

# ACTUACIÓN DEL DEUDOR EN FASE DE EJECUCIÓN DEL CONVENIO Y REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA EN LA LIQUIDACIÓN\*

Aurora Martínez Flórez

Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Sumario:** 1. Consideración general: los problemas del tránsito desde el convenio hacia la liquidación. 2. La actuación del deudor durante la fase de ejecución del convenio. A) La libre actuación del deudor tras la eficacia del convenio. La desaparición de la masa activa. B) La limitación en el convenio de la actuación del deudor en la esfera patrimonial. 3. El sistema de reintegración de la masa activa en la liquidación. A) Los mecanismos de reintegración específicos de los concursos en los que ha existido un convenio eficaz. a) La acción de ineficacia de los actos contrarios a las limitaciones convencionales. b) La acción de revocación de los pagos realizados durante la fase de ejecución del convenio. a'. Las causas de revocación de los pagos. a". La contravención del convenio. b". La alteración de la igualdad de trato de los acreedores. c". El fraude. b'. La naturaleza de la acción de revocación de los pagos. B) Los mecanismos de reintegración propios de cualquier procedimiento concursal. a) Sobre la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal. b) La apertura de la fase de liquidación como continuación del proceso concursal que produce los efectos propios de la declaración de concurso. c) La formación de la masa activa con la apertura de la fase de liquidación. d) La delimitación de la masa activa de la liquidación. e) Acción rescisoria concursal y créditos frente a la masa en la liquidación posterior. a'. Acción rescisoria concursal y créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad. b'. Acción rescisoria concursal y otros créditos frente a la masa surgidos en la fase de ejecución del convenio. C). Los mecanismos de reintegración propios del Derecho común. Nota bibliográfica

\* Este trabajo constituye una reelaboración de una parte del publicado en BELTRÁN/SANJUAN (dir.), *La reintegración de la masa activa. IV Congreso de Derecho de la insolvencia*, Cizur Menor, 2012.

## 1. CONSIDERACIÓN GENERAL: LOS PROBLEMAS DEL TRÁNSITO DESDE EL CONVENIO HACIA LA LIQUIDACIÓN

La función esencial del concurso de acreedores es lograr la mayor satisfacción posible de los acreedores (v. E. de M. Ley concursal)<sup>1</sup>. Ese fin puede alcanzarse por dos caminos: el convenio y la liquidación. El convenio es un negocio jurídico entre el deudor y la mayoría de sus acreedores y sancionado por el juez que establecerá la satisfacción de los acreedores mediante quitas, esperas u otras propuestas alternativas (la conversión de los créditos en participaciones sociales, en créditos participativos, etc.). Y la liquidación constituye una fase del proceso concursal dirigida a convertir en dinero los bienes y derechos del deudor para repartir el precio entre los acreedores por el orden establecido en la Ley. Cuando en el proceso concursal se alcanza un convenio, los interesados, como parte del contenido del acuerdo, pueden establecer los mecanismos para controlar su cumplimiento (creando un órgano de vigilancia, exigiendo la autorización de los acreedores para realizar actos que pudieran poner en riesgo el pago de estos, etc.) y asegurar la efectiva satisfacción de los acreedores (fin último del concurso). Pero pueden optar también por dejar en libertad al deudor, porque confían en que realizará una gestión correcta, porque consideran que facilita la gestión de la actividad y del patrimonio y que envía al tráfico señales de normalidad, etc. Cuando el convenio resulta cumplido, el fin del concurso de acreedores habrá sido alcanzado y concluirá el procedimiento concursal. Pero, cuando queda incumplido, las expectativas de los acreedores se habrán visto defraudadas y será necesario hacer el tránsito desde el convenio hacia la otra solución del concurso, la dirigida a liquidar los bienes para repartir el precio entre los acreedores, produciéndose así la llamada conversión de la fase de convenio en fase de liquidación<sup>2</sup>.

El sistema para realizar el tránsito desde el convenio hasta la liquidación puede articularse

de distintas formas, en función del modo en que el sistema jurídico haya configurado la eficacia del convenio. En este sentido, caben diversos modelos posibles: el primero, en el que la aprobación judicial del convenio (determinante de su eficacia) pone fin al procedimiento concursal y a sus efectos y, en consecuencia, el incumplimiento del convenio determina la *reapertura* del procedimiento (o la declaración de uno nuevo), del mismo modo que sucede cuando tras la conclusión del procedimiento concursal que terminó con liquidación aparecen nuevos bienes. El segundo, en el que la resolución judicial que aprueba el convenio no tiene incidencia alguna ni en el proceso de concurso ni en los efectos propios del mismo, los cuales continúan hasta la completa ejecución del acuerdo. Y, finalmente, caben sistemas híbridos, en los que la aprobación judicial del convenio (desencadenante igualmente de su eficacia) lleva aparejado el cese de los efectos de la declaración de concurso (en su totalidad o en su gran mayoría), pero no pone fin al procedimiento concursal, que continúa (en un estado más o menos latente) hasta el cumplimiento del convenio, y en los que, por lo tanto, la declaración de incumplimiento del convenio determina la *continuación del procedimiento concursal*, que es el sistema seguido por el Derecho español (v. arts. 133.2, 141 y 176.1.2º LC). La Ley concursal establece, en efecto, a este respecto que la declaración judicial de incumplimiento del convenio tiene como consecuencia —cuando dicha declaración es firme— la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1.5º) y, con ella, la continuación del procedimiento concursal.

En el primer y el tercer modelo —que son los únicos que presentan dificultades desde la óptica que se está contemplando aquí— el tránsito desde el convenio hasta la liquidación plantea problemas importantes en distintos ámbitos. En este momento interesa aludir a dos. Por un lado, en relación con el propio acuerdo alcanzado entre el deudor y los acreedores, surge la cuestión del mantenimiento o la eliminación de los efectos del convenio para los distintos implicados (deudor, acreedores,

garantes, etc.). Y, por otro lado, respecto de la actuación desarrollada por el deudor en la fase de cumplimiento del convenio (en ejecución del acuerdo y al margen del mismo), se plantea el problema de saber si dicha actuación debe ser respetada en la fase de liquidación o si, por el contrario, puede o debe ser revisada cuando resulte perjudicial para los acreedores que deben ser satisfechos en el procedimiento concursal.

La resolución de los problemas del primer orden se vincula a los efectos de la declaración de incumplimiento del convenio, tema que, entre nosotros, adolece de un importante déficit de regulación<sup>3</sup>. La Ley establece que la declaración de incumplimiento del convenio comportará la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos (art. 140.4), lo que supone la desvinculación de las partes del acuerdo y que los acreedores recuperan la facultad de exigir el pago de sus créditos en las mismas condiciones en que podían hacerlo antes del convenio; si bien, como regla general, pueden conservar los pagos que hubieran percibido en ejecución del convenio (v. art. 162: v. *infra*).

La solución de los problemas del segundo orden —de los que vamos a ocuparnos en este lugar— puede venir determinada por el contenido del convenio, pero depende también, de forma importante, del modo en que el sistema legal ha articulado el tránsito entre las dos soluciones del concurso (el convenio y la liquidación).

## 2. LA ACTUACIÓN DEL DEUDOR DURANTE LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONVENIO

La suerte, en la fase de liquidación, de la actuación desarrollada por el deudor en el período de cumplimiento del convenio viene determinada, en primer lugar, por el régimen de actuación de dicho deudor durante la fase de ejecución del convenio, el cual depende, en principio, del propio convenio. Así suce-

de tanto en sistemas en los que la eficacia del convenio pone fin al proceso concursal y a sus efectos como en aquellos en los que determina únicamente el cese de los efectos de la declaración de concurso, dejando subsistente el proceso concursal, como sucede en el Derecho español (v. arts. 133, 141 y 176.1.2º LC). Al respecto caben dos posibilidades, como se va a poner de manifiesto a continuación.

### A) LA LIBRE ACTUACIÓN DEL DEUDOR TRAS LA EFICACIA DEL CONVENIO. LA DESAPARICIÓN DE LA MASA ACTIVA

La primera, que el convenio no se pronuncie sobre el particular, en cuyo caso *con la eficacia del convenio* —que se produce en la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez acuerde retrasarla hasta que alcance firmeza (art. 133.1 LC)— *el deudor recupera la facultad de administrar y de disponer libremente de sus bienes*, de las que había quedado privado o limitado con la declaración de concurso (art. 40).

En nuestro sistema jurídico, *la eficacia del convenio conlleva el cese de la mayor parte de los efectos de la declaración de concurso* y de la administración concursal (art. 133.2), cuya justificación se encuentra en el hecho de que el mantenimiento de aquellos efectos podría suponer un obstáculo para el cumplimiento del convenio<sup>4</sup>. En efecto, aunque en sede de eficacia del convenio la Ley realiza una declaración categórica de cese total de los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2), esa declaración viene matizada en diversos lugares de la misma<sup>5</sup>. En primer lugar, aparece desmentida en la misma sede, al señalar que, a pesar de su cese, los administradores concursales continúan legitimados para proseguir los incidentes en tramitación hasta su completa terminación (v. art. 133.3), entre los cuales pueden encontrarse algunos que son efectos de la declaración de concurso por expresa declaración legal (v. gr., los relativos a las acciones frente a los actos perjudiciales para la masa, a las acciones de anulabilidad frente a los actos contrarios a las

limitaciones patrimoniales, etc.). Y, en segundo lugar, aquella declaración aparece corregida también en el marco de la regulación de los efectos de la declaración de concurso, en la cual existen diversas normas que establecen o presuponen que hay efectos de la declaración de concurso que continúan tras la eficacia del convenio, hasta la conclusión del concurso (v. arts. 50.2 y 3, 51bis, 59bis, etc.). Si bien el análisis particularizado de estas normas pone de manifiesto que, *en muchos casos*, no pueden ser interpretadas en sentido literal, puesto que aunque afirman que el efecto de la declaración de concurso de que se trate sigue vigente durante la fase de ejecución del convenio, hasta la conclusión del concurso, lo cierto es que *con la eficacia del convenio el efecto de la declaración de concurso queda sustituido por los efectos del convenio o sencillamente desaparece*. Por poner sólo algunos ejemplos, el artículo 40.7 prevé la sanción de anulabilidad para los actos contrarios a la intervención o a la suspensión (efectos de la declaración de concurso para el deudor) estableciendo que la acción de anulabilidad “caducará con el cumplimiento del convenio”, lo que parece suponer que la acción puede ejercitarse durante la fase de ejecución del convenio. Pero, en la práctica, si en el convenio no se ha establecido nada respecto del ejercicio de dicha acción, no podrá ejercitarse tras la eficacia del convenio, porque no existirá un sujeto legitimado para ejercitarla. Y lo mismo sucede con otros efectos de la declaración de concurso que, según la letra de la Ley, parecen seguir vigentes hasta la conclusión del concurso. Piénsese, v. gr., en la suspensión del derecho de retención sancionada por el nuevo artículo 59bis. Este precepto parece presuponer que ese efecto del concurso existe hasta la conclusión del concurso (apartado 2º), momento en el cual deberán restituirse al titular del derecho, cuyo crédito no hubiera sido satisfecho íntegramente, los bienes y derechos sobre los que recae el derecho de retención que no hubieran sido enajenados en el procedimiento concursal. Sin embargo, en la práctica el acreedor titular del derecho de retención quedará sometido al convenio y cabe la posibilidad de un convenio de espera en el que se establezca que el deudor restituirá

al acreedor titular del derecho de retención los bienes hasta el cumplimiento del convenio.

*Y entre los efectos de la declaración de concurso que desaparecen con la eficacia del convenio se encuentran las limitaciones patrimoniales*. El cese de las limitaciones patrimoniales (la intervención o la suspensión) con la eficacia del convenio no ofrece dudas<sup>6</sup>. En primer lugar, porque su existencia presupone la de la administración concursal, que cesa por expresa disposición legal con la eficacia del convenio (v. art. 133.3); pues aunque la administración concursal continúa legitimada para ejercer algunas funciones, entre ellas no está la administración y la disposición del patrimonio del deudor ni el control de dichas facultades. Y, en segundo lugar, porque, si no cesaran las limitaciones legales de las facultades de administrar y de disponer, no tendría sentido que la Ley dijera que en el convenio pueden establecerse medidas prohibitivas o limitativas de tales facultades de carácter convencional (art. 137: v. *infra*).

*La extinción de las limitaciones patrimoniales derivadas de la declaración de concurso con la eficacia del convenio tiene consecuencias importantes*. La primera de ellas es que, a falta de cláusula del convenio en sentido contrario, *el deudor recupera la libre administración y disposición de sus bienes*. Y la segunda y vinculada con la anterior, conlleva *la desaparición de la masa activa*. La existencia de la masa activa es, en efecto, una consecuencia de las limitaciones patrimoniales derivadas de la declaración de concurso; de la intervención o de la suspensión, que no afectan a todos los bienes del deudor, sino únicamente a los destinados a la satisfacción de los acreedores (v. art. 76.2), dando lugar a un patrimonio separado destinado a ese fin específico y sometido a un determinado régimen de administración y de disposición (v. arts. 40 y 43). Y, por lo tanto, dicha masa desaparece como efecto del cese de las limitaciones patrimoniales desencadenadas por la declaración de concurso o establecidas por el juez a lo largo de la tramitación del concurso, modificando el efecto establecido por la Ley<sup>7</sup>.

El hecho de que algunas obligaciones surgidas tras la eficacia del convenio (durante la fase de ejecución del mismo) tengan la consideración de deudas de la masa en la liquidación posterior (v. gr., los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad o los derivados del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que continúa: v. art. 84.2.11º y 5º) no significa que durante la fase de cumplimiento del convenio siga existiendo la masa activa. Esos créditos (o esas deudas si se mira desde la perspectiva del deudor) tienen la consideración de créditos contra la masa por expresa declaración legal; no porque siga existiendo la masa activa tras la eficacia del convenio. La existencia de la masa activa no es un presupuesto indispensable para la existencia de créditos frente a la masa, como lo demuestra el hecho de que haya créditos que tienen la condición de créditos contra la masa y que tienen su origen en un momento en el que no existía concurso de acreedores ni, en consecuencia, masa activa (v. gr.: los créditos salariales de los treinta días anteriores a la declaración de concurso o los derivados de contratos que son rehabilitados por la administración concursal: v. art. 84.2.1º y 7º).

## B) LA LIMITACIÓN EN EL CONVENIO DE LA ACTUACIÓN DEL DEUDOR EN LA ESFERA PATRIMONIAL

La segunda posibilidad es que *el convenio incluya cláusulas mediante las cuales se limite el ejercicio por el deudor de las facultades de administrar y de disponer de los bienes hasta que se cumpla el citado convenio*. La introducción de estas medidas en el convenio se justifica porque, aunque las partes han alcanzado un acuerdo sobre el modo, el tiempo y la cuantía de la satisfacción de los acreedores, estos no han sido efectivamente satisfechos (fin último del procedimiento concursal) y el deudor podría realizar actos y negocios que pusieran en peligro la efectiva ejecución del acuerdo.

En esas circunstancias, el sistema jurídico autoriza a los interesados en el convenio a sustituir las limitaciones legales al ejercicio de las

facultades patrimoniales del deudor que cesan con la eficacia del convenio por limitaciones convencionales, en los términos que se consideren suficientes para asegurar que el deudor no va a realizar actos que pongan en riesgo el cumplimiento del convenio (arts. 132.3 y 137); aunque lo mismo sucedería en ausencia de tal autorización, al amparo del principio de autonomía de la voluntad que rige, dentro de ciertos límites, en materia de contenido del convenio (v. E. de M. LC y art. 100 LC). A este respecto, es imaginable la creación de un órgano de vigilancia del cumplimiento del convenio o el establecimiento de medidas por cuya virtud el deudor no podrá realizar sin la autorización de una comisión de acreedores o de otro sujeto cualquier acto de administración o de disposición —de forma semejante a lo que sucede en el caso de intervención desde la declaración de concurso hasta la aprobación del convenio— o aquellos actos y negocios que supongan un determinado nivel de riesgo.

La posibilidad de introducir medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer en el convenio supone otorgar a los acreedores una importante arma para controlar los actos del deudor posteriores a la eficacia del convenio, puesto que dichas medidas pueden llegar a tener una *portada bastante amplia, abarcando la práctica totalidad de los actos de naturaleza patrimonial*.

## 3. EL SISTEMA DE REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA EN LA LIQUIDACIÓN

La declaración judicial de incumplimiento del convenio determina la apertura de la liquidación (art. 143.1.5º) y supone, como se ha indicado, la “rescisión” del convenio con la consiguiente “desvinculación” de las partes y la desaparición de los efectos que hubiera producido sobre los créditos (quitas, esperas, etc.: art. 140.4). Pero no comporta, en línea de principio, la eliminación de los actos realizados por

el deudor en la fase de ejecución del convenio. La “rescisión” del convenio no tiene efectos retroactivos, como lo demuestra la presunción de legitimidad y el principio de conservación de los pagos realizados por el deudor en el período de cumplimiento del convenio (art. 162: v. infra)<sup>8</sup>. Ahora bien, eso no quiere decir que no pueda atacarse la eficacia de los actos efectuados por el deudor en dicho período cuando resulten perjudiciales para los acreedores.

*El sistema de reintegración de la masa activa* (dirigido a devolver a la misma lo que ha salido indebidamente del patrimonio del deudor) *se compone*, en los casos de apertura de la liquidación motivada por el incumplimiento del convenio, *de distintas piezas*: unas son específicas de los concursos en los que se ha alcanzado una solución convenida; otras son las propias de cualquier proceso concursal, y, otras, en fin, son las generales del Derecho común.

## A) LOS MECANISMOS DE REINTEGRACIÓN ESPECÍFICOS DE LOS CONCURSOS EN LOS QUE HA EXISTIDO UN CONVENIO EFICAZ

### a) La acción de ineficacia de los actos contrarios a las limitaciones convencionales

Una de las vías para reintegrar la masa activa de la liquidación tras el incumplimiento del convenio es la *acción de ineficacia*, llamada por la Ley “acción de reintegración”, que puede ejercitarse frente a los actos contrarios a las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer introducidas en el convenio (v. art. 137.2). La llamada “acción de reintegración” puede ejercitarse sin necesidad de solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio<sup>9</sup>, pero también puede hacerse tras la declaración judicial de incumplimiento del convenio y la consiguiente apertura de la liquidación. Se trata de un mecanismo propio de aquellos concursos en los que se ha alcanzado un convenio que ha incluido medidas limitativas o prohibitivas que, posteriormente, han resultado incumpli-

das. El convenio puede incidir así de forma importante en el sistema de reintegración de la masa activa en la liquidación: los interesados (deudor y acreedores) pueden regular en el convenio, como parte de su contenido, la actuación del deudor en la fase de ejecución del convenio y determinar, en consecuencia, los mecanismos para devolver a la masa los bienes que hubieran salido de ella indebidamente.

La acción que puede entablarse frente a los actos contrarios a las medidas prohibitivas o limitativas realizados por el deudor en la fase de ejecución del convenio es una *acción de ineficacia*; una acción dirigida a la declaración de la ineficacia de los actos o negocios, *cuyo fundamento se encuentra precisamente en la infracción* de las prohibiciones o limitaciones establecidas en el convenio. No se trata de una acción basada en el simple perjuicio que dichos actos o negocios puedan ocasionar a los acreedores (como sucede con la acción rescisoria concursal del art. 71) o en el fraude (como en el caso de la revocatoria ordinaria)<sup>10</sup>, aunque, en la práctica, la acción sólo se haga valer cuando dichos actos o negocios resulten perjudiciales para la masa activa, al igual que ocurre también con los actos contrarios a la intervención y a la suspensión. Esto tiene consecuencias importantes, puesto que, para ejercitar la acción, bastará con alegar la infracción de la medida prohibitiva o limitativa; no será necesario demostrar el perjuicio que acarrea para los acreedores ni el fraude de sus derechos.

El hecho de que la Ley califique la acción contra los actos contrarios a las medidas prohibitivas o limitativas como “acción de reintegración” no significa que su naturaleza se asemeje a la de la rescisoria concursal del artículo 71. La expresión “acción de reintegración” no se utiliza con un sentido técnico preciso en la Ley Concursal, sino con carácter general para aludir a una acción cuyo ejercicio tiene como consecuencia la restitución o la devolución a la masa de un bien que ha salido de ella por distintas vías y cuyo fundamento puede encontrarse en la infracción de una norma, en un vicio del consentimiento, en el perjuicio o en el fraude (v. la rúbrica del art. 71 y arts. 71.7, 73.2 y

3, 151, 153, etc.)<sup>11</sup>. En el caso de los actos y negocios contrarios a las medidas prohibitivas o limitativas, el fundamento de la devolución o restitución a la masa está en la ineficacia del acto o negocio por haber sido realizado por un sujeto que carecía de facultades por haber sido privado (o limitado) de ellas en el convenio. En efecto, dado que, como consecuencia de las medidas prohibitivas o limitativas, los actos contrarios son realizados por sujetos que carecen de facultades para ello (o para hacerlo en las condiciones en que los realizaron), lo coherente es considerar que la restitución o devolución es una consecuencia de la ineficacia (de la falta de efectos) del acto realizado en contra de la prohibición o de la limitación establecida en el convenio y no del fraude o del perjuicio que dicho acto pueda ocasionar a los acreedores: si un sujeto carece del libre ejercicio de la facultad de disponer, el acto que realice no producirá el efecto dispositivo o lo producirá de una forma claudicante o provisional; la disposición será ineficaz y la ineficacia tendrá como consecuencia la restitución o devolución del bien al patrimonio del concursado<sup>12</sup>. Esto es, la restitución, devolución o reintegración, como dice la Ley, es una consecuencia de la ineficacia del acto<sup>13</sup>. En este sentido, lo que hace la norma es permitir que los interesados en el convenio prolonguen la situación en la que se encontraba el concursado antes de la aprobación del convenio; de manera que la prohibición legal o judicial de disponer y de administrar que finaliza con la aprobación judicial del convenio (art. 133.2 LC) se sustituye por una *prohibición de disponer y de administrar convencional*.

La limitación convencional de las facultades de administrar y de disponer constituye una *cláusula potestativa* del convenio; de manera que puede no existir. En tal caso, tras el incumplimiento del convenio (por infracción de cualquiera de las cláusulas incluidas en el mismo) y la subsiguiente apertura de la liquidación no existirá esta acción de reintegración de la masa frente a los actos de administración y de disposición realizados por el deudor tras la eficacia del convenio. La impugnación de dichos actos, en el caso de que sean perjudicia-

les para los acreedores, deberá intentarse por otras vías.

## b) La acción de revocación de los pagos realizados durante la fase de ejecución del convenio

Otro mecanismo para reintegrar la masa activa en la liquidación es la acción de *revocación de los pagos realizados*, en el marco del cumplimiento del convenio, *por el deudor a los acreedores* cuando se pruebe “la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores” (art. 162), que tendrá como consecuencia la restitución de lo cobrado. A la hora de afrontar la eficacia en la liquidación de los pagos recibidos por los acreedores durante la fase de cumplimiento del convenio y en ejecución del mismo, la Ley parte de la *presunción de legitimidad de los pagos y su conservación por los acreedores que los hubieran recibido*; cuya razón de ser se encuentra en consideraciones prácticas y de economía procesal, la complicación y la inutilidad de restituir los pagos para volver a realizarlos, así como en lo razonable de conservar aquello que ha sido aceptado por la voluntad mayoritaria de los acreedores y del deudor<sup>14</sup>. La presunción de legitimidad y el principio de conservación o retención no se refieren a todos los pagos realizados por el deudor durante la fase de cumplimiento del convenio, sino sólo a los efectuados *en ejecución del convenio*; a los *pagos comprometidos* en el convenio, ya sea de créditos concursales, de créditos frente a la masa o de otros créditos nacidos tras la aprobación del convenio, pero contemplados expresamente en el mismo (v. gr., el de los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad), que son los que fueron aprobados por la mayoría de los acreedores y por el juez.

### a'. Las causas de revocación de los pagos

La presunción de legitimidad de los pagos realizados en cumplimiento del convenio es

una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada mediante sentencia firme de revocación cuando se pruebe la existencia de alguna de las circunstancias previstas en la Ley.

#### a". La contravención del convenio

Una de las causas de revocación contempladas por la Ley es la *contravención del convenio*. El pago puede revocarse cuando se pruebe su contravención al convenio, sin necesidad de probar que dicho pago perjudica a los acreedores y ni siquiera que se hubieran realizado con la intención de perjudicarles<sup>15</sup>.

Para determinar si existe contravención del convenio es necesario atender al *contenido* del convenio (las quitas, las esperas, las operaciones societarias de modificación de estatutos o de modificaciones estructurales, etc.) y al *plan de pagos* que debe acompañarlo (art. 100.4). *No existirá*, por tanto, *contravención del convenio si el pago fue realizado conforme al mismo, aunque pudiera ser contrario a las reglas de la liquidación posterior*<sup>16</sup>. En cambio, habrá contravención del convenio cuando exista discordancia entre las disposiciones del convenio y el plan de pagos, por un lado, y el pago efectivamente realizado, por otro. Como regla general, existirá contravención del convenio cuando se aprecie una falta de observancia de las disposiciones del convenio relativas a la *cuantía*, el *tiempo*, el *medio de pago*, el *orden* o el *lugar* del pago<sup>17</sup>. Aunque *no cualquier contravención del convenio* es relevante para desvirtuar la presunción de legitimidad de los pagos realizados: si el pago fue efectuado respetando escrupulosamente el convenio, excepto en lo relativo al tiempo del pago, porque se ha pagado más tarde de lo previsto, no podrá impugnarse, porque se ha pagado algo debido y exigible. Lo mismo hay que entender si, en un convenio de quita, se paga una cantidad inferior a la prevista.

Para que pueda ejercitarse la acción de revocación del pago por contravención del convenio *es necesario que exista interés en ella*, lo cual no sucederá cuando el pago fuera conforme con las reglas de la liquidación y, tras

su restitución, hubiera que volver a realizarlo, por existir en la masa de la liquidación bienes suficientes para pagar al acreedor que percibió el pago en contravención al convenio y a los demás que deban cobrar en la liquidación en la misma medida<sup>18</sup>. En definitiva, el pago realizado en contravención al convenio será revocable cuando resulte perjudicial para los demás acreedores.

#### b". La alteración de la igualdad de trato de los acreedores

La segunda circunstancia que permite la revocación de los pagos es la alteración de la igualdad de trato de los acreedores: los pagos realizados en cumplimiento del convenio pueden ser revocados si se prueba la alteración de la igualdad de trato de los acreedores, aun cuando no supongan una contravención del convenio.

Para que un pago pueda suponer *una alteración de la igualdad de trato de los acreedores* y, por lo tanto, pueda ser revocado es necesario que exista un deber previo de tratar a los acreedores de forma igualitaria, algo que *sólo sucederá cuando los acreedores se encuentren en la misma situación*. Si, de conformidad con el convenio, los acreedores no están en la misma situación (v. gr., porque se ha establecido un trato singular para uno o varios acreedores ordinarios: art. 125), el hecho de que uno de ellos reciba un pago que no perciben los otros no supondrá una alteración de la igualdad de trato. *La alteración (o no) de la igualdad de trato de los acreedores por medio de un pago debe determinarse teniendo en cuenta a los demás acreedores que, según el convenio, se encuentran en su misma situación*<sup>19</sup>. Si las condiciones en las que están los acreedores son diferentes, el principio de igualdad de trato no entra en aplicación.

Para determinar si los acreedores se encuentran o no en la misma situación y, por lo tanto, entra en juego el deber de igualdad de trato *hay que atender a lo establecido en el convenio* y no a lo previsto por la Ley para la liquidación, que puede ser distinto<sup>20</sup>. Por ejemplo, de conformidad con la Ley, en la liquidación todos

los acreedores ordinarios están en idéntica situación y deben cobrar a prorrata (art. 157.2); en cambio, también de acuerdo con lo establecido por la Ley, uno o varios acreedores ordinarios pueden recibir un trato singular en el convenio (art. 125.1), en cuyo caso no puede afirmarse que estos acreedores se encuentran en la misma situación que los demás acreedores ordinarios<sup>21</sup>. Para dilucidar si hay alteración de la igualdad de trato de los acreedores hay que atender a lo establecido por el convenio, porque lo que se está juzgando es la *legitimidad de los pagos realizados en cumplimiento del convenio* y estos deben hacerse atendiendo al convenio y no a las reglas de la eventual liquidación posterior. Esto tendrá como consecuencia *la conservación de los pagos que respeten la igualdad de trato establecida en el convenio, aunque resulten contrarios a las reglas (de igualdad o de prelación) de pago de la liquidación*<sup>22</sup>.

Ahora bien, no todo pago que suponga una alteración de la igualdad de trato de los acreedores tendrá como consecuencia su revocación. La revocación del pago sólo será necesaria cuando la alteración de la igualdad de trato se traduzca en un *trato discriminatorio* de uno o varios acreedores que se encuentran en la misma situación que los que han cobrado. No tiene sentido revocar el pago cuando existen otros instrumentos menos costosos para evitar el trato discriminatorio. Y ese instrumento consiste en impedir que los que, en ejecución del convenio, cobraron cantidades que no han percibido los demás que se encuentran en la misma situación participen en los cobros de las operaciones de liquidación en tanto que los acreedores de su misma condición no hayan recibido un porcentaje equivalente. La Ley prevé expresamente esa forma de actuar cuando los acreedores hubieran recibido en ejecución del convenio pagos cuya presunción de legitimidad no hubiera quedado desvirtuada por alguna de las causas contempladas en ella (fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores: art. 162.2). Pero no hay inconveniente en proceder de la misma manera cuando el pago supone una infracción de la igualdad de trato

de acreedores de la misma condición (porque unos recibieron los pagos y otros no), siempre que la conservación del pago no suponga un trato discriminatorio de los acreedores, que es lo que quiere evitar la Ley. En apoyo de esta interpretación pueden señalarse consideraciones prácticas y de economía procesal: no tiene sentido ejercitar las medidas correspondientes conducentes a la restitución de un pago por un acreedor que va a recibirlo inmediatamente en la fase de liquidación. En definitiva, habrá una alteración de la igualdad de trato de los acreedores que justificará el ejercicio de una acción de revocación del pago cuando uno o varios acreedores hayan cobrado una cantidad superior a la que van a cobrar los acreedores de su misma condición en la liquidación.

Además de los pagos que supongan una discriminación de los acreedores que se encuentran en la misma situación, son revocables también, aunque no lo diga expresamente la Ley, los pagos que representen una *alteración del orden de prelación del pago establecido en la Ley para los casos de convenio*. Piénsese, por ejemplo, en un pago realizado a un acreedor subordinado en la fase de cumplimiento de un convenio de espera cuando todavía no se ha pagado a todos o a algunos de los acreedores ordinarios. Se trata de un supuesto en el que no existe en sentido estricto una contravención del convenio, sino de la Ley, que establece que los acreedores subordinados quedan sometidos a las mismas esperas que los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios (art. 134.1.II). En este caso, sin embargo, se trataría con toda probabilidad de un pago realizado en fraude de los acreedores ordinarios y podría ser revocado por esta causa. Pero, en el hipotético supuesto de que pudiera entenderse que el pago no se realizó con ánimo de defraudar al resto de los acreedores, sino por error, sería revocable igualmente, pues no tendría sentido que un pago pueda revocarse porque vulnera el deber de igualdad de trato de los acreedores que se encuentran en la misma situación y que, sin embargo, no pudiera revocarse cuando se vulnera el orden

de pago establecido por la Ley y que necesariamente debe respetar el convenio. Si la Ley quiere que se respete la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren la misma situación, parece razonable entender que desea que se respete también el orden de prelación establecido por la ley para el caso de convenio.

### c". El fraude

La última causa —primera en la enumeración legal— de revocación de los pagos prevista por la Ley es el fraude: son revocables los pagos realizados con fraude. El fraude considerado por la norma es el *fraude subjetivo* (integrado por un elemento objetivo, el daño o lesión del derecho de crédito, y un elemento subjetivo, el *consilium fraudis*, la connivencia entre el deudor y el acreedor percceptor)<sup>23</sup>, pues el pago objetivamente fraudulento —según el régimen común: art. 1292— realizado a un acreedor sometido al convenio queda incluido en la causa de revocación consistente en la contravención del convenio.

De pagos objetivamente fraudulentos (como causa autónoma de revocación) puede hablarse únicamente cuando los *destinatarios de los mismos no son acreedores contemplados en el convenio* (v. gr., un acreedor cuyo crédito nació después de la aprobación del convenio, que recibe el pago antes del vencimiento y cuando existía ya una imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en el convenio y otras obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio); pero el artículo 162 no se refiere a ellos, pues únicamente está pensando en los pagos realizados en cumplimiento del convenio. Eso no quiere decir que tales pagos no puedan ser rescindidos; podrán serlo al amparo del régimen común (art. 1292 Cc). Y lo mismo sucederá con otros pagos realizados a acreedores no contemplados en el convenio con el propósito de perjudicar a los acreedores previstos en el citado convenio teniendo conocimiento de ello los acreedores perceptores.

En la práctica, en la mayor parte de los casos, los pagos realizados (a acreedores contemplados en el convenio) en fraude de otros

serán pagos efectuados en contravención del convenio y/o alterando la igualdad de trato de los acreedores; si bien no hay que descartar la posibilidad de la existencia de pagos que, sin ser contrarios al convenio y sin suponer una alteración de la igualdad de trato de los acreedores, hayan sido realizados con la intención de lesionar los derechos de los demás acreedores o al menos conociendo o debiendo conocer dicha lesión, tanto el deudor como el acreedor que recibe el pago. V. gr., el deudor paga un crédito vencido según el convenio a un acreedor ordinario que ha recibido un trato singular consistente en cobrar antes que otros, sabiendo que no puede cumplir el convenio con respecto a los demás acreedores porque se encuentra nuevamente en una situación de insolvencia; en lugar de cumplir con el deber legal de solicitar la apertura de la liquidación (art. 142.2), realiza el pago con el fin de beneficiar a dicho acreedor, conociendo ambos (acreedor percceptor y deudor) el perjuicio que dicho pago supone para el resto de acreedores de su misma clase y para el resto de los acreedores<sup>24</sup>.

### b'. La naturaleza de la acción de revocación de los pagos

La acción dirigida a la revocación de los pagos realizados en fase de cumplimiento del convenio tiene *naturaleza rescisoria*. En el supuesto de los pagos efectuados en fraude, la naturaleza rescisoria de la acción no admite duda; se trata de un supuesto de revocatoria ordinaria o pauliana. Pero también en el caso de las otras dos causas de revocación (la contravención al convenio y la alteración de la igualdad de trato de los acreedores) puede defenderse la naturaleza rescisoria de la acción, sea sobre la base del fraude, sea sobre la base del perjuicio.

En efecto, en el supuesto de los pagos realizados en contravención al convenio, se tratará de pagos realizados en fraude en la mayor parte de los supuestos; serán pagos lesivos de los derechos de los demás acreedores cuyo carácter será conocido o debido conocer tanto por el deudor como por el acreedor percceptor (fraude subjetivo).

vo) y, por lo tanto, podrán impugnarse conforme al régimen común. En algunos casos dichos pagos podrán ser calificados también como pagos objetivamente fraudulentos y, por lo tanto, como pagos rescindibles igualmente por aplicación de las reglas comunes (art. 1292 Cc). Así sucederá, por ejemplo, cuando la contravención al convenio consista en pagar a un acreedor más de lo contemplado en él (en pagar algo no debido de conformidad con el convenio, porque ha sido objeto de quita), o en pagarle antes de la fecha de espera prevista si en el momento de realizar los pagos el deudor se encontrara nuevamente en situación de insolvencia, pues es evidente que en ambos casos se trataría de pagos a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos.

Pero incluso en aquellas hipótesis en las que los pagos realizados en contravención al convenio o alterando la igualdad de trato de los acreedores no pudieran ser rescindidos al amparo del régimen común (porque no pueda hablarse ni de fraude ni de actos objetivamente fraudulentos), debe defenderse la naturaleza rescisoria de la acción, en base al *perjuicio* que suponen para los demás acreedores. En apoyo de esta interpretación puede señalarse la propia terminología legal, que habla, ante la concurrencia de cualquiera de las causas señaladas, de “revocación de los pagos”.

Las acciones de revocación de los pagos realizados en contravención al convenio o alterando la igualdad de trato de los acreedores son *acciones revocatorias concursales específicas de esta fase del procedimiento*<sup>25</sup>, que tienen como fundamento último el perjuicio que acarrearán al resto de los acreedores. Si se miran bien las cosas y se dejan fuera los casos en que exista fraude, también cuando se trata de la revocación de los pagos realizados en cumplimiento del convenio, la acción o acciones revocatorias tienen como presupuesto el perjuicio, pues sólo podrán ejercitarse cuando, de no hacerlo, se ocasionara un daño a los demás acreedores (v. *supra*).

Cuestión distinta es que el concepto de perjuicio, presupuesto de estas acciones, no coincida necesariamente con el de la acción

rescisoria concursal del artículo 71 prevista para los actos realizados en el período previo al concurso. En efecto, mientras que en el ámbito del artículo 71 es controvertido si el perjuicio se refiere a la masa activa (perjuicio en sentido estricto) o si se extiende también a la masa pasiva, considerando como tal la ruptura del principio de igualdad de trato de los acreedores (perjuicio en sentido amplio)<sup>26</sup>, en *el ámbito de los pagos realizados en cumplimiento del convenio* la Ley establece de forma clara que pueden rescindirse los pagos de obligaciones vencidas según el convenio que supongan una alteración de la igualdad de trato de los acreedores, en la medida en que esta alteración conlleve que no todos los acreedores que se encuentran en la misma situación van a cobrar lo mismo. Se trata de un *supuesto especial de revocatoria*, frente al régimen común (según el cual se consideran objetivamente fraudulentos los pagos de obligaciones no vencidas: v. arts. 1292 Cc) y también frente a la revocatoria concursal prevista para el tiempo anterior a la declaración de concurso, de entender que el artículo 71 acoge el concepto de perjuicio en sentido estricto, y *que seguramente encuentra su justificación en la especial situación en la que se encuentra el deudor en fase de cumplimiento del convenio* alcanzado con los acreedores. Ahora bien, la revocación de los pagos que vulneran la igualdad de trato de los acreedores en el marco del cumplimiento del convenio no plantea los graves problemas de seguridad del tráfico que suscitaría en relación con los pagos anteriores a la declaración de concurso, puesto que no tiene carácter general, sino que está limitada a los pagos realizados en ejecución del convenio.

## B) LOS MECANISMOS DE REINTEGRACIÓN PROPIOS DE CUALQUIER PROCEDIMIENTO CONCURSAL

### a) Sobre la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal

Pero las posibilidades de reintegrar la masa activa a través de los instrumentos anterio-

res pueden ser limitadas. Primero, porque las medidas prohibitivas o limitativas pueden no existir y aunque existan, para poder atacar un acto a su amparo, es preciso que el acto de que se trate caiga en el ámbito de aplicación de dichas medidas y que éstas hayan resultado infringidas por el acto en cuestión. Y, segundo, porque la revocabilidad (*concurzal*) de los pagos realizados en fraude, en contravención al convenio o que supongan una alteración de la igualdad de trato de los acreedores únicamente alcanza a los pagos que se realicen en ejecución del convenio (art. 162); no se extiende a otros pagos u otros negocios distintos (v. gr., negocios de disposición, constitución de garantías, etc.) realizados por el deudor tras la eficacia del convenio y que pueden resultar perjudiciales para la masa activa.

En esa situación es de suma importancia disponer de otros mecanismos de reintegración que permitan devolver a la masa los bienes que salieron indebidamente de ella en el período comprendido entre la eficacia del convenio y la apertura de la liquidación.

Entre los posibles instrumentos se encuentra, a nuestro modo de ver, la *acción rescisoria concursal*, que, en el sistema legal, constituye un efecto de la declaración de concurso que permite rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta (art. 71.1); pero que en el caso de apertura de la liquidación determinada por el incumplimiento del convenio permitiría atacar los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en la fase de ejecución del convenio.

Las posibilidades de recurrir a ese mecanismo dependen, al menos en principio, de la articulación de la eficacia del convenio por el sistema jurídico. Si ésta ha sido configurada como un supuesto de conclusión del concurso, el incumplimiento del convenio determinará la reapertura del concurso o la declaración de uno nuevo y entonces operará el sistema de reintegración de la masa activa propio de la declaración de concurso. En cambio, si la

eficacia del convenio no comporta la conclusión del concurso (sino su subsistencia), no es tan evidente que resulten de aplicación los mecanismos de reintegración de la masa activa vinculados a la *declaración de concurso*. La Ley española establece que, abierta la fase de liquidación, “seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III” de la Ley Concursal (art. 147 LC), entre las cuales se encuentran las reguladoras de la acción rescisoria concursal. A la vista de ello, es claro que, tras la apertura de la liquidación, podrá ejercitarse la acción rescisoria concursal frente a los *actos perjudiciales* para la masa activa *realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso* que no hubieran sido entabladas antes de la eficacia del convenio o que hubieran cesado o hubieran quedado en suspenso con la misma.

Pero la articulación legal de la eficacia del convenio permite defender también en nuestro sistema jurídico la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a los *actos realizados por el deudor en el período comprendido entre la eficacia del convenio y la apertura de la liquidación*.

#### b) La apertura de la fase de liquidación como continuación del proceso concursal que produce los efectos propios de la declaración de concurso

En efecto, como se indicó con anterioridad, con la eficacia del convenio cesan los efectos de la declaración de concurso en su mayor parte (art. 133.2), pero subsiste el proceso de concurso, que continúa en un estado —más o menos— latente hasta el íntegro cumplimiento del convenio (arts. 141 y 176.1.2º). Por esa razón, la apertura de la liquidación, tras el incumplimiento del convenio, supone la *continuación del viejo proceso de concurso*, pero *desencadena los efectos propios de la declaración de concurso* que habían cesado con la eficacia del convenio. *La apertura de la liquidación lleva aparejados los efectos de la declaración de concurso*, puesto que, aunque la Ley señala que “durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las nor-

mas contenidas en el título III de esta ley” (art. 147), reguladoras precisamente de *los efectos de la declaración de concurso*, estos efectos cesaron con la eficacia del convenio (art. 133.2); y, en consecuencia, *deben producirse de nuevo con la apertura de la fase de liquidación*, en tanto no sean incompatibles con los efectos propios de esta fase (v. gr., el efecto patrimonial de la apertura de la liquidación será la suspensión y no la intervención: art. 145.1. LC; la persona jurídica concursada estará disuelta y en período de liquidación y no en vida activa: art. 145.3, etc.). A ellos vienen a añadirse los efectos específicos de la liquidación.

Y, aunque la Ley no lo indica expresamente, tras la apertura de la liquidación se aplicarán también otras normas situadas fuera del título III: las recogidas en el título II, referente a la administración concursal (ejercicio del cargo, responsabilidad, etc.) y, al menos parcialmente, también las incluidas en el título IV, relativo, entre otras cosas, a la determinación de la masa activa<sup>27</sup>. Cuando la apertura de la liquidación tiene lugar tras haber desaparecido los efectos de la declaración de concurso, estos deben producirse nuevamente y llevan aparejada la aplicación (por lo menos parcialmente) de las normas del título IV que están claramente relacionadas con tales efectos.

La apertura de la liquidación posterior al incumplimiento del convenio no es una simple continuación del concurso como la que tiene lugar cuando la fase de liquidación se abre sin haberse alcanzado un convenio. En este último caso, con la liquidación *continúa el proceso concursal* y *continúan los efectos de la declaración de concurso* en tanto no sean incompatibles con los de la liquidación.

La liquidación motivada por el incumplimiento del convenio tampoco es, en puridad, una reapertura, considerando como tal la de un *proceso de concurso que había terminado* por alguna de las causas establecidas en la Ley (v. arts. 176 y 176 bis) *y con él habían finalizado también sus efectos*.

En el caso de apertura de la liquidación tras el incumplimiento del convenio, *continúa el*

*proceso de concurso* que estaba en estado —más o menos— latente durante la fase de ejecución del convenio, pero *los efectos* de la declaración de concurso (que habían cesado con la eficacia del convenio) *surgen de nuevo*.

*La apertura de la fase de liquidación* en un concurso en el que se alcanzó un convenio que después es declarado incumplido *produce los mismos efectos que una declaración de concurso con dos especialidades*. Por virtud de la primera, se producirán únicamente los efectos de la declaración de concurso que no sean incompatibles con los propios de la apertura de la liquidación (la prohibición de las ejecuciones individuales, el deber de puesta a disposición de los órganos concursales de los libros y papeles del deudor, etc.). Y, de conformidad con la segunda, a los efectos de la declaración de concurso se unen los propios de la fase de liquidación (v. gr., el vencimiento anticipado de los créditos aplazados, la conversión en dinero de los créditos que consistan en otras prestaciones, etc.: art. 146 LC). Podría pensarse así que la situación es parecida a la que tiene lugar cuando el deudor solicita con el concurso la liquidación, pues en tales supuestos el juez está obligado a abrir la fase de liquidación en los diez días siguientes (art. 142.1), produciéndose entonces todos sus efectos.

Sin embargo, los problemas que surgen cuando se abre la liquidación tras el incumplimiento del convenio son bastante más complejos que cuando se trata de una simple declaración de concurso con apertura inmediata de la liquidación, puesto que, al haber cesado con la aprobación del convenio la casi totalidad de los efectos de la declaración de concurso, se plantea el problema del tratamiento que haya que darse a la *actuación del concursado y a las relaciones jurídicas que hayan surgido en el intervalo existente entre la eficacia del convenio y la apertura de la fase de liquidación*. Y es esta actuación del concursado en dicho período la que viene a *complicar el viejo proceso de concurso*, introduciendo *elementos nuevos* en el mismo, y a aproximar este supuesto a los casos de reapertura.

### c) La formación de la masa activa con la apertura de la fase de liquidación

Entre esos elementos nuevos del proceso concursal se encuentra la constitución de *una nueva masa activa*. La existencia de la masa activa del concurso es, como ya se ha señalado, una consecuencia del sometimiento del deudor a las limitaciones patrimoniales consistentes en la intervención o en la suspensión en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes destinados a la satisfacción de los acreedores y, por lo tanto, desaparición con el cese de los efectos patrimoniales del concurso que lleva aparejado la eficacia del convenio (art. 133.2 LC).

La apertura de la liquidación tras el incumplimiento del convenio comporta la sumisión del concursado a la suspensión en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes (art. 145.1) y la sustitución por la administración concursal (a cuyo efecto el juez deberá reponer en el cargo a los antiguos administradores o nombrar otros nuevos: art. 154.1) y esto tendrá como consecuencia la *nueva formación de la masa activa*, la cual quedará integrada por los bienes existentes en ese momento, por los futuros y por los que se reintegren a la misma<sup>28</sup>. La Ley establece que la masa activa se integra por los bienes existentes al tiempo de la declaración de concurso (art. 76), pero *la referencia a la declaración de concurso debe entenderse hecha al momento de apertura de la liquidación*. En primer lugar, porque los bienes existentes al tiempo de la declaración de concurso pueden haber salido legítimamente del patrimonio del deudor, tanto por virtud de actos de la administración concursal y del juez (durante la tramitación del concurso en el que se aprobó el convenio) como del propio deudor tras la eficacia del convenio. En este sentido, la propia Ley concursal parte de la base de que los bienes salidos del patrimonio del deudor en la fase de cumplimiento del convenio y en ejecución de éste conservan su eficacia durante la liquidación como regla general (art. 162). Y, en segundo lugar y sobre todo, porque, con la apertura de la liquidación, se desencadenan de nuevo los efectos vinculados por la Ley a

la declaración de concurso y, en consecuencia, también los relativos a la formación de la masa activa. Si todos estos efectos habían desaparecido desde la eficacia del convenio, volverán a producirse nuevamente y la fecha no puede ser otra que la de la apertura de la liquidación, que es la los desencadena.

### d) La delimitación de la masa activa de la liquidación

La apertura de la liquidación ocasionada por el incumplimiento del convenio no sólo comportará la nueva formación de la masa activa; obligará también a una *nueva delimitación de la misma*. Abierta la liquidación, será preciso, en efecto, al igual que cuando se declara el concurso y como un efecto más del mismo, traer a la masa lo que salió de ella indebidamente, de la misma manera que habrá que proceder también a extraer de la masa los bienes que no deben figurar en ella por no estar destinados a la satisfacción de los acreedores (operaciones de reintegración y de reducción).

Para llegar a dicha conclusión bastaría con recordar que la propia Ley concursal establece que, abierta la fase de liquidación, “seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III” de la Ley Concursal (art. 147 LC) y entre ellas se encuentran las normas relativas a “los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa” (arts. 71 y ss.), si no fuera porque dicha norma está contemplando los actos realizados en el *período previo a la declaración judicial de concurso*.

Existen, sin embargo, poderosas razones para afirmar la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en el período que media entre la eficacia del convenio y la apertura de la fase de liquidación; más concretamente, que *el período de dos años* que establece el artículo 71 *puede o debe contarse* en caso de apertura de la liquidación posterior al incumplimiento del convenio *desde la apertura de la liquidación*<sup>29</sup>. La primera, que esta acción otorga a la administración concursal y, subsidiariamente, a los

acreedores la posibilidad de actuar frente a los *actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en un período en el que podía actuar válidamente* y esto sucede tanto antes de la declaración de concurso como, si el convenio no establece otra cosa (v. art. 137), *tras la eficacia del convenio* y antes de que se haya abierto la fase de liquidación. Lo relevante para poder ejercitar la acción rescisoria concursal es que se trate de actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a los que se desencadenan los efectos de la declaración de concurso, en un momento, por tanto, en el que el deudor podía actuar válidamente, y esto sucede, si el convenio no dispone otra cosa, cuando actúa tras la eficacia del convenio. Y, la segunda, que *la apertura de la liquidación* tras el incumplimiento del convenio *es, desde el punto de vista de los efectos, una declaración de concurso* y, por eso, es lógico que produzca las mismas consecuencias que ésta.

Las mismas razones que existen para permitir el ejercicio de una rescisoria concursal con un régimen específico (y diferente del general) frente a los actos realizados por el deudor en el período previo a la declaración de concurso concurren cuando se trata de actos realizados por el deudor durante la ejecución del convenio en relación con los actos que no vinieran impedidos por los efectos del convenio (por las medidas limitativas o prohibitivas establecidas por el mismo). También en este período el deudor puede intentar colocar los bienes fuera del alcance de los acreedores, beneficiar a unos acreedores en perjuicio de otros, etc.<sup>30</sup>. Y no hay motivo para que la tutela de los acreedores tras la apertura de la liquidación motivada por el incumplimiento del convenio sea inferior a la que obtienen cuando se declara el concurso.

#### e) **Acción rescisoria concursal y créditos frente a la masa en la liquidación posterior**

La afirmación de la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a los actos realizados por el deudor en la fase de ejecución

del convenio exige, no obstante, despejar todavía algunas incógnitas. Más concretamente, si todos los actos y negocios celebrados por el deudor en el período comprendido entre la eficacia del convenio y la apertura de la liquidación pueden ser objeto de la acción rescisoria concursal (cuando concurren los requisitos establecidos por la Ley) o si quedarán fuera aquellos de los que han surgido créditos que en la liquidación (posterior) tienen la consideración de créditos contra la masa.

#### a' **Acción rescisoria concursal y créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad**

El problema se plantea, en primer lugar, con los actos y negocios por virtud de los cuales se concede crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad, esto es, con aquellos por los que se otorga crédito al concursado o se compromete su concesión en el marco del convenio. Según el artículo 84.2.11º, tras la redacción que le fue dada por la Ley 38/2012, los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad tendrán, en caso de liquidación, la consideración de créditos contra la masa. En cambio, de conformidad con el artículo 100.5 (que ha permanecido inalterado en la reforma) dichos créditos “se satisfarán en los términos fijados en el convenio”. Aunque una lectura apresurada de ambas normas podría llevar a entender que existe una contradicción entre ellas, es lo cierto que están contemplando supuestos distintos. En efecto, el artículo 84.2.11º establece la calificación que corresponde a los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad en caso de liquidación posterior (determinada por el incumplimiento del convenio), mientras que el artículo 100.5 alude al pago de dichos créditos en la fase de ejecución del convenio. Esta última norma se refiere de forma meridiana al “cumplimiento del convenio” y, en consecuencia, al modo de satisfacción de los acreedores en ejecución del convenio, tanto de los concursales como de los postconcursoales; no contempla las hipótesis de incumplimiento

del convenio y posterior liquidación. Y, por lo tanto, hay que entender que mientras que, en caso de cumplimiento del convenio, los créditos de quienes financiaran el plan de viabilidad deben satisfacerse en la forma determinada en el convenio, en el supuesto de liquidación serán pagados en la forma establecida por la Ley (de la misma forma que sucede también con el pago de los créditos concursales), que le otorga la calificación de créditos contra la masa. No puede compartirse, por ello, la interpretación que considera que los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad tendrán la consideración de créditos contra la masa en la liquidación posterior, salvo que en el convenio se hubiera pactado otra calificación distinta para el caso de liquidación<sup>31</sup>.

Pues bien, si los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad fueron pagados en fase de ejecución del convenio, tales pagos gozarán de la presunción de legitimidad y serán retenidos por los acreedores perceptores; salvo que hubieran sido realizados con fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores (art. 162: v. *supra*). Si, por el contrario, dichos créditos siguen sin ser satisfechos al tiempo de la apertura de la liquidación, tendrán que ser pagados como créditos contra la masa. Y es aquí donde surge la cuestión de saber si es posible el ejercicio de la acción rescisoria concursal frente a los actos y negocios de los que surgieron tales créditos y que puedan resultar perjudiciales para la masa activa.

La Ley concursal no se refiere a este problema y, por lo tanto, habría que entender que son aplicables las reglas sobre rescisión concursal. De conformidad con ellas, serían rescindibles los negocios celebrados tras la eficacia del convenio por virtud de los cuales se concedió al concursado el crédito comprometido en el marco del convenio concursal, siempre que hubieran tenido lugar en los dos años anteriores a la apertura de la liquidación y resultaran perjudiciales para la masa activa.

La solución apuntada plantea, sin embargo, serios reparos, porque podría dar al traste precisamente con el objetivo de política legis-

lativa perseguido al atribuir a tales créditos la calificación de créditos contra la masa en la liquidación determinada por el incumplimiento del convenio, que no es otro que *facilitar la solución convenida del concurso e incentivar la concesión de crédito al concursado* en el marco del convenio concursal<sup>32</sup>. Así lo señala con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, cuando afirma que uno “de los vectores de la reforma es el que pretende favorecer la solución conservativa del concurso”. A este propósito “responde la consideración expresa de que los créditos nacidos tras la aprobación judicial del convenio han de ser, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación, créditos contra la masa. Se trata con ello de favorecer la concesión de crédito a una empresa en fase de convenio y también como mecanismo protector de ese ‘dinero nuevo’ que contribuye a la continuidad de su actividad”.

Si tras la apertura de la liquidación posterior al incumplimiento del convenio pudiera ejercitarse la acción rescisoria concursal por el simple hecho de resultar tales negocios perjudiciales para la masa activa, no existirían sujetos dispuestos a conceder crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad (o, por lo menos, podría constituir una rémora para ello) y, por lo tanto, *los fines perseguidos por la Ley no podrían ser alcanzados*.

En esa situación, es necesario buscar mecanismos para “salvar” de la rescisión concursal los negocios por virtud de los cuales se concedió crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad. Y, a este respecto, es posible recurrir a la aplicación analógica de la norma que declara la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación y de los negocios y actos celebrados por el deudor al amparo del mismo en el período previo a la declaración de concurso (art. 71.6)<sup>33</sup>. Entre el supuesto que ahora se está tratando (la financiación comprometida en el marco de un convenio concursal) y el previsto legalmente (la financiación otorgada en el marco de un acuerdo de refinanciación) hay numerosas diferencias (en un caso se trata de financiación postconcursal y en el otro de financiación preconcursal; en un supuesto

la financiación se compromete en un proceso —dotado de mayores garantías— y en el otro al margen del mismo, si bien es verdad que en algunas hipótesis puede obtener la sanción del juez, como sucede cuando los acuerdos de refinanciación obtienen la homologación judicial). Pero existen también importantes elementos comunes que son precisamente los considerados por el legislador para sancionar la irrevocabilidad y que permiten afirmar que el supuesto no previsto en la ley es semejante al regulado en la misma: la concesión al deudor de financiación que responda a un plan de viabilidad que permita la continuación de la actividad y haya obtenido la conformidad de una mayoría de acreedores y la incidencia negativa que puede tener en ella la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal. Esos elementos considerados por la Ley para declarar la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación y de los negocios y actos realizados al amparo de los mismos concurren también cuando se trata de negocios celebrados con el fin de financiar el plan de viabilidad presentado junto con el convenio concursal.

Los negocios por virtud de los cuales se concede crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad presentado con el convenio concursal merecen, desde el punto de vista de su impugnación, la misma valoración que aquellos que responden igualmente a un plan de viabilidad y que han sido realizados en el marco de un acuerdo de refinanciación con el fin de ampliar el crédito del deudor, puesto que el ejercicio de la acción rescisoria concursal tendría las mismas consecuencias negativas que han querido ser evitadas con la norma: la desincentivación de la concesión de financiación al deudor. Por ese motivo, puede afirmarse que entre el supuesto regulado legalmente y el no regulado existe identidad de razón. Las razones de política legislativa que subyacen a la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación y de los negocios y actos realizados en ejecución del mismo concurren también cuando se trata de negocios de concesión de crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad presentado junto con el convenio. Buena

prueba de ello es que los dos supuestos han recibido, en parte, en otros aspectos el mismo tratamiento con el que se persigue idéntico fin, esto es, incentivar la concesión de crédito al deudor para salir de la situación económica en la que se encuentra<sup>34</sup>. A ese objetivo se dirige, en efecto, la atribución, con la última reforma, a ambos créditos (el de refinanciación y de financiación) de la calificación de créditos contra la masa, aunque uno de ellos, no por su totalidad, sino únicamente por el 50% (teniendo el otro 50% la calificación de crédito con privilegio general (art. 91.6º)<sup>35</sup>. En este sentido, el preámbulo de la Ley 38/2011 señala, de forma clara, que con la incorporación del “privilegio del dinero nuevo” para los créditos concedidos al concursado en el marco de un acuerdo de refinanciación “se perfecciona la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo”, cuya finalidad básica fue precisamente “facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras”. Y, de la misma manera, con el “privilegio del dinero nuevo” atribuido a los créditos otorgados al concursado para financiar el plan de viabilidad tras la aprobación judicial del convenio (consistente en su consideración como crédito contra la masa por la totalidad) se pretende favorecer la concesión de crédito al deudor en *fase de convenio*<sup>36</sup>. En el primer caso, con el citado “privilegio” se persigue incentivar la concesión de crédito al deudor en la *fase previa al concurso*, mientras que en el segundo se pretende hacerlo *una vez declarado el concurso*.

Y a la misma finalidad responde la declaración de irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación y de los actos y negocios celebrados en ejecución del mismo (v. la E. de M. del RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo)<sup>37</sup>. Es, por ello, que la norma que la establece debe aplicarse también a los negocios celebrados para conceder crédito al concursado en el marco del convenio concursal. El hecho de que el legislador no haya sancionado expresamente la irrevocabilidad de estos negocios no se debe a que no considerara necesaria esa norma, sino seguramente a la errónea creencia de que en el período comprendido entre la eficacia del

convenio y la apertura de la liquidación no puede ejercitarse la acción rescisoria concursal. La irrevocabilidad de los negocios por cuya virtud se concede crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad es necesaria para incentivar la concesión de crédito al deudor en esta fase<sup>38</sup>.

A favor de dicha solución debe señalarse, además, que tales negocios fueron tenidos en cuenta por los distintos afectados e implicados en el procedimiento concursal, los cuales pudieron valorar entonces su eventual carácter perjudicial o no para la masa activa: los acreedores, al dar su voto o adhesión al convenio, el juez al aprobarlo y la administración concursal al evaluar el convenio y al no presentar oposición a la aprobación judicial del mismo.

#### *b'. Acción rescisoria concursal y otros créditos frente a la masa surgidos en la fase de ejecución del convenio*

Y la misma pregunta debe realizarse, en segundo lugar, en relación con los demás actos o negocios de los que surgen créditos que en la liquidación posterior al incumplimiento del convenio tienen igualmente la consideración de créditos contra la masa. Esto es lo que sucede, tras la reforma introducida por la Ley 38/2011, con los créditos surgidos en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la aprobación del convenio o los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual a partir igualmente de dicho momento. Con anterioridad a dicha modificación, la Ley fijaba el límite temporal del surgimiento de los créditos contra la masa derivados del ejercicio de la actividad o de la asunción de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual en la eficacia del convenio (v. art. 84.2, núms. 5º y 10º), pero, tras la citada reforma, son créditos contra la masa “los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (...) hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso” (núm. 5), a los que vienen a

sumarse “los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo” (núm. 10). Modificación con la que se trata también de alguna manera de incentivar a aquellos (proveedores, financiadores...) que pudieran relacionarse con el deudor a continuar o entablar relaciones con él<sup>39</sup>.

Pues bien, en el caso de los créditos nacidos en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la aprobación del convenio, hay que señalar que los negocios de los que derivan los mismos no podrán ser rescindidos por expresa declaración legal cuando puedan ser considerados como “actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial” y fueran realizados “en condiciones normales” (v. art. 71.5º), norma con la que se pretende favorecer la continuación ordinaria de la actividad profesional o empresarial por el deudor<sup>40</sup>. Los demás, los actos extraordinarios y los que, siendo ordinarios, no fueran realizados en condiciones normales, podrán ser objeto de la acción rescisoria concursal cuando concurren los requisitos establecidos por la Ley (sean perjudiciales para la masa activa; hayan sido realizados en los dos años anteriores a la apertura de la liquidación, etc.). En primer lugar, porque no concurren razones especiales que aconsejen excluir de la rescisión dichos actos<sup>41</sup>. Y, en segundo lugar, porque se trata de actos que seguramente no pudieron ser tenidos en cuenta por los acreedores a la hora de dar su voto o adhesión al convenio (para valorar su carácter perjudicial o no); a diferencia de los actos ordinarios realizados en condiciones normales, con los que habrán contado los acreedores cuando el convenio contemplara la continuación de la actividad profesional o empresarial.

En lo que se refiere a los créditos que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado, hay que señalar que algunos de ellos (v. gr., el pago de impuestos) pueden ser considerados como actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor y, por lo tanto, quedarán fuera del ámbito de la rescisoria con-

cursal (v. art. 71.5.1º). En otros casos los créditos que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado no podrán ser objeto de la acción rescisoria concursal por su propia naturaleza (piénsese, por ej., en la obligación de reparar los daños causados en un accidente de tráfico con el vehículo dedicado al reparto de los productos elaborados por la empresa o los daños ocasionados por la emisión de humos de la fábrica, etc.); cuestión distinta es que en algunos supuestos pudieran ser rescindidos los actos o negocios de los que nacen las obligaciones derivadas de la ley.

### C) LOS MECANISMOS DE REINTEGRACIÓN PROPIOS DEL DERECHO COMÚN

Junto a la acción rescisoria concursal, tras la apertura de la liquidación motivada por el

incumplimiento del convenio podrá ejercitarse también la acción revocatoria ordinaria. Y ello porque esta acción tiene como presupuesto el fraude de acreedores; su ejercicio depende únicamente de la actuación fraudulenta del deudor, con independencia de que haya tenido lugar estando subsistente el proceso concursal o no<sup>42</sup>. Ahora bien, la existencia del proceso concursal tiene como consecuencia algunas modificaciones en el régimen de esta acción de Derecho común (v. gr., en materia de legitimación: art. 72.1 LC)<sup>43</sup>.

Y también podrán ejercitarse otras “acciones de impugnación” que procedan conforme a Derecho: v. gr., acciones de nulidad, de anulabilidad, etc., frente a actos del deudor realizados en el período comprendido entre la eficacia del convenio y la apertura de la liquidación, las cuales podrán entablarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento establecidas por el artículo 72 de la Ley concursal.

### NOTAS

1. Vid., por todos, GONDRA, “Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, p. 4596; BELTRAN, “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en Rojo/Beltrán (dir.), *Disolución y liquidación de sociedades*, Valencia, 2009, p. 459; TIRADO, “Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, *ADCo*, 2990, tomo LXII, pp. 1083 y ss. con numerosas referencias.

2. Vid. BELTRÁN, “La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores”, *RjCat*, 2004, Núm. 3, pp. 234 y ss.; DÍAZ MORENO, “La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores”, *ADCo*, 2006, Núm. 8, pp. 31 y ss.

3. Las deficiencias de la regulación legal sobre los efectos del incumplimiento y de la nulidad del convenio han sido denunciadas por la doctrina desde la entrada en vigor de la Ley concursal (v. especialmente GUTIÉRREZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento*, Las Rozas, 2008, pp. 280 y ss.; ID., “La reforma del convenio concursal”, *RDCP*, 2011, Núm. 15, p. 83; VARA DE PAZ, “Cumplimiento e incumplimiento del convenio (arts. 137 a 141 de la Ley concursal)”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, 4, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4775-4776; DÍAZ MORENO, *ADCo*, 2006, Núm. 8, pp. 32 y ss.).

4. Vid. DE LA CUESTA, *El convenio concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2004, p. 196; VALPUESTA, en Cerdón (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, (2ª. ed.), Cizur Menor, 2010, p. 293.

5. Vid. también PULGAR, “La aprobación judicial del convenio: calificación y rescisión concursal”, *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2010, pp. 114 y ss.

6. Así también, entre otros, PULGAR, *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2010, p. 116.

7. Así también BELTRÁN, “Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación”, *ADCo*, 2007, Núm. 10, p. 512; TIRADO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid,

2004, p. 1359; MORALEJO, “Los efectos anudados a la apertura de la liquidación concursal”, en García-Cruces (dir.), *La liquidación concursal*, Cizur Menor, 2011, p. 75. Contra, PULGAR, “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: Cláusulas convencionalmente pactadas”, *RDM*, 2011, Núm. 279, p. 168.

8. *Vid.* DE LA CUESTA, *El convenio*, pp. 218-219; VARA, en *Estudios de derecho concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, 4, Madrid, 2005, p. 4773; GUTIERREZ GILSANZ, *Tutela*, p. 284.

9. Así, entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid, 2004, p. 2260; GUTIERREZ GILSANZ, *Tutela*, p. 257.

10. *Vid.*, sin embargo, CARRASCO, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, Madrid, 2004, p. 1506; DE LA CUESTA, *El convenio*, p. 211, y CORDON, en Cordon (dir.), *Comentarios a la ley concursal*, II, (2ª ed.), Cizur Menor, 2010, p. 324.

11. También CARRASCO, en Bercovitz (coord.), *Comentarios*, II, p. 1506, parece considerar que la “reintegración de la masa” es un efecto del ejercicio de diversas acciones.

12. En este sentido se pronuncia expresamente la *InsO* alemana disponiendo que cuando el plan de insolvencia establezca que determinados negocios realizados por el deudor durante la vigilancia del convenio requieren para su eficacia el consentimiento del síndico serán aplicables las sanciones establecidas por la propia Ley para los actos realizados por el deudor durante el procedimiento concursal en contra de las limitaciones establecidas por la propia Ley (p. 263).

13. *Vid.* en este sentido también GOMEZ GALLIGO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, Valladolid, 2004, art. 137, p. 2511; GALLEGO, en Gallego (coord.), *Ley concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Las Rozas, 2005, art. 137, p. 383; GUILARTE MARTIN CALERO, *La capacidad del deudor concursado*, Valencia, 2006, p. 99 en nota.

14. *Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, Valencia, 2004, p. 2722.

15. Así también GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, Madrid, 2004, p. 2506; QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, Madrid, 2004, p. 1739.

16. Así, GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2506; MARTÍNEZ ESCRIBANO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, p. 2718.

17. *Vid.* QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 1739.

18. Así también MARTÍNEZ ESCRIBANO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, p. 2719.

19. Así lo viene entendiendo también la doctrina de modo general: *vid.* ALONSO LEDESMA, en Pulgar y otros (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, II, Madrid, 2004, p. 1402; GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2507; VALPUESTA, en Cordon (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 543; BLASCO, *El pago de los acreedores concursales*, (2ª. ed.), Cizur Menor, 2010, p. 111; MARTÍNEZ ESCRIBANO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, p. 2720; MARCO ARCALÁ, “Pago a los acreedores (IV): Reglas y supuestos particulares de pago (pago anticipado, derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario, pagos anteriores en la fase de convenio y pago de créditos reconocidos en dos o más concursos de deudores solidarios)” en García-Cruces (dir.), *La liquidación concursal*, Cizur Menor, 2011, p. 443.

20. Así también GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2507.

21. El convenio puede alterar la igualdad de los acreedores dentro de los márgenes permitidos por la Ley y siempre que sea aceptado por los interesados en los términos establecidos también por la propia Ley (v. gr., la necesidad del doble porcentaje para los convenios que atribuyan un trato singular a uno o varios acreedores: art. 125.1). Pero una vez aprobado el convenio, existe un deber de igualdad de trato de los acreedores que se encuentran en la misma situación. Hay que distinguir, pues, los dos planos: la igualdad (o no) en el momento de la celebración del convenio y la igualdad durante la ejecución del convenio.

22. Cfr. GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2509; VALPUESTA, en Cerdón (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 544.

23. Así también GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2505; VALPUESTA, en Cerdón (dir.), *Comentarios a la ley concursal*, II, p. 543.

24. Sin embargo, GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2505, considera que la percepción fraudulenta de pagos por parte de acreedores concursales se concibe, necesariamente, ligada a una contravención del convenio o a una alteración de la igualdad de trato de los acreedores. Esta idea parece latir también en el pensamiento de QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 1742, cuando afirma que el fraude queda como causa de impugnación de los pagos de créditos no contemplados en el convenio y vencidos, realizados entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación.

25. En este sentido se pronuncia también QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 1739, aludiendo a una “especial revocatoria o de reintegración de la masa”, reconduciendo el supuesto a los artículos 71 y siguientes de la Ley concursal.

26. Existe una orientación doctrinal y jurisprudencial que interpreta en un sentido amplio el concepto de perjuicio, presupuesto de la acción rescisoria del artículo 71, considerando que son perjudiciales no sólo los actos que supongan una disminución de la masa activa (concepto estricto de perjuicio), sino también cuando, sin existir tal merma, lleven aparejada una infracción de la igualdad de trato de los acreedores, lo cual sucederá cuando se paga a uno de los acreedores (y no a los otros), pues, con este pago, se disminuye el activo destinado a satisfacer a los demás acreedores (*vid.* LEON, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid, 2004, p. 1307; más referencias doctrinales y también jurisprudenciales en el mismo sentido en ESPIGARES, *La acción rescisoria concursal*, Cizur Menor, 2011, pp. 107 y ss.). Se trata de una interpretación que plantea numerosos problemas y que atenta gravemente contra la seguridad del tráfico (*vid.*, entre otros, CARRASCO, *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Madrid, 2004, pp. 370-371; GARCÍA-CRUCES, “Régimen general de la acción de reintegración concursal”, en García-Cruces (dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pp. 49 y ss.; una exposición de las críticas a aquella interpretación amplia puede verse también en ESPIGARES, pp. 113 y ss. con numerosas referencias).

27. Así también GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela*, p. 293.

28. *Vid.* GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela*, pp. 231 y 292.

29. *Vid.* también QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 1740.

30. *Vid.* GARCÍA-CRUCES, en García-Cruces (dir.), *La reintegración*, p. 30.

31. *Vid.* PULGAR, “Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”, *RDCP*, 2012, Núm. 16, p. 80.

32. *Vid.* PULGAR, *RDCP*, 2012, Núm. 16, pp. 77 y ss.; GUTIÉRREZ GILSANZ, *RDCP*, 2011, Núm. 15, p. 88.

33. La Ley concursal establece, siguiendo el ejemplo de otras legislaciones europeas (v. por ej., el art. 67.III, letra e *legge fallimentare italiana*), que “no podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos” (art. 71.6 LC). Se trata de una norma que, al menos aparentemente, parece estar en contradicción con el artículo 72.2, según el cual “sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71.6”. Sin embargo, lo cierto es que puede evitarse la antinomia entendiendo que los acuerdos de refinanciación y los actos y negocios celebrados en ejecución del mismo podrán ser objeto de la acción rescisoria concursal cuando no cumplan alguno de los requisitos establecidos por el artículo 71.6 (así antes de la última reforma, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, “Refinanciación y reintegración concursal”, *ADCo*, 2010, Núm. 20, p. 32; en términos parecidos en relación con el proyecto ILLESCAS, “Los acuerdos de refinanciación y restructuración”, en Beltrán/García-Cruces/Prendes (dir.), *La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia*, Cizur Menor, 2011, pp. 242-242).

34. *Vid.* PULGAR, *RDCP*, 2012, Núm. 16, pp. 74 y ss.

35. *Vid.* PULGAR, *RDCP*, 2012, Núm. 16, pp. 69 y ss.
36. *Vid.* PULGAR, *RDCP*, 2012, Núm. 16, p. 77 y ss.
37. *Vid.* especialmente SÁNCHEZ CALERO, *ADCo*, 2010-2, pp. 20 y ss.
38. También la doctrina alemana considera, ante la ausencia de una norma expresa, que la revocatoria concursal queda excluida en un eventual procedimiento concursal posterior (v. LÜER, en UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung. Kommentar*, (13ª. ed.), 2010, pará. 264, Rdn. 32).
39. *Vid.* PULGAR, *RDCP*, 2012, Núm. 16, p. 79. *Vid.* también el Preámbulo de la Ley 38/2011.
40. *Vid.* MUÑIZ ESPADA, *La acción revocatoria como una vicisitud del concurso*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 163-164; ESPIGARES, *La acción*, p. 168; en la doctrina italiana v. NIGRO, en Nigro/Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, (2ª. ed.), Bologna, 2012, p. 173; GUERRIERI, en Maffei (dir.), *Commentario breve alla legge fallimentare*, (5ª ed.), pp. 346 y 353 con otras referencias.
41. *Vid.* ESPIGARES, *La acción rescisoria*, p. 171.
42. *Vid.*, entre otros, CARRASCO, en Bercovitz (coord.), *Comentarios*, II, p. 1506; MASSAGUER, “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de masa”, en *Estudios jurídicos sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid-Barcelona, 2005, p. 4218; VALPUESTA, en Cordón (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 295.
43. *Vid.* PARRA, “El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso”, en García-Cruces (dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pp. 223.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA:

- ALONSO LEDESMA, en Pulgar y otros (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, II, Madrid, 2004.
- BELTRÁN, “La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores”, *RjCat*, 2004, Núm. 3, pp. 229 y ss.
- ID., “Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación”, *ADCo*, 2007, Núm. 10, pp. 509 y ss.
- ID., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en Rojo/Beltrán (dir.), *Disolución y liquidación de sociedades*, Valencia, 2009, pp. 456 y ss.
- BLASCO, *El pago de los acreedores concursales*, (2ª. ed.), Cizur Menor, 2010.
- CARRASCO, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, Madrid, 2004.
- ID., *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Madrid, 2004.
- CORDÓN, en Cordón (dir.), *Comentarios a la ley concursal*, II, (2ª ed.), Cizur Menor, 2010.
- DE LA CUESTA, *El convenio concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2004.
- DÍAZ MORENO, “La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores”, *ADCo*, 2006, Núm. 8, pp. 7 y ss.
- ESPIGARES, *La acción rescisoria concursal*, Cizur Menor, 2011.
- GALLEGO, en Gallego (coord.), *Ley concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Las Rozas, 2005.
- GARCÍA-CRUCES, “Régimen general de la acción de reintegración concursal”, en García-Cruces (dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pp. 27 y ss.
- GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, Madrid, 2004.
- GÓMEZ GALLIGO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, Valladolid, 2004.
- GONDRÁ, “Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 4577 y ss.
- GUERRIERI, en Maffei (dir.), *Commentario breve alla legge fallimentare*, (5ª ed.), Padova, 2009.
- GUILARTE MARTIN CALERO, *La capacidad del deudor concursado*, Valencia, 2006.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento*, Las Rozas, 2008.
- ID., “La reforma del convenio concursal”, *RDCP*, 2011, Núm. 15, pp. 75 y ss.

- ILLESCAS, “Los acuerdos de refinanciación y restructuración”, en Beltrán/García-Cruces/Prendes (dir.), *La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia*, Cizur Menor, 2011, pp. 231 y ss.
- LEÓN, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid, 2004.
- LÜER, en UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung. Kommentar*, (13ª. ed.), 2010, pará. 264.
- MARCO ARCALÁ, “Pago a los acreedores (IV): Reglas y supuestos particulares de pago (pago anticipado, derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario, pagos anteriores en la fase de convenio y pago de créditos reconocidos en dos o más concursos de deudores solidarios)”, en García-Cruces (dir.), *La liquidación concursal*, Cizur Menor, 2011, pp. 387 y ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, Valencia, 2004.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid, 2004.
- MASSAGUER, “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de masa”, en *Estudios jurídicos sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid-Barcelona, 2005, p. 4211 y ss.
- MORALEJO, “Los efectos anudados a la apertura de la liquidación concursal”, en García-Cruces (dir.), *La liquidación concursal*, Cizur Menor, 2011, pp. 73 y ss.
- MUÑIZ ESPADA, *La acción revocatoria como una vicisitud del concurso*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.
- NIGRO, en Nigro/Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, (2ª. ed.), Bologna, 2012.
- PARRA, “El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso”, en García-Cruces (dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pp. 223 y ss.
- PULGAR, “La aprobación judicial del convenio: calificación y rescisión concursal”, *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2010, pp. 105 y ss.
- ID., “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: Cláusulas convencionalmente pactadas”, *RDM*, 2011, Núm. 279, pp. 147 y ss.
- ID., “Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”, *RDCP*, 2012, Núm. 16, pp. 67 y ss.
- QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, Madrid, 2004.
- NCHEZ CALERO, “Refinanciación y reintegración concursal”, *ADCo*, 2010, Núm. 20, pp. 9 y ss.
- TIRADO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid, 2004.
- ID., “Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, *ADCo*, 2990, tomo LXII, pp. 1055 y ss.
- VALPUESTA, en Cordón (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, (2ª. ed.), Cizur Menor, 2010.
- VARA DE PAZ, “Cumplimiento e incumplimiento del convenio (arts. 137 a 141 de la Ley concursal)”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, 4, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4753 y ss.

**Fecha recepción: 16/07/2012.**

**Fecha aceptación: 05/11/2012.**