

ficación del acto. 2. *Las sanciones.* 2.1. La reintegración del bien. 2.2. La inhabilitación. 2.3. La pérdida del crédito.

ARTÍCULO 151. Prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa

1. *Los administradores concursales no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso.*

2. *Los que infringieren la prohibición de adquirir quedarán inhabilitados para el ejercicio de su cargo, reintegrarán a la masa, sin contraprestación alguna, el bien o derecho que hubieren adquirido y el acreedor administrador concursal perderá el crédito de que fuera titular.*

3. *Del contenido del auto por el que se acuerde la inhabilitación a que se refiere el apartado anterior se dará conocimiento al registro público previsto en el artículo 198 (*).*

COMENTARIO

SUMARIO: I. LA PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR BIENES Y DERECHOS DE LA MASA ACTIVA: 1. *El fundamento de la prohibición.* 2. *El significado de la prohibición.* 3. *La naturaleza de la prohibición.* 4. *El ámbito de aplicación de la prohibición.* 4.1. El ámbito subjetivo. 4.2. El ámbito objetivo. 4.3 *La adquisición por persona interpuesta.*—II. LAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN: 1. *La ineficacia del acto de adquisición.* 1.1. *La naturaleza de la ineficacia.* 1.2. *El régimen jurídico de la ineficacia.* 1.2.1. *La acción de impugnación.* 1.2.2. *La nat-*

(*) En el Derecho derogado, los síndicos —y el depositario— estaban sometidos a la prohibición de comprar para sí bienes que formasen parte de la masa activa (arts. 1089 CCom. de 1829 y 1359 LEC de 1881). Se prohibía la adquisición realizada por cualquier medio, personalmente o a través de terceros, y de cualquiera de los bienes y derechos de la masa activa. La correspondiente acción impugnatoria debía sustanciarse en ramo separado, por el trámite de los incidentes, y su éxito determinaba la obligación del síndico infractor de reintegrar el bien así como la pérdida del precio satisfecho. La Ley de Suspensión de Pagos no contenía norma alguna sobre el particular, porque los interventores carecía de facultades de disposición sobre los bienes de la masa.

En los textos prelegislativos no se recogió una norma sobre el tema hasta el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, quizá porque se consideraba suficiente la previsión general (art. 1459 CC). En realidad, ese texto tampoco dedicaba un artículo a la prohibición; pero consideraba causa de inhabilitación la adquisición por sí o por persona interpuesta de bienes o derechos del concurso

(art. 46.3). El precedente de este artículo lo constituye, pues, la Propuesta de Anteproyecto de 1997 que prohibía a los síndicos y a los interventores la adquisición, personalmente o por tercero interpuesto, de los bienes y derechos de la masa activa (art. 38.1). Las consecuencias del incumplimiento de la prohibición eran la inhabilitación para el ejercicio posterior de la actividad administrativa concursal, la obligación de reintegración del objeto del negocio ineficaz, la pérdida de lo que hubiese entregado a cambio y, si el incumplidor era un acreedor, la pérdida del crédito de que fuese titular (art. 38.2).

La prohibición de autocontratación de los administradores concursales pasó de manera casi inalterada al Anteproyecto de Ley Concursal de 2000, al de 2001 y al Proyecto de Ley de 2002. En la tramitación parlamentaria, el único cambio significativo —que se produjo en el Informe de la Ponencia del Congreso— consistió en la inclusión del tercer apartado, y era innecesaria por reiterativa, en cuanto que los actos inscribibles en el registro público de resoluciones concursales se enumeran en el precepto que crea dicho registro (art. 198

I. La prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa

1. El fundamento de la prohibición

El precepto contiene una clásica prohibición de autocontratación. Tal y como sucede en otros supuestos legales en los que una persona puede realizar actos de disposición en nombre de otra (arts. 267 CCom., 267 y 1459-1.º, 2.º y 5.º CC), se prohíbe a los miembros de la administración concursal adquirir bienes o derechos integrados en la masa activa del concurso. Además, la Ley Concursal establece que la adquisición realizada en contravención de la prohibición es ineficaz e impone al infractor sanciones adicionales. El *fundamento* de la prohibición es evidente: siempre que un sujeto gestiona los asuntos de otro existe una comprensible reticencia legal a aceptar la implicación de los intereses personales del gestor. La prohibición trata, pues, de evitar un doble riesgo para los intereses administrados, derivado de la existencia —real o posible— de un *conflicto de intereses* entre administrador y administrado: el riesgo de que el administrador contrate en condiciones más beneficiosas de las que obtendría en el mercado y el riesgo de impulsarle a una enajenación contraria a los intereses del administrado.

En el concurso de acreedores esos riesgos se acentúan. La pluralidad de partes interesadas, que, en ocasiones, tienen además intereses enfrentados, y la inserción de la actividad de administración en un procedimiento judicial hacen que la actuación del administrador trascienda el mero interés privado, acentuando la necesidad de una *apariencia* de legalidad. En consecuencia, la prohibición se concibe, además, como un instrumento para permitir el correcto desarrollo de la función concursal por parte de uno de los órganos del procedimiento y, lo que es más importante, debe ser interpretada de forma armónica con el resto de normas que regulan la competencia de la administración concursal.

2. El significado de la prohibición

La administración concursal posee legalmente facultades de actuación de naturaleza administrativa, de modo que puede vincular el patrimonio afecto al concurso, en caso de sustitución, o conceder eficacia a los actos del concursado sometido a intervención (art. 40). Ahora bien, como es lógico, el ejercicio de esas facultades encuentra una limitación en la propia finalidad del concurso. La administración concursal vincula a la masa cuando no contradiga el mandato imperativo al que se encuentran sometida. Si contraría ese mandato, la masa permanecerá insensible, porque habrá actuado sin *legitimación* o —si se prefiere— sin *poder* para ello (v. *supra*, comentario al art. 40).

De este modo, la prohibición de adquirir bienes y derechos que integren la masa activa del concurso no constituye sino una *manifestación legal* expresa de un acto

de la administración concursal contrario a los intereses del concurso y, por tanto, realizado sin legitimación —o sin poder—. Se trata, pues, de una simple *presunción de contrariedad al fin del concurso*, que se manifiesta expresamente: si, en condiciones normales, para que un acto de la administración concursal sea considerado ineficaz es necesario demostrar su contradicción con la finalidad del concurso, en este caso, por la propia naturaleza del acto —paradigma del conflicto de intereses—, se da por sentada su ilegitimidad. La consecuencia es clara: el régimen jurídico de la adquisición de bienes y derechos de la masa por los miembros de la administración concursal no ha de ser distinto al de cualquier otra actuación del órgano realizada sin legitimación o poder. La previsión expresa de sanciones no altera esa conclusión, porque dichas sanciones no inciden sobre la ineficacia del acto, sino sobre la esfera personal del infractor.

La ubicación del precepto es congruente con el significado de la prohibición. La prohibición de adquirir los bienes y derechos de la masa activa se encuentra situada al regular la *fase de liquidación* del patrimonio concursal. Sin embargo, los administradores concursales no podrán adquirir bienes y derechos de la masa en ningún momento del procedimiento, porque el conflicto de intereses existe a lo largo del concurso. Sucede tan sólo que la Ley no se preocupa de prohibir expresamente este tipo de adquisiciones para las fases común y de convenio, porque durante las mismas *no se pueden realizar actos de disposición sin autorización judicial* (respectivamente, arts. 43.2 y 132). Si fuese necesario enajenar un bien de la masa, podría ser adquirido por un administrador concursal siempre y cuando el juez lo autorizase (y sin perjuicio de que el juez valore no sólo las condiciones del negocio, sino también la oportunidad de proceder en ese momento a la enajenación, a fin de evitar *comportamientos estratégicos* de los administradores concursales). Por el contrario, en la fase de liquidación el precepto se hace necesario porque los administradores concursales tienen que proceder a la enajenación del activo y pueden —y deben— hacerlo sin necesidad de recabar autorización judicial; es decir, desaparece el control previo de los actos. Ciertamente, la autoadquisición podría contemplarse en el *plan de liquidación* (art. 148), pero el plan no tiene por qué descender a extremos tales como la identidad de los compradores. Por eso, también, al igual que en las fases anteriores del concurso, durante la liquidación el bien podrá ser adquirido igualmente por un administrador concursal, pero la adquisición exigirá la correspondiente autorización judicial. El permiso del juez podrá darse en el mencionado plan —si se desciende al detalle— o, de forma autónoma, tras la petición que de manera expresa le formulen los administradores haciendo uso de su facultad general de solicitar autorizaciones (art. 188), o dentro de alguna de las formas de enajenación de los bienes y, en especial, en aquellos casos en que la subasta del bien hubiera quedado desierta (v. *supra*, comentario al art. 149).

3. La naturaleza de la prohibición

La limitación contenida en el precepto constituye una *prohibición legal*. Se trata, en efecto, de una limitación *objetiva*, —no *subjetiva*—, que no afecta a la persona como tal, sino al ejercicio de derechos. No constituye, pues, una *incapacidad* de

obrar, que —como es sabido— hace referencia a aquella falta de aptitud de la *persona* para realizar determinados actos jurídicos y obtener, con ello, los efectos jurídicos previstos legalmente para tales actos, como una reacción del ordenamiento jurídico basada en determinadas circunstancias personales del incapaz, que persigue su protección y que, por tanto, no se limita a determinados bienes. Por el contrario, la *prohibición legal*, a la que este supuesto pertenece, se refiere a la relación entre una persona y un derecho o un bien. Al prohibir, el ordenamiento impide que el sujeto afectado por la prohibición realice actos que afecten a ese derecho o a ese bien. Se trata de una limitación que afecta a una persona concreta sólo en la medida en que ocupa una posición jurídica determinada. Se trata, en fin, de un instrumento jurídico utilizado para la protección de terceros que podrían verse perjudicados por el ejercicio del derecho —o de la facultad— que se prohíbe sobre el bien. En efecto, se prohíbe a los administradores concursales adquirir bienes o derechos de la masa para proteger a los participantes en el concurso (deudor y acreedores) y con independencia del sujeto que en cada momento ocupe el cargo. Ello implica que todos y cada uno de los miembros del órgano concursal *carecen de legitimación* para adquirir la propiedad de los bienes y de los derechos de la masa.

4. El ámbito de aplicación de la prohibición

4.1. EL ÁMBITO SUBJETIVO

La prohibición afecta a todos los miembros de la administración concursal, es decir, tanto a los administradores técnicos como al miembro acreedor, pues el conflicto de intereses se plantea en todos ellos y la norma no hace distinciones. Obviamente, si no pueden adquirir los integrantes del órgano colegiado, con mayor razón se extenderá la prohibición al supuesto de órgano unipersonal, en el que no existe un control interno por los demás administradores. Es suficiente con que el bien o el derecho lo adquiera uno cualquiera de los administradores concursales. La adquisición por más de uno de ellos no modificará las consecuencias para el acto, con independencia del régimen jurídico que rijan la relación entre los adquirentes. Es indiferente que el negocio jurídico dispositivo se concluya por la administración concursal (en caso de sustitución), por uno de sus miembros con poder de disposición (por ejemplo, en uno de los supuestos de los arts. 34.2 y 43.3), o a través de un negocio concluido con el concursado intervenido. Por lo tanto, la prohibición será plenamente aplicable al negocio jurídico traslativo celebrado entre el concursado que conserve el poder de administrar y disponer y cualquiera de los administradores encargados de intervenir ese negocio en interés de la masa.

La prohibición de adquisición de bienes y derechos de la masa se extiende a todos aquellos que, en el ámbito de la administración del concurso, presenten una posición jurídica de la que se derive un conflicto de intereses similar al que se pretende evitar con esta norma. En consecuencia, los *auxiliares delegados* quedarán afectados por la prohibición siempre que la operación traslativa del bien o derecho se produzca en el marco de las funciones delegadas. En este caso —no puede olvidarse— el delegado actúa en la misma posición jurídica que los administradores

delegantes y, por lo tanto, le resultan aplicables los mismos límites (v. *supra*, comentario al art. 32). Si ahora se establece una presunción de contrariedad al fin concursal y los colaboradores delegados están sometidos a la misma finalidad, es lógico que queden plenamente subsumidos en la prohibición. Así, por ejemplo, el auxiliar encargado de la administración de una rama de la empresa concursada no podrá adquirir la propiedad de bienes de la masa que esté administrando; sin embargo, nada impedirá que aquel auxiliar en quien han sido delegadas funciones de inspección de la contabilidad adquiera un bien de la masa en subasta, si reúne todos los requisitos legales para ello.

Distinto es el supuesto de los *auxiliares simples*. Como no son administradores del concurso, no ejercitan funciones del procedimiento ni se encuentran legitimados —o apoderados— por la Ley (v. *supra*, comentario al art. 32), la existencia o no de prohibición de adquirir bienes de la masa dependerá del tipo de vínculo jurídico que les una al deudor y no de la aplicación de este precepto. Así, el *experto independiente* (art. 82), un mandatario o un comisionista contratado por el concurso no podrán comprar los bienes objeto de valoración, del mandato o de la comisión, pues quedan sometidos a la prohibición general (arts. 1459 CC y 267 CCom.). Tampoco podrá ser adquirente el juez del concurso (art. 1459-5.º CC) ni, por supuesto, el deudor (no puede adquirir lo que ya le pertenece). En cambio, no hay problema en que adquiera uno de los acreedores (siempre y cuando no sea administrador concursal).

Cuando el cargo de administrador sea ocupado por una *persona jurídica*, la aplicación de la prohibición legal determina que dicho administrador concursal no pueda adquirir bienes de la masa directamente ni a través de las personas naturales que la representen (v. *supra*, comentario al art. 30). Pero tampoco podrán adquirir los bienes para sí los *representantes* de esa persona jurídica. En efecto, el riesgo que se pretende evitar a través de la limitación concurre con igual intensidad en la persona natural que representa al administrador concursal, pues este representante será, en muchas ocasiones, el que realice directamente el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica. Es presumible que en la toma de decisiones el representante actúe en beneficio propio o en el de la persona jurídica representada con la que se ha comprometido anteriormente (con lo que el riesgo es doble). La existencia de un precepto en el que se determinan expresamente aplicables a la persona natural todos los instrumentos legales de control del administrador representado (art. 30) es buena muestra no sólo del interés por la independencia del sujeto físico, sino también de la consideración previa de unos riesgos comunes a todos aquellos que *efectivamente* desarrollan la actividad concursal. Si concurre el mismo conflicto de intereses, si la Ley les aplica las medidas que garantizan la independencia de los administradores y si, en fin, son ellos los que efectivamente realizan la actividad decisoria, parece lógico que se vean sometidos a una limitación que persigue el fin concursal, al que también ellos se encuentran sometidos.

Para que se aplique la prohibición no es necesario que el bien o derecho ingrese en el patrimonio del administrador concursal durante su estancia en el cargo y, ni siquiera, durante el concurso. De lo contrario, bastaría con diferir la entrega, con pactar plazos de cumplimiento o con el establecimiento de una condición suspen-

siva. La circunstancia relevante es que el negocio sea jurídicamente adecuado para producir la adquisición y se concluya durante la estancia en el cargo. Por ello no existe ningún problema en que adquiera *directamente* un bien de la masa la persona que hubiera cesado en el cargo de administrador concursal, siempre y cuando el negocio jurídico traslativo se haya concluido con posterioridad al cese. A la inversa, la adquisición de un bien concursal no se verá afectada por el posterior nombramiento del adquirente como miembro de la administración concursal (salvo, claro está, que se trate de una actuación fraudulenta) ni constituirá obstáculo para que dicho adquirente sea designado administrador.

4.2. EL ÁMBITO OBJETIVO

La prohibición se extiende a «los bienes y derechos que integren la masa del concurso». La expresión legal hace referencia a todos aquellos bienes y derechos que integren la masa, sean presentes o futuros (por ejemplo, un derecho de suscripción preferente). Si la administración concursal enajena en favor de uno de sus miembros un bien incluido en la masa y con posterioridad se demuestra su pertenencia a un tercero, la prohibición legal no es aplicable. La pertenencia a la masa del bien o del derecho es, pues, *presupuesto de la acción*. Dentro de la prohibición se incluye la enajenación de *expectativas*, como, por ejemplo, la cesión de una acción procesal, así como la transmisión de bienes y derechos con valor —«teórico»— cero o, incluso, negativo (por ejemplo, podría ser la autocartera de la sociedad insolvente).

La prohibición ha de considerarse aplicable también al supuesto inverso al previsto legalmente, es decir, a aquel en que el administrador concursal transmita a la masa un bien o derecho de su titularidad, pues el riesgo es exactamente el mismo, con el agravante de que el pago de sumas de la masa no está sometido a autorización judicial previa ni siquiera antes de la apertura de la fase de liquidación (art. 43). La prohibición se extiende igualmente a la contratación de una empresa propiedad de uno de los administradores concursales o de una sociedad participada por ellos para que preste servicios al concursado —como auxiliar colaborador— durante la tramitación del procedimiento, porque es indiferente que en la masa entren bienes o servicios.

La norma se refiere a los negocios jurídicos aptos para transmitir la propiedad. Por esa razón, el precepto no resultará aplicable a aquellos negocios jurídicos que, pese a constituir actos de disposición en sentido amplio, no tienen el efecto de transmitir la propiedad ni persiguen esa causa. Así, no se aplica la prohibición cuando la administración concursal compromete bienes o derechos de la masa en *garantía* de una obligación de uno de sus miembros o cuando le cede en *usufructo* un bien o un derecho, o incluso si le *arrienda* un inmueble incluido en el patrimonio del concurso, aunque evidentemente, el administrador concursal arrendatario no podrá ejercitar los derechos de tanteo o retracto mientras permanezca en el cargo. Es cierto que se trata de actos en los que también existe el riesgo que se intenta evitar con la prohibición; pero la extensión del precepto a todo tipo de acto dispositivo no sería una interpretación teleológica o integradora, sino directamente analógica o exten-

siva, lo que no parece correcto si se tiene en cuenta que el apartado segundo del precepto impone sanciones a los infractores. Y no debe olvidarse, en fin, que la Ley ofrece otros instrumentos para evitar el daño. Así, junto a los mecanismos normales de control de los administradores concursales (desde la autorización para los actos dispositivos hasta la rendición de cuentas pasando por la propia configuración colegiada del órgano en el que unos miembros deben vigilar a los otros) rigen los límites generales a los poderes del órgano: si el negocio concluido es contrario al mandato legal al que están sometidos (actuar en beneficio del concurso), porque se anteponen los intereses personales de uno de los administradores, están a disposición del propio órgano y de las partes del procedimiento las acciones propias del régimen de ineficacia de los actos de la administración concursal.

La prohibición legal se extiende a *toda adquisición* de bienes y derechos de la masa por los administradores concursales, con independencia de la forma en que se produce la transmisión. La expresión legal «ni aun en subasta» no se limita a proscribir ese tipo de acto, sino que, ejemplificando con el —teóricamente— más aséptico de los sistemas, se refiere a todos los mecanismos de apremio (arts. 634 y ss. LEC, que se aplican supletoriamente a la liquidación de los bienes concursales según expresa remisión del art. 148 LC). Así, tampoco podrán adquirir aunque la venta se realice por medio de fedatario público (art. 635 LEC) o de persona o entidad especializada (arts. 636.2-1.º y 641 LEC). Naturalmente, se incluyen igualmente en la prohibición todas aquellas formas de enajenación que puedan haberse previsto en el plan de liquidación o, previamente, en el convenio (y que no hayan tenido en cuenta expresamente la entrada del administrador en el negocio).

4.3. LA ADQUISICIÓN POR PERSONA INTERPUESTA

Se establece expresamente que los administradores concursales no podrán adquirir los bienes ni directamente ni *por persona interpuesta* (v. también art. 1459 CC). La expresión legal no hace referencia a la interposición ficticia de un tercero en la compraventa; el negocio traslativo no es una *simulación*. La norma contempla una interposición real: la *persona interpuesta* es un verdadero contratante que adquiere el bien y al que son atribuibles todos los derechos y deberes propios del negocio jurídico celebrado. Lo que ocurre es que ese sujeto adquiere con la intención de transmitir posteriormente ese bien al administrador. Normalmente la intención derivará de un pacto previo entre ambos en tal sentido. La relación jurídica entre el miembro del órgano concursal y el tercero interpuesto será un mandato o un pacto fiduciario y, en consecuencia, aquél será un mandatario o un fiduciario del administrador. Es indiferente la causa que origine esta relación fiduciaria.

Las consecuencias de ello son importantes: el cauce jurídico para impugnar el acto no será la acción de simulación y la Ley no prohíbe todos los supuestos en que un administrador concursal adquiera un bien de quien lo hubiese adquirido de la masa. En efecto, en primer lugar, quedarán fuera de la prohibición aquellos casos en los que el administrador concursal adquiera un bien de un sujeto que lo hubiera adquirido previamente del patrimonio concursal sin la intención de retransmitirlo posteriormente al administrador concursal. Ahora bien, en segundo lugar,

esa adquisición *si será ineficaz si el administrador concursal hubiera realizado la transmisión a ese sujeto con la intención de adquirir posteriormente el bien vendido*, porque, aunque el adquirente no es un fiduciario del administrador concursal, en la actuación de este último concurren los mismos riesgos que se pretenden evitar con la prohibición de autocontratación. En fin, siguiendo el mismo razonamiento, no será ineficaz aquella transmisión que, sin intención de readquirir, realice el administrador concursal a un tercero que adquiera con la intención de revenderlo posteriormente al administrador concursal, pues, al carecer inicialmente de interés en el bien, el administrador concursal habrá realizado la transmisión en función de las necesidades del concurso.

Evidentemente, en todos esos supuestos no resultará fácil la prueba de los elementos intencionales, pero pueden ofrecerse una serie de criterios. Así, puede presumirse que el bien o derecho había sido adquirido con la finalidad prohibida siempre que la titularidad pase al administrador concursal mientras ocupe el cargo. En sentido contrario, deberá presumirse la regularidad de la adquisición cuando el precio haya sido fijado de manera objetiva (por ejemplo, en subasta). Si coinciden ambos criterios, es decir, si el administrador compra durante la vigencia de su cargo un bien de un tercero que había previamente adquirido en una subasta, debe prevalecer la primera presunción sobre la segunda, dado el deficiente funcionamiento de este sistema de determinación del precio. Naturalmente, para la decisión el juez deberá tener en cuenta circunstancias tales como la existencia de una relación previa personal o profesional entre el administrador y el adquirente, la existencia de otros postores, la correcta incardinación del acto de enajenación en el plan de liquidación, etc.

La compra del bien o derecho por una sociedad en la que cualquiera de los miembros del órgano tenga una *participación significativa* se presumirá hecha *por persona interpuesta*. El grado de participación necesario deberá ser discrecionalmente apreciado por el juez, que deberá tomar en consideración la importancia relativa de tal inversión en el patrimonio personal del administrador.

II. Las consecuencias de la infracción

1. La ineficacia del acto de adquisición

1.1. LA NATURALEZA DE LA INEFICACIA

El negocio de adquisición de un bien o de un derecho de la masa realizado por uno de los miembros de la administración concursal es *ineficaz*. La naturaleza y el régimen jurídico de la ineficacia dependerán del modo en que se haya producido la infracción. Si el negocio jurídico de adquisición se concluye entre el deudor intervenido y uno o varios administradores concursales sin la preceptiva autorización, concurren dos infracciones simultáneas y complementarias: el deudor infringe las limitaciones impuestas legalmente con la declaración de concurso de acreedores (art. 40) y uno o varios administradores concursales infringen la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa (art. 151). En consecuencia, el negocio

concluido es *anulable*; el régimen legal de la anulabilidad será el que determinan la Ley Concursal (art. 40.7) y el Código Civil. Además, los administradores concursales infractores sufrirán las sanciones previstas para el caso de contravención de la prohibición legal de adquisición de bienes de la masa (art. 151.2).

En los demás casos, es decir, si el negocio jurídico lo ha concluido el deudor con la correspondiente autorización o, en caso de sustitución, la administración concursal, el precepto que comentamos no especifica el tipo de ineficacia aplicable, lo que obliga al intérprete a determinar el que resulte más adecuado a la finalidad de la prohibición y al régimen de actuación de los administradores concursales. En contra de lo que pudiera pensarse a primera vista, *la adquisición no constituye un acto nulo*. La tesis de la nulidad, que derivaría de la norma general que sanciona con esa forma de ineficacia la violación de normas imperativas (art. 6.3 CC), constituiría una interpretación apresurada que ignoraría e incluso entraría en contradicción con la finalidad de la norma y su incardinación sistemática en la configuración jurídica de la administración concursal. Tal y como ya se ha señalado, la adquisición de bienes y derechos de la masa por un administrador concursal es un acto realizado sin legitimación —o sin poder—, por su contrariedad al fin concursal, con cuya previsión expresa la Ley persigue impedir su realización. No existe motivo alguno para aplicar a este acto un efecto distinto al de cualquier otro acto realizado sin legitimación —o sin poder—. Tanto si los administradores concursales sustitutos transmitieron un bien o un derecho a uno de ellos como si dieron la autorización para la transmisión por el concursado intervenido, la consecuencia jurídica del acto será la misma: *ineficacia* —y no nulidad radical— (v. comentario al art. 40). En definitiva, se trata de la misma sanción prevista con carácter general (art. 1459 CC, respecto al mandatario adquirente): el acto no surtirá ningún efecto frente a la masa, que no se verá afectada por el negocio, salvo que posteriormente se ratifique.

A favor de esa solución pueden ofrecerse otros argumentos. En primer lugar, *el literal*, ya que el precepto se limita a establecer que los administradores «no podrán adquirir bienes o derechos de la masa», centrándose, pues, en el *efecto* del negocio jurídico de adquisición y tratando de evitar que la propiedad pase al administrador concursal, lo que se asegura no sólo con la nulidad radical, sino también —y de manera menos traumática— con la ineficacia. En segundo lugar, *la propia configuración técnica de la prohibición*, de carácter *relativo* (en cuanto se establece legalmente para la protección de unos intereses determinados y no para proteger el interés general), de modo que se deja, en última instancia, en manos de las personas protegidas o del juez la decisión acerca de la eficacia de los actos prohibidos. En tercer lugar, *la congruencia con la finalidad de la norma*, que no es otra que la protección de los participantes en el procedimiento concursal (por orden, los intereses de los acreedores y del deudor común): si la infracción del precepto trajera consigo la nulidad radical y, por tanto, insubsanable, del acto, podrían quedar invalidados determinados negocios beneficiosos para los intereses protegidos por la norma (por ejemplo, la enajenación de determinada maquinaria especializada para la que no existía otro postor, o para la que no existía otra persona dispuesta a contratar en condiciones tan favorables para la masa). Por el contrario, el régimen de ineficacia permite la ratificación posterior siempre y cuando se beneficien los intereses del concurso.

Es preciso observar finalmente que la posibilidad de ratificación judicial elimina los riesgos que se pretenden evitar con la prohibición de adquirir, ya que el juez podrá controlar las condiciones de la operación. En efecto, la norma trata de evitar dos riesgos: el de salida de bienes y derechos en condiciones desfavorables y el de que se produzca una enajenación innecesaria o intempestiva. El primero de los riesgos se evita con la exigencia de autorización o ratificación judicial. En cuanto al segundo, la administración concursal no tiene en la fase de liquidación la opción de decidir si liquida o no: debe hacerlo (bajo pena de inhabilitación: art. 152) y, por lo tanto, no existe riesgo de comportamiento estratégico a la hora de adoptar la decisión de venta. Este riesgo, que sí existe antes de la apertura de la fase de liquidación, deberá ser controlado por el juez al solicitársele autorización o, retrospectivamente, al contemplar una eventual ratificación. Será, naturalmente, la administración concursal la que deba justificar tanto la conveniencia de la operación como el momento de su ejecución.

1.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INEFICACIA

La ineficacia del acto por el que el administrador pretende adquirir el bien o el derecho es originaria y automática, de manera que la adquisición no surte efectos mientras no sea, en su caso, ratificada: el acto nace sin efectos. Cualquier legitimado puede entablar la correspondiente acción de impugnación, pero la sentencia que recaiga será meramente declarativa.

1.2.1. La acción de impugnación

La eventual impugnación del acto se sustanciará por los trámites del *incidente concursal* (art. 192.1), sin que pueda considerarse aplicable la exclusión legalmente prevista respecto a la solicitud de actos de administración (art. 192.3), porque la impugnación del acto se produce por incumplimiento de una norma legal y no «por razones de oportunidad». Si la acción se entablara tras la conclusión del concurso, será aplicable el procedimiento ordinario.

La *legitimación activa* para solicitar la ineficacia del negocio corresponde a todos aquellos cuyos intereses pueden verse dañados. Así, no sólo podrán ejercitar la acción el deudor y los *acreedores*, sino todos aquellos que acrediten un interés legítimo: trabajadores de la empresa deudora, el cónyuge del concursado o terceros con relaciones jurídicas que traigan causa del negocio que se pretende impugnar. La atribución de legitimación activa a estos sujetos no supone un perjuicio para los intereses del concurso: si el adquirente no puede demostrar el beneficio para la masa, la claudicación del negocio acabará ineludiblemente beneficiando al concurso; si, por el contrario, se trataba de un negocio «correcto», el juez podrá ratificar el negocio posteriormente, enervando, con ello, la acción. Naturalmente, tendrán también legitimación activa —e incluso deber de accionar— los miembros de la administración concursal que no hubieran participado en el acto y el propio órgano, si está formado por sujetos distintos (si los administradores que han tomado parte

en la infracción han sido separados del cargo). Si en la operación estaban implicados todos los miembros de la administración concursal, deberá actuar el Ministerio Fiscal.

La *legitimación pasiva* corresponde a todos aquellos que hayan participado en el negocio jurídico (incluido el «tercero interpuesto», en su caso), y aquellos cuyos intereses puedan verse afectados por la resolución judicial: la masa concursal, la contraparte en el negocio, las partes de negocios jurídicos cuyos derechos traigan directamente causa del negocio que se pretende declarar ineficaz, en la medida en que éstos negocios quieran también dejarse sin efecto y, naturalmente, el administrador concursal adquirente. Si el acto de enajenación hubiera sido realizado —o autorizado— por la administración concursal como órgano colegiado, estará legitimada pasivamente. Si la enajenación se hubiera producido en el ejercicio de las facultades de administración conferidas individualmente a uno de los miembros del órgano, la acción deberá sólo dirigirse contra éste. En este último caso, si el enajenante no coincide con el administrador adquirente, se deberá demandar a ambos. La legitimación de los administradores es de especial relevancia porque el éxito de la impugnación del acto constituye presupuesto para una exigencia posterior de responsabilidad.

Evidentemente, existe una diferencia importante entre esta acción y la de impugnación de cualquier otro acto realizado por la administración concursal sin legitimación o poder, y es que no es necesaria la *prueba* de la falta de legitimación o de poder. Es suficiente probar que se ha producido la adquisición de un bien o de un derecho de la masa por un administrador o por un tercero por cuenta de aquél. Corresponderá al adquirente la prueba del beneficio para la masa.

Respecto al *plazo* de ejercicio de la acción de ineficacia, a falta de mención expresa, es necesario recurrir a la normativa general, y, más en concreto, al plazo previsto para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción: quince años a contar desde que las acciones pudieron ejercitarse (art. 1964 CC).

1.2.2. La ratificación del acto

Como se ha repetido, la adquisición de los bienes y derechos de la masa es, en principio, ineficaz, pero una decisión de los sujetos protegidos por la ineficacia puede dar plena virtualidad al negocio. El acto prohibido de adquisición de un bien o derecho de la masa por parte de un administrador concursal puede ser ratificado o convalidado siempre que ello convenga a los intereses del concurso. Naturalmente, dada la rigidez del sistema previsto para la enajenación de bienes de la masa, es previsible que la ratificación acontezca en muy pocas ocasiones: antes de la fase de liquidación los administradores transmitentes habrán debido solicitar autorización previa y durante la fase de liquidación existe un plan que puede haber previsto el acto o, en otro caso, unos medios de apremio en los que ha debido participar el juez. Por ello, normalmente la adquisición de los bienes concursales se habrá hecho intentando soslayar los mencionados controles y, por lo tanto, es previsible que no cumpla los requisitos necesarios para que se proceda a la ratificación.

El órgano competente para ratificar el acto es el mismo que tenía la competencia para autorizarlo previamente: el juez del concurso. Evidentemente, el juez no tiene plena discrecionalidad, sino que se encuentra sometido al mismo mandato imperativo que los administradores concursales: la finalidad del concurso. En consecuencia, nunca podrá dotar de eficacia a la adquisición de bienes de la masa por los administradores concursales si el acto no ha sido beneficioso para el concurso. El beneficio debe tomar en consideración el *coste de oportunidad*, es decir, no basta con que la masa se haya beneficiado patrimonialmente de la operación, sino que es necesario, además, que no fuese previsible conforme a criterios racionales una actuación distinta más ventajosa: si un tercero ofrecía condiciones similares, la administración concursal debía haber procedido a transmitir el bien al tercero, porque, de este modo, el concurso se hubiese ahorrado los costes en tiempo y en complicaciones procesales que trae consigo el sistema de ratificación. Una vez realizada la adquisición de los bienes y derechos de la masa por el administrador, nada impide que éste se dirija al juez para que el órgano judicial ratifique el acto. La ratificación se realizará a través del trámite previsto legalmente para la concesión de autorizaciones (art. 188).

Más complejo resulta, sin embargo, el modo en que debe producirse la ratificación cuando el acto haya sido impugnado. La impugnación se tramita por el procedimiento incidental, pero se da la circunstancia de que éste debe ser resuelto por el mismo juez legalmente competente para ratificar y, con ello, enervar la acción impugnatoria. Por ello parecería posible que el órgano jurisdiccional resolviese preliminarmente la cuestión y, sin esperar a la sentencia del incidente, decidiese ratificar. Esto, sin embargo, podría dar lugar a problemas de indefensión del sujeto que pretende la declaración de ineficacia de la compraventa. Lo lógico parece, pues, que se sustancie la totalidad del incidente y que, en su propia resolución, el juez decida si ratifica y, por lo tanto, rechaza la impugnación o, por el contrario, la acoge, declarando la ineficacia de la operación realizada por los administradores.

Evidentemente, el negocio realizado infringiendo la prohibición legal no queda *convalidado* por la finalización del procedimiento concursal, de manera que la *conclusión del concurso* no provocará la pérdida de la posibilidad de accionar, salvo que decaiga el interés por la declaración de ineficacia, algo que, respecto de los acreedores, sólo sucederá cuando hayan obtenido la satisfacción íntegra de sus pretensiones. No puede decirse lo mismo del deudor, que, incluso en ese caso mantiene vivo el interés por la declaración de ineficacia de un acto que le ha producido un perjuicio. Recuperadas sus facultades de administración y disposición, nada debe impedirle el ejercicio de la acción.

2. Las sanciones

La ineficacia del acto realizado infringiendo la prohibición legal de autocontratación implica una serie de consecuencias de carácter sancionador previstas expresamente: la reintegración del bien adquirido, la inhabilitación del administrador adquirente y la pérdida del crédito en el caso del administrador acreedor. Naturalmente, la ratificación del acto excluye toda sanción. Pero si esa ratificación no exis-

te, las sanciones serán consecuencia automática de la declaración de ineficacia del acto prohibido, de modo que no puede excluirse su aplicación. El deudor que haya sido parte en la operación deberá asumir eventuales responsabilidades, tanto civiles como penales, con independencia de las consecuencias de la actuación en materia de calificación del concurso.

2.1. LA REINTEGRACIÓN DEL BIEN

La primera de las sanciones incide sobre los efectos de la declaración de ineficacia en el sentido de modificar el régimen general de restitución de las prestaciones: el administrador concursal o el tercero interpuesto deberán reintegrar a la masa el bien o el derecho adquirido (art. 1303 CC) y perderán aquello que hubiesen aportado en contraprestación. La previsión se establece sin perjuicio de los derechos que los terceros pudieran haber adquirido sobre los bienes conforme a derecho. Así, la ineficacia y la consiguiente obligación de restitución del infractor no perturban la propiedad del tercero adquirente de buena fe de bienes muebles (art. 464 CC) o inmuebles (art. 32 LH). En estos casos, el concurso tendrá una acción personal contra el administrador para el pago del valor del bien o derecho en el momento en que se transmitió definitivamente al tercero (cuando «se perdió», en la terminología del Código Civil) más el valor de los frutos percibidos (art. 1307 CC). En caso de que fuese posible la restitución del objeto *in natura*, ésta deberá acompañarse de los frutos percibidos así como, en su caso, de la cantidad en que se hubiese devaluado el bien, tomando en consideración el valor que tenía en el momento de la enajenación ilegal.

2.2. LA INHABILITACIÓN

La segunda sanción es la *inhabilitación para el ejercicio del cargo* de aquel administrador del concurso que hubiera cometido la infracción. Ante la falta de distinciones del precepto, debe entenderse aplicable tanto a los administradores técnicos como al acreedor. Nada se señala acerca de la *duración* de la inhabilitación, que, en todo caso, deberá ser fijada por el juez en el correspondiente auto. Lógicamente, no puede extenderse sólo al procedimiento en curso, pues ello no sería una inhabilitación sino una separación, y, en el extremo contrario, tampoco puede tratarse, obviamente, de una sanción a perpetuidad. En consecuencia, la duración de la sanción deberá ser establecida conforme a la regulación de la Ley Concursal para supuestos similares: serán de aplicación, por analogía, los límites temporales establecidos para el supuesto de desaprobación de cuentas (art. 181.4), de modo que la inhabilitación podrá tener una duración mínima de seis meses y máxima de dos años.

La inhabilitación puede extenderse a los otros miembros del órgano concursal que hayan coadyuvado a la realización de la operación ilegal, lo que puede acontecer de diversas maneras. En caso de intervención, si el deudor intervenido ha transmitido el bien con la autorización del miembro —individualmente— encargado de

autorizar tales negocios o con la anuencia de todos los miembros, éstos serán igualmente inhabilitados tras la declaración de ineficacia del acto. Lo mismo ocurrirá si el bien o el derecho se han transmitido por decisión de un administrador facultado para ello o, en fin, por los administradores, como colegio, en caso de sustitución. La inhabilitación afectará también al tercero interpuesto en la operación, ya que el precepto prevé la sanción para *los que infringieren la prohibición*. Además, no parece lógico que se pueda nombrar administrador para un concurso, por ejemplo, a un auditor o a un abogado, inmediatamente después de haber coadyuvado a la realización de un acto fraudulento precisamente en un procedimiento de insolvencia.

El auto que acuerde la inhabilitación tendrá acceso al registro público de resoluciones concursales establecido al respecto (art. 198). Las condiciones de la inscripción serán aquellas determinadas en el reglamento que desarrolle el funcionamiento del registro (art. 198).

2.3. LA PÉRDIDA DEL CRÉDITO

En fin, se establece que el administrador concursal acreedor perderá el crédito concursal de que fuera titular. Si tuviese más de uno admitido en el concurso, los perderá todos. No perderá, sin embargo, aquellos que no hubiesen sido comunicados. Por «pérdida» hay que entender extinción del crédito. En consecuencia, no se trata de la *inexigibilidad* del mismo durante la tramitación del concurso (como si el acreedor hubiese sido «expulsado» del procedimiento), sino de su desaparición: concluido el procedimiento concursal, la pretensión crediticia tampoco podrá ser ejercitada.