

## Sobre la fecha de retroacción absoluta de la quiebra.

JAVIER ALONSO HERNANDEZ

(iberforo-Toledo)

### 1. LA QUIEBRA: CONCEPTO Y FORMAS DE PROTEGER A LOS ACREEDORES.

La quiebra, según el artículo 874 del Código de Comercio de 1885 (en adelante Cco), supone, por un lado, un estado legal que hace perder al quebrado la disposición y administración de sus bienes y restringe su capacidad, inhabilitándole para el ejercicio del comercio hasta que no sea rehabilitado; pero por otro lado, es además una institución jurídica de orden eminentemente procesal desde la declaración formal por parte del juez. Y todo ello, en aras a satisfacer los créditos de los acreedores de forma proporcional y equitativa, partiendo eso sí, del principio de la "*pars conditio creditorum*".

Para prevenir las posibles operaciones en perjuicio de sus acreedores, o en beneficio de unos y en perjuicio de otros, existen remedios y mecanismos legales de protección. Estos remedios se denominan operaciones de reintegración, y son todas aquellas que están encaminadas a traer a la masa de la quiebra, bienes que salieron del patrimonio del quebrado antes de la declaración formal de quiebra, pero en un momento en que el empresario ya se encontraba en quiebra fáctica. Cabe distinguir dos sistemas o mecanismos en nuestro derecho:

- a) la llamada retroacción absoluta, que es el objeto de este estudio, artículo 878, párr. 2º del Cco, y
- b) las acciones de impugnación para enervar la eficacia de determinados actos realizados, que unas veces se articulan tomando sólo en consideración su proximidad a la declaración de quiebra, artículo 879 del Cco; otras, como en el caso del artículo 880 Cco, se basan en presunciones en función del factor tiempo; y en otros casos, requiriéndose para su eficacia la demostración del fraude, artículos 881 y 882 del Cco.

### 2. LA RETROACCIÓN ABSOLUTA: VISIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Puede definirse la retroacción absoluta como el periodo de tiempo decretado por el juez, en que se intenta hacer coincidir el estado legal de quiebra con la quiebra de hecho, declarándose nulas todas aquellas operaciones o actuaciones realizadas por el quebrado en esa época a la que se retrotraen los efectos de la declaración judicial. La finalidad básica por tanto, es la protección de los intereses legítimos de los acreedores, para

que puedan hacer efectivo sus créditos en la cuantía máxima posible.

Pese a la rotundidad del artículo 878.2 del Cco. sobre la nulidad de todos los actos del quebrado a partir de esa fecha, su alcance es discutido tanto doctrinal como Jurisprudencialmente.

**1º** La *posición mayoritaria*, defendida por autores como Garrigues, Ramírez, Sotillo Navarro, con ciertas reservas, y Sánchez Calero, entre otros, consideran que este precepto regula una nulidad absoluta, que produce efectos *erga omnes*, y que hace volver a la masa acreedora todos aquellos bienes que salieron del patrimonio del deudor por consecuencia de estos actos nulos.

**2º** La *Jurisprudencia*, de forma reiterada, y desde tiempos pretéritos, (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1874), se ha inclinado por esta tesis de la nulidad absoluta "*ipse legis potestae et auctoritae*", que continua vigente hoy, (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1999, RJA 1999/4098).

Los principios que fundamentan esta posición son los siguientes:

- 1.- Se produce una total equiparación entre los actos realizados por el quebrado después de la declaración de quiebra, y los ejecutados en el periodo de retroacción.
- 2.- El fundamento de la nulidad de los actos es la incapacidad del quebrado derivada de la inhabilitación desde la declaración judicial de la quiebra, pero surtiendo efectos desde la fecha de retroacción. Considerándose tales actos inexistentes y carentes de efectos jurídicos.
- 3.- La nulidad afecta a los actos de administración y disposición sobre su patrimonio, no sobre el patrimonio de un tercero actuando el quebrado como gestor de negocios ajenos.
- 4.- Los efectos de esta nulidad no sólo afectan a los acreedores, sino también a los terceros que con él contrataron.
- 5.- Se argumenta que la nulidad absoluta se deriva de la ausencia de procedimiento especial para impugnar los actos comprendidos en el artículo 878.2, a diferencia de lo que ocurre con las acciones impugnatorias de los artículos siguientes.

**3º** En cambio, la *posición minoritaria*, que se ha caracterizado como aperturista o relativista,

siendo sus máximos exponentes las Sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993 (RJA 1993/1793, y RJA 1993/6647), y por parte de la doctrina, Jiménez Escárczaga, Juste Iribarren, y Vicent Chulia, basa su argumentación, en que sólo deben considerarse nulos aquellos actos del quebrado que suponen un perjuicio para la masa de la quiebra.

Esta posición tiene como argumento principal la protección del tráfico jurídico, con especial consideración respecto del tercero de buena fe que contrató con el quebrado en una época en que todavía no se había declarado la quiebra.

Viene a argumentar esta posición, tal y como expresa la Sentencia de 12 de marzo de 1993, con base en el artículo 3 del CC, que es necesario la adaptación de la norma a la realidad de los tiempos, de forma que se permita excluir de la nulidad a todos aquellos terceros que contrataron de buena fe con el quebrado, estando al margen de las maniobras de desposesión llevadas a cabo por el quebrado, siempre y cuando se una concurrencia probatoria notoria y precisa.

La base jurídica de esta posición está en una interpretación conjunta del artículo 878.2 del Cco, con el artículo 1366 de la LEC, norma esta posterior al Cco. Esta tiene su origen temporal en la Sentencia de 11 de diciembre de 1965, la cual consideró válido un acto impugnado por haber sido convalidado por la Sindicatura de la quiebra. Así, y teniendo en cuenta que el artículo 1366 de la LEC dispone que los síndicos están facultados para pedir la retroacción de los actos perjudiciales para la quiebra, se concluye que no todos los actos, sino sólo los perjudiciales, pueden considerarse nulos, con lo cual no se estaría ante una nulidad absoluta, sino ante anulabilidades o rescisiones (arts. 1290 y ss del CC), que vendrían determinadas por el perjuicio producido.

No obstante lo lógico de esta argumentación, la doctrina mayoritaria a día de hoy en el Tribunal Supremo sigue siendo la de la nulidad absoluta de todos los actos del quebrado. Así Sentencias de 11 de noviembre de 1993 (RJA 1993/8960), de 28 de octubre de 1996 (RJA 1996/7434), de 26 de marzo de 1997 (1997/2539), y de 5 de junio de 1999 (1999/4098)

**4º) Respecto a la posibilidad de aplicar en estos supuestos los preceptos relativos a la anulabilidad y rescisión del CC,** la argumentación que se ha venido dando para negar su aplicación ya es establecida en Sentencias del Tribunal Supremo del 14 de diciembre de 1960 (RJA 1960/3476), 7 de marzo de 1973 (RJA 1973/701), y 26 de marzo de 1974 (RJA 1974/1128), alegándose que se trata de situaciones absolutamente distintas, ya que lo dispuesto en el CC, se justifica en una recíproca recepción entre partes que han de devolverse mutuamente, mientras que el supuesto recogido en el artículo 878.2 del Cco, defiende la integridad de una masa de bienes con la que por no haberse contratado, ni haberse recibido precio alguno, difícilmente pueden invocarse preceptos que directamente se refieren a quien pactó y recibió lo que es objeto de la convención declarada nula.

En consecuencia, se ha establecido que uno de los fundamentos de la retroacción de la quiebra es entender nulos los actos de disposición hechos por el quebrado durante ese periodo, por considerarse que a partir de esa fecha el quebrado ya era inhábil o incapaz para administrar sus patrimonios; ahora bien, hasta qué punto un suspenso podría considerarse inhabilitado para administrar su patrimonio, cuando éste, en el expediente de suspensión de pagos, está intervenido o fiscalizado en todos sus actos por la Intervención Judicial, pues el suspenso no es un incapaz, sino que tiene limitada su capacidad que se ve completada por la Intervención, tal y como expresa la LSP.

Por todo lo anterior, debo entender, que aplicar la tesis de la nulidad radical de la retroacción al deudor suspenso, es tanto como dejar vacío de contenido la función de los interventores judiciales. Por ello la tesis de la nulidad absoluta choca abiertamente con la esencia del procedimiento de la suspensión de pagos.

Entiendo en consecuencia, que la declaración de nulidad debe afectar solamente a actos anteriores a la constitución de la intervención judicial, esto es, a los actos del deudor inmediatamente anteriores al inicio del expediente de suspensión de pagos. Por lo que, obviamente, de aplicarse de forma tajante esta doctrina de la nulidad absoluta, de forma que afecte incluso a la suspensión de pagos anterior, provoca una clara e ineludible indefensión a aquellos acreedores del suspenso que han recibidos pagos de éste.

### 3. LA POSIBLE INCIDENCIA DE LA NUEVA LEY CONCURSAL

Por otro lado, puede que la discusión y debate suscitado no le quede mucho tiempo de vida. El anteproyecto de ley concursal, viene a establecer la unidad del procedimiento de concurso, que se pretende conseguir en virtud de una tremenda flexibilidad otorgada por la propia ley, de forma que permita su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales pueda alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso único.

El anteproyecto de ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en periodo sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume, y en los demás habrá de probarse por la administración judicial o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irrevindicabilidad o del Registro.

Así dentro de su articulado, se expresa que, una vez 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 hubiese existido intención fraudulenta.

Dicho perjuicio patrimonial se presumirá, sin admitir prueba en contrario, en una serie de actos, entre los que se encuentran:

- 1º. Actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso.
- 2º. Actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
- 3º. Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
- 4º. Pagos u otros actos de extinción de obligación es cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso.

Respecto de los demás actos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

Se marca igualmente que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y de compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

Por último se establece que el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el Juez del concurso con total independencia de aquéllas y por los trámites del incidente concursal.

De llegar a plasmarse las novedades referidas en el definitivo texto legal, parece desecharse definitivamente la posibilidad de establecer un periodo de retroacción absoluta, en lugar de unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, y en conclusión no puedo sino, al mismo tiempo que aplaudo la reforma, dejar de considerar como absolutamente zanjada la problemática expuesta, y debiendo pasar por tanto al olvido la inseguridad jurídica y la inestabilidad comercial que la retroacción absoluta puede llegar a someter a los operadores económicos.