



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

# *Emilio Beltrán-Ignacio Tirado*

*Catedrático de Derecho mercantil  
Universidad San Pablo - CEU*

*Profesor de Derecho mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid*

## La prohibición de autocontratación de los administradores concursales

### SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES—1. *El fundamento de la prohibición*—2. *La autocontratación en el marco de la actividad propia de la administración concursal. La naturaleza jurídica de la administración concursal*—2.1. La insuficiencia de las tesis sobre la naturaleza jurídica de la administración concursal—2.2. La teoría funcional
  - II. LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA PROHIBICIÓN—1. *El significado de la prohibición*—2. *La naturaleza jurídica de la prohibición*
  - III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROHIBICIÓN—1. *El ámbito de aplicación de la prohibición*—1.1. El ámbito subjetivo—1.2. El ámbito objetivo—1.3. La adquisición por persona interpuesta—2. *Los efectos de la infracción de la prohibición*—2.1. La ineficacia del acto de adquisición 2.1.1. La naturaleza de la ineficacia 2.1.2. El régimen jurídico de la ineficacia—2.2. Las sanciones 2.2.1. La reintegración del bien 2.2.2. La inhabilitación 2.2.3. La pérdida del crédito
-

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

### 1. El fundamento de la prohibición.

La Ley Concursal impone a los administradores concursales la prohibición de adquirir bienes o derechos que integren la masa activa del concurso, sea personalmente sea por medio de tercera persona interpuesta, y cualquiera que sea el modo en que se instrumente la operación (art. 151.1), cuyo incumplimiento determinará la ineficacia del negocio jurídico y la imposición de sanciones (art. 151.2). Se trata de una manifestación legislativa más de la clásica prohibición de autocontratar (v. ya art. 1089 CCom de 1829), que tiene varios ejemplos concretos, pero que carece de una regulación de carácter general. Cuando un sujeto gestiona los asuntos de otro, la Ley observa con desconfianza la implicación de los intereses personales del gestor, sobre todo si la actividad es de naturaleza patrimonial y comprende la posibilidad de realizar actos de administración y de disposición de bienes o derechos ajenos. Así, entre otros supuestos, el comisionista no autorizado no puede comprar los bienes del comitente sin su autorización (art. 267 CCom), ni el tutor puede comprar los bienes del tutelado (art. 267 CC), ni el mandatario los del mandante ni el personal de la Administración de justicia los bienes litigiosos (art. 1459.1, 2 y 5 CC). El motivo que origina la prohibición o que –al menos– pone condiciones a la realización del acto es, en todos los casos, la existencia de un *conflicto de intereses* entre el «administrador» y el «administrado».

En efecto, todo aquel que gestiona asuntos ajenos adquiere la obligación de hacerlo diligentemente en beneficio del titular del objeto gestionado, pero, al mismo tiempo, es lógico presumir que actuará procurando el propio interés. Cuando se trata de un negocio jurídico de intercambio (como ejemplo paradigmático, una compraventa), en términos económicos un aumento en la satisfacción de una de las partes conllevará casi siempre una disminución en el valor del interés de la otra y, en consecuencia, parece difícil que se tutelen ambos intereses simultáneamente. Esta situación se traduce en la práctica en un doble riesgo para el titular del interés. En primer lugar, el riesgo sobre las condiciones del negocio, consistente en que el administrador contrate en condiciones más beneficiosas de las que obtendría en el mercado. En segundo lugar, el que podría denominarse riesgo temporal, o posibilidad de que el conflicto de intereses le impulse a enajenar el bien en contra de los intereses del administrado o a transmitir un bien o un derecho en un momento en que no era conveniente. Naturalmente, que ese comportamiento racional (egoísta) sea el que se espera no quiere decir que el riesgo tenga siempre que materializarse. Es perfectamente posible que el administrador de recursos ajenos abandone su propio interés y cumpla con

su mandato, adquiriendo el bien en las mejores condiciones posibles para el administrado. Como resulta evidente, esta situación no preocupa al Ordenamiento jurídico; antes al contrario, con la prohibición legal de autoencontrada lo que se busca es, precisamente, asegurar ese resultado<sup>1</sup>.

En la administración del patrimonio concursal esos riesgos tienden a acentuarse y a complicarse. La pluralidad de partes interesadas (el deudor, los acreedores concursales, los acreedores de la masa, los trabajadores), que, en ocasiones, tendrán intereses enfrentados, y la inserción de la actividad de administración en un procedimiento judicial hacen que la actuación del administrador trascienda el simple interés privado de alguno de los sujetos «afectados», acentuando la necesidad de una *aparencia* de legalidad<sup>2</sup>. Ade-

<sup>1</sup> Como ha puesto de relieve la doctrina que se ha ocupado del tema (v. ROGA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, t. I, pgs. 153 y ss.; GARCÍA CANTERO, «Comentario al art. 1459», en ALBALADEJO [dir.], *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales [arts. 1445-1541]*, Madrid, 1980, 2ª ed., t. XIX, pg. 138, y, en Italia, entre otros muchos, BIANCA, *La vendita e la permuta*, en VASSALLI [dir.], *Trattato di Diritto civile italiano*, Torino, 1972, v. VII, t. I, pg. 99), ante estos riesgos derivados del conflicto de intereses, el Ordenamiento reacciona de dos maneras disíntas. Cuando se trata de intereses estrictamente privados, permite la propia –y expresa– asunción del riesgo por parte del titular del bien o del derecho enajenado, dando validez al negocio cuando el adquirente ha sido expresamente autorizado (por ejemplo, a través de la «licencia» del comitente ex art. 267.1 CCom, o mediante un acuerdo de la junta general de socios en tal sentido –art. 10 LSRL–; v. ALFARO, «Una nota sobre la prohibición de autocontratación de los administradores de sociedades anónimas y limitadas» en VITOLÓ/EMBIÓ, *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado*, Granada, 2003, pgs. 684 y ss.). También se establece la posible eficacia de la transmisión cuando el «representante» comprador carece de la posibilidad de establecer las condiciones de la operación, que bien han sido eñteramente predeterminados (el caso del nuncio), bien se establecen externamente por un mecanismo objetivo (subasta, mercado «perfecto» –bolsa, etc.– Al respecto, v. DIEZ-PICAZO, «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios», en ADC, 1961, pg. 657, ROGA SASTRE, *Estudios*, pgs. 150 y ss., y LÓPEZ LÓPEZ, «Comentario al artículo 1459», en AA VV, *Comentarios al Código Civil*, Madrid [Ministerio de Justicia], 1991, t. II, pg. 905). La segunda posibilidad consiste en una prohibición para todos los casos y suele producirse cuando el «gestor-adquirente» desarrolla una actividad considerada en alguna medida de interés público. Debido a una situación subjetiva especial (el caso, por ejemplo, del tutor y del incapaz) o al hecho de que la repercusión afecta al orden público (adquisición de bienes litigiosos por el juez del litigio), el conflicto debe ser a toda costa evitado, de modo que no se incluye excepción alguna en la norma que establece la prohibición (aunque algunos autores, sobre todo los más antiguos, esgrimen que esta finalidad subyace a toda prohibición de autocontratación: v., por todos, MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1905, t. X, pgs. 98-99).

<sup>2</sup> La necesidad de una apariencia de legalidad es consustancial al Derecho concursal, en todo tiempo y lugar. En este sentido, Sir Kenneth CORK, autor del informe que dio origen a la reforma del Derecho concursal inglés de 1986 (1A), elevó el presúgio de los administradores a la categoría de presupuesto para el éxito del sistema concursal, señalando: «[...] *The success of an Insolvency system is very largely dependant upon those who administer it. If they do not have the confidence and respect not only of the courts and of debtors and creditors, but also of the general public, then complaints will multiply and [...] the system will fall into disrepute and disuse*» (vid. CORK, *Insolvency Law and Practice. Report of the Review Committee*, London, 1982, §732).

más, es necesario recordar que en el procedimiento concursal la mayoría de las personas que pueden resultar dañadas por la autoentrada del órgano no han elegido voluntariamente que unos terceros gestionen sus intereses, sino que se han visto compelidos por el principio de universalidad del concurso. Por todo ello, la prohibición debe concebirse, 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. La autocontratación en el marco de la actividad propia de la administración concursal. La naturaleza jurídica de la administración concursal.**

### *2.1. La insuficiencia de las tesis sobre la naturaleza jurídica de la administración concursal.*

La adquisición de bienes y derechos de la masa activa por un administrador es un *acto concursal* del órgano de administración del procedimiento. Como se acaba de mencionar, la regulación de la autocontratación de cualquier gestor de intereses ajenos depende de la naturaleza de la gestión y de las circunstancias que la rodean. Por ello, a fin de conocer los perfiles jurídicos de la prohibición que analizamos, es necesario determinar previamente las características fundamentales y los límites de las facultades de administración y disposición de la administración concursal. Cualquier análisis de la prohibición legal que no tome en consideración la naturaleza jurídica del órgano de administración del concurso es, a nuestro juicio, incompleto y puede dar lugar a conclusiones erróneas<sup>3</sup>.

La naturaleza jurídica de la administración concursal ha merecido la atención de la doctrina, fundamentalmente extranjera, de una forma continuada, por lo que se han desarrollado numerosas tesis. Las construcciones dogmáticas ensayadas intentan explicar la institución centrándose en uno de los efectos que producen los actos del órgano de administración. Por ello, el contenido de esas teorías depende, entre otras circunstancias, del enfoque adoptado, es decir, del elemento concreto dentro del complejo de poderes e intereses del administrador concursal que se haya considerado más relevante para explicar la esencia del órgano.

<sup>3</sup> En su primera reelaboración de la obra de ERNST JAEGER, el profesor Friedrich LENT describió la cuestión de la naturaleza jurídica del administrador concursal como «el problema central del Derecho de la insolvencia» (*das Kernproblem des Konkursrechts*): V. LENT en JAEGER, *Konkursordnung Grosskommentar* (§§1-70), Berlin-New York, 1958, 8 ed., *Vorbemerkung* §6-9, *Anm.* 1. El problema, uno de los más largos, arduos y prolíficos de la doctrina concursalista europea incide frontalmente en el análisis de la prohibición de autoentrada del órgano, ya que la determinación del «porqué» y, sobre todo, de los requisitos para que una actuación de los administradores concursales vincule a la masa activa influye directamente sobre el régimen jurídico del negocio de adquisición que se pretende impugnar (*ex art.* 151 LC).

La teoría más antigua es la que considera a la administración concursal como representante de los acreedores<sup>4</sup> (*teoría de la representación de los acreedores*). Esta construcción toma como piedra angular la esencia del concurso como procedimiento destinado fundamentalmente a la satisfacción de los acreedores. Desde la apertura del procedimiento concursal, el patrimonio del deudor tan sólo cumple la función de ser el «objeto» de agresión de los titulares de créditos contra el deudor, que hacen valer sus legítimas expectativas de cobro en virtud del principio de responsabilidad patrimonial (*haftungsrechtliche Ausgleichsfunktion*). La administración concursal, al gestionar la masa activa, está administrando los intereses de unos sujetos que se han visto legalmente compelidos a unirse en un procedimiento colectivo, sacrificando la posibilidad de perseguir individualmente la propia satisfacción de sus créditos: el patrimonio concursal tiene un único destino y aquéllos con pretensiones contra el deudor nacidas con anterioridad a la apertura del concurso son los receptores últimos del mismo. Además, el órgano concursal, al administrar y liquidar la masa, repartiendo el dividendo entre los acreedores, afecta directamente el patrimonio de cada acreedor, extinguiendo su crédito cuanto menos de manera parcial, lo que constituiría una actuación representativa directa<sup>5</sup>. Los acreedores, tras la apertura del procedimiento concursal, forman una agrupación unitaria susceptible de representación (*Korporation*, de carácter incidental, *communio incidens pignoriatíca*<sup>6</sup>); ésta se produce de manera «cuasi-orgánica» por medio de la administración concursal. En otras palabras, la masa, «embargada» en interés de los acreedores, debe ser administrada por los propios acreedores a través de su representante legalmente destinado al efecto. Esta teoría ha sido prácticamente abandonada. Aunque es innegable que capta buena parte de la esencia del órgano concursal al situar la defensa de los intereses de los acreedores como objetivo principal de la actividad del órgano, ni explica el cargo desde una perspectiva unitaria, pues olvida una parte importante de sus funciones, ni consigue integrar las consecuencias jurídicas de la actuación

<sup>4</sup> Han defendido esta teoría, entre otros, KOHLER, *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, Stuttgart, 1903 (2ª ed.), pg. 203; SEUFFERI, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899, pg. 157; HELLMANN, *Lehrbuch des deutschen Konkursrecht*, Berlin, 1907, pgs. 389 y 624 y ss.; CANS TEIN, *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, núm. 9, 1882, pgs. 461 y ss.; en Italia, aunque de manera menos elaborada, v. MASTI, *Del fallimento e della bancarotta*, Bologna, 1887, t. I, pg. 297, y, sobre todo, ROCCO, *Il fallimento*, Milano/Torino/Roma, 1917, pg. 31 y ss.

<sup>5</sup> La teoría, surgida en el seno de la primera doctrina alemana que comentó la *Konkursordnung* de 1887, se apoya en la consideración de la naturaleza jurídica del desapoderamiento como un «derecho de prenda concursal» (*Konkurspfändungsrecht*) o, en ocasiones, como un «embargo general» (*Beschlagnahme*) del patrimonio del deudor común. El embargo que inicia una ejecución individual, por disposición legal expresa, se configura en el Derecho procesal alemán como un derecho real asignado al acreedor (*Pfändungspfändungsrecht*, §804 ZPO; al respecto, v. BAUR y STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1981, pgs. 606 y ss.). La aplicación de este concepto al concurso se encuentra ya en PUCHTA, *Über dem Concursprozess: besonders mit Rücksicht auf die Mittel seiner Abwendung und Abkürzung*, Erlangen, 1827, pgs. 17 y ss.

<sup>6</sup> V. ROCCO, *Il fallimento*, pg. 110.

de la administración concursal en el perfil técnico jurídico de la representación. En efecto, el administrador concursal no actúa en nombre de los acreedores, ni vincula su patrimonio, sino que los efectos de su actuación recaen sobre la masa activa y, en último extremo, sobre su titular, el deudor común<sup>7</sup>.

La segunda gran tesis desplaza el centro de atención hacia el concursado, considerando que la administración concursal es un representante del deudor. La *Shuldnervertretungstheorie* (teoría de la representación del deudor) apuesta por ponderar un aspecto más fácilmente observable que permite explicar de manera sencilla e inmediata —quizás demasiado— algunos extremos esenciales de la actuación del órgano. La masa activa continúa siendo propiedad del deudor y la administración concursal es un representante del concursado que, como tal, actúa en nombre del mismo vinculando su patrimonio de manera directa, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal<sup>8</sup>. Se trata de una representación legal, porque los administradores concursales no son elegidos por el deudor, la relación representativa no es voluntaria y los poderes emanan de la Ley. Esta construcción explicaría de manera diáfana que los efectos de los actos y negocios jurídicos celebrados por los administradores concursales sean imputables al deudor insolvente así como, en el ámbito procesal, daría una explicación sobre por qué el deudor es parte en cada procedimiento conducido por el órgano concursal, por qué se produce el efecto de cosa juzgada y, en fin, por qué las costas afectan al concursado. Quizás sea la extrema sencillez de la construcción el motivo principal de su abandono por la mayor parte de la doctrina: ante una institución legal tan compleja, el encaje perfecto en un concepto jurídico sólo puede ser fruto de la parcialidad de la solución. Y es que esta teoría ofrece una explicación suficiente de algunos extremos pero ignora otros. En realidad, la tesis desenfoca la institución, pues coloca como elemento central de

<sup>7</sup> Aunque no exista unanimidad en la definición de la representación, la doctrina coincide al menos en un contenido mínimo de la institución, sin el cual no se puede haber fenómeno representativo, consistente en la actividad —normalmente negocial— desplegada por un sujeto (representante) con efectos en la esfera jurídica de otro (el representado): v., por todos, DIEZ-PICAZO, *La representación en Derecho privado*, Madrid, 1979, pg. 64.

<sup>8</sup> Entre los defensores de la tesis se encuentran algunos de los más ilustres iusprivatistas de Alemania. V., entre otros, SIBER, «Prozessführung des Vermögensverwalters», en AA VV, *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Wach*, Aalen, 1913, t. III, pgs. 71 y ss.; JAEGER, *Konkursordnung*, §6 Anm. 5 ff; BLEY, «Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche», en *ZZP*, núm. 62, 1941, pgs. 113 y ss.; THOMAS y PUTZIO, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen* (6ª ed.), München, 1972, §51, Anm. 3, 1 d; LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (7ª ed.), München, 1989, pg. 586; ENNEQUERUS y NIPPERDEY, *Derecho civil, parte general* (3ª ed.), Barcelona, 1981, v. I, l. II; FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (4ª ed.), Berlin, 1992, t. II, §45, Rdn. 1, 2. Pero la auténtica construcción técnica de la teoría se debe al maestro de la dogmática concursal alemana, en un extensísimo artículo de 1941: LENT, «Zur Lehre von der Partei kraft Amtes», en *ZZP*, núm. 62, 1941, pgs. 129 y ss. En España, se alinean en esta posición CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, 14 ed., Madrid, 1984, v. I, l. II, pg. 870; DE LA CÁMARA, *La representación*, pgs. 330 y ss. o, recientemente, MARTÍNEZ FLOREZ, *Comentario al art. 40*, en ROJO/BELTRÁN, *Comentarios a la Legislación concursal*, en prensa.

la actividad del órgano concursal al deudor, que es más bien un elemento de naturaleza pasiva. Además, deja sin explicación un importante número de competencias de la administración concursal, como la elaboración de informes, listado de acreedores, gestión de notificaciones, cumplimiento de requisitos de publicidad, etc.<sup>9</sup>. Cabe ir más allá y negar la validez del recurso a la representación incluso para la explicación de las funciones patrimoniales de la administración del concurso. En la actividad procesal de los administradores del concurso se aprecia con claridad la inadecuación del fenómeno representativo. Si la administración concursal es representante legal del concursado, será parte en los procesos, por definición, el deudor y no el órgano. Pero en el foro, con frecuencia, la administración concursal desarrolla una actividad procesal contra el concursado. Es imposible que un sujeto sea, a la vez, representante y demandante de una misma persona pues, en este caso, el deudor –representado– común sería simultáneamente demandante y demandado<sup>10</sup>. Además, en todo supuesto de representación legal, el estado de necesidad jurídica en que se encuentra el sujeto pasivo de la relación representativa exige la sustitución de éste por el representante<sup>11</sup>, de manera que sólo el que representa puede obrar. Por ello, el representante legal nunca puede tener facultades distintas a las que tenía el representado. Sin embargo, en el concurso la administración concursal disfruta de posibilidades de actuación asignadas *ex novo* desde la apertura del procedimiento. Así, por ejemplo, no puede recurrirse al expediente de la representación del concursado para explicar el ejercicio de las acciones rescisorias<sup>12</sup>. Cabe también alguna reflexión crítica en torno al concepto de

<sup>9</sup> Se ha afirmado que también otros representantes legales (por ejemplo, el tutor o el representante del ausente) tienen funciones distintas de las meramente patrimoniales, algunas de las cuales persiguen la protección de intereses varios, ajenos al representado, y que ello no supone que se dude de su naturaleza representativa. Esto ha llevado a algunos autores a calificar la figura de la representación legal como «oficio»: BEULI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1959 (2ª ed.), pgs. 439 y ss.; MÜLLER-FREIENFELLS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1955, pgs. 352 y ss.). Pero esta contraargumentación no puede aceptarse. Cualquier similitud trazada con otros fenómenos representativos legales choca con un obstáculo insalvable: en ninguno de aquellos supuestos el pretendido titular activo del fenómeno representativo actúa *en contra del representado* y la administración concursal, en muchas ocasiones, despliega su actividad no sólo en beneficio de terceros como si se tratase de una actividad accesoría añadida a la suya propia de representación, sino que centra sus esfuerzos en atacar los intereses del representado. No hay ningún fenómeno representativo legal de tal naturaleza (v. CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1939, pg. 128).

<sup>10</sup> Esta incongruencia es difícilmente superable y, conscientes de ello, algunos autores favorables a la teoría de la representación lo admiten como una excepción: la administración concursal –señalan– es representante legal del concursado, incluso en el ámbito procesal, salvo cuando actúa contra el mismo (ENSECCERUS/NIPPERDEY, *Derecho civil*, pgs. 461-462). LENI, en JAEGER, *Konkursordnung, vorbem.* §§6-9, Anm. 8, señala que las cuestiones de Derecho material deben predominar sobre las consideraciones procesales a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la administración concursal.

<sup>11</sup> No hay verdadera representación sin que se produzca la sustitución: v. DIEZ-PICAZO, *La representación*, pg. 289.

<sup>12</sup> V., entre otros, HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1998 (2ª ed.), pg. 278; HENCKEL, en JAEGER, *Konkursordnung*, §6, Anm. 166; BORK, *Einführung in das neue*



representación legal manejado por los defensores de esta teoría: como resulta obvio, sólo una configuración muy amplia de la figura de la representación puede servir para explicar una administración patrimonial en la que los intereses defendidos son, en esencia, contrarios a los del representado<sup>13</sup>. En efecto, los defensores de esta teoría sostienen que la actuación de la administración concursal encaja en el molde de la representación porque el elemento determinante de esa institución es que los efectos de lo actuado recaigan sobre el representado, con independencia del interés que se persiga (y, por tanto, aunque no sea el del representado). Pero esta teoría es claramente minoritaria en el panorama doctrinal<sup>14</sup>. Y no se olvide, en fin, el hecho de que la representación legal supone una respuesta del ordenamiento jurídico a situaciones extraordinarias, con lo que sus preceptos deben ser interpretados restrictivamente<sup>15</sup>.

A diferencia de las teorías anteriores, que ponen su acento en uno de los participantes en el procedimiento, la *teoría orgánica* (*Organtheorie*) se apoya en un «sujeto» creado con el propio concurso al que configura como punto de atribución (*Zurechnungspunkt*) de los efectos de la actuación de la administración concursal. La masa activa constituye –se argumenta– un patrimonio separado, independiente, con capacidad para ser parte, que nace con la declaración del concurso y que se forma con el patrimonio del deudor con ocasión del desapoderamiento. La administración concursal es el representante legal de la masa en calidad de órgano dispuesto para la realización de las actividades preestablecidas en la legislación concursal<sup>16</sup>. La teoría or-

*Insolvenzrecht*, Tübingen, 1998 (2ª ed.), pg. 30; SAIJA, *Istituzioni di Diritto fallimentare*, Roma, 1957, pgs. 113 y ss.

<sup>13</sup> Como se ha señalado acertadamente, no puede considerarse representante legal a alguien que no sólo actúa sin la voluntad del representado sino en contra de la misma: MOSCO, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1963, pg. 18. Es éste, también, uno de los motivos aludidos por BONELLI para rechazar la teoría de la representación del deudor (BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1923, 2ª ed., t. II, pg. 17).

<sup>14</sup> Para la mayoría de la doctrina española no existe fenómeno representativo en estos casos: v., por todos, DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pg. 112, DIEZ-PICAZO, *La representación*, pg. 52 y DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, Madrid, 2001, v. I, t. III, pgs. 270 y 274. En Italia, v., por todos, FERRARI, *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962, pgs. 70 y ss., *passim*.

<sup>15</sup> Así, expresamente, DIEZ-PICAZO, *La representación*, pg. 289.

<sup>16</sup> V., como defensor principal de la teoría aplicada al concurso, HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, t. I, Leipzig, 1907, pgs. 295 y ss. La tesis recobró fuerza con la reelaboración de BÖTTICHER, «Die Konkursmasse als Rechtssträger und der Konkursverwalter als ihr Organ», en *ZZP*, núm. 77, 1964, pg. 55, y adquirió su máximo esplendor con HANISCH, *Rechtzuständigkeit der Konkursmasse*, Frankfurt, 1973, pgs. 19 y ss. y 277 y ss. El apoyo más reciente a la teoría puede leerse en el largo comentario-recensión hecho a la actualización del tratado de JAEGER por HENCKEL a cargo de STÜRNER, «Aktuelle Probleme des Konkursrechts», en *ZZP* núm. 94, 1981, pgs. 263, especialmente pgs. 286 y ss. En Derecho italiano, la construcción, de tintes más «radicales», es obra fundamental de BONELLI (v. *Del fallimento*, t. I, pgs. 458 y ss.), y se basa en las reflexiones generales sobre el concepto de persona jurídica elaboradas por el gran concursalista italiano (a modo de ejemplo, v. BONELLI, «La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale», *Riv. It. Scienze Giur.*, núm. 2, 1887, pgs. 193 y ss.).

gánica tiene una serie de méritos que han sido admitidos incluso por los sectores doctrinales más críticos con sus postulados (independencia del órgano con respecto a las partes, facilidad en la explicación del régimen jurídico de las obligaciones de la masa, del régimen de pago de las obligaciones contraídas por el órgano de la masa, etc.), pero no está exenta de críticas, que se han centrado en sus presupuestos. No se discute, en efecto, que, una vez personificada la masa, los efectos de las actuaciones de la administración concursal se expliquen de manera acertada aludiendo a la representación orgánica; lo que se niega es la realidad jurídica independiente de la masa<sup>17</sup>. Tanto en Alemania (§6 KO, 148 InsO) e Italia (art. 42 *lfall*), países en cuya doctrina surge esta teoría, como en España (art. 40 LC), la legislación concursal no contempla la pérdida de la propiedad por parte del concursado, quien tan sólo pierde o ve limitadas sus facultades de administración y de disposición, algo que no debe extrañar si se tiene en cuenta que la finalidad perseguida es evitar que el deudor agrave aún más la situación de insuficiencia patrimonial y, por tanto, cause un mayor daño a sus acreedores, para lo cual no es necesario transmitir la propiedad de los bienes a los acreedores o a una persona interpuesta. Además, la transmisión de la propiedad se encuentra con la dificultad añadida de su transitoriedad, de tal suerte que la propiedad de los bienes se transmitiría a la masa para después volver a retransmitirse al deudor<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> V., en otros, PAPKE, «Noch einmal: praktische Konsequenzen der Behandlung des Konkursverwalters als Organ der Konkursmasse», en *KTS*, 1968, pgs. 49-51; HENCKEL, en JAEGER, *Konkursordnung*, §6, Anm. 167; HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, pgs. 279-280.

<sup>18</sup> Existe una construcción relativamente reciente, conocida como «teoría orgánica (o de la representación) modificada» (*modifizierte Organ-[Vertretungs-] Theorie*), que constituye una síntesis evolucionada de las dos grandes teorías vistas hasta el momento: la teoría de la representación del deudor y la teoría orgánica. La construcción fue creada y defendida fundamentalmente por K. SCHMIDT y por su entonces doctorando en la Universidad de Hamburgo W. SCHULZ. Para la comprensión de la argumentación jurídica de la *modifizierte Organtheorie*, v. K. SCHMIDT/SCHULZ, «Konkursfreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften?», en *ZIP*, 1982, pg. 1015; SCHULZ, «Zur Verdrängung und Ersetzung der Gesellschaftsorgane durch den Konkursverwalter», *KTS*, 1986, pgs. 389 y ss.; K. SCHMIDT, «Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Massnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht (unternehmens- und insolvenzrechtlicher Teil)», en *Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag*, 1982, München, pgs. 50 y ss. y, sobre todo, K. SCHMIDT, «Der Konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Repräsentant des Gemeinschaftschuldners – Versuch einer Konkursverwaltertheorie für Heute und Morgen», *KTS*, 1984, pgs. 345 y ss.; ya con respecto a la InsO, del mismo autor, «Insolvenzordnung und Unternehmensrecht – Was bringt die Reform», en AA VV, *Kölnerschrift zur Insolvenzordnung*, Herne/Berlin, 1997, pgs. 911 y ss. La naturaleza jurídica de la administración concursal depende de si el concursado es una persona natural o una persona jurídica. En el primer caso, el órgano concursal es visto como un representante legal del deudor común; en el segundo, se considera al administrador del concurso como un representante orgánico, pero no de la masa, sino del deudor. Para un elenco de consideraciones críticas, v., por todos, GRÜNEBERG, *Die Rechtspositionen der Organe der GmbH und des Betriebsrates im Konkurs*, Frankfurt a. M., 1986, pgs. 24-34. Una crítica profunda, dirigida a los aspectos centrales de la teoría puede leerse en HENCKEL, Recensión al libro de K. Schmidt *Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen*, *ZIP*, 1991, pg. 134; para aspectos concretos, v. SMID, *Insolvenzordnung*, Stuttgart-Berlin-Köln, 2001, 2ª ed., §80, Rdn. 25; HAARMAYER, WUTZKE y FÖRSTER, *Handbuch*

Una última orientación es la formada por las teorías que giran en torno al concepto de *oficio*, que se desprende de buena parte de la carga dogmática y, alejándose de los conceptos jurídico-privados clásicos, centra su mirada en las *funciones* que persigue el órgano concursal. Lejos de intentar reconducir la administración concursal a una categoría preestablecida (representación simple, orgánica, etc.), la «teoría del *oficio*» (*Amtstheorie, teoria dell'ufficio*) construye una institución, denominada *oficio*, con un perfil definido por su finalidad, que es, precisamente, la razón de su propia existencia, alrededor de la cual explica cada una de sus actuaciones legalmente atribuidas y sus efectos recurriendo, ocasionalmente, a cualquiera de los conceptos dogmáticos asentados<sup>19</sup>. La *Amtstheorie* nace en Alemania como reacción frente a la entonces preponderante *Schuldnervertretungstheorie*, considerada excesivamente rígida e incapaz de aprehender la esencia de la institución concursal y contraria a los principios procesales consolidados: el administrador concursal actúa en nombre propio, con efecto inmediato en el patrimonio del deudor concursado, como titular de un «oficio» de naturaleza privada creado legalmente en interés público para la consecución de los objetivos del concurso<sup>20</sup>. La coexistencia de diversos intereses, muchos de ellos anta-

zur Insolvenzordnung, München, 1998, pg. 472; BRAUN/UHLENBRUCK, *Unternehmensinsolvenz. Grundlagen Gestaltungsmöglichkeiten Sanierung mit der Insolvenzordnung*, Düsseldorf, 1997, pg. 73.

<sup>19</sup> Se trata de la teoría mayoritaria tanto en Italia como en Alemania. En Italia se han mostrado favorables PROVINCIALI, *Trattato di Diritto fallimentare*, Milano, 1974, pgs. 660-661; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961 (2ª ed.), t. I, pg. 453; PAJARDI, *Manuale di Diritto fallimentare*, Milano, 1998 (5ª ed.), pgs. 198-199; MAZZOCA, *Manuale di Diritto fallimentare*, Napoli, 1996, pg. 131; DEL VECCHIO, «Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito», *Dir. fall.*, 1984, II, pg. 237; GUANDALINI en TEDESCHI, *Le procedure concorsuali*, Torino, 1996, t. I, pgs. 143 y ss.; BERNONI, PAJARDI, BOGGIOLA y GOCINI, *Il curatore del fallimento*, Milano, 1988, pgs. 14. En Alemania, entre otros muchos, OETKER, *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, Stuttgart, 1891, t. I, pgs. 25 y ss.; HENCKEL, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, Heidelberg, 1961, pgs. 116 y ss.; WEBER, «Zur Problematik der Parteibegriff des Konkursverwalters», *KTS*, 1955, pgs. 102 y ss.; BERGES, «Der Reichsgehalt der wirtschaftlichen Betrachtung im Konkurs», *KTS*, 1970, pgs. 99 y ss.; JAUERING, *Zwangsvollstreckung und konkursrechts*, München, 1987, §44, II a, pg. 157, BAUR, *Konkurs und Vergleichsrecht*, 2 ed., Heidelberg, 1983, pg. 52, KUHN y UHLENBRUCK, *Konkursordnung Kommentar*, München, 1986, 10ª ed., §6, Rdn. 17 y, entre los concursualistas que han analizado la InsO, HASEMEYER, *Insolvenzrecht*, pgs. 281-285, SMID, *Insolvenzordnung*, §80, Rdn. 12, BORK, *Einführung*, pgs. 30-31.

<sup>20</sup> La doctrina alemana es unánime a la hora de considerar el cargo del órgano concursal como de naturaleza jurídico-privada. El hecho de calificar al administrador concursal como auxiliar de la justicia (*Rechtspflegeorgan*) no determina su naturaleza pública sino que es simplemente el reconocimiento de la asignación al órgano concursal de determinadas funciones de auxilio judicial. Como opinión discordante puede citarse a BLEY, *ZfP*, 1941, pg. 113. En Italia la situación es precisamente la contraria: con muy pocas excepciones (v. BETTI, *Teoría general*, pg. 441), la administración concursal se considera, con mayor o menor intensidad, un organismo público que defiende el interés público (v. PROVINCIALI, *Trattato*, t. I, pgs. 696 y ss.). De hecho, es el interés público de su actividad y de los fines que persigue el motivo que llevó al legislador a calificarlo de *pubblico ufficiale* (aunque antes de la promulgación de la Ley concursal, bajo la vigencia del Código de comercio, ya había autores que afirmaban la condición pública del administrador concursal. De especial importancia, por su participación directa en la elaboración legislativa, es la opi-

gónicos, trae consigo la creación legal de una institución, la administración concursal, imbuida de la asepsia necesaria para perseguir el «fin concursal». Esta institución, encuadrada en el concepto de «oficio» (*Amt, ufficio*), es la que desarrolla su actividad<sup>21</sup>, con independencia –relativa– del sujeto que la integre<sup>22</sup>. Sin embargo, y pese a su clara preponderancia doctrinal y jurisprudencial tanto en Alemania como en Italia, la teoría no está exenta de críticas. El primer y más duro ataque se centra en el distinto enfoque que adopta la *Amtstheorie*. Su desinterés por los conceptos generales del Derecho privado, su excesiva altura de miras, construye un edificio de estructura muy endeble: la teoría se contenta con establecer un catálogo de deberes y de facultades pero es ajena a la inserción del «oficio» en un sistema, de manera que adolece de las debilidades de toda elaboración doctrinal no construida sobre conceptos sólidamente asentados<sup>23</sup>. Otra de las críticas más recurrentes es la que afirma que la teoría se centra en lo accesorio y deja sin explicar correctamente lo fundamental. Así, no queda suficientemente explicado el mecanismo de asignación al patrimonio del concursado de los efectos de la actuación del órgano, ya que el administrador concursal no actúa en nombre ajeno ni, plenamente, en nombre propio (pues lo hace abiertamente como administrador de un patrimonio ajeno)<sup>24</sup>.

nión de ROCCO, *Il fallimento*, pg. 111). El cambio legislativo no fue sino un reconocimiento de la esencia de la institución: SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore*, pgs. 3 y ss.; CANDIAN, *Il processo*, pg. 126; PROVINCIALI, *Manuale di Diritto fallimentare*, Milano, 1969 (5ª ed.), t. I, pg. 531. Contra, por todos, MOSSA, *Diritto commerciale*, Milano, 1937, t. II, pg. 655.

<sup>21</sup> El administrador concursal es parte en los procesos relativos a la masa activa «en virtud del oficio» (*Partei kraft Amtes*; §116 ZPO). No es un representante legal del deudor en el foro, sino que él es demandante y demandado, actuando en todo momento en nombre propio.

<sup>22</sup> En Italia, el oficio no está formado sólo por la administración concursal (como ocurre en Alemania), sino por la totalidad de los órganos del procedimiento: *Tribunale, Giudice delegato, curatore y comitato dei creditori*. Cada uno ejercerá su actividad según el reparto funcional legalmente previsto, pero todos tienen una finalidad y una naturaleza comunes. Los autores italianos contrarios a la «teoría del oficio» centran sus críticas en esta concepción global del *ufficio fallimentare*, en tal sentido se pronuncian autores de tanto peso como SAITTA, *Istituzioni*, pgs. 111 y ss., FERRARA, Jr., *Il fallimento*, Milano, 1995, 5ª ed., pg. 225, ANDRIOLI, *voce «Fallimento»*, Enc. Dir., t. XVI, pgs. 366-369 y BONSIGNORI, *Profilo sistematico delle vendite fallimentari*, Napoli, 1963, pgs. 68 y ss. Para ellos, la elaboración de un «cuerpo orgánico» unitario que englobe todos los órganos concursales constituye una construcción artificial e inservible, inadecuada para explicar la normativa y, si se lleva a sus últimas consecuencias, susceptible de traer consigo resultados prácticos poco deseables.

<sup>23</sup> V. HESS y KROPSHOFFER, *Konkursordnung Kommentar*, Frankfurt a. M., 1987, §6, Rdn. 18, HESS y OBERMÜLLER, *Die Rechtstellung der Verfahrensbeteiligten nach der Insolvenzordnung*, Heidelberg, 1996, pg. 124; aunque se muestran partidarios de la *Amtstheorie*, reconocen la debilidad KUHN y UHLENBRUCK, *Konkursordnung*, §6, Rdn. 17.

<sup>24</sup> V. K. SCHMIDT, KTS 1984, pg. 357. La teoría tampoco se salva de la crítica en el ámbito procesal. En efecto, parte de la doctrina procesalista (la más antigua) niega incluso la existencia de un concepto de «parte en virtud del oficio» (*Partei kraft Amtes*): v., por todos, LENT, *Zur Lehre*, pgs. 128 y ss. La consideración de los administradores de patrimonios ajenos (administrador concursal, administradores de la herencia, albaceas, etc.) como parte resulta en exceso artificial por cuanto, en realidad, en los procesos relativos a bienes

## 2.2. *La teoría funcional.*

Esa breve referencia a las más importantes teorías sobre la naturaleza jurídica de la administración concursal revela una profunda insatisfacción. Con excepción, si acaso, de la *Amtstheorie*, ninguna de las tesis ha conseguido ofrecer una imagen fiel del conjunto de los elementos que componen la posición legal del órgano, sino que han explicado sólo alguna de sus caras. Precisamente la *parcialidad* de esas tesis es la expresión de su fracaso<sup>25</sup>. La complejidad de la administración concursal no sólo se encuentra en la heterogeneidad de la actividad que desarrolla, sino en los intereses cuya protección procura. En efecto, la esencia de la actividad de la administración concursal es la *constante colisión de intereses*<sup>26</sup>, algo que constituye el reflejo del propio Derecho concursal como disciplina límite, tangencial con otras disciplinas (Derecho mercantil, civil, procesal, administrativo, etc.). En ese sentido, el Derecho concursal tiene más que ningún otro grupo normativo una *esencia funcional*: como «piedra de toque» del ordenamiento jurídico económico, no hace sino distribuir «intereses» regulados por otras ramas jurídicas, cuyo tratamiento resulta inadecuado en ellas por constituir un sistema pensado para las situaciones de normalidad. La naturaleza jurídica de la administración concursal ha de ser forzosamente inseparable de esa realidad, porque constituye el instrumento legal para la realización de la función del sistema concursal. Esa finalidad es el motivo de la norma que lo crea y se configura como un punto central que irradia toda su actuación, de manera que su influencia externa —la eficacia de la actuación de la administración concursal— nunca debe resultar contraria a la función. El cumplimiento de una función basada en la eficaz resolución de conflictos entre intereses contrapuestos requiere un órgano aséptico, ajeno a las partes, que traduzca en la práctica la jerarquía de intereses —o de valores— buscada por el legislador.

Pero la utilización de ese enfoque funcional, centrado en la finalidad de la institución, debe completarse con una *explicación dogmática* de la posición jurídica de la administración concursal. La complejidad de sus funciones hace que la mejor vía explicativa sea aquella que ofrezca perspectivas más amplias de comprensión. Por ello, entendemos que como mejor puede explicarse la situación de la administración concursal es con el recurso a la

de la masas que administran, no se producen sobre ellos prácticamente ninguno de los efectos que la condición de parte acarrea: el fuero no se determina por ellos, su pobreza no justifica la asistencia legal gratuita, la litispendencia y la cosa juzgada no abarcan sus relaciones jurídicas, la sentencia no es ejecutable ni a favor ni en contra de sus bienes y, en fin, la carga de las costas no les corresponde.

<sup>25</sup> Las instituciones jurídicas no son realidades preexistentes, descubiertas tras un complejo proceso de abstracción, que eleva la imperfecta forma efectivamente observada de la realidad —una norma— a la «idea», realización perfecta de la misma. Acercarse a la administración concursal con la intención de encuadrarla en un concepto superior no es sino una forma de «jurisprudencia de conceptos» (*Begriffsjurisprudenz*), con todas las rigideces que ello implica (v. HENCKEL, en JAEGER, *Konkursordnung*, §53, pgs. 176-177).

<sup>26</sup> V. BAUR y STÜRNER, *Insolvenzrecht*, pgs. 130-131: «Eine konstante Interessenskollision ist sonach das Merkmal der Tätigkeit des Konkursverwalters».

teoría de la legitimación. La legitimación es la facultad que el Ordenamiento jurídico concede a una persona para realizar con eficacia un acto jurídico, lo que deriva de una determinada relación existente entre el sujeto agente y el objeto sobre el que recae el acto. Esta construcción tiene la virtualidad de separar la eficacia del acto jurídico de las cualidades del sujeto y de acercarla a la relación entre el sujeto y el objeto, lo que proporciona una base sobre la que pueden explicarse fenómenos aparentemente distintos, pero conectados todos por un extremo: la consideración del Derecho que, tras sopesar los distintos intereses en juego, ha decidido otorgar eficacia al acto<sup>27</sup>. El «hilo conductor» de todas estas situaciones jurídicas se trasluce en la respuesta a la pregunta «¿por qué?» y, por tanto, es especialmente apta para combinarse con un análisis funcional<sup>28</sup>. Del mismo modo, la legitima-

<sup>27</sup> Los principales autores de esta teoría son CARNELUTTI, entre otros, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1936, t. I, pgs. 365 y ss. y t. III, pgs. 231 y ss. e CARNELUTTI, «Legittimazione a comprare», *Riv. Dir. comm.*, 1935, núm. 1, pgs. 502 y ss.; FALZA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, pgs. 184 y ss.; BETTI, *Diritto romano. Parte generale*, Padova, 1935, t. I, pgs. 247 y ss.; INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», en *Riv. Dir. proc. civ.*, 1939, t. I, pgs. 313 y ss.; F. ROMANO, *La ratifica nel Diritto privato*, Napoli, 1964; se basa en la teoría para realizar su explicación sobre el negocio jurídico CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, 1946, pgs. 641 y ss. En Alemania ya se había desarrollado la doctrina de la *Legitimationstheorie*, que había desempolvado la institución, sacándola del Derecho procesal, para explicar los supuestos de realización eficaz de actos jurídicos basados en la *aparencia*. Con base en la legitimación se explicaban las adquisiciones registrales *a non domino*, las basadas en la posesión como título y, sobre todo, los actos realizados por el poseedor de un título de crédito: v. MEYER, *Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht*, München, 1909, pgs. 95 y ss.; GIERKE, *Deutsches Privat-Recht*, Leipzig, 1936, t. I, §32. En Derecho español, la virtualidad explicativa general de la teoría ha sido reconocida, entre otros, por DIEZ-PICAZO, *La representación*, pgs. 59 y ss.; LADARIA, *Legitimación y apariencia jurídica*, Tesis Doctoral, Universidad de Madrid, 1950, pgs. 1 y ss. En el ámbito concursal, v. GUASP, *La quiebra de la Barcelona Traction, Light & Power*, Madrid, 1952, pgs. 77 y ss.

<sup>28</sup> Cierta sector doctrinal ha arremetido con dureza contra la legitimación como instrumento explicativo. En Italia, donde más éxito ha tenido la construcción, pueden verse, entre otros, RESCIGNO, voce «Legittimazione (Diritto sostanziale)», en *Noviss. Dig. it.*, t. IX, pgs. 716 y ss. y, con una amplia argumentación de todas las críticas, DI MAJO, voce «Legittimazione negli atti giuridici», en *Enc. Dir.*, t. XXIV, pgs. 52 y ss. En España, GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», AA VV, *Estudios de Derecho histórico y moderno*, Barcelona, ciclo de conferencias del Colegio Notarial, 1947, pgs. 21 y ss. La crítica más sólida se centra en el carácter meramente descriptivo de la tesis y en su incapacidad para ofrecer un régimen jurídico unitario de todos los supuestos que pretende englobar; pero lo cierto es que no existe ninguna teoría que sea capaz de explicar todos los casos y que la realidad jurídica no se crea para hacer buenas las teorías, sino las buenas teorías para describir la realidad preexistente, de modo que será mejor el modelo que más supuestos pueda describir sólidamente. No debe sorprender que escapen algunos supuestos, pues la creación legislativa no responde a leyes naturales sino a decisiones del legislador, que muchas veces no son coherentes. En cualquier caso, la principal virtud de la teoría de la legitimación consiste, precisamente, en su amplitud; en su capacidad descriptiva. Es como un gran círculo que engloba conceptos distintos: representación, sustitución, adquisiciones *a non domino*, etc. Cada uno de estos conceptos tienen su propia virtualidad explicativa sobre el fenómeno jurídico que describen. Pero todos ellos acaban juntándose en un elemento último: la decisión del legislador de otorgar ciertos efectos a una actuación jurídica, y ello con base en una relación determinada entre el sujeto activo y el objeto

ción, que surge en el Derecho procesal, pasa paulatinamente a la teoría general de Derecho y permite englobar en una misma categoría el ejercicio de un derecho subjetivo, de un deber, o la tutela de una situación de mera apariencia jurídica.

Existen supuestos en los que un tercero puede ejercitar eficazmente potestades incluidas en un derecho subjetivo ajeno, e incluso en los que ese tercero disfruta de un poder de disposición sobre un bien determinado, poder del que está excluido el titular, sea por su falta de idoneidad subjetiva sea por la existencia de un interés superior. La jerarquización de intereses que realiza el legislador en estos casos coloca, pues, a una persona en situación de ejercitar facultades de un tercero. Esta circunstancia se corresponde, según la teoría de la legitimación, con la *legitimación indirecta*, entendida la facultad de una persona de realizar en nombre propio o ajeno un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica de la que es titular<sup>29</sup>. El poder de actuar en la esfera ajena puede conferirse al legitimado para que lo ejercite en interés del titular del objeto (como ocurre, por ejemplo, en la representación legal), en beneficio propio (lo que sucede en el caso del acreedor pignoraticio que puede ejercitar acciones del dueño para defender la cosa), o para que lo ejercite exclusivamente en interés de un tercero o, más genéricamente, de un interés colectivo o público. En este caso, se está ante una *legitimación funcional indirecta* en la que se coloca precisamente la administración concursal, que no actúa para la consecución de una finalidad propia ni del deudor, sino que persigue el *fin concursal*, que, a grandes rasgos, se identifica con el interés colectivo de los acreedores. La administración concursal es, pues, *una institución orgánica legitimada indirectamente para administrar y disponer (o para intervenir) un patrimonio ajeno en el ejercicio de una función*<sup>30</sup>.

del acto que ha merecido el juicio positivo del autor de la norma. Esta conexión entre voluntad del legislador y la producción de efectos es especialmente apropiada para explicar supuestos en que quien realiza el acto se encuentra en disposición de realizarlo precisamente porque la Ley le ha facultado directamente para ello, y no porque derive de una relación jurídico privada. Por ello, se trata de una teoría especialmente adecuada para dar sentido a la posición de la administración concursal.

<sup>29</sup> V. LADARIA, *Legitimación*, pg. 99. En lugar de dividir la legitimación en directa e indirecta, BETTI separa la legitimación ordinaria de la extraordinaria (v. BETTI, *Teoría general*, pgs. 178 y ss.).

<sup>30</sup> Este supuesto se corresponde en buena medida con el menos acabado concepto de «sustitución» (*Ersetzung*) ofrecido inicialmente por la doctrina alemana, cuya introducción en el ámbito del Derecho concursal es mérito de HEINEMANN, «Die Rechtsstellung des Konkursverwalters», en *Leipziger Zeitschrift* (1927) núm. 21, pgs. 964 y ss.; HEINEMANN, «Das Ersatzgeschäft», en *Gruchots Beiträge* (1928) núm. 69, pg. 328). Este autor pretende construir una teoría general de la actuación de los administradores forzosos (*Zwangswaltern*). Así, a diferencia de la representación, en la que el representante actúa sometido a la voluntad del representado y procura un interés de éste, el sustituto no se somete a las instrucciones del sustituido—que, antes al contrario, pierde toda posibilidad de decidir sobre su patrimonio— y, desde luego, no actúa en su interés sino en el de terceros. El sustituto ejercita los derechos del sustituido *en contra de éste* y esa posición de superioridad se la confiere la Ley (concursal) o, en algunos casos, un particular que crea un patrimonio de destino (el ejecutor testamentario). La doctrina española que ha mostrado su apoyo

Ante la situación de insolvencia y, por tanto, de inminente perjuicio a la colectividad de sus acreedores, el concursado sufre una prohibición de administrar y disponer sobre su patrimonio en beneficio del interés de los eventuales perjudicados. A diferencia de otros supuestos de legitimación indirecta, en la *funcional*, debido a las propias circunstancias de los titulares del interés preferente (colectividad) y del postergado (empresa insolvente, como núcleo complejo de relaciones jurídicas) y la posible existencia, dependiendo de cada Ordenamiento jurídico, de fines públicos de diversa índole (economía nacional, etc.), el legitimado no será titular de ninguno de los intereses en juego. La especial realidad de la crisis empresarial requiere una administración aséptica que cumpla con la finalidad impuesta por la Ley. La primera consecuencia es, obviamente, que la administración concursal, al desarrollar su cometido, no ejercita derechos subjetivos propios, sino una *función* o *potestad*<sup>31</sup>. Como desarrolla una función procurando un interés ajeno, a tal género de poder debe ir conectado un estímulo para su ejercicio, que no puede consistir exclusivamente en la concesión de incentivos que sigan la misma dirección del interés a cuya obtención se dirige su actividad (como ocurriría si el administrador fuera un acreedor), sino que deben incluir notas de obligatoriedad, convirtiendo la potestad o función en *deber*<sup>32</sup>, con todas las consecuencias jurídicas que tal calificación comporta, sobre todo en caso de incumplimiento.

a la teoría de la sustitución para explicar la naturaleza de la sindicatura ha utilizado esta concepción: v. GUASP, *La quiebra de la Barcelona Traction, Light & Power*, Madrid, 1952, pg. 239; POLO y BALLBÉ, *La quiebra de la Barcelona Traction*, Barcelona, 1951, pg. 49; GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction, Light & Power*, Madrid, 1957, pg. 503; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal*, t. I, pg. 143; BELTRAN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pg. 100. A favor de esta teoría puede esgrimirse, también, el uso expreso del término «sustitución» para describir la situación de desapoderamiento total a que se ve sometido el deudor en la Ley concursal (art. 40.2 LC). La teoría de la sustitución, según el sentido dado en último lugar, constituye, sin duda, una construcción de gran valía descriptiva y un esfuerzo notable por sistematizar las actuaciones sobre patrimonios ajenos. Pese a la valía explicativa de la teoría, a los argumentos legales en su favor y a la similitud con la tesis de la legitimación, no se ha defendido esta construcción por dos motivos fundamentales: el estado de indeterminación de la construcción de la figura y la vertiente excesivamente pública que suele acompañarla, que se compece mal con el concepto ofrecido por nuestra reciente Ley Concursal.

<sup>31</sup> En este punto, la doctrina entiende que la posibilidad de ejercitar derechos de terceros, con la intención de realizar un interés superior, se corresponde con el concepto de función o de *potestad*. Como «función» la define SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di Diritto civile*, Napoli, 1945, pg. 46 y, como «potestad», CARNELUTTI, *Teoría*, pgs. 176-177, para quien, quizás con menos precisión, la «potestad» se define como «*poder de mando para la tutela de un interés ajeno*». La distinción entre derecho subjetivo y función o potestad no es algo desprovisto de sentido práctico, sino que, más bien, determina en buena medida la configuración jurídica de la institución a quién se asigna (en este caso, claro, a la administración concursal): aquél que ejercita una *potestad*, a diferencia del que actúa según un derecho propio, no procura sus propios intereses, por lo cual no disfruta de tanta discrecionalidad en el ejercicio de la actividad; su posible *esfera de actuación está limitada por la finalidad que le ha dado origen*.

<sup>32</sup> V. HÄSEMEYER, *Insolvenzrecht*, pg. 238, DE MARTINI, «Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito ed ai creditori», en *Riv. Dir. Proc.*, 1946, 2, pg. 110.



Del mismo modo, al tratarse de una legitimación indirecta *coactiva*, que, por tanto, restringe las posibilidades de actuación del titular de unos derechos subjetivos para otorgárselos a otro, y como éste es un esquema contrario al concepto individualista de sistema jurídico a que pertenece el Derecho en estudio, el ámbito de legitimación ha de considerarse excepcional y, por tanto, debe ser *interpretado restrictivamente*. El administrador sólo podrá ejercitar aquellas facultades que sean necesarias para la realización del fin que persigue. Así se conecta el ámbito de poder del órgano con la función del cargo; por ello, existirá una extralimitación en los «poderes» de los administradores concursales siempre que su actuación sea contraria a la «finalidad concursal». Desde esta perspectiva se comprende por qué los actos realizados por el titular de la función fuera de los perfiles de ésta tienen como sanción la *ineficacia*<sup>33</sup>.

La consecuencia inmediata de ese análisis funcional de la administración concursal es el régimen jurídico externo de sus actos. En el desarrollo de sus funciones, la administración concursal realiza continuamente operaciones que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas vinculantes para la masa y, por tanto, para el deudor común. Con ello, de manera directa o indirecta, también quedan afectados derechos de los acreedores concursales y de aquellos terceros que, ajenos al procedimiento, entran en contacto con el órgano administrativo. Como ocurre en todo supuesto de administración de patrimonios ajenos, la «heteroeficacia» —es decir, la virtualidad ajena de los efectos—, en cuanto supone una «invasión» en la esfera jurídica de un sujeto (en este caso, del deudor e, indirectamente, de los acreedores), exige la delimitación de su ámbito de poder. Pues bien, la actividad de los administradores del concurso queda limitada por el concepto de «interés del concurso» o de «fin concursal» (*Konkurszweck*), es decir, por la finalidad que persigue el procedimiento. El órgano podrá actuar eficazmente en tanto su actuación sirva para conseguir los objetivos del concurso; en caso contrario, si se dan determinadas circunstancias, el acto perjudicial será ineficaz<sup>34</sup>. En

<sup>33</sup> La realización de un acto sin estar *legitimado* para ello es la ineficacia. V., por todos, LADARIA, *Legitimación*, pgs. 2 y ss., VON TUHR, *Teoría general*, t. III, núm. 2, pg. 251. Su aplicación al caso de la administración concursal, en DE MARTINI, «Vizi di validità degli atti compiuti in nome o in sostituzione di altrui», en *Giur. Compl. Cass. Civ.*, núm. 1 (1949) pgs. 440 y ss.

<sup>34</sup> La concepción del «fin concursal» como criterio que debe regir, en mayor o menor medida, las posibilidades de actuación de la sindicatura concursal es algo comúnmente aceptado en la doctrina alemana. Para la práctica totalidad de los autores la finalidad del concurso juega un papel fundamental, es, como mínimo, la «pauta» (*Richtschnur*) que debe seguir la administración concursal (así, v., entre otros, LENT, en JAEGER, *Konkursordnung*, §6 Anm. 25, LENT, *Die Grenzen*, pg. 161, MENTZEL y KUHN, *Konkursordnung*, §6 Anm. 37, KOHLER, *Leitfaden*, pg. 220, BÖHLE y STAMMSCHRÄDER, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Konkursachen», en *KTS*, 1955 pgs. 29 y ss., KJEHL, «Der Eintritt des schlichtlich Berechtigten in einem Prozess, den ein anderer kraft der ihm zustehenden Verfügungsmacht geführt hat», en *ZZP*, núm. 30 pgs. 289 y ss. Sin embargo, la teoría dominante no se conforma con otorgar a la finalidad del concurso un valor de mera «pauta» de comportamiento y la concibe como una auténtica delimitación externa de las posibilidades de *actuación efectiva* de la sindicatura. Son muy expresivas las palabras de BERGES en

efecto, la administración concursal no es el órgano de una persona jurídica llamada «concurso», ni el representante legal de un deudor insolvente. No se trata, pues, de delimitar un poder de representación, pues esta institución no explica correctamente la virtualidad de las actuaciones de los administradores en los derechos de los participantes en el procedimiento. Se está analizando una creación legal (la administración del concurso) utilizada como instrumento para la consecución de unos fines, los fines del procedimiento concursal. Si el único motivo de la existencia del órgano es, precisamente, el desarrollo de tal labor, no debe sorprender que éste sólo pueda realizar, en principio, aquello que justifica su existencia<sup>35</sup>.

este sentido: «...die Einwirkungsbefugnis des Konkursverwalters nur soweit gehe, wie sein gesetzlich begründetes Amt reiche und deswegen konkurszweckwidrige Verfügungen und Verwaltungshandlungen des Konkursverwalters eben durch das Gesetz nicht mehr gedeckt seien» (v. BERGES, «Die rechtlichen Grundlagen der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs», en *KTS*, 1957, pg. 50). En relación a la posibilidad de que la finalidad perseguida por el apoderamiento funcione como límite al poder de representación, DIEZ-PICAZO, *La representación*, pgs. 190-191, señala: «La finalidad perseguida por el poderdante es un factor de gran importancia no solamente para interpretar el poder, sino para establecer sus límites. Esta conclusión tiene, sin embargo, que matizarse. La finalidad perseguida, dado el carácter unilateral del negocio de apoderamiento, no es otra cosa que un propósito individual del poderdante, que puede no trascender... en este caso, parece claro que el fin perseguido con el apoderamiento no puede operar como límite de éste en relación con los terceros, para quienes el fin del apoderamiento únicamente limitará el poder cuando les hubiera sido conocido, bien porque se hubiera incorporado al poder, bien porque la finalidad se hubiera comunicado al tercero, bien porque, de cualquier otro modo, el tercero hubiera llegado a conocerlo». La finalidad operará, pues, como límite, cuando el tercero la conozca o deba conocerla.

<sup>35</sup> Para delimitar el ámbito de eficacia de las actuaciones del órgano se han elaborado distintas teorías que, aunque elaboradas por la doctrina alemana, tienen validez explicativa, *mutatis mutandis*, para el Derecho español. Así, una primera teoría es conocida como la «teoría de la prohibición legal». Para su principal autor (WEBER, en JAEGER, *Konkursordnung*, §§133-134, Anm. 50.3 y §§207-208, Anm. 58; un desarrollo puede leerse en LIPPOK, *Die Grenzen der Verwaltung- und Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters*, Heidelberg, 1972), la actividad del órgano debe estar condicionada por la finalidad del procedimiento concursal; ésta, en el Derecho concursal alemán, no es un principio general sino que encuentra su expresión literal en el §3 KO (por §1 *InsO*). Al verse específicamente y no constituir una mera declaración programática extraíble a modo de principio del sistema, su fuerza vinculante debe tomarse en su sentido más estricto. Así, la finalidad del concurso adopta la forma de *norma prohibitiva imperativa* y cualquier actuación contraria a la misma supone la contravención de la Ley y, por tanto, está sancionada de nulidad (*Nichtigkeit*) en aplicación del §134 BGB.

Otra teoría, de mayor calado en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas es la «teoría del abuso de poder de representación». La construcción de la teoría se contiene en el conocido artículo de LENT, «Die Grenzen der Vertretungsmacht des Konkursverwalters», en *KTS*, 1956, pgs. 161 y ss.; posteriormente se han adherido a la misma, no sin algunas modificaciones, K. SCHMIDT, *KTS*, 1984, pgs. 368 y ss., STÜRNER, *Aktuelle Probleme*, pg. 290 o, más recientemente, SPICKHOFF, «Insolvenzweckwidrige Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters – Zugleich ein Beitrag zur Reichweite und Dogmatik der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht», en *KTS*, 2000, pgs. 24 y ss. La teoría tiene dos partes. En primer lugar, tienen tratamiento particular los «regalos» (*Schenkungen*): la donación realizada por el administrador concursal es siempre y en todo caso ineficaz (*unwirksam*), porque el órgano concursal carece de poder legal de representación (*gesetzlicher Vertretung*).

## II. LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA PROHIBICIÓN

### 1. El significado de la prohibición.

Esas consideraciones permiten comprender el significado de la prohibición legal de adquirir bienes y derechos de la masa activa. 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 LC). Ahora bien, la administración concursal sólo puede actuar de manera vinculante para la masa cuando no contradiga el mandato imperativo al que se encuentra sometida. Si lo contradice, el patri-

*smacht*) para disponer del patrimonio concursal de manera gratuita y, en este supuesto, la protección de la buena fe del receptor de la liberalidad no es un argumento válido. En segundo lugar, *el poder de representación del órgano es ilimitado*. Por ello, para que se produzca la ineficacia de un negocio concluido por el administrador es necesario acudir al concepto de «abuso del poder de representación» (*Missbrauch des Vertretungsmacht*), lo que exige, a su vez, dos elementos: que se lleve a cabo un negocio jurídico perjudicial para el representado, en este caso, que se produzca un daño para la masa activa (y, solo mediatamente, para el deudor, auténtico representado según los defensores de la teoría), y que la contraparte del negocio actúe de mala fe.

Por último, la más importante, mayoritaria, y que consideramos correcta, es la «teoría de la incompatibilidad evidente del fin concursal», que ha sido defendida entre otros, por JAEGER, *Konkursordnung*, §6, Anm. 42, BÖHLE y STAMMSCHRÄDER, *Konkursordnung Kommentar*, München, 1974, 14 ed., §7, Anm. 7; KUHN y UHLENBRUCK, *Konkursordnung*, §6, Rdn. 37-39; JAUERING, «Ist die Rechtsmacht des Konkurses durch den Konkurszweck begrenzt?», en BÖKELMANN, HENCKEL y JAHR (hrsg.), *Festschrift für Friedrich Weber (zum 70 Geburtstag)*, Berlin-New York, 1975, pgs. 307 y ss.; BAUR y STÜRNER, *Zwangsvollstreckungs, Konkurs und Insolvenzrecht*, Heidelberg, 1990, 12 ed., Rdn. 10. 32 o HESS, *Insolvenzordnung*, §80, Rdn. 205-211. El punto de partida es la concepción de la administración concursal como órgano creado legalmente en interés público para la realización del objetivo del procedimiento. La propia existencia del administrador se explica como instrumento para la plasmación práctica de una finalidad, que no es otra que la del concurso. Así, es comprensible que las posibilidades de actuación o, mejor dicho, las posibilidades que tiene la administración concursal de vincular con su actividad (*Wirkungsbereich*) estén predeterminadas por la congruencia con la finalidad que da sentido a la propia existencia del órgano. Para que la falta de adecuación al «fin concursal» de un acto jurídico del órgano se traduzca en ineficacia (*Unwirksamkeit*) de la actuación, son necesarias una serie de circunstancias añadidas. En primer lugar, no basta con que el acto sea «inapropiado» (*Unzweckmässig*) para la búsqueda del «fin concursal», sino que es imprescindible que se trate de una actuación «incompatible» (*Insolvenzzweckwidrig*) con ella, es decir, más que de una desviación grave, de una total contravención de la finalidad que se debía procurar: reconocimiento de derechos de separación inexistentes, la satisfacción de un acreedor de manera preferida al resto, la compensación con un acreedor concursal, la realización de negocios especulativos, etc. En segundo lugar, se exige que la incompatibilidad revista tintes obvios. En efecto, trasladar la incompatibilidad del acto a la eficacia del negocio afecta directamente los intereses de terceros e, indirectamente, del tráfico. Por ello, es necesario restringir el ámbito de aplicación práctica de la regla, exigiéndose que la incompatibilidad sea «evidente» (*evidente Insolvenzzweckwidrigkeit*), de manera que la contraparte en el negocio de tales características concluido por la administración concursal *no pueda desconocer* que aquélla actuaba extralimitándose de sus facultades.

monio concursal permanecerá insensible, porque habrá actuado sin *legitimación*. Pues bien, la adquisición por los administradores concursales de 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, que, en consecuencia, se declara prohibido. La prohibición legal constituye, en definitiva, una simple *presunción de contrariedad al fin del concurso*: 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–, el legislador da por sentada su ilegitimidad. La consecuencia es clara: el régimen jurídico de la adquisición de bienes y derechos de la masa activa por algún miembro de la administración concursal no ha de ser distinto al de cualquier otra actuación realizada sin legitimación. Es cierto que la Ley concursal no se limita a prohibir la actuación, sino que incluye consecuencias punitivas (art. 151.2 LC), pero dichas sanciones no inciden sobre la ineficacia del acto, sino exclusivamente sobre la esfera personal del infractor.

La ubicación de la prohibición dentro de la regulación de la fase de liquidación del concurso –y, más en concreto, dentro de las operaciones de liquidación– es congruente con este significado. La administración concursal no podrá adquirir bienes y derechos de la masa en ningún momento del procedimiento, porque el conflicto de intereses existe a lo largo del concurso; pero 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 LC). Si fuese necesario enajenar un bien de la masa, podrá acabar siendo titularidad de un administrador concursal siempre y cuando el juez lo autorizase, y teniendo en cuenta que no sólo deberá valorar 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 imprescindible porque la administración concursal tiene que proceder a la enajenación del activo y puede –y debe– 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 LC), que ha de ser aprobado por el juez; pero el plan no tiene por qué descender a extremos tales como la identidad de los compradores<sup>36</sup>. Por eso, también, al igual que en las fases anteriores del concurso, durante la liquidación podrá el bien ser adquirido 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, autónomamente, tras la petición que de manera expresa le formulen los administradores haciendo uso de la posibilidad

<sup>36</sup> Sobre el contenido del plan de liquidación, v., por todos, BELTRÁN, «Comentario al artículo 148», en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, 2004, en prensa.

general de solicitar autorizaciones que les proporciona la Ley, «cuando lo estimen conveniente» (art. 188 LC). Esa declaración legal no debe entenderse como la concesión al órgano de una total libertad a la hora de decidir si solicita o no la autorización, sino que debe integrarse con criterios objetivos: se podrá solicitar autorización cuando, atendidas la singularidad de la actuación que se pretende acometer y su repercusión en el concurso, la decisión judicial resulte conveniente<sup>37</sup>.

## 2. La naturaleza jurídica de la prohibición.

En realidad, la prohibición legal es doble: para el que vende y para el que compra. Las dos prohibiciones pueden concurrir, cuando el transmitente coincida con el adquirente, o no (si, por ejemplo, un administrador que tiene asignada en exclusiva la facultad de enajenar determinados bienes de la masa *ex* art. 35.2 LC vende uno de esos bienes a otro administrador). Respecto del administrador que vende, la naturaleza jurídica de la ineficacia es evidente: si la Ley Concursal establece que este tipo de actuación es contraria a los intereses del concurso, la transmisión no llega a producirse por falta de legitimación<sup>38</sup>. Algo más compleja en la naturaleza, aunque muy semejante en cuanto al resultado, es la limitación del que adquiere, que constituye una *prohibición legal de comprar*. Se trata, en efecto, de una limitación *objetiva –no subjetiva–*, que no afecta a la persona como tal, sino al ejercicio de derechos<sup>39</sup>. 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 in-

<sup>37</sup> V. SENÉS, «Comentario al artículo 188», en ROJO y BELTRÁN, *Comentario a la Ley concursal*, en prensa.

<sup>38</sup> Un supuesto distinto se produce cuando el bien o el derecho es adquirido por un administrador concursal directamente del concursado intervenido, en cuyo caso pueden darse dos situaciones: que la enajenación se haya producido sin el necesario concurso del juez, o que el bien se haya intentado transmitir a un miembro del órgano con la autorización de los propios administradores, cuando sólo ésta sea necesaria (por ejemplo, en aplicación del art. 44.2 LC). En el primer caso, el concursado ha vulnerado la limitación a las facultades de administrar y disponer propias del procedimiento y, en consecuencia, nos encontramos ante un acto anulable (v. art. 40.7 LC y, en relación con la naturaleza de la intervención y los efectos de su contravención, v. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 40», en ROJO y BELTRÁN, *Comentario a la Ley concursal*, en prensa). En el segundo, la autorización de la administración concursal habrá sido realizada en violación de la prohibición de autocontratación (art. 151 LC) y, en consecuencia, se aplica el régimen de ineficacia propio de este precepto.

<sup>39</sup> Como es sabido, para que un sujeto pueda realizar un acto dispositivo sobre un derecho propio se requieren, entre otros elementos, la capacidad de obrar y el poder de disposición. La primera es una cualidad de la persona, mientras que la segunda consiste en una relación de la persona con el derecho subjetivo, que le permite realizar válidamente actos que modifiquen el derecho (v., con gran claridad, ENNECERUS, *Tratado de Derecho civil*, trad. de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1981, t. II, v. I, parte 1ª, pg. 50).

capaz, que persigue su protección y que, por tanto, no se limita a determinados bienes<sup>40</sup>. Por el contrario, la *prohibición legal* de adquisición de bienes de la masa se refiere a la relación entre una persona y un derecho o un bien: se refiere a 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 y constituye, en fin, 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<sup>41</sup>: 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<sup>42</sup>.

### III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROHIBICIÓN

#### 1. El ámbito de aplicación de la prohibición.

##### 1.1. 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. Es suficiente con que el bien o el derecho lo adquiriera uno cualquiera de los administradores concursales. La adquisición por varios no modificará las consecuencias del acto, con independencia del régimen jurí-

<sup>40</sup> Como se desprende del tenor del art. 200 CC. Sobre el concepto, v. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 2003, 11 ed., t. I, pgs. 243 y ss.; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2004, t. I, pgs. 265 y ss.; DELGADO ECHIVERRIA en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, Madrid, 2002, t. I, vol. II, pgs. 150 y ss.; y, aplicando el concepto al Derecho concursal (más concretamente, al desapoderamiento del quebrado) v. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Los efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, Tesis Doctoral parcialmente inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1991, pgs. Para el Derecho italiano, v., por todos, BIANCA, *La vendita e la permuta*, pg. 101 y, muy crítico con la teoría de la incapacidad para explicar las prohibiciones de comprar, AJIARA, *La vendita*, Torino, 1958, pg. 206.

<sup>41</sup> Se trata, pues, de una prohibición legal relativa, en contraposición a la prohibición legal absoluta, que se establece por la Ley para proteger el interés general. La distinción entre ambos tipos de prohibición, que es obra de la doctrina alemana (v., por todos, BFER, *Die relative Unwirksamkeit*, Berlin, 1975, pgs. 94 y ss. y 174-179, *passim*; un resumen, en HEINRICHS en PALANDT, *BGB Kommentar*, §135-136, Rdn. 1 y ss., DILCHER en STAEDINGER, *BGB Kommentar*, §§4 y ss.), tiene gran relevancia práctica, puesto que la infracción de una prohibición legal relativa no acarrea la nulidad radical del acto.

<sup>42</sup> Hay quien recurre también a la teoría de la legitimación para explicar las prohibiciones legales de adquirir: v., por todos, CARNELUTTI, Riv. dir. comm. 1935, pgs. 503 y ss.; ROCCHE, *Capacità e legittimazione in una teoria generale della inidoneità a compiere negozi giuridici validi*, en Temi Emil. 1936, 1, pgs. 1 y ss. o FAJZEA, voz. *Capacità (teoria generale)*, en Enc. Dir., t. VI, pg. 43. En consecuencia, esto implicaría 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.

dico de la relación entre los adquirentes. Si no pueden adquirir los integrantes de la administración concursal colegiada, con mayor razón se extenderá la limitación a la administración *unipersonal* (art. 27.2-3º I.C.) en la que no existe un control interno de otras personas.

Cuando el cargo de administrador concursal sea ocupado por una *persona jurídica*, la aplicación de la prohibición legal determina que dicho administrador –como cualquier otro– no pueda adquirir bienes de la masa directamente ni a través de las personas naturales que necesariamente han de representarla (v. art. 30 I.C.). 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 prohibición 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<sup>43</sup>. 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 extienden expresamente a la persona natural todos los instrumentos legales de control del administrador representado (art. 30 I.C.) 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 prohibición que persigue el fin concursal, al que también ellos se encuentran sometidos.

Es indiferente que el negocio jurídico de adquisición se concluya con la administración concursal (en caso de sustitución), con uno de sus miembros con poder de disposición (por ejemplo, en uno de los supuestos de los arts. 35.2 y 44.3) o con el concursado intervenido. En especial, la prohibición será plenamente aplicable al negocio jurídico traslativo celebrado entre el concursado que conserva el poder de administrar y disponer (con o sin intervención específica de los interventores) y cualquiera de los administradores encargados de intervenir ese negocio en interés de la masa.

La adquisición de bienes y derechos de la masa está vetada 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 pre-

<sup>43</sup> Precisamente uno de los motivos por el que se impone el nombramiento de un representante de la persona jurídica es la voluntad legal de cercanía al concurso, de implicación continua del administrador con las vicisitudes del procedimiento. No parece muy aventurado anticipar que, en muchas ocasiones, las decisiones serán adoptadas exclusivamente por la persona física designada. Esto es aún más probable en el caso del administrador-acreedor, que, normalmente, será un empresario ajeno a las decisiones técnicas propias del normal desarrollo de un concurso ajeno.

tende evitar con la prohibición legal. En consecuencia, los *auxiliares delegados* (art. 32 LC) 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 el delegado actúa en la misma posición jurídica que los administradores delegantes y, por lo tanto, le resultan aplicables los mismos límites<sup>44</sup>. Si se establece una presunción de contrariedad al fin concursal y los colaboradores delegados están sometidos a la misma finalidad, es lógico que queden plenamente afectados por la prohibición. Así, por ejemplo, el auxiliar encargado de la administración de una rama de la empresa concursada no podrá hacerse con 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 colaboradores*<sup>45</sup>. Como no son administradores del concurso, no ejercitan funciones del procedimiento ni se encuentran legitimados —o apoderados— por la Ley, 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 la prohibición de autoentrada prevista expresamente en la Ley concursal. Así, el *experto independiente* (art. 83 LC), 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. 1459.5º 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 se trate del administrador acreedor).

Para que se aplique la prohibición no es necesario que el bien o derecho ingrese en el patrimonio del administrador concursal mientras se encuentre en funciones y, ni siquiera, durante la vigencia del concurso. De lo contra-

<sup>44</sup> Los auxiliares delegados están legitimados para ejercitar funciones propias de la administración concursal en virtud de una resolución de delegación. En consecuencia, es normal que la posición jurídica que ocupan los nuevos encargados del ejercicio de la competencia sea la misma que habría ocupado el delegante si la hubiese desempeñado personalmente. Un órgano nunca puede delegar más facultades que las que ostenta (aunque sí, obviamente, menos). Para un análisis detallado de la relación entre los auxiliares delegados y los administradores concursales o entre aquéllos y la masa activa, v. TIRADO, «Comentario al artículo 32», en ROJO y BELTRÁN, *Comentario a la Ley concursal*, en prensa.

<sup>45</sup> Los *auxiliares simples o auxiliares colaboradores* son aquellas personas que asisten a los administradores concursales en las tareas de la administración de la masa activa, pero que, a diferencia de los auxiliares delegados, son retribuidos con cargo a la masa: personal de la empresa concursada, expertos independientes, etc. En este caso, los colaboradores no ocupan una posición jurídica análoga a la que es propia de los administradores concursales, sino que las características de su relación con el concurso dependerá del vínculo jurídico que les una con el deudor (contrato laboral, prestación de servicios, etc.): v. TIRADO, «Comentario al artículo 32», en ROJO y BELTRÁN, *Comentario a la Ley concursal*, en prensa.



rio, la prohibición sería inútil, porque para eludirla bastaría con diferir la entrega, con pactar plazos de cumplimiento o con el establecimiento de una condición suspensiva. La circunstancia relevante es que el negocio sea jurídicamente adecuado para producir la adquisición y que se concluya mientras el administrador concursal se encuentre en funciones. 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.

### 1.2. *El ámbito objetivo.*

El objeto de la prohibición está constituido por «*los bienes y derechos que integren la masa del concurso*». La expresión legal hace referencia a todos aquellos elementos patrimoniales que formen parte de la masa activa del concurso (art. 76 LC), sean presentes o futuros (v. gr., derechos de suscripción preferente o una opción de compra)<sup>46</sup>. Si la administración concursal enajena en favor de uno de sus miembros un bien que parecía integrar la masa, pero, con posterioridad, se demuestra su pertenencia a un tercero, la prohibición legal no es aplicable<sup>47</sup>. Forman parte de la masa activa y, por tanto, integran la prohibición los bienes sobre los que recaiga un derecho de garantía que conceda al acreedor un privilegio especial, si bien en este caso puede tener particular interés la posibilidad de una adquisición con autorización judicial, que puede producirse con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente (art. 155.3 LC), tanto en la fase de liquidación como con anterioridad. Quedan incluidos también en la prohibición los buques y las aeronaves, únicos bienes sobre los que un derecho de garantía otorga el privilegio procesal de ejecución extraconcursal (art. 76.3 LC), en tanto no se haya ejercitado dicho privilegio.

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 transmi-

<sup>46</sup> Sobre el contenido de la masa, v., TIRADO, «Comentario al artículo 76», en ROJO Y BELTRÁN, *Comentario a la Ley concursal*, en prensa.

<sup>47</sup> Si uno o varios administradores concursales se enajenan a sí mismos o a otro o a otros miembros del órgano un bien o un derecho que, aparentemente, formaba parte de la masa activa pero que, posteriormente, resulta de titularidad de un tercero, la operación claudicará conforme al régimen general de las ventas realizadas por un no titular sin poder o legitimación para ello, y sin perjuicio de que cualquier daño que haya ocasionado la operación deba ser resarcido por los administradores. Además, si los miembros del órgano sabían o debían saber que el bien o el derecho erróneamente transmitido pertenecía a un tercero podrán ser separados judicialmente por justa causa (art. 37 LC), lo que acarrea inhabilitación (art. 28.2 LC).

sión de bienes y derechos con valor —«teórico»— cero o, incluso, negativo (por ejemplo, la autocartera de la sociedad insolvente)<sup>48</sup>. Tampoco podrá el administrador concursal obtener la propiedad de aquellos bienes o derechos que hayan sido «abandonados» en virtud de una decisión del órgano por considerarlos gravosos para la masa (por ejemplo, cuando el órgano decide no accionar en el foro, o cuando decide abandonar determinados bienes cuyo valor de realización considera inferior al de mantenimiento)<sup>49</sup>.

La prohibición ha de considerarse aplicable también al supuesto inverso al previsto legalmente, es decir, a aquél 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. 42 LC). 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 prohibición se extiende a todos los negocios jurídicos que vayan dirigidos a producir el efecto de *transmitir la titularidad* del bien o derecho concursal a uno de los miembros del órgano (compraventa, permuta, donación, dación en pago, transacción) o permitan la posterior adquisición del bien por acto unilateral del adquirente (opciones de compra, contrato de *leasing*, etc.). En cambio, la prohibición no resultará aplicable a aquellos negocios jurídicos que, pese a constituir actos de disposición en sentido amplio, no

<sup>48</sup> En este caso, además, el administrador adquirente podría quedar incurso en causa de incompatibilidad (art. 28.3 LC).

<sup>49</sup> El concursado podría disponer sobrevenidamente de bienes a través de una declaración de voluntad irrevocable, de eficacia constitutiva, realizada por el órgano concursal legalmente autorizado, por la que se «liberan» o «desafectan» bienes previamente integrados en la masa. En caso de sustitución, el administrador del concurso ostenta plenos poderes con respecto a una masa activa que administra, y sus facultades no sólo incluyen el ejercicio de acciones para traer nuevos bienes o recuperar los que nunca debieron salir, sino la «expulsión» de todos aquellos con valor de realización esperado negativo: si, a juicio de los administradores, los rendimientos predecibles de un bien son inferiores a los costes que previsiblemente generará, puede deshacerse de ellos renunciando a su administración, desafectándolos y devolviéndolos, por lo tanto, a su propietario (el deudor concursado). Piénsese, por ejemplo, en unos contenedores de basura, un edificio en estado ruinoso, un solar hipotecado susceptible de dañar al predio contiguo o, más comúnmente, un proceso judicial iniciado por el deudor antes de la apertura del concurso de muy difícil éxito. Se trata de una práctica jurídica muy utilizada por la doctrina alemana, que la denomina *Freigabe*. Para un tratamiento general de los problemas jurídicos que plantea la figura, v. HENCKEL en JAEGER, *Konkursordnung*, §6, Anm. 17, KUHN y UHLENBRUCK, *Konkursordnung*, §6, Rdn. 35 y KILGER y K. SCHMIDT, *Insolvenzgesetz*, München, 1997, 15ª ed., §6, Rdn. 9; con la InsO, v., por todos, UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung Kommentar*, Frankfurt a. M., 2003, 12ª ed., §35, Rdn. 23-35, SMID, *Insolvenzordnung*, §80, Rdn. 25. HAARMAYER y WUTZKE y FÖRSTER, *Handbuch*, pg. 472 y SCHWERDLING, *Die Stellung des Insolvenzverwalters nach neuem Insolvenz- und Handelsrecht*, Frankfurt a. M., 2000, pgs. 48 y ss.

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 cede en *usufructo* un bien o un derecho, o incluso si *arrienda* un inmueble incluido en el patrimonio del concurso, aunque evidentemente, el administrador concursal arrendatario no podrá ejercitar los derechos de tanteo y 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 extensiva, lo que no parece correcto si se tiene en cuenta que la Ley 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 –arts. 43.2-hasta la rendición de cuentas –arts. 38 y 181– 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. 2.1º 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).

### 1.3. *La adquisición por persona interpuesta.*

La Ley se preocupa de disponer que los administradores concursales no podrán adquirir los bienes ni directamente ni «por persona interpuesta». La expresión legal no hace referencia a la interposición ficticia de un tercero en la compraventa, de modo que el negocio traslativo no constituye 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 y en concreto que se haya pactado una remuneración o que el interpuesto actúa por gratitud. Las consecuencias de ello son importantes. De un lado, queda claro que el cauce jurídico para impugnar el acto no será la acción de simulación y, de otro lado, queda claro que 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 adquiera un bien de un sujeto que lo hubiera adquirido previamente del patrimonio concursal sin la intención de retransmitírselo con posterioridad. En cambio, en segundo lugar, esa adquisición sí 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 tercer lugar, 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 se encuentre en funciones. 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<sup>50</sup>. 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

<sup>50</sup> De hecho, la propia Ley concursal desconfía de la subasta como método de liquidación, como demuestra la expresa exclusión de la misma como garantía suficiente para evitar el conflicto de intereses existente en la autoentrada de los administradores (art. 151.1 LC). No se trata de una desconfianza nueva. También la prohibición general de autocontratación del Código Civil, siguiendo al Código Civil francés y al italiano de 1865, prohíbe la operación aunque sea «en subasta pública o judicial» (art. 1459 CC). V. GARCÍA CANTERO, «Comentario al art. 1459», pg. 136; la prohibición del Código Civil italiano vigente incluye también la mención a la enajenación por subasta pública (art. 1471 CC).

y el adquirente, la existencia de otros postores, la correcta incardinación del acto de enajenación en el plan de liquidación, etcétera.

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.

## 2. Los efectos de la infracción de la prohibición.

### 2.1. La ineficacia del acto de adquisición.

#### 2.1.1. 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 LC) y uno o varios administradores concursales infringen la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa (art. 151 LC). En consecuencia, el negocio concluido es *anulable*, el régimen legal de la anulabilidad será el que determinan la Ley Concursal (art. 40.7 LC) y el Código Civil<sup>51</sup>. 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 LC). La venta realizada por el deudor no autorizado y la simultánea adquisición por parte del administrador conforman la violación de dos preceptos (arts. 40 y 151). En cuanto al régimen de ineficacia se produce una concurrencia de regulaciones que se resuelve con la aplicación de aquella que afecta al transmitente; pero el resto de los efectos propios de cada precepto incumplido debe encontrar aplicación y, por ello, el administrador infractor debe ser sancionado con la inhabilitación pertinente.

<sup>51</sup> Probablemente, la mención legal expresa del carácter «anulable» de los actos del concursado responda a un doble motivo (art. 40.7 y E. de M. LC): por un lado, se ha querido terminar con la vieja polémica sobre la naturaleza de la ineficacia de los actos del quebrado desahogado, rechazándose la tesis de la nulidad radical, algo que constituye la solución general en el Derecho comparado. Por otra, se han pretendido proteger en la mayor medida posible los intereses de los acreedores, permitiendo la confirmación de un acto cuando les beneficia. Sin embargo, se trata de un anulabilidad *sui generis*. Así, por ejemplo, la legitimación para entablar la acción corresponde sólo a la administración concursal, los plazos para su ejercicio son distintos a los previstos en el Código Civil y las normas generales sobre restitución de las prestaciones presentan especialidades importantes en el supuesto concursal (v. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 40», en ROJO y BELTRÁN, *Comentario a la Ley concursal*, en prensa).

En los demás casos, es decir, si el negocio jurídico lo ha concluido el deudor con la correspondiente autorización o, en caso de sustitución, los administradores concursales, la Ley 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 de un bien o de un derecho de la masa por parte de uno cualquiera de los miembros de la administración concursal *no constituye un acto sometido a nulidad radical*. 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), constituye una interpretación apresurada que ignora —e, incluso, contradice— la finalidad del precepto prohibitivo y su incardinación sistemática en la configuración jurídica de la administración concursal. En efecto, tal y como ya se ha señalado, la adquisición de bienes y derechos de la masa por parte de los administradores concursales es un acto realizado sin legitimación 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 otra actuación realizada sin legitimación. La administración concursal recibe legalmente competencias para vincular el patrimonio afecto al concurso, en caso de sustitución, o para conceder eficacia a los actos del concursado, cuando se ha establecido la intervención. Pero la administración concursal es una creación legal de naturaleza eminentemente instrumental dirigida al correcto desarrollo de la finalidad perseguida por el procedimiento. Esta naturaleza funcional explica por qué no es posible que el ordenamiento jurídico le haya dotado de más posibilidades de alterar la realidad jurídica (o, si se prefiere, de ejercer eficazmente sus competencias) que aquellas que contribuyan a la consecución de la finalidad del concurso. Las facultades de vincular la masa activa terminan donde acaba el interés del concurso, de modo que la administración concursal puede actuar de manera vinculante para el concurso sólo cuando no contradiga el mandato imperativo al que se encuentra sometida. Si contradice ese mandato, la masa permanecerá insensible, pues la administración concursal habrá actuado sin legitimación.

Tanto si la administración concursal sustituta transmite un bien o un derecho a uno de sus miembros como si presta la autorización para la transmisión por el concursado intervenido, la consecuencia jurídica del acto será la *ineficacia* (y no la nulidad radical). Se trata de una sanción similar a la prevista con carácter general para la persona que ha actuado sin poder (art. 1259 CC). El artículo 1259 del Código Civil, tradicionalmente concebido como regulador de la actuación del *«falsus procurator»*, dispone que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado o sin tener por ley su representación, bajo sanción de «nulidad» y con posibilidades de ratificación. La amplitud de la expresión legal, junto con su ubicación en el Código —entre las disposiciones comunes a los contratos—, invita a interpretar el supuesto contemplado de modo amplio, como norma genérica, aplicable no sólo al representante en sentido estricto, sino también al legitimado fun-

cional en el sentido aquí defendido para la administración concursal<sup>52</sup>. El tenor literal de la norma no es obstáculo para extender su aplicación. En primer lugar, que se regule el caso del que actúa «a nombre de otro» no deja fuera nuestro supuesto, ya que los administradores actúan en nombre propio, pero en su condición de órgano concursal, lo que permite a la contraparte conocer que la persona con quien contrata no quiere los efectos del negocio para sí, sino para el concursado. Por otra parte, aunque se limita a mencionar los supuestos de «autorización» y representación legal del sujeto en cuyo nombre se contrata, no puede tomarse como excluyente de aquellos sujetos que, en lugar de representación, actúan en virtud de la atribución *ex lege* de la legitimación para administrar y disponer, porque en el momento de la elaboración del Código el grado de avance en la creación doctrinal en torno a los regímenes de actuación sobre patrimonios ajenos era menor. De este modo, el acto no surtirá ningún efecto frente a la masa, que no se verá en absoluto afectada –negativamente– por el negocio, salvo que posteriormente se ratifique<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> V., en detalle TIRADO, *La sindicatura de la quiebra*. El problema de la posición jurídica de la sindicatura concursal, tesis (inédita), Universidad Autónoma de Madrid, enero de 2002, pgs. 498 y ss.

<sup>53</sup> De modo similar, buena parte de la doctrina civilista española señala que la infracción de la prohibición de autocontratación del mandatario (y de aquellas limitaciones a las que subyacen intereses privados: art. 1459 CC) tiene como consecuencia la mera ineficacia, en el sentido del «representante sin poder» (art. 1259 CC). Así, entre otros, DE CASTRO, *Temas*, pg. 117; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. I, pg. 157; DIEZ-PICAZO, *ADC* 1961, pgs. 657 y ss.; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, t. I, pg. 571; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. I, pg. 801; DELGADO ECHENERRÍA, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, Madrid, 2000, t. I, v. III, pg. 308, señala que «se considera... ese contrato [la autoentrada] como hecho por el representante sin estar autorizado para ello, y, como tal, ineficaz en principio, si bien susceptible de ser ratificado por el interesado, si quiere, con lo que adquirirá plena validez y eficacia. Esta solución, viable en el terreno de los principios, parece más realista [que la teoría de la nulidad radical] y encaja mejor en el contexto de la defensa de los intereses en juego».

En Derecho alemán, la práctica totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, tanto bajo la *Konkursordnung* como con la *Insolvenzordnung*, defiende la aplicación analógica al *Verwalter* del §181 BGB, regulador con carácter general de la autocontratación (*Selbstkontrahierung*) (v., entre otros, KILGER y K. SCHMIDT, *Insolvenzgesetze*, §6, Rdn. 4, KUHN y UHLENBRUCK, *Konkursordnung*, §6, Rdn. 20, LÜKE en KÜBLER y PRÜTTING, *Insolvenzordnung Kommentar*, Köln, 2001, §80, Rdn. 26, UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung*, §80, Rdn. 59 y OTT, en KIRCHHOF, LWOWSKI y STÜRNER, *Münchener Kommentar zur InsO*, München, 2003, t. I, §80, Rdn. 38). Esto es aceptado con independencia de la concepción que se defienda sobre la naturaleza jurídica de la administración concursal, ya que el mencionado párrafo del BGB se considera un principio general del Derecho privado. La doctrina más antigua, sustentada en una serie de decisiones del *Reichsgericht*, consideraba que la sanción más adecuada de la infracción de la prohibición de autocontratar era la nulidad radical; pero poco a poco fue abandonándose por la doctrina y la jurisprudencia la concepción del §181, primero como infracción de una prohibición legal *ex* §134 BGB, y después como una incapacidad de obrar, para acercarse a la actuación de un representante sin poder. En la actualidad, buena parte de la doctrina civilista alemana entiende que la autocontratación puede ser previamente autorizada o –posteriormente– ratificada por el «representado» (es decir, por el titular de los intereses amenazados por el conflicto de intereses). Así, v., entre otros, HEINRICHS en PALANDT, *BGB Kommentar*, München, 1995. 52ª ed., §181,

Existen otros argumentos a favor de la ineficacia –y, por tanto, en contra de la nulidad–. En primer lugar, el *lateral*, 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 de un sujeto que procure sus intereses por motivos de conveniencia práctica, como el 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 (acreedores y 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 del mismo siempre y cuando se beneficien los intereses del concurso<sup>54</sup>.

Rdn. 15; SÄCKER en REBMAN y SÄCKER, *Münchener Kommentar zur BGB*, München, 1993, §181, Rdn. 37 o FLEME, *El negocio jurídico*, Madrid, 1998, trad. de MIQUEL y GÓMEZ CALLE, pg. 944.

En Derecho italiano, la doctrina se encuentra dividida. La normativa concursal no incluye un precepto específico que regule la autocontratación del *curatore* y, en consecuencia, resultan aplicables las normas generales del Derecho privado. El *codice civile* italiano incluye un artículo que regula las prohibiciones especiales para comprar (*divieti speciali di comprare*, art. 1471 CC), que se encarga de establecer el régimen de incumplimiento: la nulidad radical, para las adquisiciones de los miembros de las Administraciones Públicas, y la anulabilidad para la autoentrada del mandatario o de otros administradores de bienes privados (art. 1471 *in fine* CC). El problema en el ámbito concursal radica –precisamente– en la consideración legal del *curatore fallimentare* como *pubblico ufficiale*, tal y como expresamente establece la *legge fallimentare* (art. 31). Apoyándose en este precepto, parte de la doctrina entiende que el incumplimiento de la prohibición de adquirir bienes de la masa por el administrador concursal es un negocio viciado de nulidad, pues se le aplica análogicamente la regulación de los funcionarios judiciales (v., sobre todo, BIANCA, *La vendita*, pg. 106). Sin embargo, como resulta pacífico hoy en día, la declaración de la *legge fallimentare* tiene un significado restringido y no convierte al administrador concursal en un empleado público, ni le hace ocupar una posición jurídica de este tenor salvo en aspectos muy concretos (al respecto, v., por todos, SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, Milano, 1965, pgs. 3 y ss., *passim*). Por ello, otra parte de la doctrina entiende que el incumplimiento del *curatore*, además de recibir –en su caso– la sanción típica propia de los actos dispositivos sin autorización del *Giudice delegato* (o del *Tribunale fallimentare*), son simplemente anulables, como las realizadas por cualquier administrador de bienes ajenos (v., por todos, LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, pg. 43 y el resumen de CIAN y TRABBUCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1997, 5ª ed., pg. 1005).

<sup>54</sup> Tal y como se expuso en la introducción a este trabajo, que la regulación de situaciones de autoentrada incluya una sanción de nulidad radical o no depende del motivo



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 protege al concurso de la salida de bienes y derechos en condiciones desfavorables y de la decisión en torno a la propia conveniencia –y al momento– de la enajenación. El órgano judicial, al autorizar o al ratificar controlará siempre el primero de los riesgos. En cuanto al segundo, la administración concursal, en la fase de liquidación, no tiene la posibilidad de decidir si liquida o no: debe hacerlo (bajo pena de inhabilitación: art. 152 LC) y, por lo tanto, no existe riesgo de comportamiento estratégico a la hora de adoptar la decisión –temporal– de venta. Este riesgo, que sí existe con anterioridad, deberá ser controlado por el juez al solicitársele autorización o, retrospectivamente, al contemplar una eventual ratificación. Serán, naturalmente, los administradores los que deban justificar tanto la conveniencia de la operación como el momento de su ejecución.

### 2.1.2. El régimen jurídico de la ineficacia.

El concepto de ineficacia es un término impreciso, susceptible de muy dis-

subyacente a la prohibición: si está en peligro un interés público se establece la imposibilidad de sanear el negocio y viceversa. Pues bien, la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa impuesta a los administradores concursales no está intentando proteger la moralidad o el orden público; ni siquiera un supuesto interés general. La desaprobación legal no radica en el propio comportamiento, considerado antijurídico en sí mismo (y, por tanto, merecedor de sanción), ni tampoco se produce una apariencia externa de ilegalidad que deba necesariamente evitarse. La Ley concursal prohíbe la autocontratación de los miembros de un órgano de naturaleza privada y lo hace para proteger un interés privado. Que la administración concursal tiene carácter privado, al menos en lo que aquí concierne, es algo que no resulta dudoso (v. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1983, 8ª ed., t. II, pg. 485; de hecho, algunos estudiosos de la prohibición de autoentrada del mandatario afirman la identidad de este supuesto estrictamente privado con los administradores concursales *rectius*, con los «sindicados»: v. GARCÍA CANTERO, «Comentario al art. 1459», pg. 144). Aunque las afirmaciones doctrinales se refieran a la legislación derogada, en la que el órgano estaba integrado por acreedores y elegido entre ellos, la situación no es distinta en la actualidad, ya que lo que determina la naturaleza del órgano no es quién elige a los administradores, sino las características de sus funciones y la finalidad que persiguen (o, si se prefiere, los intereses que defienden). Los integrantes son sujetos ajenos a la Administración pública, sus actuaciones en ningún caso tienen el carácter de acto administrativo y su estatuto jurídico dista mucho de ser el propio de un funcionario, siquiera de uno judicial. Además, se trata de un órgano que procura un interés privado, pues el «fin concursal» es un concepto jurídico complejo que engloba una multiplicidad de intereses, pero todos ellos de carácter privado. El hecho de que los sujetos protegidos por la norma que prohíbe la autocontratación puedan ser muchos y de características heterogéneas no les confiere la naturaleza pública. Esta realidad sí tiene influencia en el régimen jurídico de la autoentrada, pero no como determinante de la nulidad radical en caso de incumplimiento, sino en lo relativo al régimen de ratificación. La existencia de una gran cantidad de personas interesadas en evitar el daño derivado de la autoentrada hace funcionalmente impracticable el régimen normal de ratificación consistente en tantas declaraciones de ratificación como sujetos tutelados por la norma prohibitiva infringida. Además, debe recordarse que no se trata sólo de un problema de número, sino que la insolvencia general trae consigo la confluencia de intereses que se encuentran en conflicto entre sí. Por ambos motivos, la ratificación debe recaer en el

tintas concreciones y, con ello, de diversas consecuencias jurídicas. Se hace, por tanto, necesario, determinar con qué contenido se utiliza<sup>55</sup>. La ineficacia, que es una sanción legal impuesta por la diferencia existente entre el «tipo ideal» de negocio jurídico legalmente previsto y el que se ha realizado, no tiene necesariamente que ser declarada de manera expresa por la norma, sino que también se produce cuando lo impone la finalidad de la norma infringida<sup>56</sup>. Pues bien, si la actuación de los administradores concursales en infracción de la prohibición de autocontratación no es nula, ni es anulable<sup>57</sup>, ni rescindible, su ineficacia no tiene categoría propia. Se trata

juez del concurso, que es la persona a la que la Ley concursal otorga la competencia de protector último del complejo «interés del concurso».

<sup>55</sup> La regulación de los distintos tipos de ineficacia del Código Civil se realiza antes de que se construyeran dogmáticamente las distintas categorías. Por ello, existen una serie de situaciones jurídicas que no encajan correctamente en los moldes de la nulidad, de la anulabilidad o de la rescisión. Para superar este inconveniente se han realizado esfuerzos doctrinales que, adoptando una perspectiva distinta, pretenden centrarse en los efectos de la ineficacia, «funcionalizando» las distintas categorías. V. DIEZ-PICAZO, «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», en *ADC*, núm. 2 (1961), pgs. 809 y ss.; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1996, 5ª ed., t. I, pgs. 458 y ss. Una exposición muy clara de los distintos tipos de ineficacia puede leerse en SCALASI, *voce «inefficacia (Diritto privato)»*, en *Enc. Dir.*, t. XXI, pgs. 338 y ss.

Atendiendo al mecanismo de actuación, la ineficacia puede ser automática (cuando se produce por la propia fuerza de la norma jurídica) y provocada (cuando se atribuye a determinados sujetos el poder jurídico de provocar la ineficacia del negocio –*Anfechtbarkeit*–). Atendiendo al momento de la sanción, la ineficacia puede ser originaria y sobrevenida. Atendiendo a los afectados, se distingue entre ineficacia absoluta (el negocio no produce ningún efecto para nadie, *erga omnes*) o relativa (el negocio es ineficaz para un grupo de personas, pero eficaz para otras; o, en otras palabras, es inoponible ante algunos y oponible frente a otros). Atendiendo al ámbito del negocio afectado por la sanción, la ineficacia puede ser total o parcial. Atendiendo a su causa, la ineficacia puede ser estructural (si existen imperfecciones, vicios o defectos en el negocio) o funcional (si proviene de las consecuencias que despierta un negocio estructuralmente regular, es decir, que el vicio no afecta a uno de los elementos esenciales del acto). Por último, atendiendo a la posibilidad de corrección, la ineficacia puede ser sanable o insanable.

Aplicando esas clasificaciones, el negocio realizado por el *falsus procurator* resultará ineficaz de manera automática, originaria, funcional (aunque esta característica depende de la teoría explicativa en torno al negocio celebrado por el *falsus procurator* que se defienda; así será si se entiende como un negocio sometido a condición legal; al respecto, v. RIVERO, «Naturaleza y situación del contrato del “falsus procurator”», en *ADC*, núm. 4 [1976] pgs. 1047 y ss.), sanable y relativa. Como se aprecia a primera vista, no encaja con ninguno de los supuestos típicos de ineficacia del Código Civil: se diferencia de los negocios nulos, al menos, en que se trata de un negocio cuya falta de eficacia puede ser sanada y cuyos efectos son totalmente ajenos a un sujeto –aquél en cuyo nombre se actúa–, aunque no puede predicarse su inexistencia. Respecto de la rescisión, las diferencias son obvias: además de compartir esta última con la anulabilidad, para la ineficacia no es necesario que se dé el perjuicio patrimonial del sujeto en cuyo nombre se actúa.

<sup>56</sup> Así, DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, t. I, pg. 537 y DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, t. I, pgs. 453-454.

<sup>57</sup> La ineficacia del acto de la administración concursal se separa de la anulabilidad por el hecho de que el negocio no produce ninguna clase de efectos para la esfera jurídica de esa persona, mientras que las actuaciones anulables (al menos según la doctrina mayoritaria: v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, t. I, pgs. 486 y ss.) surten efecto hasta que

de un tipo de ineficacia cuya reglamentación responde al intento del legislador por preservar la esfera jurídico patrimonial privada; no se trata de privar al negocio de toda posibilidad de existencia eficaz, pues así se estaría protegiendo peor el interés del titular del patrimonio que se intenta afectar, en la medida en que el negocio puede convenirle. La idea de la regulación del *falsus procurator*, aplicable –con salvedades– al órgano concursal, es clara: en principio, un sujeto (los administradores concursales) no puede afectar jurídicamente el patrimonio de otro (el del deudor y los legítimos intereses de los acreedores), en tanto éste (o el que deba decidir por él: el juez) no quiera –o lo impongan las leyes– (ineficacia sanable)<sup>58</sup>.

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 hasta que no sea, en su caso, ratificada: el acto nace ineficaz. Se trata también de una *ineficacia funcional*, ya que al acto de los administradores le falta un elemento externo, ajeno al mismo, que no le permite desplegar los efectos que se buscaban inicialmente, y se trata, en fin, de una ineficacia absoluta. Cualquier legitimado puede entablar la correspondiente acción de impugnación, pero la sentencia que recaiga será meramente declarativa<sup>59</sup>. La impugnación del acto se sustanciará por los trámites del *incidente concursal* (art. 192.1 LC). El supuesto de autocontratación del órgano no constituye la impugnación de un «acto de administración» en el sentido dado a la expresión por la Ley concursal (art. 192.3 LC, que excluye del incidente concursal esta materia), porque la impugnación de la actuación de los administradores se produce por incumplimiento de una norma legal y no «por razones de oportunidad»<sup>60</sup>. Si la acción se entabla tras la conclusión del concurso, será aplicable el procedimiento ordinario que corresponde (arts. 249-250 LEC).

se impugna. Además, debe recordarse una vez más, la falta de legitimación trae consigo la ineficacia, no la anulabilidad.

<sup>58</sup> Respecto del *falsus procurator*, v. ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pgs. 378 y ss.

<sup>59</sup> Es de nuevo DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, t. I, pg. 460, el que explica con mayor claridad la diferencia entre este tipo de acción y la que se daría ante una eficacia *provocada*: «la pretensión dirigida a obtener un pronunciamiento de los tribunales sobre una ineficacia automática o radical origina una acción y una sentencia que son meramente declarativas, pues se dirigen a declarar o a constatar un estado de cosas previamente existentes: el estado de ineficacia. En cambio, en la ineficacia provocada, la acción y la sentencia son constitutivas. La sentencia crea el estado jurídico de la ineficacia».

<sup>60</sup> La sustanciación de la impugnación a través del incidente concursal es una solución congruente con el diseño legal del procedimiento y con los principios procesales generales que inspiran la regulación del concurso, y, además, es respetuoso con el principio de economía procesal. A fin de cuentas, no hay que olvidarlo, uno de los puntos que justifican –según algunos– la propia existencia de un proceso de ejecución colectiva consiste en el ahorro de costes (informativos, de administración, burocráticos) y, en general, de la eficiencia que trae consigo la ventilación de todas las discrepancias en un solo procedimiento. Al respecto, v. JACKSON, *The logic and limits of Insolvency Law*, Boston, 1986, pgs. 7 y ss. Además, estamos ante la misma solución prevista por la legislación concursal derogada (art. 1359 LEC 1881).

La *legitimación activa* para solicitar la ineficacia del negocio corresponde a todos aquellos cuyos intereses pueden verse dañados, porque se trata de una ineficacia absoluta. 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 del órgano que no hayan tomado parte 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<sup>61</sup>: 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 estos negocios quieran también dejarse sin efecto y, naturalmente, el administrador concursal adquirente. Si el acto de enajenación ha sido realizado —o autorizado— por los administradores como órgano colegiado, éstos también estarán legitimados pasivamente. Si la enajenación se produjo en el ejercicio de las facultades de administración conferidas individualmente a uno de los miembros del órgano (art. 35.2 LC), 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 es presupuesto para una eventual 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, bien sea por un administrador o por un tercero por cuenta de aquél. Corresponderá al adquirente la prueba del beneficio para la masa.

<sup>61</sup> Se trata de un litisconsorcio pasivo necesario (art. 12 LEC) que, como es sabido, trata de evitar que puedan resultar afectados por la resolución jurídica quienes no resulten oídos y vencidos en juicio; sobre la configuración de este concepto, v., por todos, F. DÁVILA, *Litisconsorcio necesario: concepto y tratamiento procesal*, Barcelona, 1997 (3ª ed.), especialmente pgs. 74 y ss., *passim*.

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 pudieran ejercitarse (art. 1964 CC). Es preciso realizar alguna precisión ulterior, porque es dudoso si la clausura del concurso produce la preclusión de la acción. La pretensión de los sujetos legitimados para declarar la ineficacia subsistirá en tanto permanezca incólume el interés por la declaración y, en principio, ello dependerá de que se haya producido la satisfacción íntegra de las pretensiones de los acreedores. En este caso, ni los acreedores ni aquellos otros interesados asimilables a estos efectos (por ejemplo, los trabajadores) podrán impugnar el acto. Sin embargo, esto no puede hacerse extensible al deudor, en contra del cuyos intereses también se ha realizado el acto irregular, y que mantiene vivo el interés por dejar ineficaz un acto que le ha producido un perjuicio. Recuperadas sus facultades de administración y disposición, nada debe impedirle el ejercicio de la acción, de modo que estos negocios no quedan *convalidados* por la finalización del procedimiento concursal.

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 siempre que ello convenga a los intereses del concurso<sup>62</sup>. Naturalmente, dado el rígido sistema de enajenación de bienes de la masa previsto por la normativa concursal, es previsible que la ratificación acontezca en muy pocas ocasiones. Debe tenerse en cuenta que los administradores transmitentes han debido solicitar autorización previa, antes de la fase de liquidación, y que, en este último tramo del procedimiento, existe un plan que puede haber previsto el acto o, si no, 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<sup>63</sup>. Evidentemente,

<sup>62</sup> Salvo que la enajenación se haya realizado por el deudor sin autorización, en cuyo caso se trataría de una *confirmación* (pues estaríamos ante un acto anulable *ex art.* 40.7 LC). Sobre la distinción entre ratificación y confirmación, v. CLAVERÍA, *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, pgs. 50 y ss.; para un análisis del régimen jurídico de la confirmación de los actos del deudor concursado, v. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al año 40», en ROJO y BELTRÁN, *Comentario a la Ley Concursal*, en prensa.

<sup>63</sup> Normalmente la ratificación se produce directamente por el titular de los intereses pretendidamente representados por el representante sin poder. Sin embargo, no debe olvidarse que no se trata de aplicar estrictamente el artículo 1259 del Código Civil, sino que, ante el silencio de la Ley concursal en torno a las consecuencias de una actuación de la administración contraria a los intereses del concurso, debe aplicarse el régimen de ineficacia general que mejor se adapte a la posición jurídica de los sujetos implicados (el

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 concursales por los administradores 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

órgano y la masa), en todo aquello que no contradiga los principios del concurso (así es también como se interpreta la aplicación del §181 BGB al supuesto del administrador concursal por parte de la doctrina y la jurisprudencia alemanas: v., por todos, UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung*, §80, Rdn. 59). Uno de los aspectos esenciales del procedimiento concursal es, precisamente, su carácter colectivo. Debido a la –previsible– existencia de un gran número de afectados, las actuaciones que exijan un pronunciamiento en idéntico sentido de todos ellos resulta muy difícil y, desde luego, se trata de una medida funcionalmente ineficiente. Pero, sobre todo, la existencia de un conflicto de intereses entre los propios acreedores hace que, en ocasiones, resulte más correcto que sea un órgano aseptico, independiente, el que adopte decisiones. El «fin o interés del concurso» es un concepto jurídico complejo en el que se engloban, jerarquizados, todos los intereses tutelados por la Ley concursal. Como resulta evidente, se trata de una finalidad distinta a la personal de cada uno de los acreedores y, en consecuencia, la necesidad de ratificación por todos los interesados podría ocasionar el rechazo de actuaciones objetivamente beneficiosas para la colectividad de acreedores.

En Derecho alemán, la doctrina y la jurisprudencia –tanto con la *Konkursordnung* como con la *Insolvenzordnung*: v. HESS, *Insolvenzordnung*, §56, Rdn. 25– han negado que la ratificación de la autoentrada del *Insolvenzverwalter* pueda ser realizada por las partes del procedimiento e, incluso, por el órgano judicial. El deudor no puede ratificar porque se encuentra sometido a una prohibición de administrar y disponer; la junta de acreedores no es la «representada» en el sentido técnico jurídico del término, es decir, ni el órgano colegiado ni sus componentes sufren *directamente* sobre su patrimonio las consecuencias de la infracción legal (v. KUHN y UHLENBRUCK, *Konkursordnung*, §6, Rdn. 20. HESS y KROPSHOFFER, *Kommentar zur Konkursordnung*, Frankfurt a. M., 1989, 3 ed., §6, Rdn. 31, DUCHER en STAUDINGER, *BGB Kommentar*, Berlin, 1980, 12ª ed., §181, Rdn. 42b, HEINRICHS en PALANDT, *BGB Kommentar*, §181, Rdn. 15); por último, el juez tampoco puede ratificar, ya que –a diferencia del Derecho español– entre sus competencias no se encuentra la autorización previa a los actos de disposición de los administradores (v. HENCKEL, en JAEGER, *Konkursordnung*, §6, Anm. 149). En Derecho alemán, para evitar el conflicto de intereses propio de la autocontratación de la administración del concurso se opta por nombrar un «administrador especial» (*Sonderverwalter*) a los solos efectos de realizar la enajenación (v. WEBER en JAEGER, *Konkursordnung*, §126, Anm. 3, KILGER y K. SCHMIDT, *Insolvenzgesetze*, §6, Rdn. 4, UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung*, §80, Rdn. 59). Naturalmente, dado que su nombramiento se realiza precisamente para asegurar la imparcialidad, resultan aplicables una serie de incompatibilidades relativas a la relación entre el «administrador especial» y el «administrador concursal» (v. MOHRBUTTER y MOHRBUTTER, *Handbuch der Insolvenzverwaltung*, Köln, 1997, 7ª ed., pg. 49).

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 LC).

Más complejo resulta, sin embargo, el modo en que debe producirse la ratificación una vez ha sido impugnado el acto ante el juez concursal. 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 a primera vista 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 del negocio jurídico dispositivo. 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.

## 2.2. *Las sanciones.*

### 2.2.1. La reintegración del bien.

La ineficacia del acto realizado infringiendo la prohibición legal de autocontratación implica una serie de consecuencias de carácter sancionador previstas expresamente por la Ley concursal: 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 existe, las sanciones serán consecuencia automática de la declaración de ineficacia del acto prohibido, de modo que no puede excluirse su aplicación por parte del juez. 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<sup>64</sup>.

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<sup>65</sup>. 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

<sup>64</sup> Si la transmisión de un bien o de un derecho a uno a varios de los miembros de la administración concursal ha contribuido a agravar la insolvencia (art. 164.1 LC), el concurso será calificado como *culpable*, con las consecuencias que legalmente se derivan de tal calificación (art. 172.2 LC). Es previsible que esta situación se dé casi siempre pues, de lo contrario, el acto habría sido autorizado o ratificado.

<sup>65</sup> En virtud de esta norma concursal, el administrador o el tercero interpuesto perderán también el derecho a exigir la reintegración de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa (art. 455 CC).

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)<sup>66</sup>. En caso de que fuese posible la restitución del objeto *in natura*, ésta deberá acompañarse tanto de los frutos percibidos como de los recibidos (art. 455 CC)<sup>67</sup>, 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.

### 2.2.2. La inhabilitación.

La segunda sanción es la *inhabilitación para el ejercicio del cargo* de aquel administrador del concurso que hubiera cometido la infracción. La sanción debe entenderse aplicable tanto a los administradores técnicos como al acreedor, puesto que el conflicto de intereses se produce en ambos supuestos y el precepto no establece distinción alguna. 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 LC), de modo que la inhabilitación podrá tener una duración mínima de seis meses y máxima de dos años<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Adopta una solución similar la propia Ley concursal al regular los efectos de las «acciones rescisorias» (art. 73.2 LC).

<sup>67</sup> Esto es así porque se supone que, en la mayoría de las ocasiones, se habrá actuado de mala fe (art. 455 CC). Por este mismo motivo, el riesgo de pérdida o de deterioro del objeto del negocio de autoentrada correrá a cargo del administrador o del tercero interpuesto (art. 457 CC).

<sup>68</sup> Esta solución es válida siempre y cuando no se haya producido la separación del administrador concursal. Sin duda, la infracción de la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa constituye *justa causa* para separar a los administradores implicados (art. 37 LC). En este caso, la resolución judicial que cese al miembro del órgano acarreará la sanción de inhabilitación durante dos años establecida en el art. 28.2 de la Ley concursal (sanción que no deriva automáticamente de la separación, sino que debe ser incluida por el juez si la causa que ha motivado el cese consiste en una actuación reprochable del cesado: v. TIRADO, «Comentario al artículo 37», en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios a la Ley concursal*, en prensa). En consecuencia, la inhabilitación por un período de tiempo menor a dos años sólo sería posible si el acto resulta impugnado una vez que el administrador ha dejado de ser miembro del órgano por un motivo distinto a la separación (por ejemplo, por renuncia justificada) o, en fin, tras la clausura o la suspensión del procedimiento concursal.



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 LC). Las condiciones de la inscripción serán aquellas determinadas en el reglamento que desarrolle el funcionamiento del registro (art. 198 LC).

### 2.2.3. 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, porque parece lógico entender que la pérdida del crédito se refiera tan sólo al que permitió al acreedor adquirir la condición de administrador y, al tratarse de una sanción, no puede interpretarse extensivamente. 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»), sino de su desaparición: concluido el procedimiento concursal, la pretensión crediticia tampoco podrá ser ejercitada. La Ley no establece limitación temporal alguna y, además, se refiere a la pérdida del crédito, no a la suspensión temporal de su exigibilidad. Además otra solución podría conducir a resultados absurdos, como la readquisición de la condición concursal del crédito cuando se produjera la reapertura del concurso por la aparición sobrevenida de bienes\*.

\* El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado «La reforma del Derecho Concursal: antecedentes y objetivos» (BJU2003-02024), financiado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

La elaboración de este trabajo se ha beneficiado también del Proyecto de Investigación sobre «Crisis económica, quiebra y reestructuración empresarial», de la DGI del Ministerio de Ciencia y Tecnología, BJU 2002-01813.