

Doctrina

Por **Aurelio Gurrea Chalé**, socio fundador y presidente de Dictum Abogados y presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

El fraude durante el cumplimiento del convenio concursal (Breves apuntes sobre la casuística)

Introducción

Está claro que, en algunas ocasiones, una propuesta de convenio por un deudor no es nada más que intentar, si se aprueba ésta, evitar la calificación del concurso, llegar a prescindir de la tutela de la administración concursal (AC) como consecuencia del cese de los efectos de la declaración de concurso¹, lo que parte de la doctrina denomina “concurso yacente”²; y, en ocasiones, para realizar operaciones en fraude de acreedores en ese periodo no sujeto a tutela, e incluso estando con comisión de vigilancia del convenio, saltarse dicha medida cautelar prohibitiva o limitativa del ejercicio de las facultades de administración o disposición patrimonial del deudor. Estas medidas prohibitivas o limitativas del convenio, deben ser inscritas en los registros públicos correspondientes, no obstante, esta inscripción no impedirá el acceso a estos registros de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular

registral la acción de reintegración que se lleve a efecto³.

¿Existe una “laguna legal” respecto a la acción de reintegración en el caso de fraude en el periodo de cumplimiento del convenio concursal? NO.

La acción de reintegración concursal

El artículo 226 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) establece que, declarado el concurso, serán rescindible 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.

Por tanto, queda claro que la acción rescisoria concursal, solamente afecta a aquellos actos realizados en el periodo comprendido dentro de

¹ La STS núm. 61/2019 de la Sala Primera, de 31 de enero clarifica lo dispuesto en el artículo 167.1 LC (hoy 446.2 TRLC) estableciendo que es suficiente que el convenio incluya una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o incluya una espera inferior a tres años para eludir la apertura de la fase de calificación.

² PULGAR ESQUERRA, J. “La aprobación del convenio: calificación y rescisión concursal”. Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá III. 2010. Pág. 114.

³ El artículo 390 TRLC prevé la publicidad registral de la sentencia aprobatoria del convenio, y el 321.2 TRLC, la publicidad de las medidas prohibitivas o limitativas. No obstante, pensamos que si se inscribe la Sentencia de aprobación del convenio junto con la propuesta de dicho convenio se evitarían dos inscripciones, ya que en caso contrario la primera publicidad (la sentencia de aprobación) estaría incompleta. El registrador debe calificar si existen o no medidas prohibitivas o limitativas que pudiera afectar a una futura acción de reintegración a la masa activa del bien inscrito, evitando así que pueda surgir un tercero del artículo 34 LH, que impidiese el ejercicio de la acción de reintegración.

los dos años anteriores a la declaración de concurso. Y tampoco se podría alegar, que la apertura de liquidación equivale a una nueva declaración del concurso y por tanto estaríamos en lo establecido en el artículo 226 TRLC como el caso de una acción rescisoria concursal por actos realizados en el periodo de cumplimiento del convenio, como se ha hecho en alguna sentencia⁴, porque realmente no se trata de una nueva declaración, sino del mismo concurso donde se apertura la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, como así declaró la Audiencia Provincial en la resolución al recurso de apelación contra la mencionada sentencia⁵. También nuestro más Alto Tribunal⁶, al resolver el recurso de casación sobre la sentencia citada en apelación, resolvió en el mismo sentido que lo hizo la Audiencia Provincial sobre esta materia, o sea, que la acción rescisoria concursal se limita a los dos años anteriores a la declaración de concurso. Por tanto, no cabe acción de reintegración ex artículo 226 TRLC en acciones llevadas a cabo durante el cumplimiento del convenio.

La acción rescisoria ordinaria (acción pauliana)

El antiguo artículo 71 LC, en su apartado 6 (actual artículo 238 TRLC), establecía que el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquellas contiene el antiguo artículo 72 LC (actualmente el 231, 232, 233 y 234 TRLC). Por tanto, podemos acudir a los artículos 1111, 1291 del Código Civil (CC) para impugnar los actos que el deudor haya cometido en fraude de los acreedores, si bien se trata de una acción subsidiaria ex art. 1294 CC, estando en concurso

de acreedores, está más que justificado que no se pueden perseguir bienes en posesión del deudor. Asimismo, habrá que acudir al artículo 1292 CC, para saber que son rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos. Y en caso de fraude, estaríamos a lo establecido en el artículo 1297 CC.

La acción dirigida a declarar la nulidad del acto que se impugna

Cuando un negocio jurídico o contrato es contrario a la ley o no está en ellos algún elemento esencial, se puede recurrir a los tribunales para que declaren la nulidad. Si adoleciese del algún vicio o defecto que puede producir su ineficacia se declararía por el tribunal su nulidad relativa o anulabilidad.

Para atender estas causas habrá que acudir en el primer caso al artículo 1261 CC si falta algunos de los requisitos establecidos en este precepto. En segundo caso se acudirá al artículo 1255 CC por si los pactos, cláusulas y condiciones fueren contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

Por tanto, el AC en virtud del anterior artículo 71.6 LC (238 TRLC), puede ejercitar la acción de nulidad, por ejemplo, ilicitud de la causa, si estima que el negocio jurídico es en fraude de acreedores o se vulnera el principio de la par condicio creditorum.

La caducidad y la prescripción

En la acción pauliana el periodo de caducidad es de cuatro años. El *dies a quo* habrá que computarlo, como regla general, desde el momento en que se puede ejercitar la acción por la AC conforme el artículo 1969 CC. Si se tratase de una acción por daño extracontractual el artículo 1968.2º CC establece que el plazo debe

⁴ SJM nº 8 de Barcelona núm. 95/2013 de 15 de mayo.

⁵ SAP Secc. 15ª de Barcelona núm. 235/2014 de 2 de julio.

⁶ STS núm. 1051/2017 de 23 de marzo.

computarse “desde que lo supo el agraviado”, o sea, el mismo, ya que el “agraviado” en este caso representado por la AC, lo sabe cuándo ésta vuelve a tomar posesión de su cargo por incumplimiento del convenio y la apertura de la liquidación.

Para la acción rescisoria la prescripción es de cuatro años, conforme el artículo 1299 CC.

El artículo 1310 CC establece que "solo son confirmables los contratos que reúnen los requisitos expresados en el artículo 1261. Por tanto, para ejercer la acción de la nulidad plena de un acto jurídico, no existe periodo de prescripción ni de confirmación.

No obstante, y, con motivo de la pandemia, los plazos que hubiesen empezado a correr antes del estado de alarma (14/03/2020), tendrán en cuenta lo establecido en la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Esta situación excepcional concluyó el 4 de junio según el artículo 10 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma. Por lo que, con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alzaron la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones.

Tratamiento en el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) de hechos defraudatorios en el cumplimiento del convenio

El artículo 405 del TRLR, que no se corresponde con ninguno del anterior texto de la Ley concursal, establece: 1. Los actos realizados por el concursado o por terceros en ejecución del convenio aprobado producirán plenos efectos. 2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, desde que alcance firmeza la declaración de incumplimiento serán anulables los actos

realizados durante la fase de cumplimiento del convenio que supongan contravención del propio convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren en igualdad de circunstancias, y serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor durante esa fase si se acreditara la concurrencia de fraude.

Parece ser que, con este nuevo precepto, los actos perjudiciales para la masa activa en fase de cumplimiento del convenio, si se acreditara la concurrencia de fraude, serían rescindible concursalmente sin tener que recurrir a la acción rescisoria ordinaria (acción pauliana), ni a la acción de nulidad o anulabilidad y, por tanto, estos actos estarían encuadrados en el régimen previsto en el Capítulo IV. De la reintegración de la masa activa, del Título IV. De la masa activa. Esperemos la calificación de los jueces de este nuevo artículo introducido en el Texto “Corregido” de la Ley Concursal.