

**A. DERECHO
CIVIL**

ACCIÓN PAULIANA: SUSPENSIÓN DE PAGOS

**Núm.
64/2004**

José Ignacio ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

• **ENUNCIADO:**

Los cónyuges don AAA y doña BBB concertaron con el Banco de Pérez, el 3 de diciembre de 1991 una póliza de crédito con garantía personal por un límite de cuatro millones de pesetas, con vencimiento el 12 de noviembre de 1992, cuyo saldo negativo por impagos dio lugar a la deuda debida por ambos cónyuges al Banco citado. Los mencionados cónyuges, por escritura pública de 11 de noviembre de 1992, donaron las fincas registrales de Madrid y Lugo a sus hijos doña CCC, don EEE, don FFF y doña GGG. El 20 de noviembre de 1992 don AAA solicitó la declaración de suspensión de pagos como comerciante individual, la cual se tuvo por solicitada por providencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Cuenca de 25 de enero de 1993 dando lugar al expediente número 467/1992 y en dicho procedimiento se dictó el Auto de 13 de marzo de 1996 en el que se declara la suspensión y la situación de insolvencia definitiva fijándose en 17.827.591 pesetas la cantidad en que el pasivo excede del activo, sin que conste que en el plazo de quince días del artículo 8.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de junio de 1922 se haya consignado o afianzado la diferencia, y sin que tampoco haya constancia alguna relativa a si hubo o no convenio. Se plantea el letrado del Banco de Pérez si es viable el inicio de un procedimiento en el ejercicio de la acción de rescisión contra la donación de fincas realizada en fraude de acreedores por los cónyuges al hallarse don AAA en suspensión de pagos con insolvencia definitiva declarada, y teniendo en cuenta que el Banco al que defiende tiene su crédito reconocido por tal deuda en el proceso concursal, y si ello vulneraría la máxima par conditio creditorum.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Requisito de la subsidiariedad de la acción rescisoria en fraude de acreedores: concurrencia o no de este requisito legal en el caso planteado.
2. La existencia del expediente de suspensión de pagos como hecho impeditivo para el ejercicio de la acción pauliana.
3. Planteamiento de la cuestión ante la nueva Ley Concursal.

• **SOLUCIÓN:**

1. La acción rescisoria en fraude de acreedores (revocatoria, o pauliana) tiene carácter subsidiario, de conformidad con lo establecido en los artículos 1.111 (después de haber perseguido los bie-

nes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe), 1.291.3.º [cuando éstos (los acreedores) no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba] y 1.294 (la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio), todos ellos del Código Civil (CC).

La Jurisprudencia, en numerosas resoluciones, ha examinado la doble faceta de carencia de bienes y de otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio económico, configurándola en torno a la imposibilidad de obtener la satisfacción del crédito (imposibilidad, real y efectiva, de cobrar, como señalan las Ss. de 5 de noviembre de 1995 y 19 de junio de 2001). Sin embargo, la propia doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso, ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia, como tampoco es preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores, por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso.

A propósito de la carencia de bienes no resulta admisible la mera afirmación en sentido contrario cuando, hay una declaración judicial en expediente de suspensión de pagos de insolvencia definitiva, con arreglo a la que el pasivo es notoriamente superior al activo; y ello tanto más si se tiene en cuenta que la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS) tiene declarado que es el deudor el que ha de precisar y señalar otros bienes para excluir la legitimación de la acción revocatoria, y que no se puede gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor.

Por otra parte, aunque la subsidiariedad exige también que se carezca de otro recurso legal para la reparación del perjuicio económico que afecta al acreedor, no resulta asumible pensar que un expediente de suspensión de pagos en el que se declaró la insolvencia definitiva del deudor constituya un mecanismo legal idóneo para obtener aquella reparación con indemnidad del crédito del actor. La Sala Primera del TS tiene dicho que no concurre el requisito de la subsidiariedad (en la faceta de carencia de otro recurso legal) cuando no se agotó la vía de apremio pero, dejando sentado que la suspensión de pagos no tiene tal consideración y en cualquier caso, la doctrina jurisprudencial visualiza en tal situación una falta de constancia de la imposibilidad para resarcirse del crédito, que no es real cuando hay una situación como la antes expresada de insolvencia definitiva con una notoria desproporción del pasivo respecto del activo.

De la doctrina jurisprudencial sintetizada, se deduce la concurrencia del requisito legal y que, desde la óptica de la subsidiariedad, nada cabe oponer a la prosperabilidad de la acción pauliana.

2. En cuanto a la cuestión de si la simple existencia de la suspensión de pagos impide el ejercicio de la acción pauliana, cabe afirmar siguiendo a la jurisprudencia reciente, que el tema es complejo y dificultoso, o al menos de no sencilla resolución, pero cabe ya afirmar que no se advierte argumento consistente para privar al acreedor de la acción pauliana (como medio legítimo para la defensa individual de su crédito) por el mero hecho de haberse constituido el deudor en situación de suspensión de pagos.

Para argumentar la conclusión que se sostiene procede significar, que, si bien es cierto que la acción pauliana (art. 1.111 del CC) se diferencia de las revocatorias concursales por su fundamento, características y efectos, lo que se traduce no sólo en una distinta legitimación activa, en la primera cualquier acreedor perjudicado en su crédito, y para las segundas los interventores de la suspensión (art. 21 de la Ley de Suspensión de Pagos en relación con los arts. 879 a 882 del CCom., y 1.366 y 1.377 de la LEC), sino también en diferentes consecuencias, dado que las concursales tien-

den a la reintegración de la masa, mientras que la pauliana beneficia únicamente de modo directo al acreedor o acreedores que la ejercitan, por lo que es obvio que, en este caso, el provecho del ejercicio de la acción es sólo para el acreedor accionante, sin embargo no por esto se le puede privar de tal derecho para hacer efectivo su crédito, o mejor, para resarcirse del perjuicio económico sufrido. Con esta apreciación no se vulnera el principio concursal esencial de la *par conditio creditorum*, porque no se altera la igualdad respecto de la masa activa, ni se atribuye ningún privilegio o preferencia respecto de la misma, ya que los bienes donados sobre los que incide la rescisión están fuera del patrimonio del deudor. Es más, en tal perspectiva, incluso los otros acreedores de la suspensión resultarían indirectamente beneficiados, al extinguirse, o reducirse, el crédito del acreedor resarcido mediante la acción pauliana. La suspensión de pagos produce como efecto fundamental la paralización de las ejecuciones aisladas sobre los bienes del deudor, es decir, inmoviliza el patrimonio del suspenso para, en su caso, su posterior reparto entre todos los acreedores según las reglas de la quiebra, pero en el supuesto que se examina no se produce tal ejecución aislada, porque el bien no está en el patrimonio del deudor ya que lo ha donado, por lo que no se afecta a dicha inmovilización. La conclusión que se mantiene consistente en no apreciar obstáculo al ejercicio de la acción pauliana una vez iniciado el procedimiento concursal tiene apoyo en la opinión doctrinal mayoritaria, y asimismo se manifestó favorable la Sentencia del TS de 8 de febrero de 1988.

3. En relación con el punto tercero del caso, cabe decir que la acción que el Banco acreedor pretende llevar a cabo (partiendo de la supresión de la distinción entre la suspensión de pagos y quiebra, que quedan superadas por el nuevo concurso de acreedores), queda amparada por las normas referidas en la Ley concursal 22/2003 como acciones de reintegración de la masa activa o dicho de otro modo, la acción rescisoria concursal. El Banco, a la luz de la nueva ley, estaría legitimado activamente para el ejercicio de la acción revocatoria pretendida, pero no directamente (ya que el primer legitimado es la Administración concursal) sino por medio de una suerte de legitimación subsidiaria que crea el artículo 72 del nuevo texto. La donación hecha por don AAA estaría incardinada en el supuesto del artículo 71.2 de la Ley Concursal causante de un perjuicio patrimonial a la masa activa sin admisión de prueba en contrario, y precisamente al quedar enmarcada la acción de nuestro caso dentro de los actos-tipo sobre los cuales recaen las acciones de reintegración a favor de la masa activa, entendemos que el Banco no podría pretender para sí los efectos favorables de la nulidad de la donación de las fincas.

En cualquier caso, no debe dejar de destacarse que, las acciones propias del CC o de otro texto, no resultan incompatibles con las rescisorias concursales ya que el artículo 71.6 de la Ley Concursal prevé expresamente tal compatibilidad.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- SSTS de 5 de diciembre de 1994, 31 de diciembre de 1998, 17 de julio de 2000, 29 de marzo de 2001, 28 de junio, 17 de julio y 23 de septiembre de 2002.