

**A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA
DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS FACULTADES
PATRIMONIALES DEL DEUDOR (ARTÍCULO 40 DE LA LEY
CONCURSAL)**

JOSÉ LUIS COLINO MEDIAVILLA
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid
(Al recuerdo de Rafael GARCÍA VILLAVERDE, amigo y maestro)

Publicado en:
Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
nº 1, 2004, pgs. 239-249
ISSN: 1698-4188

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
jcolino@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/info/mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

Resumen

Debe corregirse el art. 40 de la Ley Concursal, utilizándose la expresión “masa activa”. Debe establecerse una norma para los pagos al concursado.

Palabras clave

Masa activa; pagos al concursado.

Abstract

§ 40 of Bankruptcy Law must be corrected, using the expression “masa activa”.
A rule must be established regarding the payments to the insolvent debtor.

Key words

Estate; payments to the insolvent debtor.

**A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE
CONCURSO SOBRE LAS FACULTADES PATRIMONIALES DEL DEUDOR (ARTÍCULO
40 DE LA LEY CONCURSAL)¹.**

José Luis COLINO MEDIAVILLA

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la UCM

(Al recuerdo de Rafael GARCÍA VILLAVERDE, amigo y maestro)

SUMARIO:

1. Introducción.
2. El ámbito objetivo de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor.
3. El problema de los pagos al concursado.

1. Introducción.

La publicación en el BOE de 10 de julio de 2003 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha dado lugar a la puesta en el mercado de los primeros trabajos sobre la reforma concursal, de conjunto o en relación con aspectos particulares.

¹ Este trabajo es una parte, ampliada, de la conferencia «Los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor», pronunciada el 26 de febrero de 2004 en el Curso-Seminario “El Nuevo Derecho Concursal” (Instituto de Derecho Comparado y Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, febrero-mayo de 2004), dirigido por ALONSO LEDESMA, Carmen, y coordinado por MORENO FLÓREZ, Rosa María.

Al margen las diferencias de calidad que presentan entre sí, a veces considerables y, parece, explicables en gran medida, aunque no sólo, desde la perspectiva del negocio editorial y de la urgencia que exige, puede afirmarse que, salvo honrosas excepciones, se persigue básicamente la primera aprehensión de la reforma concursal, excluyéndose una perspectiva crítica.

Frente a tal planteamiento, pienso que la *vacatio legis* establecida por la Disposición Final tercera de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal y la Disposición Final trigésima quinta de la Ley Concursal no sólo sirve para permitir el conocimiento y la organización necesarios para la aplicación del nuevo régimen, sino que también puede servir para mejorarlo. Es decir, que también tras la promulgación de la reforma concursal es posible identificar cuestiones necesitadas de mejora y, en consecuencia, proponer las modificaciones oportunas.

En este sentido, no creo que sea un impedimento el hecho, cierto y conocido, de que la elaboración de la reforma concursal haya seguido unos cauces que pueden considerarse satisfactorios, sobre todo si se ponen en comparación con la falta de seriedad con que se ejecuta la función legislativa en muchas otras ocasiones. En efecto, ni la seriedad en el proceso de reforma, ni la valoración global positiva que merece el resultado conseguido, parecen ser obstáculo para perfeccionar la “máquina concursal” cuando fuere necesario y posible².

² En esta misma línea se pronunció el profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, respecto a los Proyectos de Ley Concursal y de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, en su trabajo «La reforma del Derecho concursal español», en *La reforma de la legislación concursal*, dir. ROJO, Ángel, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 92 y 93, donde tras señalar la valoración positiva de la reforma en comparación con el pasado y que el resultado obtenido ha sido el que ha sido posible obtener, afirma que «la culminación de esta tarea no puede ser excusa absoluta para aquellos defectos que los nuevos textos legales puedan presentar».

En particular, no parece que haya razones que impidan realizar esas mejoras antes de la entrada en vigor de la reforma, pues, en este caso, la inmediata reforma de la reforma, en su caso contrarreforma, está justificada, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros supuestos de sobra conocidos, por la complejidad de la materia y por el esfuerzo global realizado. Basta pensar, para aceptar tal justificación, en el largo tiempo que se lleva intentado la reforma concursal y en la gran cantidad de esfuerzos a ella dedicados que, sin embargo, no han conseguido llegar a buen puerto, legislativamente hablando.

De hecho, ya se ha producido una intervención normativa con la intención de mejorar la Ley Concursal antes de su entrada en vigor. Nos referimos a la Disposición adicional tercera de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (BOE del 12), que ha añadido un apartado 3 en la disposición adicional segunda de la Ley Concursal³.

Con este enfoque, pretendo rescatar dos propuestas de mejora del artículo 40 de la Ley Concursal. Y digo rescatar porque, en esencia, no hay novedad en lo que propongo, sino simple adaptación a la actualidad de ideas que ya han sido propuestas, sin éxito, en el proceso legislativo.

2. El ámbito objetivo de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor.

El artículo 40.6 de la Ley Concursal dedica su párrafo primero a la delimitación del ámbito objetivo sobre el que operan las limitaciones a las

³ Vid. también la Disposición transitoria séptima de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE del 31), que se refiere al régimen sobre el impuesto de sociedades aplicable a los procedimientos concursales que se encuentren en tramitación el 1 de septiembre de 2004, y a los que se inicien a partir de esa fecha.

facultades patrimoniales del deudor que se producen como efecto de la declaración de concurso: «La intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal». Los números 1, 2 y 4 del mismo artículo 40 hablan de «patrimonio» para referirse al ámbito objetivo sobre el que operan la intervención y la sustitución.

Creo que puede afirmarse que el párrafo primero del artículo 40.6 de la Ley Concursal es innecesario y confuso, por lo que debería suprimirse, y que los números 1, 2 y 4 del mismo artículo 40 son imprecisos, y también confusos, cuando hablan de «patrimonio», por lo que deberían corregirse sustituyendo tal expresión por la de “masa activa”.

Como queda dicho, la propuesta no es nueva sino que ya fue enunciada en el proceso legislativo. En el Congreso, el Grupo socialista presentó la enmienda nº 268 al artículo 39 del Proyecto de Ley Concursal⁴. En el Senado, se presentaron las enmiendas, referidas al correspondiente artículo 40, nº 74, del Grupo Entesa Catalana de Progrés, y nº 137, del Grupo Socialista⁵.

La motivación de tales propuestas fue la siguiente: «No todo el patrimonio del deudor integra la masa activa (artículo 75.2). Los efectos de la declaración concursal se producen respecto de los bienes y derechos que

⁴ Vid. BOCG, Congreso, de 2 de diciembre de 2.002, A, nº 101-15, y, también, la intervención del Sr. SÁNCHEZ GARRIDO en la Comisión de Justicia e Interior, en el Diario de Sesiones del Congreso de 25 de marzo de 2.003, nº 717, p. 23.041.

⁵ Vid. BOCG, Senado, II, de 9 de mayo de 2.003, nº 120 (c), y, también, la intervención del Sr. GALÁN PÉREZ en el Pleno del Senado para defender las enmiendas del Grupo Socialista, en el Diario de Sesiones de 11 de junio de 2.003, nº 140, p. 8.718.

integran la masa, y no respecto de la totalidad del patrimonio del deudor». «Evitar remisiones internas expresas, cuando no es imprescindible»⁶.

La no aceptación de estas propuestas obliga a insistir, ahora desde la perspectiva de la solicitud de reforma de la Ley Concursal, en la necesidad de mejorar estas normas, debiéndose detallar más la explicación de los motivos, por si el rechazo de las propuestas se hubiera debido a la falta de comprensión de las mismas. Por otro lado, conviene notar que si se produjese la corrección que se solicita carecería de sentido un tratamiento específico del ámbito objetivo de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor, por obvio.

En el aspecto activo, no es dudoso que las limitaciones a las facultades patrimoniales del concursado sólo afectan a los bienes y derechos que se integran en el concurso. Podría decirse, pues, que el párrafo primero del artículo 40.6 de la Ley Concursal es correcto en esto. Sin embargo, no es menos cierto que los bienes y derechos que se integran en el concurso se designan en Derecho concursal con la expresión masa activa (artículos 76–81 de la Ley Concursal, entre otros). En consecuencia, no veo razones para usar un circunloquio y, como se dijo en el proceso legislativo, realizar una remisión interna, sobre todo si se tiene en cuenta que la expresión “masa activa” aporta claridad terminológica y conceptual, y es la que se usa en otras normas de la Ley Concursal, con las que habría mas coherencia⁷.

⁶ Texto tomado de la motivación de la enmienda número 268 al artículo 39 del Proyecto de Ley Concursal, presentada en el Congreso, por el Grupo socialista, vid. BOCG, Congreso, de 2 de diciembre de 2.002, A, número 101-15. Los motivos se reproducen en las enmiendas en el Senado y en las intervenciones, en el Congreso y en el Senado, citadas en la nota anterior. También ha señalado que el artículo 39 del Proyecto de Ley Concursal contenía una remisión interna ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, «La reforma...», *cit.* p. 104.

⁷ Por ejemplo, el artículo 43 de la Ley Concursal, al regular el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial las refiere, correctamente, a la masa activa, habiéndose

En lo que concierne al supuesto en que el concursado esté casado y el régimen económico de su matrimonio sea el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, además de que la expresión legal sería más correcta si se dijese “... al deudor en la...” en lugar de, como dice el párrafo primero del artículo 40.6 de la Ley Concursal, «... al deudor de la ...», no parece dudoso que la limitación a las facultades patrimoniales del concursado sobre los bienes y derechos que formen parte de tal sociedad o comunidad depende de su integración en la masa activa, conforme a las normas que regulan la composición de ésta, en particular el artículo 77 de la Ley Concursal.

Esto es, que para esta cuestión también bastaba con referir los efectos que regula el artículo 40 a la masa activa. Pero además, el párrafo primero del artículo 40.6 de la Ley Concursal, tal y como está redactado, podría llevar a pensar, a quien picase el cebo de su tenor literal, que la limitación a las facultades patrimoniales del concursado sobre los bienes y derechos de la sociedad o comunidad conyugal se produce en todo caso, lo que no es admisible a la vista del artículo 77 de la Ley Concursal. Riesgo, pues, de confusión.

Tampoco hay necesidad de referirse al aspecto pasivo al limitar las facultades patrimoniales del deudor. El procedimiento concursal sólo exige que el concursado no pueda disponer de sus deudas integradas en el concurso con cargo a la masa activa, porque en tal caso se alteraría el régimen legal sobre la satisfacción de tales obligaciones. Sin embargo, ningún problema hay

corregido satisfactoriamente el artículo 42.1 del Proyecto de Ley Concursal, que hablaba de «patrimonio del deudor», a propuesta de la enmienda nº 272 presentada en el Congreso por el Grupo Socialista, vid. BOCG, Congreso, 2 de diciembre de 2002, A, nº 101-15.

en que disponga de ellas con cargo a su patrimonio libre del concurso o en otra forma que no afecte a la masa activa.

Por ejemplo, ¿hay que limitar la posibilidad, ciertamente remota pero esto ahora no importa, de que el concursado pague un crédito concursal con patrimonio libre del concurso?. O, también a título de ejemplo, ¿puede afirmarse a la vista del párrafo primero del artículo 40.6 de la Ley Concursal que se pretende evitar la posibilidad de que el concursado llegue a un acuerdo extintivo de un crédito concursal sin cargo a la masa activa?.

La respuesta negativa a ambas cuestiones pone de manifiesto que la referencia al aspecto pasivo en el párrafo primero del artículo 40.6 de la Ley Concursal no sólo es innecesaria sino que, además, puede dar lugar a confusión en quienes se acojan a su expresión literal.

Así las cosas, si no sólo es suficiente con referir las limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado a la masa activa, sino que, además, de tal manera se consigue una mayor claridad, eliminándose riesgos de confusión, no parece que deba dudarse en suprimir el párrafo primero del artículo 40.6 de la Ley Concursal⁸. En consecuencia, también deben corregirse los números 1, 2 y 4 del artículo 40 de la Ley Concursal, sustituyendo la expresión «patrimonio» por la de “masa activa”. Y no sólo para ser coherente con la supresión del párrafo primero del artículo 40.6 de la Ley Concursal y con la redacción de otras normas (por ejemplo, el artículo 43 de la Ley Concursal), sino, sobre todo, porque es lo correcto técnicamente y porque de

⁸ Es más, aunque exceda del tema que ahora tratamos, el párrafo segundo del artículo 40.6 de la Ley Concursal también podría considerarse innecesario, por obvio, por lo que se podría suprimir todo el número 6 del artículo 40 de la Ley Concursal, aunque en el caso de su párrafo segundo la aclaración normativa no parece producir confusión alguna.

tal forma pueden evitarse confusiones en otros temas, que ya he tenido ocasión de presenciar, por efecto reflejo de la falta de claridad en el que nos ocupa.

En suma, que debe tenerse claro, y debe establecerse con claridad en todas las normas⁹, que las limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor como efecto de la declaración de concurso se ciñen a la masa activa, porque su función es, precisamente, ayudar a la mejor determinación y conservación de la misma hasta que se adopte una solución al concurso.

En este sentido, si se quisiera buscar una explicación a la imprecisión de la norma, no parece descabellado ponerla en relación con la insatisfactoria sistemática que, en general, se adopta en la Ley Concursal respecto a la regulación que media entre la declaración de concurso y las fases de convenio o liquidación. En particular, en lo que nos ocupa, la imprecisión del artículo 40 de la Ley Concursal parece deberse al retraso excesivo de las normas dedicadas a la regulación de la masa activa, la masa pasiva y los créditos contra la masa activa, y a la confusión, en tales normas, entre los criterios que determinan la composición de unas y otras masas patrimoniales, y los actos de administración necesarios para su concreta determinación y para realización de los informes correspondientes (artículos 74-97, que constituyen el Título IV de la Ley Concursal).

3. El problema de los pagos al concursado.

⁹ En este sentido, deberían revisarse otras distintas a las del artículo 40 para, en su caso, realizar las correcciones necesarias. Por ejemplo, el artículo 21.1.2º de la Ley Concursal, que habla de «... efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio...».

Al regular los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor, la Ley Concursal no trata específicamente la cuestión de los pagos (cumplimientos de prestaciones) al concursado. En cambio, sí regula esta materia en el Título IX, dedicado a las normas de Derecho internacional privado.

Para el concurso abierto en España, en el artículo 216: «Pago al concursado en el extranjero.- 1. El pago hecho al concursado en el extranjero por un deudor con residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero, sólo liberará a quien lo hiciere ignorando la apertura del concurso en España.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que ignoraba la existencia del procedimiento quien realizó el pago antes de haberse dado a la apertura del concurso la publicidad a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior».

Y para el concurso abierto en el extranjero, en el artículo 225: «Cumplimiento a favor del deudor.- 1. El pago hecho en España a un deudor sometido a procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado y conforme al cual deberá hacerse al administrador o representante en él designado sólo liberará a quien lo hiciere ignorando la existencia del procedimiento.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que ignoraba la existencia del procedimiento quien realizó el pago antes de haberse dado a la apertura del procedimiento de insolvencia extranjero la publicidad ordenada en el apartado 3 del artículo 221»¹⁰.

¹⁰ La norma correspondiente del Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del consejo, sobre procedimientos de insolvencia es el artículo 24: «Ejecución a favor del deudor.- 1. Quien ejecute en un Estado miembro una obligación a favor de un deudor sometido a un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro, cuando debería haberlo hecho a favor del síndico de este procedimiento, quedará liberado si ignoraba la apertura del procedimiento.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que quien haya ejecutado dicha obligación antes de las medidas de publicación previstas en el artículo 21 ignoraba la apertura del procedimiento de insolvencia; de haberla ejecutado después de las medidas de publicación, se presumirá, salvo prueba en

En la doctrina se puso de manifiesto tempranamente, a la vista del Proyecto de Ley Concursal, este silencio respecto a los pagos al concursado en los concursos sin elementos internacionales, reclamándose la introducción de normas para esta cuestión, como se hace en otros ordenamientos¹¹.

La cuestión también fue tratada en el proceso legislativo. La enmienda nº 270 al Proyecto de Ley Concursal, presentada en el Congreso por el Grupo Socialista¹², propuso la adición de un nuevo artículo con el contenido siguiente:

«Artículo 39 ter. Pagos al concursado.

1. En caso de suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, los pagos realizados al concursado, en territorio español o en el extranjero, con posterioridad a la declaración de concurso no producirán efecto liberatorio, salvo que el interesado pruebe que desconocía esa declaración.

2. La prueba del desconocimiento del concurso de acreedores por deudor con residencia habitual o con domicilio en territorio español sólo será admisible si el pago se hubiere realizado antes de la publicación de la declaración de concurso. Si el deudor no tuviere la residencia habitual o el

contrario, que tenía conocimiento de la apertura del procedimiento».

El considerando 30 del Reglamento dice así: «Puede darse el caso de que algunas de las personas afectadas no tengan efectivamente conocimiento de la apertura del procedimiento y actúen de buena fe en contradicción con la nueva situación de hecho. En protección de esas personas que, en desconocimiento de la apertura del proceso en otro país, satisfacen prestaciones al deudor, cuando en realidad deberían haberlas satisfecho al síndico del otro país, debería establecerse que dicho pago tenga un efecto liberador de la deuda».

¹¹ Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *La inhabilitación del quebrado (Ámbito temporal)*, Navarra, 2002, p. 48, en nota 41.

¹² Vid. BOCG, Congreso, de 2 de diciembre de 2002, A, nº 101-15.

domicilio en territorio español, la prueba sólo será admisible si el pago se hubiera realizado antes de la publicación de la declaración de concurso en el Estado donde tenga su residencia o domicilio».

La motivación de esta enmienda se expresaba así:

«En el Proyecto de Ley se aprecia una importante laguna en relación con el régimen jurídico de los pagos efectuados al concursado inhabilitado. Curiosamente, el tema aparece previsto exclusivamente en relación con los pagos efectuados en el extranjero (artículo 218). Resulta necesario, pues, introducir un nuevo artículo en el que se ofrezca una solución al problema de si los pagos posteriores a la declaración tienen o no efecto liberatorio. La redacción que se propone unifica el tratamiento del problema tanto si el pago se efectúa en España como en el extranjero, con la única diferencia del criterio tomado en cuenta para la prueba del desconocimiento por el deudor que paga según que dicho deudor tenga la residencia habitual o el domicilio en territorio español o en territorio extranjero».

La unificación del tratamiento del problema tanto si el pago se realizaba en España como en el extranjero se correspondía con la propuesta, en la enmienda nº 383, de supresión del artículo 218 del Proyecto, correspondiente con el actual artículo 216 de la Ley Concursal¹³.

En el Senado, el Grupo socialista mantuvo la propuesta en la enmienda nº 138, pero como artículo 40 bis), y en la enmienda nº 184, proponiendo la supresión del que ya era artículo 216, y, además, se manifestó en idéntico

¹³ Vid. BOCG, Congreso, de 2 de diciembre de 2002, A, nº 101-15. Vid. también, para el conjunto de la propuesta, la intervención del Sr. SÁNCHEZ GARRIDO en la Comisión de Justicia e Interior, en Diario de Sesiones del Congreso de 25.3.2003, nº 717, p. 23.041.

sentido, salvo una errónea referencia al artículo 218 en lugar de al artículo 216, la enmienda nº 75 del Grupo Entesa Catalana de Progrés¹⁴.

Sin embargo, en la Ley Concursal se ha consolidado, en relación con los procedimientos concursales declarados en España, el silencio respecto a los pagos al concursado realizados en España, cualquiera sea el lugar de la residencia, domicilio habitual o sede del pagador, y los efectuados en el extranjero por un deudor con residencia, domicilio habitual o sede en España, lo que es sorprendente no sólo en comparación con lo que la propia Ley Concursal establece en el ámbito internacional, sino también a la vista de los antecedentes históricos y el Derecho comparado.

En nuestro Derecho todavía vigente, la cuestión se trata en el artículo 1.193 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establece: «Sin perjuicio de continuar ejecutando las diligencias ordenadas en la sección anterior, luego que sea firme la declaración de concurso, el Juez mandará publicarla por medio de edictos, con la prevención de que nadie haga pagos al concursado, bajo pena de tenerlos por ilegítimos, debiendo hacerlos al depositario o a los Síndicos, luego que estén nombrados». Y en el artículo 1.057 del Código de Comercio de 1829, que establece, en su párrafo primero: «En los mismos edictos en que se haga notoria la quiebra, se incluirá la prohibición de que nadie haga pagos ni entregas de efectos al quebrado, sino al depositario nombrado, bajo pena de no quedar descargados en virtud de dichos pagos ni entregas de las obligaciones que tengan pendientes a favor de la masa»¹⁵.

¹⁴ Vid. BOCG, Senado, II, de 9 de mayo de 2003, nº 120 (c).

¹⁵ Vid. los problemas interpretativos que se plantean en relación con estas normas y la necesidad de recurrir para su interpretación a las que regulan el pago en el Código Civil, en MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *op. cit.*, pp. 46-70. Vid. también los artículos 1.050 del Código de Comercio de 1829, 1.181 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y 890.15 del Código de Comercio de 1885.

También en los intentos de reforma de nuestro antiguo Derecho concursal se ha tratado la cuestión. El artículo 51 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, redactada por el profesor Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, establecía: «Pagos al deudor. 1. En caso de suspensión de la capacidad de obrar del deudor, los pagos realizados a éste con posterioridad a la declaración de concurso no producirán efecto liberatorio, salvo que el interesado pruebe que desconocía esa declaración. La prueba del desconocimiento del concurso de acreedores sólo será admisible si el pago se hubiere realizado antes de la publicación del concurso en el Boletín Oficial del Registro mercantil.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación a los demás actos de extinción total o parcial de derechos o de obligaciones».

En el Derecho comparado, basta citar un ejemplo de una Ley concursal moderna, los §§ 82 y 277, párrafo primero de la *Insolvenzordnung*, y otro de una no tan reciente, como el artículo 44, párrafo segundo de la *Legge fallimentare*.

El § 82 de la *Insolvenzordnung* establece, para el supuesto de suspensión o sustitución del deudor: «Prestaciones a favor del deudor. Si después de la apertura del procedimiento se hubiera realizado una prestación en cumplimiento de una obligación frente al deudor, aunque la obligación debiera cumplirse frente a la masa, el ejecutante quedará liberado si no conocía la apertura del procedimiento al realizar la prestación. Si la prestación la hubiera cumplido antes de la publicación de la apertura, se presume que no la conocía». El párrafo primero del § 277 de la *Insolvenzordnung* declara aplicable al supuesto de intervención el § 82.

El artículo 44 de la *Legge fallimentare*, titulado «actos cumplidos por el concursado después de la declaración de concurso» establece en su párrafo segundo: «Son igualmente ineficaces los pagos recibidos por el concursado después de la sentencia de declaración de concurso».

Ante el señalado silencio de la Ley Concursal, el intérprete debe determinar el régimen aplicable y, también, valorar si el silencio legal es satisfactorio y, en consecuencia, si está justificado.

A diferencia de lo que se dijo en la citada enmienda del Grupo socialista, no parece seguro que el silencio legal constituya realmente una laguna, al menos en sentido técnico. En rigor, no hay laguna, porque los pagos al concursado entran en la categoría de actos de administración y disposición a que se refiere el artículo 40 de la Ley Concursal. En consecuencia, tal subsunción determina la aplicación del número 7 del artículo 40 de la Ley Concursal a los supuestos en que, infringiendo las limitaciones a sus facultades de administración y disposición, el concursado reciba pagos de sus deudores. En este sentido, se podría afirmar que en la Ley Concursal no hay laguna respecto al supuesto que nos ocupa, sino carencia de regulación como supuesto especial por pensar, parece, que queda resuelto adecuadamente mediante una regla general.

Sin embargo, la aplicación del artículo 40.7 de la Ley Concursal trae una técnica, la anulabilidad a instancia de la administración concursal, salvo que ésta confirme o convalide el acto, que no es adecuada para el supuesto que nos ocupa. En el supuesto de pagos al concursado, lo que exige la protección

de la masa activa es determinar si el deudor que ha pagado se libera o no frente a ella.

El carácter insatisfactorio del recurso a la anulabilidad para este supuesto resulta claro si se piensa en el caso en que, no habiéndose integrado el pago realizado al concursado en la masa activa¹⁶, y solicitada y obtenida por la administración concursal la anulación del acto, el concursado no pueda restituir la prestación a quien le pagó. ¿Ha de volver a pagar el deudor del concursado para que la prestación se integre en la masa activa?. La respuesta positiva parece imponerse, con fundamento en la interpretación teleológica de los efectos que en este caso han de atribuirse a la anulación del pago. El deudor del concursado podrá reclamarle a éste el primer pago realizado, pero fuera del concurso.

Además, la aplicación del artículo 40.7 de la Ley Concursal comporta un silencio injustificado e injustificable en comparación con lo que la propia Ley Concursal establece en las normas de Derecho internacional privado (artículos 216 y 225), respecto a la posibilidad de que el deudor del concursado se libere si al pagar ignoraba la declaración de concurso, así como respecto a la presunción de ignorancia si el pago se realizó antes de la publicación de tal declaración.

En otras palabras, la aplicación del artículo 40.7 de la Ley Concursal, en relación con el artículo 21.2 de la misma, supone que desde la declaración de concurso todo pago al concursado se someterá a la sanción de anulabilidad, salvo convalidación por la administración concursal en caso de integración del

¹⁶ Porque si se integra no hay perjuicio para la masa activa y la administración concursal convalidará el pago.

pago en la masa activa. Mas esta interpretación supondría una protección de los acreedores concursales frente a la seguridad del tráfico que parece excesiva, por contradecir los antecedentes históricos, las soluciones en el Derecho comparado y, sobre todo, el criterio que la propia Ley Concursal adopta, en paralelo con el Reglamento Europeo de Insolvencia, para los supuestos internacionales.

Parece claro, pues, que la aplicación del artículo 40 de la Ley Concursal al supuesto de los pagos al concursado no es satisfactoria. Porque la inadecuación de la técnica del artículo 40.7 de la Ley Concursal obliga a forzar su interpretación, poniendo de manifiesto que este supuesto presenta exigencias que requieren un tratamiento específico. Y porque la aplicación del artículo 40.7 a los pagos al concursado comporta un tratamiento injustificadamente discriminatorio respecto al establecido para los supuestos internacionales.

Desde esta perspectiva sí podría compartirse la afirmación del Grupo Socialista, en la referida enmienda, de que hay una laguna en el régimen de la Ley Concursal, debiéndose proceder a su integración mediante el recurso a otras normas del ordenamiento.

Adoptado este planteamiento, conviene advertir, en primer lugar, que si la prestación recibida por el concursado se integra en la masa activa, el pago tiene carácter liberatorio, para evitar el enriquecimiento injusto de la masa¹⁷.

¹⁷ En cambio, no creo que pueda aplicarse el artículo 1.163 del Código Civil, porque el concursado no es un incapacitado. Vid., sin embargo, MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *op. cit.*, p. 50, en relación con el quebrado y no obstante tener claro que no es un incapacitado, como manifiesta en diversos lugares, por ejemplo, de forma expresa, en la nota 92 de las pp. 78 y 79.

Cuando la prestación recibida por el concursado no se integre en la masa activa, la cuestión de si el pago es o no liberatorio debería resolverse mediante la aplicación del artículo 1.165 del Código Civil: «No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda»¹⁸.

Conforme a esta norma, si el pago se realiza antes de la notificación al deudor de la resolución judicial que ordena la retención de la deuda, es liberatorio, salvo que se pruebe su mala fe, esto es, su conocimiento de la retención de la deuda por un medio distinto; al contrario, si el pago es posterior a la notificación al deudor de tal resolución judicial, no será liberatorio, porque el pagador ya conoce la retención de la deuda¹⁹. Sin embargo, la aplicación del artículo 1.165 del Código Civil en el ámbito de la Ley Concursal no está exenta de problemas.

Uno de escasa entidad consiste en que el artículo 21 de la Ley Concursal no ha contemplado como contenido del auto de declaración del concurso el exhorto a los deudores del concursado para que no paguen a éste o no lo

¹⁸ De hecho, la aplicación de esta norma en el ámbito concursal tiene, si cabe, más justificación que el ámbito de la ejecución individual, como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *op. cit.*, pp. 55 y 56, en nota 60, señalando que la protección de los acreedores concursales no justifica el sacrificio del deudor del quebrado que paga de buena fe, porque los acreedores concursales soportan en menor medida la pérdida del bien que ha recibido el quebrado, pues la reparten entre todos (al menos, entre todos los ordinarios); porque si el quebrado consume lo recibido, el que fue su deudor sólo puede exigirle la devolución del primer pago una vez terminado el procedimiento concursal; y porque el sistema jurídico establece incentivos para que el quebrado que recibe el pago lo entregue a los órganos concursales (artículo 890.15 del Código de Comercio), mientras que no se establecen tales incentivos para que el quebrado devuelva al deudor sometido a un segundo pago el que le entregó primero a él.

No me parece que proceda la aplicación de los artículos 1.164 y 1.527 del Código Civil, porque el supuesto que nos ocupa no consiste en el pago a un acreedor aparente, sino en el pago al acreedor verdadero que carece de legitimación para el cobro por resolución judicial que afecta su crédito a la satisfacción de intereses de terceros. En este sentido, vid., al interpretar el problema respecto a la quiebra, MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *op. cit.*, p. 54.

¹⁹ Vid., entre otros, CRISTÓBAL MONTES, Angel, «Comentario al artículo 1.165 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Candido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, tomo II, Madrid, 1991, pp. 191 y 192; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen segundo, *Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Madrid, 1993, pp. 491 y 492.

hagan sin la intervención de la administración concursal. Se trata de un problema menor, no sólo porque, aunque nada diga el artículo 21 de la Ley Concursal, el juez puede introducir tal exhorto en el auto, sino también porque la mención expresa en el auto, conforme al artículo 21.1.2º de la Ley Concursal, de las limitaciones a las facultades patrimoniales del concursado, puede servir para suplir el exhorto específico a que nos hemos referido. No obstante, para mayor claridad hubiera sido conveniente exigir legalmente que el auto contuviera el mencionado exhorto, como se ha hecho en otros ordenamientos (§ 28, párrafo tercero, de la *Insolvenzordnung*).

En segundo lugar, la aplicación del artículo 1.165 del Código Civil exige, como queda dicho, que la resolución judicial que ordena la retención de la deuda sea notificada al deudor, lo que tampoco ha sido tenido en cuenta en la Ley Concursal. Ciertamente, aunque nada establezca al respecto la Ley Concursal, el juez puede acordar que se notifique el auto de declaración de concurso a los deudores del concursado de que tenga constancia con los datos suficientes para realizar tal notificación. Sin embargo, también es cierto que el silencio legal deja abierta en exceso la posibilidad de que tal notificación no se realice, o no se realice oportunamente, con la consiguiente carencia de uno de los requisitos para aplicar el artículo 1.165 del Código Civil. No parece dudoso, pues, que en la Ley Concursal debería haberse exigido la notificación del auto de declaración de concurso a los deudores del concursado, como se ha hecho en otros ordenamientos (§ 30, párrafo segundo, de la *Insolvenzordnung*)²⁰.

Además, en tercer lugar, quedan por resolver los supuestos en que la notificación particular a los deudores del concursado no se realice, por error o

²⁰ Lo ha reclamado, a la vista del Proyecto de Ley Concursal, MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *op. cit.*, pp. 56 y 57, en nota 61.

porque no se conozcan en el momento de la declaración de concurso, para lo que es necesario, pese a que el silencio de la Ley Concursal podría ocasionar dudas al respecto, atribuir a la publicación de la declaración de concurso el efecto de la notificación que exige el artículo 1.165 del Código Civil²¹. No obstante, parece que hubiera sido mejor que la Ley Concursal lo hubiera establecido expresamente, como se ha hecho en otros ordenamientos (§§ 9 y 30, párrafo primero de la *Insolvenzordnung*).

En suma, que si se quiere resolver el problema de los pagos al concursado mediante la aplicación del artículo 1.165 del Código Civil, las carencias de la Ley Concursal exigen interpretar que la mención en el auto de declaración de concurso de las limitaciones a las facultades patrimoniales del concursado y la publicación de tal auto son suficientes para cumplir los requisitos que exige tal norma general, esto es, la existencia de resolución judicial que ordene la retención de la deuda y su notificación formal al deudor.

Si, además, el juez notifica el auto de declaración de concurso a aquellos deudores del concursado de los que tenga los datos necesarios, llegaríamos a una solución idéntica a la que establece expresamente la *Insolvenzordnung* (§§ 9, 28, párrafo tercero, 30, párrafos primero y segundo y 82).

El pago será liberatorio cuando el deudor pagador ignore la declaración de concurso en el momento de realizar el pago al concursado. Si el pago se realiza después de la notificación particular del auto de declaración de concurso, o después de la publicación de éste, el pago no es liberatorio,

²¹ Como se hace en relación con la quiebra, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *op. cit.*, pp. 54-58, subrayando, en la nota 61, el carácter subsidiario de la publicación respecto a la notificación particular a los deudores del concursado.

porque se da por hecho, sin admitir prueba en contrario, el conocimiento de la declaración de concurso, y sin perjuicio de que tras el segundo pago el deudor del concursado reclame a éste el primer pago, pero fuera del concurso. Si el pago se realiza antes de la notificación particular del auto de declaración de concurso o, cuando ésta falte, antes de la publicación de dicho auto, será liberatorio, salvo que se pueda probar que el deudor pagador conocía la declaración de concurso por otras vías, esto es, se presumirá la ignorancia admitiéndose prueba en contrario²².

A la vista del resultado obtenido mediante el recurso al Código Civil, podría sostenerse que lo que se señala como laguna en la labor del legislador no es tal, sino consciente economía en la regulación, evitando una norma que es innecesaria en la Ley Concursal para repetir lo dicho en el Código Civil. Sin embargo, tal afirmación no parece convincente.

Por un lado, porque, como queda expuesto, el silencio de la Ley Concursal plantea dudas sobre la resolución del problema de los pagos al concursado mediante la aplicación del artículo 40 de la Ley Concursal o mediante el recurso al Código Civil.

Por otro lado, porque tanto si se recurre a una como a otra interpretación hay problemas. Si se recurre al artículo 40 de la Ley Concursal, porque su técnica no es satisfactoria para resolver el problema de los pagos al concursado y porque las soluciones a que conduce son discriminatorias respecto a las establecidas expresamente por la Ley Concursal para los supuestos internacionales.

²² Son las mismas soluciones a las que se llega para la quiebra, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *op. cit.*, pp. 54-58.

Si se recurre al artículo 1.165 del Código Civil, en primer lugar, porque el silencio de la Ley Concursal exige un esfuerzo interpretativo que, al margen la posibilidad de que surjan dudas en relación con el mismo, parece superar el que habría exigido el establecimiento de una norma específica para resolver el problema en el ámbito concursal, lo que pone en tela de juicio la conveniencia de la economía normativa.

Y, en segundo lugar, porque, conviene notar, la aplicación del artículo 1.165 del Código Civil conforme a la interpretación expuesta puede comportar una contradicción con la interpretación que se sostiene respecto a la regulación expresa que establecen los artículos 216 y 225 de la Ley Concursal para los pagos al concursado en el ámbito internacional privado. En este sentido, respecto al pago posterior a la publicación de la declaración de concurso, el silencio de los artículos 216 y 225 de la Ley Concursal se interpreta en la línea de lo que establece expresamente el artículo 24 del Reglamento (CE) n° 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del consejo, sobre procedimientos de insolvencia, sosteniéndose que se presume el conocimiento del pagador respecto a la declaración de concurso, pero se le permite probar la ignorancia²³. En cambio, la aplicación del artículo 1.165 del Código Civil conduce, como hemos señalado, a no admitir la prueba del desconocimiento de la declaración de concurso una vez que el auto que la declara ha sido publicado. No obstante, hay que reconocer que la contradicción no es muy

²³ Vid. MALDONADO RAMOS, Jaime, «Comentario a los artículos 216 y 225», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, coordinado por Alberto PALOMAR OLMEDA, Madrid, 2003, pp. 1.301, 1.318 y 1.319; SABATER MARTÍN, Aníbal, «Comentario a los artículos 216 y 225», en *Derecho Concursal Práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, coordinado por Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Madrid, 2004, pp. 921 y 939.

Para el Reglamento Europeo de Insolvencia, vid. VIRGÓS SORIANO, Miguel; y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid, 2003, p. 147.

relevante, pues la prueba de la ignorancia posterior a la publicación de la declaración de concurso se antoja difícil.

En consecuencia, comparto con la doctrina citada y con la mencionada propuesta del Grupo Socialista la necesidad de destinar una norma específica al supuesto que nos ocupa, que podría ubicarse como artículo 40 bis²⁴.

Sin embargo, no parece satisfactorio el contenido concreto de la propuesta presentada en el proceso legislativo, que, matices al margen, presenta una sustancial coincidencia con el artículo 51 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995.

Porque limita su regulación al supuesto de suspensión/sustitución, debiéndose abarcar también, parece, los supuestos de intervención, cuando el deudor reciba el pago sin la autorización o conformidad de la administración concursal.

Porque unifica los supuestos internos e internacionales, proponiendo la supresión del actual artículo 216 de la Ley Concursal, lo que, dados los problemas específicos de Derecho internacional privado, no parece adecuado.

Y porque la propuesta del Grupo Socialista es muy rigurosa respecto al pagador, protegiendo en exceso los intereses del concurso, imponiéndole la carga de la prueba de la ignorancia en el período que precede a la publicación de la declaración de concurso.

²⁴ Para evitar la excesiva extensión del artículo 40 de la Ley Concursal, ya denunciada respecto al correspondiente artículo 39 del Proyecto de Ley Concursal, vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, «La reforma...», *cit.* p. 104.

En este sentido, parece más razonable la postura de los arts. 216 y 225 de la Ley Concursal, del artículo 24 del Reglamento (CE) n° 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del consejo, sobre procedimientos de insolvencia, y del § 82 de la *Insolvenzordnung*, que presumen la ignorancia del pagador si el pago se realiza antes de la publicación de la declaración de concurso, salvo prueba en contrario. También es esa la solución a que se llega aplicando el artículo 1.165 del Código Civil.

En cambio, no me parece mal, para proteger los intereses del concurso, que tras la publicación de la declaración de concurso no se admita la prueba de su desconocimiento, en la línea de lo establecido por la *Insolvenzordnung* (§§ 9, 28, párrafo tercero, 30, párrafos primero y segundo y 82) y del resultado a que se llega mediante la aplicación del artículo 1.165 del Código Civil, y contra lo dispuesto por el artículo 24 del Reglamento (CE) n° 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del consejo, sobre procedimientos de insolvencia, aunque, como queda dicho, es una cuestión menor, porque tal prueba es muy difícil.

Tampoco creo necesario hacer expreso que si la prestación recibida por el concursado se integra en la masa activa el pago es liberatorio, porque, como hemos dicho, no puede ser de otra forma si se quiere evitar el enriquecimiento injusto de la masa.

A la vista de lo expuesto, la norma a incluir en la Ley Concursal podría redactarse, por ejemplo, así:

“Artículo 40 bis. Pagos al concursado.- 1. Declarado el concurso, el pago hecho al concursado en caso de sustitución, o al concursado sin la autorización o conformidad de la administración concursal en caso de intervención, sólo liberará a quien lo hiciere ignorando la declaración de concurso.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que ignoraba la declaración de concurso quien realizó el pago antes de haberse dado a la declaración la publicidad establecida en el artículo 23”.