

Revista de Derecho Civil http://nreg.es/ojs/index.php/RDC ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 2 (abril-junio, 2018) Ensayos, pp. 363-375

RESCISIÓN CONCURSAL VERSUS SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO¹

José Manuel de Torres Perea

Profesor Titular de Derecho Civil Universidad de Málaga

TITLE: The methods to maximize bankruptcy assets by challenging the acts and contracts made by the bankrupt in the Spanish Law 22/2003 as a risk against the legal certainty.

RESUMEN: El legislador ha querido vincular la acción rescisoria concursal a dos únicos requisitos, el perjuicio causado por el acto realizado por el deudor y el periodo de tiempo en que debe producirse, es decir, los dos años anteriores a la declaración del concurso. Excluye, por tanto, el requisito subjetivo, esto es, la buena o mala fe de las partes, o presunción de la misma, que no se contempla como presupuesto propio de esta acción. Sin embargo, en el primer párrafo del artículo 71 de la Ley Concursal se refiere el concepto de perjuicio sin aportar ningún tipo de contenido descriptivo del mismo. Esto provoca que la mera lectura de la Ley pueda llevar más a conjeturas que a evidencias. Ha sido la práctica y, muy especialmente, la aplicación e interpretación que han hecho los tribunales de este artículo durante los quince años de vigencia de la norma los que han permitido dotar de contenido a este concepto, definiéndolo como un «sacrificio patrimonial injustificado» que produce la minoración del activo injustificada y, por lo general, una vulneración de la regla par conditio creditorum. Perjuicio que suele identificarse con el hecho de concurrir un desequilibrio entre las prestaciones de las partes. Dicho desequilibrio lo concretan multitud de sentencias con una fórmula repetida hasta la saciedad, «la ausencia de precio de mercado».

En este artículo se hace un estudio pormenorizado de las consecuencias que provoca la desconexión de la acción rescisoria concursal, del requisito subjetivo y su conexión a un perjuicio identificado como ausencia de un precio de mercado, para poner de manifiesto el riesgo que provoca esta forma de construir el Derecho a la seguridad del tráfico jurídico.

ABSTRACT: In this paper we consider the methods to maximize bankruptcy assets by challenging the acts and contracts made by the bankrupt. The Spanish lawmaker links this action to two requirements: First, the detriment, second, the period in which the detriment happen, and this is the two years before the declaration of bankruptcy. However, the bad faith of the parties is no longer a requirement for this action. The first paragraph of article 71 of the Spanish Bankruptcy Law, (Ley Concursal), does not provide a description of «detriment». Therefore, this is an imprecise legal concept. In order to define it, we must attend to the application and interpretation made by the Spanish Courts when they make use of this method. In fact, they define this «detriment» as an «unjustified patrimonial sacrifice», that implies an unjustified reduction of assets, and normally an infringement of the rule par condition creditorum. This detriment is identified by the Courts as an imbalance between the undertakings of the parties. Imbalance that is often formulated into: «absence of a market price».

Therefore, we analyse the consequences of decoupling this bankruptcy action from the bad faith of the parties, and linking it to a concept of damage equated with absence of market price. Our conclusion is that this application or the Law may add an elevated legal uncertainty to the legal transactions.

¹ Este artículo recoge a modo de sinopsis los resultados de mis investigaciones en una materia que ha merecido mi atención durante los últimos años.

PALABRAS CLAVES: acción rescisoria concursal, concurso de acreedores, perjuicio concursal, buena fe, seguridad jurídica, tráfico jurídico, precio de mercado

KEY WORDS: action to increase the bankruptcy assets, bankruptcy, detriment, good faith, legal certainty, legal transaction, market price.

La Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, en el capítulo cuarto titulado «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa», regula en sus artículos 71-73 las llamadas acciones de reintegración. El apartado primero de dicho artículo recoge, a modo de principio general, el supuesto básico de la acción rescisoria concursal cuando dice: «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».

En primer lugar, puede deducirse de este párrafo que la Ley prescinde del elemento subjetivo tanto en el deudor, como en el adquirente, el cual en todo caso no será requisito exigido por la «acción rescisoria concursal» que funciona con independencia del mismo. La doctrina mayoritaria considera que en realidad se trata de un supuesto de acción rescisoria por fraude de acreedores objetivada, en la cual no hace falta, por tanto, demostrar requisito subjetivo alguno ni respecto al deudor, ni de quien lo adquiere. Ante ciertas críticas a dicha posición, se ha respondido que la propia doctrina civilista es la que ha objetivado el requisito subjetivo de la acción rescisoria por fraude en el CC. Esto es una verdad a medias. Es verdad que autores como CARMEN JEREZ² o yo mismo³, hemos escrito defendiendo dicha objetivación, pero siempre dentro de unos límites. Se trata más bien de una cuasi-objetivación del elemento subjetivo, consistente en que, respecto al deudor, no le valdrá ya alegar el desconocimiento de su propia situación patrimonial en el momento de realizar el acto impugnable, pues toda persona diligente debe conocer las consecuencias de sus actos, y si en un determinado momento pueden dar lugar a una insolvencia perjudicial para sus acreedores. Por lo tanto, respecto al deudor, el fraude queda objetivado, es decir, no hace falta probarlo y se responderá siempre, ya sea por fraude o por negligencia.

Cuestión distinta será la posición de la persona que adquiera del deudor el bien enajenado. En este caso, la cuasi-objetivación se consigue mediante una serie de presunciones *iuris tantum*, que el Tribunal Supremo ha ido desarrollando en las últimas décadas, como por ejemplo que se trasmita el bien a una persona cercana, que el

² JEREZ DELGADO, Carmen, Los actos objetivamente fraudulentos: La acción de rescisión por fraude de acreedores, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999 y Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos, ed. UAM, Madrid, 2004.

³ Presupuestos de la acción rescisoria, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

precio sea nimio, que no haya interés real en la transmisión, o que no venga acompañada del traspaso posesorio.

Pues bien, fuera de dichas presunciones, ya no hay lugar a objetivar el fraude en la acción rescisoria por fraude de acreedores del CC respecto al adquirente del deudor, que si es de buena fe y a título oneroso quedará protegido conforme a lo establecido por el art. 1291.3 CC y concordantes y, además, según algunos, conforme al art. 37 LH⁴. No obstante, no le será de aplicación el art. 34 LH previsto en nuestro Ordenamiento para regular las adquisiciones a *non domino*. Es decir, el 34 LH protege al tercero hipotecario respecto a las vicisitudes que pueda sufrir el contrato de su transmitente, no a quien sea parte del mismo. Se crea una posición de «inatacabilidad» del subadquirente, no cabe alegar protección aparencial en relaciones *inter partes*.

Sin embargo, el legislador concursal ha usado el pretexto de que el fraude es difícil de probar y, en todo caso, que puede complicar mucho el ejercicio de la acción para eliminarlo como presupuesto de la acción rescisoria concursal y, por tanto, deja vulnerable al adquirente del deudor de buena fe por mucho que haya adquirido a título oneroso, o que crea que, en su caso, está amparado por el artículo 37 de la LH, siempre que sea alegable que el precio no es el de mercado. En realidad, la acción recogida por la Ley Concursal, nada tiene que ver con la acción rescisoria por fraude, por mucho que la doctrina mayoritaria se empeñe en afirmar lo contrario. Si no hay elemento subjetivo, aunque sea cuasi-objetivado, no hay acción rescisoria por fraude de

⁴ Sobre el tercero del 37 LH CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, en *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Vol. V, 2ª ed. Pamplona, 1975, (pp.494-495); señala respecto al art. 37 LH que «el tercero a que se refiere el precepto hipotecario es un tercero genérico, o sea, el que era ajeno a la relación crediticia cuyo impago puede provocar la rescisión de cualquier enajenación sin que aquí se utilice el término en el sentido de tercero hipotecario protegido a que se refiere el artículo 34 LH. Para este autor en el caso de la acción rescisoria por fraude de acreedores el tercero puede serlo *aquel a quien el deudor le transmitió*» (p.495); pues puntualiza que «hasta aquí hemos hablado del tercer adquirente que lo sea directamente del deudor o de un heredero puro y simple de él, pero puede ocurrir que, la finca de que se trate, haya pasado a poder de varios adquirentes sucesivos, en cuyo caso, la cuestión adquiere más complejidad».

Posición mantenida por García García, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo II, ed. Cívitas, Madrid, 1993, quien afirmaba respecto al 37 LH que «a efectos de la acción pauliana, no interesa el concepto de subadquirente del artículo 34 LH, sino la idea de «adquirente» en general, sean del primero, segundo o decimonono grado, pues todos ellos son terceros respecto a los acreedores, es decir, respecto a la relación de crédito que legitima a éstos para instar la rescisión» (pp.506-507). Tesis mantenida por González Palomino, José, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* de Sanz Fernández, Ángel, ed. Reus, Madrid, 1948, p.312; quien al respecto señala que «tan tercero es el primer adquirente como el decimonono». En fecha más reciente, Bermejo Gutiérrez, Nuria, «*Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (Nota sobre un falso problema)*», *RCDI*, Año LXXIII, julio-agosto 1997, nº 641, p.1422, se hace eco de estas posturas doctrinales. Por el contrario, consideran que el art. 37 se refiere sólo al subadquirente; Roca Sastre, Ramón María, en *Derecho Hipotecario*, Tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 6º ed., 1968, pp.715-716, y Sanz Fernández, Ángel, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, T.II, Madrid, 1947, p.410, entre otros.

acreedores. Lo contrario atentaría a los principios básicos del nuestro Derecho civil e hipotecario y, por supuesto, a la seguridad del tráfico. Por tanto, si bien *prima facie*, no puede afirmarse que tipo de acción es la que comprende este supuesto, lo que sí resulta obvio es que no es una subespecie de la acción rescisoria por fraude de acreedores del Código Civil. Y, si no hay acción rescisoria por fraude de acreedores, no estamos en el supuesto excepcional previsto por el art. 37.4 LH, caso que este precepto fuera de aplicación a quien adquiere del deudor (ver nota pie de página anterior)⁵.

En segundo lugar, decir que el párrafo primero del art. 71 LC recoge como único requiso previsto «el perjuicio para la masa activa», el cual queda sin identificar por la Ley, que elude aportar cualquier tipo de descripción o aproximación a lo que pueda significar dicho concepto. A partir de aquí, la mera literalidad del texto del artículo únicamente nos puede llevar a plantear conjeturas, y será la práctica judicial la que termine dándole contenido. Si bien una cuestión es clara, dicho perjuicio no tiene por qué ser la insolvencia entendida como incapacidad del activo para cubrir el pasivo del deudor, pues nuestra LC permite el concurso preventivo en caso de insolvencia inminente.

La lectura del primer párrafo de este artículo nos sirve para saber lo que la ley dice y lo que la ley no dice. La Ley dice que debe mediar perjuicio, pero no dice en qué consistirá dicho perjuicio, ni como se podrá probar. Dicho perjuicio no será ni la insolvencia, ni la vulneración del principio *par conditio creditorum*, pues ni se exige la primera como requisito absoluto del concurso, ni puede justificarse en el segundo.

Intentar justificar el perjuicio en el *par conditio creditorum*, tal como hace la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, es realmente peligroso. Primero porque podría concluirse, como hacen algunos, que todo acto hecho por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso es rescindible por vulnerar de una, u otra forma, dicho principio, extendiendo la rescisión no solo a los actos perjudiciales para la

⁵ Resulta muy aclaratoria la opinión de Gordillo Cañas, Antonio, «Protección del tráfico inmobiliario y *par conditio creditorum* (De la desmesurada retroacción de la quiebra a la malograda normalización registral del concurso)», *Estudios Olivencia*, Tomo IV, [Marcial Pons] Madrid-Barcelona, 2005, págs.. 4083-412, en concreto, págs.4114-4115., al afirmar que la Ley Concursal deja desamparado al adquirente inmediato del concursado en la etapa del concurso por una razón – sinrazón dice que habría que decir más propiamente – de orden técnico-conceptual, tal cual es la ambigüedad del termino tercero en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria. Es decir, si puede considerarse o no como tercero al que contrata con el deudor. Cuestión discutida, pero que no era baladí en tanto que vigente el sistema anterior en el que se optaba por la acción rescisoria por fraude de acreedores, era claro que se exigía el elemento subjetivo y, por tanto, que el adquirente del deudor quedaba a salvo si lo era de buena fe, y perjudicado si no lo era. Concluye Gordillo que «[...]termina por reinstaurarse una peligrosa forma de cripto-retroacción, ahora del concurso, de carácter necesario por derivar directamente de la ley y de duración fija al extenderse a los dos años anteriores a la declaración del concurso. A nadie se le oculta lo que esto puede suponer para la seguridad del tráfico [...]».

masa activa, sino también para la masa pasiva. La Ley no dice que esto sea así, pues si hubiera querido que todo acto realizado por el deudor en los años anteriores a la declaración del concurso fuera rescindible, así lo hubiera establecido. Además, ello equivaldría a reintroducir la figura de la retroacción de la quiebra, si bien por un plazo fijo de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Por otro lado, entiendo que la base del concurso no es ni garantizar la continuidad empresarial ni hacer imperar el principio *par conditio creditorum*⁶. Desde posturas propias del análisis económico del derecho, puede afirmarse con mayor rigor que la finalidad del concurso es maximizar el patrimonio insolvente, obligando a los acreedores a cooperar, superando su innato egoísmo para lograr tal fin. Si maximizar el patrimonio insolvente requiere liquidar la sociedad, así se hará, si exige lo contrario, igualmente así se hará. Recordemos el llamado «dilema del caladero común» tan repetido por los economistas, desde esta perspectiva el procedimiento concursal cobra sentido precisamente como medio para impedir «esquilmar el caladero». En esta línea, la rescisoria concursal cobra sentido en tanto en cuanto que mientras mayor sea el patrimonio insolvente, más posibilidades de conseguir la eficiencia mediante dicho valor agregado.

Todo esto casa muy mal con la idea del *par conditio creditorum*, que implicaría alterar lo que las partes han pactado antes de que se produjese la insolvencia. Téngase en cuenta que cada acreedor pacta una asunción de riesgo distinta, que genera unos costes distintos. A mayores garantías habrá menor riesgo, pero también menor interés y menor coste para el deudor. Esta realidad no debería desdeñarse en la fase concursal. Un modelo adecuado sería el de la *Insovenzordnung*, que concede al acreedor privilegiado el interés legal del dinero durante el periodo en que la ejecución de su crédito quede en suspenso, siendo este periodo lo más breve posible, sin afectar el *ius distrahendi* del acreedor hipotecario más de lo necesario⁷. Estas son las consecuencias de olvidar los valores pactados *ex ante*, situación que, por cierto, no se corrige en el Proyecto de Texto Refundido de Ley Concursal, actualmente en trámite.

La doctrina suele afirmar que el concepto de perjuicio rescisorio es unitario, y que las presunciones de los párrafos segundo y tercero vienen a completar el párrafo primero dando contenido al concepto de perjuicio. Pensamos que esto no es así. El legislador en

⁶ Recojo aquí y en los párrafos siguientes la tesis expuesta por la profesora Nuria Bermejo Gutiérrez en la magnífica ponencia impartida en el Seminario de la Cátedra Derecho Registral de la Universidad de Sevilla, que por iniciativa del profesor Manuel Espejo tuvo lugar el 15 de enero de 2017, cuyo título fue: «Las garantías en el concurso». Igualmente se recomienda consultar su trabajo *Créditos y quiebra*, ed., Civitas, Madrid, 2002.

⁷ Nos referimos a los llamados «bienes necesarios»; por otro lado, si el procedimiento por estos acreedores privilegiados no estuviera iniciado en el momento de la declaración del concurso, automáticamente pierden el derecho al *ius distrahendi*.

la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal ha señalado que la Ley encuentra fundamento en el principio par conditio creditorum, lo cual, por los motivos ya expuestos no compartimos. Pero, desde la perspectiva del legislador, las presunciones de perjuicio, que no de fraude, del art. 71.2 y 3 LC no serían sino supuestos de aplicación concreta de la regla que prohíbe la vulneración de la par conditio creditorum; así sería en el caso de la presunción iuris et de iure que establece que los actos de disposición a título gratuito son rescindibles, salvo las liberalidades al uso; o cuando igualmente se presume sin posibilidad de prueba en contrario, que son rescindibles los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real. Por otro lado, también responderían a esta regla las presunciones iuris tantum de perjuicio, pero no de fraude, contenidas en el art. 72.3.2 y 3 LC, que correlativamente consideran rescindibles la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas; y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real, y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. Siguiendo los planteamientos del legislador, todos estos casos no serían sino supuestos muy concretos de actos rescindibles por vulnerar la regla par conditio creditorum. Pero dicho elenco de actos no nos ayuda en absoluto a dar contenido al concepto de perjuicio que pueda prever el art. 71.1 LC, que sería en todo caso aplicable a la presunción prevista en el art. 71.3.1 LC, cuando indica que son rescindibles los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado previstas en el art. 93 LC, y que difieren según el concursado sea persona física o jurídica.

Si queremos dar respuesta a la pregunta inicialmente planteada, debemos acudir a la jurisprudencia, y ver qué contenido se está dando al concepto de perjuicio en el párrafo primero del art. 71 LC. Nos percatamos que, normalmente, se tratará de impugnación de contratos sinalagmáticos, pues si tratase de impugnar pagos, se debería aplicar el art. 71.2 LC, salvo que se pretenda que puedan impugnarse los pagos de obligaciones cuyo vencimiento tenga lugar durante los dos años anteriores a la declaración del concurso, lo cual es absurdo de cara a maximizar el patrimonio insolvente y, en todo caso, implicaría aplicar la regla *par conditio creditorum* con anterioridad a la declaración del concurso, lo cual nos llevaría a declarar rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa y pasiva, y desembocaría de forma inevitable en una situación muy cercana a la de la retroacción de la quiebra⁸.

⁸ Por cierto que, en algunos supuestos se ha pretendido que la impugnación de pagos afectaría al negocio jurídico que ha dado lugar al pago y, por tanto, que debería implicar el nacimiento de un crédito contra la masa a favor de quien hubiera hecho el pago, lo cual evidentemente implica confundir la situación en la que se impugna un contrato con aquella otra en la que se impugna un acto de pago, en un caso habrá lugar a la restitución de forma simultánea, y en el otro no.

La jurisprudencia considera el perjuicio como un concepto unitario, definiéndolo como un «sacrificio patrimonial injustificado» que produce la minoración del activo injustificada y vulneración por lo general de la regla *par conditio creditorum*. Sin embargo, se distinguen los supuestos de los arts. 71.1 y 73.1 LC que, tal y como hemos comentado ya, irán normalmente referidos a contratos bilaterales en los que se produzca un desequilibrio de prestaciones. Dicho desequilibrio lo concretan multitud de sentencias con una fórmula repetida hasta la saciedad, «la ausencia de precio de mercado». En esta línea, SSTS (1ª) 27 octubre 2010; (1ª) 8 noviembre 2012; (1ª) 7 diciembre 2012, etc. y un sinnúmero de sentencias de Audiencias provinciales y Juzgados de lo Mercantil que refieren dicha ausencia de precio de mercado⁹.

Desde otras posiciones, como por ejemplo el juez Enrique Sanjuan Muñoz¹⁰, se refiere como necesaria la connivencia para que prospere la acción rescisoria concursal, pero esto sería tanto como admitir una interpretación *contra legem* pues no podemos elevar a la categoría de requisito el elemento subjetivo obviado por el art. 71 LC. El problema es que habrá muchas situaciones en las que mediando precio de mercado será muy difícil defender la rescisión concursal sin acudir al fraude, por ejemplo, cuando el deudor convierte un bien fácilmente perseguible en otro de difícil persecución, como por ejemplo vendiendo un inmueble y obteniendo un dinero que, en teoría, es de más fácil ocultación. Recordemos que el art. 166 LC solo califica el concurso como culpable y al adquirente como cómplice si media dolo o culpa grave, lo cual es ciertamente de difícil prueba, a diferencia de lo que pasaría con la acción rescisoria por fraude de acreedores del Código Civil, que para tal supuesto permitiría el juego de una presunción de fraude.

Dicho esto, vemos que la aplicación de la rescisoria concursal en el supuesto del art. 71.1 LC está más cerca de la rescisión por lesión que de la rescisión por fraude de acreedores. Efectivamente el art. 1291.1 y 2 CC establece que los contratos realizados por el representante del menor, incapacitado o ausente serán rescindibles siempre que medie un perjuicio en más de la cuarta parte del valor del bien transmitido. Es decir,

⁹ Ver de Torres Perea, José Manuel «La falta de correspondencia entre prestaciones y perjuicio ex art.71.1 de la Ley Concursal: Estudio jurisprudencial y análisis crítico». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación,* nº. 26, 2017, págs. 73-92. A título de ejemplo SAP Alicante 1 marzo 2012, venta coche por debajo precio mercado. (LA LEY 81845/2012).

¹⁰ SJM nº1 de Málaga 8 junio 2007 (AC 2007/1093) en la que el ponente Enrique Sanjuan Muñoz introduce una importante matización que no puede pasar inadvertida. Considera que «el perjuicio para la masa queda acreditado en cuanto dicho precio de compraventa es inferior al de mercado; en cuanto dicho precio de compraventa sea el de mercado, son las circunstancias concurrentes las que deben tenerse en cuenta, es decir, es aspecto económico». Añade que de dichas circunstancias se puede deducir una «premeditada operación que tiene por objeto sacar de la masa activa uno de los bienes inmuebles de la concursada para que pase a otra sociedad del mismo grupo con el fin de evitar que los acreedores, dada la situación de insolvencia, queden privados de ella».

siempre que el precio de venta no se corresponda con el de mercado, si bien previendo un margen de tolerancia del 25%, margen que, por cierto, la Ley concursal ignora.

Puede afirmarse, por tanto, que no estamos ante una nueva acción rescisoria que de clasificarse debería figurar como subespecie de la acción rescisoria por fraude de acreedores, sino más bien debería entenderse que esta nueva acción concursal es en realidad una subespecie de la acción rescisoria por lesión. De hecho, los efectos que produce, restitutorios, son propios de la acción rescisoria por lesión y no de la acción rescisoria por fraude, que daría lugar a la rescisión limitada al *quantum* del perjuicio. En realidad parece como si el legislador concursal no hubiera apreciado que en el capítulo dedicado a la rescisión por nuestro Código Civil conviven dos institutos bien diferenciados¹¹. Parece pues, que el legislador concursal no termina de vislumbrar las diferencias entre una y otra figura, y ello da lugar a que la doctrina afirme que el perjuicio de la acción rescisoria concursal sea la lesión, entendiendo dicha lesión como un efecto propio de la acción rescisoria por fraude de acreedores. La confusión está servida.

Pero lo realmente grave es que se olvida que la rescisión por lesión es una excepción a un principio básico del ordenamiento. Esto es que, los elementos esenciales del contrato no son impugnables salvo supuestos muy excepcionales. La autonomía de la voluntad exige que se respete la libre voluntad de las partes de contratar en unas determinadas condiciones, sin que puedan luego alegar haber pagado un precio bajo, cuando lo han acordado consciente y libremente. A fin de cuentas, estamos ante un elemento esencial del contrato que no deja de ser subjetivo. Puede que un retrato tenga un precio de mercado de 300 euros de acuerdo a la cotización de la firma del pintor, pero que para el comprador valga los 1000 euros que paga por tratarse del retrato de su madre.

La rescisión por lesión se eliminó de la mayoría de los ordenamientos europeos en el periodo de la codificación, y solo quedó de forma testimonial en alguno como el nuestro para casos muy concretos que son absolutamente excepcionales. Sin embargo, lo que está ocurriendo hoy en día tras 15 años de vigencia de la Ley Concursal, es que

¹¹ Por un lado, la acción rescisoria por fraude de acreedores, procedente de la *restitutio in integrum* romana, que las Partidas llamaban acción revocatoria y, por otro, el beneficio de lesión, que se corresponde con una realidad bien distinta. De hecho, García Goyena cuando decidió unirlas en un único capítulo dedicado a la rescisión, tuvo a bien separarlas en secciones bien diferenciadas, adjudicando a una y otra diversos contenidos y efectos. Finalmente, nuestro Código Civil mezcló el articulado de ambas figuras, si bien es obvio que no todos los artículos contenidos en los arts. 1290-1299 CC son aplicables a las dos. Así, por ejemplo, cuando el art. 1295 CC recoge los efectos restitutorios, se refiere claramente a la acción rescisoria por lesión, y no a la concursal por fraude de acreedores.

un supuesto excepcional en el Código Civil está perdiendo la excepcionalidad para convertirse en general por vía de la Ley Concursal. Puede afirmarse que cualquier contrato hoy celebrado, es susceptible de ser rescindido si en los dos años siguientes el vendedor cae en concurso y se alega que el precio no fue de mercado. Lo cual supone un nivel de inseguridad jurídica intolerable. Además, puede que el adquirente haya adquirido a título oneroso y de buena fe del verdadero propietario y, sin embargo, el art. 71 LC le dirá que su buena fe de nada le va a servir cuando se estime que el precio pagado no es el adecuado.

Tras una década de crisis económica es manifiesto lo subjetivo que puede ser la determinación del «precio de mercado» en una específica operación. Incluso encontramos sentencias que señalan que el precio fijado para subasta en la constitución de la hipoteca no se ajusta al de mercado; y supuestos en los que un mismo bien se ha tasado a precios bien distintos con escasos meses de diferencia. Ante este panorama no haría mal el notario en exigir a las partes intervinientes que aportasen a la escritura de compraventa una tasación a fin de poder, al menos, alegar en un futuro que el precio en su momento pagado se correspondió al de la tasación hecha conforme a ley.

Estas reflexiones nos llevan a plantear una serie de nuevos problemas. El primero será que en el caso del art. 71.3.1 LC, la persona cercana al deudor que contrate con él podrá quedar muy perjudicada. Imaginemos que un empresario no tiene acceso a liquidez por negársela las entidades financieras tal como ha pasado frecuentemente en los últimos años. La única posibilidad que le quedará es acudir a las personas a él cercanas. Puede que a su hermano, quien ante dicha situación procure ayudarlo. Si la ayuda consistiera en que el hermano le comprara su vivienda familiar, para proporcionarle la liquidez que necesita y seguidamente arrendársela, podría estar cometiendo uno de los mayores errores de su vida. Si finalmente se llegara al concurso en los dos años siguientes, sin duda se aplicaría la presunción de perjuicio del art. 71.3.1 LC, presunción que podría ser muy difícil de destruir, y el comprador por muy de buena fe que hubiera sido vería que su crédito no lo sería contra la masa, sino subordinado, el último en pagarse. Es decir, en la práctica se produciría una expropiación sin derecho a justiprecio y se quedaría sin bien inmueble y sin contraprestación alguna, todo ello, repito, siendo de buena fe y, simplemente, porque se alegase que el precio pagado no fuese de mercado.

Otra singularidad que se observa es que, en el caso de la presunción *iuris et de iure*, de perjuicio en el caso de acto realizado a título gratuito, podría darse el siguiente escenario. Puede que cuando se otorgase la donación el donante fuese solvente, y no pensará ni remotamente en caer en insolvencia. Puede que no tuviera deudas. Pues bien, si un año después de hecha la donación realizara un contrato que le generase una

deuda que de forma inesperada le provocara la insolvencia de forma súbita, lo cual no es descartable en un escenario como el que hemos vivido en los últimos años, declarándose su concurso en los dos años posteriores a la donación, resultaría que la donación automáticamente quedaría rescindida por ley, a pesar de que cuando se hizo el deudor no era insolvente, de que las partes actuaron de buena fe y de que no existía deuda alguna. Todo ello supone una violación fragante del art. 1911 CC, que claramente establece que el deudor responde de sus obligaciones con sus bienes presentes y fututos, pero no con los pasados. Este ejemplo es trasladable al supuesto de impugnación de acto de disposición a título oneroso.

Pero de todo ello resulta algo más grave, y es la posibilidad de que un acto se declare rescindido, no por las circunstancias concurrentes en el momento en que se realizó, sino por actos sobrevenidos posteriores. Este escenario no se corresponde con el cuadro general de ineficacia previsto en nuestro ordenamiento, en el cual solo cabe impugnar un acto o contrato cuando desde su nacimiento presenta un defecto que lo invalida, ya sea nulidad, vicio del consentimiento, incapacidad para contratar, perjuicio intolerable que causa a la otra parte contratante o a tercero, etc. Cuando hablamos de supuestos sobrevenidos, solemos referirnos al incumplimiento que da lugar a la resolución y no a la rescisión del contrato.

Igualmente, para quienes defienden que el adquirente del deudor sí es un tercero del 37.4 LH, el artículo 71.1 LC atentaría directamente contra la LH al prescindir del requisito subjetivo. Si bien como veremos de seguido, sería una colisión aparente pues la práctica judicial aplica el art. 71.1 LC como supuesto independiente de la rescisoria por fraude.

Precisamente otro problema surge, de considerar que el tercero del art. 37.4 LH es un subadquirente, por el olvido conjunto que hacen los arts. 1295 CC y 72 LC cuando refieren que podrá ejercitarse la rescisión contra quien haya actuado faltando a la buena fe, obviando recoger el requisito de la gratuidad u onerosidad del acto o contrato impugnado. Esto implica que, en principio, no encontramos una justificación legal para inquietar al subadquirente a título gratuito de buena fe. Sin embargo a este supuesto resultaría de aplicación el art. 37.4 LH, que extiende la posibilidad de rescindir no solo frente al subadquirente de mala fe, sino también contra el de buena fe a título gratuito cuando se trate del ejercicio de una acción rescisoria por fraude de acreedores¹². El problema es que este artículo, no lo podremos aplicar a la rescisoria

¹² «Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto por esta Ley. Se exceptúa de la regla contenida en el párrafo anterior: 4. Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a tercero: a) Cuando hubiese adquirido a título gratuito. b) Cuando habiendo adquirido a título oneroso hubiese sido cómplice del fraude...».

concursal que evidentemente no recoge un supuesto de acción rescisoria por fraude de acreedores, sino otro tipo de acción rescisoria, más cercana a la acción rescisoria por lesión.

Volviendo al perjuicio concursal, entendido como supuesto de rescisión por falta de precio de mercado, denunciamos que ello no fundamenta la ineficacia del contrato. Es verdad que la Ley Concursal pretende justificarlo concediendo al adquirente rescindido un crédito contra la masa, crédito de pago simultáneo a la entrega del bien rescindido, pero, en primer lugar, el pago se haría siempre que mediase líquido disponible, lo cual en muchos casos será una mera quimera y, en segundo lugar, este pago no justificaría violentar a un comprador a título oneroso de buena fe. La primacía que se da al concurso, a la búsqueda de patrimonio para el concurso, no puede llegar tan lejos, no puede implicar dejar abierta la puerta para el maltrato jurídico del adquirente oneroso de buena fe. En ningún derecho comparado encontramos un solo caso de rescisión concursal desligado del fraude. Solo en el ordenamiento norteamericano 13 hemos encontrado referencia a la falta de equilibrio entre las prestaciones como justificativa de la reintegración de la masa activa, pero junto a la siempre presente figura del fraude¹⁴. Los elementos esenciales del contrato no son impugnables cuando han sido libres y voluntariamente acordados, y no encontramos apoyo legal alguno para sostener la primacía del interés de los acreedores sobre la tutela del interés del tráfico.

Ya concluyendo, queremos poner de manifiesto los graves problemas jurídicos a los que la opción elegida por el legislador, al desvincular la acción rescisoria concursal del fraude, nos llevan. Es decir, las consecuencias de optar por un sistema rescisorio en el que basta una ausencia de precio de mercado para rescindir, sin respetar el tradicional margen de tolerancia de la cuarta parte, ni la buena fe y título oneroso del adquirente. Lo que está en juego es el principio de la autonomía de la voluntad, pieza clave de nuestro sistema jurídico. Dicho principio encuentra anclaje en el artículo 10 de la

¹³ 11 U.S. Code (Bankruptcy) § 548 – Fraudulent transfer and obligations. (B). En ocasiones se ha referido que el precedente se encuentra en la *Legge Fallimentare* italiana, pero una lectura meditada del artículo 67 de la misma nos informa que no prescinde del requisito subjetivo. De hecho, comienza estableciendo como premisa básica que: *Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore...*

¹⁴ Por otro lado, y llegados a este punto, nos planteamos si realmente le merecerá la pena al administrador concursal ejercitar la rescisión concursal en estas condiciones, que desde luego parecen poco propicias para conseguir la perseguida maximización del patrimonio insolvente. Pensemos que primero tendrá que desembolsar el líquido pagado por el bien de forma simultánea a la entrega de éste, para luego convertirlo de nuevo en líquido, si bien dichas operaciones generarán una serie de costes considerables que unido a la dificultad que en los últimos años han sufrido las entidades financieras para desprenderse de sus activos inmobiliarios, pueden llevar a la paradoja de que finalmente el inmueble rescindido haya de enajenarse a un precio aún inferior del inicialmente pagado.

Constitución, como manifestación del desarrollo de la personalidad. Pero es que también está en juego el principio constitucional de la libertad de empresa, recogido por el art. 38 CE. Como ha señalado la STC 16 junio 1994 (RTC 1994/179), la autonomía de la voluntad ha de entenderse como un complemento de la autonomía personal y encarna el derecho a realizar libre y voluntariamente aquello que se quiere. Pero, sobre todo, lo que está en juego, es la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento. Los operadores aún no se han dado cuenta de que la regulación de la acción rescisoria concursal abre la puerta de pandora al suprimir el elemento subjetivo y en virtud de un elemento tan discutible como el llamado «precio de mercado» permite rescindir todo tipo de contratos bilaterales en los dos años siguientes a su celebración si el enajenante cae en concurso, y ello puede ocurrir independientemente de la buena fe de las partes, habiéndose adquirido el bien a título oneroso, sin que medie insolvencia, sin que exista crédito alguno que pueda perjudicarse en el momento de realizar el acto, sin que medie líquido disponible para satisfacer la contraprestación, ineficacia que además puede resultar declarada dos años después de celebrarse el contrato por motivos «sobrevenidos». Como resultado, puede ser que una adquisición hecha de buena fe y a título oneroso solo quede inatacable tras el transcurso de un periodo de tiempo de dos años, pues prima facie puede resultar arriesgado aventurar las vicisitudes que puedan acaecer. Esta situación no creemos que pueda quedar justificada por una hiperprotección del acreedor concursal, ni por la consolación de recibir un crédito contra la masa no siempre realizable, pues están en juego intereses prioritarios, como la protección de la buena fe, la autonomía de la voluntad, los artículos 10 y 38 CE, y la seguridad del tráfico, todos ellos incardinados en la esencia de nuestra tradición jurídica. Si bien, siempre cabrá alegar que el buen sentido común del juez atemperará la aplicación de la ley; el verdadero problema es que conforme a la regulación vigente y la interpretación y aplicación que de ella hacen nuestros tribunales, es clara la vulneración legal a la que puede quedar sometido el adquirente a título oneroso de buena fe en estos supuestos.

No sin razón, se ha afirmado que la Ley Concursal ha sacado la retroacción por la puerta para luego meterla por la ventana, si bien esta nueva «retroacción» que se extendería a los dos años anteriores a la declaración del concurso, es aún más transgresora que la anterior. A fin de cuentas, vigente el anterior art. 878 Código de Comercio, la nulidad de los actos realizados por el deudor durante el periodo de la retroacción de la quiebra se debía a la falta de poder de disposición del deudor para realizarlos, lo cual encontraba adecuado acomodo jurídico y no tenía por qué colisionar con el art. 34 LH, reservado para proteger a los subadquirentes¹⁵. Sin embargo, ahora la rescisión de los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la

¹⁵ Ver Bermejo Gutiérrez, Nuria, «Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (Nota sobre un falso problema) », *RCDI*, Año LXXIII, julio-agosto 1997, nº 641, p.1414.

375

declaración del concurso no se deberá a la falta de poder de disposición del transmitente, no puede defenderse que medie nulidad alguna, sino por unos motivos que según lo explicado en el cuerpo de este artículo atentan contra principios básicos de nuestro ordenamiento, perjudicando gravemente la seguridad del tráfico.

BIBLIOGRAFÍA

Jerez Delgado, Carmen, Los actos objetivamente fraudulentos: La acción de rescisión por fraude de acreedores, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

— Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos, ed. UAM, Madrid, 2004.

DE TORRES PEREA, José Manuel, Presupuestos de la acción rescisoria, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Bermejo Gutiérrez, Nuria, *Créditos y quiebra*, ed, Civitas, Madrid, 2002

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, "Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (Nota sobre un falso problema)", RCDI, Año LXXIII, julio-agosto 1997, nº 641, pp.1422 y ss.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, en Comentarios a la Legislación Hipotecaría, Vol.V,2^aed. Pamplona, 1975

GORDILLO CAÑAS, Antonio, "Protección del tráfico inmobiliario y par conditio creditorum (De la desmesurada retroacción de la quiebra a la malograda normalización registral del concurso)", en Estudios Olivencia. Tomo IV, Marcial Pons Madrid-Barcelona, 2005, pgs.4114-4115.

Fecha de recepción: 18.04.2018

Fecha de aceptación: 11.06.2018