

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Aproximación a la buena fe exigible a un acreedor. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2002)¹

CARMEN JEREZ DELGADO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. El *por qué* de este trabajo.–II. Los hechos y el proceso.–III. El conflicto de intereses entre los acreedores de un mismo deudor.–IV. El acreedor que cobra queda amparado por su derecho: alcance de esta protección.–V. Aproximación a la buena fe exigible al acreedor.–VI. Vías de impugnación en conflictos entre acreedores por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles: 1. *La nulidad por ilicitud de la causa*.–2. *La retroacción de la quiebra y/o las acciones de reintegración*.

I. EL *POR QUÉ* DE ESTE TRABAJO

El acreedor, cuando cobra o cuando exige el cumplimiento de una obligación vencida y exigible, actúa conforme a un interés legítimo y queda amparado por su derecho. Sin embargo, cuando el cobro o la constitución de una garantía tiene lugar en una situación de insolvencia del deudor aún no declarada, es evidente que puede lesionar los intereses de los restantes acreedores, que ven desaparecer con ello la garantía o parte de la garantía patrimonial con que contaban para satisfacer sus créditos. El supuesto de hecho de la sentencia objeto de este comentario, por las circunstancias que rodean a la constitución de la hipoteca origen del pleito, nos brinda una oportunidad de oro para analizar el alcance de la protección jurídica que nuestro Ordenamiento reconoce al acreedor en este tipo de conflictos.

¹ RJ 2002/9684.

II. LOS HECHOS Y EL PROCESO

[1] Los hermanos de don Ignacio M. otorgaron sendos créditos a una sociedad de la que éste era socio y administrador, pactándose en el contrato de préstamo que don Ignacio M. respondería personalmente, como garante solidario, de la restitución de las cantidades prestadas a la sociedad, con el interés pactado. Por otro lado, se acordó que el préstamo se transformaría en una suscripción de acciones, en el caso de que se produjera una ampliación de capital en la sociedad en el plazo de seis meses. Si el acuerdo de ampliación de capital no tuviera lugar, Don Ignacio *se obligaba a avalar o a garantizar realmente el cumplimiento de esa obligación personal*. Puesto que no se realizó la ampliación de capital prevista ni se devolvió el préstamo, se exigió a don Ignacio M. el cumplimiento del contrato, quien constituyó una hipoteca a favor de sus hermanos, acreedores de la sociedad, conforme a la obligación pactada.

Más que como el cumplimiento exacto de una obligación, la hipoteca pudiera justificarse como un modo aleatorio, no expresamente pactado, por el que se concretó *a posteriori* el cumplimiento de la obligación asumida por don Ignacio M. de *garantizar realmente* la devolución del préstamo del que es fiador solidario.

Un dato relevante al que prestaremos atención, pues a propósito del mismo se realiza este estudio, es el siguiente: Al tiempo de constituirse la hipoteca, sobre el patrimonio de don Ignacio M. pendían ya varios *procesos ejecutivos y reclamación de créditos, y se habían dictado diferentes sentencias condenatorias*. Poco después se declaró el concurso de acreedores.

[2] Uno de los acreedores personales de don Ignacio M., demandó la declaración de nulidad de la hipoteca citada, por inexistencia de la misma. La hipoteca se había constituido entre el deudor y sus hermanos —que son codemandados—, con perjuicio del acreedor demandante. Subsidiariamente, se solicitó la rescisión de la hipoteca por haberse constituido en fraude de acreedores. A la demanda se sumaría después —ya ante la Audiencia— la Sindicatura del concurso de acreedores del deudor demandado.

La primera de las pretensiones, la declaración de nulidad, es la que —al parecer— se persiguió realmente con la demanda, pues —aún habiendo dictado la Audiencia Provincial de Oviedo sentencia estimatoria de la rescisión— se presentó recurso en casación (paralelo a otro interpuesto por la parte demandada) insistiendo en la solicitud de que se declarase la nulidad de la hipoteca (nulidad que había sido apreciada en primera instancia por el Juez, que entendió que era inexistente la obligación garantizada). La finalidad de la parte demandante era, por lo tanto, la de persuadir de que faltaba una verdadera voluntad por parte de los hermanos codemandados de constituir una hipoteca, y que ésta era inexistente.

Los demandados, por su parte, presentaron pruebas en juicio sobre la validez de la hipoteca. En particular, un contrato privado de préstamo por el que los hermanos codemandados entregaban dinero a la sociedad de la que el hermano deudor, don Ignacio M., era socio y administrador. Fueron admitidas como prueba de la entrega de las cantidades declaradas, las correspon-

dientes declaraciones del Impuesto de Patrimonio. El contrato privado incluía, en efecto, un pacto por el que el préstamo quedaba afianzado personalmente por el hermano deudor, que se comprometía como garante solidario de la sociedad a la devolución del préstamo con los intereses pactados. Los codemandados presentaron también pruebas de que la ampliación de capital prevista no había tenido lugar (certificación registral relativa a la sociedad), y alegaron que, al no transformarse el préstamo en negocio de adquisición de acciones –como estaba previsto–, se constituyó a su favor la hipoteca sobre bienes del hermano fiador.

[3] En cada uno de los pronunciamientos judiciales seguidos como consecuencia de la demanda, se abordó de diverso modo la solución del caso: En primera instancia se declaró nula la hipoteca por inexistencia de la obligación garantizada. La Audiencia, sin embargo, estimó probada la obligación garantizada y, por consiguiente, la existencia de la hipoteca, si bien declaró la rescisión de la misma por fraude de acreedores. Por último, el Tribunal Supremo dictó sentencia casando la anterior y, desestimando íntegramente la demanda, absolvió a los demandados. Fue ponente el Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.

III. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LOS ACREEDORES DE UN MISMO DEUDOR

[4] Al descartarse la nulidad o inexistencia de la hipoteca, por estimarse probada la obligación que el deudor contrajo previamente con sus hermanos, de afianzar como garante solidario la deuda social contraída con ellos, la cuestión se desplaza hacia la rescisión de la hipoteca por fraude de acreedores.

Dado que se considera válido y eficaz el contrato de préstamo y el aval pactado, el conflicto de intereses tiene lugar entre sujetos que son, de hecho, acreedores de un mismo deudor. Por esta razón, lo que hemos de preguntarnos es si –en tales circunstancias– está legitimado el acreedor demandante para exigir protección frente a los acreedores codemandados beneficiados por la hipoteca; o si es admisible que los acreedores codemandados –hermanos del deudor, que lógicamente pudieron contar con mayor información acerca de su situación de insolvencia– invoquen aquí una legitimación derivada del principio de protección al acreedor diligente; o bien, si está legitimado el deudor para favorecer, a su libre arbitrio, a alguno de sus acreedores, cuando su situación es ya –en la práctica– de insolvencia. Esto es, ¿puede el deudor insolvente lesionar el crédito de los restantes acreedores, pagando o garantizando el pago de uno de ellos? ¿O debería solicitar la declaración de concurso a fin de garantizar la *par condicio creditorum*?

En definitiva, habrá que discernir si puede ser fraudulenta o ilícita en algún caso la constitución de garantía por el deudor cuando beneficia a un acreedor con perjuicio para otro u otros. En primer lugar, se hace preciso responder a esta cuestión: ¿En qué medida puede hablarse de participación en el fraude –*consilium fraudis*– cuando el tercero beneficiado por el acto lesivo es un verdadero acreedor, por cuenta de una deuda vencida y exigible?

[5] El Tribunal Supremo no apreció el fraude en este caso, precisamente por considerar probada la validez y eficacia del contrato anterior, del que nace la obligación del deudor codemandado de garantizar el préstamo de sus hermanos como fiador solidario de la sociedad. Conforme a la prueba practicada, el fallo de la sentencia es correcto y adecuado al caso. El Tribunal Supremo corrige la doctrina de la sentencia de la Audiencia. Como explicaré a continuación, en los casos de pagos y de constitución de garantías realizados en situación de insolvencia o próxima a la insolvencia, normalmente es contradictorio afirmar al mismo tiempo la validez de la obligación vencida y exigible, y la existencia de fraude en el cumplimiento de la misma.

Ahora bien, la constitución de hipoteca en el caso que contemplamos provoca la cuestión de los límites al principio conforme al cual el acreedor por cuenta de deuda vencida y exigible, que cobra o exige conforme a la garantía comprometida, queda amparado por su derecho. Las circunstancias concretas que rodean la constitución de la hipoteca en el caso que estamos considerando, dan pie para hacer una aproximación a la buena fe exigible al acreedor.

IV. EL ACREEDOR QUE COBRA QUEDA AMPARADO POR SU DERECHO: ALCANCE DE ESTA PROTECCIÓN

[6] En los casos de impugnación por fraude que, como el que consideramos ahora, se caracterizan porque el conflicto de intereses se produce entre los propios acreedores del deudor acusado de fraude², encontramos en el Código civil una norma que discrimina entre aquellos acreedores que lo son por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles, de aquellos que no hubieran

² Las reglas de la impugnación por fraude de acreedores que se extraen de nuestro Ordenamiento pueden ordenarse en función de los sujetos que componen el conflicto de intereses (prescindiendo del deudor, siempre presente, que no representa un interés prioritario para resolver el conflicto). Se distingue, así, entre los siguientes supuestos de hecho:

a) *Conflictos entre un acreedor y un tercero que participa en el acto fraudulento.* En estos casos, son preceptos aplicables para resolver sobre el fraude, además de los generales (arts. 1291.3.º, 1294, 1298 y 1299 CC), los artículos 1297 y –tratándose de donaciones– 643 CC.

b) *Conflictos entre acreedores.* Si el conflicto tiene lugar entre los propios acreedores del deudor insolvente, es de aplicación el artículo 1292 CC. A mi juicio, en este artículo se encuentran los criterios aplicables, no sólo a los pagos hechos en estado de insolvencia, sino también a la constitución de garantías porque, en todo caso, se trata de resolver los conflictos entre los propios acreedores del deudor insolvente. Esta equiparación no es ajena a nuestra tradición jurídica: El artículo 40.4.º de la primera Ley hipotecaria española (1861) declaraba impugnables por fraude de acreedores *las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraídas sin esta garantía y no vencidas, siempre que no se agraven por ella las condiciones de la obligación principal.* Al comentar la norma, GÓMEZ DE LA SERNA (*La Ley hipotecaria, comentada y concordada...*, 1862, Madrid) explicaba que su origen se remonta a los principios propios del Derecho romano relativos al pago. También en el Derecho comparado encontramos modelos en este sentido: por ejemplo, en el artículo 3:46.1.2.º del Código civil holandés, se presumen fraudulentos los pagos de obligaciones no vencidas o no exigibles, así como la constitución de garantías a favor de estas mismas obligaciones.

c) *Conflictos entre un acreedor y un tercero que no participa en el acto fraudulento, pero sale beneficiado por él.* Es de aplicación el artículo 6.2 CC si se trata de actos de renuncia a derechos (por ejemplo, la renuncia que extingue el usufructo –artículo 513.4.º CC–, con el consiguiente beneficio para el nudo propietario).

podido compeler al deudor al pago al tiempo de hacerlo. La norma está contenida en el artículo 1292 CC, que dispone lo siguiente: «*Son también rescindibles los pagos* (es decir, además de los contratos celebrados en fraude de acreedores, art. 1291.3.º CC) *hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*».

Esta norma permite deslindar dos tipos de supuestos. Conforme a ella, son fraudulentos y rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones no vencidas o no exigibles³, mientras que —a contrario— si la deuda está vencida y es exigible, el acreedor cobra legítimamente y queda amparado por su derecho, por lo que estos pagos no son objeto de la rescisión ordinaria (es decir, no son rescindibles fuera de los procedimientos de insolvencia declarada)⁴. En esta interpretación de la norma late el principio de protección al acreedor diligente, lo que es conforme con la mente del Legislador, si nos remontamos a su origen:

García Goyena, al comentar el precedente del actual artículo 1292 CC (artículo 1180 del Proyecto de Código civil de 1851), se expresa con gran claridad al respecto: «*De nuestro artículo se deduce necesariamente que el pago de deudas exigibles es válido, aunque se haga en estado de insolvencia y no lo ignore el acreedor, porque jus civile vigilantibus scriptum est, —(...), hace aquí una remisión al Digesto— y en los pagos para nada se tiene en cuenta que el acreedor ignore o sepa el estado de insolvencia, pues no recibe sino lo suyo*»⁵. No parece admisible tratar mejor al acreedor que desconoce la situación de su deudor que al que la conoce.

[7] Como consecuencia es posible afirmar que, conforme al Derecho español, el acreedor que cobra queda amparado por su derecho y el pago no es objeto de rescisión ordinaria por fraude siempre que se trate del cumplimiento de una obligación vencida y exigible⁶. Pero es sabido que el Derecho

³ La doctrina se muestra partidaria de afirmar que se trata de supuestos objetivos de fraude, cuya impugnación no requiere la prueba del elemento subjetivo o *consilium fraudis*. En este sentido, y en contra de lo que dijera SCAEVOLA (*Código civil*, XX, 1904, pp. 919-920), se pronuncian actualmente nuestros autores: Por ejemplo, Díez-PICAZO (*El pago anticipado*, Revista de Derecho Mercantil, 1959, en Estudios de Derecho Privado/1980, p. 206); o MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 528).

⁴ Es interesante advertir, que por ejemplo, en Italia, donde el tratamiento del fraude de acreedores se enraíza, como el nuestro, en el Derecho romano, se declara expresamente que el cumplimiento de obligaciones vencidas no está sujeto a la revocatoria ordinaria o acción pauliana (art. 2901.III del *Codice civile*).

⁵ GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, 1852, Zaragoza, 1974, I, p. 627.

⁶ Para paliar esta aparente falta de medios del acreedor no favorecido por el deudor, el Ordenamiento ha dispuesto una serie de medidas que desembocan en los procedimientos concursales, es decir, en el ámbito propio de la *par condicio creditorum*, cuando este principio alcance a aplicarse (créditos ordinarios sin ningún tipo de privilegio o preferencia), y —en todo caso— el ámbito en el que se va a respetar mejor el valor contratado de cada crédito. Estas medidas son las siguientes: 1.º De un lado, se ha impuesto al insolvente la obligación de presentarse en estado de concurso o quiebra (arts. 1913 CC y 889.2.º CCo; también en el Proyecto de Ley Concursal (121/000101, BOCG, VII Legislatura, serie A, de 23 de julio de 2002), se mantiene el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso cuando conoz-

no protege la mala fe y que, por consiguiente, a este acreedor le es exigible ser de buena fe; una buena fe que requiere una cuidadosa definición.

V. APROXIMACIÓN A LA BUENA FE EXIGIBLE AL ACREEDOR

[8] La buena fe exigible al acreedor ha de ser definida conforme a los principios generales que son de aplicación en los conflictos entre acreedores de un mismo deudor. A saber, que el acreedor que cobra o es favorecido con una garantía, en cumplimiento de una obligación vencida y exigible, queda amparado por su derecho, porque fuera de las situaciones de insolvencia declarada juega el principio de protección al acreedor diligente. El otro de los grandes principios aplicables a los conflictos entre acreedores, el principio de la *par condicio creditorum*, queda relegado al ámbito de los procedimientos de declaración de insolvencia, e incluso en este ámbito resulta algo controvertido⁷.

ca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; 2.º) Además, iniciados estos procedimientos, queda prohibido todo pacto o trato preferente del deudor a favor de uno o varios de los acreedores *con posposición del resto*, que será objeto de sanción penal (art. 259 CP); 3.º) Es cierto que los acreedores perjudicados fuera del concurso pueden impugnar los pagos anticipados (art. 1292 CC), pero el acreedor que cobró puede entonces invocar el vencimiento anticipado de su crédito (art. 1129.1.º CC) y solicitar el concurso o la quiebra. Con todo, el buen funcionamiento del sistema queda, en parte, al arbitrio del deudor. Si éste no colabora, si no cumple con la obligación que tiene —en principio— de presentarse en concurso o quiebra, entonces el acreedor que desconoce esa situación de insolvencia, puede ver lesionado su crédito por el pago que su deudor haga de alguna de sus deudas pendientes.

⁷ El principio de la *par condicio creditorum* queda relegado al ámbito de la insolvencia declarada. Es significativo que, por ejemplo, se proteja al acreedor diligente en los procedimientos de liquidación de la herencia aceptada a beneficio de inventario, tratándose de acreedores comunes; mientras que se adoptan cautelas si se trata de créditos preferentes (art. 1028 CC). El ámbito propio del principio de la *par condicio creditorum* es el de los procedimientos de concurso, quiebra y suspensión de pagos, y siempre que se trate de acreedores comunes, no privilegiados ni preferentes (art. 1929.2.º CC, y arts. 916 y 899.II CCo). Véase, por ejemplo, GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, II, 1983, p. 445); o SOTILLO (*El principio pauliano en la retroacción*, Revista General de Derecho, 1964, pp. 551-557 y 734-740). Sin embargo, incluso en el ámbito de los procedimientos de insolvencia declarada se ha tratado de subrayar que el principio de la *par condicio creditorum* no se impone tan eficazmente como parece (véase BERMEJO GUTIÉRREZ: *Créditos y quiebra*, Civitas, 2002): Se argumenta, en este sentido, que en tales circunstancias, cada crédito tiene un valor relativo distinto, determinado en función de los valores previamente contratados, de modo que no todos los créditos padecen la misma devaluación en las situaciones de escasez. La autora explica de modo convincente que el grado de seguridad de los créditos está en función del diseño contractual que llevan a cabo las partes haciendo uso de los instrumentos que, a tal fin, les brinda, por un lado, el mercado y, por otro, el derecho privado, en su calidad de instrumento facilitador de los procesos de intercambio (p. 26). Por ejemplo, un crédito puede contratarse con alta rentabilidad pero altos riesgos, pactando unos intereses elevados, o bien puede contratarse con bajos riesgos pero baja rentabilidad, pactando una garantía hipotecaria (véase pp. 51, 111-113). El acreedor, al tiempo de contratar, pacta el valor del crédito en función de su interés, por lo que —a juicio de la autora— el concurso ya no puede fundarse en apriorismos tales como la comunidad de pérdidas y el tratamiento paritario de los acreedores. Éstos son criterios que contemplan la insolvencia como un riesgo imprevisible para tales sujetos, como una catástrofe, que les incapacita para asegurar sus créditos. (...) Sin embargo, lo cierto es que los acreedores no sólo pueden anticipar el riesgo de insolvencia de sus deudores, sino que también pueden realizar un cálculo que maximice sus expectativas de satisfacción y plasmarlo en el contrato (p. 28). El concurso entonces deberá limitarse a reconocer el valor relativo de cada uno de ellos (de los créditos) en función del volumen de

En situaciones normales, el hecho de que un acreedor acepte o exija la constitución de una hipoteca en cumplimiento de una obligación previamente contraída por su deudor, vencida y exigible, no supone un ilícito ni será rescindible, por más que el acreedor tenga información o conozca la situación de insolvencia en que queda su deudor al constituir la hipoteca, o la lesión que se causa con ello a otros acreedores. Es legítimo que, fuera de los procedimientos de insolvencia, el acreedor mire por su interés individual y no se le puede exigir, conforme a la buena fe, que se abstenga de cobrar y que vele por el bien de otros acreedores. Partiendo de este punto, la cuestión es la siguiente: ¿Qué deberes le impone la buena fe al acreedor?

[9] Claramente, la buena fe impone al acreedor el deber de abstenerse de participar en un delito de alzamiento de bienes (art. 257.1.1.º CP), deber que se pone especialmente de manifiesto cuando el acreedor dispone de otros medios para satisfacer su crédito. Para construir esta hipótesis, nos ofrece una buena muestra el caso que dio lugar a la sentencia que comentamos. Si atendiéramos estrictamente a los hechos que se consideran probados llegaríamos tal vez a la solución que se dio en casación, pero nos permitiríamos aquí jugar con alguno de sus elementos, a fin de aproximarnos a la buena fe que le es exigible al acreedor, y –así– determinar los límites a la protección al acreedor diligente que cobra la deuda vencida y exigible. En este sentido, prestaremos especial atención a las intenciones que movieron al deudor y a los acreedores hipotecarios al tiempo de constituir la hipoteca.

Como veíamos, si quedó probada la existencia del préstamo y la validez de la obligación pactada del fiador solidario, es claro que no hay nulidad de la hipoteca por inexistencia de la obligación asegurada, y que tampoco puede rescindirse la hipoteca por fraude de acreedores porque el acreedor favorecido queda amparado por su derecho. Sólo atendiendo a otras concretas circunstancias que acompañan a esta constitución de hipoteca podemos dar con la ilicitud que permita declarar sin efectos la hipoteca.

«En el momento de constituirse la hipoteca ya se habían dictado diferentes sentencias condenatorias e iniciado procesos ejecutivos y reclamación de créditos contra D. Ignacio M. por otros acreedores y finalmente éste fue declarado (...) en estado de concurso de acreedores» (Del Fundamento de Derecho tercero de la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos; la fecha de declaración del concurso es posterior a la constitución de la hipoteca).

[10] La conducta del deudor que favorece a unos acreedores para perjudicar a otros, puede ser sancionada en el ámbito penal, en algún caso, pero siempre y cuando se pruebe la intención dolosa del deudor de lograr el estado

riesgo asumido (p. 490). (...). Desde esta óptica, el objetivo del concurso será maximizar el valor agregado de los mismos (p. 494). A la vista de estas nuevas perspectivas, podemos preguntarnos cuál es el camino seguido por el Proyecto de Ley Concursal (121/000101, BOCG, VII Legislatura, serie A, de 23 de julio de 2002): En la Exposición de Motivos, se lee que, entre los defectos de la vigente legislación, se encuentra el del predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente.

de insolvencia para causar el consiguiente perjuicio económico a alguno de sus acreedores⁸. Como en su anterior redacción⁹, también el Código Penal vigente sanciona el delito de alzamiento de bienes (art. 257.1.1.º CP)¹⁰. La doctrina y la jurisprudencia han encontrado reparos en incluir, como una modalidad de este delito, a la conducta de favorecimiento de acreedores¹¹. Este inconveniente cabe referirlo claramente a los pagos congruentes de deudas vencidas y exigibles, pues en tales casos no puede hablarse de ocultación de bienes, que es uno de los elementos constitutivos del tipo delictivo, y por tanto la conducta es atípica.

Pero el supuesto de constitución de hipoteca es –a estos efectos– en cierto modo distinto, ya que la doctrina considera que es uno de los modos más frecuentes de ocultación de bienes a través de medios jurídicos¹². Si, junto a

⁸ Por ejemplo, en el caso que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1963 se dictó sentencia condenatoria por delito de alzamiento de bienes en la modalidad de favorecimiento de acreedores.

⁹ En el anterior Código penal, artículo 519.

¹⁰ VIVES ANTÓN, GONZÁLEZ CUSSAC (VV.AA.; *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 486) explican el tipo básico del delito de alzamiento de bienes, conforme a los elementos que viene exigiendo la jurisprudencia. Deben concurrir los siguientes: «a) existencia de una deuda anterior; b) actividad del deudor consistente en cualquier forma de ocultación de sus bienes; c) situación de insolvencia total o parcial como consecuencia de la ocultación; y, d) intención de perjudicar a los acreedores». BAJO FERNÁNDEZ, SUÁREZ GONZÁLEZ (*Manual de Derecho Penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, 1993), al distinguirlo de la estafa, explican que en el delito de alzamiento de bienes se presupone la existencia de una obligación válidamente constituida que es burlada por una posterior actividad fraudulenta del deudor, mientras que en la estafa prima el elemento del engaño que mueve a la víctima a realizar un acto de disposición patrimonial (p. 218). *El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes* –explican– lo constituye el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos. Este derecho es la contrapartida a la responsabilidad establecida en el artículo 1.911 del Código civil (...). (...) derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor por las obligaciones incumplidas. (...) Se protege así el derecho de crédito, si bien en su vertiente de derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor (p. 220). Y añaden más adelante: «El resultado de la acción de insolventarse no consiste en un perjuicio efectivo y material en el patrimonio de los acreedores, sino en la lesión del derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor como consecuencia de la situación de insolvencia en la que éste se situó fraudulentamente» (p. 228). Como se ve, el supuesto de hecho del caso origen del pleito que dio lugar a la sentencia que comentamos, se adapta a la descripción del tipo delictivo del alzamiento de bienes, pues reúne los elementos que deben concurrir conforme a la jurisprudencia y la doctrina. Con fecha reciente (14 febrero 2003), el *Diario de las Audiencias* da ocasión de confirmar la aplicación de la jurisprudencia antes indicada, a través de una sentencia de la Audiencia Provincial de Orense (Sala de lo Penal, de 31 de octubre de 2002), que vuelve a describir como elementos del delito de alzamiento de bienes los antes indicados.

¹¹ El supuesto de hecho suele ordenarse, en relación con el delito de alzamiento de bienes, dentro de la antijuricidad, ya que la conducta del deudor que paga a uno de sus acreedores queda amparada por su derecho, aunque lo haga consciente del perjuicio que causa a los restantes acreedores. Por ejemplo, VIVES ANTÓN, GONZÁLEZ CUSSAC (VV.AA.; *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 492) explican que el favorecimiento de acreedores es una conducta atípica, porque ni oculta los bienes, ni puede decirse que se haya quedado con los mismos, ni siquiera que haya producido o aumentado su insolvencia». Ante esto cabe formular una objeción: No puede admitirse la afirmación como aplicable a todos los supuestos; será correcta como regla general, o será aplicable a los pagos, pero –como veremos a continuación– en algunos casos la constitución de hipoteca es considerada por la doctrina como ocultación, y –rodeada de determinadas circunstancias– puede dar lugar al supuesto de hecho delictivo, que no hay que descartar.

¹² Por ejemplo, GONZÁLEZ RUS (*Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, I, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, 1996, p. 730), al describir la conducta típica del artículo 257.1.1.º CP, explica que *lo característico del alzamiento es (...), la causa-*

la ocultación de bienes, concurren los otros elementos del tipo descritos¹³ (existencia de una deuda anterior, insolvencia del deudor como consecuencia del acto de ocultación, e intención dolosa del deudor de dañar a sus acreedores o a algún acreedor), entonces estamos ante la conducta típica del delito de alzamiento de bienes. A mi juicio, en algunas situaciones de favorecimiento de acreedores puede negarse que exista causa de justificación: La conducta puede ser sancionada en algún caso, pues de hecho encontramos un pequeño margen de flexibilidad –tanto en la doctrina como en la jurisprudencia– que se abre a esta posibilidad¹⁴.

ción de la insolvencia o la agravación de la misma mediante la ocultación de los bienes, impidiendo con ello que los acreedores puedan realizar sus créditos en el patrimonio del deudor. Cualquier medio que procura ese resultado es válido. Tanto los procedimientos de ocultación física (...) como los jurídicos (enajenaciones ficticias, trasposos de créditos, constitución de hipotecas sobre los mismos, donaciones (...), etc., que acaben en la insolvencia del sujeto pueden ser incluidos dentro del tipo del artículo 257.1.1.º. También cabe citar, en este sentido, a BAJO FERNÁNDEZ, SUÁREZ GONZÁLEZ (Manual de Derecho Penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos, Ceura, 1993), que describen la conducta de alzarse como sustracción de los propios bienes a la acción de los acreedores, de modo que se hacen ineficaces los medios de ejercitar su derecho a la satisfacción. La S. 13 marzo 1882 ya precisó –indican– que «debe estimarse que se alza con sus bienes, conforme al sentido de esta palabra, no sólo el que se fuga con ellos, sino el que los oculta, enajena o sustrae fraudulentamente para hacer ineficaz la acción de sus acreedores» (p. 223). Y, lo que es más interesante: Estos autores describen el tipo, siguiendo a Quintano, como de estructura abierta, por lo que pueden incluirse toda clase de comportamientos. (...). Las modalidades más frecuentes son las de creación de hipotecas, trasposos, donaciones o enajenaciones reales o ficticias, onerosas o gratuitas, que imposibilitan la realización del crédito. (...) (p. 226).

¹³ Véase, ampliamente, en notas anteriores.

¹⁴ Por ejemplo, MUÑOZ CONDE (*Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 446) indica (citando la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1989), que la conducta de favorecimiento de acreedores constituye causa de justificación del delito de alzamiento de bienes, siempre que se trate del pago congruente de una obligación exigible y no exista ya un procedimiento en el que se haya asignado una prelación a los créditos, en cuyo caso será aplicable el artículo 259. En relación con esta cuestión de la antijuricidad, BAJO FERNÁNDEZ, SUÁREZ GONZÁLEZ (*Manual de Derecho Penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, 1993, p. 229), indican que es un tema discutido: «En orden a la ausencia de antijuricidad, la doctrina discute sobre el supuesto del insolvente que, obligado ante varios acreedores, solventa sus deudas con alguno de ellos perjudicando al resto. Esta conducta, denominada favorecimiento de acreedores, ha de considerarse atípica en la medida en que se realice sin ánimo de perjudicar a los acreedores postpuestos. (...). Pero aún cuando concurra el ánimo de perjudicar a los acreedores, la conducta resulta justificada sólo cuando el deudor no esté constreñido a satisfacer el crédito postpuesto en el pago con anterioridad al resto. Si existe tal constreñimiento, bien por una prelación de créditos legalmente establecida en un procedimiento (...) o bien porque las deudas solventadas no eran exigibles en tiempo y forma, no cabe causa de justificación alguna. En el primer caso, porque el deudor tiene el deber de pagar conforme a un orden de prelación que no respeta. En el segundo, porque solventa deudas a las que aún no está obligado, conducta que en la medida en que se realiza en perjuicio del resto de los acreedores asume un tal grado de intolerabilidad que (...). A la vista de lo expuesto, ¿no es cierto que en el caso que estamos considerando admite una reflexión en torno a la conducta del fiador a estos efectos? Hemos de tener en cuenta que el fiador no era el obligado principal, pese a lo cual favoreció antes la deuda ajena que las originariamente propias. ¿Era tan insolvente la sociedad deudora, que no les quedó más alternativa a los acreedores que dirigir la acción contra su hermano, el fiador, que tenía una situación económica tan difícil; o más bien eran todos ellos conscientes de que de este modo le hacían un favor, al ocultar del alcance de sus múltiples acreedores un bien fácilmente embargable?»

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 junio 1993 (RJ 1993/5086) apreció el delito de alzamiento de bienes en un supuesto en el que el deudor hace cesión de todos sus bienes

[11] La dificultad que encuentran quienes buscan sanción para esta conducta radica en probar la intención dolosa del deudor, pues no es constitutivo de delito el simple hecho de escoger caprichosa o arbitrariamente a un acreedor para garantizar o satisfacer su crédito, aunque se derive de ello un perjuicio para los restantes acreedores¹⁵, sino que debe probarse la intención de causar el daño que movió al deudor a actuar. En tales circunstancias, será igualmente difícil probar la participación del acreedor en el acto delictivo, o su cooperación en el mismo¹⁶. Pero si logra probarse que el acreedor participó voluntariamente de la intención dolosa del deudor, de manera que activamente quiso cooperar a poner los medios jurídicos para lograr la ocultación de bienes del alcance de otros acreedores, qué duda cabe de que el acto jurídico lesivo puede ser impugnado y declarado nulo. La conducta reprochable del acreedor no queda amparada por su derecho, porque implica mala fe, supone actuar más allá de lo que le permite su derecho, pues ha traspasado los límites de lo que le es exigible conforme a la buena fe.

La difícil prueba de las intenciones puede reforzarse mediante indicios. En el caso origen del pleito, el deudor es hermano de los acreedores favorecidos, por lo que es presumible que éstos conocieran los procesos ejecutivos y las reclamaciones de créditos iniciados frente a él y su situación de insolvencia; es, además, fiador –aunque solidario– en relación con éstos. Sin embargo, y pese a que pudieron dirigirse frente a la deudora principal –la sociedad– para exigir la restitución del préstamo, los hermanos se dirigen frente a él, que atraviesa una situación económica tan difícil, y le exigen la constitución de la hipoteca. Es obvio que no se trata de pruebas concluyentes, esto es, que en el concreto caso origen del pleito no se han constatado pruebas de la conducta delictiva, entre otras cosas porque no era su objetivo, pues es un procedimiento civil y no penal. Pero a mi juicio, ese conjunto de circunstancias provoca una reflexión favorable a admitir la posibilidad de que en determinados supuestos la conducta de favorecimiento de acreedores resulte sancionable.

en pago a unos acreedores que no representaban más que la mitad del pasivo, *con el ánimo de perjudicar a los demás*, aprovechando el momento en que se levanta el procedimiento de suspensión de pagos a instancia de la parte deudora. El Tribunal Supremo declaraba en esta sentencia que *ha concurrido el elemento intencional del delito sin que pueda servir de razones exculpatorias ni las relativas al llamado favorecimiento de acreedores (...) ni que mientras no exista una orden de prelación el deudor puede satisfacer sus deudas a quien tenga por conveniente, porque dadas las circunstancias específicas (...) es claro, que el acto dispositivo (...) ha de reputarse como constitutivo de un alzamiento punible (...)*.

¹⁵ Por ejemplo, en los supuestos que dieron lugar a las sentencias de 8 de mayo de 1944, 25 de junio de 1963, 5 de abril de 1966, 7 de marzo de 1967, 12 de junio de 1969, 21 de enero de 1976, 30 de diciembre de 1978, 11 de octubre de 1991, 2 de diciembre de 1991, entre otras. Véase, además, en notas anteriores, cómo la doctrina se pronuncia también en este sentido.

¹⁶ El delito se califica por la doctrina como *delito especial en el que sólo puede ser autor en sentido estricto el deudor (...)*. *La participación se rige por las reglas generales. El no deudor (...) puede responder por cooperación necesaria o complicidad* (MUÑOZ CONDE; *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 446). En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, SUÁREZ GONZÁLEZ (*Manual de Derecho Penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, 1993, pp. 221-222, y 232), que explican además que *por deudor hay que entender no sólo el directamente obligado a la prestación, sino también los obligados subsidiariamente. Así, pueden ser sujetos activos los avalistas (...), el fiador (...) y el responsable civil subsidiario del delito. Es indiferente que el sujeto activo sea o no comerciante, lo cual sólo interesa a efectos de agravación de la sanción.*

VI. VÍAS DE IMPUGNACIÓN EN CONFLICTOS ENTRE ACREEDORES POR CUENTA DE OBLIGACIONES VENCIDAS Y EXIGIBLES

[12] Según lo visto hasta ahora, el principio de protección al acreedor diligente se aplica con fuerza en nuestro Ordenamiento y apenas encuentra límites tratándose de una deuda vencida y exigible que se hace valer fuera del concurso. El acreedor que cobra la deuda vencida y exigible queda amparado por su derecho siempre que sea de buena fe. La buena fe sólo le exige al acreedor fuera del concurso que no sea partícipe en un delito punible de alzamiento de bienes (como hemos visto, la conducta de favorecimiento de acreedores normalmente no es sancionable, por considerar la doctrina y la jurisprudencia que existe causa de justificación, por lo que en la práctica son reducidísimos los límites que conforme a la buena fe pueden imponérsele al acreedor en el ejercicio de su derecho).

Para finalizar esta aproximación a la buena fe exigible al acreedor, veamos las vías de impugnación de los actos jurídicos lesivos realizados por el deudor, cuando entran en conflicto los intereses de los acreedores. La primera de estas vías está relacionada con el delito de alzamiento de bienes. La segunda vía se hace posible una vez declarado el concurso, a través de la conocida retroacción de la quiebra, o, quizás próximamente –según veremos a continuación–, a través de las nuevas acciones de reintegración.

1. *La nulidad por ilicitud de la causa*

[13] Nos situamos ya en el plano de la hipótesis. Si los demandantes hubieran logrado probar la mala fe de los codemandados; (esto es, que colaboraron con su hermano en un delito de alzamiento de bienes, valiéndose de la constitución de hipoteca como medio para lograr el fin dañoso, siendo conscientes del daño que provocaban a los restantes acreedores, y queriéndolo activamente, porque, pudiendo evitarlo y lograr –a la vez– la satisfacción de su crédito –reclamando el cobro directamente a la sociedad, por ejemplo–, no lo hicieron, sino que optaron por una medida que aún dificultaba más la dura situación económica en que se encontraba su hermano, y en unas circunstancias tales que no concurriera causa de justificación del delito); sí, como digo, los demandantes lograran probarlo, y sólo entonces, podrían impugnar eficazmente la constitución de la hipoteca¹⁷. En ese caso, la hipoteca sería nula, no por inexistencia –como se solicitó en la demanda– sino por ilicitud de la causa de constitución de la misma (art. 1275 CC). El hecho de que la hipoteca hubiese constituido el medio para la comisión del delito de

¹⁷ Por el contrario, si no logran probar la intención dolosa que movió a los codemandados a constituir la hipoteca, no sería justo que se impugnara con éxito alegando el simple hecho de que podían haberse dirigido frente al deudor principal para exigir el cobro, por una sencilla razón: Si la sociedad deudora fuera insolvente, está claro que la buena fe no les exige esa conducta; y si la sociedad deudora fuera solvente, el daño no sería tan patente, porque lo mismo pueden hacer los propios acreedores demandantes (primero, pagando ellos la deuda a los acreedores hipotecarios, liberando así el bien de la hipoteca para cobrar sus antiguos créditos, y, subrogándose entonces en su lugar para exigir de la sociedad el cobro de la deuda satisfecha).

favorecimiento de acreedores impediría el reconocimiento de ésta conforme a Derecho, porque la causa de constitución de la misma, al nacer teñida de ilicitud, deslegitimaría toda pretensión de validez.

2. *La retroacción de la quiebra y/o las acciones de reintegración*

[14] Como ya señalamos al comienzo, el deudor fue declarado en concurso de acreedores con posterioridad a la presentación de la demanda origen del pleito. Si estuviéramos ante un deudor comerciante, y lo que se hubiera declarado fuera la quiebra, aún quedaría la posibilidad de que se decretase la retroacción de los efectos de la misma a un momento anterior a la constitución de la hipoteca, y que los acreedores perjudicados se viesen liberados del perjuicio causado por la misma (art. 878.II CCo). Como es sabido, este sistema de retroacción judicial absoluta ha sido fuertemente criticado. Más interesante resulta, a estos efectos, asomarnos al último Proyecto de Ley Concursal (121/000101, BOCG, VII Legislatura, serie A, 23 de julio 2002): Conforme al nuevo régimen concursal proyectado, la hipoteca es rescindible, sea el deudor comerciante o no, si llega a declararse el concurso dentro de los dos años siguientes a su constitución y si se prueba que supuso un perjuicio, por considerarse entonces objetivamente fraudulenta, siendo irrelevante la intención que movió a constituirla¹⁸. (En el caso origen del pleito habían transcurrido más de dos años entre la constitución de la hipoteca y la declaración del concurso, por lo que no sería rescindible).

¹⁸ El citado *Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002*, que unifica el régimen jurídico del concurso y de la quiebra, sustituye lo que denomina *el perturbador sistema de retroacción del concurso por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la Ley presume y en los demás habrá de probarse* (de la Exposición de Motivos del Proyecto). Entre los actos en que se presume el perjuicio patrimonial, *sin admitir prueba en contrario*, el artículo 70.2 del Proyecto cita los siguientes: «3.º *Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*». Estos actos se declaran *rescindibles* si se realizaron *por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración* (del concurso), *aunque no hubiere existido intención fraudulenta* (art. 70.1 del Proyecto). La norma que acabamos de citar (art. 70.2.3.º del Proyecto) admite, a mi juicio, diversas interpretaciones (especialmente a la luz del supuesto 4.º del art. 70.2, que cita como rescindibles *los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso*). De aprobarse la norma con esta redacción, creemos que puede plantear problemas en la aplicación práctica. Sin embargo, todavía no es tiempo, ni es éste el lugar, para comentarla.