este crédito frente a la masa. Por otro lado, y como segunda característica, dado su origen posterior al concurso y como consecuencia del desarrollo de este procedimiento, el texto legal no duda en calificar tal crédito como crédito contra la masa (*tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa*), con todas las consecuencias que dicha calificación conlleva. Esta calificación como crédito contra la masa se reitera en el artículo 84, 2, 3.º LC.

Respecto de la legitimación subsidiaria que asiste a los acreedores cabe atender a una última cuestión. No resulta desconocida la práctica de que un acreedor, que normalmente titula un pequeño crédito y suele ser insolvente o próximo a la insolvencia, acude al ejercicio de esta acción rescisoria sin fundamento alguno. En tales supuestos, cuando tal pretensión carece absolutamente de justificación, pudiéramos encontrarnos con una actuación que no puede aceptarse y que encierra un ejercicio abusivo del derecho que pudiera asistir a tal legitimado.

El Tribunal Supremo se ha tenido que ocupar de tal problema y, con notable dureza, calificó tal proceder como actuación abusiva. Así, en la STS 15 de septiembre de 2015²⁷² no se dudó en afirmar que: *las acciones rescisorias que contempla el art. 71 LC tratan de proteger la masa activa del concursado en beneficio de la masa pasiva. Pero en el presente caso, tanto la presentación del concurso de acreedores como, posteriormente, el ejercicio de la acción rescisoria, supone una anormalidad e inmoralidad en el ejercicio del derecho y una antisocialidad del daño a tercero que se hubiera evitado, empleando una mínima diligencia por parte del hermano de la concursada, D. Dimas, primero y, posteriormente, por parte de la administración concursal, en la gestión de la masa pasiva. Sencillamente reclamando el importe de las deudas del piso a su ocupante o resolviendo el precario.*

Por ello, el motivo se estima y declaramos la nulidad por abuso de derecho del ejercicio de la acción rescisoria, privándole de los efectos perseguidos. La aplicación restrictiva, excepcional y extraordinaria de la institución (SSTS de 22 de junio de 2010), en el presente caso, queda sobradamente justificada.

Las reglas expuestas conocen, sin embargo, una excepción, pues cuando el objeto de la impugnación fuera un acuerdo de refinanciación protegido por el texto legal, el texto legal limita la legitimación activa, ya que *solo 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 bis.* (art. 72.2 LC). La redacción de este precepto no es, desde luego, la más acertada. En efecto, parece que media una contradicción evidente respecto de cuanto poco antes viene a afirmar la LC, al sancionar la irrevocabilidad de tales acuerdos de refinanciación (art. 71 bis. 3 LC). Ello ha obligado al legislador a delimitar el alcance de la posibilidad de impugnar un acuerdo de refinanciación, en el sentido de que, cuando la administración concursal formule tal pretensión, *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* (art. 72.2 LC). Esto es, la administración concursal, con carácter previo al enjuiciamiento del carácter perjudicial para la masa activa que se predica del acuerdo de refinanciación, deberá advenir que se han incumplido los presupuestos que hacen de éste un negocio irrevocable. Solo en la medida en que se probara que tal acuerdo de refinanciación no satisface las exigencias requeridas en el artículo 71 bis LC, es posible el ejercicio de la acción rescisoria concursal. Por el contrario, si no se alcanzara tal prueba y, en consecuencia, el acuerdo de refinanciación alcanzado reuniera los requisitos exigidos, la consecuencia es que tal negocio no podrá ser, con independencia de su posible carácter perjudicial, objeto de rescisión. Además, en estos supuestos se excluye expresamente la regla de legitimación subsidiaria dispuesta a favor de los acreedores (art. 72.2 LC).

En lo que hace a la legitimación pasiva, debemos entender que la detentan el deudor común y el tercero o terceros que con él participaron en el acto que se pretenda impugnar con el ejercicio de la acción de reintegración.

En este sentido, el apartado 3 del artículo 72 LC advierte que *las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado.* Por ello, y en

²⁷² TOL5.438.839.

atención a la naturaleza del supuesto, así como a los efectos derivados de la sentencia que se dictara, no me cabe duda de que estamos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.²⁷³

No obstante la regla anterior que, con carácter general, sienta el artículo 72 LC, resulta precisa una ulterior previsión. En efecto, la LC no puede desconocer aquellos supuestos, demasiado frecuentes en la práctica, en que los bienes dispuestos a través del acto que se pretende impugnar por reintegración hubieran sido objeto de ulterior transmisión. En tales casos, la administración concursal –o, en su caso, los acreedores legitimados subsidiariamente– puede entender la conveniencia y posibilidad de impugnar, también, el negocio del que deriva esa posterior transmisión, considerando que la posición jurídica del subadquirente no es inatacable. Ante esta circunstancia, ¿deberá demandarse, de igual modo, a ese subadquirente? ¿Y si se omitiera tal proceder? ¿También estaríamos ante un supuesto litisconsorcial de carácter necesario?

Desde luego, si se pretendiera atacar la eficacia de la segunda transmisión, sería necesario traer al procedimiento al subadquirente que hubiera sido parte en aquel acto de disposición. De lo contrario, no sería posible un pronunciamiento judicial sobre la eficacia –o ineficacia– de aquel acto.

Así lo viene a destacar el propio artículo 72.3 LC (*si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irrevindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral*). Por lo tanto, el tercero estará legitimado pasivamente y frente a él deberá presentarse la correspondiente demanda de impugnación de la segunda –o ulterior– transmisión.

Resuelta esta primera cuestión, queda entonces por afrontar un segundo problema, pues habrá que interrogarse acerca del carácter que tiene esta exigencia, en el sentido de si la ausencia de demanda frente al subadquirente impide la posibilidad de continuar el procedimiento derivado de la acción de reintegración que se hubiera ejercitado. La solución a este problema viene dada por cuanto previene el artículo 73.2 LC, en sede de transmisión aparece el caso en que los bienes enajenados *no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado*. Por lo tanto, parece que ha de concluirse señalando cómo la ausencia de demanda frente al subadquirente, legitimado pasivamente frente al ejercicio de la acción por reintegración, tiene el efecto de consolidar la posición jurídica de éste, pero no impide la continuación del procedimiento respecto del concursado y, sobre todo, el tercero que con el deudor común se relacionara en el acto que se viene a impugnar. En definitiva, no media litisconsorcio pasivo necesario respecto del subadquirente.

Por supuesto, si la adquisición del subadquirente derivara, tan sólo, de la omisión de la preceptiva demanda en su contra, el supuesto podría dar lugar, si así lo justificaran las circunstancias del caso concreto, a exigir la pertinente responsabilidad de los administradores concursales al amparo de cuanto previene el artículo 36 LC.

²⁷³ En este sentido, y en relación con el ejercicio de la acción rescisoria concursal, vid. STS 15 de septiembre de 2015 (TOL5.438.391), que estimó el recurso extraordinario por efectos de la rescisión por reintegración concursal. Así, podrá comprobarse cómo en esta norma se contemplan los efectos que tiene la acción de reintegración cuando, por la razón que sea, se mantiene la transmisión a favor del subadquirente. Si éste consolidara su adquisición, los efectos de la rescisoria se constreñirían al deudor y al tercero del que trae causa el subadquirente. Ahora bien, entre el elenco de supuestos respecto de los que tal norma manifiesta ese efecto y la inatacabilidad de la ulterior infracción procesal por falta del preceptivo emplazamiento a una parte. Vid., también, SHAW MORCILLO: La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria, en Beltrán y San Juan (Dirs.), La reintegración de la masa, Madrid, 2012, p. 460.

Para acabar esta referencia a las normas de carácter adjetivo, conviene señalar que la competencia para conocer del ejercicio de esta acción de rescisión corresponde al Juez del concurso, debiendo seguirse el trámite dispuesto en los artículos 192 y ss. LC para el incidente concursal (cfr. art. 72.4 LC). Iguales reglas de competencia y procedimiento deberán observarse respecto del ejercicio de cualquier otra acción de impugnación de los actos del concursado que, distinta a la rescisoria prevista en el artículo 71.1 LC, procediera conforme a Derecho (cfr. art. 71.6 LC).

9. LOS EFECTOS ANUDADOS A LA RESCISIÓN CONCURSAL

9.1. Régimen general

La rescisión de un acto al amparo de cuanto dispone el artículo 71 LC provoca una declaración judicial en cuya virtud éste queda privado de efectos. El apartado 1 del artículo 73 LC advierte tales consecuencias al señalar que: *La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.*

Como consecuencia de la ineficacia del acto, surgen los deberes restitutorios, de manera que la masa activa del concurso se incrementará con aquello a cuya restitución viene obligado quien fue parte en el negocio rescindido.

Pero, de igual manera, esta masa activa habrá de hacer frente a la obligación de restitución que deriva del pronunciamiento rescisorio, pues el tercero partícipe en tal acto tiene derecho a que se le reintegre aquello que hubiera entregado al deudor, ahora concursado.

Ahora bien, no debemos dejar de lado algunas circunstancias que rodean el derecho de crédito del tercero *in bonis* y que le permiten requerir la devolución de la prestación que hubiera satisfecho a favor del concursado.

Así, el deudor de tal prestación no es otro que el concursado y el origen de tal crédito está en el desarrollo de las operaciones de reintegración de la masa activa. Desde este punto de vista, es indudable que el tercero resulta ser, como consecuencia de la impugnación del acto, acreedor en el concurso.

Por ello, teniendo presente que el surgimiento del crédito aparece rodeado de estas circunstancias, que el mismo es necesariamente posterior a la fecha de la declaración del concurso y, además, consecuencia del desarrollo y ejecución del procedimiento concursal, parecerá razonable pensar que su calificación a los efectos del concurso deba reflejar adecuadamente tales circunstancias. Pues bien, todas estas ideas han pesado en los redactores de la LC, pues este texto califica el crédito del tercero *in bonis* como crédito contra la masa (cfr. art. 73.3 LC), reiterando tal consideración en otros preceptos de su articulado (cfr. art. 84.2.8.^ª LC)

Pero, a pesar de la expresa calificación del crédito que asiste al tercero en estos supuestos de reintegración como crédito frente a la masa, no podemos olvidar las particularidades que el mismo presenta respecto de su satisfacción, pues el carácter prioritario y prededucible que tendría en virtud de tal calificación va a acentuarse hasta desvirtuar su propio significado. En efecto, el texto legal advierte una previsión particular en sede de reintegración de la masa activa, de modo que este crédito del tercero *in bonis* y calificado como crédito frente a la masa *habrá de*

satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido (cfr. art. 73.3 LC).

Con esta regla se altera profundamente el significado de tal crédito como crédito frente a la masa, pues no sólo hay una absoluta prededucción sino que, además, no se somete a las exigencias derivadas del orden de satisfacción de tales créditos (cfr. art. 84.3 LC, que acoge el criterio temporal de la fecha de vencimiento). De este modo, la satisfacción del crédito del tercero *in bonis* y que sea consecuencia de la reintegración concursal aparece configurada como condición de exigibilidad de la obligación de restitución que, al amparo del artículo 73.1 LC, pesa sobre este sujeto. Sin que se actúe simultáneamente el pago del crédito de restitución de este sujeto, la administración concursal no podrá conseguir la devolución de la prestación que hiciera el concursado como consecuencia del acto ahora rescindido.

La jurisprudencia ha destacado esta caracterización del crédito que asiste a la parte *in bonis*, pues como advierte la STS 7 de diciembre de 2012²⁷⁴ *En principio, el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde es un crédito contra la masa (art. 84.2.8.º LC), y debe ser abonado por la administración concursal “simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido” (art. 73.3 LC). Esta referencia a la consideración de crédito contra la masa es para diferenciarlo de los créditos concursales y, por lo tanto, para legitimar la obligación impuesta a continuación de que la restitución sea simultánea, y para que, en el hipotético caso en que la contraparte hubiera restituido la prestación por ella recibida sin obtener a cambio la suya, se le permita reclamar su satisfacción inmediatamente, y, en cualquier caso, con la preferencia respecto de los créditos concursales derivada de lo dispuesto por los arts. 48.3 y 154 LC.*

Este tratamiento que la LC dispensa al tercero *in bonis* pudiera merecer una valoración positiva. No cabe duda de la necesidad de ofrecer una adecuada protección a los legítimos intereses del tercero que, habiéndose relacionado con quien posteriormente fuera declarado en concurso, ve como su adquisición se hace venir a menos como consecuencia de la reintegración de la masa activa del concurso. Sin embargo, la solución dada en la LC no está exenta de críticas, al menos si no se evita una interpretación puramente literal de la norma. En efecto, una lectura superficial del apartado 3 de este artículo 73 LC nos llevaría a afirmar la improcedencia de la restitución derivada de la impugnación de un acto cuando la masa activa existente con anterioridad fuera insuficiente para atender simultáneamente el pago del crédito de ese tercero *in bonis*. Esta consecuencia pudiera resultar criticable cuando, al menos y como consecuencia de su revalorización, el valor de la cosa que se restituyera fuera relevante y permitiera no sólo satisfacer ese crédito sino, también, un incremento de la masa activa.

Por ello, quizás fuera preferible una interpretación correctora del tal norma y en la que viniera a evitarse un resultado como el descrito, asegurando –en todo caso– la satisfacción prioritaria del crédito de ese tercero *in bonis*. Ahora bien, conviene no olvidar que el régimen que se acaba de describir presupone la actuación de buena fe por parte del tercero que con el concursado se hubiera relacionado. Por el contrario, si su actuación no se ajustara al oportuno patrón y fuera calificada de mala fe, apreciándose así en la sentencia que resolviera la impugnación del acto, las consecuencias serían muy distintas, como luego después habrá ocasión de constatar.

²⁷⁴ TOL2.714.943.

9.2. Protección del subadquirente y efectos de la rescisión concursal

Hasta ahora se han analizado los efectos que la LC sanciona para el ejercicio de la acción rescisoria concursal. Sin embargo, la práctica enseña cómo los problemas que se plantean en todo este temario pueden agudizarse, como así ocurre cuando el tercero que hubiera adquirido del ahora concursado transmitiera lo que recibió a favor de otro sujeto ajeno a aquel primer acto. Nuestra jurisprudencia, aplicando la vetusta normativa codificada, no había formado un criterio que pudiera considerarse como sólido, pues no faltaron ocasiones en que vino a negar toda protección al tercero de buena fe que adquirió de otro sujeto a quien el quebrado había transmitido tal cosa, mientras que en otros pronunciamientos privó de efectos a la acción que se ejercitara manteniendo a este sujeto en su adquisición.

Como ya avanza en su Exposición de Motivos, la LC opta por mantener la inatacabilidad de la posición jurídica del subadquirente cuando éste lo fuera de buena fe, dispusiera en su favor de las reglas que determinan la irreivindicabilidad de lo que adquiriera o gozara en su favor de la protección registral, viniendo a consolidar de este modo su adquisición. Por otra parte, tal y como antes se señalara, debemos equiparar a los anteriores supuestos aquél en que, por la razón que fuere, el subadquirente de lo que hubiera transmitido el deudor común no fuera demandado. Conforme con tal previsión, no cabe duda de que la LC opta, en estos supuestos, por dar la oportuna primacía a las exigencias derivadas de la seguridad del tráfico, viniendo a constituirse tal regla como un límite de los efectos anudados a la rescisoria concursal.

Sin embargo, y pese a esta limitación, los efectos de la acción de reintegración no quedan excluidos sino, mejor, se transforma su contenido. La protección debida al subadquirente no excluye el efecto restitutorio que recae sobre el tercero *in bonis* que contrató con el concursado, pero sí le impide la posibilidad de restituir aquello que recibiera. Pues bien, ante tales circunstancias, la procedencia de la condena a restituir se mantiene pero ha de tener un contenido distinto, debiendo concretarse en un pronunciamiento de carácter dinerario. La LC concreta el importe de tal condena dineraria, pues el mismo vendrá determinado por *el valor que tuvieran* (los bienes y derechos) *cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal* (cfr. art. 73, 2 LC).

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

No obstante lo anterior, también cabe advertir que, cuando el derecho del subadquirente se consolidara, puede llegar a plantearse un delicado problema.

En efecto, recuérdese que la exigibilidad de la condena al tercero *in bonis* que sea consecuencia de la reintegración concursal se sujeta a una condición de exigibilidad, pues requiere la simultánea satisfacción del crédito contra la masa que es titularidad de tal sujeto como consecuencia de la rescisión del acto impugnado.

Si la posición del subadquirente fuera inatacable y, en consecuencia, la condena al tercero fuera dineraria, ¿cabría compensar ambos créditos? Este interrogante no tiene fácil respuesta. Como principio general, el artículo 58 LC establece que, *declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración*. Por ello, una interpretación puramente gramatical de esta norma nos llevaría a excluir cualquier posibilidad de compensación, debiendo los administradores concursales satisfacer el importe del crédito frente a la masa que es

titularidad del tercero *in bonis* para, simultáneamente, recibir la cuantía de la condena dineraria que recae sobre este tercero y que se había concretado en la sentencia que declaró la rescisión del acto.

Ese pago simultáneo y la imposibilidad de compensación en las circunstancias descritas no parece, sin embargo, tener mucho sentido. Así, no habrá que olvidar que la regla prevista en el citado artículo 58 LC va referida, exclusivamente, a los créditos concursales. Sin embargo, el crédito que titula la parte *in bonis* y derivado de la rescisión no puede calificarse como crédito concursal sino, por expresa disposición legal, como crédito contra la masa. En este contexto, no estará de más recordar cómo el fundamento que justifica la prohibición de compensación tras la declaración del concurso responde, fundamentalmente, a la necesidad de adoptar una medida necesaria que salvaguarde exigencias elementales derivadas de la *par condicio creditorum* y evitar la huida de un acreedor respecto del concurso y sus consecuencias. Siendo esto así, se compartirá entonces la consecuencia de que si en un pago ordenado por la Ley tras la declaración del concurso no media lesión alguna de las exigencias del principio de igualdad de trato, pueda entonces admitirse la compensación como forma de extinguir tal crédito. Pues bien, eso es precisamente lo que acontece cuando el tercero condenado como consecuencia de la reintegración deba satisfacer un pago dinerario, por no resultar posible la restitución de lo que recibiera del concursado, ya que en tales circunstancias se eleva a condición de exigibilidad de tal condena la simultánea satisfacción por parte del concurso de la prestación dineraria debida a aquel sujeto. Al configurar de este modo el pago del crédito frente a la masa que es de titularidad del tercero me parece que no puede hablarse de una posible afección de la *par condicio creditorum*, pues su satisfacción se realiza al margen, y de forma previa, a la realización de los otros créditos contra la masa y los créditos concursales.

9.3. El alcance de la ineficacia del acto rescindido

9.3.1. Observaciones previas

El régimen general de efectos anudados a la rescisión que concreta el artículo 73 LC aparece diseñado en relación con un supuesto particular, pues la regla de ineficacia contempla aquellos casos en que el acto impugnado tiene carácter bilateral. Esta circunstancia obliga a que deba atenderse a dos problemas. En primer lugar, será necesario adecuar tales efectos en aquellos casos en que el acto no pueda calificarse como bilateral, pues solo media un desplazamiento patrimonial que realizara el concursado a favor de la parte *in bonis*; supuesto que no se contempla expresamente en esta regla de efectos (sobre esta cuestión, vid. Supra 10.5), pese a que el legislador no duda en advertir la rescindibilidad de estos supuestos (Cfr. art. 71.2 LC).

De igual manera, no habrá que dejar de advertir que las reglas señaladas constituyen el régimen general de efectos que derivan de la rescisión concursal de un acto del ahora concursado. Sin embargo, no debe olvidarse el caso en que mediara mala fe del tercero que con éste se relacionara y que fue parte en el acto rescindido. En tales circunstancias, se adopta una particular previsión que acoge el apartado 3 del artículo 73 LC.

Ahora bien, enumeradas las principales cuestiones que han de ser objeto de estudio, conviene que, con carácter previo nos detengamos en recordar el alcance material que tiene la ineficacia derivada de la rescisión que prevé, como norma general, el citado artículo 73.1 LC, considerando – en primer lugar– su caracterización de conformidad con las normas generales a fin de luego concretar su significado en el ámbito concursal.

9.3.2. La ineficacia del acto rescindido de conformidad de las normas generales

La doctrina civilista es unánime en advertir respecto de la acción de rescisión que nos encontramos ante *una ineficacia del contrato que adviene mediante el ejercicio de una acción de impugnación del mismo, que se aplica a "contratos válidamente celebrados" (cfr. art. 1295) y obedece no a la irregularidad de la formación del contrato, sino al hecho de que el contrato regularmente celebrado contribuye a obtener un resultado injusto, inicuo o contrario a Derecho: produce un fraude de acreedores o una lesión. Por esto, hemos hablado anteriormente de una ineficacia funcional. La rescisión es una ineficacia funcional.*²⁷⁵

Dentro de la categoría de la ineficacia contractual, y junto con formas sobradamente conocidas y que obedecen a un vicio o defecto originario o estructural (nulidad, anulabilidad), el Código civil reconoce la figura de la rescisión en donde el fundamento al que responde la ineficacia provocada tiene carácter sobrevenido, en razón de los efectos o consecuencias que produjera el contrato válidamente celebrado. La rescisión se engloba dentro de la categoría de la ineficacia contractual, sin perjuicio de sus particularidades.

*Así, se afirma que se trata, por tanto, de una ineficacia provocada, esto es, que opera a través del ejercicio de una acción de impugnación y no de modo automático o ipso iure por la fuerza misma del ordenamiento jurídico. Del mismo modo, se proyecta como una ineficacia funcional que no atiende a los posibles vicios o defectos en la fase de celebración o formalización del contrato, sino a un juicio de valoración de las consecuencias o efectos que dicho contrato produce, en especial respecto de un posible fraude o una lesión contractual".*²⁷⁶

La rescisión de un contrato solo procede en aquellos casos expresamente previstos por la Ley. No obstante, la lectura de cuanto dispone el artículo 1291 C.c., delimitando los supuestos en que resulta posible el ejercicio de esta acción rescisoria, ha llevado a sentar una clasificación, distinguiéndose la rescisión por lesión y la rescisión por fraude de acreedores.²⁷⁷

Las diferencias entre uno y otro caso no son relevantes a los efectos de las cuestiones que nos ocupan, pues se centran en el carácter restitutorio o revocatorio del contrato impugnado, sin que ello venga a incidir en la retroactividad o no de sus efectos.²⁷⁸ No obstante, conviene señalar que en los supuestos de rescisión por lesión se afirma que la estimación de la acción acarrea un efecto restitutorio, de manera que las partes deberán restituirse las prestaciones derivadas del contrato rescindido.²⁷⁹ De otro lado, en los casos en que la rescisión se justificara en el fraude de acreedores, el contrato impugnado también vendría a menos, produciéndose un efecto revocatorio, en el sentido de que tal negocio no será eficaz frente al acreedor que ejercitara la

²⁷⁵ DÍEZ-PICAZO, L.: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del contrato, sexta edición, Civitas, Madrid, 2007, pp. 612 y 613.

²⁷⁶ ORDUÑA MORENO, F.J.: Comentario art. 1290 C.c., en Cañizares Laso, A.; De Pablo Contreras, P.; Orduña Moreno, F.J. y Valpuesta Fernández, R. (Dirs.): Código Civil Comentado, volumen III, Civitas, Madrid, 2011, p. 708.

²⁷⁷ Al margen de esta distinción ha de quedar la acción rescisoria ex artículo 71 LC en razón de sus propias particularidades, como luego se indica.

²⁷⁸ Sobre la diferenciación de supuestos y el distinto efecto restitutorio o revocatorio en razón de la causa de rescisión, vid. MORENO QUESADA, B.: Comentario artículo 1295, en Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XVII, Volumen 2, EDESA, Madrid, 1995, pp. 202 y ss.

²⁷⁹ En los supuestos de rescisión por lesión se produce una restitución in integrum de las prestaciones derivadas del contrato rescindido. Con acierto, se ha señalado que la llamada restitución o reintegración en forma específica de las prestaciones trata de recuperar el status quo ante a la celebración del contrato lesivo, al objeto de equilibrar nuevamente los patrimonios, impidiendo el mantenimiento de una ventaja injusta. Se pretende reparar la lesión mediante la eliminación del contrato y sus efectos jurídicos. Y solamente cuando no es posible la restitución in natura, la rescisión se transforma en una acción de indemnización. MARTÍN PÉREZ, J.A.: La rescisión del contrato, Bosch, Barcelona, 1995, p. 426.

acción, quién podrá –en consecuencia– agredir esos bienes en su favor, al resultarle inoponible el contrato rescindido.²⁸⁰

Ahora bien, tanto en los supuestos de lesión como de fraude de acreedores, la rescisión hace venir a menos el contrato impugnado (con carácter restitutorio o revocatorio según los casos), pues con el ejercicio de la acción se pretende *deshacer* éste.

Ello es así en la medida en que ésta es la finalidad a la que responde la acción de rescisión. No cabe desconocer que *el efecto principal de esta acción rescisoria - en esto coinciden ambas modalidades - es privar de eficacia al negocio fraudulento, restituyendo las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración.*

*Supone “revocar” –volver los bienes a su antiguo titular– o decretar la “inoperancia” de esa enajenación en la parte necesaria para que los acreedores defraudados, puedan hacer efectivos sus créditos.*²⁸¹

El tenor literal del artículo 1295 del Código Civil no permite duda alguna, pues *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, añadiendo que tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.*

La caracterización de la rescisión como una categoría de ineficacia negocial lleva indefectiblemente a manifestar, utilizando un término usual, que los efectos derivados de la estimación de la acción se producen *ex tunc*, de manera que se actuará retroactivamente. Si la finalidad perseguida es privar de efectos al contrato rescindido, éste no ha de producir ninguno, por lo que se busca reponer a las partes en la posición que tenían con anterioridad a la celebración de tal negocio.²⁸²

La Jurisprudencia se ha manifestado reiteradamente en este sentido, tanto en lo que hace a la caracterización general de la acción rescisoria como respecto de los concretos supuestos en que – de conformidad con las prescripciones del Código– ésta procede.

Así, lo ha hecho el Tribunal Supremo al caracterizar y comparar la acción resolutoria y la acción rescisoria, tal y como advierte la STS 26 de marzo de 2012,²⁸³ al destacar que: *es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la*

²⁸⁰ En el caso de la rescisión por fraude de acreedores no hay, en rigor, una destrucción del contrato lesivo (no se deshace) sino que se desconocen sus efectos: el contrato lesivo se considera inoponible frente al acreedor, que puede conducirse como si aquél no se hubiera celebrado y, por ello, ejecutar los bienes y derechos que fueren su objeto allá donde estén (siempre que su poseedor actual sea la contraparte o un tercero no protegido) y también, como advierte el artículo 595 LEC, tal ejecución se extenderá a los frutos o rentas que deriven o hayan derivado del objeto del contrato y se hallen en posesión de la contraparte (o del tercero no protegido) del contrato lesivo, en la medida del perjuicio sufrido. GARCÍA VICENTE, J.R.: Comentario art. 1290 C.c., en Bercovitz, R. (Dir.), Comentarios al Código Civil, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9224 y 9225.

²⁸¹ MARTÍN PÉREZ, J.A.: La rescisión del contrato, Bosch, Barcelona, 1995, p. 441.

²⁸² El fundamento de la impugnación y, por ende, de la ineficacia contractual operada, hace que los efectos de la rescisión se focalicen principalmente sobre un mecanismo de retrocesión de la cosa objeto de transmisión al patrimonio del deudor, caso del fraude de acreedores, o de restitución de las recíprocas prestaciones efectuadas, caso de la rescisión por lesión. ORDUÑA MORENO, F.J.: Comentario art. 1290 C.c., en Cañizares Laso, A.; De Pablo Contreras, P.; Orduña Moreno, F.J. y Valpuesta Fernández, R. (Dir.): Código Civil Comentado, volumen III, Civitas, Madrid, 2011, p. 722.

²⁸³ TOL2.498.518.

resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos “ex nunc” sino “ex tunc”, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1295 del Código Civil al que expresamente se remite el art. 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el art. 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1123.

Con igual claridad se expresa la STS de 23 de julio de 2001,²⁸⁴ manifestando que: *el que se encuentre uno de los bienes en poder de tercera persona, nada empece al ejercicio de la acción rescisoria, porque la declaración de ineficacia del contrato que se rescinde se produce ex tunc con efectos retroactivos desde su perfección y produce la restitución de las prestaciones percibidas por cada contratante incrementadas con sus frutos e intereses.*²⁸⁵

Además, el Alto Tribunal, en su STS 6 de octubre de 2006,²⁸⁶ ha advertido –en relación con la resolución contractual pero extensible a los supuestos de rescisión– que: *La obligación de restitución de las prestaciones recibidas que establece el art. 1303 del Código Civil para cuando se declare la nulidad de una obligación, aplicable según la doctrina de esta Sala a los supuestos de resolución contractual, no precisa de petición de parte, en razón del principio “iura novit curia”, por lo que el Juzgador de instancia debió así acordarlo. Al no hacerlo, ha incurrido en la incongruencia omisiva denunciada por lo que ha de estimarse el motivo en este aspecto.*

Por lo tanto, y en atención al significado y finalidad de la acción, habrá de concluirse manifestando que los efectos derivados de la rescisión de un contrato se producen *ex tunc*, operando retroactivamente, tal y como prescriben las reglas dispuestas en el Código civil.²⁸⁷

²⁸⁴ Roj:STS 6503/2001 - ECLI:ES:TS:2001:6503

²⁸⁵ En igual sentido, pueden señalarse las STS de 27 de octubre de 2005 (Roj: STS 6545/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6545); STS 5 de febrero de 2002 (Roj:STS 707/2002 - ECLI:ES:TS:2002:707) y STS 17 de junio de 1986 (Roj:STS 3395/1986 - ECLI:ES:TS:1986:3395), entre muchas otras.

²⁸⁶ Roj:STS 8730/2006 - ECLI:ES:TS:2006:8730

²⁸⁷ La rescisión, sin embargo, y en razón de que se ataca un contrato válido, no extiende sus efectos frente a tercero de buena fe, pese a actuarse retroactivamente. Así lo destaca el segundo inciso del artículo 1295 del Código Civil. La STS 6 de noviembre de 2001 (Roj: STS 8636/2001 - ECLI:ES:TS:2001:8636), aplica este precepto, señalando que a la vista de todo ello, ha de entenderse correcta la calificación que realiza el Tribunal de instancia de la venta realizada por la Sra. Raquel a la sociedad tantas veces mencionada como contrato no absolutamente simulado, sino simplemente rescindible, al tratarse de un acto querido por las partes intervinientes en el mismo, en procura de beneficios diversos, pero también en evidente fraude de acreedores, subsumible por ello en el artículo 1291.3.º del Código Civil. El negocio, por tanto era inicialmente válido si bien podría devenir ineficaz si, con posterioridad a su celebración, los acreedores a quienes se pretendía defraudar no podían de otro modo cobrar lo que se les debía. Esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa, en que la venta aludida fue base de nuevas operaciones crediticias en las que intervinieron personas que confiaban en la presunción de exactitud registral que establecen los artículos 38-1.º y 1-3.º de la Ley Hipotecaria, y de las que se beneficiaron la tercerista y su familia. Solo la circunstancia de que el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla no consiguiese recuperar la totalidad de las sumas a que tenía derecho en virtud del préstamo a que nos hemos referido, determinó la rescisión ordenada por la Audiencia Provincial en sentencia dictada en la causa criminal ya mencionada. Pero dicha rescisión, cuyo carácter subsidiario reitera el art. 1294 del Código Civil, no hace desaparecer los efectos producidos como consecuencia de la actuación de terceros de buena fe, según se desprende del párrafo segundo del artículo 1295, aplicable por analogía a quienes evidentemente no llegaron a adquirir los bienes objeto del contrato rescindido, pero que efectuaron desembolsos a favor, entre otros, de quien ahora es tercerista, confiando en la validez y legitimidad de la inscripción registral dimanante de aquel contrato.

9.3.3. La ineficacia del acto rescindido en la Ley Concursal.

De conformidad con cuanto antes se señalara, tras la consideración de las reglas generales que disciplinan la rescisión, se debe ahora atender a las normas previstas en la Ley Concursal y, en especial, al régimen de efectos dispuesto.

En este sentido, debe partirse de que la acción que contempla el artículo 71 LC es una acción rescisoria, en sentido estricto. Así lo advierte la Jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo, pues como señala la STS 8 de abril de 2014²⁸⁸: *la naturaleza de esta ineficacia es la propia de la rescisión, pues se trata de una ineficacia funcional, que presupone la validez del negocio o acto impugnado, y que se funda en el perjuicio que ocasiona a la quiebra declarada con posterioridad.*²⁸⁹

Desde esta perspectiva, y si se comparan las reglas que acoge el artículo 73 LC sobre estos extremos respecto de cuanto dispone el artículo 1295 del Código Civil, podrá comprobarse cómo no hay una sustancial diferencia entre ambas normas.²⁹⁰ La lectura del citado precepto permite concluir afirmando su sustancial identidad respecto de cuanto dispone el primer inciso del artículo 1295 del Código Civil (*La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses*).

De otro lado, la misma excepción al alcance restitutorio que se predica de la rescisión en el inciso segundo del artículo 1295 del Código Civil (*Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe*), así como las consecuencias que se derivan en tal situación y que dispone el tercer inciso de este precepto (*En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión*), vienen a preverse, adecuándolos a las particularidades del supuesto de hecho, para la acción rescisoria contemplada en el artículo 71 LC. En este sentido, el tenor literal del artículo 73.2 LC es claro.

La lectura de estas normas, así como el carácter rescisorio que se predica de la acción, lleva a destacar varias afirmaciones.

En primer lugar, la rescisión que sea consecuencia de la reintegración concursal requiere, en razón de su naturaleza, un previo pronunciamiento judicial.

²⁸⁸ TOL4.259.500

²⁸⁹ La STS 28 de marzo de 2012 (TOL2.533.407), añade que las grandes similitudes entre las acciones de reintegración concursal, y la rescisoria regulada en el artículo 1290 y siguientes del Código Civil, han llevado al legislador a calificar como rescisoria la acción de reintegración.

²⁹⁰ En realidad, la acción prevista en el artículo 71 LC puede reconducirse, aunque con ciertas particularidades, a la rescisión por lesión, dada la previsión de su carácter no revocatorio sino restitutorio (cfr. art. 73.1 LC) y su eficacia en interés no de un acreedor sino de la colectividad de ellos. El TS así parece manifestarlo en su STS 21 de noviembre de 2016 (TOL ...), al señalar que el art. 73.1 LC expresamente prevé como efecto consiguiente a la estimación de la rescisión concursal la ineficacia del acto de disposición impugnado, así como la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses. Sin embargo, la estimación de la acción pauliana conlleva una ineficacia relativa y parcial del acto de disposición, tal y como razonamos en la sentencia 245/2013, de 18 de abril (con cita de las anteriores sentencias de 28 de noviembre de 1997, de 24 de julio de 1998 y 25/2004, de 30 de enero) (...). Esta distinción tiene gran relevancia, pues la rescisión concursal no determina una ineficacia relativa del acto impugnado, sino total, con el consiguiente efecto de restitución a la masa de los bienes o derechos objeto del acto de disposición impugnado. Sólo si los bienes no pueden restituirse, el art. 73.2 LC impone a la contraparte, destinatario de los bienes objeto de disposición, la restitución por equivalente: el pago del valor de los bienes cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; y, en caso de mala fe en quien contrató con el concursado, también deberá indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa.

En efecto, la sentencia que estime una acción de este tipo tiene carácter constitutivo pues, de acuerdo con su significado rescisorio, no se afectará la validez del acto impugnado sino, tan sólo, sus efectos. Así lo viene a poner de manifiesto el artículo 73.1 LC, al señalar que la sentencia que estimara la acción de rescisión por reintegración *declarará la ineficacia del acto impugnado*, para añadir a continuación un pronunciamiento de condena, pues deberá imponer *la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses*.

Esta previsión de la LC es coherente con el carácter rescisorio que quiere predicarse de la acción ex artículo 71.1 LC, de tal modo que se sanciona, para los actos impugnados, un supuesto de ineficacia no estructural sino, mejor, funcional. Dicho en otras palabras, lo que se pretende es actuar sobre la relación contractual que se crea al amparo y como consecuencia del acto impugnado, pero no respecto de la validez del contrato del que tal relación deriva. Por todo ello, no cabe otra cosa que afirmar la validez del acto o contrato objeto de la acción de reintegración, pese a que el mismo quede privado de los efectos que, en principio, hubiera producido.

De otro lado, y en razón de la finalidad perseguida, con el ejercicio de la acción se busca privar de efectos al acto que resultaba válido, de manera que éste no debiera haber producido sus efectos. Por ello, la ineficacia que deriva de la acción rescisoria opera en el tiempo, haciendo desaparecer los efectos que hubiera producido el contrato con anterioridad a su rescisión.

Dicho en otras palabras, y utilizando un término usual aunque a veces confuso, la ineficacia opera *ex tunc*; esto es, desde el momento en que el contrato se perfeccionara.

La consecuencia derivada de esa retroacción de los efectos de la rescisión del contrato es el pronunciamiento que ha de contener la sentencia, pues ésta ha de ordenar *la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses*.

9.3.4. La ineficacia del acto objeto de la rescisión concursal según la Jurisprudencia

El estudio de la jurisprudencia recaída en esta materia permite realizar una observación preliminar no exenta de importancia. En este sentido, hay que señalar cómo las expresiones y términos que vienen a utilizarse en las diferentes sentencias no siempre se hace con una excesiva carga de rigor, pues distintos pronunciamientos jurisprudenciales vienen a emplear expresiones diversas –e, incluso, antitéticas– para referirse a una misma realidad.

Además, en todos estos temas, se superponen cuestiones de orden procesal –ad ex., el carácter constitutivo de la acción y, en consecuencia, de la sentencia que estimara el ejercicio de la acción rescisoria– con otras relativas a los efectos anudados a esta forma de ineficacia negocial.

Por estas razones, conviene señalar cuál ha sido la respuesta dada a estos problemas por la Jurisprudencia a fin de, en un momento posterior, depurar el significado que cabe atribuir a las expresiones que vienen a utilizarse y así poder concretar los efectos derivados de la rescisión de un acto al amparo de cuanto dispone el artículo 71 LC.

A fin exponer el estado de la cuestión, resulta oportuno atender a la jurisprudencia denominada menor. Y, en este sentido, bastará con referirse a las dos Audiencias que mayor predicamento gozan en la materia para así constatar, como se verá, la discordancia de los términos con que se expresan para, sin embargo, coincidir en las consecuencias materiales.

De acuerdo con lo señalado, cabe referirse, en primer lugar, a cuanto advierte la SAP Madrid (Secc. 28), 9 de octubre de 2015,²⁹¹ para quien: *La consecuencia propia de la acción rescisoria concursal, del art. 73.1 LC, es la reintegración de las prestaciones recibidas por las partes a causa del contrato que se rescinde, con sus frutos e intereses. Es decir, se declara la ineficacia del acto atacado por la reintegración concursal, declaración con efectos ex tunc, por tanto, retrotrayendo sus consecuencias al momento de perfección del acto o contrato en cuestión, acorde con las reglas generales de la acción pauliana civil, arts. 1.295 y 1.298 CC, según SsTS de 27 de octubre de 2005, FJ 1.º, pte. González Poveda, s. 6 de noviembre de 2001, FJ 4.º, pte. Romero Lorenzo.*

Este criterio, por el que se afirma –expresamente– los efectos *ex tunc* de la rescisión concursal, es reiterado por otras muchas Audiencias.²⁹²

De otro lado, y como segundo referente, cabe citar la SAP Barcelona (Secc. 15) 6 de febrero de 2009,²⁹³ en la que se manifiesta que *El allanamiento realizado por las demandadas a la rescisión concursal de las otras cuatro escrituras de constitución de hipoteca, lleva consigo su ineficacia. Es cierto que se trata de una ineficacia ex nunc, que opera desde la declaración, por lo que hasta entonces el negocio es válido y produce sus efectos. Es a partir de la resolución judicial que estima la rescisión cuando se declara la ineficacia de los actos impugnados, y surge para las partes la obligación de restituirse las prestaciones que fueron objeto del negocio o acto dispositivo, más los intereses y frutos, conforme a lo dispuesto en el art. 73.1 LC. No empece a esta naturaleza de los efectos ex nunc, el hecho de que la restitución incluya los intereses y frutos producidos desde la celebración del negocio, pues con ello más que tratar de borrar los efectos desplegados antes de la rescisión del acto, se pretende compensar los posibles daños y perjuicios ocasionados por el negocio.*

²⁹¹ Roj: SAP M 14548/2015 - ECLI:ES:APM:2015:14548. En igual sentido, vid. SAP Madrid, (Secc. 28), 11 de septiembre de 2015 (Roj: SAP M 13005/2015 - ECLI:ES:APM:2015:13005); SAP Madrid (Secc. 28), 22 de mayo de 2015 (Roj:SAP M 7275/2015 - ECLI:ES:APM:2015:7275); SAP Madrid (Secc. 28), 13 de febrero de 2015 (Roj: SAP M 1325/2015 - ECLI:ES:APM:2015:1325); y SAP Madrid (Secc. 28), 28 de septiembre de 2010 (Roj:SAP M 15591/2010 - ECLI:ES:APM:2010:15591), entre otras.

²⁹² La utilización de la expresión *ex tunc*, tradicional en el ámbito de los supuestos de ineficacia negocial, también cuando va referida a la rescisión, se encuentra generalizada en la jurisprudencia mercantil que aplica las reglas dispuestas en el artículo 73 LC. Vid., ad ex., SAP Córdoba (Secc. 3), 8 de junio de 2012 (Roj:SAP CO 711/2012 -ECLI:ES:APCO:2012:711) (produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos “*ex nunc*” sino “*ex tunc*”); SAP Gerona (Secc. 1), 20 de marzo de 2009 (Roj:SAP GI 558/2009 - ECLI:ES:APGI:2009:558) (se declara la ineficacia del acto atacado por la reintegración concursal, declaración con efectos “*ex tunc*”, por tanto, retrotrayendo sus consecuencias al momento de perfección del acto o contrato en cuestión); SAP Granada (Secc. 3), 23 de junio de 2014 (Roj:SAP GR 1314/2014-ECLI:ES:APGR:2014:1314) (es incuestionable el efecto *ex tunc* que a la rescisión confieren las partes); SAP Murcia (Secc. 4), 3 de octubre de 2013 (Roj:SAP MU 2291/2013-ECLI:ES:APMU:2013:2291) (es la propia Ley Concursal la que en su artículo 73 atribuye específicamente a la ineficacia del acto impugnado, sin exclusión ni excepción alguna, unos efectos “*ex tunc*”, es decir, sin producción de efecto alguno como si el contrato nunca se hubiera celebrado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo que antes hemos señalado confirma definitivamente, también sin excepción, los aludidos efectos “*ex tunc*”); SAP Jaén (Secc. 1), 19 de enero 2011 (Roj:SAP J 1522/2011 - ECLI:ES:APJ:2011:1522) (se declara la ineficacia del acto atacado por la reintegración concursal, declaración, según reiterada y mayoritaria jurisprudencia, con efectos “*ex tunc*”, por tanto, retrotrayendo sus consecuencias al momento de perfección del contrato o acto en cuestión); y SAP Valladolid (Secc. 3), 7 de mayo 2009 (Roj:SAP VA 447/2009 - ECLI:ES:APVA:2009:447) (El argumento expuesto por el apelante no puede prosperar puesto que, aunque el acto o negocio rescindido sea válido y eficaz en un principio, la jurisprudencia, de siempre, ha señalado que la rescisión supone la destrucción de sus efectos “*ex tunc*” y no “*ex nunc*”), entre muchas otras.

²⁹³ Roj:SAP B 1485/2009 - ECLI:ES:APB:2009:1485.

Ahora bien, si se atiende no a los términos empleados –*ex tunc, ex nunc*– sino a las consecuencias que ordenan podrá comprobarse una coincidencia en el criterio sostenido por ambas Audiencias.

Así lo advierte la SAP Madrid (Secc. 28), 5 de junio de 2015,²⁹⁴ resolviendo que: *Como corolario de cuanto se lleva expuesto procede declarar la ineficacia del acto impugnado y, anudado a tal declaración, condenar a MERSA a restituir a la masa el importe del pagaré que en su día hizo efectivo, con sus intereses al tipo legal desde esa fecha, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 73.1 LC.*

De igual manera, y coincidiendo en las consecuencias anudadas al contrato rescindido, la SAP Barcelona (Secc. 15), 4 de noviembre de 2015,²⁹⁵ concluye que *Por tanto, como regla general, la rescisión del acto determina la recíproca y simultánea restitución de las prestaciones, lo que implica volver a la situación inmediatamente anterior al acto impugnado. Las prestaciones que resulten a favor del demandado deberán atender, por tanto, con cargo a la masa, salvo que se aprecie mala fe, en cuyo caso el crédito tendrá la consideración de subordinado.*

Si ahora atendemos a la Jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo, no habrá que olvidar la naturaleza rescisoria de la acción ex artículo 71 LC y, en consecuencia, su comunidad de efectos respecto de cuanto dispone con carácter general el Código Civil para la acción rescisoria, tal y como antes se destacara. El repaso de las resoluciones del alto Tribunal, viene a mostrar una diversa expresión y términos para, sin embargo, afirmar unos mismos efectos materiales.

En efecto, y a título de ejemplo, la STS 7 de diciembre de 2012²⁹⁶ destaca que: *El art. 73.1 LC dispone que la estimación de la acción rescisoria concursal lleva consigo la ineficacia del acto impugnado y la consiguiente obligación de restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses.*

En el presente caso, la compraventa que ha sido objeto de rescisión tenía por objeto 25 fincas, que se transmitían libres de cargas, en la medida en que el precio se calculó de esa forma y una parte del mismo fue destinado a amortizar el préstamo hipotecario y a cancelar las hipotecas. De este modo, la compradora recibió las fincas libre de cargas. Es por ello que al acordarse más tarde la rescisión de la compraventa, está obligada a restituir las 25 fincas, con sus frutos, a cambio de percibir a su vez el precio abonado.

Reitera tal consideración STS 25 de junio de 2015,²⁹⁷ discriminando los efectos anudados a la ineficacia del negocio, en razón de que se tratara de un negocio bilateral o unilateral, pues: *Conforme al art. 73.1 LC, la sentencia que estima la acción rescisoria, además de declarar la ineficacia del acto impugnado, “condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses”. Como ya hemos indicado en otras ocasiones, este es el efecto propio de la rescisión de un negocio bilateral con reciprocidad de prestaciones. Mientras que si el acto objeto de rescisión fuera unilateral y consistiera, por ejemplo, en el pago o en la constitución de una garantía, en estos casos la consecuencia de la rescisión sería dejar sin efecto el pago o la garantía.*

Por lo tanto, el negocio rescindido deviene ineficaz, generándose obligaciones restitutorias que, en el caso de la concursada deudora, se realizarán con cargo al concurso. Ahora bien, si el

²⁹⁴ Roj: SAP M 10603/2015 - ECLI:ES:APM:2015:10603.

²⁹⁵ Roj:SAP B 10534/2015 - ECLI:ES:APB:2015:10534.

²⁹⁶ TOL2.714.943.

²⁹⁷ Roj: STS 2737/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2737.

negocio se calificara como unilateral (ad ex. un pago), el efecto derivado de su rescisión, ha de ser –como afirma la sentencia últimamente citada– *dejar sin efecto el pago o la garantía*.

Por lo tanto, resulta obvio en la Jurisprudencia que con la acción rescisoria se busca privar de efectos a un acto o contrato, debiendo desconocerse los que se hubieran producido. Esto es, la finalidad perseguida es volver a la situación anterior a la perfección del contrato rescindido,²⁹⁸ de modo que si éste tuviera carácter bilateral su ineficacia generaría las pertinentes obligaciones de restitución, mientras que si el negocio fuera unilateral, el pago o la garantía constituida resultarían ineficaces, debiendo –en su caso– reintegrarse a la masa del concurso aquello que entonces hubiera entregado la ahora concursada.

Así lo advierte el Tribunal Supremo en los supuestos de rescisión del pago de un dividendo²⁹⁹ realizado por la concursada, como reiteradamente se ha señalado en relación cuando este supuesto fuera objeto de la acción rescisoria, pues a decir, entre otras,³⁰⁰ de la STS 24 de julio de 2014³⁰¹: *los tribunales de instancia han aplicado correctamente esta doctrina: como una vez que se declara la rescisión del acuerdo de reparto de dividendos, los pagos realizados resultan injustificados, procede la condena a su restitución, y las compensaciones realizadas, en la medida en que la sociedad no debía adeudar las sumas compensadas, se dejan sin efecto*.

En definitiva, la rescisión supone –siempre y necesariamente– la ineficacia del negocio que se declara rescindido, tanto si éste es bilateral y genera obligaciones de restitución a cargo tanto del tercero como de la concursada como si, en otro caso, lo fuera unilateral, en cuyo caso será únicamente el tercero el que sufra la ineficacia del negocio y, en su caso, deberá restituir aquello que hubiera percibido.³⁰²

No obstante lo anterior, ha de recordarse un pronunciamiento jurisprudencial que – aparentemente– parece que pudiera alterar las conclusiones señaladas.

Éste es la STS 26 de marzo de 2015,³⁰³ en el que viene a afirmarse que: *Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una*

²⁹⁸ El texto legal prevé la reposición al estado anterior respecto del acto que se rescindiera. En este sentido, la STS de 4 de noviembre de 2016 (TOL ...) se tuvo que ocupar de los efectos anudados a la rescisión de una garantía hipoteca que había sustituido a una anterior reserva de dominio, señalando 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 art. 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, el 29 de diciembre de 2003.

²⁹⁹ Sobre tal problema, vid., por todos, MORALES: Rescisión concursal y acuerdos de distribución de beneficios, en Beltrán y San Juan (Dirs.), La reintegración de la masa, Madrid, 2012, pp. 233 y ss.

³⁰⁰ STS 17 de abril de 2015 (Roj: STS 1704/2015-ECLI:ES:TS:2015:1704) y STS 1 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4839/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4839).

³⁰¹ TOL4.513.843.

³⁰² STS 30 de abril de 2014 (TOL4.331.151); STS 9 de abril de 2014 (TOL4.280.696); STS 8 de abril de 2014 (TOL4.259.560); y STS 26 de octubre de 2012 (TOL2.686.811), entre otras.

³⁰³ TOL4.839.213.

garantía, su extinción. (...) Tampoco procede en estos casos, como pide la demanda, la declaración retroactiva de nulidad de todos los asientos posteriores a la constitución de la hipoteca objeto de rescisión, ni tampoco la nulidad de la ejecución hipotecaria, en la medida en que la rescisión es una ineficacia funcional y no opera ex tunc.

De todos modos, y a fin de poder calibrar el alcance que pueda predicarse de esta decisión, no estará de más que se sitúe la afirmación transcrita en el contexto de tal sentencia.

En efecto, la lectura de esta resolución permite comprobar cómo la afirmación antes reflejada se hace a fin de ofrecer una respuesta al *petitum* que se dedujera, y en cuya virtud se instaba la ineficacia de otros actos de disposición sobre el bien que previamente había sido objeto del negocio objeto de la rescisión concursal.

En este sentido, el supuesto de hecho era el de la constitución de una garantía no contextual sobre un bien de la ahora concursada y que, posteriormente al gravamen, fue objeto de disposición. En tales circunstancias, la Sala declaró la ineficacia de la hipoteca constituida pero, al haberse transmitido el bien a favor de tercero, entendió que la única forma de reparar el perjuicio causado, dado que el inmueble había sido enajenado, era la condena a que la acreedora satisficiera a favor del concurso el importe garantizado. Ahora bien, en ese mismo contexto, la actora había instado la ineficacia, dada la rescisión de la garantía, de los actos ulteriores y sus inscripciones registrales. A fin de negar la procedencia de su ineficacia, la Sala viene a realizar la afirmación antes transcrita.

Por lo tanto, la citada sentencia no parece alterar el planteamiento que ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo, pues reafirma el criterio de la ineficacia del acto objeto de rescisión (*el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción*) y, a la vez, en razón de su carácter de ineficacia funcional, la rescisión no afecta a terceros ajenos al negocio objeto de la acción rescisoria (*Tampoco procede en estos casos, como pide la demanda, la declaración retroactiva de nulidad de todos los asientos posteriores a la constitución de la hipoteca objeto de rescisión, ni tampoco la nulidad de la ejecución hipotecaria, en la medida en que la rescisión es una ineficacia funcional y no opera ex tunc*).³⁰⁴

La negación que se hace respecto del carácter *ex tunc* de la rescisión no se hace para excluir la ineficacia del negocio rescindido sino, tan solo, para evitar la afección de terceros ajenos a tal acto. No parece, entonces, que deba darse un mayor relieve a tal afirmación.³⁰⁵

9.3.5. Excursus: El carácter constitutivo de la acción ex artículo 71 LC y su posible incidencia en el régimen de efectos

³⁰⁴ En realidad, y a fin de ganar claridad, hubiera bastado con que la citada resolución, a los efectos buscados, se hubiera limitado a recordar la regla dispuesta en el artículo 73.2 LC (protección de terceros ajenos al negocio rescindido) y que reitera la norma acogida en el segundo inciso del artículo 1295 del Código Civil.

³⁰⁵ Exponiendo los distintos criterios que se han defendido en torno a estos problemas pero sin pronunciarse la cuestión, vid. ORELLANA CANO: Efectos de la rescisión, en Beltrán y San Juan (Dirs.), La reintegración de la masa, Madrid, 2012, pp. 584 a 587.

Dadas las dudas que pudiera sugerir alguna afirmación jurisprudencial, como la contenida en la citada STS 26 de marzo de 2015, resultará oportuno detenerse, siquiera sea brevemente, en una cuestión no exenta de importancia.

Es lugar común advertir que la acción de rescisión tiene carácter constitutivo, *pues la obtención de la correspondiente resolución judicial determina la ineficacia de un contrato hasta entonces plenamente válido y eficaz.*³⁰⁶ Además, es una acción claramente rogatoria sin que pueda ejercitarse de oficio.³⁰⁷

Pues bien, en atención al carácter constitutivo de la acción, la sentencia por la que se estimara la pertinente demanda vendría a hacer surgir el crédito restitutorio que asiste a cada parte en el acto rescindido, de tal manera que, en virtud de tal circunstancia, podría llegar a negarse todo efecto retroactivo a la rescisión acordada.

Sin embargo, con esa afirmación se estaría olvidando algo muy importante, pues las sentencias constitutivas pueden tener un distinto significado en razón de cuál sea el pronunciamiento requerido.

En este sentido, la doctrina procesalista advierte que *cabe distinguir dos tipos de sentencias constitutivas: las que producen sus efectos pro futuro y las que tienen efecto retroactivo. De entre las primeras se suelen citar las sentencias de divorcio, mientras que producirían efectos ex nunc las pretensiones de nulidad del matrimonio o la declaración de ilegitimidad de un hijo. Sin embargo, un estudio más detenido de tales pretensiones nos revela que el segundo grupo, es decir, la petición de nulidad del matrimonio o, en general, la de cualquier negocio jurídico, no supone la creación de dicha nulidad, sino el reconocimiento judicial de que el matrimonio o el contrato eran nulos por vulneración de sus requisitos constitutivos (esto es, se trata del reconocimiento de hechos preexistentes al proceso), por lo que, al tratarse de una nulidad radical, los efectos han de retrotraerse al momento de la celebración del negocio nulo de pleno derecho.*³⁰⁸

Dicho en otras palabras, *normalmente, las sentencias constitutivas producen sus efectos ex nunc; es decir, desde el momento en que devienen firmes; pero, en algunos casos, es posible que su eficacia se extienda hacia atrás (ex tunc), cuando la relación jurídica que se extingue o se modifica haya producido algunos efectos.*³⁰⁹

En los supuestos de rescisión de un acto al amparo de cuanto dispone el artículo 71 LC nos encontramos ante ese segundo grupo de sentencias constitutivas y cuyos pronunciamientos vienen a determinar la ineficacia de un contrato, haciendo desaparecer todos cuánto el rescindido hubiera producido.³¹⁰

El hecho de que en estos supuestos deba operar la sentencia retrotrayendo en el tiempo sus efectos, no hace venir a menos el carácter constitutivo de la pretensión. En estos casos, y más aún

³⁰⁶ MARTÍN PÉREZ, J.A.: La rescisión del contrato, Bosch, Barcelona, 1995, p. 413.

³⁰⁷ Respecto de las reglas generales previstas en el C.c., vid. STS 20 febrero 1989 (Roj:STS 9071/1989 - ECLI:ES:TS:1989:9071).

³⁰⁸ GIMENO SENDRA, V.: Comentario artículo 5, en Gimeno Sendra, V.: Proceso Civil Práctico, Tomo I, La Ley, 4.ª edición, Madrid, 2010, p. 83.

³⁰⁹ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: Comentario artículo 5, en Fernández Ballesteros, M.A.; Rifá Soler, J. M.ª, y Valls Combau, J.F. (Coords.), Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I, Iurium-Atelier, 2001, p. 115.

³¹⁰ El acto resulta ineficaz, y esa ineficacia se pondrá de manifiesto con la sentencia. Ahora bien, en estos casos, no ha existido ninguna irregularidad estructural que la sentencia ponga de manifiesto, y por eso es constitutiva. GULLÓN BALLESTEROS, A.: La acción rescisoria concursal, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 4132.

en el de la rescisión, debe afirmarse que sin una sentencia que así lo declare no puede hablarse de ésta, ni de que el negocio resulte ineficaz.

El Juez, con su resolución, simplemente actúa el control que dispone la Ley, en el sentido de que sin sentencia no hay rescisión, pero, también, en atención a la naturaleza de la pretensión –y el tenor literal de las normas (artículo 1295 del Código Civil y artículo 73.1 LC)– el contrato ha devenido ineficaz desde su origen, pues la declaración judicial tiene por contenido privar de todo efecto –producido o por producir– al negocio que se declara rescindido. El juez no *crea* la causa que determina rescisión –en nuestro caso, el perjuicio– sino, tan solo, constata su realidad y, en consecuencia, acuerda rescindir el acto o contrato. La anterioridad de esa causa de rescisión lleva a que los efectos anudados a la resolución judicial se retrotraigan en el tiempo al momento de realización del acto o contrato que se rescinde.

Las diferencias entre los distintos grupos de sentencias constitutivas son claras y dependen, en último término, de la pretensión que se haga valer y de las normas que resulten de aplicación. Hay sentencias constitutivas que crean un estado y que, principal aunque no exclusivamente, van referidas a aquellos pronunciamientos que recaigan sobre el estado civil de las personas.

Sin embargo, hay otras sentencias, también de carácter constitutivo, en donde se impetra una resolución judicial de reconocimiento de una situación antecedente y, en consecuencia, solo en la medida en que la sentencia así lo estime podrá entenderse la existencia de ésta, pero los efectos de tal reconocimiento se actuarán retroactivamente. Gráficamente podría decirse que una sentencia de divorcio es constitutiva, pues el divorcio no existe con anterioridad, mientras que una sentencia que declare la nulidad del matrimonio (o la rescisión de un contrato), también será constitutiva, ya que sin tal resolución judicial no cabe entender esa ineficacia, pero la nulidad precede a su reconocimiento judicial y actuará retroactivamente.

Así lo ha venido confirmando, tal y como ha habido ocasión de comprobar, la Jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en relación con la acción rescisoria. Respecto de ésta, el carácter constitutivo, tanto de la acción como de la sentencia que estime tal pretensión, deriva de la configuración que hace nuestro Derecho positivo de la rescisión como una ineficacia funcional y, sobre todo, una ineficacia provocada.

9.3.6. Retroacción de efectos, validez del acto y eficacia ex tunc de la rescisión concursal

No hay duda para afirmar que la rescisión encierra un supuesto que ha de insertarse dentro del sistema de la ineficacia negocial, el cual engloba diferentes categorías (nulidad, anulabilidad, rescisión, revocación, desistimiento, denuncia).³¹¹

Siendo así las cosas, habrá que interrogarse acerca de las particularidades que presenta la rescisión en cuanto forma de ineficacia negocial. Y, en este sentido, tal y como se ha podido comprobar, se predica de la rescisión los caracteres de ser una ineficacia provocada y funcional.

El carácter de ineficacia provocada significa, simplemente, que tal ineficacia no es *in re ipsa* o automática sino que, antes bien, se confiere a uno o varios legitimados –aquellos que concrete la Ley– el poder para impugnar el acto y, en consecuencia, provocar la ineficacia del contrato.³¹² Por

³¹¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, M.ª. A.: Las nulidades de los contratos, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 15 y ss.

³¹² Si cabe el ejercicio de la acción rescisoria, el contrato nace eficaz, pero esa eficacia es claudicante, por cuanto el contrato se encuentra pendiente del eventual y posible ejercicio del poder de actuar la ineficacia. En la ineficacia provocada hay sobre todo un medio puesto a disposición de ciertas personas para proteger sus intereses. No existe un

ello, es lugar común afirmar que el contrato es válido pero que, si se ejercitara tal poder de impugnación (*actio*), el contrato devendría ineficaz.

En coherencia con ese carácter provocado, también se predica una segunda característica de la categoría de la rescisión, pues ésta es una ineficacia funcional. Con esta idea quiere destacarse el hecho de que el contrato que pueda ser rescindido es un contrato válido, pues la causa de la ineficacia no se encuentra en un defecto o irregularidad que afectara al proceso de formación o a la perfección del contrato sino que, antes bien, la ineficacia se justifica por los resultados que provoca o puede provocar ese contrato regular y válido, pues no presenta defecto estructural u original alguno.³¹³

Por ello, la sentencia que declare la rescisión de un contrato, como supuesto de ineficacia negocial, acarrea un pronunciamiento que impide que tal contrato continúe produciendo efectos pero, también, privándole de aquellos que hubiera podido producir. Es decir, *la declaración de ineficacia del contrato que se rescinde y, por tanto, su revocación, que se produce con carácter ex tunc, es decir con efectos que se retrotraen al momento de la perfección contractual, causa “la devolución de las cosas que fueran objeto del contrato y del precio con sus intereses”, es decir, la restitución de las prestaciones percibidas, por cada contratante, incrementadas con sus frutos e intereses.*³¹⁴

A todo lo anterior no empece el hecho de que nuestro Derecho positivo dispense una cierta tutela a favor de terceros y conserve, respecto de ellos, los efectos que hubiera podido producir el contrato rescindido (segundo inciso del artículo 1295 C.c.). Es decir, la retroacción de los efectos derivados de la rescisión (esto es, la ineficacia *ex tunc* del contrato) puede venir limitada a favor de terceros de buena fe que confiaron en un contrato que, en principio, era válido aunque con una eficacia claudicante (ad ex., tercero que adquirió un bien que fue previamente objeto del contrato luego rescindido). En estos casos, la retroacción de la ineficacia no viene a menos pero, con la finalidad de salvaguardar el legítimo interés del tercero de buena fe, la obligación restitutoria se transforma en una obligación indemnizatoria o de cumplimiento por equivalente. Esto es, el tercero de buena fe queda protegido, pero la ineficacia *ex tunc* se mantiene generando una obligación de restitución *in tantumdem*.

Esta configuración de la rescisión se reproduce en sede concursal. El carácter de ineficacia funcional y provocada que presenta la acción ex artículo 71 LC es indudable, pues en tal supuesto la rescisión del acto –y, en consecuencia, su ineficacia– resulta del perjuicio causado a la masa activa.

En lo que hace a sus efectos, el tenor literal de la norma es claro pues sanciona la ineficacia del acto o contrato respecto del que se ejercita la acción (*la sentencia declarará la ineficacia del acto*

interés público o social en la sanción, pero hay una valoración de los intereses en juego y la protección privilegiada de uno de ellos. Quiere decirse que una o varias personas son titulares de un poder de impugnación del contrato, de manera que la ineficacia solamente adviene si los titulares del poder de impugnación la provocan. Una demanda de cualquier otra persona no puede ser atendida. DÍEZ-PICAZO, L.: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del contrato, sexta edición, Civitas, Madrid, 2007, p. 566.

³¹³ Dicho en otras palabras, la ineficacia funcional en cambio, atiende a las consecuencias que un contrato regularmente formado produce en la realidad. La ineficacia es funcional porque la irregularidad consiste en la consecuencia inmediata que un contrato estructuralmente regular despliega. Hay ineficacia funcional, cuando un contrato regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho o un resultado que el derecho no puede consolidar. En especial, un perjuicio, un fraude o una lesión. DÍEZ-PICAZO, L.: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, cit., p. 566.

³¹⁴ ALMAGRO NOSETE, J.: Comentario artículo 1295, en Sierra Gil de la Cuesta, I. (Coord.), Comentario del Código Civil, Tomo VI, Bosch, Barcelona, 2000, p. 687.

impugnado, dice el artículo 73.1 LC) y, además, se disponen las consecuencias anudadas a tal declaración de ineficacia del acto impugnado y que se concretan en una obligación de restitución y en una liquidación del estado posesorio (recuérdese que el texto legal afirma que la sentencia condenará a *la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses*).

Esta caracterización de la acción rescisoria concursal y su identidad con la configuración de la acción rescisoria prevista en el Código Civil, en particular en lo que hace a sus efectos, se destaca afirmando que *en el Derecho civil, declarada la ineficacia de un negocio jurídico, la consecuencia principal es la recíproca restitución de las prestaciones; esto es, la devolución de la cosa con sus frutos y del precio con sus intereses, y en el caso de imposibilidad de restitución (v. gr. por haber sido transmitida a un tercero) el valor de la cosa con sus frutos e intereses*.

*En estos términos se pronuncian los arts. 1295, 1303 y 1307 CC, y es la consecuencia de cualesquiera supuestos de ineficacia del contrato, ya se trate de inexistencia, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución o revocación del negocio jurídico. Pues bien, en similares términos se pronuncia el art. 73.1 LC para el caso de que la acción de reintegración o impugnatoria tuviere éxito.*³¹⁵

A través del régimen de efectos que dispone el artículo 73.1 LC se persigue evitar no solo que el acto o contrato continúe produciendo sus efectos sino, también y principalmente, remover los que se hubieran producido.

Por ello, es lugar común en la doctrina³¹⁶ la afirmación de que la consecuencia a que conduce el éxito de la acción rescisoria concursal es que el acto impugnado quede privado de todo efecto, de modo que ha de volverse a la situación que se daba en el momento anterior a la realización de tal acto, para lo cual la norma ordena un efecto restitutorio y una liquidación del estado posesorio.

Con la rescisión concursal viene a deshacerse el perjuicio que causara el acto o contrato impugnado, de manera que el título que constituía la causa y justificaba la atribución patrimonial a la contraparte del concursado (el contrato rescindido) queda privado de toda eficacia. Por ello, la consecuencia última a que conduce el éxito de la acción rescisoria concursal es la de obligar a la restitución de aquello que se entregara y que diera lugar al perjuicio que se trata de reparar.

El tenor literal de la norma deja pocas dudas al respecto pero, además, así lo confirma la dicción del apartado 2 del artículo 73 LC. En efecto, cuando resultara imposible la restitución *in*

³¹⁵ VIGUER SOLER, P.L.: La masa activa: determinación y acciones de reintegración, en Garnica Martín, J.F., "La nueva Ley Concursal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2004, p. 390.

³¹⁶ Entre los comentaristas de la LC, vid. LEÓN SANZ, F.: Comentario artículo 73, en Rojo, A. y Beltrán, E. (Dirs.), Comentario de la Ley Concursal, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1330 y ss.; CRRESPO ALLUÉ, F.: Comentario artículo 73, en Sánchez-Calero, J. y Guilarte Gutiérrez, V., Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 1415 y ss.; GIL RODRÍGUEZ, J.: Comentario artículo 73, en Bercovitz, R. (Dir.), Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 887 y ss.; ALCOVER GARAU, G.: Comentario artículo 73, en AAVV, Comentarios a la Legislación concursal, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 781 y ss.; SILVETTI, E.: Comentario artículo 73, en Córdón Moreno, F.: Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 836. Respecto de las obras generales, vid. DE ÁNGEL YAGUEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J.: De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa, en AAVV, Tratado Práctico Concursal, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 901 y ss.; ARIAS VARONA, F.J.: La delimitación de la masa activa en el concurso, en Pulgar Ezquerro, J. (Dir.), El concurso de acreedores, La Ley, Madrid, 2012, pp. 382 y ss.; ROMERO SANZ DE MADRID, C.: Derecho Concursal, Civitas, Madrid, 2005, p. 168. Con carácter monográfico, vid. RIVERA FERNÁNDEZ, M.: Reintegración y concurso de acreedores, Madrid, Dílex, 2005, p. 142; ESPIGARES HUETE, J.C.: La acción rescisoria concursal, Civitas, Madrid, 2011, 215 y ss.; MUÑIZ ESPADA, E.: La acción revocatoria como una vicisitud del concurso, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pp. 233 y ss.; LINACERO DE LA FUENTE, M.: Las acciones de reintegración en la Ley Concursal, Reus, Madrid, 2005, pp. 234 y ss.

natura de los bienes transmitidos mediante el contrato rescindido, la obligación de restitución no viene a menos sino que deberá actuarse *in tantundem*, a través de la entrega del valor de esos bienes.³¹⁷ Pues bien, a fin de concretar ese valor de los bienes a reintegrar, el texto legal no atiende a la fecha en que la sentencia de rescisión se dictara sino, por el contrario, actúa retroactivamente, ya que la condena a la contraparte del concursado será la de *entregar el valor que tuvieron* (esos bienes) *cuando salieron del patrimonio del deudor concursado*.

Pero, también, al deshacerse el contrato rescindido y quedar éste privado de todo efecto, la atribución de los frutos y de la utilidad que hubiera podido producir la cosa carece de causa de atribución que justifique su apropiación por la parte *in bonis*. Ello explica y justifica que, junto con la obligación de restitución, la sentencia que estimara la acción rescisoria concursal contenga un pronunciamiento más, pues la restitución de las prestaciones derivadas del contrato rescindido deberá acompañarse *con sus frutos e intereses*, tal y como expresamente dispone el apartado 1 del artículo 73 LC.

Mal puede explicarse, en realidad resulta imposible, que la condena englobe la restitución de frutos o el pago de un interés si la ineficacia no se hubiera actuado retroactivamente.

9.4. Concurrencia de mala fe en el tercero partícipe en el acto rescindido

Una cuestión de la mayor importancia práctica es la relativa a la calificación como tercero de mala fe de la parte *in bonis* en el acto rescindido al amparo del art. 71 LC. La importancia de este problema ha merecido la atención del Tribunal Supremo desde que comenzara a conocer de estas reglas de la LC, como así lo acredita la STS 16 de septiembre de 2010 (TOL1.981.027), aún cuando no cabe desconocer su frecuencia, pues el alto tribunal vuelve sobre estas cuestiones en posteriores pronunciamientos.

En el supuesto enjuiciado en la STS 16 de septiembre de 2010 se concluye en la existencia de mala fe en la parte *in bonis* afectada por el ejercicio de la acción de reintegración. En efecto, en esta resolución se advierte que la contraparte *actuó a sabiendas de la delicadísima situación financiera de los concursados individuales y de la entidad concursada, y en el mismo fto., ap. 10, se afirma que (...) conocía sobradamente al contratar la insolvencia de los concursados; y si bien es cierto que para declarar la existencia de mala fe ex art. 73.3 LC no se estima suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia, sin embargo, en el caso, dadas las demás circunstancias concurrentes en la operación, ya aludidas, cabe considerar justificada la apreciación de la resolución recurrida. La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se efecta negativamente –perjuicio– a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico.*

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

³¹⁷ En estos casos, que son los previstos en el artículo 73.2 LC, se actúa la protección de los terceros que, confiando en la validez del contrato luego rescindido, actuaron la adquisición de los bienes, de modo que no verán afectada su posición por el pronunciamiento de condena, salvo –claro está– que se tratara de terceros de mala fe.

Desde luego, la formulación de la exigencia de que la parte *“in bonis”* actúe de buena fe, so pena de sufrir las consecuencias que detalla el art. 73.3 LC en caso contrario, es una manifestación de una exigencia de carácter general que rige en nuestro Derecho Privado. Ahora bien, conviene no olvidar su correcto significado, pues de su afirmación *no se debe deducir que la utilización de la idea de buena fe por una norma jurídica signifique la apertura de un portillo por donde se haga posible un proceso de intenciones. Pues también las ideas de buena y mala fe permiten una cierta objetivación, de manera que, en cada caso concreto, no habrá que analizar tanto la genuina y subjetiva buena o mala fe del concreto sujeto, que es lo que ordenaría siempre el posible proceso de intenciones, como la conformidad de la conducta con el tipo o modelo ideal, según los rasgos exteriores socialmente reconocibles.*³¹⁸

La concreción de qué ha de entenderse por mala fe a los efectos dispuestos en el art. 73.3 LC es una cuestión sobre la que no media unanimidad alguna, habiendo sido resuelta *ad casum*.³¹⁹ Dejando de lado las distintas manifestaciones jurisprudenciales en que se ha entendido su concurrencia, parece razonable considerar que la concreción de lo que deba entenderse por mala fe a estos efectos ha de partir de algunas ideas básicas.

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

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

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

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

³¹⁸ DIEZ-PICAZO: Prólogo a Wieacker, El principio general de la buena fe, Civitas, Madrid, 1977, p. 13.

³¹⁹ Sobre las diferentes opiniones expresadas, vid. CURIEL LORENTE: Los efectos de la acción de reintegración en el concurso, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 211 y ss.

Es por estas razones por lo que pudiera criticarse la afirmación jurisprudencial, que efectúa la STS 27 de octubre de 2010,³²⁰ y en la que se advierte que *la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3, in fine, no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores.*

Esta afirmación jurisprudencial, en realidad, no implica necesariamente que no sean posibles otros supuestos en que, sin daño alguno a los acreedores, pudiera concurrir la mala fe del sujeto afectado por la rescisión. Es más, en la sentencia citada el Tribunal Supremo parece luego afirmar una *objetivación* de la concurrencia de esa mala fe al no referir los resultados del acto a su afección de los acreedores sino, por el contrario, atiende a las consecuencias objetivas derivadas de aquél sobre el patrimonio del deudor.

Por otro lado, puede entenderse que esa afirmación, si se generalizara sin las matizaciones oportunas, supone una conclusión incoherente con la correcta delimitación que hace esta misma resolución al calificar el perjuicio, en cuanto fundamento de la impugnabilidad del acto, como *un sacrificio patrimonial injustificado*. Por ello, parece más acertado cuanto se afirmara en la STS 16 de septiembre de 2010, ya que toda referencia al perjuicio causado a los acreedores viene a objetivarse a través de las consecuencias del acto sobre el patrimonio que luego dará lugar a la masa activa del concurso.

Como antes advirtiera, obviamente la protección que quiera dispensarse a los acreedores en sede de reintegración tiene en nuestro Derecho un carácter mediato, en cuanto que mediante la protección del patrimonio del deudor se ordena la adecuada satisfacción de los intereses de aquellos.

Así lo pone de manifiesto la citada STS 16 de septiembre de 2010 cuando advierte que *La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio– a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico.*

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

Por último, dado que el entero sistema de reintegración pivota en torno a la noción de perjuicio, en su significado objetivo o de *perjuicio para la masa activa*, el conocimiento o la cognoscibilidad de la parte *in bonis* que pudiera justificar su consideración de mala fe ha de referirse, necesariamente, a ese resultado patrimonial. Esto es, el tercero afectado por el ejercicio

³²⁰ TOL1.982.638.

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

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

Señalados algunos criterios que nos pudieran permitir conocer cuándo la parte *in bonis* debe ser considerada de mala fe, conviene atender a las consecuencias que para tal supuesto dispone nuestro Derecho Concursal.

De darse esta circunstancia, las previsiones de la LC son claras, pues la mala fe de la contraparte no acarrea su consideración como cómplice ex artículo 166 LC,³²¹ pero sí una particular calificación que ha de merecer el derecho de crédito que pudiera asistirle como consecuencia de la restitución de prestaciones a que da lugar la ineficacia del acto rescindido. De modo expreso, el apartado tercero del artículo 73 LC nos advierte que, bajo tales circunstancias, dicho crédito se calificará como subordinado.

Como destaca la STS 5 de abril de 2016 (TOL ...): *La trascendencia de que concurra mala fe en la acreedora hipotecaria cuando se acuerda la rescisión del préstamo hipotecario por estimarse la acción de reintegración concursal, consiste en que se excepciona la regla de la simultaneidad en las restituciones que sean consecuencia de la rescisión, prevista como regla general en el art. 73.3 de la Ley Concursal, puesto que el crédito del acreedor de mala fe no tendrá la consideración de crédito contra la masa, cuya satisfacción ha de ser simultánea a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, sino que se considerará crédito concursal subordinado, como prevé el último inciso de ese precepto legal*.

Esta calificación como crédito subordinado de aquél que asistiera al tercero como consecuencia de la rescisión por reintegración, aboca a determinadas consecuencias. De esta manera, resulta inaplicable la regla general de prededucibilidad y simultánea satisfacción que previene el art. 73.3 LC para tales supuestos (*El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido*). Por ello, en tales circunstancias, la satisfacción del crédito que asistiera a la parte *in bonis* ya no es una condición determinante de la exigibilidad de la obligación de restitución que sobre él recayera, de modo que su realización se sujetará a las reglas generales de pagos concursales. Habiendo perdido su calificación como crédito contra la masa por devenir crédito concursal y, además, subordinado, deberán aplicarse las normas previstas en el artículo 158 LC, por lo que su pago no se realizará en tanto en cuanto no se hubiera atendido íntegramente el de

³²¹ Sobre la distinción entre tercero de mala fe y cómplice, vid. GARCÍA-CRUCES: La Calificación del Concurso, Aranzadi, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 141 y ss.

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

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

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

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

Ahora bien, el texto legal contiene otra previsión no exenta de importancia y que suscita notables dudas hermenéuticas. En efecto, el apartado segundo del artículo 73 LC también contempla el supuesto en que el tercero que participó en el acto impugnado fuera calificado como de mala fe cuando el subadquirente resultara protegido frente a la reintegración a favor del concurso. Si se dieran tales circunstancias, ese tercero no sólo sería condenado a satisfacer a favor de la masa el valor del bien que ahora no puede reintegrarse, sino que, además, *se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa* (cfr. art. 73.2 LC).

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

Ante todo, y con carácter previo, habrá que determinar el sentido de la norma y, por tanto, delimitar el supuesto de hecho que considera. En mi opinión, el principal problema que se suscita es el relativo a determinar qué hemos de entender por actuación de mala fe en este contexto. En este sentido, creo que la actuación de mala fe no puede quedar referida a la conducta seguida por el tercero con su participación en el acto del concursado que es objeto de la rescisión concursal, pues tal supuesto ya estaba contemplado en el inciso final del artículo 73.3 LC, y al que se anuda la consecuencia de la calificación como crédito subordinado del crédito de restitución. En la regla que ahora nos ocupa, ese actuar de mala fe se concreta en otro acto distinto, como es el de la disposición que realiza ese tercero de aquello que recibiera del concursado y a favor de persona ajena a ellos y que consolida su adquisición. Cuando así sucediera, el tercero que de mala fe enajenó lo que le había transmitido el deudor común, sin que sea posible su restitución por resultar protegido el actual titular, no sólo deberá satisfacer al concurso el valor de lo que recibiera sino, también, será condenado a indemnizar el daño causado a la masa.

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

El otro problema que pudiera plantear la aplicación de esta regla del artículo 73.2 LC es el de determinar cuáles son, y con que alcance, las consecuencias anudadas a la mala fe con que participó el tercero en ese acto posterior a su adquisición y que hace imposible la restitución *in natura*. De darse las circunstancias descritas, la consecuencia dispuesta para la parte *in bonis* en la LC es que *se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa* (art. 73.2 in fine LC).

La dificultad se traslada, entonces, a la concreción del importe de la indemnización debida. A fin de resolver esta cuestión, parece razonable considerar que esa cuantía no vendría dada por el importe de los gastos y costas ocasionados como consecuencia de la reclamación que interesara la administración concursal frente al subadquirente de aquello que el concursado hubiera dispuesto a favor del tercero. Entiendo que es muy dudosa la exigibilidad de tales conceptos, pues el fundamento de la inatacabilidad de la posición del subadquirente es público y deriva de las previsiones de carácter general vigentes en nuestro Ordenamiento (ad ex., art. 34 LH) y, pese a todo ello, la administración concursal decidió embarcarse en tal reclamación.

Creo que el camino a seguir no puede ser otro que el de intentar determinar cuál es el daño que, bajo tales condiciones, pudiera sufrir la masa activa. Desde luego, éste no es la imposibilidad de obtener lo enajenado por el ahora concursado, pues la parte *in bonis* siempre va a satisfacer el valor que tuviera por equivalente, sino, mejor, la diferencia entre ese valor en el momento de su inicial transmisión y el valor que la misma cosa pudiera ahora tener. Si no se hubiera dado esa segunda transmisión que se consolida y fuera posible la restitución en especie, los administradores concursales conseguirían ingresar en la masa activa el bien enajenado y, así, se dispondría del valor actual de éste. Sin embargo, ese resultado se impide con la ulterior disposición a favor del

subadquirente y el mantenimiento de sus derechos, en cuya realización no sólo intervino el tercero que se relacionara con el concursado sino que, además, su participación en tal acto posterior lo fue de mala fe.

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

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

10. ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES

10.1. La rescindibilidad de las garantías constituidas por el concursado

10.1.1. Planteamiento

A lo largo de estas páginas se ha podido comprobar cómo el enjuiciamiento que ha de hacerse a fin de resolver sobre la rescisión de un acto anterior del ahora concursado esta preñado de un indudable casuismo.

Nuestra jurisprudencia así lo ha afirmado en más de una ocasión, ocupándose de distintos problemas particulares.³²²

Sin embargo, en todo este temario ha tenido un papel protagonista, también en las decisiones del Tribunal Supremo, el relativo a la rescisión de las garantías, en particular las de carácter real, constituidas por el concursado.

Ello justifica que nos detengamos ahora en su estudio, atendiendo a los principales problemas que se suscitan. Éstos pueden enumerarse por referencia a los siguientes. En primer lugar, resulta necesario atender a aquellas garantías que hubiera constituido el propio deudor.³²³ De otro lado,

³²² Vid., entre otros, los supuestos de rescisión de actos debidos (STS 28 de marzo de 2012 [TOL2.533.407]), rescisión del pago de dividendos en el período de sospecha por la sociedad luego concursada (STS 17 de abril de 2015 [TOL4.918.319]; STS 1 de noviembre de 2014 [TOL4.567.281]; y STS 24 de julio de 2014 [TOL4.513.843]); rescisión de una compensación entre el crédito por la remuneración del administrador y la deuda que éste mantenía con la sociedad (STS 19 de diciembre de 2012 [TOL2.732.221]); rescisión de dación en pago (STS 9 de abril de 2014 [TOL4.280.696] y STS 16 de diciembre de 2014 [TOL4.709.077]), etc.

³²³ Se excluye la consideración de las garantías personales (fianza) que hubiera prestado el concursado. Sobre la misma se ha pronunciado el Tribunal Supremo en distintas ocasiones. Así, las STS 2 de junio de 2015 (TOL5.199.619). En igual sentido, STS 3 de junio de 2015 (TOL5.199.602) y STS 3 de junio de 2015 (TOL5.202.950) entendieron que, en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho, no era procedente la rescisión de la garantía. Por el contrario, a una conclusión distinta llegó la STS 21 de abril de 2014 (TOL4.395.220), que rescindió la fianza constituida por el concursado, pues en la medida en que la fianza es una garantía a favor de tercero, un negocio obligacional, de riesgo sin inversión, puede derivarse, en caso de incumplimiento de la obligación principal, un perjuicio para la masa activa del fiador concursado, con todo su patrimonio presente y futuro (art. 1911 Cc). Al propio tiempo puede suponer una alteración de la composición de la masa pasiva como consecuencia de la insinuación y reconocimiento, en el concurso del fiador concursado, del importe del crédito del acreedor garantizado en la lista de acreedores, en caso de

también es preciso considerar el supuesto en que el concursado constituyera la garantía a favor de tercero. Como supuesto particular dentro de este último caso, habrá que atender a las denominadas garantías intragrupo.

Por último, deberán concretarse los efectos anudados a la rescisión de las garantías prestadas por el ahora concursado.

10.1.2. Las garantías constituidas por el deudor a favor de su pasivo

El enjuiciamiento de una garantía, a los efectos de determinar su posible rescindibilidad, requiere valorar si su constitución supone o no un *perjuicio para la masa activa*. Ello ha de llevarnos a verificar en cada supuesto si la existencia del gravamen supone, de acuerdo con las circunstancias que rodeen cada supuesto de hecho, un *sacrificio patrimonial injustificado* o, por el contrario, esa lesión patrimonial no existe o, bien, se ampara en una ventaja obtenida por el garante y que justifica tal acto de disposición.

A fin de poder efectuar tal enjuiciamiento, no estará de más acudir a los criterios formados por la doctrina acerca de la justificación de la garantía que se constituyera y en atención a la causa onerosa o gratuita en que se respaldara.³²⁴ En este contexto será necesario valorar la *causa* de la garantía que se otorgara, entendiendo por tal –de conformidad con cuanto dispone el artículo 1274 C.c.– la presencia o ausencia de un intercambio de prestaciones o ventajas patrimoniales. Ahora bien, en este proceder se hace preciso tener en cuenta dos circunstancias que pueden incidir notablemente en el resultado que se alcance acerca de la onerosidad o gratuidad que acompañara a la constitución del gravamen. Así, habrá que atender, en primer lugar, al hecho de si la garantía se presta a favor del propio pasivo o, por el contrario, se dispone en beneficio de deuda ajena. De otro lado, también resulta un dato relevante, como habrá ocasión de comprobar, el hecho de si la constitución de la garantía resulta ser o no coetánea –el término que usualmente viene a emplearse es el de contextual– con el crédito que viene a ser garantizado. Sin embargo, y frente a lo que en ocasiones se ha sugerido, en todo este temario resulta irrelevante la nota de la accesoriedad. En efecto, la accesoriedad es un elemento estructural de la garantía que se prestara (sin crédito garantizado no hay garantía) pero, en todo caso, no es de por sí, y en todo caso, un

insuficiencia de la masa activa, por la menor cuota de participación que pudiera corresponderles al resto de los acreedores ordinarios en la liquidación. Por ello, si a cambio de este riesgo potencial (perjuicio para la masa activa) no se recibe una contraprestación que justifique la concesión de la fianza por deuda ajena o, por lo menos, se obtiene una ventaja, una atribución o beneficio patrimonial que lo justifique, es decir, se presta gratuitamente, sin recibir nada a cambio, la mera liberalidad como causa del afianzamiento entraría en juego la presunción *iuris et de iure* de perjuicio a que se refiere el art. 71.2 LC. En este sentido, la fianza gratuita sería un acto o negocio obligacional, equiparable a un acto de disposición a que se refiere el art. 71.2 LC porque existe un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, perjudicará a la masa activa de dicho concurso. Se dan, en tal supuesto, todos los requisitos para rescindir la fianza calificada de gratuita de acuerdo con el art. 71.2, al existir la presunción *iuris et de iure* de perjuicio para la masa activa por un acto o contrato realizado por el concursado, en los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin necesidad de que exista intención fraudulenta (art. 71.1 LC). Sobre la rescindibilidad de las garantías personales, vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ: Constitución de garantías personales por el concursado durante el período de reintegración, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 465 y ss.

³²⁴ La referencia obligada es LACRUZ BERDEJO: La causa en los contratos de garantía, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 544, 1981, pp. 709 y ss., quien manifiesta cómo los negocios de garantía, en razón tanto de la función que atienden como de su misma caracterización, son indiferentes en lo que hace a su onerosidad o gratuidad, en el sentido de que pueden obedecer tanto a una como a otra causa. Por ello, es necesario atender a la razón que justifica la constitución de la garantía a fin de concluir en el carácter oneroso o gratuito que en cada caso pueda tener (cit., p. 743).

elemento que pueda justificar el carácter oneroso o gratuito del gravamen, pues la causa de la garantía no participa de la causa del negocio garantizado.

De acuerdo con estas bases cabe enfrentar el problema anunciado. Y con esta finalidad resulta necesario diferenciar distintos supuestos, según que la garantía fuera prestada por el deudor del crédito garantizado o, bien, por un tercero, debiendo considerarse, igualmente, el momento en que se presta el gravamen.³²⁵

En primer lugar, y a los efectos de determinar su carácter oneroso o gratuito, debe considerarse el supuesto en que la garantía fuera prestada por el deudor del crédito garantizado. En línea de principio, cabe formular un criterio general³²⁶ en el que es posible diferenciar dos situaciones. Así, si la constitución de la garantía fuera simultánea al surgimiento del crédito garantizado, resulta necesario considerar que el gravamen se constituyó como condición de éste, de manera que el acreedor solo concedió crédito a su deudor en la medida en que éste prestó una garantía aceptada por aquél. De otro lado, también es posible que el crédito que fuera a garantizarse preceda a la constitución de la garantía. En tal supuesto, la garantía es sobrevenida respecto del crédito garantizado que ya era existente, de modo que la justificación del gravamen no puede respaldarse en éste sino que ha de obedecer a otra razón.

En el primer supuesto enunciado, el deudor no solo constituye el gravamen sino que lo hace a favor de su acreedor y en razón del crédito del que resulta deudor. Siendo éstas las circunstancias que caracterizan el supuesto de hecho, será fácil colegir el carácter oneroso del gravamen así constituido. En efecto, en tal contexto el acreedor no concedió crédito sino es en razón de la garantía constituida, razón que explica que solo como resultado de la constitución del gravamen pudo ese deudor ingresar en su patrimonio las prestaciones realizadas por el acreedor en su favor y como contenido del negocio garantizado. Esto es, la prestación realizada por el acreedor (ad ex. las sumas entregadas en el contrato de préstamo) justifican la onerosidad de la garantía constituida (ad ex. la hipoteca que garantizara tal préstamo) pues ésta es la que hizo posible aquélla. Por ello, la garantía coetánea o contextual con el negocio garantizado y constituida por el propio deudor es, con carácter general, una garantía onerosa y, en consecuencia, no vendría a causar un *perjuicio para la masa activa*, por lo que no procedería su rescisión al amparo del artículo 71 LC.

Este criterio general –onerosidad de la garantía contextual prestada por el deudor– puede conocer, sin embargo, una excepción. Ésta no será otra que aquel supuesto en que medie una notable desproporción entre el gravamen y el resultado patrimonial con que se incrementa el

³²⁵ Distinto es el supuesto en que la garantía se constituyera a favor de créditos futuros, tal y como sucede con aquélla que se prestara a fin de obtener el suministro a favor de la ahora concursada. Respecto de tal supuesto, la STS 26 de octubre de 2016 (TOL ...) advierte que si aplicamos los criterios expuestos a la constitución de la hipoteca litigiosa, no podemos considerar que perjudicara a la masa, porque no supuso perjuicio patrimonial injustificado. Al contrario, al no garantizar el pago de deudas preexistentes, sino el de deudas futuras contraídas por la recepción de suministros imprescindibles para el mantenimiento de la actividad empresarial de Dipolack, lo que hacía era contribuir a la subsistencia de la empresa y a que siguiera funcionando, lo que supondría la generación de nuevos activos con los que cumplir con el resto de sus acreedores. Es decir, el sacrificio patrimonial que podría suponer la constitución del gravamen tenía como contrapartida el aseguramiento del suministro durante un largo periodo de tiempo –siete años– y, desde ese punto de vista, estaba justificado. (...). Por ello, se opone a la jurisprudencia de esta Sala la conclusión de la sentencia recurrida de que la constitución de la hipoteca fue perjudicial para la masa activa del concurso, porque la minoración de la masa en el valor de la carga hipotecaria tuvo como contrapartida razonable el aseguramiento de la continuidad de los suministros necesarios para el mantenimiento de la actividad empresarial de Dipolack, lo que no puede considerarse un sacrificio patrimonial injustificado.

³²⁶ LACRUZ BERDEJO: La causa en los contratos de garantía, cit., p. 733.

patrimonio del deudor. En estas circunstancias de sobregarantía, el Tribunal Supremo ha afirmado la procedencia de la acción rescisoria. Así sucedió respecto del supuesto en que la constitución de la garantía (prenda) se constituyó sobre una gran parte de las sumas obtenidas con la financiación que, de modo contextual, se beneficiaba con la garantía. En la STS 17 de febrero de 2015,³²⁷ la Sala afirmó que: *Seguidamente debemos considerar las garantías complementarias tomadas con ocasión de la financiación descrita. En concreto, la pignoración de 1.800.000.- en garantía de los intereses que debía devengar la operación. En tal supuesto, una garantía prendaria de gran parte (30%) del saldo de una cuenta a nombre de la acreditada en la que se le ha abonado el importe de la operación, supone una sobregarantía, y, en definitiva, un acto perjudicial para la masa. No decimos que no sea posible tomar garantías adicionales a una operación de financiación, pero no las que, en su integridad, se nutren del importe líquido de una operación de anticipo –que no de descuento–. Tenía sentido que no se realizara la operación de descuento porque los intereses serían muy elevados y que se optara por una operación de anticipo. Pero el resultado final fue que se impidió al acreditado la disponibilidad de una parte importante (30%) del principal, como si de una operación de descuento se tratara.*

El otro supuesto que ahora habrá de considerarse es aquél en que la constitución de la garantía por el deudor resultara ser posterior al crédito garantizado. En tales circunstancias, la justificación patrimonial de la garantía prestada no puede hacerse descansar en el negocio del que deriva el crédito garantizado, pues tal crédito se concedió en ausencia de cualquier gravamen. Por ello, la falta de contextualidad cuando la garantía tiene el carácter de sobrevenida requiere que se verifique la existencia de una ventaja que, al margen del negocio inicial que ahora se garantiza, pueda respaldar la constitución del gravamen y evite, de este modo, su consideración como *acto perjudicial para la masa activa*.

Con anterioridad,³²⁸ se ha analizado el supuesto de hecho de la constitución de garantías a favor de obligaciones preexistentes, respecto de las que el texto legal sienta una presunción de perjuicio, aunque con carácter relativo; esto, admitiendo prueba en contra. De este modo, y frente a cuanto acontece respecto de las garantías contextuales constituidas por el deudor, cuando éstas tuvieran lugar con carácter sobrevenido se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al acreedor garantizado y al deudor constituyente del gravamen la prueba bastante que advere que ese acto supone una ventaja que ingresa en el patrimonio del deudor (ad ex. Novación del crédito que implica un nuevo plazo de cumplimiento y/o un incremento de la financiación recibida).

En este sentido, la STS 24 de junio de 2015 señala que *en cuanto a las novaciones de los préstamos hipotecarios realizados en noviembre de 2010, es evidente que, en la medida en que supusieron, en un caso, una ampliación de capital disponible y, en todos se ampliaba el plazo de carencia y se reduce el tipo de interés, no puede sostenerse que la “única beneficiaria de dichas operaciones fue la entidad de crédito, en perjuicio del resto de acreedores”. En este caso tampoco hay perjuicio para la masa activa: la ampliación del plazo de carencia y la reducción del tipo de interés son circunstancias que objetivamente son favorables para la deudora, que le permitía vender viviendas ya terminadas, con mayor holgura. Por tanto, no pueden rescindirse las operaciones de novación denunciadas por la administración concursal y que fue acordada por las sentencias de instancia.*³²⁹

³²⁷ TOL4.763.897.

³²⁸ Vid. supra V.3.

³²⁹ TOL5.199.614. En igual sentido, vid. STS 23 de febrero de 2015 (TOL4.776.959).

En definitiva, ante la constitución de garantías por obligaciones preexistentes es preciso valorar, correspondiendo la carga de la prueba al acreedor y deudor, si existe una justificación material de tal proceder,³³⁰ en el sentido de que se derive un resultado beneficioso que ingresara en el patrimonio de quien luego es concursado, de modo que en ausencia de tal circunstancia resultará operativa la presunción ex artículo 71.3.2.º LC.

La consideración de todos estos problemas ha de ser necesariamente distinta cuando quien constituyera la garantía no fuera deudor del crédito garantizado, circunstancia que obliga a su estudio de modo separado.

10.1.3. La garantía prestada por el concursado a favor de deuda ajena

Un supuesto de hecho que, con cierta frecuencia, se da en nuestra práctica concursal es el aquél en el que el ahora concursado es hipotecante (o pignorante) no deudor; esto es, viene a actuar una garantía real a favor de deuda ajena. Ante este tipo de situaciones no han faltado ocasiones en que los acreedores interesados y, de igual manera, la administración concursal en el juicio universal han manifestado distintos criterios. Por ello, puede resultar oportuno que atendamos a tal situación, viendo la afección que genera el concurso del garante y, en definitiva, cuál deba ser el tratamiento que ha de merecer este particular acreedor –beneficiario de una garantía real prestada por tercero– en el proceso universal.

En el escenario señalado, la constitución de la garantía por parte de quién ahora resulte ser concursado no obedece a su carácter de deudor –éste es el presupuesto del que se parte en la delimitación del supuesto de hecho– sino que es consecuencia de su voluntad de constituir ese gravamen a favor de un tercero, de modo que el bien gravado viene a garantizar esa deuda ajena.

En una situación como la descrita se suscitan numerosos problemas, aunque a los efectos que ahora interesan debemos centrar la atención sobre la posibilidad de acudir al ejercicio de la acción rescisoria a fin de postular la ineficacia de tal garantía real,³³¹ considerando –principalmente– el

³³⁰ En relación con la prueba de la ausencia de perjuicio en tales circunstancias, la STS 8 de junio de 2016 (TOL ...) advirtió 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». Sobre esta base, se ha precisado que en la valoración del perjuicio que irroga la constitución de la nueva garantía, como fundamento último de la aplicación del artículo 71 LC, debe tenerse en cuenta, entre otros extremos, si dicha garantía se ha constituido en un contexto determinado por una aportación significativa del crédito y por una prórroga de la póliza del crédito, pues de ser así, no concurriría perjuicio para la masa activa. Esto es lo que sucede en el presente caso, en donde se observa tanto una clara aportación significativa del crédito, como la concesión de un nuevo término para la devolución de lo finalmente dispuesto. En efecto, si tenemos en cuenta la cantidad que ya se había dispuesto de la póliza anterior y, por lo tanto, se adeudaba a la entidad bancaria, (742.608,89 €), y el nuevo importe concedido (pasó de 1.000.000 millón de euros a 2.500.000 euros), la diferencia es reveladora de la significativa ampliación del crédito realizada. Además, dicha operación de ampliación de la póliza de crédito también supuso la concesión de una nueva prórroga del vencimiento del crédito garantizado, con el aplazamiento de la deuda por un año. Todo ello, contando con el beneficio que dicha ampliación del crédito representó a la entidad deudora (Ocioland, S.L), pues permitió su continuidad empresarial durante casi dos años más, permitiendo el pago a otros acreedores hasta prácticamente la totalidad del importe máximo concedido (2.491.331,16 euros). Por lo que debe concluirse que, pese a la presunción del artículo 73.3.2.º LC, en el presente caso se ha acreditado que la constitución de la garantía de prenda no derivó perjuicio para la masa activa.

³³¹ Entre estos problemas ha de hacerse referencia a las cargas que pudieran resultar exigibles a ese acreedor, beneficiado con la garantía por deuda ajena, en el concurso del garante no deudor. De otro lado, también ha de mencionarse el problema relativo a la incidencia que ha de tener la declaración de concurso del garante no deudor respecto de la posibilidad de ejecución que le pudiera asistir a tal acreedor. Sobre estas cuestiones, vid. GARCÍA-CRUCES: Hipoteca en garantía de deuda ajena y declaración de concurso del hipotecante, en “Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Prof. Muñoz Planas”, Civitas, Madrid, 2011, pp. 261 y ss.

supuesto del hipotecante no deudor, pues las conclusiones que se obtengan podrán extenderse a otros supuestos.

A fin de atender este problema, conviene precisar dos cuestiones en relación con la figura del hipotecante no deudor y que bien pueden tener una indudable relevancia.

En primer lugar, habrá que intentar concretar en estos supuestos el alcance de la responsabilidad asumida por el concursado en su cualidad de hipotecante tercero o hipotecante no deudor. Con un proceder de este tipo, el ahora concursado vino a acogerse con anterioridad a la posibilidad dispuesta en el inciso final del artículo 1857 C.c., a cuyo tenor *las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes*. De este modo, se asume el carácter de *responsable no deudor*,³³² pues como advirtiera la jurisprudencia, *el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago*,³³³ pues tiene la *condición de tercero extraño a la obligación garantizada (artículo 1.857 in fine del Código Civil)*.³³⁴

Los efectos derivados de tal negocio jurídico –la hipoteca así constituida– pueden concretarse, con independencia de cómo se justifiquen dogmáticamente, señalando que el régimen jurídico que, como garante, ha de aplicarse al hipotecante no deudor *no depende de que sea un obligado sui generis o un responsable, porque, aun no respondiendo de la obligación asegurada ex artículo 1911 C.c., resulta claro que va a tener que soportar las consecuencias del incumplimiento de una obligación ajena*.³³⁵

Esas consecuencias son fáciles de precisar. En efecto, tal y como señalara la jurisprudencia, *cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor, baste pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca, y si éste es insuficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir otros bienes del deudor, aunque no haya pacto limitativo de responsabilidad, porque el artículo 140 no es aplicable más que a las hipotecas constituidas por los deudores en sus propios bienes, como se desprende del artículo 105*.³³⁶ Por lo tanto, en virtud de tal hipoteca al acreedor le asiste un derecho de realización de valor sobre el inmueble hipotecado, en el *quantum* y por las obligaciones exigibles que fueran determinadas en el título constitutivo, sin que, una vez realizado tal valor, sea posible que el acreedor pueda requerir algo más del hipotecante no deudor.

Retomando el tema que nos ocupa, cabe señalar que el principal problema que suscita en la práctica la constitución de una hipoteca en garantía de deuda ajena por parte de quién luego es declarado en concurso, hace referencia a la posibilidad de revisar tal proceder, de modo que la administración concursal, y en su caso otros legitimados, pueden ejercitar la acción rescisoria concursal.

La procedencia de la rescisión de la hipoteca constituida a favor de deuda ajena requiere que se satisfagan los presupuestos exigidos en el artículo 71.1 LC. Al margen de la exigencia del plazo

³³² CHICO ORTIZ: Estudios sobre Derecho Hipotecario, II, Madrid, 1990, pp. 1462 y ss.; MORENO QUESADA: Las garantías reales y su constitución por tercero, Universidad de Granada, 1987, pp. 89 y ss.; DE LA RICA: La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 217, 1946, pp. 313 y ss.

³³³ STS 3 de febrero de 2009 (Id. Cendoj 28079110012009100060)

³³⁴ STS 30 de marzo de 2006 (Id. Cendoj 28079110012006100335)

³³⁵ CARRASCO, CORDERO y MARÍN: Tratado de los Derechos de Garantía, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur menor, 2008, pp. 717 y 718.

³³⁶ STS 6 de octubre de 1995 (Id. Cendoj 28079110011995104398)

bianual, la cuestión central es la relativa a si tal merece ser considerado como *perjudicial para la masa activa*.

En línea de principio, podría afirmarse que una hipoteca en garantía de deuda ajena constituida por el ahora deudor común, supondría un acto llevado a cabo por el ahora concursado, en cuya virtud no obtiene nada para sí (carácter gratuito), y cuya finalidad radica exclusivamente en favorecer a un tercero, ajeno al propio concurso.

Repárese que, en virtud del negocio que quiera impugnarse, el concursado no habría obtenido nada para sí, pues dada la naturaleza y los pactos alcanzados en el mismo –una hipoteca en favor de tercero– no se daría, en principio, la obtención de un beneficio, directo o indirecto, que ingrese en el patrimonio social del concursado. Además, en virtud de tales actos, no sólo se agrava –sin justificación material alguna– la situación patrimonial del deudor común sino, también, se afecta muy gravemente al resto de los acreedores de la concursada, pues en virtud de la garantía real constituida se excluye de la masa activa del concurso el valor de realización del bien gravado, al menos, en el importe correspondiente al crédito del tercero que se garantizara.

En definitiva, la minoración de la masa activa se produce en un doble sentido como consecuencia del acto descrito. Así, y como consecuencia del mismo, el concursado empeoró sustancialmente la calidad de su patrimonio, pues vino a gravar una parte de tal masa patrimonial con la constitución de una garantía real. De otro lado, la constitución del gravamen viene a suponer la indisponibilidad del valor de realización del bien hipotecado o pignorado pues éste se destinará a la satisfacción de un tercero, que no es acreedor concursal sino acreedor frente a otro sujeto (el deudor favorecido con tal garantía por deuda ajena).

Ahora bien, ese análisis tendría que ser completado con una consideración más, pues se ha partido de una circunstancia que no tendría por qué darse. En efecto, la constitución de una garantía real a favor de deuda ajena puede venir amparada no solo en la voluntad del hipotecante o del pignorante sino, también, en el hecho de que éste, como consecuencia del gravamen constituido, obtiene una ventaja patrimonial, con independencia de que ésta se satisfaga por el tercero -deudor garantizado- o, bien, por el acreedor beneficiario de la garantía.

Por ello, debe completarse el análisis ya que resulta necesario atender también al carácter oneroso o gratuito del gravamen así constituido en garantía de deuda ajena.³³⁷ El criterio parece claro y así se ha manifestado en la doctrina, quién no duda en afirmar que la hipoteca constituida por tercero no deudor *es gratuita cuando ni el deudor ni, en su caso, el hipotecante tercero, reciben ninguna ventaja patrimonial como correspondiente a la prestación de hipoteca (...). La hipoteca prestada por tercero será gratuita si el garante no obtiene a cambio ninguna ventaja patrimonial.*³³⁸

Éste es el criterio seguido por nuestra jurisprudencia pues, destacando la necesidad de una valoración *ad casum*, no se duda en afirmar 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*

³³⁷ Sobre este extremo, vid., en relación con las garantías constituidas a favor de deuda ajena, MORALEJO: Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I), ADCo., 17, 2009, pp. 81 y ss., en particular, pp. 99 y 100.

³³⁸ CARRASCO, CORDERO y MARÍN: Tratado de los Derechos de Garantía, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur menor, 2008, pp. 687 y 688.

*puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica” –en que consiste la gratuidad–.*³³⁹

En principio, resulta razonable afirmar que la prestación de una garantía por deuda ajena tendrá carácter oneroso cuando el garante hubiera recibido o podido recibir, directa o indirectamente, del deudor garantizado o del acreedor beneficiario del gravamen alguna prestación o una ventaja económica. Esa ventaja puede derivar o justificarse en lo pactado en la relación que medie entre el hipotecante y el deudor garantizado o, bien, en un acuerdo entre quien constituye tal garantía real y el acreedor beneficiario de ella. Cuestión distinta es quién sea el beneficiario directo de esa prestación, pues lo relevante será constatar si el hipotecante no deudor tiene o puede tener algún interés económico en la entera operación.

De este modo, resultará acertado afirmar el carácter gratuito del acto cuando la garantía hipotecaria prestada lo fuera respecto de deuda ajena y el deudor favorecido no ha comprometido ni realizado contraprestación alguna respecto del concursado pero, tampoco, el acreedor ha realizado, como consecuencia de la hipoteca constituida y de la que deriva su preferencia, prestación alguna que amparara el proceder del ahora concursado a la hora de constituir la garantía hipotecaria.

Por el contrario, si mediara esa ventaja económica que realizara el interés del hipotecante o pignorante –y, por tanto, el interés de sus acreedores– la calificación del gravamen constituido no podría calificarse como acto gratuito sino, antes bien, como negocio oneroso, resultando improcedente su ineficacia por rescisión.

Pero, en todo este contexto habrá que atender un último interrogante, pues debemos cuestionarnos, con independencia de su origen en el deudor garantizado o en el acreedor beneficiario de la garantía, quién ha de ser el beneficiario de la prestación o de la ventaja económica que justifica la constitución de la garantía a favor de tercero.

Desde luego, es razonable afirmar que el destinatario de esa ventaja patrimonial ha de ser el garante que constituye el gravamen. Ahora bien, a fin de hacer un ejercicio de realismo no estará de más indicar que esa prestación o ventaja patrimonial puede ser tanto directa como indirecta.

En el primer caso, esa resultado económico ingresará en el patrimonio del garante, luego declarado en concurso. Pero, también, es posible que esa ventaja patrimonial venga a ser indirecta, de manera que se justifica el carácter oneroso de la garantía constituida pues se realiza el interés –económico– del propio garante (ad ex. garantía constituida por una constructora a favor de la promotora en la financiación que ésta recibiera para llevar a cabo la edificación; garantía constituida por el administrador único a favor de la sociedad y de la que obtiene una remuneración).

Estas ideas permiten ofrecer respuesta a una cuestión compleja, cómo es aquella en que la garantía no solo se presta por deuda ajena sino, también, con carácter no contextual. En tales circunstancias, el gravamen viene a constituirse a favor de deudas preexistentes del deudor garantizado y a fin de beneficiar a quién ya había prestado la financiación que da lugar al crédito garantizado. Pues bien, de ser tal el supuesto, habrá que valorar todas las circunstancias que lo rodean, verificando si la constitución de la garantía supone esa ventaja patrimonial, directa o indirecta, para el garante ahora concursado. Si así no fuera, el gravamen debería calificarse como acto gratuito, deviniendo –en su caso– rescindible. Por el contrario, el acto se calificará como

³³⁹ STS 13 de diciembre de 2010 (TOL2.018.774).

oneroso cuando la hipoteca o la prenda se ampararan en una ventaja económica, con independencia de que el beneficiario directo fuera el deudor garantizado o el garante por deuda ajena. En estos casos, resulta irrelevante la circunstancia de quien sea el destinatario de la ventaja económica derivada del negocio, en la medida en que siempre beneficiaría al garante, en la medida en que éste tenga un previo interés respecto del beneficiario del gravamen.

Estos son los criterios que ha venido aplicando nuestra jurisprudencia, como lo muestra la STS de 8 de noviembre de 2012³⁴⁰ o la STS 30 de abril de 2014.³⁴¹ En esta última resolución se afirma que: *En la sentencia núm. 487/2013, de 10 de julio, afirmamos que en la distinción entre “actos de disposición a título gratuito” (art. 71.2 de la Ley Concursal) y “*actos+ dispositivos a título oneroso” (art. 71.3.1.º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un “tertium genus”, un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría.*

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.

10.1.4. Las denominadas garantías intragrupo

No obstante lo anterior, se suscita la duda de si tales conclusiones deberían mantenerse en aquellos casos en que el deudor garantizado formara parte de un grupo de empresas y la garantía se constituyera a favor de otra sociedad integrada en el mismo. Dada esta circunstancia, resultará entonces oportuno que –siquiera brevemente– se haga referencia a los criterios, tanto jurisprudenciales como doctrinales, que se han venido fijando a fin de valorar el carácter gratuito u oneroso de la prestación de garantías intragrupo.

Así, y de modo esquemático, puede señalarse que éstos son los siguientes.

En primer lugar, no cabe duda del carácter oneroso de la garantía prestada por la sociedad matriz a favor de sus filiales. Como con acierto se ha señalado, *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,*

³⁴⁰ TOL2.708.621. En este pronunciamiento, no obstante rescindirse la garantía constituida, se afirma que el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Legge fallimentare que la asimila a otros actos onerosos “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, *...+”. (también son revocados, si el curador [administrador concursal] prueba que la otra parte conoció el estado de insolvencia del deudor, los pagos de deudas líquidas y exigibles, los actos a título oneroso y los constitutivos de un derecho de prelación por deudas, también de tercero, contextualmente creados [...]).

³⁴¹ TOL4.331.151.

*sino porque la propia subsistencia del grupo como tal es una ventaja que hay que imputar a la matriz; además de que, con la garantía, la sociedad matriz protege sus activos en la filial.*³⁴²

De otro lado, mayor complejidad se dará en aquellos supuestos en que la garantía se prestara por una sociedad filial. En tal caso, la regla ha de ser la contraria, de modo que el simple *interés del grupo* no puede justificar la garantía así constituida. Por lo tanto, en la constitución de una garantía por parte de una sociedad dominada ha de entenderse que no supone –en principio– una prestación a favor de la garante, de modo que cabría la rescisión del gravamen, siempre y cuando no viniera a justificarse la existencia de esa contraprestación a favor de la filial.

En todo caso, y en relación con estas cuestiones, no habrá que dejar de lado la necesidad de constatar previamente la existencia de tal grupo empresarial. A estos efectos, resultará oportuno señalar distintos extremos. El criterio jurisprudencial nos advierte que no hay una noción específica de grupo de empresas en la normativa concursal sino que, antes bien, el texto legal (Disposición Adicional Sexta LC) reenvía a las reglas generales (art. 42 C.com.).³⁴³

La jurisprudencia se ha enfrentado con estas cuestiones sentando distintos criterios que conviene destacar. En primer lugar, a la hora de valorar la concurrencia o no de un perjuicio a fin de que resulte procedente la rescisión de una garantía intragrupo, la Sala ha señalado la necesidad de que tal negocio sea valorado como una *operación del grupo*.

En este sentido, la STS 8 de noviembre de 2012³⁴⁴ ya advirtió 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 concurren 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.*

Junto con esa consideración unitaria del negocio, como realizado en el seno de un grupo de sociedades, surge la duda de si debería, también, tenerse presente un elemento temporal. Poco antes se ha señalado que la contextualidad de la garantía respecto del negocio que hace surgir el crédito garantizado vendría a justificar la constitución del gravamen, excluyendo la posibilidad de perjuicio rescisorio. En este sentido se ha manifestado algún autor, entendiendo que *en un negocio jurídico complejo, las partes prestan su consentimiento teniendo en cuenta todos los elementos de la operación (o al menos los que tienen carácter esencial). Así, cuando un prestamista concede una financiación que está garantizada por una sociedad del grupo del prestatario, lo hace sobre la base de la garantía prestada. En este contexto, sería contrario a la buena fe contractual privar después al prestamista de la garantía obtenida, en caso de concurso del garante. Más bien, sería artificial atacar la eficacia de la garantía sin impugnar a la vez la concesión de la financiación.*³⁴⁵

Sin embargo, y al margen de que siempre son posibles casos en que la garantía resulte ser simultáneamente contextual y perjudicial, no puede desconocerse el carácter limitado de tal circunstancia cuando la garantía viniera a constituirse en favor de una deuda ajena, como sería –en principio– la que se beneficiara de una garantía intragrupo. En efecto, la contextualidad, en

³⁴² CARRASCO: Los derechos de garantía en la Ley Concursal, cit., p. 412.

³⁴³ STS 13 de diciembre de 2012 (TOL2.732.682).

³⁴⁴ TOL2.708.621.

³⁴⁵ VILLORIA: La rescisión de las garantías prestadas por deuda a cargo de sociedades del grupo, en Beltrán y San Juan (Dirs.), La reintegración de la masa, Madrid, 2012, p. 229.

tales circunstancias, deviene irrelevante. Recuérdese que el carácter coetáneo constituye un elemento de valoración de primer orden cuando el gravamen se constituye por el propio deudor a fin de garantizar el crédito que frente a él titula su acreedor. Solo en la medida en que la garantía tuvo lugar de modo contextual con la concesión de crédito, pudo el deudor (y también garante) ingresar en su patrimonio la prestación realizada por el acreedor garantizado. Por el contrato, en la garantía intragrupo, al constituirse la garantía por una persona distinta a la beneficiaria de la prestación realizada por el acreedor, es perfectamente posible que el garante no ingrese ventaja alguna en su patrimonio, pese al carácter contextual del gravamen. Dicho en otras palabras, y a diferencia de cuanto sucede con el gravamen constituido por el propio deudor, la mera contextualidad, no acompañada de atribución patrimonial alguna en favor de la garante, no asegura el carácter oneroso de la garantía constituida en el seno del grupo y que pudiera excluir su rescindibilidad.

El Tribunal Supremo parece haberse manifestado sobre esta cuestión, y respecto del gravamen constituido por una sociedad a favor de otra integrada en el mismo grupo, en la STS 21 de julio de 2014,³⁴⁶ afirmando que: *En el momento en que se otorga la garantía hipotecaria por parte de una sociedad del grupo por una deuda de otra sociedad del grupo, no existe una correspondiente prestación a favor de la hipotecante. No existe la contextualidad o simultaneidad de actos o contratos (prestaciones), por los que pudiera calificarse la garantía concedida como un acto oneroso. En el presente caso, 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.*

En todo este debate se ha buscado otra justificación posible de la garantía intragrupo y, en tal sentido, se ha afirmado la existencia de un *interés de grupo*, como realidad que vendría a evitar la posibilidad de su rescisión al amparo del artículo 71 LC. Sin detenernos ahora en intentar concretar que deba –o pueda– entenderse por tal *interés del grupo* (máxime en un ordenamiento como el nuestro y que carece de una regulación sustantiva y completa de tal fenómeno empresarial), ha de advertirse que tal argumentación ha sido rechazada jurisprudencialmente.

En efecto, la importante STS 30 de abril de 2014³⁴⁷ ya destacó que: *la simple existencia de un grupo de sociedades no es por sí 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.*

Es más, 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.

Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones.

³⁴⁶ TOL4.469.365.

³⁴⁷ TOL4.331.151.

No existe un “patrimonio de grupo”, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo.

No puede aceptarse por tanto la afirmación de la recurrente de que no existe perjuicio para la masa porque el grupo societario de la concursada y, por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero por los préstamos con relación a los cuales se constituyeron las hipotecas. El dinero lo ha recibido la otra sociedad. No lo ha recibido “el grupo”, que carece de personalidad como tal, ni la concursada, que se limitó a hipotecar su nave industrial para garantizar el préstamo concedido a la otra sociedad, y las sentencias de instancia consideran probado que la concursada no recibió contraprestación alguna, pues tales préstamos no sirvieron siquiera para que la prestataria saldara la deuda que mantenía con la garante, la posteriormente declarada en concurso.

Por otra parte, sería un contrasentido que la misma circunstancia que sirve de fundamento a la presunción “iuris tantum” de perjuicio, como es el carácter “intragruppo” de la garantía prestada, sea la que excluya la existencia de perjuicio por entender que el mero interés de grupo lo excluye.

Por todo ello, el elemento relevante a fin de resolver sobre la rescisión de una garantía intragrupo, junto con valorar el carácter unitario de la operación, no es otro que el de atender a las resultas patrimoniales, directas o indirectas, que el gravamen vino a suponer para el patrimonio de la sociedad que, integrada en el grupo, así lo constituyera.

En efecto, tal y como concluye la citada STS 30 de abril de 2014: *Para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, constituirá la masa activa de dicho concurso, ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía.*

No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto.

Ahora bien, en la averiguación de si la garantía constituida en el seno del grupo tiene carácter oneroso o, por el contrario, gratuito, no habrá que olvidar la distribución de la carga de la prueba que ordena el texto legal. En este sentido, la regla acogida en el artículo 71.3.1.º LC en relación con los actos dispositivos realizados por el deudor a favor de una persona especialmente relacionada con él, presume su carácter perjudicial, admitiéndose prueba en contrario. Por lo tanto, serán el acreedor garantizado o la deudora en cuyo favor otra integrante del grupo prestó la garantía, quienes deban probar la existencia de *algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía*, tal y como requiere acertadamente la jurisprudencia.

10.1.5. Los efectos derivados de la rescisión de las garantías constituidas por el concursado

Llegados a este extremo queda hacer una referencia final respecto de los efectos que han de derivarse de la rescisión de las garantías que constituyera el deudor, ahora concursado, y que fueran rescindidas por ser *perjudiciales para la masa activa*. Como ya conocemos, la regla general acogida en el artículo 73.1 LC dispone la ineficacia del acto rescindido y la restitución de las prestaciones derivadas de éste. Esta regla general, sin embargo, ha de conocer ciertas excepciones, debiendo acomodarse a las particulares circunstancias de cada supuesto de hecho.

En este sentido, no puede desconocerse que el efecto restitutorio que dispone la norma deriva de la previa declaración de la ineficacia del acto rescindido. Por ello, una vez acordada la rescisión del acto, y en atención a las particularidades del supuesto de hecho, es posible que no se genere efecto restitutorio alguno, como así sucedería si las prestaciones realizadas del acto ineficaz aún no se hubieran ejecutado (ad ex. opción de compra sin prima que se rescinde).

Pero, igual consecuencia se dará en aquellos otros casos en que el acto celebrado no reuniera la nota de la bilateralidad,³⁴⁸ de manera que no habría prestación alguna que restituir a favor de la parte *in bonis*, así como en los de constitución por el concursado de garantías a favor de tercero.³⁴⁹

³⁴⁸ Ad ex., la realización de un pago por el deudor. Cfr., entre muchas, STS 26 de octubre de 2012 (TOL2.686.811).

³⁴⁹ El Tribunal Supremo, en un notable y valioso esfuerzo de síntesis, ha concretado el alcance de los efectos anudados a la rescisión concursal atendiendo a los distintos supuestos, tal y como manifiesta la STS 4 de noviembre de 2016 (TOL ...), al destacar que: Conforme a! art. 73.1 LC, el efecto legal consiguiente a la rescisión de un acto de disposición es la «ineficacia del acto impugnado» y la condena «a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses». Bajo esta regulación legal, el alcance de los efectos de la rescisión concursal va a depender del acto de disposición que sea objeto de impugnación. i) Está claro que cuando el acto objeto de impugnación es un contrato con obligaciones recíprocas, la rescisión concursa! conllevara la condena de las partes a la restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses. Para estos casos tiene sentido la previsión del art. 73.3 LC, que regula cómo debe realizarse esta restitución recíproca de prestaciones: «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» La condena a la restitución de prestaciones es consiguiente a la rescisión, sin que la demandada, contraparte en el negocio objeto de rescisión, para que se cumpla con la previsión del art. 73.3 LC tenga que solicitarlo en su contestación. La condena a la restitución recíproca de prestaciones y el derecho de la contraparte a que se le restituya su prestación es un efecto legal consiguiente a la rescisión del contrato bilateral. ii) Cuando lo que se impugna es un acto unilateral, como puede ser el pago, es jurisprudencia que la rescisión no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación que se pretende satisfacer con el pago, sino tan sólo la ineficacia del pago y la obligación de restituir a la masa la suma percibida, sin perjuicio de que, si el pago era debido, renazca aquel crédito cuyo impago se impugna, que deberá ser objeto de reconocimiento como crédito concursa!: «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, porto 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 concursa!» (STS 100/2014, de 30 de abril, que recoge la doctrina formulada en la STS 629/2012, de 26 de octubre). Si el acto objeto de impugnación es la constitución de una o varias garantías reales, y la impugnación no afecta al nacimiento de la obligación garantizada, la rescisión provoca la ineficacia de la garantía, siempre que con ello se resarza el perjuicio ocasionado a la masa. «(C)uando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción» (STS 100/2014, de 30 de abril). Por otra parte, «en los casos en que la finca hipoteca hubiera sido enajenada antes de la declaración de concurso, y por ello o no pudiera ya ser cancelada la hipoteca o con dicha cancelación no se reparaba el perjuicio ocasionado en su día, al tiempo de constituir la garantía para la deudora hipotecante y luego concursada, en ese caso, el efecto de la rescisión no puede ser su cancelación, pues con ello no se satisface el interés de la masa con la rescisión concursa! en la medida en que el bien gravado no forma parte de la masa activa. Tampoco procede en estos casos, como pide la demanda, la declaración retroactiva de nulidad de todos los asientos posteriores a la constitución de la hipoteca objeto de rescisión, ni tampoco la nulidad de la ejecución hipotecaria, en la medida en que la rescisión es una ineficacia funcional y no opera ex tunc». No siendo posible la cancelación de la hipoteca, como efecto consiguiente a la rescisión, la beneficiaria de la garantía 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» (STS 143/2015, de 26 de marzo).

Este criterio se ha visto refrendado por la jurisprudencia, advirtiéndose, como hace la STS 30 de abril de 2014,³⁵⁰ que: *Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción.*

En igual sentido se manifiesta, entre otras, la STS 12 de abril de 2012,³⁵¹ al destacar que: *no siempre la rescisión comporta restitución de prestaciones, sino tan solo en aquellos casos en los que la liquidación de la situación resultante de la rescisión así lo exija a fin de mantener el equilibrio de prestaciones, pero no en aquellos en los que la reintegración se sustenta en la ausencia de contrapartida o en la falta de equilibrio determinante del perjuicio.*

La aparente sencillez de esta regla de acomodación al supuesto de los efectos derivados de su rescisión ala amparo del artículo 71 LC, no puede ocultar algunos supuestos de mayor dificultad. Así sucede en aquellos casos en que la garantía constituida hubiera sido enajenada, de modo que el bien objeto de la misma se transmitió a favor de tercero. Dada la protección que ha de merecer ese subadquirente (art. 73.2 LC), resulta obvio que la cancelación de la garantía resulta imposible y el bien gravado ya no se encuentra en la masa activa del concurso. En tales circunstancias, conviene destacar cómo el resultado que se produce (abandono del bien respecto del patrimonio que constituirá la masa activa) es consecuencia del negocio rescindido (la ejecución de la garantía), por lo que el acreedor cuyo crédito se garantizó habrá obtenido el valor de realización de tal bien. Por ello, en el supuesto descrito, los efectos anudados a la rescisión han de ser los propios de toda ineficacia negocial, con la consecuencia de que deberá volverse a la situación anterior al acto rescindido. Siendo así las cosas, y al resultar imposible el retorno del bien gravado (y libre de cargas como consecuencia de la rescisión), dada la protección de que goza el subadquirente, el acreedor garantizado deberá atender el cumplimiento de lo debido mediante equivalente (art. 73.2 LC), entregando a la masa activa el valor del bien al tiempo de la constitución de la garantía ahora rescindida.

Así, se ha manifestado el Tribunal Supremo, pues como señala la STS 26 de marzo de 2015³⁵²: *Ahora bien, en los casos en que la finca hipotecada hubiera sido enajenada antes de la declaración de concurso, y por ello o no pudiera ya ser cancelada la hipoteca o con dicha cancelación no se reparaba el perjuicio ocasionado en su día, al tiempo de constituir la garantía para la deudora hipotecante y luego concursada, en ese caso, el efecto de la rescisión no puede ser su cancelación, pues con ello no se satisface el interés de la masa con la rescisión concursal en la medida en que el bien gravado no forma parte de la masa activa. Tampoco procede en estos casos, como pide la demanda, la declaración retroactiva de nulidad de todos los asientos posteriores a la constitución de la hipoteca objeto de rescisión, ni tampoco la nulidad de la ejecución hipotecaria, en la medida en que la rescisión es una ineficacia funcional y no opera ex tunc.*

No siendo posible la cancelación de la hipoteca, como efecto consiguiente a la rescisión, la beneficiaria de la garantía 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

³⁵⁰ TOL4.331.151.

³⁵¹ TOL2.567.746.

³⁵² TOL4.839.213.

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 (6 de octubre de 2009), cuyo valor se vio minorado por la deuda garantizada.

Este criterio ya se avanzó en la STS 8 de abril de 2014,³⁵³ al señalar que: *Conforme a esta normativa, deberíamos distinguir entre la ineficacia o rescisión de actos de disposición que constituyen negocios con obligaciones recíprocas de aquellos actos de disposición que carecen de esta condición. En el primer caso, rige la regla de que la rescisión o ineficacia conlleva la recíproca restitución de prestaciones (art. 73.1 LC) y el derecho a la prestación que resulte a favor de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa. Conviene advertir que no nos encontramos propiamente en este caso, sino en el de la constitución de una garantía real a favor de una obligación nueva contraída en sustitución de otra anterior, que carecía de esta garantía, respecto del que la rescisión o ineficacia conlleva dejar sin efecto la garantía y, si esta ya ha sido ejecutada y los bienes han sido adjudicados a un tercero, que no fue parte en el acto impugnado, entonces el banco debe abonar el valor de los bienes al tiempo en que salieron del patrimonio del concursado, sin que el crédito garantizado pase a tener la condición de crédito contra la masa, sino que, en la medida en que se constituyó en sustitución de otro anterior, tendrá la consideración de concursal.*

10.2. La rescindibilidad de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

Un problema de extraordinaria trascendencia, tanto práctica como dogmática, es el relativo a la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a una modificación estructural de carácter traslativo (fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo) en la que hubiera participado una sociedad ahora declarada en concurso. El debate acerca de tal posibilidad no solo se ha dado entre nosotros sino que constituye una cuestión abierta en aquellos países próximos al nuestro.

La doctrina española³⁵⁴ ha debatido acerca de la procedencia de tal acción rescisoria frente a una modificación estructural así como respecto de la posible justificación que abocaría a excluir su ejercicio.³⁵⁵

Sobre estos problemas también se pronunciado, muy recientemente, el Tribunal Supremo, a través de su STS 21 de noviembre de 2016, y de la que ahora ha de darse noticia.

En esta resolución, el Tribunal Supremo da respuesta a tres cuestiones principales, sobre las que conviene centrar la atención. En primer lugar, y frente a una consideración disgregadora de la operación, el alto tribunal advierte de cuál sea el objeto de la acción rescisoria en tales supuestos, pues éste necesariamente es la propia modificación estructural, en tanto en cuanto la transmisión de activos no es más que un efecto derivado de tal negocio jurídico, lo que es necesariamente coherente con el significado de sucesión universal que encierra la modificación estructural.

³⁵³ TOL4.259.500.

³⁵⁴ Vid., ad ex., Pérez Troya: La rescisión concursal de las modificaciones estructurales, en García-Cruces, "La reintegración en el concurso de acreedores", 2a edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 587 y ss.; Cerdá: Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal, en "El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños", Marcial Pons, Madrid, 2010, pp., 713 y ss.; González Navarro: La rescisión de las modificaciones estructurales, en Beltrán y San Juan, "La reintegración de la masa, Civitas, Madrid, 2012, pp. 199 y ss.

³⁵⁵ Puede encontrarse un excelente análisis de los distintos argumentos y razones que vienen a utilizarse en tal discusión en Pérez Troya: La rescisión concursal de las modificaciones estructurales, cit., pp. 593 y ss.

Así, se destaca que: *Esta posibilidad de impugnar un negocio o un acto de cumplimiento de una de las obligaciones nacidas de ese contrato, con sus efectos propios en cada caso, puede darse, obviamente, cuando sea posible diferenciar entre estos dos actos. Este no es el caso de la escisión parcial y la transmisión de los activos que dicha escisión conlleva desde la sociedad escindida a la beneficiaria. (...) La transmisión de los activos y pasivos de la rama de actividad escindida a favor de la sociedad beneficiaria es un efecto propio de la escisión, sin que sea un acto posterior o distinto de la propia escisión.*

Delimitado así el objeto de la acción y, por tanto, el contenido de la pretensión, la segunda –y central– cuestión que se afronta es la relativa a la viabilidad del ejercicio de la acción rescisoria concursal como instrumento que prive de eficacia a la modificación estructural que se hubiera operado. El problema se atiende con carácter principal en la citada STS 21 de noviembre de 2016 en relación con un supuesto de escisión parcial, pudiendo generalizarse la respuesta dada por el alto Tribunal respecto de cualquier otro supuesto de modificación estructural que acarree ese efecto traslativo.

En esta resolución, y a fin de ofrecer una respuesta adecuada a tal problema, la Sala toma como referencia cuanto dispone el art. 47.1 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles que, como es conocido, sienta una regla de limitación –extraordinaria– de las posibilidades de impugnar la fusión y que resulta aplicable a todas estas modificaciones estructurales.

El precepto citado excluye la posibilidad de instar la ineficacia de la modificación estructural más allá de los estrictos términos que prevé, disponiendo una suerte de regla particular respecto de las normas generales que disciplinan la ineficacia de cualquier negocio jurídico, y entre las que se suscita la duda de si habría de incluirse, también, el instituto de la rescisión concursal.

Atendiendo a esta norma, el Tribunal Supremo realiza dos afirmaciones de importancia, pues señala que el citado art. 47.1 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles constituye una norma especial frente al régimen general de la ineficacia del negocio jurídico y, de otro lado, que en tal regla de exclusión se subsume, igualmente, el supuesto de la acción rescisoria concursal. De este modo, no se duda en afirmar que *La justificación de que baste la mención contenida en el art. 47.1 LME a la impugnabilidad de la fusión inscrita en el Registro Mercantil, y por ende de cualquier modificación estructural, radica en que en este caso la exclusión legal afecta a “todas” las acciones de impugnación que conlleven la ineficacia de la operación, salvo la nulidad basada en el incumplimiento de los requisitos legales, que además deberá ejercitarse en un breve plazo de tiempo. Por esta razón, el art. 47.1 LME no menciona expresamente la rescisión concursal, como tampoco otras acciones de ineficacia, que deben entenderse igualmente excluidas. En este sentido, la Ley de Modificaciones Estructurales es una norma especial, respecto de la normativa general o sectorial que regula ineficacia de los negocios jurídicos, tanto fuera como dentro del concurso de acreedores. En consecuencia, debemos concluir que no yerra el tribunal de instancia al afirmar que la escisión parcial está excluida de los actos de disposición susceptibles de rescisión concursal.*

De acuerdo con cuanto se acaba de exponer, resulta claro que el Tribunal Supremo ha excluido la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal respecto de una modificación estructural cuando, con posterioridad, hubiera sido declarado el concurso de alguna de las partícipes en tal operación y se considerara que la misma acarrearía un perjuicio, tal y como requiere el art. 71.1 LC.

El criterio manifestado por el Tribunal Supremo suscita dos cuestiones que ahora han de mencionarse, pues será necesario verificar la posibilidad de ciertas medidas compensatorias del coste asociado a la exclusión de la impugnabilidad (ahora, también de la rescindibilidad) y, de otro lado, interrogarse acerca del fundamento que respalda la respuesta dada por la Sala. Respecto de la primera cuestión anunciada, esta STS 21 de noviembre de 2016 ofrece una respuesta expresa, pues *la inimpugnabilidad de las modificaciones estructurales traslativas prevista en el art. 47.1 LME afecta a las acciones por las que se pretende su ineficacia, pero no impide otros remedios que permiten salvaguardar los derechos de los socios o, en su caso, de determinados acreedores, que hubieran sido ilícitamente soslayados, como ocurrió en los precedentes expuestos. No sería inconveniente para ello que se hubiera declarado el concurso de la sociedad escindida, pero la acción a ejercitar, que no sería la rescisión concursal, por lo ya expuesto, pretendería una compensación equivalente sólo a los créditos que hubieran sido, en su caso, ilícitamente defraudados con la escisión. Esto es, sin perjuicio de que se tratara de una acción colectiva ejercitada por la administración concursal (arts. 71.6 y 72.1 LC) y que lo obtenido fuera a parar a la masa, el importe reclamado guardaría relación con los créditos que realmente hubieran sido ilícitamente defraudados, que necesariamente deberían ser anteriores a la escisión.*

El alto Tribunal viene así a recordar cómo la inimpugnabilidad de una modificación estructural se ve compensada con la posible acción que acoge el tan citado art. 47.1 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y con cuyo ejercicio se busca el resarcimiento de los daños y perjuicios causados. No obstante la procedencia de esta acción de corte indemnizatorio, si cabe cuestionarse la consideración de su carácter colectivo y, en consecuencia, la afirmación de una legitimación activa en favor de la administración concursal – que la sentencia tantas veces citada parece afirmar– pues, resulta obvio, que no hay ninguna norma que así lo sancione y, de otra parte, pese a la afirmación jurisprudencial, la cuantía indemnizatoria que fuera satisfecha por un tercero no debería ingresar en la masa activa sino, antes bien, en el patrimonio de quien hubiera soportado el daño que se repara.³⁵⁶

De todas las maneras, expuesto el criterio manifestado por el Tribunal Supremo en esta sentencia, no estará de más cuestionarse su alcance y el fundamento que lo respalda. En la sentencia tantas veces citada se hace recaer sobre la previsión acogida en el art. 47.1 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles la razón de ser de la improcedencia de la acción rescisoria concursal en relación con una operación de este tipo. Sin embargo, si atendemos al fundamento que justifica la posible ineficacia de una modificación estructural –impugnación– y lo comparamos respecto de aquél que cimenta la acción rescisoria concursal, podrán constatarse sustanciales diferencias que, quizás, pudieran haber justificado una respuesta distinta a la dada por la resolución que nos ocupa.

En efecto, el tenor literal del citado art. 47.1 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles muestra no solo la voluntad de subsumir todas las posibles acciones que pudieran hacerse valer frente a tal tipo de operaciones sino, también, que en todas ellas concurre la nota común de la ilicitud de tal decisión social, por lo que su ejercicio conduce al resultado de la ineficacia de tal acto. Dicho en otras palabras, la antijuridicidad es la característica común a todas aquellas acciones que, al amparo de cuanto dispone el art. 47.1 de la citada Ley, quedan excluidas frente a una modificación estructural, la cual deviene inimpugnable. Sin embargo, la acción rescisoria concursal, aun siendo un instrumento que provoca el mismo resultado (ineficacia

³⁵⁶ En este sentido se manifestaba Cerdá: Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal, cit., pp., 713 y ss.

aunque con carácter funcional), no viene a ampararse necesariamente en un ilícito. Recuérdese que la rescisoria concursal es una acción que, conforme antes se analizara y destaca la propia Jurisprudencia, no obedece a una finalidad fraudulenta sino que busca la reconstitución de un patrimonio que luego dará lugar a la masa activa, pues el acto que con su ejercicio viniera a impugnarse era perfectamente válido, sin mácula de ilicitud, pero resulta ser perjudicial para la masa activa.³⁵⁷

11. CONSIDERACIONES FINALES

11.1. *El conflicto de intereses en la configuración de la reintegración concursal: Ineficacia negocial y seguridad del tráfico*

El problema fundamental que suscita todo régimen de reintegración es el de cohonestar la necesidad de evitar la eficacia de ciertos actos del deudor en consideración a su posterior estado de insolvencia y, de otro lado, salvaguardar la imprescindible seguridad del tráfico. Las decisiones de política legislativa que se adopten en torno al instituto reintegratorio tienen una indudable incidencia en la debida protección y seguridad en el tráfico.

En efecto, el tercero que se relacione con quien luego es declarado en concurso verá afectada la posición jurídica que vino a ocupar como resultado de aquel acto (propietario, acreedor garantizado, etc.) como consecuencia del ejercicio de una acción que, de una u otra manera, se hace depender de un suceso posterior y no necesariamente previsible cuando se realizó aquel acto, tal y como es el futuro concurso de la contraparte.

De esta manera, resulta imprescindible que toda regulación del instituto de la reintegración permita satisfacer, en más o en menos, un imperativo básico, pues a su través se trata de compaginar dos exigencias contrapuestas; esto es, lograr la ineficacia de un acto anterior, perfectamente válido y llevado a cabo por un sujeto que no sufría restricción alguna a su libre decisión, a la vez que el tercero que se relacione con este sujeto (tercero *in bonis*) pueda disponer, en la mayor medida posible, de los medios que le permitan valorar el alcance del riesgo derivado de verse expuesto a tal ineficacia negocial como consecuencia de haberse declarado posteriormente el concurso de su contraparte y en el que se decidiera el ejercicio de la acción que se hubiera previsto a tal fin.

En definitiva la idea que se quiere expresar es relativamente sencilla. La regulación que quiera hacerse podrá resultar más acertada cuanto mejores instrumentos de información pueda ofrecer a la parte *in bonis* ya en el momento de celebración de ese acto que, después, tras la declaración de concurso, pudiera resultar impugnado en interés del juicio universal. En mi opinión, la única forma de cohonestar la exigencia de seguridad del tráfico y la necesaria previsión de la posibilidad de revisar actos al amparo del interés del concurso es ofrecer un régimen reintegratorio que facilite al máximo las pertinentes informaciones a fin de que el tercero pueda evaluar, como uno más, el riesgo de una eventual impugnación del acto en el que participara junto con quien luego es declarado en concurso.

³⁵⁷ De alguna manera, estas ideas parecen estar presentes en otras normas, a cuyo través se excluye la rescindibilidad de una modificación estructural, pues la transmisión operada como consecuencia de esta operación no podrá ser, en ningún caso, objeto de rescisión por aplicación de las acciones de reintegración previstas en la legislación concursal. Cfr. art. 36.4.a] de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Desde luego, alcanzar ese objetivo es cualquier cosa menos fácil. Sin embargo, esa es también la necesidad que, desde un punto de vista de política legislativa, ha de ser enfrentada.

Las observaciones anteriores pueden permitir, entonces, una primera conclusión. Si la necesidad a satisfacer es la de diseñar un modelo de reintegración en el que la información que se suministre a la parte *in bonis* sea lo más completa posible y resulte, de alguna manera, disponible en el momento de celebración del acto, será entonces imprescindible que el fundamento que venga a legitimar la posibilidad de impugnar tal acto –en el concurso posterior– pudiera resultar conocido o no dejar de conocerse por parte del tercero que contratara con quien luego es declarado en concurso.

Esta idea aboca a una configuración del modelo de reintegración en el que el fundamento que legitima la impugnación del acto venga a darse o resultar previsible, de alguna manera, en el momento de producirse el acto. No puede hacerse depender la justificación de la ineficacia del acto en un suceso no sólo posterior, lo cual podría resultar irrelevante en la medida en que pudiera preverse, sino, también y sobre todo, en un suceso del que no se tiene noticia y que no tiene amparo alguno en las circunstancias que rodeen ese acto en el que participa el tercero *in bonis*.

11.2. Libertad del deudor y tutela de los acreedores. ¿Perjuicio para la masa activa o protección de la *par condicio creditorum*?

A fin de reflexionar sobre las cuestiones centrales que suscita el diseño del sistema de reintegración concursal, no estará de más recordar algunas ideas generales pero de indudable importancia. En efecto, todo deudor, por el mero hecho de serlo, viene obligado a satisfacer la prestación debida, pero no más. Nuestro Ordenamiento jurídico prevé los remedios oportunos para, ante el incumplimiento de lo debido, lograr la realización forzosa de la prestación exigible al deudor renuente a satisfacerla. Esta realización forzosa de la prestación debida se actuará, de una u otra manera, con cargo al patrimonio del deudor.

A estas reglas no se opone otra idea de gran importancia en este contexto, pues el deudor es también libre de determinar el orden de satisfacción de sus acreedores. Será éste quien, libremente, podrá ordenar los pagos de una u otra manera, pues todos los acreedores disfrutan de una misma garantía; esto es, el patrimonio, presente y futuro, de este deudor (art. 1911 C.c.). Estas afirmaciones no desconocen, sin embargo, la posible *preferencia* con que puedan contar unos acreedores respecto de otros y que les habilita para satisfacer su interés de modo previo al que asistiera a aquellos.

Nuestro Derecho positivo no sólo conoce distintas formas de privilegios (arts. 1922 y ss. C.c.) sino que, también, ordena una prelación en orden a su satisfacción (arts. 1926 y ss. C.c.). Ahora bien, no cabe desconocer cómo el remedio ante la falta de respeto a la prelación de créditos ordenada en nuestro Derecho positivo queda confiado a los acreedores que pudieran verse beneficiada con aquélla. El acreedor que viera defraudada su expectativa basada en el privilegio que le asiste podrá intentar un incremento del patrimonio de su deudor, negando la procedencia de un derecho ajeno (rescisoria por fraude de acreedores ex arts. 1111 y 1291.3 C.c.) o ejercitando los derechos que frente a tercero asistieran al deudor (acción subrogatoria ex art. 1111 C.c.), pero, también, podrá realizar la prioridad que a su derecho corresponde mediante el ejercicio de una tercería de mejor derecho (arts. 614 y ss. LEC), a través de la cual *vampiriza* el embargo del

ejecutante.³⁵⁸ Incluso, la jurisprudencia, en ocasiones, ha realizado una interpretación ciertamente flexible respecto de esta última posibilidad.

En efecto, pese a que el art. 614 LEC establece que solo puede formular tercería de mejor derecho el acreedor que afirme un derecho preferente respecto del que titula el ejecutante, el Tribunal Supremo ha extendido esa posibilidad a favor de acreedores del mismo rango, procediéndose a la satisfacción de ambos a prorrata.³⁵⁹ De esta manera, se ha señalado que la tercería de mejor derecho *presenta un indudable sesgo concursal*, a modo de *concurso de acreedores en ejecución singular*.³⁶⁰

En todo caso, en el supuesto descrito no parece que concurran problemas especialmente graves, pues se parte del presupuesto de la solvencia del deudor. El problema cambia radicalmente cuando el deudor deviene insolvente. En tal caso, la regla general afirma la sujeción de todos los acreedores a un mismo procedimiento en el que satisfacer colectivamente sus derechos, al igual que el entero patrimonio del deudor se afecta a tal finalidad. De darse ese estado de insolvencia, las reglas generales parecen que pierden su razón de ser, pues el patrimonio del deudor ya no permite la íntegra satisfacción de todos los acreedores y es éste la garantía común en la que confiaban todos ellos. De hecho, el Derecho Concursal dispone su propio régimen de clasificación de créditos, a la par que impide la realización individual del propio crédito más allá de las previsiones dispuestas en la Ley Concursal, por lo que todo acreedor queda sujeto al juicio universal (art.49 LC) y a sus resultas (arts. 50 y ss. LC).

Ahora bien, para nuestro Derecho positivo, la insolvencia no sólo ha de manifestarse sino, también, debe ser objeto de un expreso pronunciamiento judicial, con el que se declara la apertura del proceso universal. Dicho en otras palabras, sin esa declaración judicial que constate la insolvencia no hay concurso ni, por tanto, actuación y tutela colectiva –o colectivizada– de los acreedores. Expresamente el art. 49 LC advierte que *declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes*.

La citada regla aboca a dos observaciones no exentas de trascendencia a los efectos que ahora interesa. En primer lugar, desde ese momento –la fecha del auto declarativo del concurso– es absolutamente relevante cualquier actuación del deudor que pueda incidir en su patrimonio, de modo que queda sujeto, aun cuando sea con carácter instrumental, al régimen de intervención o de suspensión que hubiera sido acordado (art. 40.1 y 2 LC). Pero, también, a partir de ese momento es cuando toma su vigencia la regla de la *par condicio creditorum* o principio de paridad de trato entre los acreedores, pues todos ellos se encuentran, en principio y a salvo de preferencias y privilegios (arts. 90.2 y 91 LC) reconocidos en la LC, en una situación de igualdad.

Estas ideas tienen un particular relieve en materia de reintegración de la masa activa del concurso. En paridad, la justificación de la ineficacia de aquellos actos anteriores del deudor no podría ampararse –en sentido estricto– en su significado de lesión de la igualdad de los acreedores. En el momento de celebrarse tal acto, necesariamente anterior a la declaración de concurso, no habría paridad alguna que pudiera resultar exigible entre los acreedores de quién, en

³⁵⁸ VEGAS TORRES: Comentario arts. 613 a 619, en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, De la Oliva, Díez-Picazo Jiménez y Vegas Torres (Dirs.), Madrid, 2001, p. 1077.

³⁵⁹ Ad ex., STS 16 de febrero de 1998.

³⁶⁰ LAFUENTE TORRALBA: La tercería de mejor derecho en el proceso civil, Aranzadi, Cizur menor, 2009, pp. 62 y ss.

tal tiempo, no era insolvente. Pero, además, una suerte de aplicación retroactiva de la *par condicio creditorum* conduciría a resultados extremadamente perturbadores de la seguridad del tráfico, de modo similar a los que venía a producir el afortunadamente derogado sistema de retroacción absoluta que consagraba el C.com. (art. 878.2 C. com.). De igual manera, la justificación del instituto reintegratorio, basado en un principio de paridad de trato en ese momento anterior a la declaración de concurso, vendría a imponer sobre el tercero que se relacionara con el deudor, posteriormente concursado, una carga de diligencia que, prácticamente, es de imposible cumplimiento. En efecto, el tercero *in bonis* que contratara con quien luego es declarado en concurso debería poder valorar como afecta, y con que alcance, el acto que quiere celebrar en relación con quienes en ese momento fueran ya acreedores de su contraparte, pero, también, debería hacer un imposible ejercicio de imaginación –o de profecía– a fin de intentar prever quien más, tras la celebración del acto en el que participa, pudiera llegar a ser acreedor. Simplemente, resulta excesivo un proceder de este tipo, afectándose gravemente la seguridad del tráfico.

Por todas estas razones, cabe concluir en la necesidad de *objetivar* el fundamento al que responde la institución de la reintegración concursal. Y, en este sentido, entiendo que resulta un acierto la decisión plasmada en la vigente LC, en donde el ejercicio de la acción rescisoria toma su fundamento en el hecho de que los actos que quisieran impugnarse resultaran ser *perjudiciales para la masa activa* (art. 71.1 LC). Con esta decisión de política legislativa se alcanzan dos resultados que deben valorarse como acertados.

En primer lugar, se actúa una adecuada tutela de los acreedores que luego participaran en el concurso, pues a través de la preservación del patrimonio del deudor que posteriormente dará lugar a la masa activa (art. 76 LC) se actúa mediata pero eficazmente en interés de aquéllos. De otro lado, el tercero *in bonis* que, en aquel momento anterior, celebrara el acto con quien luego es declarado en concurso, podrá valorar adecuadamente el significado que puede predicarse del mismo, así como su incidencia y justificación, conforme a las circunstancias del mercado, en aquel momento.³⁶¹

Ahora bien, ese criterio puede –y debe– acompañarse con otro que pondere adecuadamente otra circunstancia. En nuestro Derecho, la insolvencia solo es tal y produce sus particulares efectos cuando es constatada en virtud de la correspondiente declaración judicial, momento a partir del cual toma vigencia esa regla de paridad de trato. En el Derecho privado la *insolvencia de hecho* no tiene anudados los efectos que derivan de la declaración de concurso, ni esa simple realidad hace surgir regla de paridad alguna. Sin embargo, no puede desconocerse la justificación material a la que responde la *par condicio creditorum* y que no es otra que la de afirmar, ante la impotencia para cumplir que caracteriza al patrimonio del deudor (art. 2 LC), que todos los acreedores han de disfrutar de un trato igual, a salvo de privilegios y preferencias legalmente establecidas, respecto de un patrimonio que era la garantía común a todos ellos.³⁶²

De este modo, y dado que tras constatarse judicialmente la insolvencia se ordena una particular tutela del patrimonio del deudor a fin de asegurar la igualdad de los acreedores ante esa masa patrimonial, parece razonable que pudiera permitirse la impugnación de aquellos actos

³⁶¹ Obviamente, de todas estas ideas ha de excluirse el supuesto en que ese tercero resultara de mala fe.

³⁶² La duda que pudiera generar tal planeamiento es la relativa a si en esa situación de insolvencia de hecho no debería, también y de forma coherente, reconocerse la eficacia –quizás anticipada– del régimen de privilegios y preferencias que sanciona la LC postergando, a estos efectos, las reglas de graduación y prelación de créditos que sanciona el C.c. Todo ello, claro está, si en esa actuación prelegislativa se entendiera la conveniencia, más que discutible, de mantener el doble régimen de prelación de créditos que actualmente sanciona nuestro Derecho positivo.

anteriores que vinieran a romper la paridad de trato entre acreedores cuando el fundamento de este principio ya fuera una realidad, esto es, el deudor ya hubiera devenido insolvente aunque su concurso aun no hubiera sido declarado. Con una decisión de este tipo se alcanzarían dos resultados positivos. En primer lugar, podría anticiparse en el tiempo la tutela de los acreedores que en el futuro participaran en el concurso, sin merma del interés del tercero *in bonis* que, ya en ese momento, podrá procurarse los instrumentos necesarios a fin de tener noticia de la insolvencia del deudor. De otro lado, se pondría fin a la nada infrecuente práctica de ciertos acreedores que, ante la proximidad de la insolvencia, se procuran determinados recursos jurídicos con los que hacer ineficaces en su favor los efectos de la *par condicio creditorum*.

En todo caso, esta segunda posibilidad de justificar en la ruptura de la paridad de trato la impugnación de los actos anteriores de quien después fuera declarado en concurso debería asumirse con una doble caracterización.

En primer lugar, sería necesario afirmar su perfecta compatibilidad con un fundamento objetivo como respaldo del instituto de la reintegración.

De otro lado, y dado su significado material, la procedencia de la impugnación del acto por lesión de la *par condicio creditorum* debería satisfacer una exigencia probatoria necesaria. Así, la administración concursal o los legitimados subsidiarios deberían aportar prueba bastante que adverara que, dentro del plazo bianual (o aquél que se fijara) y en el momento en que se celebró el acto que ahora se impugna con tal fundamento, el deudor ya se encontraba en estado de insolvencia y que tal circunstancia era conocida, o no podía dejar de resultar cognoscible, para la parte *in bonis*.

Estas ideas podrían resultar de utilidad a los efectos de determinar los contenidos de una posible reforma de nuestra legislación concursal. En todo caso, en esa tarea legislativa parece conveniente mantener la actual redacción del artículo 71.1 LC, a la vez que podría completarse con una regla que pudiera extender la posibilidad de la acción rescisoria para ciertos casos en que el acto impugnado fuera lesivo de la paridad de trato de los acreedores, en las condiciones antes señaladas.

12. BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU: Comentario art. 71, en AAVV, Comentarios a la Legislación Concursal, I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 767 y ss.; ALMAGRO NOSETE, J.: Comentario artículo 1295, en Sierra Gil de la Cuesta, I. (Coord.), Comentario del Código Civil, Tomo VI, Bosch, Barcelona, 2000; ARIAS VARONA, F.J.: La delimitación de la masa activa en el concurso, en Pulgar Ezquerro, J. (Dir.), El concurso de acreedores, La Ley, Madrid, 2012, pp. 382 y ss.; ÁVILA DE LA TORRE: Las presunciones relativas de perjuicio (I): impugnación de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 113 y ss.; BUSTO LAGO: Aproximación a las acciones de reintegración en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en González Porras, J. M./Méndez González, F. P. (coords.), Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, I, Madrid-Murcia, 2004, pp. 698 y 699; CARRASCO: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3.ª ed., Madrid, 2009; CRESPO ALLÚE, Comentario art. 71, en Sánchez Calero Guilarte y Guilarte Sánchez (Dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, III, Valladolid, 2004, pp. 1359 y ss.; CURIEL LORENTE: Los efectos de la acción de reintegración en el concurso, en García-Cruces (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de acreedores*, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur

Menor, 2014, pp. 211 y ss.; DE ÁNGEL YAGUEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J.: De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa, en AAVV, Tratado Práctico Concursal, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 901 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.ª. A.: Las nulidades de los contratos, Dykinson, Madrid, 2005; DÍEZ-PICAZO, L.: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del contrato, sexta edición, Civitas, Madrid, 2007; ESCRIBANO GÁMIR: El perjuicio en la acción rescisoria concursal, ADCo, 10, 2007, pp. 7 y ss.; ESPIGARES HUETE, J.C.: La acción rescisoria concursal, Civitas, Madrid, 2011; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: Comentario artículo 5, en Fernández Ballesteros, M.A.; Rifá Soler, J. M.ª., y Valls Combau, J.F. (Coords.), Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I, Iurium-Atelier, 2001; FERNÁNDEZ SEIJO: Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 321 y ss.; FERNÁNDEZ SEIJO: Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor, Estudios de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: La reforma concursal), 85, 2005, pp.215 y ss.; GALÁN CORONA: «Acciones rescisorias concursales», en García-Cruces y otro (Dir.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, Bari, 2008, pp. 115 y ss.; GARCÍA SANZ: «Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 4063 y ss.; GARCÍA VICENTE, J.R.: Comentario art. 1290 C.c., en Bercovitz, R. (Dir.), Comentarios al Código Civil, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9224 y 9225; GARCÍA-CRUCES (Dir.): La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; GARCÍA-CRUCES: Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia, en García-Cruces (Dir.), Los Acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis, Barcelona, 2013, pp. 21 y ss.; GARCÍA-CRUCES: La Cesión de las acciones rescisorias, en *La reintegración de la masa*, dirs. Beltrán y Sanjuán (Dir.), Madrid, 2012, pp. 517 y ss.; GARCÍA-CRUCES: Hipoteca en garantía de deuda ajena y declaración de concurso del hipotecante, en “Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Prof. Muñoz Planas”, Civitas, Madrid, 2011, pp. 261 y ss.; GARCÍA-CRUCES: «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», en Quinta, Bonet, y García-Cruces (Dir.), *Las claves de la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2005, p. 347 y ss.; GARCÍA-CRUCES: De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa, ADCo., 2, 2004, pp. 43 y ss.; GARCÍA-CRUCES: *La Calificación del Concurso*, Cizur Menor, 2004; GARCÍA-CRUCES: Notas sobre el instituto concursal de la retroacción, en el Libro Homenaje al Prof. Dr. Menéndez Menéndez, vol. III, Madrid, 1996, pp. 3553 y ss.; GARCÍA-CRUCES y LÓPEZ SÁNCHEZ: *La reforma de la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2009; GIL RODRÍGUEZ: Comentario art. 71, en Bercovitz (Dir.), “Comentarios a la Ley Concursal”, I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 829 y ss.; GIMENO SENDRA, V.: Comentario artículo 5, en Gimeno Sendra, V.: *Proceso Civil Práctico*, Tomo I, La Ley, 4.ª edición, Madrid, 2010; GONZÁLEZ NAVARRO: Reintegración concursal y normas especiales: el Real Decreto 5/2005, de 11 de marzo, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 525 y ss.; GORDILLO CAÑAS: Par conditio creditorum y protección del tráfico (un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal), AC, 17, semana del 21 al 27 de Abril de 2003; GULLÓN BALLESTEROS: «La acción rescisoria concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 4125 y ss.; GUTIÉRREZ GILSANZ: *La fecha de retroacción*, Valencia, 2001; HERRERO PEREZAGUA: Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración, en García-Cruces (Dir.), La Reintegración en el Concurso de acreedores, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 175 y ss.; JEREZ DELGADO: La acción pauliana del Código civil como vía de ampliación del marco de la reintegración de a masa activa del concurso, en Beltrán y San Juan (Dir.), La reintegración de la masa, Madrid, 2012, pp. 163 y ss.; LACRUZ BERDEJO: La causa en los contratos

de garantía, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 544, 1981, pp. 709 y ss.; LEÓN: Comentario art. 71, en Rojo y Beltrán (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid, 2004, pp. 1301 y ss.; LINACERO DE LA FUENTE: *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Madrid, 2005; MARTÍN PÉREZ, J.A.: La rescisión del contrato, Bosch, Barcelona, 1995; MARTÍN REYES: La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada, en "Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, IV, Madrid, 2005, pp. 4175 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ: Constitución de garantías personales por el concursado durante el período de reintegración, en García-Cruces (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de acreedores*, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014,, pp. 465 y ss.; MASSAGUER: Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa, en "Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, IV, Madrid, 2005, pp. 4211 y ss.; MASSAGUER: *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pp. 11 y ss.; MORALEJO: Las presunciones relativas de perjuicio (II): impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas, en García-Cruces (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de acreedores*, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 135 y ss.; MORALEJO: Efectos de los Acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos, en García-Cruces (Dir.), *Los Acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, Barcelona, 2013, pp. 247 y ss.; MORALEJO: Rescisión concursal y acuerdos de distribución de beneficios, en Beltrán y San Juan (Dir.), *La reintegración de la masa*, Madrid, 2012, pp. 233 y ss.; MORALEJO: El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación, en García-Cruces (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 75 y ss.; MORALEJO: Las garantías reales y las acciones de reintegración (I), *ADCo.*, 17, 2009, pp. 81 y ss.; MORENO QUESADA, B.: Comentario artículo 1295, en Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Volumen 2, EDESA, Madrid, 1995, pp. 202 y ss.; MUÑIZ ESPADA, E.: La acción revocatoria como una vicisitud del concurso, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006; NIETO DELGADO: La rescisión de los actos sustantivos del deudor, en Beltrán y San Juan (Dir.), *La reintegración de la masa*, Madrid, 2012, pp. 89 y ss.; ORELLANA CANO: Efectos de la rescisión, en Beltrán y San Juan (Dir.), *La reintegración de la masa*, Madrid, 2012, pp. 577 y ss.; PARRA LUCAN: El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso, en García-Cruces (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de acreedores*, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 241 y ss.; PINAZO: El ejercicio de la acción rescisoria. La legitimación activa, en Beltrán y San Juan (Dir.), *La reintegración de la masa*, Madrid, 2012, pp. 445 y ss.; PINTO RUIZ: «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 4283 y ss.; RIVERA FERNÁNDEZ: *Reintegración y Concurso de acreedores*, Madrid, 2005; RODRIGUEZ ACHÚTEGUI: Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa, en García-Cruces (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de acreedores*, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 77 y ss.; ROJO: «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *RDM*, 1979, pp. 89 y ss.; ROMERO SANZ DE MADRID, C.: *Derecho Concursal*, Civitas, Madrid, 2005; SANCHO GARGALLO: La rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación, en II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil, Madrid, 2010, pp. 31 y ss.; SANCHO GARGALLO: Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal, *Revista jurídica de Catalunya*, 2, 2006, pp. 321 y ss.; SANCHO GARGALLO: Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal, *Revista jurídica de Catalunya*, 4, 2004, pp. 1121 y ss.; SANCHO GARGALLO: *La retroacción de la quiebra*, Cizur Menor, 1997; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: La rescisión de los

acuerdos de refinanciación, en Beltrán y San Juan (Dirs.), *La reintegración de la masa*, Madrid, 2012, pp. 333 y ss.; SHAW MORCILLO: *La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria*, en Beltrán y San Juan (Dirs.), *La reintegración de la masa*, Madrid, 2012, pp. 455 y ss.; SILVETTI, E.: *Comentario artículo 73*, en Cordón Moreno, F.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 795 y ss.; VALLE: *Introducción al sistema de reintegración concursal en el sistema financiero español*, RDBB, 102, 2006, pp. 71 y ss.; VARGAS BENJUMEA: *La acción de reintegración concursal*, Valencia, 2008; VIGUER SOLER, P.L.: *La masa activa: determinación y acciones de reintegración*, en Garnica Martín, J.F., *“La nueva Ley Concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 355 y ss.; VILLORIA: *La rescisión de las garantía prestadas por deuda a cargo de sociedades del grupo*, en Beltrán y San Juan (Dirs.), *La reintegración de la masa*, Madrid, 2012, pp. 209 y ss.

EL CONTRATO DE FIANZA Y LA NOVACIÓN LEGAL DE LA L.C.Q., ¿QUÉ AGREGÓ LA REFORMA DEL C.C.C.N. AL DEBATE?

Roberto Alfredo MUGILLO³⁶³

SINTESIS

La norma del Art. 55 de la LCQ – que se reitera en el Art. 1597 del C.C.C.N. - solo ha creado una excepción a los principios generales de la novación (evitando su extinción) y *como excepción que es, debe ser analizada y juzgada restrictivamente, con criterio estricto*. Pretender que la obligación del fiador del deudor concursado con acuerdo homologado (con quita y extensión de plazo) se circunscribe a una obligación que no tiene existencia jurídica, impidiéndole ejercer su defensa en base a la cosa juzgada emergente del acuerdo homologado por su afianzado; importará una clara discriminación sin causa, una violación de las normas vigentes y conlleva un claro agravio constitucional.

Ni la norma del Art. 55 LCQ, ni la disposición del Art. 1597 C.C.C. fijan el monto por el cual está obligado el fiador, ni remiten la fianza a la obligación anterior inexistente por haber sido novada. Como bien expresa el Art. 2 del C.C.C. y lo ha resaltado la doctrina de la C.S.J.N., la ley debe ser interpretada de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico y la interpretación que se le pretende dar al Art. 55 LCQ por la doctrina y jurisprudencia que hemos criticado, choca claramente con tales pautas legales y las jurisprudenciales establecidas por nuestro Superior Tribunal Nacional.

1.- Introducción

Es conocido que la norma del Art. 55 de la Ley 24522 de Concursos y Quiebras Argentina (LCQ) establece que....."el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso..".

La norma indica además que ..."esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios..".

Esta disposición ha sido interpretada por la gran mayoría de la doctrina concursalista y toda la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en el sentido que fiadores y codeudores mantienen su obligación por el monto total de la obligación original, sin poder descontar las renunciaciones que emerjan del acuerdo homologado, ni los nuevos plazos de la obligación asumida por el deudor concursado garantizado.

Por nuestra parte, venimos sosteniendo hace ya tiempo (³⁶⁴) que ante la homologación del acuerdo preventivo por el deudor afianzado y concursado (con quita y extensión de plazo); el

³⁶³ Insertamos el comentario que formuló el Dr. Mugillo a uno de nosotros (EHR) cuando se le requirió autorización para incluir su trabajo en esta investigación: "Te comento que el tema del artículo enviado tiene historia, pues mi primera publicación al respecto fue en la Revista "DERECHO & EMPRESA" (Editada por la Universidad Austral) y el artículo fue "La Novación de la Deuda y la Responsabilidad de Fiadores y Codeudores Solidarios en la Nueva Ley de Concursos".(Rev. No. 6, año 1997). Luego reedite el tema en la Jornadas Rioplatenses de Derecho (Colegio de San Isidro/Colegio de la R.O.Uruguay) en 2012. A su vez como Alejandro Borda hizo su tesis doctoral sobre Fianza y me cito y discutimos el tema; hicimos un trabajo conjunto que se publicó en la Revista La Ley el 18 de julio de 2014 como un extenso comentario a dos fallos de la CNCom. Sala F de diciembre de 2013. El trabajo que te envié fue una actualización del tema en función de la reforma de la Ley 26.994. No se si con esto te aclaro el tema o no. No conozco otras opiniones coincidentes con la mía o de Alejandro, pues en general doctrina y jurisprudencia son contrarias a lo que sostenemos."

fiador (y el coobligado solidario) no debe responder sino por el monto y en los plazos provenientes de dicho acuerdo, sin que ello importe garantizar el acuerdo, ni que la posibilidad de concursarse del fiador sea una salida jurídicamente justa para el mismo.

¿Qué agregó la reforma de la Ley 26.994 a este esquema y al debate?

2.- El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El nuevo Código Civil y Comercial en igual sentido que la norma concursal establece en el Art. 1597 que *..”la fianza no se extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor, aun cuando no se haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador..”*

Si bien *parecería* que nada ha cambiado respecto de la normativa anterior, lo cual llevaría a consentir o ratificar la casi unánime doctrina y jurisprudencia que sostiene – reiteramos sin fundamento en derecho alguno ⁽³⁶⁵⁾ - que el fiador continúa obligado por el total de la obligación original y en todos los términos de esa obligación anterior; entendemos que ello no es así por diversas razones que han resaltado las nuevas disposiciones del nuevo derecho sustantivo común civil y comercial.

El nuevo C.C.C. ha incorporado nuevas pautas y nuevos conceptos al debate y en tal sentido debemos resaltar aquellas que – a nuestro criterio – definitivamente deberán dar por tierra con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia vigente:

a.-En *primer lugar*, el Art. 1575 C.C.C. a diferencia del Art. 1995 del Cod.Civ. ⁽³⁶⁶⁾ genera claramente una disposición de carácter imperativo al indicar que *“la prestación del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal o menor que ella”*, lo cual impone que las obligaciones del fiador no pueden ir más allá de aquella que estuviera en cabeza del deudor garantizado y resultara de la novación concursal.

Esto se ve corroborado con la última frase de la norma citada que expresamente indica que *..”no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa..”* lo que impide interpretarla por valores o plazos más allá de lo que resulte de la obligación novada, sobre la cual continuará flotando la garantía.

b.- En *segundo lugar* el Art. 1574 C.C.C.N. al definir la fianza, expresamente indica que la misma se acuerda para *..”satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento”*, característica definitoria que no se encontraba en los anteriores Arts. 1986 y 1987 del Cod.Civ. Velezano.

Dado que el acuerdo homologado ha novado la obligación anterior del acreedor y – usualmente - generado nuevos plazos de cumplimiento de la nueva obligación que continúa afianzada; el fiador no podrá ser requerido ni demandado por la obligación anterior, pues la

³⁶⁴ Remitimos a nuestra ponencia a las Jornadas Rioplatenses de Derecho (11/12 mayo 2012) y la publicación efectuada en el Boletín L.L. de julio de 2014 en colaboración con el Dr. Alejandro Borda.

³⁶⁵ Sin otro fundamento en derecho que el derogado Art. 2049 C.C. que decía que la renuncia (onerosa o gratuita) del acreedor al deudor principal extingue la fianza con excepción de la renuncias en acuerdo de acreedores, aunque ellas importen la remisión de la deuda y aunque los acreedores no se reserven expresamente sus derechos contra aquellos. En esta norma diversos autores se fundaron para mantener la obligación del fiador por el monto de la obligación anterior y novada, por lo que al no haber sido reproducida en el nuevo texto legal, este único argumento de base legal de la doctrina que criticamos, ha quedado sin sustento. Otros argumentos que criticaremos en el presente trabajo, eran que con ello se mantiene la continuidad operativa y el crédito del concursado y que los efectos del acuerdo son exclusivamente “personales” del deudor concursado.

³⁶⁶ La norma derogada (Art. 1995 Cod.Civ.) a diferencia de la nueva citada, solo hablaba de ‘puede’ y no de “debe”.

novación legal del Art. 55 L.C.Q. (y del actual Art. 1597 C.C.C.N.) ha quitado existencia jurídica a la anterior obligación (que ha quedado sin efecto) y por ende no existirá ya el incumplimiento que pueda generar la exigibilidad de la fianza, incumplimiento que *fue* de aquella obligación ahora extinguida por la novación y que por ello ha dejado de ser causa para requerir el cumplimiento de la garantía..

c.- En *tercer lugar* habíamos expresado que el fiador no podía responder por el monto original de la anterior obligación, ya que la novación había dejado sin causa a la fianza, respecto de esa deuda primigenia. Aquella opinión que sustentábamos en la norma del Art. 499 Cod.Civ. ⁽³⁶⁷⁾ se refleja en la actual disposición del Art. 726 C.C.C.N.

Esta norma no hace más que establecer que la fuente de la obligación debe estar dada por un presupuesto de hecho al cual el ordenamiento jurídico le asigna virtualidad obligatoria y la anterior obligación ahora novada, ha dejado de tener virtualidad generadora de obligaciones.

Más aún, siguiendo este concepto la nueva codificación ha incorporado con mayor claridad y énfasis el Art. 1013 C.C.C.N. por el cual se dispone que: *“La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato”*.

De allí entonces que la obligación originariamente afianzada no tendrá ya existencia jurídica en virtud de la novación legal producida, lo que impide lisa y llanamente obligar al fiador por un monto derivado de una obligación jurídicamente inexistente, pues conforme al citado Art. 1013 C.C.C.N. ya no subsiste la causa de la misma, imponiendo en particular – en este supuesto – la adecuación de la fianza a la nueva obligación novada, en una suerte de flotación de la garantía hacia esa nueva obligación.

En concordancia con lo expuesto el, también el nuevo Art. 727 da una nueva dimensión a nuestra interpretación al expresar que *..“la existencia de la obligación no se presume”*, por lo que la obligación anterior novada no puede ser causa de la obligación del fiador y la interpretación de la responsabilidad del fiador debe hacerse en los términos de esta norma es decir que, respecto de la existencia y extensión de la obligación, la interpretación debe – además - ser *restrictiva*, por lo que mal puede imponerse la responsabilidad del fiador por una obligación que carece de existencia jurídica, debiendo “flotar” su obligación hacia la nueva obligación emergente del acuerdo homologado.

d.- En *cuarto lugar* el nuevo Art. 1587 C.C.C.N. resalta que todas las excepciones y defensas sean *propias y las que correspondieren al deudor principal, aun cuando este las haya renunciado*, pueden ser opuestas por el fiador.

Consecuentemente queda también de lado el argumento de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia que los efectos del acuerdo homologado son solo *“personales”* del deudor concursado.

Por ello entonces si el deudor garantizado y concursado puede oponer los efectos de la cosa juzgada emergentes del acuerdo homologado a cualquier reclamo de un acreedor fundado en la obligación anterior novada, también lo podrá hacer en igual forma el fiador por la expresa norma del Art. 1587 C.C.C.N. que no impide, sino que por el contrario habilita expresamente al fiador a ejercer las defensas que puedan ser *“personales”* del deudor concursado.

³⁶⁷ Decía el Art. 499: No hay obligación sin causa es decir sin que sea derivada de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles.

Y esa “cosa juzgada” emergente de la resolución que ha homologado el acuerdo del deudor concursado y garantizado, también ingresa – por vía del Art. 1587 C.C.C.N. - en el patrimonio del fiador; por lo que el derecho a esa defensa importará un derecho constitucional del fiador garante a la luz de los Arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, derecho que no puede ser violado por una interpretación contraria a derecho.

e.- *Finalmente* el Art. 963 C.C.C.N. fija un orden de primacía normativa, dando prioridad a las normas indisponibles de la ley especial, a las del Código y a las normas particulares del contrato (en este caso, el contrato de fianza).

Si bien la norma especial (Art. 55 LCQ) coincide en su disposición con la del Art. 1597 C.C.C. (segundo párrafo) lo cierto es que *ninguna de las dos normas fija el monto de la obligación por la cual se responsabiliza al fiador* ⁽³⁶⁸⁾, de lo que se debe derivar necesariamente que la única obligación existente a la que puede acceder la fianza – como obligación accesoria que es - será la obligación derivada de la novación y no la anterior por carecer de existencia jurídica y no poder configurar una “causa” suficiente ni eficiente de la obligación del garante.

3.- Conclusión

La norma del Art. 55 de la LCQ – que se reitera en el Art. 1597 del C.C.C.N. solo ha creado una excepción a los principios generales de la novación y *como excepción que es, debe ser analizada y juzgada restrictivamente y con criterio estricto*, caso contrario toda interpretación diferente a la expuesta continuará – ahora con mayor claridad - contradiciendo la estructura jurídica vigente.

Pretender que la obligación del fiador se debe interpretar en función de una obligación que no tiene existencia jurídica e impedirle ejercer su defensa en base a la cosa juzgada emergente del acuerdo homologado por su afianzado; importará una clara discriminación sin causa y una violación de las normas vigentes, conllevando un claro agravio constitucional.

Por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, el derecho no consiente ni habilita a los jueces a prescindir de lo dispuesto por la ley respecto del caso, ni a extenderlo de modo tal de *impedir el ejercicio de legítimos derechos* ⁽³⁶⁹⁾, como ocurre con la actual interpretación que se viene haciendo del Art. 55 LCQ, pues como bien expresa el Art. 2 del C.C.C. y lo ha resaltado la doctrina de la C.S.J.N., la ley debe ser interpretada de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico y la interpretación que se le pretende dar al Art. 55 LCQ por la doctrina y jurisprudencia choca claramente con tales pautas legales y las jurisprudenciales establecidas por nuestro Superior Tribunal Nacional ⁽³⁷⁰⁾.

³⁶⁸ Conf. Cura J.M. y García Villalonga J.C., en “Código Civil y Comercial Comentado”, to. V, Ed. La Ley, 2ª. Edición, pag. 133. En igual sentido Garrido Cordobera, A. Borda y Alferillo en “Código Civil y Comercial Comentado”, Ed. Astrea, 2016, to. II, pag. 909, quienes expresan: “¿Por qué inferir que la obligación del fiador se mantiene en los términos estrictos de la obligación principal original? En definitiva lo que la norma remarca es que la obligación del fiador no se extingue, sigue viva, pero nada establece sobre el quantum de esa garantía”.

³⁶⁹ Conf. Carrio G. y Carrio A. “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, 3ª. ed. pag. 154 con cita de precedentes de la CSJN.

³⁷⁰ Conf. C.S.J.N. en Fallos to. 234 pag. 482 y to. 295 pag. 1001. “un índice seguro para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma o de una resolución judicial es su congruencia con el resto del sistema jurídico y su verificación con este, de todos los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto...”

SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)

Efraín Hugo RICHARD

“En el porvenir, el progreso será estrechar cada vez más el círculo de las leyes positivas y, por el contrario, ensanchar más el de las leyes naturales. Toda ley natural es un principio que se realiza por la precisión de sus consecuencias. Toda ley positiva es

un expediente que se dilata por sus complicaciones"
de Emilio Gilardin

Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, nº 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

(Nota del Editor original: El maestro cordobés responde rápidamente la nota de E. Daniel Truffat (IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS), publicado en el número anterior, generando un respetuoso contrapunto que se agrega a las varias anteriores, excluyendo del efecto de la novación concursal las acciones de responsabilidad extraconcursoles.

1. Nuevamente Truffat, cuya calidez y versación se advierten en todas las polémicas que hemos mantenido, y también en su recuerdo afectuoso en relación a algún reconocimiento –del que no sabemos de que se trata³⁷¹– nos propone dos nuevas polémicas.

Se trata de su artículo IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS, en el número anterior de *Doctrina Societaria y Concursal*, abril de 2011, nº 281, de Editorial Errepar, donde polemiza con gran cordialidad sobre nuestras posiciones en torno a “confiscatoriedad de propuestas de quita en acuerdos concursales” y sobre la “posibilidad de promover acciones de responsabilidad contra las sociedades que han conseguido homologar acuerdos con esas quitas”.

Es de nuestro interés, como lo hacemos a veces con él y otros distinguidos amigos, contestar como si estuviéramos dialogando, perfeccionando la construcción interpretativa, conciliando aspectos y subrayando diferencias en otros. Por ello solicitamos a la Editorial espacio para el mes de mayo y con gran condescendencia se nos ha aceptado con tal que escribamos en el día.

1.1. Anticipatoriamente señalamos que nunca hemos sostenido que las acciones de responsabilidad contra administradores societarios (no sólo directores) lo son por la quita homologada, sino por daños causados a acreedores de la sociedad por aplicación del art. 59 de la ley societaria. En esto acordamos con el polemista que por la mera quita no se generan acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad concursada.

1.2. Pero resulta que Truffat postularía que la homologación de un acuerdo de quita, además del beneficio que resulta para la sociedad de la pérdida que sufren los acreedores generaría el efecto de extinguir las acciones de responsabilidad contra los administradores de la concursada, cualquiera sea el motivo. Es evidente que subyace en el pensamiento de Daniel el negocio que hacen los administradores –y los socios– de las concursadas al recurrir a las quitas de los créditos de los acreedores –normalmente muy cuantiosas y obtenidas vaya a saber como– que traspasan esa riqueza al patrimonio de la sociedad –y por ende a los socios– alejando cualquier solidaridad en las pérdidas o esfuerzo compartido, tanto que esa quita está gravada por impuesto a las ganancias.

La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad, obviamente no nace ninguna responsabilidad por la

³⁷¹ En “Reflexiones sobre paradigmas concursales en el derecho argentino y en el americano” (DSC, Nro. 270, mayo 2010, pág. 453), y en la nueva nota donde nos propone otro contrapunto.

quita en sí, aunque la misma pueda generar un dato referencial al daño inferido por la conducta culposa o dolosa de administradores societarios respecto a determinado acreedor, daño que puede ser muy superior a la quita o no.

No hay duda que la insolvencia –o la crisis económico o financiera de carácter general³⁷²- implican causales de disolución de la organización societaria, imponiendo las medidas imperativas que marca la ley societaria y la responsabilidad de los administradores en caso de continuidad operatoria (art. 99 LS)³⁷³. Se dispara así la pregunta: si se ha con configurado la responsabilidad prevista en los arts. 59 y 99 LS ¿la homologación de un acuerdo concursal extingue o elimina de por sí esa acción?

Por otra parte el criterio del Presidente de la Corte, esbozado particularmente en el caso *Daverede*³⁷⁴ señala que las acciones individuales de responsabilidad se disparan recién ante la insolvencia –o crisis- de la sociedad, y no se nos diga que eso es en caso de quiebra, por la confesión de incapacidad patrimonial se revela en la presentación en concurso.

No podemos pensar en administradores diligentes sin plan de negocios³⁷⁵ ante la mera crisis; y si este no se presenta debemos presumir que es para ocultar las razones por las que no se cumplen las normas imperativas de la ley de sociedades³⁷⁶ y direccionando actos miento para perjudicar a terceros. Truffat, en reciente artículo, concuerda en la necesidad del plan “Acoto que personalmente no creo posible intentar un salvataje empresario sin una estrategia, sin cursos de acción predeterminados y analizados, sin metas debidamente ponderadas, etc.. Lo que no me merece tanta certeza es la exigencia formal de un plan de empresa que más parece una invitación a atosigar de papeles, gráficos y proyecciones a los jueces...”³⁷⁷. Hemos con anterioridad previsto esta crítica aludiendo a las previsiones de la reforma de 1983 a la ley 19.551 en la excelente factura de los arts. 125-1 y 125-2, y lo hemos reiterado³⁷⁸ en el mismo libro colectivo donde Daniel formula la coincidencia sustancial y la reserva formal, señalando nosotros que aquella solución evitaba papeleo y perfilaba responsabilidad en caso de advertirse posteriormente abusos o “negocios”. Claro que –como decimos antes- que Juez no consideraría abusivo una propuesta –y acuerdo- de la que resultara claramente –por el plan- el “negocio” que formaliza la concursada, y si ello se hubiere ocultado en los papeles presentados no cabría duda del dolo que permitiría reclamar por daños.

³⁷² “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia” Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, 1ª parte *La crisis de la organización societaria*, pag. 260 y ss..

³⁷³ *Funcionalidad de la empresa, organización societaria, pérdida del capital social y concurso* págs. 275 a 357 en “Ensayos de Derecho Empresario” nº 6 Ed. Fespresa, Córdoba 2010, serie en homenaje a comercialistas fallecidos de la Universidad Nacional de Córdoba, número in memoriam de Juan José de Arteaga.

³⁷⁴ *No hay que fomentar el incumplimiento (Sobre la petición de quiebra por acreedor)* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, nº 280 marzo 2011, pág. 309 y ss., particularmente punto IV pág. 326 y ss..

³⁷⁵ “Perspectiva del derecho de la insolvencia”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, 1ª parte *La planificación preconcursal (actuando tempestiva y extrajudicialmente)*, pág. 215 y ss..

³⁷⁶ “Perspectiva del derecho de la insolvencia” cit. 1ª parte *La crisis de la organización societaria* cit. y 2ª parte con Antonio Silva Oropeza *El aumento de capital como solución a la crisis* pág. 405 y ss..

³⁷⁷ TRUFFAT, E. Daniel *Nuevas reflexiones sobre el derecho concursal actual* en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo I pág. 997, específicamente pág. 1007.

³⁷⁸ *Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)* en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1398 y ss.

2. Parece central el tema de la “novación”, por eso hoy limitaremos referirnos al tema de confiscatoriedad, introduciendo un breve comentario del Profesor Dr. José Luis Palazzo, catedrático de Derecho Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, con quién hicieramos la última presentación de este tema.

Anticiparemos que la confiscatoriedad de una quita importante, impuesta por mayoría de los verificados acreedores de una sociedad comercial a los restantes de esa categoría y a los que aún no lo han conseguido, no importa una expropiación de propiedad en interés del Estado, sino en beneficio directo de los socios de la concursada –quizá también de los directivos por el porcentaje de honorarios-. Conciliamos en el interés de “conservar la empresa” que explota la sociedad comercial concursada, pero ello se puede lograr con otros medios, sin que signifique el ser “socio a palos”, argumento sostenido para mantener como beneficiarios a los socios que no afrontaron el default por las normas de la organización societaria elegida y pretenden mantener la propiedad de la sociedad saneada gracias al sacrificio de los acreedores³⁷⁹.

Truffat con realismo se ha referido en otras oportunidades al “negocio” que representa el concurso con los “acuerdos” que se homologan imponiéndose a todos los acreedores, tanto a los que no adhirieron como a los que no podían expresar su voluntad. También se ha referido y refiere ahora al “esfuerzo compartido”.

Al margen del análisis legal, apuntemos que toda quita –potenciada con esperas insólitas que se logran- impone una alteración del balance de una sociedad que representa un incremento patrimonial, que traduce un beneficio de los socios imponiendo normalmente el pago de impuesto a las ganancias, se reparta o no. Y que una quita descarta todo esfuerzo compartido, poniendo el salvataje a cargo exclusivo de los acreedores, cuya afectación patrimonial es despojatoria en términos de la Corte cuando supera cierto porcentaje³⁸⁰.

Entrevistando al Prof. Palazzo, previa lectura del artículo de Truffat, nos expresó “Nuevamente deberemos referirnos a un aspecto muy preciso ya expuesto con mayor desarrollo en el trabajo publicado en el Libro Colectivo:” VI Congreso Argentino de Derecho Concursal- IV Congreso Iberoamericano Sobre Insolvencia” Tomo I, en el que se expuso la fractura constitucional que en el sistema jurídico Argentino, significaba una propuesta írrita de quita y espera, para aquellos acreedores que no habían prestado su expreso consentimiento.

El calificativo se corresponde con quitas superiores al treinta y tres por ciento (33%), límite que estimamos ha fijado la Constitución para la afectación de la propiedad.

El sistema de la Constitución, en nuestra opinión pretende, que el orden jurídico argentino se oriente hacia la equidad, entendida ésta como:” *DAR A CADA UNO LO SUYO*”.

Nos vemos obligados a tratar nuevamente el tema frente a una calificada y muy respetada opinión del Profesor E Daniel Truffat, que ha vertido sobre nuestra propuesta el siguiente comentario: *“Estos temas referidos al funcionamiento de la normativa concursal, o de la posibilidad de constreñir el cumplimiento de las obligaciones, poco tiene que ver con*

³⁷⁹ *Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)* en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1398 y ss..

³⁸⁰ Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: *VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA* que presentáramos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta.

expropiaciones (propiamente dichas) o confiscaciones. La analogía con el límite en la contribución de impuestos es forzado. Tiene un gran impacto mediático (si se me permite el adjetivo) pero no guarda relación de consistencia lógica con el supuesto en análisis como para extraer conclusiones que permitan su aplicación extensiva en los términos del art. 16 del Cod. Civil".(La cita es textual).

La analogía, como instrumento integrativo válido para operar justicia, en ausencia de previsión expresa, forma parte de las herramientas necesarias para la resolución de las cuestiones sometidas a conflicto judicial, tal las derivadas de la normativa concursal.

Por eso vamos a insistir, que la quita írrita, que supere aquel referencial del treinta y tres por ciento (33%), roza la legitimidad Constitucional, sobre todo en el análisis integral de los hechos de la causa, fundamentales para afianzar una sentencia equitativa.

Si como dice el Autor que nos ha citado, "si un golpe de fortuna o un cambio del mercado", revierte la situación falencial del beneficiado con el acuerdo homologado y convierte en prospero el negocio, decimos nosotros que sólo quedarán como perjudicados aquellos que lo hicieron posible con sus aportes no devueltos y apropiados o extinguidos en contra de su expresa voluntad.

Por eso insistimos, que un acuerdo homologado con esas características, debe tener en cuenta todos los hechos anteriores, concomitantes y los posteriores, para resolver con justicia y equidad. Esto quiere decir que aquellos acreedores, sacrificados en contra de su voluntad, con violación de su derecho de propiedad tutelado por el art. 17 de la Constitución Nacional, titulares de créditos legítimos, deberían contar con una compensación en participación accionaria, para que si en el futuro, ocurre lo que señala como posible nuestro distinguido disidente, participen en la nueva sociedad con una compensación razonable y proporcionada a su aporte a esa nueva situación, sin que ello los obligue a ser socios, tal decisión les corresponderá a los titulares del derecho conculcado y por un periodo de tiempo también razonable, que habrá de fijar el Tribunal en su decisión.

Esa regla de capitalización potencial, que propugnamos llevará seguramente a morigerar la tentación de abusar de la quita en la propuesta, o bien si se logra la homologación de propuestas de esas características, será el Tribunal el que fije un plazo de posible capitalización.

Con ello no se afectará la seguridad jurídica, sino que por el contrario se hará un considerable aporte a la moralización de los procesos concursales.

El sujeto falencial, podrá recuperarse y entonces, en tal supuesto, será lógico que haga participar de esta buena fortuna, a quienes lo hicieron posible con el sacrificio de sus acreencias, asignándoseles- cuando así lo peticionen - una participación que los compense, aún cuando parcialmente, de sus pérdidas.

No parece apropiado, reiterar los argumentos expuestos en la ponencia que se alude, ya que en definitiva, el derecho se construye con tesis y refutaciones, por eso nos alegra que el tema asuma la importancia que le asignamos, se debata y en algún momento se logrará la necesaria garantía de los acreedores, que no es otra que la defensa del derecho de propiedad que el Estado debe garantizar". Hasta aquí lo expresado por José Luis Palazzo.

La calificación de despojatoria y abusiva –o írrita que formulamos- resultaría inocente si la sociedad concursada reparte utilidades a corto plazo de homologado el acuerdo, pues cabría otra

calificación jurídica³⁸¹. Vitolo ha marcado la responsabilidad de los administradores³⁸², y muy particularmente comparte la posibilidad de calificar de confiscatoria a la propuesta en relación a los que no la aceptaron o no podían expresar opinión, haciendo especiales referencias al límite a la privación de la propiedad³⁸³.

Pensemos si algún Juez no calificaría de abusiva la propuesta de la que resultara un anunciado y próximo reparto de utilidades de la sociedad, hasta ese momento en cesación de pagos.

3. Vamos ahora al efecto novatorio. Sostiene nuestro distinguido amigo y jurista la extensión del efecto novatorio del acuerdo concursal, denominándolo una cuestión de Perogrullo. Una cuestión judicial similar, en la que él ha intervenido y nosotros intervenimos limita nuestras consideraciones, obligándonos a recordar que en el prólogo del libro “Responsabilidad de los Administradores” del Profesor Dr. Francisco Junyent Bas, que vió la luz en junio de 1996, apuntábamos “3. En la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso, a pergeñar una nueva legislación concursal. – Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concurrencial, sino previniendo sobre la isma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada. De allí la importancia de la recapitulación de temas tan fundan tes como la responsabilidad de los administradores societarios, con la sistemática que se afronta en esta obra. Esa responsabilidad es la llave maestra de una adecuada funcionalidad societaria y de una verdadera acción preventiva de la insolvencia. De esa visión de un sistema preconcursal, paraconcursal, vienen las polémicas que señala Daniel, quién cuidadosamente viene reconociendo el “negocio” del concurso y la necesidad de soluciones donde el peso del riesgo y de los problemas societarios no recaiga únicamente sobre los acreedores.

Daniel enfatiza sobre ese negocio del concurso³⁸⁴, lo que ha ratificado Vitolo en diversas conferencias donde apunta a las utilidades distribuidas –sobre lo que no se llevaría estadísticas-, y se hizo evidente en el caso de un APE donde en el mismo ejercicio en el cual se ejecutaron las consecuencias de su homologación, se produjeron utilidades, en el solo beneficio del grupo de control–obvio que gracias o con el apoyo de administradores y fiscalizadores-, sobre un Capital Social de \$ 594.911.263 obtuvieron, repito, en un solo ejercicio \$ 1.246.496.775 o sea más del doscientos por ciento de utilidades, tema sobre el que no abundaremos por las razones expresadas en nota.

Justamente trabajamos dentro de ese parámetro apuntado por el distinguido colega E. Daniel Truffat en *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN* –y acaba de

³⁸¹ Nuestra posición de más de 15 años despeja que no esta vinculada a ninguna causa judicial, aunque haya sido aplicable a muchas, particularmente en una que ha intervenido Truffat e intervenimos nosotros –requeridos por nuestra tradicional posición doctrinaria-, donde se discuten algunas de estas cuestiones.

³⁸² “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia” en LA LEY 2005-A, 1207.

³⁸³ VITOLLO, Daniel Roque “Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley”, Ed.Astrea, Buenos Aires 2009.

³⁸⁴ TRUFFAT, E. Daniel *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN* (en comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, organizado por Stefania Pacchi y para el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en Montepulciano –Italia, Septiembre de 2009-.. Debemos agradecer a Truffat no sólo sus ideas y referencias, sino el alimentar la polémica respetuosa y constructiva que permite afrontar los problemas con mayor profundidad, descubriendo nuevas facetas, con metodologías y propuestas superadoras, con el diálogo maduro que logra despejar iniciales perspectivas.

reiterarlo en otro ensayo-³⁸⁵, al expresar: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La “concursalidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*³⁸⁶. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar *en catarata* otras imposibilidades y así al infinito³⁸⁷....Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado....Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva (el subrayado nos pertenece), pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso. Pero un concurso que intente que todo el padecer recaiga exclusivamente sobre los hombros del vector infectado por cesación, concluirá en un fracaso...³⁸⁸. No es aquí el lugar para debatir sobre la necesidad de mecanismos de prevención y soluciones “autocompuestas”, básicamente de orden

385 Citado en nota anterior. A su vez lo reitera en reciente artículo *Nuevas reflexiones sobre el derecho Concursal actual* en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo I pág. 997, especialmente pág. 1005 “Es evidente que el concurso no puede ser un “negocio” para los malos deudores; haciendo a los deudores partícipes de su debacle sin asumir –para sí (léase: para el concursado, y si es una persona jurídica, para sus socios)- una razonable cuota del padecer emergente de la restructuración... lo que cabe exigir es un “sacrificio compartido”...”.

386 “...Esta teoría amplia del estado de cesación de pagos o insolvencia define este concepto como *el grado de impotencia patrimonial que imposibilita el cumplimiento regular de las obligaciones con los recursos normales del giro comercial*. Sus notas características son la generalidad y la permanencia, ya que debe afectar a todo el patrimonio y no sólo a una parte; también debe ser subsistente y no aleatorio...”, Junyent Bas, Francisco, “El instituto de la quiebra. Procedimientos para su declaración” en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 11, Concursos y Quiebras –II, pág. 9 [la cita es de página 18]

³⁸⁷ Efraín Hugo Richard, al analizar la situación de las empresas que prosiguen el giro sin patrimonio adecuado, señala: “...La demostración de la ineficiencia de un sistema lo constituyen las sociedades que actuando en cesación de pagos contagian ese estado a los que tengan vínculo con ella...”, autor citado, “Relaciones de organización. Sistema societario”, pág. 171

³⁸⁸ “...A poco que se mire se advertirá que el derecho concursal argentino, antiguamente tan estatista y –al mismo tiempo ritual-, hoy, luego de la durísima experiencia de siete años de un liberalismo que atrasaba cien años en materia concursal, está buscando un quicio que lo ha vuelto a acercar a las hipótesis “convencionales” o “contractualistas”. Sólo que, y el dato no es menor, con jueces atentos que –concientes de un acuerdo de mayorías debe ser mirado con ojos severos para tutelar los derechos de las minorías- recurren libremente a todas las disposiciones que provee la ley sustantiva (en particular civil) para garantizar la transparencia de tales acuerdos y la justicia última de lo pactado en ellos. Es cierto que esto de la “justicia última” puede no pasar muchas veces de una expresión de deseos; porque la concursalidad es hija de la cesación de pagos [es decir, de la escasez, de la impotencia], pero parece obvio que la actual directriz está orientada a impedir que el concurso se vea como un negocio de un empresario pícaro que pretende transferir a sus acreedores las consecuencias de sus malas decisiones; y que, por el contrario, aparezca como un modo prudente y racional de socializar el daño, permitiendo a quien (obtenidas quitas, esperas o mutación del objeto de la deuda) se revele como sujeto potencialmente útil –capaz de repagar las consecuencias de ese “pasado” en los términos acordados y de proyectarse al futuro- intentando superar el duro trance de la cesación...”, Truffat, E. Daniel, comunicación al Congreso de Nueva Esparta, Venezuela, 2007, titulada “Brevísimas reflexiones sobre el estado actual del derecho concursal argentino en lo referente al procedimiento preventivo o saneatorio”, publicado en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 10, Nro. 50, febrero/marzo 2008, pág. 37 [la cita es de página 44]

intrasocietario, en los que tanto ha trabajado algún sector de la doctrina argentina –cuyo bastonero ha sido, claramente, el maestro Efraín Hugo Richard³⁸⁹-. Tales posturas, cuyo sentido común y sensatez parecen indisputables, marcan algo así como un “código de buena conducta” para las sociedades en crisis; como un “manual de operaciones”. Ahora cuando tales pasos no ha sido seguidos, o han sido cumplidos de modo insuficiente, o cuando el daño era tan profundo que no había modo de llevar a cabo los pasos del auto rescate; solo queda la técnica concursal³⁹⁰”.

Y en el artículo que genera esta contestación Daniel expresa “No me opongo sino que preconizo las fórmulas donde el deudor “asocia” a sus acreedores al éxito. No esta bien esto de hacerlos partícipes del sacrificio común para salvar su empresa (los accionistas: el valor de sus tenencias) y que si un golpe de fortuna, o un cambio en el mercado, permite volver a *ganar dinero*, se deje a esos sacrificados acreedores “afuera”. Amigos en las malas, deben serlo en las buenas. Y además reconozco, y lo señalo con énfasis, en que hay supuestos en que el único modo de preservar un sujeto útil es con un sacrificio máximo de sus accionistas al resignar todo la mayor parte del “equity” a favor de los acreedores. Tesis que, bien mirado el art. 48 LCQ, encuentra un espaldarazo normativo en tal disposición”, sobre lo que ha meditado José Luis Palazzo en la entrevista transcripta.

¿La homologación produce la condonación del daño? No lo creemos, a veces es el momento a partir del cual el mismo se hace evidente.

3.1. Heredia³⁹¹ comentando la novación concursal remarca lo limitado de esa noción: “el efecto novatorio dispuesto por la ley concursal intenta facilitar al deudor la obtención de financiamiento y crédito después de homologado el acuerdo mediante la *crystalización* de su pasivo en un monto definitivo –con cita de Rivera-(tomo 2 pág. 246)”. Apuntamos nosotros que no interesa desobligar a terceros –salvo los socios en las sociedades donde tienen responsabilidad solidaria por el tipo. Sigue “... No obstante tratarse de una novación dispuesta por la ley, funciona a nuestro juicio con carácter supletorio. Es decir, el efecto novatorio del art. 55 LCQ no es imperativo, pues ninguna razón de orden público lo sustenta. La novación concursal no parece ser una solución en la que está interesado el fin común o el interés público...” –pág.247). “En este aspecto, la norma concursal aparenta ser contraria a diversos preceptos del Código Civil, que establecen una consecuencia jurídica distinta. En efecto, de acuerdo con el art. 707 del C. Civil la novación hecha por el acreedor con cualquiera de los deudores solidarios extingue la obligación solidaria. Conforme, el art. 810 de ese cuerpo legal establece que “La novación entre el acreedor y uno de los deudores por obligaciones solidarias o indivisibles, extingue la obligación de los otros deudores”. El fundamento de ello es la unidad del objeto debido por los codeudores solidarios –pág. 250-... Por su parte, la solución del art. 55 LCQ, es también contraria a lo dispuesto por el art. 2047 del Cód. Civil, según el cual la novación hecha por el acreedor y el deudor afianzado de la

³⁸⁹ “...La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones. La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado...”, autor citado, “Ensayo sobre axiología del derecho concursal”, en RDCO Nro. 235, marzo/abril 2009, pág. 315 [la cita es de pág. 379]

³⁹⁰ TRUFFAT, E. Daniel, “El carácter imprescindible de la concursalidad frente al fenómeno de la insolvencia”, en libro del IIDC, “Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal”, pág. 289

³⁹¹ HEREDIA, Pablo D. “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Editorial Ábaco, Buenos Aires 2000, tomo 2 págs. 238 y ss., comentarios a los arts. 55 y 56 de la ley 24.522 y sus modificatorias.

obligación que los vincula extingue la fianza, sin que le sea dado al primero hacer reserva de mantener o trasladar la garantía de una a otra obligación. En este caso, la novación extingue la fianza.... Sin embargo la contradicción de la ley civil con la ley concursal es sólo aparente, tal como se dijo. ...responden a la decisión voluntaria de las partes. En cambio, la novación concursal es de base legal –pág. 250-1-... la novación es una imposición de ese trámite –pág. 252- No ignoramos la singular situación que se crea, ya que subsiste una obligación accesoria de otra que se ha extinguido por novación (el subrayado es nuestro). Pero ello se explica porque, en la especie, existe una derogación del principio contenido en el art. 525 del Cód. Civil. Además, es sabido que el principio de accesoriadad no es absoluto, ya que tiene múltiples excepciones –con cita de Llambías-. Además de múltiples argumentos que expone Heredia, apunta “la aceptación del acuerdo no se puede interpretar como una renuncia a exigir a los codeudores o fiadores del convocatorio el pago íntegro de la deuda, pues la intención del acreedor no es la de beneficiarlo indebidamente ... por cuya razón el acreedor puede libremente dirigir su pretensión por el importe total contra los fiadores del concursado, inclusive sin necesidad de reserva explícita en el acuerdo...” -pág. 255-.

Obviamente ni traza de daños con responsables no concursados, pues en este caso se trata de otra obligación.

3.2. En primer lugar debemos señalar que cuando apuntamos a la responsabilidad de los administradores de la sociedad concursada no lo hacemos vinculando directamente esa responsabilidad a una quita. Cualquier conducta omisiva o activa de los administradores de sus deberes de diligencia y lealtad (art. 59 ley 19550) que genere daños a terceros le impone a aquellos la obligación de reparar ese perjuicio³⁹². Daño que puede ser inferior o muy superior a la quita concursal, que no es sino una exteriorización de la conducta de administradores que se considere causante de esos daños. El polemista la vincula directamente a la quita.

El tema de la cuantía del daño nos lleva a recordar un ensayo compartido con la joven pero madura jurista Gabriela Boquin³⁹³ transcribiendo parte del mismo: “Recordemos que “el centro de la escena” lo constituye la “tempestividad” en la asunción de la crisis, dentro del que se encuentran soluciones societarias o la apertura de un proceso concursal. - Sin perjuicio de ello analizaremos la conducta reprochable a los administradores que con desidia o por provecho no llevan la contabilidad societaria en forma debida, vacían a la sociedad de sus activos, e ignoran la infrapatrimonialización del ente que gerencian prosiguiendo con su actividad, ignorando los procedimientos liquidatorios previstos en la ley de sociedades o de concursos, generando pasivos que saben, como es lógico, no serán satisfechos. - Con esa conducta impropia los administradores –y quizá los socios- la sociedad y su actividad se transforman en una cosa riesgosa que, operando ilícitamente en el mercado, dejarán víctimas de sus vínculos que no verán jamás un céntimo en relación a sus créditos insatisfechos.... se trata que, en el caso de sociedades, la crisis sea afrontada dentro de las técnicas previstas en la legislación societaria –cuanto más temprana mejor, sin llegar a la infrapatrimonialización, ni a operar en insolvencia o cesación de pagos-. Lo

³⁹² Sobre la buena fe y la responsabilidad agravada puede verse DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro *La responsabilidad agravada en el derecho comercial: una visión actual* en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo I pág.101 y ss., esp. pág. 133/4 “Llevado el concepto al terreno práctico, se requiere hoy sinceridad, transparencia y lealtad en los comportamientos y se sanciona su ausencia. Se reclama una prudencia y un actuar diligente que considere las legítimas y fundadas expectativas del (o de los) otro (s), el respeto a la confianza recibida, que en los contratos se debe desde antes de su celebración y hasta después de su extinción”.

³⁹³ *AFRONTAR LA CRISIS OPORTUNAMENTE* El Derecho, diario del 30 de septiembre de 2009, como nota a fallo.

fundamental es que los administradores, como buenos hombres de negocios dentro de las normas y afirmaciones autorales citados por la Cámara, encaren esa crisis con un plan de negocios o un plan de reorganización. O en su caso procedan a la liquidación con los medios efectivos que les da la ley de sociedades. Inmediatamente y de ser necesario por exceder a sus facultades, que pongan la cuestión en manos de los socios, pues la insolvencia implica por lo menos dos causales de disolución: imposibilidad sobreviniente de consecución del objeto social –empresa- y pérdida del capital social. Los socios deben asumir la solución de la crisis ante la convocatoria de los administradores, normalmente patrimonializando a la sociedad, a través de decidir un aumento de capital de las diversas formas que prevé o impone la ley de sociedades, donde teniendo derecho de preferencia pueden llegar a llamar a los acreedores a capitalizar sus acreencias. Esto puede tener diversas respuestas técnicas, con primas, rescates, emisión por clases, donde sin perder la dirección del negocio acerquen a los acreedores contractuales en razón de la empresa a involucrarse en su desarrollo y permanencia....Y por cierto que este no es un tema menor. La conducta sub-examine ingresa en el plano de lo que se conoce como dolo eventual, esto es, aquella conducta obrada con tanta desaprensión y ligereza, omitiendo los recaudos más elementales de cuidado y prevención, que el autor de esa conducta no puede dejar de representarse las consecuencias derivadas de sus actos: en otras palabras una culpa de una gravedad tal que no puede sino asimilarse al dolo.- Puede ser que parte de la doctrina ofrezca resistencia a la posibilidad de aplicar esta apreciación considerando que el dolo eventual solo resulta de aplicación en los procesos penales. Pero a esos efectos apreciaremos que la interpretación de dolo como factor de atribución de responsabilidad de los administradores debe ser efectuado a la luz del Código Civil y sus diferentes acepciones. Lamentablemente a los fines de las acciones de responsabilidad concursal, la ley respectiva eligió al dolo como factor de atribución, pero lo más gravoso es la apreciación que hacen los tribunales del concepto, ciñéndolo al criterio del acto ejecutado a sabiendas con la intención de dañar, requiriendo una prueba positiva que sólo es posible de lograr introduciéndonos en la psiquis del dañador a los fines de comprobar positivamente sus intenciones. ¡Prueba diabólica por cierto! ... Por ende cuando no se han respetado las mínimas condiciones de uso previstas en la ley de sociedades comerciales, dicho actuar debe quedar encuadrado en los art. 506, 521, 902 y 931 del Código Civil, más allá de la apreciación en cada caso en particular del encuadramiento en el art. 1072 CC. Sabemos que la responsabilidad de los administradores por su función puede ser denominada como “calificada” ya que el artículo 59 LSC exige un obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Esta responsabilidad calificada quedará encuadrada en los parámetros del art. 902 CC que prevé que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor es la obligación que surja de las consecuencias de los hechos que le fueran imputables.- ¿Y cual es la mayor obligación prevista en el Código Civil cuando se incumple una obligación a cargo de determinada persona? La prevista en el artículo 521 de dicho cuerpo legal que establece que la inejecución maliciosa produce una responsabilidad por las consecuencias mediatas e inmediatas producto de dicho obrar. Ello nos lleva claramente a la noción de “dolo obligacional” regulado en el 506. Es decir que el administrador en cuestión debe responder por los daños directos e indirectos que le ha provocado al acreedor social por el mal desempeño de sus funciones .Lamentablemente en este punto no profundiza el fallo siendo la descripta una conducta reprochable perfectamente enmarcable en estas nociones. Pero no hay duda que continuar operando una sociedad en cesación de pagos implica cuanto menos dolo civil respecto a los nuevos acreedores.... Para responsabilizar a los administradores tenemos que la normativa

societaria no está sola, pues si bien el artículo 59, 157, 274, 279³⁹⁴ LS reconocen un patrón de conducta y causales de imputabilidad tales como mal desempeño del cargo, violación a la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa graves, dichas conductas deben ser apreciadas bajo la lupa del principio general del derecho³⁹⁵ emanado del artículo 902 del Código Civil³⁹⁶, siendo por ende una responsabilidad claramente “calificada”. Como correlato de lo expuesto debe también tenerse en cuenta la noción de culpa expresada en el art. 512 del CC³⁹⁷. Como complemento de todas estas normas debemos recordar que frente al fraude laboral opera a los fines de la extensión de la responsabilidad la solidaridad consagrada por el artículo 1081³⁹⁸ del Código Civil respecto de los autores, coautores, consejeros y cómplices”.

Hasta aquí la referida transcripción.

3.3. La seguridad de Daniel en entender el efecto novatorio, nos llevó a consultar al Profesor Gabriel Rubio, distinguido catedrático de las Universidades Nacional y Católica de Córdoba, quién en forma inmediata tuvo a bien exponerme su posición: *“Para el caso en cuestión estimo que el Dr. E- Daniel Truffat entiende que las obligaciones crediticias extinguidas por el efecto de la novación en materia de concursos en virtud del art. 55 de la Ley de Concursos y Quiebras, produce “ipso iure” la extinción de la responsabilidad de los administradores de la concursada, refrendado esta afirmación como una verdad jurídica de perogrullo.*

³⁹⁴ ARTICULO 59. — Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión

ARTICULO 157. — (parte pertinente) Los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas en el contrato. Si una pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el Juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. Son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia fuere colegiada

ARTICULO 274. — Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.

Exención de responsabilidad. Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diera noticia al síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

ARTICULO 279. — Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores

³⁹⁵ En la nota a la sección segunda del Libro primero del Código civil que regula a los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia, o extinción de los derechos y obligaciones, Velez aprecia que en la misma se ven generalizados los mas importantes principios del derecho

³⁹⁶ Texto del artículo 902 del Código Civil: “ Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”

³⁹⁷ Texto 512 Código Civil: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”

³⁹⁸ Texto del artículo 1081 del Código Civil “ la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal”

“Sin dudas que coincidimos en los aspectos generales que el Dr. Truffat manifiesta en su tratamiento del tema, pues creemos que la doctrina es conteste que “la novación es la transformación de una obligación en otra”³⁹⁹, así el Dr. Salvat continúa afirmando “se asemeja al pago en el sentido que ella constituye, lo mismo que este último, un modo de extinción de las obligaciones. Pero la novación se diferencia de él, en el que el pago opera la extinción lisa y llana de una obligación, en tanto en la novación, esta extinción va a acompañada de la creación de una nueva obligación: la primera se extingue para ser reemplazada por otra”⁴⁰⁰

“Por lo que a poco de andar en el tema en examen, debemos detenernos en distinguir que las obligaciones que el Dr. Truffat pretende asimilar son obligaciones independientes de causas eficientes diferentes, por un lado tenemos la extinción de las obligaciones crediticias de la empresa en crisis que devienen extinguidas en virtud de la causa lícita propia de la novación legal del acuerdo concursal homologatorio; mientras que la obligación de reparar se basa en el obrar ilícito del actuar de los administradores de la empresa en crisis. Así Dr. Truffat confunde y afirma que se extinguirían estas obligaciones al ser accesorias en los términos del art. 803 del Código Civil, sin embargo no se puede predicar dicha accesoriedad en obligaciones principales, que existen por sí en forma independiente y con causas autónomas”.

Hasta aquí el aporte del colega, asumiendo nosotros la responsabilidad por cualquier error de transcripción.

3.4. La novación es un modo de extinción de la obligación (y de liberación del deudor), a la que acompaña inseparablemente la sustitución de una obligación nueva, la cual, sin embargo, desde el punto de vista económico, es el equivalente de la extinguida... La novación objetiva es una relación que media entre los mismos sujetos de la originaria obligación⁴⁰¹. Los efectos son sobre la obligación y sus accesorios⁴⁰², con el limitado alcance señalado por el Prof. Heredia, que hemos transcripto.

Por eso es imposible extender el efecto de la novación causal (art. 812 del Código Civil contrario sensu) y legal de las obligaciones crediticias producidas por el acuerdo homologado (art. 55 de la Ley 24522), a la obligación de reparar derivadas de la responsabilidad de los administradores pues como afirmamos son obligaciones independientes, autónomas y de fuentes diferentes, por todo lo expuesto creemos inadmisibles hablar de los efectos que la obligación de reparar se extinga como consecuencia de la novación concursal.

Por todo ello, afirmamos que el efecto de la novación concursal del art. 55 de la LCQ se extiende única y exclusivamente a las obligaciones de la empresa en crisis y no extingue las acciones de responsabilidad que se pudieran entablar contra los administradores de la misma, o contra los socios sin responsabilidad limitada por su conducta abusiva.

Franco Bonelli⁴⁰³ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

399 Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino” Obligaciones en General Tomo III, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956. Pág 1.

400 Salvat, Raymundo M. ob cit. Pág 2

401 MESSINEO, Francesco “Manuel de Derecho Civil y Comercial” Ed. Ejea, Buenos Aires 1971, tomo IV pág. 401.

402 ALTERINI, Atilio Anibal, AMEAL Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995 pág. 618.

403 En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffré, nº 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

De E. Daniel Truffat debemos recordar su artículo con Barreiro en esta misma Revista donde señala la necesidad de dar intervención a los socios y nuestra respuesta coincidente tranquilizándolo sobre la no responsabilidad de administradores si actúan diligentemente: lo “dirimente”⁴⁰⁴ es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”. Claro que lo ideal es hacerlo a través de la funcionalidad societaria, sin presentación en concurso: menores costes de transacción y evitar la saturación de los tribunales por la falta de aplicación de las normas imperativas de la ley societaria. En forma alguna pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente⁴⁰⁵

En esa idea que la cuestión debe ponerse en manos de los socios, para que los administradores no asuman responsabilidad, volvemos a apuntar el criterio de la Corte en el “obiter dictum” formalizado en el caso “Comercial del Plata”⁴⁰⁶.

La Corte ha señalado el camino y ahora lo ratificamos para los casos en que administradores por omisión u acción hayan omitido diligencia o lealtad, causando daño. Las técnicas extrajudiciales societarias imperativas son aplicables aún cuando el daño sea “tan profundo” y recién es admisible el dispendio del concurso cuando aquellas han fracasado.

No nos distraeremos en la suposición que formaliza Daniel Truffat que nuestra posición sobre la responsabilidad de administradores se limitaría a quiénes votaron en contra –o no pudieron votar-. El tema no queda cerrado, pues quién vota favorablemente después de haber sufrido daño por la gestión del administrador –generándose responsabilidad-, puede haber votado favorablemente para proteger a la empresa, no al empresario –claramente distinguido por Dasso⁴⁰⁷. O sea que voto favorablemente la propuesta dañosa para asegurar la continuidad de la

⁴⁰⁴ BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.

⁴⁰⁵ La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Por eso coincidimos con lo expresado por Truffat y Barreiro, en *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Octubre 2005, tomo XVII pág. 1205, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en *Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!*, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, nº 217, tomo XVII pág. 1532. De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

⁴⁰⁶ En *¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)*, publicado en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

⁴⁰⁷ DASSO, A. “Derecho Concursal Comparado”, 2009/2010 2 tomos, tomo 1, pág. 804/5. Lo hacía Yadarola en el año 1925 *Proyecto de ley de quiebras* publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925, y reproducido en “Homenaje a Yadarola”, Córdoba 1963, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, tomo I pág. 335, lo hizo nuestra legislación en el año 1983 y ahora lo remarca MAFFIA, Osvaldo J. FRANCIA. *LA LEY DEL 26/JULIO/05 SOBRE SALVAGUARDA DE LA EMPRESA*, en *El Derecho*, martes 25 de octubre de 2005: “conlleva la exigencia de intervenir cuando la situación de la empresa acusara una situación susceptible de comprometer la continuación de su actividad, vale decir, tempestivamente, por tanto antes de que se instalara el estado de insolvencia, tesitura político-legislativa que recoge la preocupación volcada en ese hito que fue el *Rapport Sudreau*, aún cuando anterior al mismo. ...Destacamos al pasar la claridad con que se expresa la primacía del mantenimiento de una empresa, postergando el

empresa, pero no se dispensa –salvo expreso punto de la propuesta- de responsabilidad a los administradores si hubieren generado daño por culpa o dolo (art. 59 LS).

Expresa el polemista “Llevo acumulados múltiples contrapuntos, siempre con afecto recíproco y con altura, con el distinguido maestro cordobés Efraín Hugo Richard (quien, en el fondo, recibe mis desafíos –eso creo- como un acicate para pulir sus ideas y convicciones y que, como buen docente de alma, encuentra motivador que alguien de una generación ulterior, no demasiado afecto al temor reverencial, levante periódicamente el guante sobre sus tesis más revulsivas). Es sabido que Richard, a partir de su enfoque sistémico del derecho, ha esbozado una teoría inquietante sobre la responsabilidad de los administradores por las “quitas” impuestas en los concursos”. Esto motiva nuestro reiterado agradecimiento a Daniel.

Y la pregunta que se formula Truffat como eje de su posición: “¿Cómo responsabilizar a terceros (administradores/accionistas) por un crédito que ya no existe como tal porque por expreso imperio legal se ha extinguido?”, ya ha sido contestada. Se trata de una obligación independiente, no de garantía, sino de responder al daño causado por su conducta. Las situaciones son múltiples y no sólo por la quita⁴⁰⁸. Así la jurisprudencia: “Si bien el art. 55 de la ley

amparo de los acreedores, posturas difíciles de conciliar fuera de las “expectoraciones entusiásticas” –Ortega- que encontramos en nuestras ingenuas, pintorescas exposiciones de motivos. ...El nuevo régimen concreta una antigua idea que es de justicia unir al trabajo inteligente y perseverante de Roger Houin, y resume el gran tema del derecho concursal de las últimas décadas, a saber, la *prevención*. ... El *Rapport Sudreau* plantea con claridad y elocuencia el gran problema de aprehender cuanto antes las *dificultades* que sobrellevaba una empresa para permitir la intervención tempestiva, esto es, al surgir los problemas en medida tal que la empresa no alcanzara a neutralizarlos con sus medios normales, y esas dificultades pudieran comprometer la prosecución de su actividad. ...El tema específico de la nueva figura que nos ocupa, o sea la “salvaguarda de la empresa”, exhibe una extraña limitación si tenemos en cuenta las recordadas orientaciones en orden a *tempestividad*, lo cual presupone la ampliación subjetiva en orden a instancia (la experiencia de que el deudor demora cuanto puede su ocurrencia al tribunal es pandémica).”. Cfme. RICHARD E.H. *Justicia y Derecho. Insolvencia societaria*: “El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba *in bonis*” en “Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho” pág. 631 y ss., Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999.

⁴⁰⁸ Ntos. “PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES, TIPICIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA COMO EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS O CONTROLANTES, EN EL DERECHO ARGENTINO, en Rev. de Derecho Mercantil, Nos. 193-194, Madrid 1989, 387. RICHARD, Efraín Hugo *INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, nº 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010. RICHARD, E. H. “Insolvencia societaria” ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia” Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010. RICHARD, E.H.. *LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA*, en Zeus Córdoba, nº 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista nº 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina. RICHARD, E.H *EL PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro. RICHARD, E.H. *Conservación de la empresa*, mayo de 1981, en Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, t. 25 p. 107 y ss.. QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y RICHARD, EFRAÍN HUGO “La conservación de la empresa...” cit. en RDCO año 1978 Pág.1373; y nto. “La conservación de la Empresa” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV Pág.107 y ss.. Nos hemos basado en muchos autores, entre otros BELTRAN SANCHEZ, Emilio La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital”, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”. ARAYA, M.: *La función preconcursal de la pérdida del capital social*, en Ensayos de Derecho Empresario Nº 3, Director: E.H. Richard, p. 247 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2007. Díez ECHEGARAY, José Luis

24.522 establece que el acuerdo homologado importa la novación de las obligaciones con origen o causa anterior al concurso, esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios. La aplicación de la legislación común (arts. 707, 803, 810, 2042, 2047 y 2049 del Código Civil), extinguiría las obligaciones de los garantes como consecuencia de la novación de la deuda principal. A evitar este efecto la ley apunta la segunda parte del mentado art. 55 expresando que "esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios". Imputable".CNCom. Sala B, Noviembre 12 de 2010, "Braun Estrugamou Guillermo sobre concurso preventivo sobre Incidente de verificación por el Banco General de Negocios SA".

4. La cuestión podría devenir en la siguiente situación: malos administradores que perjudicaron con su negligencia el haber societario, no podrían ser demandados por acreedores de la sociedad, pero sí por ésta o por los socios. También estimularía que se homologue un acuerdo de cualquier forma –con créditos cedidos y/o subrogados-, para borrar barbaridades pasadas (omisiones, trasvasamientos, negocios paralelos, demora en la presentación o en adoptar medidas de solución, incumplimientos a la ley societaria, contratación a sabiendas del estado patrimonial), que han generado daño a los acreedores pero que la homologación de ese acuerdo. O sea fomentando el incumplimiento ante el efecto "borratorio" que generaría la homologación.

No creemos que la cosa sea así. La homologación de un acuerdo concursal, firme y consentida, no implica nada más allá de lo previsto en el art. 55 LCQ. No elimina las conductas culposas o dolosas de los administradores que generaron daño, no borra los abusos cometidos por los socios de control usando la técnica societaria en su beneficio y perjuicio de terceros, particularmente ante el "obiter dictum" de la Corte en el caso Comercial del Plata, al que hemos hecho referencia⁴⁰⁹. Son obligaciones independientes, no novadas ni extinguidas, que ni siquiera son atraídas por el proceso concursal en cuanto intentadas por el perjudicado contra sujetos no concursados, como viene repitiendo la jurisprudencia y se afirma en el derecho comparado.

En *LA INSTITUCIÓN JURÍDICA SOCIEDAD (Sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales)*⁴¹⁰ decíamos: En la reforma italiana, por ejemplo, el art. 2497 que expresamente establece un régimen de acciones de responsabilidad: "*Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de éstas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad. [...] Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas*". ... A su vez "*La imposibilidad manifiesta de realizar el fin social*", nuestra equivalencia de "cumplimiento del objeto social",... "*Hipótesis típica de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social es la infracapitalización material, es decir, aquel supuesto en que la sociedad carece, en el momento constitutivo o con posterioridad, de los fondos suficientes para el ejercicio de la empresa que constituye el objeto social (sobre el concepto y las clases de infracapitalización, v. C. Paz-Ares, ADC,1983,1588-1595)*". En efecto, si los

Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra, p. 387. BELTRÁN, E. *La responsabilidad por las deudas sociales* en "La responsabilidad de los administradores", dirigido por Angel Rojo y Emilio Beltrán, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, cap. 6, pág. 213.

⁴⁰⁹ En *¿REORGANIZACIÓN SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN "OBITER DICTUM" DE LA CORTE)*, citado.

⁴¹⁰ En libro colectivo "Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales", Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009, Buenos Aires, pág. 111 a 166.

fondos sociales son manifiestamente insuficientes para el desarrollo del objeto social y los socios no proceden a su adecuación (v.gr. Aumentando el capital social, eliminando o modificando alguna de las actividades de su objeto) la sociedad se encontrará en una situación de imposibilidad de realizar el fin social (cfr. C. Paz-Ares ob.cit.1608,1611; J.C. Sáenz *El objeto social*,343; J. Massaguer, en RGD, 1990, 5571)” –págs. 100/1).

“La infracapitalización constituye en cuanto tal una fuente de peligros ya que al aumentar el ratio recursos ajenos/recursos propios eleva los costes de agencia de los acreedores de tal suerte que el socio de una sociedad infracapitalizada, que arriesga solo una pequeña parte de todos los activos involucrados en la empresa social, tiene –como beneficiario de las rentas residuales y titular del poder de gestión- unos intereses que se separan abiertamente de los de quienes tienen comprometidas mayores inversiones y no las gestionan”⁴¹¹... “En los procesos de infracapitalización lo característico es justamente la ausencia de acreedores profesionales, que son los únicos en condiciones de valorar el riesgo asumido. El dispositivo de protección se focaliza en consecuencia hacia los pequeños acreedores...” –pág. 1180- “Si la limitación de responsabilidad comporta la traslación de las consecuencias del fracaso empresarial a los acreedores cuanto estos últimos no logran satisfacer sus créditos, parece lógico que el legislador haya establecido en la práctica totalidad de los ordenamientos nacionales medidas encaminadas a proteger a dichos acreedores frente a los riesgos derivados de la limitación de responsabilidad” –pág.1185-.

Así Vitolo enfatiza⁴¹² “No caben dudas que la protección del crédito, de la actividad económica y –en materia societaria- de los accionistas y terceros, debe ser uno de los objetivos primordiales del sistema jurídico que gobierna las relaciones empresarias, económicas, financieras y del mercado. Y en ello el capital social tiene un rol preponderante, así lo hemos sostenido en varias oportunidades”, y particularmente concilia con nuestra postura no novatoria expresando “Frente a un Acuerdo Preventivo Extrajudicial o un Concurso preventivo con acuerdos homologados judicialmente, quedará sólo la posibilidad de intentar acciones derivadas del derecho común con el objeto de reclamar los daños y perjuicios sufridos por quien los invoque”⁴¹³.

5. Nos preocupa la visión catastrófica con la que Daniel cierra la polémica en cuanto se aceptara nuestra postura, pues nadie como nosotros ha trabajado por la conservación de la empresa, afrontándose en forma temprana las crisis como apunta el mismo Truffat con sus apreciaciones sobre nuestra visión en el citado trabajo *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN*. La visión sistémica de la cuestión nos permite señalar que –como señala nuestro distinguido amigo- el concurso en muchísimos casos constituye un negocio para administradores y socios de la sociedad en crisis, que se aborda con gran desgaste jurisdiccional bajo el lema “hay que conservar la empresa”, sin que se expliciten que planes de negocio –que de no existir perfilan por lo menos culpa omisiva. se desarrollan ni se cumplimenten los recaudos societarios y concursales previstos, y menos una actuación temprana asumiendo esfuerzos y no

⁴¹¹ FERNANDEZ de la GÁNDARA *La infracapitalización societaria: un problema de política y técnica legislativas en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”,* Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1175 v. con cita de PAZ-ARES *La infracapitalización. Una aproximación contractual*” en Revista de Derecho de Sociedades, número extraordinario sobre “La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 1994, ps. 253 y ss., pág. 258. Las citas posteriores del párrafo corresponden al primer artículo.

⁴¹² VITOLLO, Daniel R. *Algo más sobre el fenómeno de la infracapitalización en las sociedades comerciales* en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág.1569 v..

⁴¹³ Ensayo citado en nota anterior pág. 1597

trasladando los perjuicios a los acreedores. No es la quita la generadora del daño, sino las conductas de esos administradores y socios.

5.1 Creemos que el polemista no distingue las obligaciones implicadas considerándolas únicas. No se detiene a analizar no sólo la diferente fuente sino la posibilidad de diversos montos. Es claro que si estamos ante el incumplimiento obligacional del administrador que en violación al art. 59 produjo daños por el incumplimiento de la sociedad, que se podría haber evitado si hubiese cumplido con su actuar diligente las consecuencias serán no sólo repara el daño inmediato (no pago de obligación societaria en tiempo y forma) sino además el mediato –ver supra 3.2.-. Además ¿si la ley no libera a pesar de la novación concursal, por cierto especialísima, al codeudor solidario o al fiador, porque entendemos que la homologación libera o exonera de responsabilidad al administrador por su inconducta en la gestión de administración? Si una obligación accesoria como la fianza no se extingue porque habrá de extinguirse una obligación de fuente distinta e independiente al crédito novado?

5.2. No hay que descartar supuestos de los llamados “aprovechamientos indebidos” o “el fraude construido”, que son formas del abuso de derecho⁴¹⁴. Con el criterio de Daniel, presurosos asesoremos a administradores inescrupulosos que han hechos estragos con su gestión que la mejor solución para purgar su responsabilidad respecto de los terceros es el concurso, que condonará sus culpas y dolos por gravosos que sean. Sólo se conseguirá incentivar el negocio del concurso y atiborrar los juzgados.

Cerramos con nuestro agradecimiento y disculpándonos de la forma expositiva, como si estuviéramos conversando en una mesa de café con apreciados colegas. Los procedimientos concursales (o preconcursales) son para salir de una crisis no para hacer negocios como bien señala nuestro distinguido amigo el jurista E. Daniel Truffat, con quién sin duda seguiremos dialogando y acercándonos en la polémica respetuosa y madura, en la vocación y amistad que nos une.

⁴¹⁴ DOBSON, Juan M. “El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)” Ed. Astrea, Buenos Aires 1985, pág. , 149, 157, 295 y muchas otras referencias.