

La reintegración de las «*undervalue transactions*» en el Derecho inglés¹

Por Aurelio Gurrea Martínez

Abogado, economista y auditor, socio de Dictum

Profesor de Derecho Mercantil, Universidad CEU San Pablo

Sumario

I. INTRODUCCIÓN.-1. Planteamiento.-2. La defectuosa concepción del presupuesto objetivo de las acciones revocatorias en la Ley Concursal y su aproximación conceptual a las «*undervalue transactions*» previstas en el Derecho inglés.-II. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL SISTEMA DE REINTEGRACIÓN PREVISTO EN EL DERECHO INGLÉS.-III. LA RESCISIÓN DE LAS DENOMINADAS «*UNDERVALUE TRANSACTIONS*».-1. Introducción.-2. Evolución histórica.-3. Presupuestos.-3.1. Las transacciones realizadas por el deudor en un *undervalue*.-3.1.1. Contenido y alcance del concepto de transacción.-3.1.2. La necesaria intervención directa o indirecta del deudor.-3.1.3. El concepto de *undervalue* y la valoración de la contraprestación.-3.2. El «tiempo relevante» para la rescisión de la operación.-3.2.1. El elemento temporal: el periodo sospechoso.-3.2.2. El elemento financiero: el estado de insolvencia.-4. Las excepciones al régimen general de rescisión concursal en situaciones de *undervalue*: las transacciones legalmente irrevocables.-IV. CONCLUSIONES.

¹ El autor quiere dejar constancia de su agradecimiento a la Universidad CEU San Pablo y al Banco Santander por la financiación recibida durante el curso académico 2011/2012 para la realización de una estancia de investigación en la *University College of London* bajo la dirección y tutela académica del Prof. RIZ MOKAL.

I. INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento

Con carácter general, el ejercicio de las acciones rescisorias tiene por objeto la maximización de los activos del deudor y/o el mantenimiento del orden de prelación de créditos establecido en la normativa concursal. Por ello, un adecuado sistema de reintegración de la masa debe recoger un presupuesto objetivo amplio que permita la rescisión de los negocios jurídicos perjudiciales para la masa activa y aquellos otros que, sin implicar una disminución patrimonial, hayan supuesto un quebrantamiento del principio de la *par condicio creditorum*. Si bien, como modelo alternativo al del presupuesto objetivo amplio, las legislaciones concursales pueden individualizar, atendiendo al tipo de conducta, de deudor o, si se quiere, de perjuicio, los diferentes mecanismos para la reintegración de la masa; pudiendo establecer, en fin, un catálogo de supuestos *numerus clausus* o, en ocasiones -y como consecuencia, normalmente, de la coexistencia de una cláusula general-, *numerus apertus*, en los que será posible la reintegración de la operación. El primero de los modelos descritos se correspondería, aunque con ciertos matices, con el modelo de acciones revocatorias concursales previsto en la normativa española vigente; el segundo, en cambio, se correspondería con el modelo previsto en el Derecho inglés; mientras que el tercero, en fin, se correspondería, con carácter general, con el modelo previsto en nuestra legislación derogada o en el Derecho francés.

2. La defectuosa concepción del presupuesto objetivo de las acciones revocatorias en la Ley Concursal y su aproximación conceptual a las «undervalue transactions» previstas en el Derecho inglés

Siguiendo el modelo italiano, el legislador español ha centrado el ejercicio de las acciones revocatorias concursales en torno al concepto de *perjuicio*. Así, todos los *actos* realizados por el *deudor* en los *dos años* anteriores a la declaración judicial de concurso podrán resultar rescindidos, siempre que la administración concursal o, en su defecto, los acreedores que hubieren ejercitado la acción rescisoria acrediten el necesario perjuicio sobre el que gravita el sistema de reintegración en España (art. 71.1)². Sin embargo, a diferencia de otras legislaciones de nuestro entorno que sitúan el concepto de perjuicio en torno a la figura de los *acreedores* (v. gr., Italia o Francia), el Derecho español lo ha centrado, expresamente, en el perjuicio a la *masa activa*. Por tanto, una interpretación literal de la norma (que, en este caso, al no resultar difusa, parece la más oportuna) implicaría que, en la normativa de insolvencia

² No obstante lo anterior, para minimizar los *costes de prueba* que, sin duda, supondría acreditar procesalmente el perjuicio, el legislador español ha establecido un régimen de presunciones que, en algunos casos, admitirán prueba en contrario (art. 71.3); mientras que, en otros, sin embargo, supondrán *per se* la acreditación del citado -y necesario- perjuicio (art. 71.2).

española, las acciones rescisorias concursales *sólo* pueden deshacer los efectos derivados de aquellas transacciones en las que el deudor hubiera sufrido una disminución patrimonial, que son, a estos efectos, los únicos actos que perjudican la masa activa; y ello, a pesar de que, como ha entendido la doctrina más autorizada, los actos que supongan un perjuicio a la masa activa, también producirán un perjuicio sobre la *colectividad* de los acreedores, al verse disminuido el conjunto de bienes y derechos que, en última instancia, permitirán la satisfacción -aunque sea parcial- de sus derechos de crédito³.

En cualquiera de los casos, dicha interpretación literal impediría rescindir aquellas *preferencias* otorgadas a uno o varios acreedores con anterioridad a la declaración de concurso, salvo que dichas preferencias supongan, además, un perjuicio a la masa activa (*v. gr.*, el otorgamiento de una garantía real otorgada sobre los bienes del deudor). En consecuencia, a pesar de que, para solventar la defectuosa regulación de nuestra reintegración de la masa, la mayoría de nuestros jueces y tribunales hayan interpretado el concepto de perjuicio incluyendo los actos en los que el deudor, otorgando algún tipo de preferencia a uno o varios acreedores, hubiere quebrantado la *par condicio creditorum*, la normativa concursal española sólo recoge expresamente la rescisión de aquellas transacciones que, con ciertas diferencias conceptuales y procedimentales, son conocidas como «*undervalue transactions*» desde el punto de vista del Derecho inglés.

II. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL SISTEMA DE REINTEGRACIÓN PREVISTO EN EL DERECHO INGLÉS

A diferencia de lo que acontece en el Derecho español, la normativa de insolvencia británica regula diferentes mecanismos para la reintegración de la masa. Así, en función del tipo de acto, sujeto o, incluso, perjuicio que hubiere ocasionado la transacción susceptible de reintegración concursal, podrán diferir los presupuestos y la finalidad pretendida por el ejercicio de las acciones revocatorias. Por su parte, dentro de los diferentes procedimientos concursales previstos en el Derecho inglés, conviene tener en cuenta, no obstante, que los mecanismos generales de reintegración de la masa que serán examinados a continuación sólo podrán ejercitarse en los supuestos de liquidación y de administración (*v.*, en este sentido, s. 238 [1] IA).

Dentro del régimen de acciones rescisorias previstas en la *Insolvency Act 1986*, podemos distinguir, muy claramente, entre las acciones que tienen por objeto la *maximización de los activos* disponibles del deudor; de aquellas otras que, sin embargo, tienen por objeto el *mantenimiento del orden de prelación de créditos* establecido en la legislación concursal. En efecto, sin perjuicio de otros mecanismos ordinarios o concursales de impugnación de los

³ *V.*, en este sentido, BELTRÁN, E., en URÍA/MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 2ª Ed., Thomson Civitas (Madrid), 2007, pg. 1024.

actos del deudor, las principales acciones de reintegración previstas en la normativa de insolvencia británica son: i) la acciones que tienen por objeto la anulabilidad de las transacciones realizadas por el deudor en condiciones de *undervalue*; y; ii) la anulabilidad de las *preferencias* otorgadas por el deudor a uno o varios de sus acreedores⁴.

El Derecho inglés pretende, en definitiva, adaptar los mecanismos de reintegración de la masa a las diferentes *conductas* empíricamente realizadas por el deudor en el momento anterior a la declaración de concurso; discriminando, además, con diferentes presupuestos -sobre todo, procedimentales-, entre el deudor persona natural o jurídica. Y así, en los casos en que el deudor hubiere ocultado o se hubiere desprendido de bienes, se ejercitará un tipo de acción rescisoria en el que, normalmente, se tendrá en cuenta tanto el *elemento objetivo* del perjuicio patrimonial como el *elemento subjetivo* de la intención fraudulenta; si, por el contrario, hubiera realizado transacciones arriesgadas o sin contravalor suficiente, podrían ejercitarse otra modalidad de acciones rescisorias en las que, normalmente, sólo se atendería a elementos estrictamente objetivos como podría ser la valoración del daño o perjuicio patrimonial; y si se constatase, en fin, que el deudor hubiere favorecido la posición jurídica de uno o varios acreedores en perjuicio del resto, resultaría razonable que el legislador escogiese otro sistema de reintegración de la masa que, en este caso, pudiese valorar un elemento subjetivo adicional (*v. gr.*, la intención de favorecer a uno o varios acreedores), aunque sea, al menos, mediante un régimen de presunciones que permita reducir los elevados costes de prueba que supondrá acreditar la intención del deudor.

Siguiendo el esquema anterior, el legislador británico ha previsto un sistema de reintegración de la masa en los que, para la rescisión de aquellas transacciones que hayan sido realizadas en un *undervalue* (ss. 228 y 339 IA), deba acreditarse el elemento objetivo del perjuicio a la masa activa; mientras que, para aquellas transacciones que, sin embargo, sólo consistan en una preferencia otorgada por el deudor (s. 239 IA), se exigirá, además, la acreditación del elemento subjetivo del deseo de favorecer a uno o varios de sus acreedores. En cualquier caso, conviene tener en cuenta que, aunque puedan diferir los presupuestos y presunciones para el ejercicio de las diferentes acciones revocatorias previstas en el Derecho inglés, ambos tipos de mecanismos de reintegración de la masa tienen un presupuesto común: la necesaria realización de la transacción susceptible de reintegración concursal en el denominado «*tiempo relevante*». Entendiéndose, a tales efectos, que existirá dicho tiempo relevante cuando concurren un elemento financiero y otro temporal: i) el *estado de insolvencia* del deudor en el momento -o como consecuencia- de realizar la transacción o la preferencia susceptible de

⁴ Para un análisis más detallado de los diferentes sistemas de reintegración de la masa previstos en el Derecho inglés, *v.*, por todos, ARMOUR/BENNETT (dirs.), *Vulnerable Transaction in Corporate Insolvency*, Hart Publishing, 2003; GOODE, R., *Commercial Law*, Lexis Nexis, 2009; GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet and Maxwell, 2011; FINCH, V., *Corporate Insolvency Law*, Cambridge University Press, 2009; KEAY, A., *Avoidance Provisions in Insolvency Law*, Law Book Co., 1997; MOKAL, R., *Corporate Insolvency Law: Theory and Application*, Oxford University Press, 2005; PARRY, R. (dir.), *Transaction Avoidance in Insolvencies*, Hardback, 2nd Edition, 2011; WOOD, P., *Principles of international insolvency*, Sweet and Maxwell, 2007.

rescisión concursal; y ii) el denominado «periodo sospechoso» que, además de diferir para la rescisión de las preferencias y de las transacciones en un *undervalue*, será diferente en los casos de deudor persona natural y jurídica.

III. LA RESCISIÓN DE LAS DENOMINADAS «*UNDERVALUE TRANSACTIONS*»

1. Introducción

La sección 238 de la *Insolvency Act* 1986 prevé el régimen de rescisión de las denominadas «transacciones en un *undervalue*» en el ámbito de las *sociedades*; mientras que, en las situaciones de concurso de una *persona natural*, serán aplicables las -casi análogas- disposiciones contenidas en la sección 339 del citado texto legal. En este sentido, declaran tales preceptos, resultarán rescindibles las donaciones y las transacciones realizadas sin contraprestación o con una contraprestación significativamente inferior que hubiere efectuado el deudor con anterioridad a su declaración de concurso. Si bien, como ya se ha avanzado, la transacción en un *undervalue* resultará un requisito necesario aunque no suficiente para la rescisión de la operación; ya que, como se ha avanzado, junto a la existencia de una donación o, en su caso, una contraprestación inferior o nula, deberá acreditarse que el deudor se encontraba en estado de insolvencia en el momento -o como consecuencia- de la transacción susceptible de rescisión concursal; sin que, en ningún caso, puedan rescindirse por este concepto las transacciones realizadas más de dos años anteriores a la declaración de concurso, salvo que se trate de un deudor persona natural, cuyo periodo sospechoso alcanzará los cinco años.

2. Evolución histórica

Los orígenes de la rescindibilidad de las transacciones realizadas sin contraprestación adecuada se remontan al siglo XVI en Inglaterra, con la promulgación del denominado «Estatuto de Elizabeth» (1570), que declaraba nulas "*las donaciones, gratificaciones, enajenaciones u operaciones que hubiese realizado el deudor con la intención de retrasar, esconder o defraudar a sus acreedores y otros*" (13 Eliz 1, c.5). La diferencia esencial entre la acción rescisoria por *undervalue* recogida en el Estatuto de Elizabeth -y aplicada durante más de cuatrocientos años en Inglaterra- y su vigente redacción en la *Insolvency Act* es el denominado *consilium fraudis*; es decir, la exigencia del fraude, que, en el caso de las transacciones en un *undervalue*, no será necesario para que pueda rescindirse una determinada operación. No obstante, también existen otras diferencias -sobre todo, procedimentales-, como sería el plazo de interposición de la acción, que resultaba

imprescriptible en el Estatuto de Elizabeth, así como los sujetos legitimados para el ejercicio de la misma, que alcanzaban -en la legislación derogada- a cualquier persona perjudicada por la transacción fraudulenta.

Sin embargo, no sería hasta la *Bankruptcy Act* 1603 cuando se delimitaría la posibilidad de rescindir tales operaciones mediante el establecimiento de un *periodo sospechoso* anterior a la declaración de quiebra; para que así, con apenas algunos matices, dicho mecanismo de reintegración de la masa pasara a recogerse en el ámbito de la persona natural en la sección 42 de la *Bankruptcy Act* 1914, que resulta, en este sentido, el antecedente inmediato de la regulación actual de la rescisión de las transacciones en un *undervalue* prevista en la *Insolvency Act* 1986.

3. Presupuestos

3.1. Las transacciones realizadas por el deudor en un *undervalue*

El concepto de transacción en un *undervalue* resulta esencial para la determinación de los actos que pueden ser rescindidos al amparo de lo previsto en las secciones 238 y 339 de la *Insolvency Act* 1986, según se trata de una sociedad o, en su caso, una persona natural, respectivamente. En este sentido, y a diferencia de lo establecido en otros ordenamientos, la normativa británica distingue entre: i) donaciones; ii) transacciones en las que el deudor no hubiera recibido contraprestación; y iii) transacciones en las que el deudor hubiera recibido una contraprestación significativamente inferior a la que hubiere entregado.

3.1.1. Contenido y alcance del concepto de transacción

Por recomendación del Comité de Cork, el concepto de *transacción* incluye "*donaciones, acuerdos o compromisos*" (s. 436 IA) y, por tanto, resulta un concepto mucho más amplio que el de *acto o contrato*, recogido en otros ordenamientos de nuestro entorno como es el caso del Derecho español, que, en principio, sólo declara rescindibles los «actos» (art. 71.1 LC)⁵. No se dice nada, sin embargo, de las omisiones, expresamente permitidas en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995. Si bien, la posibilidad de rescindir acuerdos y compromisos permite la rescisión de *negocios jurídicos complejos* que, trascendiendo del concepto de actos, ya han sido abordados por la jurisprudencia menor en España que, a nuestro juicio, acertadamente, apuesta por la necesaria rescisión de la totalidad de la operación (v., en este sentido, SJM 1 de Oviedo de 10 de octubre de 2011).

Asimismo, la mayor parte de la doctrina británica entiende que el concepto de transacción requiere un grado de *reciprocidad*⁶. Y ello será sostenido, en primer lugar, por las propias palabras de las secciones 238(2) y 238(4) de la *Insolvency Act*, que requieren que la compañía "*celebre la transacción con otra persona*" (una contraparte); pero, por otra parte, por los propios conceptos de "acuerdos" o "compromisos" que también definen las transacciones (ex s. 436 IA) y que, a su vez, exigen, al menos, una situación de reciprocidad. Sin embargo, existen autorizadas opiniones doctrinales que, optando por una aplicación literal del precepto, no consideran que el concepto de transacción daba tener connotaciones de reciprocidad; y, en consecuencia, declaran que siempre que el deudor hubiera realizado cualquier negocio jurídico en el que la contraprestación recibida tuviera un valor neto inferior a la entregada para que sea susceptible de ser rescindida al amparo de lo previsto en las secciones 238 y 339 de la *Insolvency Act* 1986, con independencia de que exista o no la citada nota de reciprocidad⁷.

3.1.2. La necesaria intervención directa o indirecta del deudor

Asimismo, otro de los requisitos legalmente exigidos para que pueda rescindirse una transacción realizada en un *undervalue* durante la tramitación de un procedimiento de insolvencia es que dicha transacción haya sido celebrada directa o indirectamente por el *deudor*. Ello implicará, por un lado, que no sólo serán susceptibles de reintegración de la masa aquellas operaciones en las que hubiera intervenido el deudor; sino que, además, también serán rescindibles aquellas transacciones que se hubieren realizado *en nombre* del deudor, con independencia de que se trate de un administrador, apoderado o, en caso de persona natural, tutor o curador. Sin embargo, y por otro lado, no serán rescindibles aquellas transacciones en las que, aunque hubieren salido bienes o derechos del patrimonio del deudor, no exista intervención directa o indirecta del deudor (v. gr., la enajenación de un bien en un subasta pública como consecuencia de una ejecución hipotecaria)⁸.

3.1.3. El concepto de undervalue y la valoración de la contraprestación

Dejando al margen las donaciones que, en principio, serán rescindibles en las mismas condiciones que las transacciones en *undervalue*, para que una transacción resulte rescindida al amparo de lo previsto en las secciones 238 o 339 de la *Insolvency Act*, resulta necesario que el deudor realice una transacción en la que no reciba una contraprestación; o, en caso de recibirla, ésta fuera significativamente inferior a la entregada.

⁶ En este sentido, ARMOUR, J., *op. cit.*, pgs. 56 y ss.; y, entre la jurisprudencia británica, *Clarkson v Clarkson* [1994] BCC 921; *Re Taylor Sinclair (Capital) Ltd* [2001] 2 BCLC 176.

⁷ MOKAL, R./ HO, L., «Consideration, Characterisation, Evaluation: Transactions at an Undervalue after *Phillips v Brewin Dolphin*», *Journal of Corporate Law Studies*, núm. 1, 2001, pgs. 360-363.

⁸ Planteando dicha posibilidad, v., ARMOUR, J., *op. cit.*, pg. 59.

El concepto de contraprestación o, empleando la terminología inglesa, *consideration* no se encuentra definido en la legislación británica. No obstante, resulta un concepto familiar en el Derecho contractual inglés, que podemos entender, con carácter general, como el acto u omisión requerido recíprocamente a la contraparte de un contrato⁹. Dicha contraprestación, en el ámbito de las transacciones en un *undervalue*, deben ser examinada desde una perspectiva *subjetiva*, y, más concretamente, desde la perspectiva subjetiva del deudor; por lo que, en consecuencia, resultará indiferente tanto el valor objetivo de la transacción (que será examinado -no cuando se examine la existencia de la contraprestación sino- cuando se examine la existencia del *undervalue*), como la contraprestación realizada por la contraparte afectada por la rescisión concursal.

A diferencia de las donaciones, las transacciones sin contraprestación no implican, en todo caso, una transferencia de activos. Pues, a modo de ejemplo, la promesa a la realización de un contrato no supone una donación pero, sin embargo, sí resultaría una transacción en la que, salvo pacto en contrario, no existiría contraprestación¹⁰. Sin embargo, existen determinadas donaciones o transacciones sin contraprestación que, por su objeto o naturaleza, no pueden ser rescindidos (*v. gr.*, regalos convencionales efectuados en cumpleaños, fechas navideñas, así como, en determinados territorios del Reino Unido, los pagos efectuados por caridad)¹¹; resultando, en otros casos, de dudosa rescindibilidad (*v. gr.*, gratificaciones o «*bonus*» entregados a los trabajadores). No obstante, siendo relativamente sencilla la prueba y, en su caso, rescindibilidad de las donaciones y transacciones realizadas sin contraprestación, la rescisión de las transacciones en las que el valor de la contraprestación recibida por el deudor resultase *significativamente* inferior a la que hubiere entregado, plantea, sin embargo, mayores problemas de valoración y prueba.

El primer caso del Reino Unido el que se estudió judicialmente el concepto de «*undervalue* significativa» fue en *Re MC Bacon Ltd* (1990)¹². Desde entonces, se exige que la autoridad judicial determine las contraprestaciones entregadas por las partes; valorare en dinero ambas contraprestaciones, y lo haga, además, desde la perspectiva subjetiva del deudor; y compare, en fin, la diferencia de valor entre la contraprestación entregada y recibida por el deudor¹³. Si

⁹ En este sentido, POLLOCK, F., *Pollock on Contracts*, 13ª Ed., pg. 133.

¹⁰ En este sentido, PARRY, R., *op.cit.*, pg. 74.

¹¹ *V.* en este sentido, s 242 (4) (c) IA 1986 y *Moon v Franklin* [1996] BPIR 196; *Royscot Spa Leasing v Lovett* [1995] BCC 502, CA, que fueron casos discutidos bajo la sección 423 de la *Insolvency Act*, que, a los efectos del concepto de «*transaction at an undervalue*», resultan equivalentes las secciones 238 y 339 de la *Insolvency Act*, tal y como ha reiterado la jurisprudencia (*v.*, por todos, *Re Brabon* [2001] 1 BCLC 1).

¹² PARRY, R., *op cit.*, pg. 102.

¹³ En la mayor parte de los casos, la *identificación* de la contraprestación resulta claramente definida y los problemas surgirán a la hora de efectuar la *valoración*; pues, en este sentido, la valoración de la contraprestación no sólo englobará la pérdidas netas sufridas por el deudor como consecuencia de la transacción sino que, además, y a nuestro juicio, deberá tenerse en cuenta el *coste de oportunidad* sufrido por dicho perjuicio; con las evidentes limitaciones y grado de subjetividad que supone, en todo momento, la valoración de una contraprestación, que, además, se realiza con carácter *ex post*.

la diferencia de valor entre la contraprestación recibida y el valor real supera, en perjuicio del deudor, el 15 por 100, podremos afirmar, con carácter general, que nos encontramos ante una contraprestación *significativamente* menor que, en consecuencia, resultará rescindida al amparo de lo previsto en las secciones 238 y 339 de la *Insolvency Act*¹⁴.

3.2. El «tiempo relevante» para la rescisión de la operación

La racionalidad económica de las acciones rescisorias concursales exige que el momento al que deban retrotraerse el ejercicio de esta acción sea al *estado de insolvencia* del deudor; ya que, desde dicho momento, el deudor no se encontrará *económicamente* legitimado para la administración de su patrimonio; pues, desde que se ponga de manifiesto una situación de insolvencia (sobre todo, si es por insuficiencia o déficit patrimonial) quienes, mediante la frustración total o parcial de sus derechos de crédito, asumirán el denominado «riesgo de empresa» no será el deudor sino sus acreedores¹⁵. Por este motivo, y desde dicho momento, las actuaciones del deudor deberían dirigirse a la búsqueda de un «nuevo interés», que, con carácter general -aunque no único-, se corresponde con el interés de los acreedores¹⁶. Y por ello, en fin, al objeto de deshacer los efectos jurídicos de dichas transacciones indebidamente realizadas por el deudor desde un punto de vista económico, surgen las acciones rescisorias concursales.

No obstante, la necesidad de crear o, cuando menos, mantener la *certidumbre* en las relaciones contractuales exige, por otro lado, que el periodo en el que se pueda declarar la ineficacia de una operación realizada en condiciones de validez no sea excesivamente amplio; y, como consecuencia de lo anterior, y de la valoración conjunta de los beneficios generados por el instituto de la reintegración de la masa y los perjuicios -a la necesaria *certidumbre* contractual- generada por la posibilidad de rescindir operaciones efectuadas en condiciones de validez, surge el concepto del «periodo sospechoso». De esta manera, se permitirá acotar en el tiempo la posibilidad de rescindir una determinada operación; y por ello se establece, en fin, en la legislación británica, que la rescisión de una determinada operación sólo sea posible cuando se realice en el denominado tiempo relevante, que, en este sentido, englobará: i) el *elemento financiero* que justifica una medida tan extraordinaria para el Derecho de contratos como sería el hecho de declarar la ineficacia de un negocio jurídico realizado en condiciones de

¹⁴ ARMOUR, J., en ARMOUR/BENNETT, *op. cit.*, pg. 68; *National Westminster Bank plc v Jones* [2001] 1 BCLC, pgs. 98-129; *McDonald & Anor v Hanselmann* [1998] 28 ACSR, pgs. 49-56.

¹⁵ BAIRD, D.G., «The initiation problem in bankruptcy», *International Review of Law and Economics*, 1991, pgs. 223-229; FINCH, V., «The measures of the Insolvency Law», *17 Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, pgs. 227-251; MOKAL, R., *Corporate Insolvency Law: Theory and Application*, Oxford University Press, pgs. 306-207;

¹⁶ Por este motivo, la mayor parte de las legislaciones de nuestro entorno le imponen al deudor el *deber* de solicitar la declaración judicial de concurso para que sean otros sujetos -los administradores concursales- los que intervengan o sustituyan al deudor en las facultades de administración y disposición de su patrimonio.

validez (el estado de insolvencia; y ii) el *elemento temporal* que, por otro lado, limita los efectos perjudiciales creados por el instituto de la reintegración de la masa sobre las relaciones contractuales (periodo sospechoso).

3.2.1. El elemento temporal: el periodo sospechoso

El «periodo sospechoso» por el que ha optado el legislador británico para delimitar el *plazo máximo* en el que podrá rescindirse una transacción realizada en un *undervalue* dependerá de que se trate de una sociedad o, en su caso, de una persona natural. Así, en el primero de los casos, el periodo sospechoso legalmente establecido será de dos años (s. 240 [1] [a] IA); mientras que en el segundo, en cambio, el periodo sospechoso se ampliará hasta los *cinco años* (s. 341 [1] [a] IA). En cualquier caso, ya sea trate de una sociedad o, en su caso, de un deudor persona natural, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de los dos o, en su caso, cinco años se establecerá en función del denominado «*onset of insolvency*» por el legislador británico; que, en este sentido, discriminará en función de las condiciones o del cauce procedimental que hubiera dado lugar a la apertura del procedimiento de insolvencia (v., en este sentido, s. 240 [3] IA).

Por otra parte, y a diferencia de otras acciones rescisorias previstas en la normativa británica (v. *gr.*, la rescisión de las preferencias), en la determinación del periodo sospechoso establecido para las transacciones realizadas en situaciones de *undervalue* resultará indiferente las condiciones personales de la contraparte afectada por la rescisión concursal. Pues, en todo caso, el periodo establecido para la rescisión de las «*undervalue transactions*» será de dos o, en su caso, cinco años.

3.2.2. El elemento financiero: el estado de insolvencia

Como se ha dicho, el requisito del «periodo sospechoso» resulta un elemento necesario aunque no suficiente para que podamos hablar del «tiempo relevante» exigido legalmente para permitir la rescisión de una transacción efectuada en condiciones de *undervalue*. En efecto, además del requisito temporal del periodo sospechoso, resulta necesario la concurrencia de un elemento financiero que, en este caso, será el *estado de insolvencia* del deudor en el momento -o como consecuencia- de la transacción susceptible de rescisión concursal.

El Derecho concursal británico define de manera diferente la insolvencia del deudor persona física (s. 341 [3] IA) de la insolvencia de las sociedades (s. 123 IA). En cualquiera de los casos, y a pesar de que existan varios supuestos en los que se entenderá que el deudor se encuentra en estado de insolvencia (v., en este sentido, s. 123 IA), con carácter general, los principales mecanismos para la acreditación del estado de insolvencia son el denominado «*test del cash flow*» y el denominado «*test del balance*», que son los que, en su caso, pondrían de manifiesto una situación de *iliquidez y desbalance*, respectivamente. En el primero de los casos, la

insolvencia tendría lugar cuando -normalmente, por falta de tesorería- el deudor no pudiese cumplir sus obligaciones a la fecha de su vencimiento (ss. 123 [1] [e] y 341 [3] [a] IA); mientras que, en el segundo supuesto, en cambio, bastaría con que, una vez realizados los ajustes correspondientes (entre los que se incluyen, *imperio legis*, los eventuales pasivos contingentes), el activo del deudor resultase inferior a su pasivo exigible (ss. 123 [2] y 341 [3] [b] IA).

Con carácter general, la imposibilidad de pago debe ser *probada* por quien ejercita la acción rescisoria concursal. No obstante, y como consecuencia de las dificultades que, en la mayoría de los casos, supondría acreditar procesalmente el estado de insolvencia del deudor en el momento de realizarse la transacción susceptible de reintegración concursal, el legislador británico ha previsto un régimen de presunciones. En concreto, para los procedimientos de insolvencia de una *persona natural* se establece, con carácter *iuris et de iure*, que el deudor se encontraba en estado de insolvencia en los *dos años* anteriores al denominado «*onset on insolvency*», por entenderse celebrada en el «tiempo relevante» (s. 341 [1] [a] IA); mientras que, tanto para el *deudor persona jurídica* durante todo su periodo sospechoso (dos años), como para el deudor persona natural en el periodo comprendido entre los dos y cinco años anteriores a su declaración de concurso, se establece una presunción *iuris tantum* mediante la cual, salvo prueba en contrario, se entenderá que el deudor se encontraba en estado de insolvencia en el momento -o como consecuencia- de realizar la transacción susceptible de reintegración a la masa, siempre que dicha operación se hubiere realizado con una *persona especialmente relacionada* al deudor (ss. 240 [1] [a] y 341 [2] IA)¹⁷.

En cualquier caso, y como ha puesto de manifiesto la doctrina, las personas afectadas por el ejercicio de las acciones revocatorias siempre podrán requerir al deudor, en el momento de realizarse la transacción susceptible de rescisión concursal, un *certificado de su solvencia*¹⁸. Si bien, y al objeto de evitar eventuales fraudes y abusos, aunque dicho certificado pueda servir como mecanismo de defensa procesal para pretender desvirtuar el requisito del estado de insolvencia legalmente presumido, con carácter *iuris tantum*, para los casos de personas especialmente relacionadas al deudor, o eventualmente probado por la administración concursal, dicho certificado no vinculará al juez del concurso; máxime, al tratarse de un certificado que, aunque se recomiende, sea emitido por un experto independiente para incrementar su eficacia probatoria, podría ser emitido por el propio deudor.

¹⁷ Aunque el concepto de personas especialmente relacionadas del Derecho inglés resulte similar al establecido por el legislador español (art. 93 LC), existen determinadas diferencias, sin embargo, en el ámbito de los trabajadores (que se incluyen, expresamente, como personas relacionadas, aunque no ostentaran la condición de socios), de los grupos de sociedades y de los administradores de hecho (que, en la legislación inglesa, resulta definido en la sección 251 de *la Insolvency Act*).

¹⁸ V., en este sentido, PARRY, R., *op. cit.*, pg. 123.

4. Las excepciones al régimen general de rescisión concursal en situaciones de *undervalue*: las transacciones legalmente irrevocables

A pesar de la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para la rescisión de una transacción realizada en condiciones de *undervalue*, en la normativa de insolvencia británica se prevé, al igual que en la legislación española, una serie de *excepciones* que, en caso de ser probadas por la contraparte -ahora demandada- de la acción de reintegración, supondrán una *frustración* en el ejercicio de la acción rescisoria.

Sin embargo, tales supuestos de *transacciones legalmente irrevocables* resultan mucho más amplios en el Derecho español (v., en este sentido, art. 71-5º y 6º LC); y ello se debe, probablemente, a que, como consecuencia del mayor rigor y, por ende, dificultades exigidas en la normativa británica para el exitoso ejercicio de una acción rescisoria concursal, los casos en los que podrá defenderse la parte *in bonis*, una vez cumplido todos los requisitos procesales y materiales para su ejercicio, deberán quedar necesariamente limitados. Por ello, en este sentido, dentro de la secciones dedicada a la rescisión de las transacciones en un *undervalue* (ss. 238 y 339 IA), sólo se establece que, en los supuestos de un deudor persona jurídica (ni siquiera para la persona natural), quedarán protegidas las transacciones que se hubieran realizado de *buena fe* y con el propósito de llevar a cabo las *actividades propias del giro o tráfico del deudor*. Si bien, a diferencia de lo que acontece en el Derecho español (v., en este sentido, art. 71.5-1º LC), el legislador británico exige expresamente, y además, que dicha transacción hubiere resultado *beneficiosa* para el deudor en el momento de realizarse la transacción susceptible de reintegración concursal en concepto de *undervalue* (s. 238 [5] IA).

IV. CONCLUSIONES

La experiencia anglosajona en materia de acciones rescisorias invita a reflexionar sobre los problemas y deficiencias del sistema de reintegración de la masa previsto en la normativa española. En efecto, desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tanto los jueces y tribunales españoles como la doctrina especializada han discutido en torno al polémico concepto de *perjuicio*, debatiendo, por un lado, si, al tenor literal de la Ley, debía suponer un *sacrificio patrimonial* para la masa activa, de manera similar a las denominadas «*undervalue transactions*» previstas en el Derecho inglés; o si, por el contrario, el concepto de perjuicio debía entenderse desde una perspectiva amplia, incluyéndose también aquellos actos en los que, contraviniendo la máxima de la *par condicio creditorum*, el deudor hubiere favorecido la posición jurídica de uno o varios de sus acreedores en perjuicio del resto.

La solución legislativa al problema español habría pasado por regular un verdadero presupuesto objetivo amplio como el *perjuicio a los acreedores*, que permitiera rescindir tanto las preferencias otorgadas a uno o varios acreedores, como aquellos actos en los que, como

consecuencia de la contraprestación inferior o nula recibida por el deudor, se hubiere originado un perjuicio a la masa activa¹⁹; o bien, acudir a la solución inglesa, donde, con diferentes presupuestos y finalidades, se hubiere discriminado entre la rescisión de las *preferencias* y la rescisión de las transacciones realizadas en un *undervalue*.

En cualquier caso, y una vez superado el problema del perjuicio, otro aspecto que ha puesto de manifiesto la normativa británica y, en general, comparada ha sido la exigencia del *estado de insolvencia* del deudor como presupuesto necesario para el ejercicio de las acciones revocatorias concursales. Pues, a nuestro modo de ver, el único fundamento que legitima la existencia de este mecanismo que, excepcionalmente, permite declarar la ineficacia de un negocio jurídico realizado en condiciones de validez es el hecho de que quien realizó la transacción susceptible de reintegración concursal no ostentaba la *titularidad económica* de dicho patrimonio insolvente; sobre todo, si dicho estado de insolvencia se pusiera de manifiesto por una situación de *desbalance*, donde el patrimonio neto sería, por definición, negativo, y ello implicaría -en el ámbito societario- que la posición jurídica de los socios, como iniciales *acreedores residuales* de la compañía, se vería desplazada en favor de los *acreedores sociales*; y que, por ello, sean los acreedores quienes, en tales casos, asuman el *riesgo* derivado de la actividad empresarial o profesional del deudor. Por tales motivos, precisamente, surgen las acciones rescisorias concursales; ya que, en definitiva, mediante la existencia de este instituto de reintegración de la masa se podrían deshacer los efectos jurídicos de aquellas transacciones realizadas por un deudor insolvente en las que no existe una debida correspondencia entre quien realiza la operación y quien asume el riesgo -y, por ende, la titularidad económica- de una determinada actividad empresarial o profesional. Si bien, como la posibilidad de que existan deudores insolventes no declarados judicialmente en concurso durante un prolongado periodo de tiempo implicaría dilatar indefinidamente la posibilidad de rescindir operaciones realizadas en condiciones de validez, los legisladores concursales deben acotar el plazo en el que pueda rescindirse una determinada operación; pues, tal y como se ha dicho, sólo así podrán conciliarse los beneficios derivados de la reintegración de la masa con los eventuales riesgos para las relaciones contractuales que podría ocasionar un periodo sospechoso excesivamente «generoso».

¹⁹ Dicha opción fue la que se acogió en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 elaborada por el profesor Ángel Rojo por encargo de la Comisión General de Codificación.