

DOCTRINA

SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL INSTITUTO DE LA RETROACCION EN EL PROCESO DE QUIEBRA

Por **RICARD TASIES BELETA**

Abogado

Se aborda en este trabajo el fundamento y características de la nulidad que determina el fenómeno retroactivo en la quiebra, desde el punto de vista de la ineficacia de los contratos afectados por la norma imperativa actualmente vigente y que origina su ineficacia; el autor analiza su naturaleza jurídica, consecuencias y efectos, así como el origen de la retroacción a partir de la inhabilitación del quebrado.

SUMARIO: I. Concepto y características del fenómeno retroactivo.--II. La nulidad radical y absoluta preconizada por el artículo 878.2 CCom.: 1. Doctrinas que se decantan por la anulabilidad. 2. Tesis que se pronuncian por su naturaleza rescisoria.--III. Nulidad e ineficacia: 1. La nulidad como infracción de una norma imperativa o prohibitiva. 2. Consecuencias de la nulidad radical. 3. La ineficacia de los contratos afectados por la retroacción. 4. La inexistencia del negocio como forma de ineficacia. 5. Efectos propios de la nulidad. Imprescriptibilidad de las acciones de nulidad.--IV. La fijación de la fecha de retroacción como presupuesto de la retroacción: 1. Provisionalidad del señalamiento de la fecha de retroacción. 2. Actividades del quebrado anteriores a la declaración. 3. Modificación de la fecha de retroacción. 4. Fijación definitiva de la fecha.--V. La inhabilitación del quebrado como fundamento de la nulidad: 1. La restricción de la capacidad de obrar del quebrado. 2. El desapoderamiento sobre el patrimonio del deudor como uno de los efectos de la declaración de quiebra. 3. Teorías sobre el desapoderamiento y la incapacitación. 4. El perjuicio a los acreedores como fundamento de la retroacción.--VI. Epílogo.

o I. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DEL FENOMENO RETROACTIVO

Una definición acertada de la retroacción es la propuesta por SANCHO GARGALLO, en su excelente estudio sobre la materia (1), como aquel conjunto de medios y operaciones de los que se pueden valer los síndicos para recomponer el patrimonio del quebrado. La finalidad de todas las operaciones retroactivas es la salvaguardia del aquel íntegro patrimonio, con la mirada fija en las posibles actividades fraudulentas del próximo a quebrar, violadoras de la *par conditio creditorum*, y sin distinguir entre que lo sean en beneficio propio, de un tercero o de otro acreedor.

Puede decirse que el efecto más importante y vistoso de la retroacción es la nulidad radical y absoluta del art. 872.2 del Código de Comercio (CCom.), que

ha dado origen a una abundante literatura jurídica y a una no menos copiosa doctrina jurisprudencial.

Es ciertamente indiscutible la consideración de nulos de pleno derecho respecto de los actos posteriores a la *propia fecha* de la declaración de quiebra, en tanto contravienen una prohibición de disponer («... *el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes*», art. 878 CCom.). No son, en cambio, tan pacíficas las opiniones cuando se estudian los actos realizados antes de la fecha de la declaración y a los cuales, mediante una verdadera ficción legal, se retrotraen los efectos de la quiebra. Y el problema se complica cuando algunos autorizados autores admiten que se trata de nulidad, mientras otros aducen que es una mera anulabilidad, y bastantes se adhieren a la sugestiva teoría de la rescisión.

Este último supuesto --la rescisión-- gozaría de una suerte de virtudes expansivas, alcanzando a los actos detallados en los arts. 880 y ss. CCom., tanto por contener una presunción de ineficacia por la propia índole del contrato celebrado (art. 880 CCom.), como por la posibilidad de rescindirse mediante prueba de fraude (arts. 881 y 882 CCom.).

SANCHO GARGALLO es incluso partidario de extender la ineficacia por rescisión de tales contratos al mismísimo art. 878.2 CCom., otorgándole carta de naturaleza rescisoria en base a la lesión o perjuicio causado a los acreedores al quedar comprometido el patrimonio del quebrado, que es lo que, a la postre, sirve de garantía para el cobro de sus créditos. Con ello se desmarca claramente de la nulidad radical y absoluta, que queda asimilada a la ineficacia contractual por rescisión basada en la existencia de aquel perjuicio.

Esta teoría, muy elaborada por el profesor SANCHO GARGALLO, sigue de cerca y en gran manera las directrices de MASSAGUER (2), quien ha criticado duramente el criterio jurisprudencial seguido hasta nuestros días y dibuja a la perfección las líneas que acercan la naturaleza jurídica de la retroacción a la rescisión, más que a la nulidad radical.

o II. LA NULIDAD RADICAL Y ABSOLUTA PRECONIZADA POR EL ARTICULO 878.2 CCOM.

Pocas veces un precepto legal así de breve y conciso ha ocasionado una discusión doctrinal tan fecunda. Dispone este artículo que los actos de dominio y administración del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra habrán de reputarse nulos. A través de una ficción legal la declaración de quiebra se remonta a otra fecha anterior a la que, supuestamente, el quebrado ha cesado en el cumplimiento de sus obligaciones, y a ella se remiten sus efectos, con la fatal consecuencia de que todos los actos posteriores son radical y absolutamente nulos, sin distinción alguna, siendo a partir de esa fecha fingida cuando deben empezar a computarse los plazos para someter los actos del quebrado al juicio de las acciones impugnativas.

La doctrina y la jurisprudencia es mayoritaria al admitir la nulidad *ipso iure* del precepto, aunque se pone de relieve la dureza y taxatividad del precepto en oposición a veces al grado de justicia, realismo y equidad que debe imperar

en la norma jurídica. Por ejemplo OLIVENCIA (3) se manifiesta claramente contrario a la bondad intrínseca de la retroacción absoluta del art. 878 CCom., pero considera que la dicción imperativa de la norma no puede admitir, de ninguna manera, otra interpretación que la literal que se desprende de su propio texto, tan claro, por lo demás, aunque no deje de mostrarse partidario de que, *lege ferenda*, ha de preconizarse su supresión o, por lo menos, insistir en la búsqueda de una sustancial reforma o adecuación del precepto a las necesidades actuales.

1. Doctrinas que se decantan por la anulabilidad

Hay autores que se pronuncian en favor de la anulabilidad que parece sobreentenderse cuando se analiza de forma generosa la cuestión y se profundiza en la *ratio legis* del precepto. MARTIN REYES (4), por ejemplo, cree que no debe obviarse el ámbito puramente civil y, en sede concursal, únicamente deben reputarse nulos los contratos carentes de los requisitos de consentimiento, objeto y causa del art. 1261 del Código Civil (CC), mientras que todos los demás son simplemente anulables en cuanto resulten contrarios a la ley, a la moral o al orden público, según se menciona en el art. 1255 CC, con lo que todos los contratos celebrados en período retroactivo que no adolezcan de los vicios del citado art. 1261 no serán nulos sino objeto de anulación, es decir, anulables.

La misma MARTIN REYES (5) es contraria incluso a que la nulidad pueda predicarse más allá de los cuatro años anteriores a la fecha de la solicitud de quiebra, en cumplimiento de la prohibición expresa del art. 1301 CC, a cuya fuerza somete y condiciona la efectividad del art. 878 CCom., lo que no es compartido por la mayoría de la doctrina si se admite que lo que es nulo en sí mismo es, de hecho, imprescriptible.

JUSTE IRIBARREN (6) sostiene que este artículo no debe interpretarse de una forma radical y absoluta, considerándose, en todo caso, como actos anulables los realizados por el quebrado en el trámite de la retroacción, y rescindibles aquellos en los que se hubiera causado daño a terceros. No olvida este autor que la anulabilidad de los actos del quebrado es una acción especial y no puede equipararse a la acción rescisoria civil.

Tanto si nos atenemos a la falta de nacimiento a la vida jurídica del contrato imperfecto como a la existencia de lesión, creemos que la nulidad *ipso iure* del art. 878 CCom. debe interpretarse de forma diferente, porque la nulidad que preconiza este artículo lo es por su expresa dicción y por ser una norma imperativa distinta de la anulabilidad por actos ineficaces por presunción de fraude (arts. 879 y 880 CCom.), o la de los actos anulables mediante prueba de haber sido realizados en fraude de acreedores (arts. 881 y 882 CCom.), o por la ausencia de los requisitos esenciales para la validez de los contratos (art. 1261 CC).

Por su parte, JIMENEZ ESCARZAGA (7) no dejaba ya de reconocer y admitir la nulidad absoluta del controvertido precepto, que no necesita ni siquiera ser declarada judicialmente, pero matizando que, a través de la ficción legal de la

retroacción, los actos del quebrado adolecen de una especie de nulidad sobrevinida y, por ello, al no ser originaria sino consecuyente, no se puede hablar en propiedad de actos nulos sino de actos anulables.

Otro sector de la doctrina asegura que es indiferente que se den o no los requisitos del art. 1261 CC para la nulidad de los contratos ex art. 878.2 CCom. Por ejemplo, BILBAO ARISTEGUI (8), considera que el efecto central y más característico de la nulidad del 878 consiste en que los acreedores pueden solicitar la reintegración a la masa de los bienes que han salido de ella durante el tiempo inhábil, sin tener que devolver a aquella masa contraprestación alguna y pasando el afectado a ser un acreedor más. BILBAO --quien en este aspecto comparte las opiniones de RAMIREZ y VICENTE y GELLA-- también se muestra contrario al efecto radical y absoluto de la retroacción (pero desde un punto de vista práctico, en el sentido de que sería absurdo pretender una reintegración a la masa de todos los actos de comercio efectuados por el quebrado, sin exclusión), y no deja de advertir la dificultad hermenéutica de este artículo cuya lata interpretación podría conducir a situaciones verdaderamente injustas.

2. Tesis que se pronuncian por su naturaleza rescisoria

La existencia de lesión o perjuicio para la masa de acreedores causada por actos realizados por el quebrado sujetos a retroacción es lo que fundamenta, para algunos autores, la naturaleza eminentemente rescisoria de ésta. Para ello parten de la base de que en todas las acciones rescisorias el perjuicio es un elemento esencial y definitorio, lo que no deja de ser cierto, aunque el paso concreto a una elaboración dogmática de la retroacción como acción de naturaleza rescisoria --distinguiéndola claramente de las restantes acciones meramente revocatorias concursales-- es ciertamente dificultosa.

Siguen esta teoría MASSAGUER FUENTES y SANCHO GARGALLO (9). Para estos autores [que siguen en cierta manera la línea de ROJO FERNANDEZ-RIO (10)] la sanción de nulidad e ineficacia del art. 878.2 CCom. no debe buscarse en la incapacidad sobrevinida a consecuencia de la inhabilitación del quebrado, sino en la ineficacia del contrato por su posible rescisión. Para ello parten de la base de la inexistencia de una regulación positiva dedicada específicamente a la nulidad en el Código Civil, que sólo habla de anulabilidad y rescisión (arts. 1290 y 1300), equiparando los efectos del art. 878 CCom. con la sanción del art. 879 CCom., con la de ineficacia por fraudulencia del art. 880 CCom. y con la acción de anulación del 881 CCom.

Siguiendo este razonamiento es el presupuesto procesal del art. 1366 LEC (11) lo que da pie, en su interpretación, a considerar como afectados por la retroacción tanto los actos ineficaces (y, por tanto, rescindibles, con la lesión como elemento ínsito en la propia situación de insolvencia), como los actos anulables por fraudulentos explícitamente ubicados en la acción revocatoria pauliana del 882 CCom., reduciéndose en este caso las acciones revocatorias a dos categorías. Debido a ello, para MASSAGUER y SANCHO GARGALLO la sanción de ineficacia del art. 878 CCom. no puede considerarse de nulidad o de anulabilidad, sino precisamente de rescisión.

Aun siendo interesante esta concepción, no podemos dejar de advertir que para llegar a estas conclusiones hay que sobreentender en el art. 878 una presunción de fraudulencia de los negocios efectuados en el período de retroacción de la quiebra, presunción que, de hecho, no contiene, y ello no deja de ser una dificultad adicional para la rotundidad de esta sugerente teoría. Si es la lesión a la masa de la quiebra lo que conduce a la sanción de nulidad, habrá que concluir que el propio razonamiento no es más que una interpretación extensiva del precepto, y admitir sin crítica que cuando el art. 878 CCom. habla de la nulidad de los negocios debemos entender (aunque no se diga) que existe una presunción de fraude --fundamento de la nulidad-- en todos los actos realizados en el período retroactivo.

o III. NULIDAD E INEFICACIA

Desde el punto de vista del derecho es nulo todo lo que se aparta de la norma o paradigma jurídico, careciendo por tanto de valor o efecto; se puede afirmar que la nulidad de un negocio jurídico origina indefectiblemente su ineficacia privando de consecuencias jurídicas al acto nulo.

1. La nulidad como infracción de una norma imperativa o prohibitiva

Consiguientemente es nulo lo que contraría una norma jurídica de naturaleza imperativa o prohibitiva. Siguiendo a DE CASTRO (12) esta máxima de jurisprudencia universal comprende y expresa la ineficacia intrínseca de la norma jurídica de forma que se puede esgrimir frente a cualquier acto contrario a la ley, privándole de eficacia y validez, se trate propiamente de un negocio jurídico o no.

La máxima anterior encuentra su reflejo positivo en el art. 6.3 CC que determina la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, siendo de aplicación general a todo el ordenamiento jurídico (art. 13 CC). Pero no todo el código es tan rotundo al definir la naturaleza jurídica y los efectos de la nulidad, confundiendo a veces la nulidad con la anulabilidad: el art. 1265 CC, por ejemplo, regula la nulidad del consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, pero en otros preceptos no se acierta a deslindar la figura de la nulidad y de la anulabilidad, como puede apreciarse en los arts. 1300 y 1314 CC que, bajo la rúbrica general de la nulidad de los contratos, abarcan y contienen auténticos supuestos de anulabilidad.

2. Consecuencias de la nulidad radical

La consecuencia que acarrea la nulidad del contrato es su misma ineficacia *ope legis* --es decir, automática por tratarse de un acto contrario a la ley--, distinguiéndose entre la ineficacia originaria o inicial del acto jurídico nulo, y la ineficacia estructural o derivada de la propia esencia del negocio jurídico, que es absoluta e insanable.

En general, la invalidez del contrato requiere un acto o negocio jurídico defectuoso, que no reúna los requisitos legales, pero la ineficacia que se deriva de la invalidez es una categoría general que origina la falta de consecuencias jurídicas, privando de efectos a un acto jurídico determinado. Esta concepción

de la invalidez atiende básicamente a la estructura de los actos jurídicos y a la voluntad con que han sido otorgados, pero claudica ante el concepto más amplio de ineficacia como situación imposible de producir consecuencia jurídica alguna. Con ello, la nulidad considerada como una forma de invalidez basada en la defectuosa formulación de la voluntad del propio negocio jurídico se diluye dentro de la categoría de los actos en sí mismo ineficaces.

Al margen de la inexistencia del negocio jurídico como consecuencia de la nulidad radical, se da otro efecto no menos importante cual es el vencimiento de todas las deudas del quebrado --y, por lo tanto, exigibles sin mayores operaciones jurídicas--, con la paradoja de que si la retroacción tiene por finalidad proceder a la reintegración (conservando o aumentando el patrimonio del quebrado), el vencimiento anticipado de la deuda y las consiguientes operaciones reintegradoras por esta vía, tienden en realidad a reducirlo (13). La finalidad de esta figura jurídica es eminentemente práctica, y la suerte del vencimiento la correrán tanto los contratos cuyo término o plazo no haya concluido al momento de declararse la quiebra, como todos aquellos que contengan cualquier tipo de condición --suspensiva o resolutoria-- que se entenderá acaecida (ya sea en forma negativa o positiva según los términos del contrato), produciendo sus plenos efectos jurídicos de acuerdo con su propia naturaleza. Así, en un contrato en el que se prevea el impago de las deudas como condición resolutoria, se entenderá cumplida tal condición; o si la eficacia del contrato depende del acontecimiento de un hecho futuro, se considerará tal condición como de imposible cumplimiento, quedando igualmente resuelto el contrato; respecto a las condiciones suspensivas, al no cumplirse las mismas por vencimiento del plazo, se considerarán como contratos no nacidos a la vida jurídica.

3. La ineficacia de los contratos afectados por la retroacción

La nulidad, la anulabilidad y la rescisión no dejan de ser otra cosa que formas, clases o, si se quiere, manifestaciones concretas de la ineficacia del negocio jurídico. En la quiebra, la especial ineficacia que origina la retroacción carece de la nota o carácter de «originaria», pues en sede concursal la ineficacia que proviene de la retroacción es «sobrevenida», porque los negocios afectados están concluidos, en principio, válidamente: la retroacción no es más que una ficción legal independiente de la voluntad negocial de las partes y ajena, en definitiva, a las vicisitudes del contrato.

No obstante se puede hablar con propiedad de actos ineficaces al amparo del 878 CCom. al ser ineficaces precisamente por ser radicalmente nulos, de la misma forma que hablamos de actos nulos de pleno derecho --ineficaces, por tanto-- al socaire del art. 6.3 CC, por ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva. En la retroacción los actos son nulos por definición de una norma imperativa que ordena la nulidad como efecto clásico de la propia institución, y con idénticos efectos, en definitiva, a los contratos nulos por falta de los requisitos del art. 1261 CC (aunque no sean contrarios ni a la ley ni a la moral ni al orden público, según el art. 1255 CC).

En el mismo orden de cosas, la anulabilidad es también otra forma de ineficacia, expresamente prevista en los arts. 1300 y ss. CC, y, para la quiebra, en los arts. 879, 880 y 881 CCom., siendo un supuesto clásico de rescisión por ineficacia el art. 882 CCom. al admitir la rescisión de cualquier acto del quebrado si existe prueba de la simulación hecha en fraude de los acreedores. En este caso, el fundamento no es un defecto o vicio invalidante del acto en sí, sino la existencia de consecuencias injustas o perjudiciales del negocio jurídico concluido por el quebrado (14).

4. La inexistencia del negocio como forma de ineficacia

La doctrina española no concibe la inexistencia del negocio jurídico como una forma separada distinta de la nulidad propiamente dicha. La doctrina italiana, en cambio, ha elaborado el concepto de inexistencia negocial como categoría independiente de la nulidad, ya sea por falta de los requisitos esenciales del contrato (nulidad estructural) o por infracción de una norma imperativa o prohibitiva (nulidad radical y absoluta). La sutil distinción puede ser importante por cuanto, en el negocio nulo, el principio de conservación de la voluntad de las partes tiende a preservar lo pactado, siendo posible su convalidación en casos excepcionales (o incluso declarar la nulidad parcial del contrato). En el caso del negocio inexistente no, puesto que no es posible ni su convalidación ni la admisión de la nulidad parcial.

Podría pensarse que la nulidad del art. 878.2 CCom. contempla una forma especial de ineficacia pero no la declaración implícita de negocio jurídico inexistente, siendo esta ineficacia consecuencia del negocio mismo afectado de retroacción, lo que impide que sus efectos se produzcan sin necesidad de impugnación o declaración. Pero en la retroacción no parece que la ineficacia sea intrínseca al negocio en sí, sino más bien que la ineficacia lo es en función de la sanción expresa que establece el propio art. 878 CCom., aunque estén adornados de los requisitos legales para su validez.

5. Efectos propios de la nulidad. Imprescriptibilidad de las acciones de nulidad

Los efectos principales de la nulidad en la quiebra --no los accesorios o secundarios-- se producen *ex tunc*, de forma que lo que se ha hecho debe necesariamente deshacerse, teniendo consecuencias restitutorias según ordena el art. 1303 CC. En la práctica, no obstante, los beneficiarios de los contratos afectados por la nulidad suelen resistirse a restituir el objeto del contrato a la masa activa. La acción judicial conferida a los síndicos para la reintegración tiende no tanto al reconocimiento de la nulidad como a declarar su viabilidad misma y el camino para hacerla efectiva. La actividad jurisdiccional en estas demandas debe limitarse a examinar si el acto que se reputa nulo se encuentra inmerso en la retroacción, y a arbitrar las medidas precisas para la restitución del acto en sí.

La nulidad puede declararse de oficio e, incluso, sin observar el principio de congruencia del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), siendo su acción imprescriptible. El transcurso del tiempo no puede variar la naturaleza

jurídica de lo que es inexistente por derecho ni puede alterar las anomalías de los actos nulos. Lo que es nulo o viciado no puede convalidarse por el transcurso del tiempo: únicamente se regeneran los actos nulos cuando, por voluntad de las partes, el negocio viciado haya producido situaciones susceptibles de ser convalidadas por el transcurso del tiempo y consentidas expresamente.

La conservación de la voluntad negocial a través de la convalidación o la conversión del negocio jurídico (en base al principio de derecho romano del *favor negotii*) permitiría convalidar los actos del quebrado afectados de nulidad mediante el convenio concertado con los acreedores. En cuanto a la conversión del negocio jurídico en otro distinto --no contemplada en nuestro ordenamiento-- podría admitirse, de acuerdo con los principios generales del derecho, también a través del convenio de la quiebra y si las partes no se oponen, siempre que se trate de convertir un negocio jurídico nulo (no inexistente en el sentido antes dicho) en otro legítimo, y que se den los requisitos esenciales para la validez del nuevo compromiso.

o IV. LA FIJACION DE LA FECHA DE RETROACCION COMO PRESUPUESTO DE LA RETROACCION

1. Provisionalidad del señalamiento de la fecha de retroacción

La fijación de la fecha de la retroacción de la quiebra se efectúa con carácter provisional y no hay límite legal para su establecimiento, según se desprende del art. 1024 CCom. de 1829. La referencia a cuándo hay que establecer el día no es temporal sino circunstancial, y concierne al momento en deba entenderse que se ha originado --o resulte demostrado-- el cesamiento de pagos del quebrado. Es provisional mientras no sea impugnada y asentada concluyentemente en el incidente que se promueva al respecto; es decir, requiere una sentencia recaída en el incidente de impugnación para que adquiera autoridad de cosa juzgada, lo que no tiene, aunque sea firme, el auto de declaración de quiebra donde inicialmente se fija (15).

Al fijarse la fecha de retroacción en calidad de «por ahora», según la terminología al uso, el Juez atiende al día en que resulta la cesación de pagos, pero tal fecha puede ser revisada, ampliándola, hasta alcanzar a los contratos celebrados en perjuicio de la masa de la quiebra, por respeto al principio de protección de los acreedores, procurando evitar las consecuencias del desarreglo económico mediante la restitución del patrimonio fugitivo a la masa activa (16).

2. Actividades del quebrado anteriores a la declaración

ROJO FERNANDEZ-RIO (17) opina que los actos o contratos celebrados por el quebrado con propósito defraudatorio (en perjuicio, por tanto, de la masa) con anterioridad a la fecha en que tenga lugar la manifestación de la insolvencia no pueden ser alcanzados por la retroacción sino que han de anularse mediante las acciones revocatorias especiales de los arts. 881 y 882 CCom. Ello es en sí mismo exacto, pero siendo provisional la fecha de retroacción nada impide que se expanda hasta el día oportuno, lo que permite a los perjudicados encajar en el ámbito de la nulidad absoluta y radical actos que *prima*

facie no habrían podido considerarse tales por una cuestión meramente temporal.

La fuerza de la fecha retroactiva es de tal magnitud que --salvando casos de arbitrariedad o error, que los tribunales deben corregir-- lo que inicialmente es válido puede luego no serlo si de la investigación de las operaciones del quebrado se deduce una fecha de la bancarrota precedente, y a cuya conclusión sólo puede llegarse mediante el estudio de la actividad del quebrado, que es lo que determina, a la postre, las consecuencias de sus propios actos jurídicos.

La vigencia de este artículo llegó a ser negada por alguna sentencia (18), aunque esta línea jurisprudencial está hoy abandonada, si es que en algún momento tuvo arraigo y aceptación. El establecimiento de la fecha de retroacción según el art. 1024 CCom. es de plena y absoluta vigencia y su aplicación perfectamente constitucional (19).

3. Modificación de la fecha de retroacción

Es razonable que la fecha deba señalarse en el mismo auto de declaración de quiebra, sin esperar a posteriores investigaciones que podrían comprometer la viabilidad de las acciones de reintegración a la masa; es consustancial a la misma declaración, y en aras de la seguridad jurídica debe fijarse inicialmente por lo que resulte de la fecha en que se tuvo lugar el sobreseimiento en el pago corriente de sus obligaciones.

Así lo entiende un sector de la doctrina: GAY DE MONTELLA (20), BLANCO CONSTANS e, incluso, VACAS MEDINA (21) coinciden en que la fijación inicial es decididamente necesaria y es forzoso mantenerla hasta en tanto no sea modificada por sentencia firme. Cabría pensar si son viables las acciones de retroacción entabladas por los síndicos hasta en tanto subsista la provisionalidad de su declaración, pero se advierte en seguida que el hecho de ser provisional no impide que en la demanda de retroacción pueda pedirse también la fijación de la fecha definitiva; o, en su caso, entablar el específico incidente concursal y sin que la eficacia del art. 878.2 CCom. dependa de la firmeza de la fecha, que mientras no sea modificada en sentencia ha de tenerse por válida (22).

La fecha --que en caso de no modificarse mediante la actividad jurisdiccional se convierte en definitiva una vez celebrada la Junta de examen y reconocimiento de créditos-- puede modificarse a instancia de los acreedores, o del quebrado (pero con intervención de la sindicatura), estando también legitimados los terceros, sean o no acreedores de la quiebra, siempre que resulten afectados por la declaración, así como los propio síndicos, y, en el caso de que éstos no se hubiesen nombrado, el depositario (23); pero es inaceptable la alteración de oficio.

Debe notarse que esta acción es distinta de la de reintegración a la masa establecida en los arts. 1365 y ss. LEC, que exige la legitimación exclusiva de la sindicatura para su ejercicio. La acción para el señalamiento definitivo de la

fecha de retroacción compete tanto a los síndicos como al depositario, a los acreedores o a los terceros interesados.

Tampoco es posible admitir (24) que la inicial fecha retroactiva sea concluyente o definitiva en los casos de quiebra voluntaria, en base a la tesis de que, en este tipo de quiebras, la propia confesión del quebrado sobre el día en que cesó en sus pagos hace devenir firme aquélla. Creemos que este argumento es insostenible porque la mención de la fecha de retroacción por parte del deudor puede obedecer a motivos subjetivos, quizás torticeros, y lesionar los intereses de los acreedores.

Por lo que atañe al ejercicio de las acciones que se entablen para determinar la fecha de los efectos de la retroacción, es incompatible el mantenerlas en procesos independientes y autónomos. Es posible --y, a menudo, probable-- que se planteen demandas de nulidad o anulabilidad sin esperar a que la fecha de la retroacción sea declarada firme; pero lo que no puede darse es un conflicto entre la resolución del incidente de fijación definitiva de la fecha de retroacción y las acciones revocatorias. La solución más adecuada es la acumulación de autos, que impide la división de la contienda de la causa y soslaya la posibilidad de resoluciones contradictorias; se trata, en definitiva, de la posibilidad de alegar la excepción de litispendencia en cualquiera de aquellas demandas --el incidente específico o las acciones revocatorias-- con el apoyo de la doctrina jurisprudencial que ha admitido aquella excepción en no pocas ocasiones (25).

4. Fijación definitiva de la fecha

Siendo provisional la fijación de la fecha de retroacción, algunas sentencias vienen a aconsejar su señalamiento definitivo, o la necesidad de su revisión, lo que no impide, no obstante, que mientras tanto se desplieguen los efectos propios de la retroacción (26). El fundamento de esta doctrina se encuentra en el hecho cierto de que el Juez, en el momento de decretar la quiebra, no conoce ni puede calibrar todos los datos de la insolvencia, y la gravedad o trascendencia de los actos del deudor: de ahí la posibilidad de su variación (27). Pero, mientras tanto, los actos comprendidos dentro del ámbito temporal de su alcance son nulos, y aquella fecha es válida y plenamente eficaz para originar las consecuencias anulatorias.

o V. LA INHABILITACION DEL QUEBRADO COMO FUNDAMENTO DE LA NULIDAD

1. La restricción de la capacidad de obrar del quebrado

La declaración de quiebra implica la inhabilitación del quebrado, lo que conlleva la incapacidad para administrar sus bienes, sin que esta interdicción lleve al extremo de privar al deudor de sus derechos civiles y públicos, en contra de lo que parece sostener VICENT CHULIA (28) al respecto. La prohibición legal de administrar sus bienes es lo que fundamenta, a la postre, la nulidad de los actos con trascendencia jurídica por falta de capacidad. La antigua concepción del quebrado como una especie de condenado civil está hoy superada (29), porque la restricción a su capacidad de obrar se justifica sólo

como una garantía a los acreedores para el cobro de sus créditos, conservando íntegramente su personalidad para ser sujeto de derechos y obligaciones (30) y para contratar en determinados supuestos (31).

El deudor persona física queda claramente incapacitado, aun de forma definitiva si es declarado fraudulento, y sin rehabilitación posible según el art. 920 CCom. Para las personas jurídicas la inhabilitación de sus administradores lo es en representación de la sociedad quebrada, pero no a título personal sino precisamente en cuanto a gestores de la sociedad, pudiéndose dedicarse personalmente al ejercicio del comercio o, incluso, hacerlo como legales representantes de otra sociedad (32).

La desposesión subsiguiente a la inhabilitación afecta sólo a los bienes que forman parte de la masa de la quiebra, aunque no se puede obviar la especial incapacitación respecto de la actividad económica del deudor no rehabilitado o no autorizado por el convenio con los acreedores para ejercer el comercio o continuar al frente de su establecimiento (art. 13.2 CCom).

En este sentido no deja de sorprender la ausencia de orden público en la interdicción del quebrado, dejándose en manos de los acreedores, vía convenio, el levantamiento de la prohibición legal o el señalamiento de límites a su actividad económica.

2. El desapoderamiento sobre el patrimonio del deudor como uno de los efectos de la declaración de quiebra

Al carecer el quebrado de facultades dispositivas sobre su patrimonio se produce un traspaso de aquéllas a los órganos representativos de la quiebra. Es lo que se conoce como *desapoderamiento* (33); o, al decir de GARRIGUES, desposesión de sus propios bienes con pérdida del derecho a administrarlos y su transferencia a los órganos que representen a los acreedores (34), operándose una especie de «sucesión» de los administradores respecto de la unidad del patrimonio del quebrado (35). El órgano de administración es receptor de la posesión de los bienes del quebrado, quien, por ello, carece de facultades interdictales por haber perdido la posesión, o --más propiamente y siguiendo a URÍA (36)-- por haberse extinguido su derecho a poseer.

Las facultades de administración y disposición transferidas a los órganos de la quiebra en virtud del desapoderamiento no son, por sí mismas, de carácter general, sino que están condicionadas por la propia *ratio essendi* de los órganos de la quiebra. Son, más bien, facultades controladas, reducidas y limitadas a conservar los bienes de la masa, procurando que no existan detracciones de bienes por acciones indebidas, con la idea fija de liquidarlos para la satisfacción del crédito del quebrado.

3. Teorías sobre el desapoderamiento y la incapacitación

Existen varios modos de entender el desapoderamiento. Desde un punto de vista subjetivo, como fruto de la incapacidad del deudor y la transferencia subsiguiente de su patrimonio al administrador (37). Otro punto de vista es el que equipara la declaración de quiebra a un acto transformativo del patrimonio

del quebrado, cuyos derechos quedan limitados, asimilándose a una especie de embargo general de sus bienes, que son secuestrados y destinados a satisfacer las deudas de la quiebra (38). BONELLI, por ejemplo, sostuvo que el quebrado pierde de hecho la propiedad de sus bienes, los cuales forman una especie de masa con personalidad jurídica propia, mientras que ROCCO y PERCEROU consideran que se establece una especie de derecho de prenda a favor de los acreedores sobre todo el patrimonio del deudor.

4. El perjuicio a los acreedores como fundamento de la retroacción

Para SANCHO GARGALLO (39) el verdadero fundamento de la acción de retroacción está en el perjuicio a los acreedores más que en la falta de capacidad o inhabilitación del quebrado, en razón a que en la época a que se retrotraen los efectos de la quiebra aquella falta de capacidad no estaba constatada. Tratándose de hechos posteriores son, pues, a criterio de este autor, susceptibles de retroacción aquellos actos que verdaderamente hayan perjudicado a la masa de la quiebra.

Esta opinión es seguida, en parte, por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988, que justifica los efectos de la retroacción en la existencia de actos realizados por el deudor en el período anterior a la declaración de quiebra, con mala fe y sin otro propósito que el de perjudicar a los acreedores.

Ello no obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1999 parece fundamentar la retroacción en la existencia de la infracción de una norma legal o de *ius cogens*, basada en la inhabilitación del quebrado una vez declarada la quiebra, lo que origina la nulidad de los actos de administración y disposición, siendo tal nulidad una consecuencia de la incapacitación del quebrado que ha quedado separado de derecho de todo su patrimonio.

Las tesis que se decantan por el perjuicio a los acreedores se han visto matizadas últimamente, como, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1998 en la cual se amplía el concepto de perjuicio para la masa de la quiebra en el sentido de apreciarla no tanto cuando se ha producido una minusvaloración o un detrimento o disminución de su patrimonio, sino cuando se establece una suerte de garantía real sobre bienes inmuebles que supongan limitar el poder de disposición, porque al mejorar o variar la situación del crédito --con una mejor graduación o preferencia-- se quiebra igualmente el principio de la *pars conditio creditorum*.

Alguna doctrina jurisprudencial mantiene el criterio del perjuicio a los acreedores como fundamento de la retroacción, pero considerando a tal perjuicio no como causa directa o determinante de la retroacción sino como consecuencia del desfase existente en la quiebra de hecho y en la quiebra de derecho (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1963 y 25 de mayo de 1961). El sentido último del fenómeno retroactivo estaría, en opinión de estas resoluciones, en la falta de coincidencia entre el momento de la insolvencia --presupuesto determinante de la situación de quiebra-- y aquel en que se produce su declaración --quiebra de derecho--, lo que conduce a la necesidad de armonizar los intereses de todos los acreedores y evitar el perjuicio que este

desfase comporta, corrigiendo (como lo hacen las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988 y 20 de septiembre de 1993) el rigor de la nulidad radical del art. 878.2 CCom. cuando los actos del fallido no sean contrarios a los intereses de los acreedores.

o VI. EPILOGO

El presente estudio intenta contribuir a la comprensión del fenómeno de la retroacción como una de las figuras más características de nuestro sistema concursal. Ello no obstante, no podemos silenciar aquí que el Anteproyecto de Ley Concursal elaborado como consecuencia del mandato contenido en la disposición final 19.^a LEC, no contempla el instituto de la retroacción como tal, sino que regula la ineficacia de los actos del concursado a través del ejercicio de las acciones rescisorias, si bien mediante presunciones *iuris et de iure* de la existencia de perjuicio a la masa, sustituyendo el criterio de la nulidad radical --que no necesita ser declarada judicialmente-- por el de la rescindibilidad, que sí exigiría una declaración jurisdiccional expresa.

No es todavía el momento de valorar este trascendental cambio, aunque, en principio, debemos saludar positivamente cualquier reforma en este sentido que conduzca a la necesaria y apremiante clarificación de las acciones de reintegración a la masa del concurso, adaptándolas a las exigencias de la realidad actual, con el fin de garantizar la seguridad jurídica tanto del propio fallido como de sus acreedores.

(1) SANCHO GARGALLO, Ignacio, *La retroacción de la quiebra*, Pamplona, 1997, págs. 37 y ss.

(2) Véase en este sentido el preciso trabajo de MASSAGUER FUENTES, José, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986.

(3) OLIVENCIA RUIZ, Manuel, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963, págs. 93 y ss.

(4) MARTIN REYES, M.^a Angeles, «Retroacción de la quiebra, nulidad del contrato y restricción de prestaciones», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1975, pág. 90.

(5) MARTIN REYES, M.^a Angeles, *op. cit.*, pág. 91.

(6) JUSTE IRIBARREN, «En torno a la retroacción de la quiebra», *Revista de Derecho Procesal*, 1958, págs. 69 y ss.

(7) JIMENEZ ESCARZAGA, J. D., «La retroacción de la quiebra según el art. 878 del Código de Comercio», *Revista de Derecho Mercantil*, 1958, pág. 40.

(8) BILBAO ARISTEGUI, Antonio, «Actuación de los principios de legitimación y de fe pública registral en relación con los actos de disposición otorgados por

el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1972, núm. 493, pág. 1301.

(9) MASSAGUER FUENTES, José, *op. cit.*, pág. 65; y SANCHO GARGALLO, Ignacio, *op. cit.*, págs. 242 y ss.

(10) ROJO FERNANDEZ-RIO, Angel, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *Revista de Derecho Mercantil*, 1979, pág. 76.

(11) La referencia a este artículo de la LEC debe contemplarse a la luz de la disposición derogatoria única 1.^a, y disposición final decimonovena de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil.

(12) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Compendio de Derecho Civil. Introducción y derechos de la persona*, Madrid, 1970, págs. 104 y ss.

(13) Véase la opinión en este sentido de LAGUNA IBAÑEZ, Fernando, en su trabajo «En torno al art. 878 CCom.», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 87, 1963, pág. 82.

(14) *Cfr.* arts. 1290 y 1299 CC.

(15) Doctrina jurisprudencial ya consolidada desde hace tiempo; valga como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1933.

(16) VACAS MEDINA, Luis, en su trabajo «Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra», *Revista de Derecho Procesal*, 1955, pág. 83, habla de la necesidad de que la liquidación se efectúe sobre lo que sea realmente el patrimonio del comerciante en la época de su declaración de quiebra, y en esta realidad juega un papel fundamental la fecha de la retroacción.

(17) ROJO FERNANDEZ-RIO, Angel, «Introducción al sistema de reintegración a la masa de la quiebra», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1979, núm. 151, pág. 77.

(18) Inauguró esta tendencia de escaso relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1930.

(19) Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982 cuando dice «(...) la retroacción de la quiebra está expresamente reconocida, tanto en el art. 1322, de la Ley Procesal Civil al determinar el contenido de la Sección Tercera del procedimiento de quiebra relativo a las acciones a que dé lugar la retroacción, como en el art. 1366, de la propia Ley al hablar de "... la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo inhábil...", como, igualmente en el art. 878 del C. de c. que contiene el mandato imperativo de que "... todos sus actos de dominio y administración (del quebrado) posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serían nulos", retroacción cuyo cauce procesal inicial es el referido art. 1024; sin que, por otra parte, tal normativa pueda entenderse derogada por la Constitución, pues corresponde al legislador ordinario optar, entre los varios sistemas de reintegración de la masa de la quiebra, por aquel que estime más idóneo en un momento histórico determinado para la amortización de los inter-

eses en juego en un procedimiento concursal, sin que la inseguridad jurídica que, indudablemente, produce la nulidad ipso iure de los actos afectados por la retroacción pueda elevarse al rango de inconstitucional por atentatoria al derecho fundamental de tutela a que tiene derecho toda persona en el ejercicio de sus derechos en intereses legítimos, en cuanto, aunque próxima a tal inconstitucionalidad, ni desconoce el derecho de impugnar la fecha de retroacción al objeto de excluirla total o parcialmente, ni, en principio, supone la pérdida de los derechos económicos derivados de la referida nulidad.»

(20) GAY DE MONTELLA, Rafael, en *Código de Comercio español comentado*, Barcelona, 1936, pág. 1177.

(21) VACAS MEDINA, Luis, en «Consideraciones...», cit., *Revista de Derecho Procesal*, 1955, pág. 401.

(22) La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1987 señala que *la fecha en que se fija el inicio de la insolvencia, tiene un carácter provisional, en el sentido de que puede ser rectificadada si se alega perjuicio por tercero, o incluso por el propio quebrado, pero no significa tal provisionalidad, que haya de dictarse otra resolución que marque una fecha definitiva, resolución no prevista como necesaria por la Ley y reiterada por otras de 22 de febrero de 1963, 25 de junio de 1980 y 2 y 10 de enero de 1983, y en especial por la de 22 de marzo de 1985, que señala que mientras no se impugne se ha de tener por válida la fecha de retroacción señalada en el auto de declaración de quiebra.*

(23) Lo admite así la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1983.

(24) En contra de esta opinión véase GARRIGUES, Joaquín, en *Curso de derecho mercantil*, tomo II, pág. 456.

(25) La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982 va más lejos y dice que el carácter provisional del auto de declaración de quiebra permite que sea impugnado en juicio incidental, pero ello no confiere a la declaración de quiebra un carácter condicional. La doctrina sustentada por la sentencia estima que la fijación de la fecha es una cuestión procesal referida al precepto sustantivo del art. 878.2 CCom., y, precisamente por ese carácter, puede oponerse la excepción de litispendencia en el juicio en que se pidió la alteración de la fecha.

(26) La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1990, por ejemplo, sugiere que es aconsejable la revisión de la fecha de retroacción en favor de afectados de buena fe.

(27) La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1990 estima que no es razonable asignarle carácter definitivo a una declaración judicial hecha, por imperativo legal, en un momento en que el juzgador sólo posee un conocimiento parcial y limitado de los hechos.

(28) VICENT CHULIA, Francisco, «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1979, pág. 675.

(29) Es la antigua teoría de la «muerte civil», preconizada por SALGADO DE SOMOZA en *Labyrinthus...*, capítulo XXXVIII, parte primera, cuando decía *debitor fallitus, aut decoctus mutat estatum, et pro mortuo habetur*.

(30) Al art. 32 CC, reformado por Ley de 24 de octubre de 1983, se le suprimió el segundo párrafo relativo a la restricción de la personalidad jurídica del sujeto sometido a interdicción civil. Pero aún suprimiéndolo, la vigencia anterior de este precepto tampoco establecía una verdadera incapacidad para el quebrado en orden a no poder ser sujeto de derechos y obligaciones. Tampoco el art. 1263 CC (en su redacción dada por la Ley de 2 de mayo de 1975) restringe el consentimiento del quebrado para contratar con plena eficacia y validez.

(31) GONZALEZ HUEBRA, Pablo, *Tratado de quiebras*, Barcelona, 1856, pág. 27.

(32) Del mismo criterio es PRAT Y RUBI, Juan, en su trabajo *Intervención de la persona jurídica en el juicio de quiebra*, pág. 165.

(33) Similar al *dessaisissement* del Derecho francés de insolvencias.

(34) GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, tomo II, pág. 465.

(35) Algo parecido a la *universitas iuris* de la sucesión hereditaria, en la que el heredero entra en posesión de todo el patrimonio del causante, transmitiéndose con ello el ejercicio de las acciones posesorias y reivindicatorias; o también la investidura de la posesión civilísima al heredero por el simple hecho de la muerte del causante, según dispone el art. 440 CC.

(36) URIA, Rodrigo, *La Quiebra de Barcelona Traction*, Barcelona, 1953, pág. 113.

(37) Teoría seguida por GARRIGUES, aunque en la actualidad se entiende claramente que no es lo mismo la incapacidad que la inhabilitación.

(38) Siguen esta tesis RAMIREZ y GUASP, y, en la doctrina italiana FERRARA.

(39) SANCHO GARGALLO, Ignacio, *La retroacción....*, *op. cit.*, pág. 237.