

LA RESCISIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 71 DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

Julia Mas-Guindal García

Abogada.

Profesora de Corporate Law

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Josefina BOQUERA MATARREDONA, don Manuel BROSETA DUPRÉ, don Juan GRIMA FERRADA, don Jorge MARTÍ MORENO y don José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE.

EXTRACTO

Constituye el objeto de este trabajo el estudio en profundidad de lo que acontece cuando un deudor –persona física o jurídica– extingue una obligación mediante dación en pago y posteriormente es declarado en concurso. Para ello se analizarán las posibilidades de supervivencia de la *datio* atendiendo al fundamento del artículo 71 de la Ley Concursal y a la noción de perjuicio patrimonial contenida en este. Por último se explorarán los efectos derivados de la rescisión en los casos en los que esta procediera.

Palabras claves: reintegración, dación en pago, insolvencia, acciones de impugnación y perjuicio patrimonial.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / *Fecha de aceptación:* 09-07-2013

THE EXERCISE OF AN INSOLVENCY CLAW-BACK ACTION AGAINST A DATION IN PAYMENT UNDER ARTICLE 71 OF THE SPANISH BANKRUPTCY ACT

Julia Mas-Guindal García

ABSTRACT

This paper aims to study the situation in which a debtor «natural or legal person» discharges a debt through a dation in payment and afterwards is declared in bankruptcy. The article analyzes the possibilities of survival of the datio in accordance with the legal basis of article 71 of the Spanish Bankruptcy Act and the notion of «detrimental act» included in it. Finally, in case of successful claw-back the consequences will be explored.

Keywords: restitution, dation in payment, insolvency, avoidance actions, claw-back and «detrimental act».

Sumario

1. Dación en pago en un contexto de crisis
2. Breve referencia a naturaleza jurídica y finalidad de la dación en pago
3. La rescisión de la dación en pago
 - 3.1. Dación en pago y noción de perjuicio
 - 3.2. Aplicación de los presupuestos del artículo 71.1 de la Ley Concursal a la dación en pago
 - 3.3. Análisis de los distintos supuestos
 - 3.4. Los efectos de la rescisión de la dación en pago

1. DACIÓN EN PAGO EN UN CONTEXTO DE CRISIS

Debido a la grave crisis económica internacional y su impacto en nuestra economía, ha vuelto a cobrar relevancia en distintos foros de nuestro país la cuestión referida a la conveniencia de modificar las garantías prestadas en la contratación de créditos hipotecarios, y con ello el controvertido debate de la dación en pago.

Con cierta frecuencia encontramos que esta cuestión se halla estrechamente ligada al concurso de acreedores, pues en ocasiones, cuando el deudor –persona física o jurídica– procede a extinguir sus deudas de un modo distinto al pactado por no poder hacerlo a través de un cumplimiento regular, se atisba un principio de insolvencia que podrá desencadenar una declaración de concurso posterior¹.

Como es sabido, la cuestión sobre la procedencia de la dación en pago como medida para luchar contra el sobreendeudamiento hipotecario ha cobrado especial relevancia en lo que se refiere a la insolvencia del consumidor y su vivienda familiar.

El Código de Buenas Prácticas que se quiso implantar en marzo de 2012 a través del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos², ha producido escasos resultados³ –tal y como era de esperar si tenemos en cuenta que la aplicación de este código es voluntaria y en España la eficacia de este tipo de medidas es muy relativa⁴–. Durante el mes de marzo de 2012, eran abundantes los titulares que enunciaban la

¹ SÁENZ-SANTURTÚN PRIETO, J.: «Dación en pago en el concurso de acreedores», *El notario del siglo XXI*, 2 de febrero de 2012.

² Se puede consultar en el siguiente enlace del BOE el texto completo: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/10/pdfs/BOE-A-2012-3394.pdf>

³ El Código de Buenas Prácticas ha generado una demanda reducida de aplicación por parte de los deudores y ha sufrido una alta proporción de denegaciones por parte de los bancos. El Ministerio de Economía ha publicado el 23 de noviembre de 2012 los resultados de la aplicación del Código de Buenas Prácticas en el primer trimestre de implantación del mismo (11 de marzo a 30 de junio). Se pueden consultar estos resultados en el siguiente enlace: <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnnextoid=b747cd88f5d2b310VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=47386e0005e08310VgnVCM1000001d04140aRCRD>

⁴ Se analiza en profundidad este tema en MAS-GUINDAL GARCÍA, J.: «The house as an asset in play», *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review*, Boston, spring 2012.

solución a la crisis del ladrillo⁵, gracias a este código que ayudaría a implantar la dación en pago como medida retroactiva⁶.

Coincido plenamente con quien defiende que la instauración de la dación en pago forzosa sería un error garrafal⁷. De entrada, la hipoteca de responsabilidad limitada es un mecanismo consensual que se puede pactar en el momento de constitución de la hipoteca, pues, tal y como indica el artículo 140 de la Ley Hipotecaria (LH), «podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor». Cosa distinta es que, con posterioridad y voluntariamente –no obligatoriamente–, acreedor y deudor puedan llegar a un acuerdo en caso de un cambio de circunstancias sobrevenido que afecte a la capacidad del deudor para hacer frente a la deuda hipotecaria⁸.

En este tipo de situaciones en las que el deudor no puede atender al pago de la hipoteca, la entidad crediticia, en ocasiones, decide aceptar el bien o los bienes hipotecados como medio de extinción de la deuda, no solo porque no vayan a poder cobrar de otro modo, sino sobre todo porque ello le permite liberar provisiones dotadas por la deuda impagada.

La hipoteca de responsabilidad limitada, a pesar de llevar muchos años prevista en nuestra legislación hipotecaria⁹, no constituye la opción convencional utilizada en nuestro país¹⁰.

⁵ «De Guindos: las entidades son conscientes del problema y quieren ayudar», *El Mundo*, 8 de marzo de 2012: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/08/suvienda/1331199620.html>

⁶ CUENA CASAS, M.: «Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: "intentos" de regulación y ninguna solución», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 17/2012, págs. 97 y ss.

⁷ CELENTANI, M. y GÓMEZ, F.: «Hay algo mejor que la dación en pago», *¿Hay Derecho?*, 22 de febrero de 2013: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=28821>; TENA ARRITEGUI, R. y CUENA CASAS, M.: «Una segunda oportunidad», *El País*, 9 de abril de 2013: http://elpais.com/elpais/2013/04/05/opinion/1365178673_067606.html

⁸ Sobre daciones en pago y crisis económica conviene consultar CAVA DE LLANO, M. L.: «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo», *Publicaciones del Defensor del Pueblo*, Gobierno de España, 2012. En referencia al cambio de las circunstancias, siendo las más comunes la caída del precio de la vivienda y el desempleo, el Auto judicial de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 17 de diciembre de 2010 (AC 2011/1) estimó extinguida la deuda con la adjudicación a su favor efectuada por el banco acreedor al quedar desierta la subasta sin consentimiento del acreedor. Este auto resultó ciertamente controvertido, pues en su fundamento radican razones de orden moral o ético más que de orden legal.

⁹ El artículo 140 de la LH no constituye ninguna novedad, pues está vigente desde 1946.

¹⁰ En Estados Unidos suele ser una opción más común, dependiendo de las leyes del Estado en el que se vaya a contratar el préstamo hipotecario. Se distingue entre *non-recourse debt states* y *recourse debt states*. En esta cuestión, conviene consultar: SOLOMON y MINNES: «Non-recourse, no down payment and the mortgage meltdown: lessons frm undercapitalization», *SSRN*, 24 de julio de 2011. En cualquier caso, en la mayoría de los Estados las familias gozan de protección de su vivienda habitual frente a los acreedores a través de las llamadas *homestead exemptions*. Se trata el tema en

Como es lógico, resulta positivo que la entidad crediticia pueda proporcionar a sus clientes la opción de elegir una hipoteca con responsabilidad ilimitada (el modelo utilizado por defecto) o una de responsabilidad limitada, situación que ya se da en la actualidad. La entidad, al proponer estas dos opciones, valora el distinto precio del crédito que corresponde en una y otra opción, ya que, en caso de que se pacte que la entrega del bien o bienes hipotecados extinguirá la deuda, al ser menor la garantía que aporta el prestatario y mayor el riesgo que corre el prestamista, el coste del crédito se encarecería, es decir, se exigiría un tipo de interés superior.

Considero que puede ser ventajoso para acreedor y deudor tener la opción de limitar la responsabilidad de la obligación garantizada, pero creo que sería un despropósito limitar la responsabilidad de la hipoteca en todos los casos.

Es cierto que se favorecería al deudor siempre y cuando el valor del inmueble hubiera disminuido —ya que en caso de incumplimiento la entidad crediticia podrá ejecutar el bien hipotecado, pero no podrá proceder al embargo de otros bienes (e. g. cuentas corrientes, otros inmuebles...)—; pero si ahondamos un poco más en los efectos colaterales de esta limitación de la responsabilidad hipotecaria, enseguida caeremos en la cuenta de que los tipos de interés que exigirían las entidades crediticias para proporcionar crédito serían mucho mayores y, por tanto, al encarecerse el crédito, menor cantidad de gente tendría acceso a él. Como es sabido, si se limita el acceso al crédito, disminuye el consumo y con ello la contratación en el mercado de trabajo, entrando en una espiral que puede producir efectos perniciosos para la economía.

Como se ha señalado con acierto¹¹, lo que se necesita de verdad no es solo un cambio en la legislación hipotecaria, sino también en la Ley Concursal (LC), de manera que se adecúe un procedimiento específico para la insolvencia de la persona física¹². En este sentido, la cuestión no parece ser «dación o no dación», sino, en primer lugar, arreglar las deficiencias en la actual regulación de la ejecución hipotecaria (siendo los principales problemas la inflada tasación de los inmuebles al constituir la hipoteca y la previsión legal, que permite que el banco se adjudique la vivienda al 60% de su valor de tasación si no hay postores en la subasta)¹³ y, en segundo lugar, la implantación del llamado *fresh start*¹⁴.

detalle en AHERM, L.: «Homestead and other exemptions under the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act: observations on asset protection after 2005», *American Bankruptcy Institute Law Review*, 13, pág. 585.

- 11 CUENA CASAS, M.: «Crédito responsable, "fresh start" y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas», *El Notario del Siglo XXI*, 43, mayo 2012.
- 12 La última reforma de la Ley Concursal de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, Concursal, vuelve inexplicablemente a aplazar esta cuestión.
- 13 *Vid.* artículo 671 de la LEC, que fue reformado por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, y que está en vigor desde el 7 julio 2011.
- 14 Sería necesaria una combinación de reformas de la LH, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la implantación del *fresh start*, pues este último por sí solo no aplicaría para las deudas garantizadas aunque sí solucionaría el remanente de

No constituye el objeto de este trabajo el estudio en profundidad de la institución de la dación en pago ni una valoración de su procedencia como remedio a las situaciones de insolvencia cada vez más comunes en nuestro país, sino el análisis de lo que acontece cuando un deudor (persona física o jurídica) extingue una obligación mediante dación en pago y posteriormente es declarado en concurso.

Se trata este de un supuesto bastante común, ya que, como ponen de relieve los medios de comunicación con frecuencia, el número de declaraciones en concurso de acreedores se ha incrementado notablemente en los últimos años¹⁵. Y es que la actual crisis económica pone a prueba de forma objetiva las funciones y disfunciones de la LC y de los juzgados de lo mercantil al aplicarla.

La actual crisis económica presenta en el ámbito español rasgos diferenciados que se manifiestan particularmente en las actuales dificultades que atraviesa el sector inmobiliario. Este sector ha basado su crecimiento en los últimos años en una sobrevaloración del suelo y en la facilidad para obtener crédito de las entidades crediticias. En este contexto las empresas inmobiliarias se encuentran actualmente con un altísimo grado de apalancamiento¹⁶ debido al reducido precio del dinero en los últimos años y su escasa prima de riesgo. Como consecuencia de lo expuesto, el número de concursos de empresas inmobiliarias ha aumentado de manera escandalosa desde 2008 hasta la actualidad.

En este marco, las situaciones de morosidad y la entrada en concurso de inmobiliarias o promotoras y también de consumidores como prestatarios de entidades de créditos, en particular para la financiación de la vivienda habitual, conllevan para las entidades financieras relevantes consecuencias:

- En primer lugar, es importante recordar que a las entidades de crédito no les conviene en modo alguno que sus deudores sean declarados en concurso porque ello les obligará a dotar provisiones para cubrir los riesgos del crédito¹⁷.

deuda pendiente tras la ejecución de la vivienda. Vid. CUENA CASAS, M.: «Fresh start y mercado crediticio», *InDret*, 2011: http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf

¹⁵ Según el CGPJ el número de concursos declarados en 2011 fue de 8.027; el año pasado esta cifra ascendió a 10.290, lo que significa un aumento del 28,2%.

Años	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Concursos presentados	1.301	1.335	1.589	4.813	7.768	7.136	8.027	10.290

Tabla elaborada con datos disponibles en la web del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/>

¹⁶ Para más información sobre este tema se puede consultar «El endeudamiento de las empresas no financieras españolas desde el inicio de la crisis», *Boletín Económico del Banco de España*, n.º 87, Madrid, 2013: <http://www.bde.es/ffweb/bde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/13/Ene/Fich/be1301-art3.pdf>

¹⁷ Vid. Circular del Banco de España (CBE) 4/2004 sobre normas de información financiera pública y reservada y estos datos financieros.

- Por otro lado, la declaración de concurso conlleva un incremento importante de sus requerimientos de recursos propios por riesgo de crédito¹⁸.
- Además, la declaración de concurso puede paralizar durante un año la ejecución de sus garantías reales si recaen sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor (*ex art. 56 LC*).
- Por último, en cualquier caso, parece necesario recordar una evidencia: el negocio bancario no descansa nunca en las ejecuciones forzosas de bienes –y menos todavía en el momento en el que nos encontramos, con el precio de la vivienda tocando fondo–.

Al hilo de lo expuesto, parece claro que en el momento actual de crisis en el que nos encontramos cobran especial interés los mecanismos preconcursales de carácter negocial pactados entre deudor y acreedores, dirigidos a evitar en lo posible la declaración en concurso de los prestatarios de las entidades financieras y cuyo fundamento legal se encontraría en el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.255 de nuestro Código Civil¹⁹ (CC).

El clásico ejemplo que nos encontramos cuando se da la dación en pago como forma de extinción de la obligación asumida por el que posteriormente es declarado en concurso suele realizarse a favor de una entidad de crédito. Esta entidad, en la mayoría de los casos, no solo es acreedora del deudor, sino que también es beneficiaria de una garantía real constituida sobre el bien que es objeto de la dación en pago.

Como veremos, especial relevancia va a cobrar el hecho de que esa dación en pago se produzca dentro del periodo sospechoso del que posteriormente es declarado en concurso, pues es posible que esa *datio in solutum* pudiera ser rescindible al amparo de lo dispuesto en el artículo 71 de la LC.

Conviene realizar un breve apunte sobre la posibilidad de que el deudor y los acreedores acuerden en el seno del concurso ya declarado una dación en pago, particularmente en la fase común o como parte del contenido del convenio. Si nos cuestionamos sobre la posible rescindibilidad de una operación de esta índole al amparo del artículo 71 de la LC, pronto caeremos en la cuenta de que no es posible por no cumplirse los presupuestos dispuestos en el mencionado artículo.

En primer lugar faltaría el requisito relativo al tiempo de realización del acto, ya que la acción rescisoria opera para aquellos actos realizados dentro del periodo sospechoso –dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso–.

En segundo lugar, podría ocurrir que no se diera el condicionante de la autoría y voluntariedad, debido a que el acto a rescindir debe haber sido realizado voluntariamente por el concursado,

¹⁸ Vid. Circular del Banco de España (CBE) 3/2008 sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

¹⁹ PULGAR EZQUERRA, J.: «La potenciación de los acuerdos de refinanciación en la reforma de la Ley Concursal», *Escritura Pública*, n.º 67, Madrid, 2011.

y si el concursado hubiese estado suspendido en sus facultades de administración y disposición, sería la administración concursal la única autorizada para llevar a cabo el acto.

Finalmente, conviene destacar que sería complicado que un acto así pudiera ser considerado como perjudicial para la masa, ya que este tipo de operaciones autorizadas por el juez no suponen realización o liquidación de bienes o derechos, sino que responden a una finalidad conservativa²⁰.

2. BREVE REFERENCIA A NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LA DACIÓN EN PAGO

La *datio in solutum* se encuentra dentro de la categoría de los subrogados de pago o del cumplimiento, que sustituyen o suplen el cumplimiento en sentido estricto, recibiendo el acreedor a título de pago una prestación distinta a la que constituiría inicialmente el contenido de la prestación debida²¹. La contraprestación del acreedor que recibe en pago un bien con fines liberatorios está constituida por la obligación de dar por extinguido su crédito, puesto que, sin duda, la contraprestación no es otra cosa que la obligación que pesa sobre cada uno de los contratantes como retribución o contrapartida de lo recibido como consecuencia del contrato²².

La famosa sentencia de nuestro Alto Tribunal de 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8832) enunciaba a este respecto que:

«Se produce una "dación en pago" cuando el acreedor accede a recibir a título de pago una prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida (*aliud pro alio*) con acuerdo para tener por extinguida la obligación (dación solutoria), calificándose por la jurisprudencia como "contrato oneroso de enajenación", que tiene por finalidad la sustitución del pago por esa transmisión –Sentencia de 20 de febrero de 1967 (RJ 1967\1347)–, o bien de "negocio jurídico complejo que participa de las características del pago o cumplimiento, de la compraventa y de la no-

²⁰ COLINO MEDIAYLLA, J.: «Comentario al art. 43» en PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal...*, cit., pág. 614.

²¹ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, vol. II, *Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general*, Madrid, 1984, pág. 254; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. R.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *Anuario de derecho civil*, vol. 10, núm. 3, 1957, págs. 753-798; BELINCHÓN, R.: *La dación en pago en derecho español y derecho comparado*, Madrid, 2012.

²² *Vid.* al respecto, SSTS, Sala 1 a, de 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8832), 28-6-1997, 6-11-2006, 2-7-2008 (RJ 2008, 4278) y otras que recogen una consolidada jurisprudencia. En la dación en pago «el crédito que con ella se satisface adquiere la categoría de precio del bien o bienes que se entregan» [Sentencia de la misma Sala de 1 de diciembre de 1983, con criterio reiterado en las SSTS de 2 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9393), 8 de febrero de 1996, 23 de septiembre de 2002, 1 de octubre de 2009 (RJ 2009, 7263) y las muchas que estas citan].

vación por cambio de objeto" –Sentencias de 13 de mayo de 1983 (RJ 1983\2820) y de 18 de abril de 1987 (RJ 1987\2714)–, ya de figura con caracteres propios, por su totalidad extintiva de las obligaciones, como negocio de pago».

En la *datio*, se configura la obligación de ejecutar el *aliud*, que constituye una atribución patrimonial que el deudor hace al acreedor y que sustituye a la prestación inicialmente pactada. Ejecutado el *aliud*, el derecho de crédito se extingue con todas las consecuencias, extinguiéndose asimismo las garantías constituidas de cualquier clase, aspecto que resultará importante a la hora de determinar los efectos que conllevaría la posible rescisión de la dación en pago en orden al resurgimiento de las garantías constituidas en relación con la deuda que es objeto de la dación en pago que se rescinde.

Debido a que, al producirse la dación en pago de un crédito hipotecario, se extingue no solo el crédito, sino también la hipoteca que garantizaba la deuda, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad el bien inmueble adjudicado. Del mismo modo, también debe hacerse constar la extinción del crédito hipotecario mediante nota al margen de la inscripción (*ex art. 240 LH*), y es preciso para cancelar debidamente la hipoteca que se acredite debidamente mediante carta de pago otorgada por el acreedor hipotecario (*art. 179 LH*) o mediante resolución judicial firme en el correspondiente juicio declarativo entablado contra el titular registral de la hipoteca (*art. 40 LH*)²³.

La naturaleza jurídica de la dación como negocio jurídico ha provocado que a lo largo de los años se asimile a otras figuras contractuales típicas como la novación, la cesión de bienes o la compraventa. Esta distinción es importante por tener efectos relevantes en el concurso.

Por un lado, cabe destacar que, cuando las partes acuerdan una dación entregando el deudor al acreedor algo distinto de lo debido, no buscan como en la novación extinguir la anterior obligación sustituyéndola por una nueva, sino extinguir una obligación con una prestación distinta a la que se pactó inicialmente²⁴.

Por otro, la asimilación entre la dación y la compraventa solo se producirá cuando la deuda consista en dinero y la prestación pactada, en la entrega de una cosa, y no puede hablarse de la noción de «precio» como tal en la dación en pago en el sentido de los artículos 1.475 y siguientes del CC, ya que son distintos los fines de ambas figuras contractuales²⁵.

En aquellos supuestos en los que la prestación en manos del acreedor cuya ejecución ha extinguido el crédito se extravíe, quien asimile la dación en pago a la compraventa aplicará en este

²³ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «La extinción del crédito hipotecario», *Cuadernos de derecho judicial*, núm 26/1996, págs. 177 y ss.

²⁴ FERNÁNDEZ NOVOA, C.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *Anuario de derecho civil*, Madrid, 1957, págs. 753 y ss. En contra, SANCHO REBULLIDA: *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964.

²⁵ Díez PICAZO, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, tomo II, 1996, págs. 556-557.

caso las normas sobre evicción contenidas en los artículos 1.475 y siguientes del CC. La consecuencia directa sería la ampliación de la prestación del deudor, pues, a tenor del artículo 1.478 del CC, este vendría obligado no solo a ejecutar la obligación inicial, sino a restituir el valor de la cosa al tiempo de la evicción, los frutos, los gastos del contrato y las costas del pleito.

Por último, la dación debe distinguirse de la cesión de bienes en pago de deudas, pues mientras la dación es *pro soluto*, es decir, extingue la deuda y la garantía, la cesión es *pro solvendo*²⁶. En la cesión lo que ocurre es que el deudor entrega unos bienes a los acreedores para que los administren y los enajenen a su voluntad con el fin de que el precio que obtengan sirva para liquidar sus deudas. Por tanto, la deuda no quedaría extinguida con la transmisión de los bienes, y el deudor quedaría liberado de responsabilidad solo por importe líquido de los bienes cedidos²⁷.

Tras este breve análisis de la figura de la *datio pro soluto*, damos paso al estudio del tratamiento jurídico que da la LC a este tipo de negocios jurídicos, cuya realización es posible antes y después de la declaración del concurso.

3. LA RESCISIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO

La determinación sobre la posibilidad de éxito de rescisión de las daciones preconcursales no solo va a requerir un análisis de los presupuestos del artículo 71 de la LC, sino también un posicionamiento sobre la naturaleza, función y finalidad a la que responde el instituto de la reintegración en nuestra legislación concursal.

En primer lugar, nos detendremos a estudiar la cuestión atendiendo al fundamento y finalidad de nuestro sistema de reintegración concursal, y a continuación, haremos una valoración de aquellos casos en los que procedería el ejercicio de las acciones de reintegración teniendo en cuenta los presupuestos mencionados en el artículo 71 de la LC.

3.1. DACIÓN EN PAGO Y NOCIÓN DE PERJUICIO

El apartado primero del artículo 71 de la LC indica que «declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta».

²⁶ Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1969 (RJ 1969\1137) y de 14 septiembre de 1987 (RJ 1987\6048): «La dación en pago es, pues, un negocio *pro soluto*, mientras que la cesión de bienes es un negocio *pro solvendo* sin efectos liberatorios o extintivos basta que se enajenen y liquiden los bienes y con su importe se pague a los acreedores de modo total o parcial, produciendo la extinción también total o parcialmente».

²⁷ MACHADO PLAZAS, J.: «La distinción entre la dación en pago *pro soluto* y la cesión *pro solvendo* contenidas en un convenio concursal», *Revista General de Derecho*, septiembre 1998, págs. 11.085 y ss.

El precepto afirma la irrelevancia del elemento intencional, que no fundamenta el régimen rescisorio pero endurece sus efectos. Asimismo, el artículo predica que el elemento central sobre el que va a girar la procedencia de la rescisoria es el perjuicio patrimonial.

La acción de reintegración concursal contiene una base objetiva²⁸ en tanto en cuanto procede la impugnación «aunque no hubiere existido intención fraudulenta», pues esta solo requiere de la concurrencia de las exigencias de plazo²⁹ y de perjuicio. Con esta afirmación interesa resaltar que el objeto del sistema de reintegración español es, el acto en sí, con independencia de la intencionalidad del partícipe –o partícipes– en él. No se trata, por tanto, de valorar las conductas seguidas, sino el significado patrimonial de los actos llevados a cabo.

El legislador prevé un elenco de presunciones de perjuicio en el artículo 71 de la LC apartado segundo –presunción *iure et de iure*– y en el apartado tercero –presunción *iuris tantum*–. Estas presunciones, sin duda, facilitan la impugnación de los casos subsumibles en ellos, ya que el legislador, a través de estas presunciones, brinda un auxilio dispensando el carácter de la prueba, pero no redefine el concepto de perjuicio.

La noción sobre el perjuicio patrimonial no ha estado exenta de diversas interpretaciones, tanto por doctrina como por jurisprudencia. Parece claro que el acto rescindible debe constituir un perjuicio para la masa activa, pues constituye el sumatorio de bienes y derechos con el que se van a satisfacer los acreedores, y, como es sabido, constituye la principal finalidad del concurso la satisfacción ordenada de los créditos pertenecientes a los que concurren a este. Este argumento es incuestionable por responder a la literalidad de la norma³⁰.

Además de que el perjuicio deba suponer un menoscabo para la masa activa, se ha sostenido en numerosas ocasiones que, de acuerdo con la finalidad a la que responde el instituto de la reintegración concursal, se persigue la mejor tutela de los acreedores concursales tratando de preservar la igualdad de trato entre ellos o *par conditio creditorum*³¹. Según este argumento, todos los actos o contratos que impliquen una injustificada discriminación entre los acreedores, beneficiando a unos sobre otros, deben ser rescindidos por ocasionar una lesión al resto de los que concurren al procedimiento universal. En este supuesto puede que no se dé necesariamente un menoscabo de la masa, sino una ruptura en la regla de paridad de trato.

²⁸ Una de las notas características de esta acción es que, a diferencia de lo que sucede con la clásica acción pauliana –de naturaleza igualmente rescisoria– (arts. 1.111 y 1.291 CC), ni es necesario acreditar la existencia del *consilium fraudis* ni se exige el requisito de la subsidiariedad.

²⁹ Es necesario destacar que este plazo viene referido a la declaración de concurso, que no siempre será inmediata a la solicitud, demorándose el *dies a quo* para el cómputo del periodo sospechoso.

³⁰ Consultar el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de enero de 2007 (JUR 2007/206097).

³¹ *Vid.* entre otras las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de enero de 2009 (AC 2009/1180) y de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (AC 2009/201).

En esta línea, cierta parte de doctrina y jurisprudencia ha considerado que toda dación en pago, en cuanto altera el principio *par conditio creditorum*, satisfaciendo a un acreedor y no a otros, siempre resulta perjudicial para los restantes acreedores, incluso aunque se tratara de créditos con garantía real³².

Este fundamento es el impera en el artículo 71.3.2.º de la LC, pues la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas siempre supone una alteración de la *par conditio creditorum* al verse el acreedor beneficiado con garantía real revestido de un privilegio especial (*ex art. 90 LC*).

Sin embargo, la realidad muestra que en ocasiones la garantía real constituida de este modo puede no resultar impugnabile por no resultar perjudicial para la masa activa del concurso. Este es el caso reflejado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009 (JUR 2009/172445), en la que el juez considera que no hay perjuicio por conseguirse una prórroga del vencimiento del crédito garantizado.

«En este caso, debemos valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de una garantía real, pues contrariamente a lo argumentado por el Banco, constituye una merma del valor del bien en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien. [...] Ahora bien, en el presente caso concurren una serie de circunstancias que deben ser valoradas: primero, que la hipoteca no se constituye enteramente para garantizar una obligación preexistente –en este caso una nueva que sustituye a otra anterior–, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con la hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior, vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación de crédito; y, segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto. Ambas circunstancias, en el contexto en que se renegoció la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio».

Por otro lado, resulta curioso preguntarse por qué en los casos contemplados el artículo 71.3.2.º de la LC se presume perjuicio pero se permite evitar la rescisión del acto si se logra probar que no lo hubo. La única justificación posible es que, aun en aquellos casos en los que se atente contra la *par conditio creditorum*, cabe la posibilidad de que el acto no sea rescindible por no ser perjudicial.

³² Esto dio lugar a que se buscaran efectos semejantes a través de otra fórmula que, aunque no inmune a la rescisión, ha sido mejor recibida en los juzgados: la venta del activo inmobiliario a una sociedad filial del mismo grupo que el banco acreedor, amortizando inmediatamente con el dinero obtenido la deuda pendiente, o subrogándose la filial adquirente en la deuda.

En el caso de los pagos realizados por el deudor en cumplimiento de obligaciones vencidas y exigibles llevados a cabo en el periodo sospechoso, se entendería que es un acto oneroso rescindible si se prueba que causó daño a la masa. Desde luego, se estaría favoreciendo a un acreedor en particular y discriminando a los que no pudieran obtener el pago por no haber vencido su crédito, pero su impugnación queda supeditada a la prueba del perjuicio patrimonial. Se exceptúan de este régimen aquellos actos que el legislador excluye de rescisión, los «actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales». Esto da a entender que hay determinados casos en los que el legislador permite que se rompa la *par conditio creditorum* para proteger un bien jurídico que considera más importante, en este caso, la viabilidad de la empresa³³.

En este punto lo que tenemos son dos interpretaciones del concepto de perjuicio que se alza como presupuesto básico en el ejercicio de la rescisión concursal: un concepto amplio, que comprende no solo el menoscabo de la masa activa sino también el daño causado a la masa pasiva como consecuencia de la ruptura de la paridad de trato de los acreedores en el procedimiento universal, y un concepto restringido, que entiende que solo hay perjuicio si, en caso de no haberse llevado a cabo el acto, la masa activa tuviera un volumen mayor y la pasiva uno menor.

Personalmente, me inclino por esta segunda interpretación, una noción restringida de perjuicio³⁴ que es sostenida, entre otras, por la Sentencia de 7 de octubre de 2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid (AC 2011/622):

«El acto será perjudicial cuando se demuestre que si no se hubiere producido la masa tendría un mayor valor [...]».

En mi opinión, si se considera la posibilidad de rescindir actos que suponen la pérdida de un bien o derecho del patrimonio pero, al mismo tiempo, ocasionan una disminución del pasivo, al ingresar en el activo un contravalor equivalente, ese acto no debe ser rescindible, por mucho que se perjudique la igualdad de trato, pues, en puridad, la masa queda intacta.

³³ Cabe en esta cuestión hacer un breve apunte sobre lo injustificado que resulta que el legislador proporcione este tipo de blindaje a la rescisión de actos ordinarios de la actividad profesional pero no a los actos que se encuadren dentro de la actividad ordinaria de la familia. Un estudio en profundidad de este tema puede encontrarse en CUENA CASAS, M.: «Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física», *Eprints Complutense*: <http://eprints.ucm.es>, así como en CUENA CASAS, M.: «Capítulo 30: familia y concurso de acreedores: consideraciones generales, persona física y reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011, de 10 de octubre)» en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS: *Tratado del derecho de la familia*, Navarra, 2010, pág. 418.

³⁴ En este mismo sentido, PÉREZ BENÍTEZ, F. J.: «El perjuicio patrimonial y la posibilidad de rescisión independiente de las garantías...», cit., pág. 2.; LEÓN SANZ, F.: «Comentario artículo 71...», cit., pág. 1.306; GARCÍA CRUCES, J. A.: «Dación en pago y reintegración concursal», en BLASCO, F. (dir.): *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. I, 2011, págs. 1.170 y ss.

Como se ha enunciado con acierto³⁵, el examen de la jurisprudencia mercantil permite sentar la conclusión provisional de que el concepto inicial y amplio de perjuicio, por el que se apostó decididamente en los comienzos de la aplicación de la ley, está siendo reformulado.

En efecto, en la actualidad se habla más matizadamente de «sacrificio patrimonial injustificado», hallazgo de la tan citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de febrero de 2009 (JUR 2009/172445), sobre la base de un anterior pronunciamiento del Tribunal Supremo, seguido en numerosas resoluciones.

Cabe concluir a la luz de lo expuesto que en la actualidad el fundamento del sistema de reintegración parece descansar en la protección de la masa activa ese conjunto de bienes y derechos que servirán para el pago de los créditos de acreedores. En este sentido, el perjuicio habrá de probarse caso por caso, atendiendo a la correspondencia entre el valor de la deuda vencida y el valor del bien objeto de la dación³⁶, y atendiendo al valor de las prestaciones al tiempo de la dación, no de la declaración concursal.

3.2. APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 71.1 DE LA LEY CONCURSAL A LA DACIÓN EN PAGO

Parece que no hay duda de que, si nos atenemos a una noción restringida del concepto de perjuicio entendido como una disminución contra la masa activa, la posibilidad de rescindir un dación preconcursal se limitaría a aquellos casos en los que tal acto diera lugar a un menoscabo de la masa activa.

En particular, deberá atenderse al equilibrio de las prestaciones en la dación. Por ejemplo, si se estima que el bien que se entregó en pago de una deuda tenía un valor de mercado, en el momento de llevarse a cabo la dación, muy superior a la deuda que se canceló, parece que atendiendo al desequilibrio en las prestaciones, el acto sería rescindible por ser claramente perjudicial.

En cambio, si lo que se defiende es una interpretación amplia, sería complicado demostrar la improcedencia de la rescisión, ya que con la dación en pago se extingue una deuda con un acreedor al margen del concurso y en detrimento del resto (rompiéndose el principio de la *par conditio creditorum*).

Considerando una noción restringida de perjuicio, la rescisoria concursal no prosperará en aquellos casos en que el valor objeto de la dación en pago sea similar o menor al importe del cré-

³⁵ PÉREZ BENÍTEZ, F. J.: «El perjuicio patrimonial y la posibilidad de rescisión independiente de las garantías en el concurso», Boletín Mercantil, *El Derecho*, 1 de septiembre de 2012.

³⁶ *Vid.* Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de junio de 2011 (JUR 2011/321043) en la que se estima una acción de reintegración en una dación en pago, haciendo hincapié en que el valor de lo entregado es muy superior al valor de la prestación debida.

dito que se quiere extinguir con este subrogado de pago, porque se entenderá que no hay perjuicio alguno por haber equivalencia en las prestaciones³⁷.

El valor del bien objeto de la dación habrá de ser determinado según el valor de mercado en el momento en el que esta se lleve a cabo, no en el momento en el que se ejercite la rescisoria; es por tanto esa la referencia temporal para comparar el valor del bien y el crédito que quedó extinguido en su momento. Esto tiene sentido, ya que, si se determinara el valor del bien objeto de la *datio* cuando se decidiera el ejercicio de la acción, no estaríamos atendiendo al significado patrimonial que aquel acto tuvo sobre el deudor en el momento en que se produjo³⁸.

Por último, atendiendo a los presupuestos de plazo y voluntariedad del artículo 71 de la LC, la dación en pago que se quiere rescindir debe haber sido llevada a cabo por el deudor de forma voluntaria y dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

3.3. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS

3.3.1. La dación en pago de obligaciones no vencidas: las presunciones respecto de los pagos o extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior al concurso

Si la dación se ha realizado en pago de una deuda cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso, la operación caería dentro del supuesto contemplado en el artículo 71.2 de la LC porque constituiría un pago anticipado. Tendría lugar una presunción de perjuicio patrimonial *iure et de iure* –que no admite prueba en contra–, y por tanto, al presumirse perjuicio, prosperaría la rescisoria.

Tras la reforma de la Ley 38/2011 la redacción del artículo 71.2 de la LC ha cambiado ligeramente³⁹, exceptuándose el supuesto de que esta operación contara con garantía real, en cuyo caso la presunción será la del siguiente apartado, esto es, *iuris tantum*.

Resulta muy acertada esta nueva previsión del legislador respecto a los pagos realizados en el periodo sospechoso con el fin de extinguir obligaciones que tienen un vencimiento posterior a

³⁷ Un desequilibrio en la equivalencia de las prestaciones solo conllevaría un perjuicio para la masa del concurso si el valor del bien entregado fuera superior al valor de la obligación extinguida, pero no en aquellos casos en los que el valor del bien fuese inferior al del crédito.

³⁸ GARCÍA CRUCES, J. A.: «Dación en pago y reintegración...», cit., pág. 1.170.

³⁹ Siendo la nueva redacción del 71.2 de la LC la siguiente: «El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente».

la declaración del concurso si se hallaran garantizadas con garantía real, pues esto da la oportunidad al acreedor de probar que no hubo perjuicio para la masa si este fue el caso.

Pensemos en un ejemplo bastante común en el que esta modificación operada por la reforma sea de utilidad en plena crisis del sector inmobiliario. Imaginemos que un promotor adquirió un solar para construir una serie de viviendas pero que, debido a la crisis, finalmente no llega a llevar a cabo la promoción que planeaba. Obviamente, el solar y la deuda contraída para su compra perviven, el solar no es productivo en modo alguno y además la deuda devenga intereses que van incrementando la deuda del promotor.

En esta situación podría ser una medida interesante que el promotor pudiera deshacerse de ese solar, con lo que reduciría su pasivo y evacuaría de su balance un activo que no es productivo, por lo que considero que estaría más que justificado que llevara a cabo una dación en pago en estas circunstancias.

Esta dación no tendría por qué perjudicar a la masa, es más, podrá ser beneficiosa si tenemos en cuenta que se cancela una deuda que devenga intereses y, además, la promotora pierde un activo improductivo que genera gastos de mantenimiento y otros muchos, como pueda ser el pago de impuestos.

Con anterioridad a la reforma, al contener la redacción del artículo 71.2 de la LC una presunción de perjuicio *iure et de iure*, aunque en la práctica estas operaciones como la expuesta no causaran perjuicio para la masa sino más bien todo lo contrario, la operación era rescindible aun cuando la deuda contara con garantía real.

Gracias a la reforma, si se produce una extinción anticipada de una deuda con garantía real, el acreedor cuenta ahora con la posibilidad de aportar prueba de que no hubo perjuicio patrimonial, pudiendo evitar así la rescisión de la operación si se estima que no fue perniciosa para la masa.

No obstante, con independencia de la reforma, entiendo que no podrían ser rescindibles los supuestos en los que contractualmente la entidad financiera hubiera previsto el vencimiento anticipado de la deuda en supuestos de incumplimiento y en este ámbito se procediera a una dación en pago⁴⁰. Supuesto distinto sería el de aquellas cláusulas de vencimiento anticipado, no por incumplimiento sino por declaración de concurso, que a tenor del artículo 61.3 de la LC deberán tenerse por no puestas.

3.3.2. La dación en pago realizada dentro del ámbito de los actos ordinarios o de la actividad profesional o empresarial del deudor

Como es sabido, el artículo 71.5.1.º de la LC dispone que «en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones».

⁴⁰ En esta situación no estaríamos ante un pago anticipado.

En ningún caso, ni siquiera aunque haya un perjuicio para la masa, se podrán rescindir los actos ordinarios o de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, y deberá concurrir en el acto para que sean irrevocables los dos requisitos: que se trate de un acto ordinario, pero que a su vez se realice en condiciones normales; la prueba corresponde a quien alega la irrevocabilidad del acto impugnado.

La cuestión principal en estos casos es determinar qué debe entenderse por actos ordinarios realizados en condiciones normales, a pesar de la dificultad que supone en este campo establecer criterios generales para su definición.

Se ha venido entendiendo que un acto ordinario es aquel que se encuentra comprendido en el objeto social del deudor, y quedan fuera de este ámbito los actos de gestión extraordinaria de la actividad empresarial⁴¹.

En referencia a las condiciones normales, se entiende que estas son las condiciones normales de mercado, y se debe valorar si la operación realizada respondería al modo que habitualmente se realizan dichas operaciones⁴².

En relación con la cuestión de si el pago a un proveedor mediante dación de bienes de una deuda líquida, vencida y exigible quedaría comprendido dentro de lo que debe considerarse como un acto de la actividad ordinaria del deudor efectuado en condiciones normales, resulta interesante consultar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante de 16 de julio de 2010 (AC 2010/1134) en la que se admite que el pago de un crédito vencido y exigible a un proveedor sea un acto ordinario, pero no se considera este realizado en condiciones normales, y por tanto finalmente se acuerda la rescisión de la dación impugnada.

«No se cuestiona que el crédito de Ferro Art la Foia, SL frente a la concursada se enmarque dentro de la actividad ordinaria de esta última, pero lo que se impugna es la dación de créditos como forma de pago de esa operación previa, sin que se acredite la necesidad ineludible de atenderla frente a otros acreedores, pues se trataba de deudas por obras ya realizadas y de su pago no quedaba condicionada la continuación del ejercicio de la actividad empresarial de Occa. Pero sobre todo, lo que no parece es que tal dación se trate de un acto "realizado en condiciones normales". No se trata tanto de que la operación sea perjudicial desde el punto de vista de la equivalencia de las prestaciones sino que no responde a las pautas de actuación ordinarias, apareciendo como singular por comparación con el comportamiento previo y posterior de la mercantil,

⁴¹ Vid. Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de marzo de 2009 (AC 2009/768), de la Audiencia Provincial de Valladolid de 7 de mayo de 2009 (AC 2009/1161) y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de enero de 2009 (AC 2009/1180).

⁴² Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de noviembre de 2010 (AC 2010/2231) y de la Audiencia Provincial de Castellón de 29 de octubre de 2010 (JUR 2011/65135)

con el usual en el sector del tráfico económico en el que la mercantil actúa, o que por las circunstancias que lo rodean (coetáneo a la solicitud concursal o cuanto menos en un momento de clara insolvencia) se presente como una operación coyuntural. En el caso presente que tal dación de crédito como forma de pago no era habitual (no consta ninguna mas) sino que fue algo extraordinario y anormal lo confirma el propio interrogado demandado, que asegura que fue la única vez que se pacto tal forma de pago y que la convinieron ante la situación deficitaria patrimonial de Occa, por lo que, en definitiva no entre en juego el artículo 71.5 de la LC [...]»

Parece que, a juzgar por la jurisprudencia consultada, plantea más problemas justificar que el acto fue realizado en condiciones normales que el demostrar que este era un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor.

En otro orden de cosas, si analizamos el caso particular de una promotora o una inmobiliaria, el objeto social es la venta de inmuebles, y en la actualidad, el contexto social en el que operaría la inmobiliaria sería el de una crisis económica que ha afectado de manera especial al sector inmobiliario. Teniendo en cuenta estas características, a mi juicio no habría problema para aceptar que, si a raíz de la profunda crisis económica las promotoras o inmobiliarias optaran por la sustitución de la ventas de inmuebles por su dación en pago, ello pudiera ser calificado como acto ordinario realizado en condiciones normales y, por tanto, no rescindible, siempre y cuando se utilizara como medio de extinción de deudas líquidas vencidas y exigibles. Lo que en ningún caso se podría aceptar sería la calificación de acto ordinario realizado en condiciones normales la dación en pago de aquellos inmuebles que integren el inmovilizado material de la empresa promotora o inmobiliaria⁴³.

3.3.3. La dación en pago realizada a favor de las personas especialmente relacionadas con el concursado

Si la *datio* de una obligación líquida, vencida y exigible se realizó a favor de una de las personas comprendidas en el artículo 93 de la LC, la ley presume el carácter perjudicial para la masa activa en el artículo 71.3.1.º de la LC, admitiendo prueba en contra por parte del beneficiario de la dación, pero facilitando en buena parte el éxito de la rescisoria⁴⁴.

Parece claro que el fundamento de política legislativa subyacente en el precepto es el presunto «trato de favor» que puede derivar de un acto de disposición llevado a cabo por el deudor a favor de una persona especialmente relacionada con él, en el periodo sospechoso.

⁴³ En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid de 3 de diciembre de 2006.

⁴⁴ Si la *datio* se hubiera realizado en pago de una obligación no vencida a favor de persona especialmente relacionada, se aplicaría lo dispuesto en los artículos 71.2 y 71.3.3 de la LC para los pagos anticipados.

La presunción da por sentado que la prestación asumida por el deudor, ahora concursado, era de mayor valor que la contraprestación debida por el otro contratante⁴⁵, salvo que se aporte prueba en contrario.

La administración concursal no tendrá que probar el perjuicio para la masa activa, sino que este se presume. Habrá de ser el demandado el que tenga que demostrar que hubo plena correlación en las prestaciones puestas a cargo de las partes, porque, si no lo consigue, se presumirá que tuvo «trato de favor»⁴⁶.

Esta presunción de perjuicio contiene dos elementos que definen el acto referido: por un lado, ha de tratarse de un acto oneroso –resultando comprendidos los actos de disposición a título gratuito en el art. 71.2 LC–; de otro, la previsión ha de haberse realizado respecto de una de las personas especialmente relacionadas con el deudor incluidas en el artículo 93 de la LC.

La dación en pago es un acto dispositivo oneroso, dado que impone sacrificios a las dos partes, que también obtienen beneficios tras la realización del acto, pues se realiza el cumplimiento de una obligación por un medio distinto al originalmente convenido.

Para destruir la presunción de perjuicio contenida en el artículo 71.3.1.º de la LC, los que fueron parte en el negocio que se quiere impugnar deberían probar o bien que la persona a la que entregó un bien en pago no era persona relacionada con él sobre la base del artículo 93 de la LC, o bien que, aun siéndolo, la dación no generó un perjuicio para la masa, teniendo en cuenta un concepto de perjuicio restringido como el que hemos analizado en el epígrafe anterior.

3.3.4. La dación en pago comprendida dentro de un acuerdo de refinanciación

La dación preconcursoal podría entenderse en cierto modo como una operación de refinanciación para el deudor, atendiendo al hecho de que se extingue una deuda (lo que supone una reducción del pasivo), evacuándose a su vez activos del patrimonio del deudor –normalmente activos inmobiliarios sin liquidez alguna en el momento actual–. Sin embargo, parece claro que la dación en pago de un bien llevada a cabo antes de la declaración de concurso no goza de la protección que frente a posibles acciones rescisorias concursales otorga el hoy artículo 71.6 de la LC para los acuerdos de refinanciación que cumplan determinados requisitos.

Si no plantea duda el hecho de que la dación preconcursoal no goza del escudo protector del artículo 71.6 de la LC, ni siquiera tratándose de daciones en pago de deudas con garantía real –las hipotecarias por ejemplo–, lo mismo ha de concluirse aunque tales daciones en pago se en-

⁴⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M.: «¿Créditos intrínsecamente perversos?» en CUENA CASAS (dir.): *Familia y concurso de acreedores*, 2010, págs. 421 y ss.

⁴⁶ LEÓN SANZ: «Comentario del artículo 71», en ROJO y BELTRÁN: *Comentarios a la Ley Concursal*, págs. 1.311 y ss.

cuentren comprendidas dentro de un acuerdo más amplio que sí reúna los requisitos típicos de una refinanciación. Otra cosa es que, en tal caso, la posterior rescisión concursal de la dación en pago pudiera facultar al acreedor para solicitar la ineficacia del propio acuerdo de refinanciación, por aplicación de la doctrina de los negocios coaligados⁴⁷.

3.4. LOS EFECTOS DE LA RESCISIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO

3.4.1. La restauración de la situación existente en el momento de formalizarse la dación

El artículo 73.1 de la LC dispone los efectos de la rescisión concursal, indicando que la sentencia estimatoria de la rescisión tendrá efectos declarativos sobre la ineficacia del acto impugnado y contendrá un pronunciamiento de condena sobre la restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses.

Parece que las consecuencias de la rescisión que enuncia el precepto son lógicas y no plantean crítica u objeción. Esta previsión de la ley es coherente con el carácter rescisorio del precepto, y es un supuesto de ineficacia funcional no estructural. Lo que se pretende es actuar sobre la relación contractual que se crea al amparo y como consecuencia del acto impugnado, pero no la validez del acto del que la relación deriva⁴⁸.

En el supuesto en el que se estime la rescisión de una dación preconcursal de uno o varios inmuebles para el pago de una deuda con una entidad crediticia, tras el éxito de la rescisión, la entidad crediticia deberá devolver el o los inmuebles al concursado con sus frutos e intereses (por ejemplo, para el caso de que estos inmuebles hubieran sido alquilados por la entidad en el tiempo que medió entre la dación y la sentencia estimatoria de la rescisión).

En el caso de que los bienes que entregó el deudor en su momento no pudieran reintegrarse a la masa por estar en manos de un tercero «no demandado que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral», a tenor de lo dispuesto por el artículo 73.2 de la LC, la entidad deberá entregar el valor que tuvieron los bienes inmuebles cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal⁴⁹.

Además, si se apreciara mala fe en la sentencia en la entidad crediticia, esta será condenada a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

⁴⁷ SÁENZ-SANTURTÚN PRIETO, J.: «Dación en pago...», cit.

⁴⁸ GARCÍA CRUCES, J. A.: «Dación en pago y reintegración concursal...», cit., pág. 1.185.

⁴⁹ Vid. Sentencia Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante de 5 de marzo de 2008 (JUR 2008/160442).

Por otro lado, devendrá ineficaz el efecto extintivo de la obligación que se quiso satisfacer con la dación –dicho de otro modo, no habrá extinción de la obligación cuyo cumplimiento intentó realizarse a través de la entrega de un bien respecto de la prestación obligatoriamente debida– y, por tanto, el concursado volverá a ser deudor de la entidad crediticia, y el importe retornará de la deuda a su pasivo.

3.4.2. La calificación del crédito que nace de la rescisión

Conviene detenerse a analizar la naturaleza del crédito que ostentará el «otra vez acreedor» del concursado –esto es, en nuestro ejemplo, la entidad crediticia–. En este aspecto, el artículo 73.3 de la LC enuncia que el derecho a la prestación a favor de este tendrá la consideración de crédito contra la masa; este pronunciamiento se reitera en otros preceptos de la ley (art. 84.2.8.º LC).

Según el tenor literal del precepto, el tercero *in bonis* será acreedor contra la masa tras la rescisión, calificación que deriva del hecho de que el crédito surge con posterioridad a la declaración de concurso. Este crédito contra la masa resultante de la rescisión concursal habrá de satisfacerse en el mismo momento en que se produzca la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido. Tras esta afirmación, el precepto sanciona la existencia de mala fe del acreedor subordinando su crédito.

Sin embargo, parece más lógico pensar que los efectos que la rescisión debe tener para el tercero de buena fe deben ser algo distintos atendiendo a las particularidades del supuesto que analizamos. La razón de este planteamiento estriba en que, en virtud de la dación en pago, el concursado no realizó ninguna prestación a favor de su deudor, pues la finalidad a la entrega del bien era el pago de una deuda (*solvendi causa*).

Como consecuencia de la dación en pago preconcursal, el deudor posteriormente concursado reduce su pasivo al saldar la deuda, pero no incrementa su activo en modo alguno. Este es, a mi juicio, el quid de la cuestión para caer en la cuenta de que tras la rescisión de la *datio* no surge ninguna obligación de restitución de la masa activa a favor del acreedor que tomó parte en la operación.

Parece que el artículo 73.3 de la LC está concebido para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco y la dación en pago no lo es, por lo que no surge un crédito contra la masa para el acreedor⁵⁰.

Una vez llevada a cabo la rescisión de este subrogado de pago, el crédito que tuviera en el pasado el tercero vuelve a nacer, pero no debe ser considerado este un crédito contra la masa sino un crédito concursal –salvo que ya fuera contra la masa vía art. 84 LC–, ya que se trata de reponer las cosas al estado que tenían en el momento de formalizarse la dación. El crédito que resurja

⁵⁰ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 2012 (JUR 2012/177366).

de la rescisión de la *datio* no puede ser calificado como crédito contra la masa porque no se trata del crédito de restitución de la rescisión de un negocio jurídico anterior, sino que el crédito ya se había extinguido como consecuencia de la dación.

La acción rescisoria nos retrotrae al momento en que se producen los hechos. En el caso de la dación en pago en la restitución también habrá de tenerse en cuenta el tiempo en que se realizó, restituyéndose, por un lado, el bien o los bienes que se entregaron y, por otro, el crédito que fue cancelado como consecuencia de la entrega. Ese crédito es un crédito al que se le debe conferir el tratamiento concursal que corresponda en este momento para ser considerado, en su caso, como un crédito ordinario o con privilegio si lo tuviere y los supuestos de mala fe, un crédito subordinado.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 29 de octubre de 2011 se sostiene este mismo argumento (JUR 2011/65135):

«Una vez sentada la procedencia de la rescisión de la dación en pago litigiosa deberán fijarse sus efectos, materia que es objeto del artículo 73 de la Ley Concursal, que establece como consecuencia general que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses». En consecuencia, procederá decretar la ineficacia de la dación en pago y condenar a ActiaInciativas, SL a restituir las fincas litigiosas que le fueron adjudicadas, sin que haya lugar a prestación alguna con cargo a la masa por la naturaleza de la dación en pago, que implica una mera sustitución de la prestación debida por otra, en este caso, la transmisión de unas fincas, por lo que, como ya expusimos con anterioridad, no surge prestación alguna a favor de la demandada antedicha, sino solo la consecuencia lógica de la ineficacia de la dación en pago consecuente con la propia rescisión: reposición de las cosas al estado que tenían en el momento de formalizarse la operación con la modulación derivada de la declaración de concurso, esto es, reconocimiento en la lista de acreedores del crédito extinguido en virtud de la dación en pago conforme a la clasificación que le corresponda en virtud de la Ley Concursal, en este caso un crédito concursal».

Si retomamos nuestro ejemplo, el crédito de la entidad financiera será un crédito concursal que se abonará conforme a las reglas previstas⁵¹. Esto tiene sentido porque, de no haberse producido la dación, la entidad crediticia tendría un crédito concursal –bien ordinario o bien privilegiado si hubiera garantía real– y no sería justo que, como consecuencia de las operaciones de reintegración, ahora pasara a tener la entidad un crédito de mayor categoría –es decir, una prioridad en el cobro sobre el resto de los acreedores–, que es lo que ocurriría si se calificara su crédito como un crédito contra la masa.

⁵¹ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona de 25 de febrero de 2005 (AC 2005/534) y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante de 5 de marzo de 2008 (JUR 2008/160442).

Satisfacer como crédito contra la masa el crédito del acreedor inicialmente satisfecho en virtud de la transmisión del bien objeto de la dación conllevaría hacer de mejor condición frente al resto de los acreedores a aquel cuyo crédito se entendió inicialmente extinguido en virtud de la dación posteriormente rescindida, sosteniendo la subsistencia del crédito con el tratamiento concursal que le corresponda.

En esta línea encontramos la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona de 25 de febrero de 2005 (AC 2005/534):

«La rescisión, como se ha indicado, determina, además de la ineficacia del acto impugnado, la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses. Por tanto, la demandada deberá restituir las fincas adjudicadas, sin prestación alguna con cargo a la masa, dado que la transmisión lo fue en pago de deudas. Debe descartarse que los gastos de la adjudicación deban ser soportados por la masa, dado que dicho efecto no está contemplado en el artículo 73 de la LC (RCL 2003, 1748) como propio de la rescisión dicho precepto solo habla de "frutos e intereses". Ahora bien, la entidad demandada deberá figurar en la relación de acreedores, incluyéndose su crédito como ordinario, dado que no se aprecia mala fe».

3.4.3. Los efectos de la rescisión en la dación en pago de deuda garantizada

En el caso de que la obligación extinguida mediante la dación en pago estuviera garantizada con garantía real, parece que el supuesto se torna más complejo.

Como es sabido, la dación en pago, al extinguir la obligación entre las partes, también extingue los derechos de garantía sobre la obligación constituidos a favor del acreedor –ya sean garantías personales o reales⁵². Este resultado parece lógico si tenemos en cuenta que, al extinguirse la obligación, ya no hay obligación que asegurar⁵³. Por tanto, el acreedor que era titular de un crédito garantizado contra el deudor deja de ser titular no solo del derecho de crédito, sino también del derecho de garantía una vez operada la dación en pago.

Un supuesto como el descrito se daría en el caso de que una entidad crediticia fuera acreedora de una promotora que hipotecó un conjunto de inmuebles en garantía de un crédito; si con posterioridad se procediera a la dación en pago de esos inmuebles, se extinguiría el tanto la obligación como la hipoteca.

En la jurisprudencia encontramos ejemplos como el de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga de 6 de febrero de 2009 (JUR 2009/87930):

⁵² Díez Pícazo, L.: *Fundamentos de derecho patrimonial...*, cit., SASTRE PAPIOL, S.: *La dación en pago*, Barcelona, 1990.

⁵³ En este sentido SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: «Efectos de la rescisión...», cit., pág. 53, al enunciar que «si hay garantía real y la obligación principal se ha satisfecho, la garantía debe cancelarse ya que no hay obligación asegurada».

«La dación en pago tiene, para la mejor doctrina, efectos reales y no consensuales y constituye, conforme a la STS de 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8832) un acto oneroso. Ciertamente también la dación en pago para la extinción de garantías reales conlleva la extinción de la garantía hipotecaria. Lo es en pago y no para pago, pro soluto y no pro solvendo. La afectación rescisoria concursal se producirá en supuestos de anticipos de pagos, extinción de deudas no vencidas, alteración del patrimonio causando perjuicio o realizando una afectación fraudulenta o no de la par *conditio creditorum*. [En y para pago resultan limitados conforme a lo previsto en el art. 100.2.5 de la LC (RCL 2003, 1748)]».

La extinción de las garantías que se hubieran constituido a favor del acreedor tiene lugar con la *datio* tanto si esa garantía se prestó por un tercero como si vino a constituirse sobre particulares bienes integrados en el patrimonio del deudor.

Lo interesante en cuanto al caso que analizamos es determinar si la extinción de ese derecho de garantía pervive aun en los casos en los que prospere la rescisoria.

En esta cuestión, hay quien sostiene que la rescisión de una dación en pago de deuda que se hallaba garantizada no le haría al acreedor recuperar la garantía real o personal de la que fuere titular con anterioridad a la dación. Este razonamiento está fundamentado en el artículo 1.829 del CC, que dispone para la fianza que «si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador».

Ante estos efectos, los que defienden esta postura, en la que la garantía del crédito no revive tras la rescisión, afirman la necesidad de buscar un mecanismo de protección del acreedor que se ve obligado a restituir el bien o bienes a la masa activa, pues la rescisión implicó la pérdida de una posición ventajosa como consecuencia de la extinción de la garantía de su crédito.

Se propone una interpretación basada en un criterio de equidad y con la finalidad de evitar ese empeoramiento de la posición del acreedor mediante la que se defiende que este acreedor debería ser tratado como acreedor contra la masa. Dicho de otro modo, lo que se propone es que al privar la dación en pago de su efecto extintivo resurja el crédito originario, pero, ya que resurge sin garantía, se compensaría a estos acreedores calificando su crédito como crédito contra la masa y no concursal.

No parece adecuada esta solución⁵⁴; al contrario, yo me inclino por pensar que la ineficacia de la dación tendrá como consecuencia que el bien o los bienes objeto de la dación deberían ser restituidos a favor del concurso y que la contraparte recuperaría su carácter de acreedor con todas las garantías reales o personales que fueron dispuestas a favor de su crédito y que se habían

⁵⁴ Tampoco considera atinada esta postura GARCÍA-CRUCES, en GARCÍA CRUCES, J. A.: «Dación en pago y reintegración...», cit., pág. 1.190, quien afirma que «no parece acertada la aplicación extensiva de una regla que supone el reparto del riesgo, tal y como nuestra doctrina más autorizada manifiesta respecto de la evicción en relación con otros supuestos en los que viene a sancionarse la ineficacia del acto».

extinguido como consecuencia de la entrega del *aliud*. De este modo, se producirá un retorno a la situación anterior y el acreedor será titular de un crédito concursal, privilegiado en el caso de que mediara garantía en la obligación que se quiso extinguir y que luego resurgió, ordinario en el caso de que no hubiera garantía, todo ello de conformidad con las normas dispuestas en la ley para la clasificación de los créditos en el concurso⁵⁵.

En conclusión, el acreedor que antes de la declaración de concurso recibió un bien en pago, si posteriormente se procediera a la rescisión de la dación, tendrá en el concurso una posición de acreedor concursal, que es la que hubiera tenido de no haberse producido la dación.

Si esa deuda que la dación extinguió en un primer momento hubiera estado garantizada, la garantía se extingue con la dación pero revive con la rescisión, lo que coloca al acreedor en la misma posición que hubiera tenido de no haberse producido la dación, por lo que debe ser calificado como acreedor privilegiado.

Aclarado esto, parece que el problema surge si, rescindida la dación y decretados los efectos pertinentes en la sentencia, al acreedor no se le restituye de forma simultánea la garantía original, ya que, por aplicación del artículo 73 de la LC, la rescisión y la restitución de la posición del acreedor deben ser simultáneas. ¿Podría en este caso el acreedor negarse a devolver el bien que recibió si de forma simultánea no se le constituye una garantía idéntica a la que disfrutaba?

El artículo 73.3 de la LC parece no dejar lugar a dudas, ya que el acreedor debe ser restituido en la posición que ostentaba. Y si la dación deviene ineficaz, la misma suerte debe correr la cancelación de la garantía, que debe volver a su situación original. El acreedor debe devolver el bien recibido en pago de la deuda y tendrá derecho a que la garantía inicial que se canceló se le restituya⁵⁶.

Por otro lado, si el acreedor no pudiera devolver el bien dado en pago porque lo transmitió a un tercero, la solución no debe diferir de la analizada y el acreedor de buena fe se podría negar a entregar el bien, o la prestación sustitutiva que establece el artículo 73.2 de la LC, si de forma simultánea no se le restituye la garantía de la que disfrutaba.

Por último, conviene detenernos brevemente en un caso distinto al que venimos analizando. En el supuesto contemplado en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante de 14 de julio de 2010 (JUR 2010/264837) el concursado llevó a cabo en el periodo sospechoso la dación de una finca en pago de una deuda no garantizada, que fue posteriormente gravada con una hipoteca por la que aceptó la dación.

Al estimar el tribunal perjuicio contra la masa, se decretó la procedencia de la rescisión concursal del negocio jurídico y con ella el deber del demandado de reintegrar a la masa aquello que hubiera recibido del deudor (concurado) y el deber del concursado de devolver lo obtenido

⁵⁵ Vid. artículo 84 de la LC.

⁵⁶ En este sentido SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: «Efectos de la rescisión...», cit., pág. 53.

a consecuencia del acto declarado ineficaz. El problema surgió al caer en la cuenta de que el tercero obligado a restituir los bienes objeto de la dación había constituido hipoteca a favor de una entidad crediticia sobre ellos, carga que se añadió con posterioridad a la dación, pues los bienes se encontraban libres en el momento en el que salieron del patrimonio del concursado.

Finalmente la sentencia consideró que se había producido un cambio sustancial en el bien sobre el que se materializaba el derecho al gravarse con una hipoteca en garantía de un préstamo hipotecario, y propuso dos vías para llevar a cabo los efectos de la rescisión:

«La obligación está vinculada a la falta o imposibilidad de reintegración que, en el caso que nos ocupa, solo puede plantearse como hipótesis en beneficio de la ejecución futura. Pero sin embargo, sí parece que haya de tener cabida en el deber de restitución, la satisfacción de la hipoteca, lo que entendemos, puede fundamentarse por dos vías: El segundo de los cauces que podrían justificar la entrega por los adquirentes, junto con la vivienda, del valor de la hipoteca es el de la previsión contenida en el párrafo segundo del mismo artículo 73. En efecto, y aunque dicho párrafo está dirigido para los casos en que la reintegración in natura no es posible, quedando sustituida por el valor equivalente, también puede entenderse respecto de los casos en que la imposibilidad de reintegración afecta, no a los bienes sino a derechos por pertenecer a tercero no demandado o gozar de protección registral. Así, podría entenderse que el derecho de propiedad que ha sido gravado con una hipoteca no puede restituirse y, por tanto, ha de ser compensado en el valor que tenía cuando era libre. En todo caso el Tribunal se inclina por la primero de los cauces y ello supone que, dado que el gravamen que sujeta a la propiedad, constituido por los adquirentes, es de su exclusiva responsabilidad, el cumplimiento del deber de restitución adiciona una responsabilidad económica que dimana de aquella carga real, de modo que para que la restitución tenga lugar en modo equivalente a lo percibido en su día, [...] no cabe sino la satisfacción del valor del gravamen junto a la devolución del bien gravado [...] Esa responsabilidad ha de liberarse con anterioridad al momento de la restitución de la vivienda y ello supone la cancelación de la hipoteca. De no ser así, la restitución de la vivienda deberá ir adicionada de la entrega del importe de la hipoteca y cuantos gastos conlleve su total liberación hasta la cancelación».

Parece claro que la restitución de los bienes que fueron objeto de dación ha de ser propia, es decir, de lo percibido en su día y, por tanto, con devolución en identidad de estado, condiciones, naturaleza y valor, tanto jurídico y económico, por lo que no tendría sentido la devolución de unos bienes hipotecados que eran libres cuando se entregaron a la contraparte.

Resulta acertada la decisión del tribunal y coincide plenamente con la opción por la cual se inclina, puesto que parece que la mejor de las alternativas sería proceder a la devolución del bien gravado que fue objeto de dación tras la cancelación de la hipoteca.

Por último, es menester destacar que, en aquellos casos en los que prospere la rescisión de la dación en pago de deuda debido a la existencia de un claro desequilibrio de las prestaciones

que hiciera considerar al tribunal que esa transacción fue perjudicial para la masa activa del concurso, considero que cabría la posibilidad de cuantificar el perjuicio causado calculando la diferencia entre el valor del bien entregado en pago y la deuda que se extinguió. Tras este cálculo, el tercero podría abonar dicha cantidad al concurso sin necesidad de que tuviera que tener lugar una restitución del bien a la masa, y un resurgimiento del crédito que se quiso cancelar. Es probable que esta solución sea la más conveniente tanto para el concurso –por ser más conveniente disponer de liquidez que de bienes, que habrá que realizar– como para el tercero –que no tendrá que devolver un bien que probablemente ya esté siendo utilizado por él mismo o por otras personas–.