

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURIDICAS
TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO



**“LA RESCISIÓN CONCURSAL DE LAS GARANTÍAS
REALES OTORGADAS POR EL CONCURSADO”**

AUTOR: Tene Quezada, Dayana Mishel

**COTUTORES: Prof. Dr. José Carlos Espigares Huete y Prof.
Dr^a M^a del Carmen Ortiz del Valle**

GRADO EN DERECHO

CONVOCATORIA: JUNIO/JULIO 2017

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REINTEGRACIÓN CONCURSAL EN LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL.
 - A) Naturaleza jurídica de la acción rescisoria concursal
 - B) Presupuestos de ejercicio de la acción rescisoria concursal
 - 1. La declaración del concurso
 - 2. El perjuicio patrimonial
 - 3. El período sospechoso
 - C) Personas legitimadas para el ejercicio de la acción
 - D) Efectos de la acción rescisoria concursal
- III. EL CASO PARTICULAR DE LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS REALES
 - A) La presunción de perjuicio patrimonial de las garantías reales constituidas a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas
 - B) Jurisprudencia existente sobre la rescisión concursal de garantías reales
- IV. CONCLUSIÓN
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto llevar a cabo un estudio de la acción rescisoria de naturaleza concursal y, en especial, de las garantías reales otorgadas por el deudor concursado. La acción rescisoria concursal se encuentra regulada en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en el artículo 71.

En el seno del concurso, la acción de reintegración supone que, una vez dictado por el Juez el auto de declaración de concurso, sin exigencia de la firmeza del mismo, los bienes que hayan salido indebidamente de la masa activa del patrimonio del concursado en los dos años anteriores a la declaración podrán ser reintegrados a la misma. El artículo 21 LC hace referencia al auto del concurso, pero no exige que el mismo ha de ser firme¹.

Por tanto, estamos ante una acción rescisoria que confiere un mayor grado de seguridad para los acreedores. Esta acción les permite atacar los actos fraudulentos o lesivos que haya realizado el deudor con el fin de eludir su responsabilidad patrimonial, pudiendo satisfacer los acreedores concursales sus derechos legítimos de cobro. Es por ello que el art. 71 de la Ley Concursal señala que *serán rescindibles aquellos actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en un periodo de dos años inmediatamente anteriores a la declaración del concurso*. Prevé, por tanto, un posible incremento de la masa activa a favor de los acreedores siempre que se presuma perjuicio patrimonial, que no intención fraudulenta. Como estamos ante una acción rescisoria de naturaleza concursal no nos exige la Ley que se demuestre que ha existido fraude en las acciones del deudor. Es esta la principal característica que la diferencia de la acción rescisoria general que recoge el Código Civil en su artículo 1297.

Por otro lado, la Ley Concursal contempla un privilegio especial para el acreedor con garantía real. El acreedor con garantía real es, quizá, el mejor tratado por la norma concursal. Goza de un privilegio especial, pues la constitución de una garantía real supone un refuerzo para su titular, teniendo preferencia de cobro ante los demás. Ya el propio Código Civil reconoce, como excepción, la condición de privilegiados a ciertos créditos, con la facultad de cobro preferente. Sin embargo, cuando el deudor es declarado en concurso, dicha facultad sufre una serie de alteraciones que establece la Ley Concursal.

En consecuencia, para poder entender qué conlleva la reintegración de determinados bienes y derechos a la masa activa del concursado en el seno de un procedimiento

1. En este sentido, vid. ESPIGARES HUETE, José Carlos, “La acción rescisoria concursal”, en Estudios de Derecho Concursal, Edit. Aranzadi, 1ª edic., 2011, p. 49; ha advertido que “La literalidad del precepto, desde luego, no invita a esta exigencia pues Declarado el concurso (sin más), serán rescindibles (art. 71.1 LC)”.

concurzal; en primer lugar, analizaremos el concepto de acción rescisoria concursal y las características de la misma que la diferencian de la acción rescisoria general.

Así pues, para hacer uso de ella en el procedimiento, es preciso saber quiénes están legitimados para su ejercicio. Su delimitación, además, nos permitirá conocer los efectos y las consecuencias que dicha acción conlleva.

Una vez delimitado el concepto de la acción rescisoria concursal, abordaremos el tema de las garantías reales. Las garantías reales otorgadas a terceros por el concursado provocan distintos efectos según se trate de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Es por esto que estudiaremos la presunción de perjuicio para poder conocer los efectos que una y otra generan. Para su análisis efectuaremos un estudio jurisprudencial que nos permitirá conocer que postura han adoptado los Tribunales españoles respecto de la acción rescisoria concursal aplicada a las garantías reales otorgadas por el concursado.

Para finalizar, extraeremos las connotaciones más importantes que el presente trabajo nos permitirá deducir.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REINTEGRACIÓN CONCURSAL EN LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

A) Naturaleza jurídica de la acción rescisoria concursal

Las acciones rescisorias generales tienen como finalidad reparar el perjuicio económico que generan los actos del deudor a determinadas personas por medio de la restitución de las cosas que fueron objeto del contrato. Sin embargo, las acciones rescisorias que contempla la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal difiere de forma considerable del régimen general del Código Civil. Y es que, será a partir de la literalidad de la propia Ley Concursal que podremos determinar la naturaleza de estas acciones. El art. 71 en su apartado primero dice que “[...] serán rescindibles los actos [...]”, por tanto, partimos de que las acciones que recoge la Ley 22/2003 son acciones de carácter rescisorio.

Y, además, debemos saber que todo sistema de reintegración concursal nos conduce a un incremento de la masa activa. En este sentido, como bien indica Carlos Pavón Neira², dichas acciones “persiguen recomponer el patrimonio del deudor reintegrando la salida de bienes o derechos que haya tenido lugar en el periodo de dos años anteriores a la

2. Vid. PAVÓN NEIRA, Carlos, “Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”, en Estudio Doctrinal Introductorio, Edit. Bosch, Barcelona, 2013, p. 17.

declaración del concurso”, cuya acción se presume como un perjuicio para su masa activa³.

De la literalidad del artículo 76.1 LC se desprende 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 adquiriera hasta la conclusión del procedimiento”. La Ley nos advierte ya que la masa activa estará formada por los bienes y derechos que fueran ocupados en el momento de la declaración del concurso.

Teniendo en cuenta lo anterior, como señala el Prof. José Antonio García-Cruces⁴, “ese sumatorio de bienes y derechos que se encuentran 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 [...]”, señala así mismo que “[...] habrá bienes y derechos que resulten ser de titularidad del concursado [...] y que, sin embargo, no estén en su poder y posesión”. Por tanto, es necesario su transformación en masa activa *de derecho* para que de manera precisa sepamos cuál es su total composición.

Y a diferencia de la acción rescisoria que recoge el Código Civil, en un procedimiento concursal basta que los actos realizados por el concursado hayan supuesto perjuicio patrimonial, sin necesidad de intención fraudulenta por su parte. Así lo recoge el artículo 71.1 de la LC cuando nos dice que “[...] serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor [...] aunque no hubiere existido intención fraudulenta”. Sin embargo, cuando no operan las presunciones del apartado segundo y tercero del art. 71, la LC contempla en el apartado 4 del mismo precepto que ha de probarse el perjuicio. Así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo⁵, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2016, en su “*Concepto de perjuicio en la acción rescisoria concursal*”. En esta Sentencia cabe destacar que “*Existirá 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*”.

A diferencia de la acción rescisoria por fraude, revocatoria o pauliana del Código Civil que comporta una doble exigencia: se debe probar que ha habido perjuicio patrimonial y fraude.

3. Véase el apartado segundo del artículo 71 de la LC.

4. Vid. GARCÍA-CRUCES, José Antonio (Dir.), “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, Edit. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2014, p. 33.

5. Sentencia nº 642/2016 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 26 de Octubre de 2016.

Hemos de añadir, por otro lado, que los actos anteriormente mencionados pueden haber derivado de diversas razones. Así destaca García-Cruces⁶ que “ante el riesgo de una situación de insolvencia, el deudor puede – y suele- llevar a cabo una huida hacia delante que agrava aún más aquel estado, con grave perjuicio de sus acreedores; puede también tratar de eludir ciertos bienes respecto de su futuro concurso o, en fin, adopta las medidas oportunas, por sí o a petición de tercero interesado, en virtud de las cuáles se favorece a unos acreedores en detrimento del resto”. Siguiendo la explicación de García-Cruces, “la constatación de esa realidad ha llevado, desde siempre, a que en toda regulación concursal se disponga de reglas y mecanismos que permitan revisar las actuaciones del concursado en esa etapa anterior a la declaración del concurso y en la que ya padecía el estado de insolvencia que luego se formalizará o en la que, al menos, vinieron a producirse ciertos desarreglos económicos que le llevaron a tal comportamiento”.

Otro elemento diferenciador de la acción rescisoria concursal frente a la rescisoria civil es el tiempo de aplicación de estas acciones impugnatorias. Como se ha mencionado ya, la LC estima que ha de tratarse de actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso. En cambio, el Código Civil establece el plazo de caducidad de 4 años para el ejercicio de la acción rescisoria civil.

Cabe destacar, asimismo, que en el procedimiento concursal no cabe el ejercicio de la acción de forma subsidiaria. El requisito de la subsidiariedad no lo contempla la LC, no lo exige. Podemos ver como la LC se refiere a este requisito de forma implícita y no directa. Precisamente el art. 71.6 de la LC nos dice que “el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor [...]”.

Así lo entiende José Carlos Espigares Huete⁷ al señalar que “no parece que, inexistente el requisito de la subsidiariedad en el ámbito concursal, pueda forzarse a los acreedores a ejercitar otra acción de impugnación [...] cuyas posibilidades de éxito sean más inciertas y que conlleven una mayor carga probatoria.”.

Por tanto, hablamos de acciones rescisorias de una naturaleza concursal especial y diferenciada. A pesar de sus similitudes con la acción rescisoria civil, son notorias las características propias que posee y le otorga la LC. Pueden ser ejercitadas de forma directa sin necesidad de pasar antes por otras acciones que recoge nuestro Código y sin la necesidad de probar que por parte del concursado ha existido fraude en la realización de sus actos. En este sentido, siguiendo con la explicación de Alcover Garau⁸, quien nos habla

6. Vid. GARCÍA-CRUCES (Dir.), “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, *cit.*, p. 35.

7. Vid. ESPIGARES HUETE, José Carlos, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, p. 33.

de “[...] una acción que está configurada con un régimen jurídico particular que tiene caracteres específicos y, por ende, tiene una naturaleza jurídica propia y diferenciada”. Se trata, pues, de una acción con autonomía propia que tiene naturaleza rescisoria, pues participa del instituto rescisorio, y es especial por las particularidades que le ha otorgado el Legislador en la Ley 22/2003, Concursal.

B) Presupuestos del ejercicio de la acción rescisoria concursal

El artículo 71.1 de la Ley Concursal dispone 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”. Del presente precepto de la LC se desprenden los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción rescisoria concursal.

El primer requisito es *la declaración del concurso*, ante la insolvencia del deudor; en segundo lugar, que se trate de *actos perjudiciales para la masa activa*, siendo irrelevante la intención fraudulenta; y el elemento temporal como tercer requisito, que estos actos hayan sido realizados por el deudor *dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración*.

Dos de los presupuesto mencionados son de carácter eminentemente formal, la declaración del concurso y el presupuesto temporal. Son dos requisitos que no plantean mayor problema, pues la Ley ha suprimido el requisito subjetivo de la intención fraudulenta. El deudor, primero, ha de ser declarado en concurso de acreedores para que, posteriormente, se pueda hacer uso de las acciones rescisorias concursales frente a los actos del deudor en caso de que haya existido perjuicio patrimonial. Igualmente, en el presupuesto temporal que se contempla en el artículo 71.1 de la LC no cabe interpretación. El tiempo que la Ley establece es muy claro, dos años inmediatamente anteriores a la declaración del concurso. No se acoge, por tanto, al plazo de caducidad de cuatro años del Código Civil.

Ahora bien, el problema que sí induce a interpretación es el requisito del perjuicio patrimonial. Es decir, mientras que en el Código Civil nos exigen que ha de probarse tanto el perjuicio patrimonial como la intención fraudulenta para el ejercicio de la acción rescisoria, en la Ley Concursal solo se exige la prueba de que los actos que ha realizado el deudor perjudican al patrimonio del concursado. Esta actuación provoca una cierta desventaja a sus acreedores, pues con ella se reducen los bienes y derechos con los que pueda responder el deudor. Como consecuencia, aumenta la inseguridad jurídica entre los acreedores.

8. Vid. ALCOVER GARAU, Guillermo, “Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal”, Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma concursal, dir. García Villaverde, R., Alonso Ureba, A., Pulgar Ezquerro, J., Dilex, Madrid 2003, pp. 325-329.

Por otro lado, a pesar de que no debemos probar que mediante estos actos ha habido intención fraudulenta, sí es necesaria la prueba del perjuicio patrimonial. Aquí es donde se presenta la dificultad para que quien esté legitimado pueda ejercitar la acción rescisoria concursal en su búsqueda del incremento de la masa activa. Pues, si no se demuestra, no se podrá poner en marcha su ejercicio.

En esta línea se sitúa Espigares Huete⁹ cuando señala que “Ha de tratarse de *actos perjudiciales para la masa activa*. Y aquí reside la esencia y el verdadero carácter del nuevo régimen de reintegración. La complejidad se presenta en grado extremo. A ello contribuye la inexistencia de un concepto de este particular perjuicio en la normativa. Estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado”.

Cabe destacar que, como veremos, existen determinados supuestos en los que la propia Ley Concursal presume que ha habido perjuicio para la masa activa¹⁰. Sin embargo, en los supuestos en los que no se contemplan estas presunciones será cuando tendremos que probar el perjuicio, que en muchas ocasiones no resulta fácil. Esto es así, en gran parte, debido a que no existe un concepto que defina qué ha de entenderse por perjuicio patrimonial. Para ello, nuestra jurisprudencia intenta en numerosas ocasiones delimitar su concepto. Recordemos la Sentencia antes citada: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2016. En ella, el Tribunal efectúa una definición de lo que ha de entenderse por perjuicio patrimonial, puesto que en nuestro ordenamiento no existe una definición exacta de este concepto. Continuando con lo que se recoge en la Sentencia, nos dice la misma que “*La jurisprudencia, pues, concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado [...]. Fuera de los supuestos regulados en el apartado 2 del art. 71 LC, en los que se presume iuris et de iure el perjuicio (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), 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*”. Por tanto, existen determinados criterios a tener en cuenta para que podamos hablar de perjuicio patrimonial.

Son tres los presupuestos que la Ley contempla. Y es que, sólo una vez declarado el concurso es cuando entran en juego estas acciones para poder rescindir aquellos actos que se consideren perjudiciales. Para lo cual no se exige fraude por parte del concursado. Pues, es una acción rescisoria especial.

9. Vid. ESPIGARES HUETE, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, p. 47.

10. Véase el artículo 71.3 de la LC, sobre las presunciones *iuris tantum* que establece la Ley para determinados actos.

1. La declaración de concurso

Tal y como establece el artículo 71.1 de la Ley Concursal, el primer requisito que ha de cumplirse para poder ejercitar la acción rescisoria concursal en un procedimiento concursal es la previa declaración del concurso. Lógicamente, para el ejercicio de la reintegración concursal previamente el Juez competente debe haber declarado al deudor en concurso de acreedores.

Es decir, como consecuencia el artículo 71.1 de la Ley el sistema de reintegración concursal queda supeditado, en primer lugar, a la declaración de concurso. Ya sea este un concurso voluntario o necesario, para iniciar las actuaciones pertinentes para la reintegración de bienes y derechos del deudor, el Juez competente debe dictar auto de declaración de concurso¹¹. Cabe señalar, en este sentido, la explicación que García-Cruces¹² nos aporta cuando dice que “[...] no puede admitirse la pretensión de reintegración antes de la declaración de concurso, bien porque siendo voluntario se encuentre a solicitud en trámite de subsanación o de no admisión y pendiente de reposición, bien porque se haya planteado a solicitud de acreedor el concurso necesario y se encuentre el proceso pendiente de asegurar el conocimiento del afectado, y de resolver la eventual oposición que pueda plantear”.

Por otro lado, señala que “La insolvencia debe acreditarse para facilitar la declaración de concurso, y a partir de aquella, queda expedito el sistema de reintegración [...], sin exigirse demostración del sistema de insolvencia del concursado, sino perjuicio a la masa activa [...]”.

Mencionar, asimismo, que la Ley no exige que el auto dictado por el Juez del concurso deba ser firme. Se entiende, además, sin perjuicio de que el mismo podrá suspender de forma motivada las actuaciones que estime oportunas y entre ellas las acciones de reintegración.

Por tanto, para que pueda ejecutarse una acción rescisoria concursal ha de tratarse de hechos realizados con anterioridad a la declaración del auto. En esta línea se sitúa Espigares Huete¹³, “Se comprende entonces la importancia de cualquier actuación, del deudor (y/o de sus acreedores), previa a esta declaración”. En su explicación destaca la importancia que debe darse en este ámbito rescisorio a los acuerdos de refinanciación, pero también a cualquier otra actuación que pueda incidir a una acción de reintegración posterior.

11. El auto de declaración de concurso se encuentra regulado en el artículo 21 de la LC.

12. Vid. GARCÍA-CRUCES, “La reintegración en el concurso de acreedores”, *cit.* pp. 84-85.

13. Vid. ESPIGARES-HUETE, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, p. 48

No obstante, señala Josefina-Coromoto Huelmo Regueiro¹⁴ que, “[...] las Audiencias Provinciales de Lleida y Burgos han dictado sendas sentencias en las que defienden la posibilidad de ejercitar la acción de rescisión concursal para rescindir actos realizados después de la declaración de concurso. [...] Estos dos tribunales alegan que el tenor literal del artículo 71 de la LEC no impide el ejercicio de la acción rescisoria concursal para rescindir actos realizados con posterioridad a la declaración del concurso”¹⁵. En contraposición a esto, señala igualmente que “Al igual que una mayoría de la doctrina, estamos en total desacuerdo con esta posición. La acción rescisoria concursal regulada en el artículo 71.1 de la LC tiene como finalidad rescindir los actos realizados durante el llamado periodo sospechoso inmediatamente anterior a la declaración de concurso, período que la LC ha fijado en dos años, y la literalidad del artículo no deja lugar a duda, su objeto son los actos realizados *“dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso”*”.

Dicho esto, una vez se haya declarado el concurso, podremos rescindir aquellos actos que el deudor haya realizado en los dos años antes a la declaración. Asimismo, estos actos han de resultar siempre perjudiciales para el patrimonio del deudor. Por tanto, no cabe hablar de actos posteriores, sino que han de ser efectuados en dicho periodo concursal.

2. El perjuicio patrimonial

Como se indica con anterioridad, el perjuicio patrimonial es un presupuesto que contempla el art. 71.1 de la LC para el ejercicio de la acción rescisoria concursal que viene a decir 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”. Sin embargo, cabe añadir que lo que la Ley Concursal no contempla es el concepto del mismo. Estamos, por tanto, ante un concepto jurídico indeterminado.

Para comprender qué se entiende por *perjuicio patrimonial* nos situamos en la vía jurisprudencial. Los Tribunales españoles nos aproximan a su definición. La Sentencia del Tribunal Supremo número 629/2012, de 26 de octubre¹⁶, declaró que: *“El perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que 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”*.

14. Vid. “La acción rescisoria concursal”, Tesis doctoral, Josefina-Coromoto Huelmo Regueiro, (Dir.) Cristina Riba Trepas, 2015, Cap. I, pp. 122-123.

15. SAP de Lleida, de 14 de febrero de 2013, Sentencia 74/2013.

16. Sentencia nº629/2012 de TS, Sala 1a, de lo Civil, 26 de Octubre de 2012.

Añade la Sentencia del TS número 487/2013, de 10 de Julio de 2013¹⁷ 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 sobrepasado el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, [...] o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. [...] también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado*”.

Es, sin duda, el presupuesto en el que se fundamenta mayoritariamente el sistema de reintegración concursal. Pues a pesar de que estemos ante actos realizados por el deudor en los dos años antes a la declaración de concurso, no es éste un requisito contundente para que pueda llevarse a cabo la acción rescisoria. Como veremos, aunque se trate de actos realizados dentro de dicho período, sólo tendrá lugar la ejecución de la acción si los mismos han supuesto un perjuicio patrimonial para la masa activa.

En este sentido dispone Juan Antonio Fernández Campos¹⁸ que “[...] en el sistema de reintegración de la masa de la nueva LC, el perjuicio es el fundamento de la acción rescisoria (art. 71.1 LC). Se ha convertido en el requisito principal, cuya regla general es que será la administración concursal (o en su caso, los legitimados subsidiarios: art. 72 LC) los que deberán probarlo [...]”.

Así pues, el perjuicio patrimonial ha de ser probado. No obstante, como se predica de la Ley Concursal, lo que no es necesario probar es el *consilium fraudis*. El propósito de fraude en un procedimiento concursal no se exige. Es, por tanto, una característica que hace a la rescisión concursal diferente. Se extrae así de un fragmento de la STS 629/2012, de 26 de octubre¹⁹, en la que expone: “*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*”.

17. Sentencia nº 487/2013 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 10 de Julio de 2013.

18. Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “Reintegración del patrimonio del concursado”, *Revista de Anales de Derecho Concursal, Universidad de Murcia*, nº 25, 2007, pp. 13-43.

19. Sentencia nº 629/2012 de TS, Sala 1a, de lo Civil, 26 de Octubre de 2012.

Se advierte, igualmente, que el perjuicio pauliano del CC tiene en común con el perjuicio concursal la lesión patrimonial que ambos generan sobre el derecho de crédito de los acreedores. Esta lesión es fruto de los actos del deudor que traen consigo un sacrificio patrimonial injustificado. Así lo contempla dicha STS, *“El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito [...] 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”*. Declara, asimismo, que no es equiparable el perjuicio para la masa activa con la alteración de la igualdad de condiciones de los acreedores. Su equiparación nos llevaría a extender de manera excesiva la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial que haya realizado el deudor en los dos años antes a la declaración de concurso. Ni puede tampoco buscarse en estos actos la intención que escondía el concursado en el momento de su actuación. Pues, podrán haberse ejercitado de buena o de mala fe por parte del deudor, pero no es esta la finalidad de la acción rescisoria concursal. El elemento subjetivo no se exige por la Ley, ya que no es éste necesario para que los actos del concursado sean susceptibles de rescisión.

Sin embargo, la buena o mala fe ha sido objeto de mención en nuestros Tribunales, en Sentencias tales como la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 28 de marzo de 2012²⁰. De la misma cabe destacar: *“La irrelevancia de la mala fe en la reintegración concursal. [...] es lo cierto 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 [...]. Dicho de otra forma, los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, 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”*.

Lo que sí cabe señalar es la mención que hace la Ley respecto de la mala fe en su artículo 73.2, en su último inciso: *“[...] si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa”*. Pero del mismo no se extrae que la mala fe sea requisito necesario para la actuación del acto rescisorio, sino una consecuencia añadida de apreciarse mala fe. Por tanto, su aproximación al concepto de perjuicio patrimonial y su deslinde de la acción rescisoria general nos conduce a las presunciones que establece la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en su artículo 71.

20. STS 185/2012, Sala 1a, de 28 de marzo, de 2012.

Partimos de la base de las presunciones del artículo 71.2 de la Ley²¹. Este precepto nos dice que estamos ante supuestos en los que la Ley presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario. Cuando hablamos de actos del deudor, ha de entenderse referidos a aquellos que la Ley considera como tales. Es decir, estaremos ante un acto que se presume perjudicial cuando el concursado haya realizado cualquier tipo de disposición a título gratuito, de pagos o de extinción de obligaciones cuyo vencimiento debe ser posterior a la declaración del concurso. Entiende el Magistrado Jacinto José Pérez Benítez²² que el acto impugnatorio “Debe afectar al patrimonio del deudor, bien disminuyéndolo directamente, bien impidiendo que aumente de valor [...]. Normalmente se tratará de un acto de disposición, pero no es difícil pensar en actos de administración también perjudiciales (como la constitución de una fianza [...]). Declara, asimismo, que “[...] tan perjudicial es un acto que minorra la masa activa, como los que arbitrariamente alteran el trato de los acreedores integrados en la masa pasiva, discriminándoles injustificadamente”.

Como se deriva de la ya mencionada STS, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012²³, *“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”*.

Los actos que se presumen son los enumerados en la Ley. Pero no basta con estar ante estos supuestos, pues como hemos visto, se debe probar el perjuicio patrimonial para poder impugnar dichos actos. Es importante que quede acreditado, dado que es lo que nos permitirá evitar una posible lesión en el orden legal de pagos.

Respecto a la prueba del perjuicio, de la redacción del Juzgado de lo Mercantil de Madrid en la Sentencia, de 26 diciembre de 2014²⁴, se entiende que *“Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial”*. Por un lado, las presunciones *iuris et de iure*, que no admiten prueba en contrario; por otro, las presunciones *iuris tantum*, que se fundamentan en la inexistencia de contraprestación- como es el caso de los actos a título gratuito, pues aun existiendo acreedores no está justificado que se realicen actos de liberalidad.

21. Art. 71.2 de la LC: “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 las obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente”.

Añade la Sentencia que *“El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC)”*.

El artículo 71. 3 de la Ley recoge los actos que se presumen perjudiciales para la masa activa, salvo que pueda probarse lo contrario. Dichos actos son: *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 aquellas – que serán objeto de estudio-; los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*. Por su lado, el apartado cuarto de este mismo precepto añade que para los casos que no se engloben dentro del apartado segundo y tercero, quien ejercite la acción rescisoria es quien debe probar el perjuicio.

Cuando en el concurso la administración concursal, o subsidiariamente los acreedores concursales, instan la impugnación de alguno de estos supuestos por considerarse perjudiciales, no basta con que el concursado los haya realizado. Es decir, aun tratándose de estos supuestos, para poder ejercitar la acción rescisoria, el acto también tiene que haber perjudicado a la masa activa del deudor con la que se pretendía hacer frente a los pagos de los acreedores.

En este sentido, cabe destacar la explicación de GARCÍA-CRUCES²⁵. Entiende lo siguiente: *“Establecida en general la obligación de quien ejercita la acción de reintegración de demostrar el perjuicio, los apartados 2 y 3 del art. 71 han dispuesto un conjunto de presunciones que facilitan tal demostración. Si concurren los hechos que describen, la presunción opera, aunque en el segundo de los casos puede combatirse demostrando, a su vez, que pese a que los mismos se han presentado, no hubo perjuicio. En cambio si se demuestra la realización de los actos que justifican la presunción absoluta, la imposibilidad de que se pruebe lo contrario, o mejor, de que aún probado no surta efecto alguno, determina el éxito de la acción de reintegración”*. Añade, seguidamente, que *“[...] podría representarse injusto que demostrado que no hubo perjuicio, no obstante la ley lo presuma”*.

22. D. Jacinto José Pérez Benítez, “El perjuicio patrimonial y la posibilidad de rescisión independiente de las garantías en el concurso”, artículo publicado en el boletín “Derecho Mercantil”, el 1 de septiembre de 2012. En http://www.elderecho.com/mercantil/patrimonial-posibilidad-rescision-independiente-garantias_11_455680005.html

Por tanto, García-Cruces está haciendo una distinción entre las presunciones absolutas y relativas y los efectos que provocarían de demostrarse el perjuicio. Las presunciones absolutas y relativas a las que nos referimos se encuentran enunciadas en el artículo 71.2 y 71.3, respectivamente. Respecto de las presunciones, el artículo 385 de la LEC recoge lo relativo a las presunciones legales. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

Las presunciones legales podrán ser de dos tipos. En primer lugar, las presunciones establecidas por la ley que admitan la prueba en contrario. La regla general es que las presunciones sean *iuris tantum*, de modo que el hecho presunto se fija en el caso de que se acredite el hecho base y no se ofrezca prueba que sea contraria a la certeza del hecho presunto. Cuando la ley establezca una presunción *salvo prueba en contrario* se debe probar, bien que no existe el hecho presunto o bien que no existe unión entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción. Y en segundo lugar, las presunciones que *no admiten prueba en contrario*. A ellas se refiere el legislador cuando el artículo 385.3 de la LEC contempla que las presunciones establecidas por la ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba.

A este apartado de la LEC se ha acogido la Ley Concursal, excluyendo la eficacia de la prueba que desmienta el perjuicio patrimonial. Así lo explica García-Cruces, a lo que añade que “La norma ordena al juez declarar la existencia del perjuicio patrimonial, desencadenando las consecuencias que dispone el art. 73 LC, incluso si la prueba practicada le conduce a la convicción, en este caso irrelevante, de que no hubo tal perjuicio. [...] la existencia de figuras que pueden calificarse como gratuitas u onerosas [...], para el caso de que no se aprecie la presunción absoluta, acudiendo subsidiariamente a la que admite prueba en contrario o, en definitiva, a la acreditación misma del perjuicio si no pueden aplicarse los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, impiden ser restrictivos en la admisión de la prueba”.

Esto es, si se acredita con la prueba que se realizó tales actos en los que la norma sostiene la presunción, podrá declararse ineficaz el acto y así acudir a la reintegración de aquellos bienes que salieron indebidamente del patrimonio del deudor.

23. Sentencia nº629/2012 de TS, Sala 1a, de lo Civil, 26 de Octubre de 2012.

24. Juzgado de lo Mercantil de Madrid Sentencia núm. 296/2014 de 26 diciembre.

25. Vid. GARCÍA-CRUCES, “La reintegración en el concurso de acreedores”, *cit.*, p. 94-96.

Por otro lado, cabe mencionar el apartado quinto del artículo 71 de la Ley, en el cual nos dice qué actos no podrán ser objeto de rescisión. Este precepto introduce otra previsión de la Ley respecto de los actos del deudor. Hablamos de aquellos actos que la ley establece como actos que no son susceptibles de rescisión. El mismo nos dice que “En ningún caso podrán ser objeto de rescisión: los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales; 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 FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica”.

En este supuesto la Ley es muy clara. No cabe interpretación del mismo, pues de la literalidad del precepto se desprende la voluntad del Legislador. Por tanto, cuando se trate de cualquiera de estos actos, no operará la acción rescisoria concursal. Y ello nos lleva a afirmar que ante ninguno de estos casos ha de probarse perjuicio patrimonial, dado que no existe presunción. Espigares Huete²⁶ se refiere a ellos cuando establece que “El primero de los supuestos de exclusión constituye con creces el que origina mayores dudas interpretativas y el que, en consecuencia, podría plantear mayores problemas en su aplicación. El sentir de los tribunales es fundamental en orden a la exacta delimitación de esta exclusión. Los otros dos supuestos, por su remisión objetiva a una normativa específica, están en disposición de ser menos controvertidos.”

Por tanto, de lo expuesto se entiende que existen supuestos en los que la Ley presume el perjuicio para el patrimonio. Actos delimitados por el legislador, pero no siempre es de fácil interpretación. Es por ello que hemos de estar caso por caso, ya que no podemos considerar que cada uno de ellos se hizo con la finalidad de perjudicar al patrimonio. En todo caso, ha de quedar acreditado que detrás de las actuaciones que fueron realizadas por el concursado existía ya el perjuicio. Esto es, el perjuicio patrimonial debió existir en el momento de realización del acto. Es lógico, por tanto, considerar que serán rescindibles sólo aquellos actos que en su momento fueron acordados y efectuados buscando una disminución indebida de la masa del deudor. Lo que trae consigo un incremento del pasivo. Y siempre teniendo en consideración el período de sospecha como elemento delimitador para que la impugnación de los mismos sea un éxito. Tiene lugar, así, a la reintegración concursal. Excluyendo, asimismo, determinados actos no considerados rescindibles ni perjudiciales. El perjuicio finalmente se considera, también, un perjuicio para los acreedores.

26. ESPIGARES HUETE, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, p. 166.

3. El período sospechoso

Otro requisito que contempla la Ley Concursal para el ejercicio de la acción rescisoria concursal es el presupuesto temporal. Los actos del deudor, además de ser perjudiciales para la masa activa, deben haberse realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. Al amparo del artículo 71.1 de la LC, como presupuesto imprescindible para la impugnación, serán rescindibles los actos que hayan sido realizados por el deudor *dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración* del concurso. Hablamos del *período sospechoso*, pues será dentro de este contexto temporal cuando los actos del deudor se presuman perjudiciales para la masa activa. De esta forma, se abandona el sistema que regía en la quiebra, según el cual el Juez fijaba la fecha de la retroacción.

Por tanto, esto nos lleva a considerar cuando exactamente ha de comenzar a contar el plazo de dos años que establece la Ley. La LC, en su precepto 71, nos dice que será *desde la fecha de la declaración* del concurso. Es importante su delimitación en el tiempo, pues supone que únicamente podrán ser atacados aquellos actos realizados dentro de este periodo. Por tanto, en este sentido nos explica Fernando Díaz Vales²⁷ que “El *dies a quo* para el cómputo retroactivo de los dos años es el de declaración del concurso, en concreto la fecha del auto de declaración del concurso (art. 21 LC) con independencia de la fecha en que gane firmeza, no el de su solicitud, ni el de su publicación. Ello puede dar lugar a maniobras dilatorias del deudor, a fin de evitar que el acto impugnado se incluya dentro del período [...]”.

En efecto, no es necesario que el auto de declaración haya adquirido firmeza para el computo de los dos años. De no ser así retrasaría en el tiempo el inicio de este período quedando determinados actos del deudor fuera del ámbito de aplicación de la acción rescisoria concursal.

Respecto de la fecha de declaración de concurso, viene a decir Espigares Huete²⁸: “Otros autores han defendido convertir la fecha de la declaración de concurso [...] en la fecha en que se solicitó la declaración. [...] La anticipación de la fecha de inicio del cómputo de dos años a la fecha de la solicitud de la declaración de concurso comporta... ampliar potencialmente el número de actos del deudor susceptibles de impugnación por la vía de la acción rescisoria concursal. [...] Se ha argumentado, igualmente, que la fecha de la solicitud es preferible porque se evitaría que el deudor intentase alargar el procedimiento de declaración necesario con la finalidad de salvar determinados actos realizados en el límite de 27. Vid. DÍAZ VALES, Fernando, “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III* (2010), pág. 296.

28. Vid. ESPIGARES HUETE, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, p. 76.

los dos años”. El autor se muestra en contra de esta línea de argumentación, pues aclara: “Una propuesta así no puede entenderse si no le es de *Lege frenda*. [...] Realmente los márgenes de manipulación son escasos, dada la brevedad de los plazos del procedimiento de declaración y la situación rocambolesca que debería darse, al tratarse de actos realizados en el entorno de los dos años previos”.

De la misma opinión resulta el autor Aznar Giner²⁹, al considerar que “El *dies a quo* para tal cómputo será el día en que se dicte el auto de declaración de concurso, aun cuando el mismo no sea firme, siendo indiferente quien lo solicite, así como la duración del proceso de declaración, la fecha de solicitud, o cualquier otra fecha. O la situación o no de insolvencia del deudor en el momento de realización del acto”. Destaca, asimismo, en referencia a la constitución de garantías reales que: “En este sentido, refiriéndonos a los derechos de garantías, si la misma se constituye antes del periodo sospechoso, no serán atacables las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de dichas garantía ni las adjudicaciones derivadas de aquellas, aunque se hubieren realizado dentro de ese periodo de dos años”.

En alusión a dicho plazo, la doctrina ha destacado el uso fraudulento que puede realizar el deudor del mismo. Aznar Giner señala que este plazo de dos años que se contempla en la LC es lo suficientemente amplio para considerar bastante improbable la realización o la ejecución de actuaciones fraudulentas o perjudiciales para la masa por parte del **deudor**. Continúa añadiendo que “Los plazos no son lo suficientemente significativos temporalmente, para considerar que pueden ser objeto de utilización torcitera por el deudor a efectos de buscar la no rescindibilidad de determinados actos. Parece como dijimos, un riesgo más teórico que real”. Y todo ello teniendo en consideración, asimismo, la posibilidad de impugnación mediante otras acciones que la Ley prevé en el artículo 71.6, pues las mismas están sujetas a otros plazos.

Por último destacamos lo dicho por Fernando Díaz Vales³⁰: “la prueba de la realización del acto dentro del período “sospechoso” se presenta fácil cuando se halla plasmado en un documento. Por el contrario, en el resto de casos (ej. donación de bienes muebles) aparece sin duda más difícil. Más dudosa se presenta la cuestión relativa al momento temporal relevante para establecer el perjuicio, si bien es preferible considerar que el perjuicio ha de

29. Vid. AZNAR GINER, Eduardo, “La acción rescisoria concursal”, Artículo publicado en la Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, 2007, n. 23, págs. 37 a 106.

30. Vid. DÍAZ VALES, “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, cit., p. 295.

producirse en el momento de realización del acto (p. ej. en el caso de las garantías cuando se prestan como tal, y si requieren de inscripción registral, desde que ésta se produce), y no en el de apertura del concurso, debiendo prescindirse así de las vicisitudes ulteriores (p. ej. plusvalía o minusvalía del bien objeto del acto)”.

Debemos advertir, como se explica, que el perjuicio ha de haberse realizado en el momento en que se lleva a cabo la actuación del deudor. Es decir, el acto debe tener lugar dentro de esos dos años que dicta la Ley y presumirse en dicho momento el perjuicio patrimonial.

C) Personas legitimadas para el ejercicio de la acción

Conforme al artículo 10 de la LEC, *“Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”*. Así ocurre pues en la acción rescisoria concursal. La legitimación activa principal se otorga a la administración concursal, sin perjuicio de su atribución subsidiaria a los acreedores concursales en determinados casos.

La legitimación para el ejercicio de cualquier acción de reintegración, ya sea la acción rescisoria concursal o cualquier otra acción de impugnación de actos del deudor que preceda conforme a Derecho, deberá ajustarse a lo dispuesto en el art. 72 LC. Y esto teniendo en cuenta la remisión expresa del art. 71.6 LC al establecer que estas acciones podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento del art. 72 LC. Estas demandas se tramitarán, por lo tanto, por el cauce del incidente concursal³¹.

La legitimación y el procedimiento para la acción rescisoria viene regulado en el art. 72.1: *“La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal”*.

Por tanto, la legitimación activa principal no corresponde al concursado, sino a la administración concursal. Y ello al amparo de lo previsto en el artículo 10.1 de la LEC, dado que la propia Ley permite que pueda atribuirse la legitimación a personas distintas del titular. Josefina-Coromoto³² considera que *“La administración concursal, pese a no ser propiamente la titular del derecho, es la encargada de preservar la masa activa como medio para conseguir el mayor pago posible de los créditos, velando por los intereses del conjunto de los acreedores, no de cada uno de ellos individualmente, de ahí que la ley se refiera principal y mayoritariamente a los intereses de la masa activa, y no de los acreedores”*.

31. Vid. ESPIGARES HUETE, *“La acción rescisoria concursal”*, *cit.*, p.199.

32. Vid. Josefina-Coromoto Huelmo Regueiro, *“La acción rescisoria concursal”*, *cit.*, p. 264.

Sin embargo, la legitimación que se otorga a la Administración concursal podrá verse afectada por la legitimación subsidiaria que la ley contempla para los acreedores. Se aporta, así, mayor seguridad jurídica en beneficio de los intereses de los mismos. La autora, en este sentido, indica que “Esta limitación de la legitimación principal sólo a la administración concursal no afecta, ni a los derechos de defensa de los créditos de cada uno de los acreedores individuales, ni a la seguridad jurídica. En primer lugar porque [...] se complementa con una legitimación subsidiaria que corresponde a los acreedores cuando, después de ser requerida en las condiciones fijadas en la LC, la administración concursal haya decidido no ejercitar la acción. En segundo lugar, [...], porque la administración concursal deberá responder frente al deudor concursado y sus acreedores en caso de no haber ejercitado una acción rescisoria cuando ésta fuera necesaria para la correcta composición de la masa activa del concurso, o cuando la hubieran ejercitado indebidamente causando con ello un perjuicio a la masa”.

Por otro lado, solo cabe interponer la demanda rescisoria concursal cuando la administración haya presentado al Juez el informe. Dicho informe deberá presentarse conforme a los requisitos que para aquel establece la Ley en su artículo 75; añadiendo al inventario una *relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa (art. 82.4 LC)*³³.

Corresponde, por tanto, la decisión de ejercitar la acción rescisoria a la administración. La administración será nombrada por el Juez del concurso, pudiendo la misma estar integrada por un órgano colegiado o por un órgano unipersonal. En cuanto a la composición unipersonal, la adopción de la decisión de interponer demanda rescisoria no trae mayores inconvenientes. Caso distinto es cuando se trate de un órgano colegiado. Como indica el autor Espigares Huete, en caso de composición plural del órgano, el ejercicio de las acciones de reintegración se decidirá por mayoría, debiendo consignarse en acta el acuerdo. En cuanto a sus competencias, el juez, de oficio o a instancia de la administración, podrá atribuir a alguno de sus miembros competencias específicas (art. 35.2 LC).

La decisión deberá ser acordada teniendo en cuenta siempre la viabilidad, los riesgos, los costes y las posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales que trae consigo la interposición de la demanda incidental.

En cuanto a la legitimación subsidiaria por los acreedores concursales, la Ley contempla su intervención. Los mismos deben actuar asistidos de letrado y representados por procurador.

33. Vid. ESPIGARES HUETE, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, p.202.

La ley establece esta posibilidad para una mayor seguridad jurídica en representación de los intereses de los acreedores. En este sentido viene a decir el art. 72.1 de la LC que “[...] Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento [...]”. Por tanto, los acreedores legitimados a los que se refiere la Ley son sólo aquellos acreedores reconocidos en el concurso. Se dirige a aquellos que han sido incorporados por la administración concursal en la lista de acreedores, debiendo constar en el informe de la administración concursal (art. 75.2.2º LC).

Aznar Giner³⁴ viene a decir, en este supuesto, que “Es una medida no sólo tendente a facilitar el reintegro de la masa activa facilitando el ejercicio por los acreedores de la acción rescisoria, sino que también le confiere al acreedor el poder de decisión respecto al ejercicio de la acción rescisoria. No obstante, el carácter subsidiario de la legitimación de los acreedores, es indudable: solo podrán ejercitar la acción rescisoria si no lo hace la Administración concursal, bien sea por la falta de iniciativa, bien sea, directamente, por negarse a ello”.

Como se aprecia de lo contenido en el art. 72.1, la actuación de los acreedores queda supeditada a un requerimiento previo a la administración concursal. Y ello siempre que la misma en el plazo de los dos meses siguientes al requerimiento no haya llevado a cabo la rescisión del acto que los acreedores pretender rescindir. De este modo, vemos que la legitimación que se reconoce a los acreedores se fundamenta en dos requisitos.

A los mismos se refiere Josefina-Coromoto³⁵ al señalar que “Los requisitos necesarios para que nazca esta legitimación subsidiaria son dos, uno formal y otro temporal: un requerimiento previo a la administración concursal y el transcurso de dos meses. En primer lugar, el acreedor debe requerir por escrito [...] a la administración concursal, en tanto que legitimada principal, que ejercite la acción rescisoria. El requerimiento debe indicar de manera clara y precisa el acto concreto a rescindir y el fundamento jurídico de dicha rescisión.

Si en los dos meses siguientes al requerimiento, contados de fecha a fecha, la administración concursal no ejercitase la acción solicitada por el acreedor, éste quedará legitimado para ejercitarla él mismo”. En cuanto a lo que a los acreedores se refiere, la Ley otorga el reconocimiento de esta legitimación subsidiaria sólo a aquellos que lo hayan instado por escrito.

34. Vid. AZNAR GINER, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, págs. 37 a 106.

35. Vid. Josefina-Coromoto Huelmo Regueiro, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, p. 272.

Por otro lado, en cuanto al plazo de los dos meses, una vez transcurrido este periodo de tiempo si la administración no ha interpuesto la demanda en su nombre, nace la legitimación del acreedor requirente para hacerlo él. Cabe destacar, asimismo, lo expuesto por la autora respecto del plazo³⁶: “Sin embargo, la doctrina mayoritaria defiende que, aún cuando hayan transcurrido más de dos meses, la administración concursal podrá interponer la demanda si antes no lo ha hecho el acreedor requirente. En este caso, si posteriormente el acreedor interpusiera la demanda incidental la concurrencia de la excepción procesal de litispendencia permitiría dictar, inmediatamente después de su admisión, un auto de sobreseimiento de conformidad con lo establecido en el art. 421 LEC. Ello resulta congruente con la finalidad de la legitimación subsidiaria concedida al acreedor únicamente en caso de inactividad de la administración concursal, por lo que interpuesta la demanda por la administración concursal ya no puede hacerlo el legitimado subsidiario”.

Por último, como indica la Josefina-Coromoto³⁷, en ningún caso se concede legitimación subsidiaria al concursado para interponer la demanda, o para presentar recurso de apelación contra su desestimación. La jurisprudencia rechazada esta posibilidad de manera rotunda.

D) Efectos de la acción rescisoria concursal

Bajo la rúbrica “*Efectos de la rescisión*”, el artículo 73. 1 de la Ley nos dice 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”.

En contraposición a lo contemplado por nuestro Código Civil en su artículo 1295, que establece de forma general los efectos de la rescisión. El mismo viene a decir que “La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado”. Nos apartamos de la regla general, pues los efectos de la rescisión de naturaleza concursal los regula la propia Ley concursal. Debemos apuntar, además, que la Ley establece un procedimiento de ejecución colectivo.

El efecto más próximo que se busca con el ejercicio de la acción rescisoria concursal es traer a la masa activa aquellos bienes que salieron indebidamente de la misma. En consecuencia, con la finalidad de satisfacer un mayor grado de intereses en beneficio de los acreedores del concurso.

36. Vid. Josefina-Coromoto Huelmo Regueiro, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, p. 274.

37. Vid. Josefina-Coromoto Huelmo Regueiro, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, p. 276.

En primer lugar, el precepto viene decir que si la sentencia se estima se declarará la impugnación del acto. Entendemos que se declara su ineficacia y se tiene por no realizado. Pero, en cuanto a la validez o nulidad del mismo nada nos dice la Ley. Por su parte, Fernando Curiel Lorente³⁸ señala que “De acuerdo con lo dispuesto en el art. 73 LC, la sentencia se limita a declarar la ineficacia del acto impugnado, eludiendo de toda declaración sobre la validez o nulidad del mismo. La LC da acogida así a la opinión unánime de la doctrina sobre el carácter rescisorio de la acción de impugnación, en virtud del cual se impone a un acto, estructural y formalmente válido, una ineficacia, sobrevenida y funcional, en atención a los intereses de la masa pasiva del concurso. [...] Entendiendo, no obstante, que la validez del acto impugnado no es un requisito para el ejercicio de la acción, de modo que también podría interponerse cuando el acto adoleciese de vicio o defecto que lo invalide. [...] Sería más apropiado afirmar, por tanto, que mediante la acción de reintegración se pretende la declaración de ineficacia de un acto por ser perjudicial para la masa activa, aun cuando sea estructuralmente válido”.

Continúa el precepto diciendo que la sentencia “condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses”. Como se aprecia, el efecto que se pretende alcanzar con la rescisión será restituir en el patrimonio del deudor aquellas prestaciones económicas que dejaron de percibir como consecuencia de la realización de las actuaciones perjudiciales que el deudor llevo a efecto. Por tanto, el legislador busca que el patrimonio en concurso vuelva a la situación en la que anteriormente se encontraba. Esto es, volver a la situación económica que tenía la masa activa antes de la eficacia de dichas actuaciones. Es decir, la operación de la rescisión opera “ex nunc” y no “ex tunc”. La impugnación del acto se limita a hacer volver el patrimonio del concursado a su estado anterior, sin que ello signifique que deba rescindirse los negocios derivados del acto que se rescinde.

Así, siguiendo la explicación del autor³⁹, el mismo nos advierte que “[...] al no perder el negocio rescindido su condición de válido, la rescisión se limita a hacer volver las cosas al estado que tenían con anterioridad al acto impugnado sólo en el aspecto económico, no en el jurídico y, por ello, no conlleva necesariamente la ineficacia de los negocios que derivan del contrato rescindido”.

Y respecto de los frutos e intereses a los que el artículo 73 hace referencia, se pretende compensar todos los daños y perjuicios que derivan del sacrificio patrimonial y de ese enriquecimiento injusto. En este sentido, continúa el autor “No es óbice a esta afirmación el

38. Vid. CURIEL LORENTE, Fernando, “La reintegración en el concurso de acreedores”, Edit. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2014, García-Cruces (Dir.), p. 215.

que la restitución comprenda los frutos y los intereses producidos desde la celebración del negocio que se rescinde, pues con ello, más que borrar los efectos producidos por dicho negocio antes de la sentencia de rescisión, se pretende hacer efectiva la restitución del sacrificio patrimonial derivado de aquel negocio, compensando todos los daños y perjuicios ocasionados por el mismo”.

En su apartado segundo, el precepto viene a decir que en el caso de no poder reintegrarse al patrimonio los bienes y derechos salientes por pertenecer los mismos a un tercero no demandado o que hubiera actuado de buena fe, se precederá a condenar a aquel que fue parte del acto rescindido a entregar el valor de ese bien o derecho que haya tenido en el momento de su salida del patrimonio. No obstante, se le condena asimismo a restituir su valor con los intereses legales que se especifiquen conforme a derecho.

Por otro lado, viene a decir que si la sentencia rescisoria apreciare mala fe en quien celebró el contrato con el concursado, será condenado a una indemnización por todos los daños y perjuicios derivados del contrato. Todo ello, en busca del interés colectivo para el concurso. Sin que la buena o la mala fe sea requisito necesario para su restitución, sino que su apreciación se realiza como consecuencia de una posible condena económica en beneficio del patrimonio.

Por último, el artículo 73. 3 de la LC nos dice que “El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado”. Este apartado del precepto trae a colación la clasificación de los créditos que resultan de estas actuaciones. Resalta en este supuesto la reciprocidad de las restituciones. Por tanto, la reintegración queda condicionada a la recíproca y simultánea devolución de la prestación recibida por el concursado.

Y, por excepción, no se exige la reciprocidad cuando se aprecie mala fe en el demandado condenado a la reintegración. Por lo que, la prestación que en su día recibió se reintegrará a la masa activa del concursado. Lo que debiera percibir del mismo constituirá un nuevo crédito que será calificado como de subordinado; esta calificación procederá en todo caso respecto de la prestación que la contraparte deba recibir como consecuencia de la rescisión³⁹.

39. Vid. CURIEL LORENTE, Fernando, “La reintegración en el concurso de acreedores”, *cit.*, p. 216.

Cabe destacar en relación a las garantías reales los efectos que conlleva. Como indica Rafael Sebastián Quetglas⁴⁰: “El efecto de la rescisión en las garantías no tiene otra consecuencia que la extinción de estas, sin que haya que devolver al deudor ninguna prestación, salvo que excepcionalmente este hubiera recibido alguna contraprestación por el otorgamiento de la garantía. La masa activa resulta beneficiada ya que se elimina una de las cargas que pesaba sobre ella con lo que los acreedores se ven beneficiados. No es suficiente que la concesión de la garantía haya sido otorgada en contraprestación a una modificación del crédito original [...] que resultase más beneficiosa para el deudor concursado. En estas condiciones la rescisión supondrá la ineficacia de la garantía y la devolución del crédito a sus condiciones iniciales”.

Supone su reintegración un beneficio para el interés colectivo de los acreedores. Un crédito considerado privilegiado deja de serlo, pasando a formar parte de la masa activa. El efecto principal es la extinción de la constitución de la garantía real, quedando desgravado el bien sobre el que recaía.

III. EL CASO PARTICULAR DE LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS REALES

Como cuestión previa, hemos de advertir que el acreedor con garantía real, en el curso de un procedimiento concursal, al amparo de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, goza de un privilegio especial frente al resto de acreedores. Se entiende, por tanto, acreedor real como aquel acreedor que posee un crédito garantizado con un derecho real de garantía sobre un bien del deudor concursado. Estos son los créditos garantizados con hipoteca, con anticresis o con prenda⁴¹. La oponibilidad *erga omnes* que posee el acreedor real le otorga el derecho de cobro preferente de crédito frente al resto de acreedores. Con lo cual, se rompe la regla general de la *par conditio creditorum* sobre la que se rige el concurso. Esto es, en caso de insuficiencia patrimonial del deudor, se establecerá un dividendo del mismo a prorrata o a proporción de los créditos. Sin embargo, existen determinados acreedores que al poseer un crédito con garantía real rompen con esta regla general de igualdad de trato entre los mismos. Como consecuencia, nace el derecho a cobrar su crédito garantizado antes que el resto. El artículo 90 de la Ley lo clasifica como acreedor con privilegio especial.

40. Vid. SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael, “Efectos de la rescisión en la Ley Concursal”, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario-2011*.

41. Véase el artículo 90, *Sección 3ª*, “De la clasificación de los créditos”, *Créditos con privilegio especial*.

Respecto de la reintegración concursal de bienes y derechos, que el acreedor concursal haya gravado sobre un bien del deudor una garantía real, no necesariamente viene a significar que la constitución de una garantía no pueda ser objeto de rescisión en el concurso. Las garantías reales gozan de presunción *iuris tantum*. Es decir, salvo prueba en contrario, si el deudor común ha realizado un acto de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas contraídas en sustitución de aquellas, se presume por Ley (art. 71.3) el perjuicio patrimonial. Lo que nos lleva a la carga de la prueba. Ha de ser el demandante quien pruebe que en la constitución de estos actos no existió, en el momento de su realización, perjuicio para la masa activa. En el bien entendido de que han de haberse efectuado dentro del “periodo sospechoso”. Sin embargo, para que pueda impugnarse la constitución de una garantía real, no es necesario que exista una presunción de perjuicio patrimonial, pues la Ley entiende que estamos ante presunciones *iuris tantum*. Si se demostrara que ha habido su reintegración resultaría más fácil.

En este sentido, para poder entender qué sucede en la práctica con estos supuestos, hemos de acudir a la jurisprudencia de nuestros tribunales.

A) La presunción de perjuicio patrimonial de las garantías reales

La Ley Concursal contempla, en su artículo 71.3, la presunción relativa de perjuicio patrimonial para el caso de constitución de garantías reales. Establece una presunción *iuris tantum*, pues los actos que se enumeran en el precepto se presumen perjudiciales y por tanto rescindibles. Y ello siempre y cuando el demandado no pruebe que en los mismos no existió perjuicio para la masa activa; esta presunción admite la carga de la prueba, pues la Ley la contempla “salvo prueba en contrario”. Se consideran actos de disposición que el deudor ha realizado dentro del período de los dos años antes a la declaración del concurso. Por ello, los actos realizados fuera de este período no entran en la consideración de ser perjudiciales, pues de ser así extenderíamos indebidamente los efectos de la rescisión concursal. Pues, cualquier acto que conlleve la constitución de una garantía real se consideraría rescindible y sin efecto. Sin embargo, para la ejecución de acción rescisoria en el seno de un procedimiento concursal se atiende al criterio objetivo del perjuicio patrimonial. Con lo cual, debemos partir de qué se entiende por perjuicio patrimonial. Esto nos permitirá impugnar determinados actos que han tenido lugar entre el deudor concursado y determinados acreedores del mismo.

Como se ha indicado anteriormente, debe existir perjuicio patrimonial para que pueda ejercitarse la acción rescisoria concursal. Remitiéndonos a lo expuesto por la STS, de 26

octubre de 2016, se entiende como perjuicio patrimonial: “Existirá 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 dador y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal”.

Por tanto, en todo caso, la masa activa disminuye quedando desprotegidos los intereses de los acreedores concursales. Por ello, se hace prescindible atacar aquellos actos que perjudican el patrimonio que debe hacer frente a los pagos de los mismos. Pues, la masa activa se compone tanto de los bienes y derechos que posee el deudor en el momento de declararse el concurso, como de aquellos que se reintegren o deban reintegrarse tras la declaración del concurso. Y para llevar a efecto la acción de reintegración ha de existir perjuicio, pues es éste el presupuesto objetivo a través del cual es posible la impugnación de aquellos actos. Siempre teniendo en cuenta que han de tratarse de actos realizados por el concursado dentro del llamado *período sospechoso*.

Por lo que respecta a los actos que llevan aparejado alguna garantía real, lo mismo se predica para su ejecución. Estamos ante un supuesto especial que la Ley contempla como actos que han de presumirse perjudiciales, salvo prueba en contrario. Hablamos de las presunciones relativas en las que la presunción de perjuicio se presume siempre y cuando no quede probado que dicho perjuicio no ha existido. Cuando nos referimos a la existencia de perjuicio, no debemos olvidar que ese perjuicio patrimonial ha de haber existido ya en el momento de devenir eficaz el acto entre el acreedor y el deudor concursado. Es por esta razón que, por tratarse de una presunción relativa que admite prueba en contrario, el perjuicio que supone la constitución de una garantía sobre el bien gravado debe quedar demostrado para su consiguiente reintegración.

Estamos ante supuestos que rompen con el principio general de la paridad de trato entre el resto de acreedores, ya que se trata de acreedores reales que gozan de privilegios especiales. El acreedor real es un claro beneficiado en el procedimiento concursal. Es poseedor de un crédito con privilegio especial, lo cual le otorga un derecho preferente de cobro. Se salta, así, la regla general de la *par conditio creditorum*. La clasificación que le otorga el artículo 90.1.1 de la LC, concede al acreedor un crédito con privilegio especial que antes no poseía. Se contempla, de esta forma, un perjuicio para el resto de acreedores.

En esta línea se sitúa el autor Eduardo Aznar Giner⁴², al considerar que “[...] es evidente el fundamento de la presunción: la violación de la *par conditio creditorum*. En efecto, esa garantía real, por mor del art. 90.1.1 LC, concede un privilegio al acreedor, cuyo crédito antes carecía del mismo, toda vez que son créditos con privilegio especial ... “*los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria o con prenda sin desplazamiento sobre los bienes hipotecados o pignorados*” [...] Además, conforme señala el art. 155.1 LC, supone una *separatio ex iure crediti*, 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. Ello sin olvidar el régimen especial de ejecución de garantías reales previstas en los arts. 55 in fine, 56 y 57 LC. Todo ello, en principio, con una evidente infracción de la *par conditio creditorum*, pues el crédito del acreedor quedaría extraordinaria e injustamente reforzado, beneficiando a un acreedor en perjuicio del resto de los acreedores concursales”.

Pero la literalidad del artículo 71 de la LC, que establece los requisitos en los que se fundamenta la acción rescisoria concursal, nada dice respecto del perjuicio de la igualdad de trato entre los acreedores. Por lo que se entiende que con *perjuicio* se refiere al perjuicio patrimonial que afecta a la masa activa.

Por ello, a pesar del privilegio de que goce el acreedor real, la impugnación de determinados actos para la correlativa acción de reintegración no deriva de la condición o del perjuicio como acreedor. Entendemos que ha de tratarse del perjuicio que los actos del concursado han ocasionado a su patrimonio. En este sentido, y en contraposición al criterio del autor Eduardo Aznar Giner, mencionar cabe la argumentación que efectúa Ignacio Moralejo Menéndez⁴³. El autor viene decir que “La valoración de perjuicio derivado de la constitución de la garantía debe hacerse exclusivamente en términos de perjuicio para la masa activa. [...] La Ley Concursal refiere el perjuicio al patrimonio del deudor común al señalar que la acción de reintegración concursal sólo procede en relación con los actos perjudiciales para la masa activa. Si se acude a otros argumentos para interpretar el alcance del presupuesto objetivo de las acciones de reintegración en el concurso, la valoración del acto impugnado se hace depender de circunstancias futuras e inciertas al tiempo de su nacimiento”.

Como indicábamos, la impugnación de un acto que lleva aparejado una garantía real no se basa en un criterio subjetivo, como es el presupuesto de la *par conditio creditorum*.

42. Vid. AZNAR GINER, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, págs. 37 a 106.

43. Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, Edit. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2014, p. 140-141; García-Cruces, José Antonio (Dir.).

Así mismo viene a decir Moralejo Menéndez⁴⁴, en relación con la impugnación de aquellos actos que conllevan la constitución de una garantía real y respecto del criterio subjetivo de la paridad de trato entre los acreedores, que “[...] si se mantiene la referencia del perjuicio sobre el principio de la *par condicio creditorum* la constitución de cualquier garantía real, contextual o no, en aseguramiento de las obligaciones asumidas por el deudor común es susceptible de ser objeto de rescisión. De acogerse este criterio la valoración de la pertinente constitución de la garantía supone prestar atención a otras circunstancias que exceden a las del momento en que se constituyó. Si se lleva a cabo la valoración del carácter perjudicial o no de la garantía real en atención a su incidencia en la ordenación de la masa pasiva, [...], puede llegar a instarse la ineficacia de cualquiera de las garantías reales constituidas durante el periodo de sospecha [...]”.

En consecuencia, como bien indica el autor, si el criterio para su impugnación se realiza en base a una desigualdad entre los acreedores por el mero hecho de haberse efectuado acuerdos que constituyan una garantía real, estaremos extendiendo la posibilidad de rescisión a todo acto sobre el cual el deudor haya constituido garantías reales. Con la consideración de que sea o no ya perjudicial para su patrimonio.

La regla general que establece el artículo 71 de la LC, en su apartado primero, para la impugnación de determinados actos y su consiguiente reintegración a la masa activa: “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”; ha de entenderse aplicable a la posibilidad de reintegración concursal de los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas contraídas en sustitución de aquellas que haya realizado el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Por lo que nada se dice del criterio subjetivo en referencia al perjuicio entre acreedores. Se acota necesariamente al perjuicio para la masa activa.

Si bien, se entiende que la constitución de una garantía real sobre un bien afecto al patrimonio del deudor supone una ventaja sobre el resto de sus acreedores. Al quedar gravado un bien con una garantía real se está reforzando el cumplimiento de un crédito. Y se está aportando un mayor grado de seguridad jurídica por las ventajas que este acto supone. Habrá supuestos en los que el deudor contraiga acuerdos que radiquen en la constitución de una garantía real con determinados acreedores para asegurar el cumplimiento de los créditos de los mismos.

44. Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, *cit.*, p. 141.

Estos supuestos podrán derivar de una posible constitución de garantías sobre obligaciones que ya existían con anterioridad o que se contraigan sobre nuevas obligaciones que sustituyan a las anteriores. Ambos supuestos son los más habituales en la práctica. Así lo ha entendido el legislador concursal.

Conforme a lo dispuesto en el art. 71.3.2 de la LC, salvo prueba en contrario, el perjuicio se presume cuando estamos ante actos que supongan la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. En ambos supuestos se establece la constitución una garantía fuera de tiempo, es decir, de manera extemporánea.

Supone una falta de contextualidad cronológica. Su constitución en un plazo posterior al momento de la eficacia del acto entre acreedor y deudor puede derivar en la presunción relativa de perjuicio que contempla el apartado segundo del artículo 71.3 de la LC. Y para el despliegue de los efectos de la acción rescisoria concursal, la prueba de esa ausencia de contextualidad corresponde a la administración concursal. O para el caso de haber solicitado a la administración concursal la reintegración del bien gravado con garantía real en el plazo oportuno, a los acreedores concursales.

Declaro, en este sentido, Moralejo Menéndez⁴⁵ que “La administración concursal o, en su caso, los acreedores del concursado deben probar la falta de contextualidad cronológica en la constitución de la garantía real”. Por tanto, y en una primera aproximación, parece entenderse de la Ley que tales constituciones son siempre consideradas perjudiciales. Sin embargo, deben delimitarse estos supuestos para no considerar su constitución siempre como perjudicial o como cualquier negocio dispositivo a título gratuito.

Por un lado, atendiendo al primer supuesto, *la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes*, estamos ante una garantía real que se ha constituido para poder garantizar una deuda anterior no vencida. La contextualidad cronológica es parte fundamental en estos casos. Pues, se entiende de manera razonable que, cuando la prestación de una garantía real nace al tiempo en que una obligación entre acreedor y deudor tiene lugar, se ha de presumir que la prestación del crédito se realiza a causa de la concesión de aquella.

Por lo que se grava con garantías reales bienes del deudor en el mismo momento en que se contrae la obligación. Igualmente, cabe suponer que dicha obligación ha nacido como consecuencia de su constitución.

45. Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, *cit.*, p. 153.

Hecho distinto es cuando su constitución se haya producido en un momento posterior al nacimiento del crédito que se pretende garantizar. El aseguramiento de una deuda que se contrajo con anterioridad al otorgamiento de la garantía no escapa de la presunción de perjuicio que la Ley contempla. Pues, no existe, en principio, nexo contextual entre obligación y garantía. Pero hemos de advertir que la presunción de perjuicio implica no solo la inexistencia de contextualidad cronológica, sino exclusivamente que se acredite que ese acto de disposición del concursado supone un menoscabo para la masa activa.

En atención a la presunción de perjuicio que contempla el artículo 71.3.2 de la LC, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra⁴⁶, de 21 de junio de 2012, señala: “[...] *es presupuesto determinante es que el acto o negocio que se cuestiona haya producido un menoscabo en la masa activa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. [...] No queda duda que el legislador solo admite la constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, que reporte un valor para la masa activa, y ello debe ser acreditado por quien mantiene su validez. Evidencia así que la constitución de garantías reales implica una disminución aunque sea cualitativa del valor de los bienes sobre los que recae, al estar sujetos a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en el mercado, reduciéndose la posibilidad de obtener crédito pues se reduce su función de garantía al estar ya gravados*”.

Y en referencia a este primer supuesto, cabe destacar lo expuesto por Fernando Crespo Allué⁴⁷ que viene a decir que: “Cuando la prestación de garantía por parte del deudor es contemporánea a la concesión del crédito, se ha de presumir que éste se concede a causa de aquella, y por consiguiente el establecimiento de la garantía se entiende siempre oneroso. Cuando la prestación de garantía por parte del deudor es posterior o sucesiva a la concesión del crédito y correspondiente nacimiento de la obligación, en ese caso, es posible realizar una investigación, autónoma respecto a la del negocio principal, acerca del carácter oneroso o gratuito de la prestación de garantía, de acuerdo con el criterio de las concesiones y de los sacrificios que realiza el acreedor a cambio de la garantía [...] Pues, en cuanto el acreedor haya dado facilidades al deudor a cambio de la garantía, éste, en relación al acreedor no realiza una liberalidad”.

Asimismo, Moralejo Menendez⁴⁸ destaca que: “[...] el legislador concursal al configurar la presunción relativa de perjuicio que nos ocupa parte de un escenario en que la constitución del gravamen es coetánea o posterior al surgimiento de la obligación garantizada. Lo más

46. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 358/2012, de 21 de junio.

47. Vid. CRESPO ALLUÉ, Fernando, “Comentarios a la legislación concursal”, Edit. Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, 2004, p. 1391.

habitual [...] es que la constitución de la garantía real se haga coincidir en el tiempo con el nacimiento de la obligación asegurada o que, en su caso, tenga lugar con posterioridad al momento en que se contrae. En esta última presunción se está de lleno en el presupuesto de hecho de la presunción de perjuicio que acoge el artículo 71. 3. 2 de la Ley Concursal para la constitución de obligaciones extemporáneas.

El carácter contextual de la garantía demanda la dependencia de la eficacia del negocio jurídico asegurado de la coetánea constitución de la garantía real, de tal modo que el despliegue de los efectos de una y otra coincidan en el tiempo”; - añade en relación a la carga de la prueba: “[...] son los interesados en el mantenimiento de sus efectos los que deben mostrar la inexistencia de perjuicio patrimonial en su constitución o bien la inexistencia del enlace que ha de haber entre el hecho presunto- el perjuicio para la masa activa- y el hecho probado o admitido en que se fundamenta la presunción[...]”.

Habrán ocasiones, por tanto, en las que la falta de contextualidad entre crédito y garantía no presuponga un perjuicio. Habrán ocasiones, como indica Espigares Huete⁴⁹, en las que el demandado pueda probar que la constitución no contextual de la garantía no es perjudicial para la masa activa. Se sitúa, por tanto, al demandado en la carga de la prueba.

Pues nos dice el autor que no habrá perjuicio si el demandado prueba que la constitución de la garantía responde a la prórroga del vencimiento del crédito garantizado, con la concesión de un nuevo plazo útil, o a cualquier otra condición más favorable como puede ser la reducción del *quantum*, del tipo de interés o que la garantía real sea la condición para la ampliación del crédito disponible. Señala, así, que “El perjuicio que debe valorarse a estos efectos no puede ser exclusivamente la alteración de una igualdad de trato que siempre concurre: debe identificarse con un injustificado menoscabo cualitativo de la masa activa. No hay una aminoración del patrimonio; sí una grave afección cualitativa de éste, incidiendo en la capacidad de crédito del deudor”.

Solo cabe la eliminación del perjuicio cuando quede probado que el sacrificio patrimonial del deudor supuso un sacrificio equivalente para el acreedor. Se destruye así la presunción de gratuidad del acto.

Todo ello sin perjuicio de la regla general que la Ley establece en el art. 71.4 LC sobre la carga de la prueba del perjuicio. La misma se atribuye a quien interese la rescisión del acto de disposición; pues nos encontramos ante la regla especial de la presunción *iuris tantum* que la

48. Vid. MORALES MENÉNDEZ, Ignacio, “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, *cit.*, p. 153.

49. Vid. ESPIGARES HUETE, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, págs. 154-155.

Ley contempla para estos supuestos. Se invierte, por tanto, la carga de la prueba. Es decir, será el interesado en el mantenimiento de los efectos que supone el acto de disposición quien deba probar que la finalidad de dicha actuación no era acometer un menoscabo en el patrimonio del deudor.

Por otro lado, de conformidad con lo establecido en la Ley, las obligaciones referidas en el artículo 71.3.2 se entienden no vencidas. Nada dice sobre la exigencia de una deuda vencida al momento de constituirse la garantía. En esta línea se sitúan los autores Moralejo Menéndez y Espigares Huete. Los mismos entienden que la Ley no exige que se trate de una deuda ya vencida al constituirse la garantía, pues se presupone que la obligación asegurada no está vencida y en ambos supuestos se requiere únicamente que sea una deuda preexistente o contraída en sustitución de ésta. Se entiende que únicamente la ley contempla como exigencia que se trate de una obligación ya existente en el momento de la constitución de la garantía, sin reparar en su vencimiento ni en su exigibilidad.

Otra cuestión que se nos plantea es, si para la aplicación de la presunción la obligación sobre la cual se constituye la garantía real debe haberse realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Tal y como establece Aznar Giner⁵⁰, a efectos de la aplicación de la presunción, cabe destacar que resulta indiferente si la obligación se contrajo dentro o fuera del periodo de sospecha. Lo verdaderamente relevante para su aplicación es que dicha obligación sea anterior a la constitución de la garantía real, y que la misma se constituyera dos años antes a la declaración del concurso.

Por lo tanto, si ambas actuaciones, obligación y garantía, se constituyeron simultáneamente en el tiempo, aun cuando fueren constituidas dentro de los dos años del periodo sospechoso, no será de aplicación la presunción relativa *iuris tantum*. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de rescisión del acto si quedase acreditado su carácter perjudicial. Concluye el autor que, por el contrario, entiende que la presunción operará aun cuando la obligación objeto fuese anterior en más de dos años al concurso y, dentro del periodo de sospecha, fuese objeto de garantía real.

Concluimos, pues, que la presunción se predica de la falta de contextualidad, sin que sea necesario que la obligación se produjera en el plazo de dos años antes a la declaración. Puede haberse establecido la relación jurídica de la que deriva la obligación en un tiempo indeterminado anterior, pero se presupone su perjuicio si la garantía real se constituye con

50. Vid. AZNAR GINER, "La acción rescisoria concursal", *cit.*, págs. 37 a 106.

posterioridad al nacimiento de la obligación y dentro del periodo de sospecha. Todo ello sin perjuicio de la prueba en contrario. Sin embargo, existen supuestos en los que la prestación de un crédito se condiciona a una promesa de garantía. Esto es, hablamos de la promesa de hipoteca que en la práctica es habitual. En estos casos se condiciona la concesión del crédito a la promesa de constituir una hipoteca sobre el bien que se gravó con anterioridad. De no haberse asegurado de esta manera su constitución, el deudor no hubiera obtenido el crédito. Por lo tanto, corresponde a quien pretende hacer guardar los efectos que se derivan del crédito garantizado probar que su constitución fue prevista con anterioridad para la seguridad de su cobro, y no con la finalidad de afectar la masa activa.

Por lo que, a pesar de la presunción legal en la que nos encontramos, el propio artículo 71.3 en su apartado segundo establece una presunción relativa. No es absoluta. Es una presunción *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario. Ya se trate de una promesa de hipoteca, de una garantía sometida a condición, o de una hipoteca flotante, debemos tener en cuenta que todas ellas admiten prueba en contrario. La carga de la prueba en estos casos es fundamental, habiendo que estar caso por caso y en atención a los distintos supuestos que se derivan de la constitución de una garantía real.

Por otro lado, en atención al segundo supuesto de presunción relativa de perjuicio, *la constitución de garantías reales a favor "de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas"*, nos encontramos ante la constitución de garantías reales en aseguramiento de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de obligaciones preexistentes. El presupuesto que se contempla es la renegociación de la deuda. Sobre este presupuesto se constituye una garantía real que anteriormente no se había constituido. Es decir, el tenor literal del precepto, artículo 71.3.2º *in fine* de la LC, nos lleva a interpretar que se trata de la renegociación de una deuda anterior no vencida.

El acreedor se lo concede al deudor gracias a que sobre la misma se constituye ahora una garantía real. Lo que deriva en un aseguramiento jurídico más eficaz. Considerada la actuación del deudor perjudicial si la misma se realizó en los dos años antes a la declaración. En este caso, y al igual que en el supuesto anterior, será posible la rescisión del acto y su reintegración a la masa activa cuando se pruebe que esa actuación perjudica al patrimonio. La actuación ha agravado la situación del concursado para hacer frente al pago de sus deudas. El hecho descrito no solo supone gravar determinados bienes del deudor produciendo una aminoración de la masa activa. Supone también un cambio jurídico en la persona del acreedor.

La calificación del mismo cambia de posición, pasando de ser un acreedor con un crédito ordinario a ser acreedor real poseyendo un crédito privilegiado que le otorga oponibilidad *erga omnes*. El resultado de la operación supone un claro beneficio para el acreedor. Posee un derecho de cobro preferente y una mayor seguridad jurídica al haber constituido una garantía real sobre la nueva obligación que ha sustituido a la anterior obligación ordinaria.

Sin embargo, su constitución no supone en sí un perjuicio para el patrimonio. Se parte de la presunción que el legislador contempla para estos casos, la presunción *iuris tantum*. Habrá que estar necesariamente a la carga de la prueba. Ha de tratarse de actos no considerados ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor. Así, conforme al artículo 71.5 de la LC, el legislador prevé determinados actos del deudor que no serán rescindibles por tratarse de actos ordinarios de su actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales durante los dos años anteriores a la declaración del concurso. Por tanto, para la valoración del perjuicio se ha de determinar que las actuaciones realizadas por el concursado, en relación a la constitución de una garantía real sobre una obligación nueva en aseguramiento de una obligación preexistente, no son actos ordinarios que ha realizado para salvaguardar su actividad profesional.

Destacamos la explicación del autor Aznar Giner⁵¹ que dice que “Parece claro que la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria para pagar deudas vencidas no garantizadas, en principio, debe reputarse de perjudicial. [...] la renegociación no implica, necesariamente, la existencia de perjuicio para la masa activa ni que se proteja o favorezca a determinados acreedores, pues puede ser beneficiosa para ellos. Si considerásemos perjudiciales todas las operaciones de renegociación de deuda, abocaríamos a su desaparición a empresas viables que pasan por una crisis financiera, superable con mayor o menor dificultad con el apoyo bancario o financiación externa, pues tal financiación, al olor de la rescindibilidad de la operación, desaparecería o nunca llegaría, pudiendo ser la misma, repetimos, una solución a la crisis de la empresa y, por ende, a los problemas de sus acreedores”.

Por otro lado, el precepto que regula la presunción relativa de perjuicio no indica que en la novación de obligaciones ha de tratarse del mismo acreedor. Así lo indica en sus líneas Moralejo Menéndez⁵² “[...] la letra del artículo 71.3.2º de la Ley Concursal no requiere que la nueva deuda que se beneficie de la garantía real se contraiga frente al mismo acreedor con el que se había contraído la obligación que se sustituye. El recurso al término *sustitución* permite

51. Vid. AZNAR GINER, “La acción rescisoria concursal”, *cit.*, págs. 37 a 106.

52. Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, *cit.*, p.172.

entender [...] al significado esencialmente económico del negocio. Así pues los tribunales no han tenido inconveniente en aplicar la presunción relativa de perjuicio en la constitución de las garantías reales que estos préstamos, si bien es cierto que para supuestos en que se probó que el destino de las cantidades obtenidas por el concursado era la cancelación de deuda preexistente con otros acreedores”.

En todo caso, como cabe apreciar de lo expuesto, habrá que estar caso por caso para determinar si la novación de la relación jurídica presupone un perjuicio patrimonial. Se trata pues de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

Y en cuanto a la carga de la prueba, concluye el autor diciendo que “La consecuencia más inmediata de esta interpretación es que si se quieren mantener en el concurso los efectos de la garantía real prestada corresponde concedente del nuevo préstamo soportar la carga de probar el beneficio, o al menos el carácter inocuo, que la operación de refinanciación supuso en atención a la situación patrimonial del deudor ahora concursado”.

B) Jurisprudencia existente sobre la rescisión concursal de garantías reales

La declaración de concurso supone poner de manifiesto el estado de insolvencia en el que se encuentra el deudor. La Ley Concursal considera que el concursado se encuentra en situación de insolvencia cuando el mismo no puede atender regularmente el cumplimiento de sus obligaciones exigibles. La finalidad del procedimiento concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor y la salvedad de la empresa. Una vez dictado el auto de declaración de concurso, es requisito imprescindible la determinación de los bienes y derechos que componen la masa activa al momento de la insolvencia del deudor. La masa activa podrá estar compuesta, no solo de los bienes y derechos que constituyen la masa activa al momento de declarar el concurso, sino además de aquellos bienes y derechos que salieron indebidamente del patrimonio del deudor dos años antes a la fecha de declaración del concurso. Para traer a la masa los mismos es necesario su impugnación. Solo mediante la acción rescisoria concursal podrá llevarse a cabo su ejecución.

Así lo ha entendido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona⁵³, de 2009, al considerar que “[...] *el nuevo ordenamiento concursal ha optado por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, sustituyendo el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial para la masa activa, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz*”.

53. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 1810/2009 (15ª), de 2009.

La acción rescisoria concursal, en una aproximación, ha de entenderse como una acción que la Ley Concursal contempla para ejecutar una posible reintegración de los bienes y derechos que de manera indebida han salido de la masa activa. Y siempre que la actuación haya tenido lugar en el plazo legalmente establecido de dos años antes a la declaración de concurso. La finalidad que el legislador busca mediante esta acción es incrementar el patrimonio del deudor para hacer frente, en la medida de lo posible, a las deudas que el deudor concursado contrajo con los acreedores. Son estos los presupuestos que la ley contempla en su artículo 71 para que pueda ejercitarse la acción rescisoria concursal.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2016⁵⁴, nos dice de la naturaleza de la acción rescisoria concursal: *“Es claro, en atención a la propia terminología empleada por el legislador, que la acción de reintegración propiamente concursal introducida en el art. 71.1 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”*.

Destaca, asimismo, los presupuestos de la acción rescisoria: *“En atención a la previsión contenida en el art. 71.1 LC, que permite la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor (concurrido) dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (de concurso), es importante identificar el acto de disposición que es objeto de impugnación a través de esta acción rescisoria concursal. De tal forma que, como advertimos en la sentencia 629/2012, de 26 de octubre (RJ 2012, 10415), cabe impugnar un contrato sinalagmático, cuya estimación traerá consigo la restitución recíproca de las prestaciones realizadas, o puede también impugnarse sólo el pago o cumplimiento de una de las obligaciones generadas por ese contrato. En este segundo caso, mientras no se impugne el contrato, debemos partir de su validez y eficacia, y del carácter debido de la obligación satisfecha con el pago impugnado, por lo que las razones de la rescisión concursal del pago deberán ser las propias de este acto de disposición, tal y como expusimos con detalle en la reseñada sentencia 629/2012, de 26 de octubre. Lógicamente, si prosperara la rescisión de un pago o acto de cumplimiento de una obligación sus consecuencias no afectan a la eficacia del contrato, por lo que se acuerda la restitución del importe objeto de pago y el crédito satisfecho vuelve a renacer como crédito concursal”*.

El art. 71.1 LC establece 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”*.

54. Sentencia 682/2016, del Tribunal Supremo, de 21 noviembre, de 2016.

Del mismo podemos decir que los actos serán rescindibles, de hecho, solo si los mismos suponen un perjuicio para la masa activa. Qué ha de entenderse por tanto como “perjuicio”. La Ley Concursal no facilita su concepto, por lo que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que la doctrina ha tratado de resolver en numerables ocasiones.

En esta línea, destacamos la Sentencia del Tribunal Supremo número 629/2012, de 26 de octubre⁵⁵, declaró que: *“El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta”*.

Añade que *“El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. 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 para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que 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”*.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁶, de la Sala de lo civil, de 26 de octubre de 2016, en atención al presupuesto del perjuicio patrimonial entiende que *“Existirá 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”*.

Particularmente, atiende al supuesto de las garantías reales y viene decir que: *“ En el caso de la constitución de garantías reales, debe partirse de la base de que las mismas tienen un carácter accesorio, se instituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1.857 CC (LEG 1889, 27)*

55. Sentencia nº629/2012 de TS, Sala 1a, de lo Civil, 26 de Octubre de 2012.

56. Sentencia nº 642/2016 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 26 de Octubre de 2016.

) y, desde este punto de vista, la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia”.

El elemento temporal, “[...] 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”, es también uno de los presupuestos que debe acreditarse para el despliegue de los efectos de la acción rescisoria concursal. Por lo que, se entienden realizadas en perjuicio patrimonial las actuaciones comprendidas dentro de este periodo legalmente establecido. Lo mismo cabe destacar de la constitución de las garantías reales. Pues, solo aquellas que se hayan constituido dentro del periodo de sospecha podrán ser objeto de rescisión. No cabe la extensión de sus efectos a cualquier negocio jurídico sobre el cual el deudor haya constituido una garantía real. Se delimita a aquellas constituciones de garantías que hayan tenido lugar en los dos años anteriores al procedimiento concursal, ya se trate de una garantía que se constituye para asegurar una obligación que ya existía con anterioridad o para asegurar las nuevas obligaciones que vienen a sustituir a las obligaciones que habían sido objeto de contratación pero sobre las cuales no se había constituido ninguna garantía real. Nos referimos a la contextualidad cronológica que ha de existir entre la constitución y la garantía. Pero siempre, en todo caso, se debe analizar los distintos supuestos de manera separada. El simple hecho de su constitución no prueba el perjuicio para la masa activa.

Reparamos ahora en el último inciso del precepto 71 de la Ley, “*aunque no hubiere existido intención fraudulenta*”. Ante un procedimiento concursal no cabe la aplicación de la acción rescisoria general que establece el Código Civil, ya que tiene naturaleza concursal y por lo tanto aquí no es susceptible de actuación fraudulenta por parte del deudor. Por ello, para la impugnación de los actos que enumera la Ley ha de acreditarse siempre que existe perjuicio para la masa activa. La doctrina mayoritaria así lo entiende, pues así se desprende de la literalidad del precepto.

La Audiencia Provincial de A Coruña en Sentencia⁵⁷, de 9 de diciembre de 2013, reitera en la innecesaria existencia de intención fraudulenta para la impugnación de los actos, indica lo siguiente: “*De los actos perjudiciales para la masa activa del concurso.*”

58. STS 653/2016, Sala de lo civil, Secc. 1ª, de 4 de noviembre, de 2016.

La actual legislación concursal ha superado el sistema de retroacción de la quiebra, con la nulidad ipso iure de los actos de disposición o administración realizados por el quebrado dentro del plazo fijado a tales efectos por el Juez que conocía de dicho procedimiento universal, sistema que, por sus graves e injustificadas consecuencias, tuvo que ser objeto de una interpretación correctora por la moderna jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, sustituyéndolo actualmente por un sistema distinto, que condiciona la rescisión al ejercicio de acciones judiciales fundadas en la existencia de "actos perjudiciales para la masa activa".

La existencia del perjuicio se configura pues como elemento decisivo para la viabilidad de la acción rescisoria, junto con el requisito temporal de que tal acto jurídico, en detrimento de los acreedores concursales, se llevara a efecto en el plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin la necesidad, expresamente dispensada por el Legislador, de la existencia de una intención fraudulenta. No cabe duda tampoco de que son concordes doctrina y jurisprudencia en considerar que, en todo caso, son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado; ahora bien, no sólo esos concretos actos jurídicos constituyen los supuestos susceptibles de rescisión. En definitiva, son las específicas circunstancias concurrentes, el contexto en que tales actos se llevaron a cabo, los determinantes a los efectos de apreciar el necesario perjuicio para la masa activa del concurso. Nos encontramos, por consiguiente, ante decisiones necesariamente casuísticas, que no se concilian con proclamaciones generales".

La Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁸, de la Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2016 establece respecto al presupuesto objetivo del artículo 71 para la posible impugnación de los actos realizados por el deudor considerados perjudiciales para la masa: *"Decisión de la sala. Carácter objetivo del perjuicio.-*

[...] En la acción rescisoria por fraude de acreedores del art. 1291.3 del Código Civil (LEG 1889, 27) es preciso, además del perjuicio, el elemento subjetivo del consilium fraudis, como complicidad del transmitente con el destinatario de la transmisión patrimonial o, al menos, como conocimiento del perjuicio por parte de esta persona, para lo que resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio, scientia fraudis (sentencias de esta sala de 17 de julio de 2006 (RJ 2006, 4960) , 406/2010, de 25 de junio (RJ 2010, 5413) , y 575/2015 , de 3 de noviembre (RJ 2015, 4939)).

Sin embargo, para que proceda la acción rescisoria concursal, basta con que concurra el elemento objetivo del perjuicio. El perjuicio relevante para la estimación de las acciones de rescisión concursal es el que supone un sacrificio patrimonial injustificado".

58. STS 653/2016, Sala de lo civil, Secc. 1ª, de 4 de noviembre, de 2016.

Una vez analizados los presupuestos que han de concurrir para el ejercicio de la acción rescisoria en el seno de un procediendo concursal, y atendiendo a la explicación del concepto jurídico indeterminado de perjuicio patrimonial que los Tribunales entienden y aplican, examinamos el perjuicio patrimonial desde la perspectiva de la constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.

Para la aplicación de la acción rescisoria a los actos de constitución de garantía real debemos estar a la presunción que la Ley contempla para estos casos.

Se encuentran regulados en el artículo 71. 3. 2 de la Ley: “Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas”. Estamos ante la presunción relativa de perjuicio *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. Por ello, el demandado o el interesado en el mantenimiento de los efectos que conlleva la constitución de una garantía real sobre un bien del patrimonio del deudor es quien tiene la carga de la prueba. Debe demostrar que mediante esta actuación no existe perjuicio alguno para la masa activa del concursado. Se deja a un lado el perjuicio de la paridad de trato entre los acreedores, pues nada dice la Ley respecto de este requisito subjetivo. Partimos de la base de la regla general del artículo 71 que constituye los presupuestos sobre los que se fundamenta la impugnación y la posible reintegración de determinados actos.

El Tribunal Supremo en su Sentencia⁵⁹, de 23 de febrero, de 2015, respecto de la presunción *iuris tantum* entiende:

“Como se explica en la Sentencia 629/2012, de 26 de octubre (RJ 2012, 10415), «fuera de estos supuestos -de presunción iuris et de iure -, 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”.

–Y en atención a la carga de la prueba- *“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 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.*

[...] La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva una sacrificio patrimonial para la masa activa porque «implica una disminución,

59. STS 58/2015, Sala de lo civil, Secc. 1ª, de 23 de febrero, de 2015.

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. [...] 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.

El art. 71.3.2º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio en el caso de la concesión de garantías para asegurar la devolución de una obligación preexistente que no gozaba de esta garantía. Y extiende la presunción a los casos en que la garantía real se constituye a favor de una nueva obligación que sustituye a otras anteriores que tampoco gozaban de esta garantía”.

La Sentencia del Tribunal Supremo⁶⁰, de 9 de abril, de 2014, en relación al principio de paridad de trato y en atención a la constitución de garantías reales contempla:

“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 (en nuestro caso en el periodo de retroacción) que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso (en nuestro caso de la quiebra).

Uno de los casos en que el acto de disposición podría constituir un perjuicio para la masa, en cuanto que conlleva una alteración de la par condicio creditorum injustificada, es el previsto en el actual art. 71.3.2 LC (RCL 2003, 1748) (“constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas”), en la medida en que presume el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario. Se pretende evitar que el deudor favorezca injustificadamente a un acreedor en perjuicio de otros constituyendo una garantía real sobre alguno de sus bienes. La presunción es salvo prueba en contrario, ya que pudiera ser que, por las circunstancias que rodearan al negocio, éste tuviera una justificación, porque la constitución de la garantía fuera ligada a la ampliación sustancial del crédito y a la concesión de un nuevo término en caso de vencimiento del crédito preexistente, que constituirían su causa y que podrían poner en evidencia la ausencia del perjuicio”.

Por tanto, la prueba de existencia de perjuicio para el patrimonio del deudor es el requisito que nos conducirá a una posible impugnación de aquellos actos que sean perjudiciales.

Por otro lado, en estos casos en los que se constituye una garantía real sobre una obligación, en relación al principio de paridad de trato entre los acreedores, es cierto que se produce un perjuicio para el resto. La constitución de una garantía supone una modificación en la persona del acreedor, pasando a gozar de una mayor seguridad jurídica y de un trato privilegiado en el concurso. Es poseedor de un crédito privilegiado que le otorga un derecho de cobro preferente frente a los demás. En este sentido, existe perjuicio y una alteración de la *par conditio creditorum*. Sin embargo, no es este el perjuicio que la Ley contempla como necesitado de prueba para que se pueda ejercitar la acción rescisoria una vez declarado el concurso. Lo que debe acreditar el demandado es el perjuicio patrimonial existente en el momento de la realización del acto, siempre y cuando el mismo haya tenido lugar dentro de esos dos años antes a la declaración. Esta presunción *iuris tantum* presupone que los actos lo son a título gratuito. El perjuicio se presume cuando los mismos se han constituido sin contraprestación alguna por parte del acreedor. Nace, así, el perjuicio patrimonial cuando se produce un menoscabo injustificado en el patrimonio del deudor.

Traemos a colación la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante⁶¹ n° 230, de 2017, sobre la impugnación de la constitución de hipoteca en garantía de pagarés otorgada por la entidad concursada ELCHE CF SAD a favor de la entidad AGLOMERADOS LOS SERRANOS SAU, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación de LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE ELCHE CLUB DE FÚTBOL, SAD contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Alicante, con sede en Elche, de fecha 11 de julio de 2016, en los autos de incidente concursal n.º 10/16, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de dictar otra que, con estimación parcial de la demanda interpuesta por aquella contra AGLOMERADOS LOS SERRANOS, SAU y ELCHE CLUB DE FÚTBOL, SAD, acuerda la rescisión de la garantía hipotecaria constituida mediante escritura de fecha 20 de agosto de 2014 (subsanaada por otra de 11 de mayo de 2015, e inscrita el 14 de mayo de dicho año), ordenando, por tanto, la extinción de las dos garantías hipotecarias constituidas en ella, así como la cancelación de las inscripciones registrales en su virtud practicadas, desestimando el resto de pretensiones deducidas en la demanda, sin hacer en ninguna de las instancias expreso pronunciamiento sobre las costas”.

61. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 230/2017.

Nos encontramos ante un claro supuesto de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, conforme al artículo 71.3. 2º de la Ley. Se presume, por tanto, el perjuicio patrimonial. La Audiencia Provincial de Alicante resuelve estimando de forma parcial el recurso de apelación que se interpone frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante, de fecha 11 de julio de 2016; pues entiende que:

“[...] la sentencia apelada no ha acogido la pretensión de rescisión de la garantía hipotecaria, deducida al amparo de los arts. 71.1 y 71.3.2º de la Ley Concursal [...]

La deuda que mantiene la concursada, ELCHE CF SAD... con AGLOMERADOS LOS SERRANOS SAU... tiene su origen en un contrato de ejecución de obra, de fecha 24 de junio de 2013, que tenía por objeto la remodelación del Estadio Martínez Valero. Para su pago, se libraron ciertos pagarés en el año 2013, algunos de ellos impagados, motivando el libramiento de nuevos pagarés y que, a fecha 28 de enero de 2014, la deuda ascendiera a 2.335.516,47 € [...]

Ejercitada acción de rescisión al amparo del art. 71 LCM, y en lo que se refiere a la garantía hipotecaria constituida en el año 2014, el auto apelado ha razonado lo siguiente: 1º) que no se discute que el acto se realizó dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; 2º) que la causa de rescisión invocada (art. 71.3.2º LC: constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes) supone la presunción iuris tantum del perjuicio que, de conformidad con el art. 71.1, permite la rescisión de los actos perjudiciales para la masa; 3º) que, acudiendo al criterio del sacrificio patrimonial injustificado, de elaboración jurisprudencial para la apreciación del perjuicio para la masa, la constitución de la garantía hipotecaria no carecía de justificación, pues se enmarcaba dentro de un proceso de refinanciación de la deuda derivada del contrato de ejecución de obra del año 2013, habida cuenta, además, que se trataba de una garantía concedida tras haber sido incumplidos pagos anteriores, bajo otras garantías, que no se ejecutaron (la prenda de los derechos audiovisuales y la vía ejecutiva propia de los pagarés)”.

Para resolver la controversia y dar lugar a la impugnación de la garantía real hipotecaria, se basa en los siguientes fundamentos de derecho:

“La rescisión por constitución de garantías por obligaciones preexistentes: el perjuicio patrimonial injustificado.-

El art. 71.1 LC 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, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". El perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, cuando el acto consista en la "...constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes" (art. 71.3 LC).

El perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. 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.

- Cómo bien se ha venido indicando, el perjuicio patrimonial se presume en el momento en el que tiene lugar la constitución del acto por el deudor. En este caso, debe acreditarse que la novación de esa obligación que ya existía con anterioridad, y sobre la cual se constituye la garantía hipotecaria, se presume perjudicial por disminuir de forma injustificada el patrimonio del deudor. Todo ello teniendo en cuenta que en el momento en el que el deudor realiza el acto de disposición debe haberse apreciado ya el perjuicio para la masa activa.-

Por último, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria, si bien, en la hipótesis del art. 71.3, dicho perjuicio se presume y deberá ser la contraparte la que se encargue de proponer y practicar la prueba precisa que destruya dicha presunción iuris tantum. [...]

- La carga de la prueba corresponde al interesado en el mantenimiento de los efectos que derivan de la constitución de la garantía real. Siendo los mismos: el cambio en la calificación del acreedor, pasando su crédito ordinario a ser un crédito privilegiado teniendo preferencia de cobro sobre el resto.-

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que la constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva una 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» (STS 100/2014, de 30 de abril).

- Sin perjuicio de prueba en contrario, pues no siempre la constitución de una garantía real sobre un bien implica sacrificio patrimonial injustificado, debiendo probarse para ello-

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 concorra otra circunstancia que le prive de justificación. El Tribunal Supremo considera que son circunstancias que ordinariamente deben valorarse, en estos casos, para juzgar sobre el perjuicio en los supuestos del art. 71.3.2º LC, que se haya producido una aportación significativa de dinero nuevo (o se amplía el crédito disponible) o que se haya prorrogado importantemente el plazo para el pago de la obligación.

[...] consideramos que tal justificación no existe, con lo que no se ha destruido la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial [...]

Lo que hemos de valorar, por tanto, en el caso que nos ocupa es si, no existiendo entrada de dinero nuevo alguna para ELCHE, la emisión de pagarés y las fechas de sus vencimientos (en el plazo de un año) justificaban la constitución de una hipoteca sobre el activo inmobiliario más importante de la mercantil, cual es su estadio y la zona de aparcamientos [...]

No se discute que las obligaciones eran preexistentes y que LOS SERRANOS habían otorgado a ELCHE la posibilidad de su pago, de distintas formas, que revelan, en cualquier caso, una tendencia a reforzar las garantías de su crédito: en un primer momento, mediante pagarés; más tarde, además, mediante una prenda y, por último, con la emisión de pagarés constituyendo, al tiempo, una hipoteca sobre bienes del deudor [...]

LOS SERRANOS no acometieron ninguna vía legal para el cobro de su crédito: no consta que ejecutaran ninguno de los pagarés (tan solo uno y posteriormente desistieron) ni que tampoco ejecutaran la prenda. [...] Ante unas obligaciones anteriores, impagadas contumazmente por ELCHE, se libraron nuevos pagarés (que no sólo recogían el importe de la deuda, sino también los intereses) y se constituyó, ex novo, una garantía de la que antes carecía el crédito. El breve plazo que se otorgaba para atender los pagarés (once meses) en absoluto justificaba la constitución de una hipoteca sobre los inmuebles referidos. [...]

Téngase en cuenta que el registro de la hipoteca se produjo muy poco tiempo antes de la presentación de la solicitud de concurso y con posterioridad a la presentación de la comunicación del art. 5 bis LC.

- Concluye la Audiencia Provincial de Alicante:-

Por lo dicho, consideramos que la constitución de la garantía hipotecaria es un acto perjudicial para la masa activa, por lo que ha de ser rescindido. Como efecto de la rescisión, se ha pedido la condena de LOS SERRANOS "...a pagar los gastos de constitución que hayan sido o debiesen ser soportados por la deudora

concurzada", que se cuantifican en 3.744,65 € (factura de fecha 21 de septiembre de 2015, emitida por LOS SERRANOS, por gastos de registro y tasación ocasionados por el otorgamiento de hipoteca por pagarés en fecha 20-08-14) y 4.531,03 € (crédito comunicado a la administración concursal por honorarios de Registro y tasador necesarios para la subsanación de defectos en dicha escritura). [...]

No son rescindibles, por último, los pagos efectuados para atender los tres pagarés a que hemos hecho referencia, pues se trató, simplemente, de actos de cumplimiento de obligaciones exigibles”.

Por tanto, concluimos con las siguientes anotaciones:

Que con fecha 6 de agosto de 2015, el ELCHE CF SAD fue declarado en concurso de acreedores mediante auto declaración.

Que con fecha 20 de agosto de 2014 la concursada constituye a favor de la entidad AGLOMERADOS LOS SERRANOS S.A.U una garantía hipotecaria por pagarés, por el contrato de ejecución de obra de remodelación del estadio Martínez Valero; constituyéndose hipoteca sobre dos fincas urbanas, el estadio de fútbol y una zona de aparcamientos colindante.

Que con fecha 11 de julio de 2016 el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Alicante, con sede en Elche, dictó Sentencia con estimación parcial de la demanda incidental interpuesta por la Administración Concursal de ELCHE C.F S.A.D, dirigida contra la concursada ELCHE C.F S.A.D y contra la mercantil AGLOMERADOS LOS SERRANOS S.A.U. El Juzgado de lo Mercantil número 3 de Alicante dicta sentencia y entiende que:

Que conforme al artículo 71 de la Ley Concursal, se atienden a los presupuestos que han de darse para la ejecución de la acción rescisoria; pues, primero: la constitución de la garantía hipotecaria se realiza dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso; segundo: que estamos ante el supuesto que contempla el artículo 71.3.2 in fine de la Ley Concursal, ya que se constituye una garantía a favor de obligaciones preexistentes; por último: acudiendo al sacrificio patrimonial que debe quedar probado para la posible reintegración del bien, entiende el Juzgado de lo Mercantil en su sentencia que se trata de un proceso de refinanciación de deuda, dado que *“la constitución de la garantía hipotecaria no carecía de justificación”*; entiende, además, que *“se trataba de una garantía concedida tras haber sido incumplidos pagos anteriores, bajo otras garantías, que no se ejecutaron”*.

Justifica así la constitución de la garantía hipotecaria sobre los bienes de la concursada, puesto que lo que se llevó a cabo fue una renegociación de una deuda preexistente, con la finalidad de dar más facilidades a la concursada mediante la emisión de pagarés con un plazo

de un año, obteniendo a cambio la entidad acreedora una garantía para asegurar el cumplimiento de su obligación.

Nos situamos en la postura de la Sentencia nº 230/ 17, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante. Como se ha analizado, se dan todos los presupuestos que el artículo 71 contempla para el ejercicio de la acción rescisoria concursal. El acto realizado por el deudor tiene lugar dentro del período de sospecha de dos años antes a la declaración. El supuesto que se contempla aquí se enmarca dentro de las presunciones que el legislador prevé en la Ley, concretamente la presunción relativa de perjuicio patrimonial que se deriva como consecuencia de la constitución de una garantía real a favor de obligaciones preexistentes. Por tanto, el perjuicio se presume, salvo prueba en contrario. Para que el perjuicio se presuma, ese acto realizado por la concursada debe significar un sacrificio patrimonial injustificado.

El sacrificio patrimonial supone que *haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso*. Para el caso en el que nos encontramos, no puede pensarse en un simple proceso de refinanciación de deuda, pues la operación ha supuesto una grave afección cualitativa del patrimonio incidiendo en la capacidad de crédito del deudor. No se presume sacrificio patrimonial si se demuestra que detrás de esa actuación ha habido un sacrificio equivalente para el acreedor. El hecho de constituir una garantía sobre un bien agrava la situación del deudor para con el resto de sus obligaciones al estar sujeto un determinado bien a una posible realización a favor del acreedor garantizado.

Antes de acudir a la constitución de una hipoteca en garantía, la acreedora podía haber agotado en primer término las acciones que la vía legal le reconoce conforme a derecho por ser poseedora de determinados pagarés de la entidad concursada.

Asimismo, tenía opción de ejecutar la póliza de prenda sobre los derechos de crédito que la concursada Elche CF ostentaba frente a MEDIAPRODUCCIÓN, SL y que se le reconoce a la entidad acreedora LOS SERRANOS S.A.U. Todo ello sin contar que la actuación llevada a efecto tuvo lugar cuando ya era inminentemente clara la insolvencia del Elche CF. La constitución de dicha hipoteca en garantía supone un sacrificio más que injustificado, pues supone un sacrificio patrimonial demasiado grande, tanto cuantitativa como cualitativamente. La concursada no se beneficia de ese acuerdo, pues es evidente la inexistencia de contraprestación.

Aunque pueda darse los requisitos que establece el artículo 71 de la Ley para la impugnación de aquellos actos que se presumen perjudiciales para la masa activa, siempre debe quedar acreditado el perjuicio que ello supone para el patrimonio del deudor concursado.

Como consecuencia, estos actos siempre se traducen en una disminución del patrimonio careciendo de recursos para hacer frente a las obligaciones con el resto de acreedores concursales.

IV. CONCLUSIÓN

Diversas causas son las que pueden haber llevado al deudor a ser declarado en concurso. Puede derivar de la mala gestión del mismo, así como de los infortunios que nos encontramos cuando se intenta llevar a cabo una actividad profesional. Ya sea de forma voluntaria o necesaria, el deudor tiene la obligación de hacer frente a aquellas actuaciones que le han llevado a declararse en estado de insolvencia. Es una obligación desde el momento en que no puede cumplir de manera regular con sus obligaciones frente a terceros.

Frente a este supuesto, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal contempla determinadas formas de reparar el daño causado por el concursado a sus acreedores. No hemos de olvidar que la declaración de concurso supone además un perjuicio para los mismos.

Declarado el concurso, entran en juego los diversos mecanismos que contempla la Ley para asegurar en una mayor medida los intereses de los acreedores concursales. El concursado debe compensar sus obligaciones, y no sólo con aquellos bienes que posee al momento de declararse el concurso. Y para intentar resolver las controversias que surgen dentro de un procedimiento concursal, el legislador contempla una serie de normas que permiten incrementar la masa activa.

La Ley contempla en su artículo 71 la posibilidad de reintegración a la masa activa de aquellos bienes y derechos que salieron de manera indebida del patrimonio del deudor. La finalidad del precepto no es otra que la búsqueda de medidas que permitan incrementar el patrimonio con el que poder hacer frente al máximo de obligaciones posibles. En cierta medida, me resulta de fácil interpretación en determinados supuestos. De la literalidad del mismo se observan los requisitos que se nos exige para realizar la ejecución de la acción rescisoria. Esta acción supone que, una vez declarado el concurso, podrán rescindirse

aquellos actos que se estimen perjudiciales para su masa activa. Del mismo se extrae que hemos de estar a los elementos objetivos, pues no es determinante que los mismos se hayan ejecutado con la intención de fraude. Nos apartamos, pues, de la acción rescisoria general que establece nuestro Código Civil. Y esto es así, ya que la acción rescisoria que contempla la Ley Concursal es en cierta forma autónoma. Goza de naturaleza concursal, por lo que se rige por sus propias normas concursales. Es una acción especial.

Por otro lado, en cuanto a las garantías reales se refiere, la rescisión de toda garantía se hará conforme el procedimiento que la Ley Concursal establece. Estos supuestos se contemplan en el artículo 71.3.2 de la Ley. Serán rescindibles aquellos actos que supongan la constitución de garantía real a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Se establece esta medida con la finalidad de incrementar las posibilidades de hacer frente a las deudas que ha contraído el deudor concursado. En ciertos casos, cuando nos situamos ante presunciones absolutas *iuris et de iure*, no resulta difícil apreciar el perjuicio patrimonial. Pero sí cuando se trata de presunciones relativas de perjuicio *iuris tantum*.

Son supuestos que quedan delimitados por la Ley puesto que no beneficia, tampoco, que los efectos de la acción rescisoria se extienda a todos los actos que el deudor haya realizado. Creo, por tanto, que el legislador así lo ha creído oportuno, dado que no pueden tomarse como perjudiciales cualquier acto ni realizado a título de gratuidad. Por ello, el plazo que se establece para su delimitación en el tiempo es más que suficiente. Pues, no considero que el acreedor pueda haber efectuado sus actos ya dos años atrás buscando perjudicarse a sí mismo y a su actividad principal de la que depende. La finalidad de un persona, física o jurídica, al momento de aventurarse en una actividad profesional o empresarial es salir beneficiado en la medida de lo posible. Más no buscar su propio anclaje o perjuicio.

Sin embargo, en mi opinión, en ciertas ocasiones los empresarios o personas físicas se desvinculan de sus propósitos principales y se crean complicaciones innecesarias con sus actuaciones. Lo que tiene como consecuencia dificultar el derecho de cobro de cada acreedor. Para estos casos, la Ley tiene sus propias medidas de defensa que quedan reflejadas en la misma. Para aquellas ocasiones en los que se haya constituido una garantía real con una finalidad perjudicial del patrimonio, la LC nos da la posibilidad de poder rescindirlos. Nos permitirá extinguir la garantía que pesaba sobre el bien gravado para que el mismo forme parte del patrimonio. Con ello queda inexistente la garantía quedando libre de cargas y dejando sin efecto los privilegios que el acreedor concursal poseía sobre el bien.

Para su rescisión, ha de quedar acreditado que estas actuaciones supusieron un perjuicio para el patrimonio. Debe probarse que existió perjuicio en el momento en que se realizó. Como perjuicio patrimonial entendemos que debe tratarse de un sacrificio patrimonial injustificado. Así lo entiende la doctrina en reiterada jurisprudencia. Así lo entiendo yo también, pues solo la actuación injustificada que se traduce en un sacrificio injustificado del patrimonio tiene sentido para ejecutar esta acción. El sacrificio patrimonial injustificado beneficia de forma injustificada, bien sea al deudor concursado, bien sea al acreedor con el que contrajo el contrato. Dicho beneficio no puede quedar justificado cuando el deudor tiene que cumplir con todas las obligaciones que ha decidido ejecutar. Por ello, pienso que de estas actuaciones también se deriva un perjuicio para el resto de acreedores. Y la realidad así lo refleja. Cuando un deudor es declarado en concurso, debe atenderse a la clasificación de los créditos que la Administración Concursal ha de realizar. Mediante su calificación, no todos los acreedores concursales son atendidos en su justo derecho de cobro. Por lo que de una forma u otra existe un perjuicio para los mismos.

Sin embargo, pese a la existencia de dicho perjuicio, no es relevante que así sea para rescindir un acto que lleva aparejado una garantía que no se constituyó conforme a derecho. Pues, a través del procedimiento concursal se busca satisfacer lo máximo posible a los intereses de los acreedores. Resulta lógico, ya que el deudor ha sido declarado en concurso por no poder cumplir regularmente con sus obligaciones. Por ello, su finalidad es abarcar el mayor número de obligaciones posibles mediante un orden legal de cobro.

Considero, finalmente, que tras la reforma la actuación de la Ley Concursal es más clara y transparente en algunos aspectos. Pues, como ejemplo, la determinación del tiempo a retrotraernos para considerar perjudicial o no una actuación ya no queda a expensas del Juez del concurso. El procedimiento concursal trae consigo muchas controversias que faltan por resolver, pero se ha avanzado respecto del régimen anterior de quiebra en mayor beneficio para ambas partes en el concurso.

V. BIBLIOGRAFÍA

ESPIGARES HUETE, José Carlos, “La acción rescisoria concursal”, en Estudios de Derecho Concursal, Edit. Aranzadi, 1ªed., Navarra, 2011, p. 14 y ss.

PAVÓN NEIRA, Carlos, “Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”, en Estudio Doctrinal Introdutorio, Edit. Bosch, Barcelona, 2013.

GARCÍA-CRUCES, José Antonio (Dir.), “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, Edit. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2014, p. 33 y ss.

ALCOVER GARAU, Guillermo, “Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal”, Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma concursal, dir. García Villaverde, R., Alonso Ureba, A., Pulgar Ezquerra, J., Dilex, Madrid 2003, pp. 325-329.

Tesis doctoral, Josefina-Coromoto Huelmo Regueiro, (Dir.) Cristina Riba Trepas “La acción rescisoria concursal” , 2015, Cap. I, pp. 122 y ss.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “Reintegración del patrimonio del concursado”, *Revista de Anales de Derecho Concursal, Universidad de Murcia, n° 25, 2007*, pp. 13 y ss.

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ, “El perjuicio patrimonial y la posibilidad de rescisión independiente de las garantías en el concurso”, *artículo publicado en el boletín "Derecho Mercantil", el 1 de septiembre de 2012*. En http://www.elderecho.com/mercantil/patrimonial-posibilidad-rescision-independiente-garantias_11_455680005.html.

DÍAZ VALES, Fernando, “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III (2010)*, pág. 296 y ss.

AZNAR GINER, Eduardo, “La acción rescisoria concursal”, Artículo publicado en la Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, 2007, n. 23, págs. 37 a 106.

CURIEL LORENTE, Fernando, “La reintegración en el concurso de acreedores”, Edit. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2014, García-Cruces (Dir.), p. 215 y ss.

SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael, “Efectos de la rescisión en la Ley Concursal”, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario-2011*.

En www.uria.com/documentos/publicaciones/3189/documento/art05.pdf?id=3334

MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, “La reintegración en el Concurso de Acreedores”, Edit. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2014, García-Cruces, José Antonio (Dir.), p. 140 y ss.

CRESPO ALLUÉ, Fernando, “Comentarios a la legislación concursal”, Edit. Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, 2004, p. 1391.



