

1.7. Concursal Civil

Limitaciones y prohibiciones impuestas al concursado en el convenio*.

La acción de reintegración del artículo 137.2 de la Ley Concursal

*Limitations and prohibitions imposed on the
bankrupt in the agreement.*

*The action for recovery under article 137.2 of the
Insolvency Law*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El convenio concursal es eficaz desde la fecha de la sentencia que lo aprueba, dando lugar a la finalización de los efectos legales y judiciales del auto declaratorio del concurso, los cuales son sustituidos por los efectos establecidos por el propio convenio. El artículo 137 LC prevé que en el convenio puedan imponerse medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor cuya naturaleza jurídica se discute, calificándose por la doctrina, bien como limitaciones a la capacidad de obrar; bien como prohibiciones de disponer, bien como meras obligaciones de no disponer o de no administrar que no afectarían a la eficacia del acto contrario. La infracción de esas medidas es sancionada por la LC con la posibilidad de que los acreedores soliciten la declaración de incumplimiento de convenio, cabiendo también la posibilidad de ejercitar una acción de reintegración del bien enajenado mediante el acto infractor (art. 137.2 LC). Pero esta acción de reintegración, cuya naturaleza (también discutida) parece más bien ser la de una acción rescisoria, solo perjudicará a terceros subadquirentes si las medidas prohibitivas o limitativas constan previamente en el Registro, en el asiento de inscripción del convenio. Dicha acción rescisoria no tendría su fundamento en el perjuicio a la masa o en el fraude, sino simplemente en la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas establecidas en el convenio, pues lo que se pretende proteger mediante tales medidas, y tal acción, es el cumplimiento del contenido normativo del convenio concursal, regulador de la celebración de futuros contratos por el concursado.

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-83321-P, «Tutela de los consumidores y clientes de servicios FinTech», dirigido por la Prof.^a Dra. Matilde CUENA CASAS.

ABSTRACT: *Insolvency settlements are effective as from the date of the judgment in which they are approved, and once approved the legal and judicial effects of the initial action declaring the insolvency are cancelled and replaced by the provisions contained in the settlement itself. Article 137 of the Insolvency Law provides that the settlement may contain measures to prohibit or curtail the exercise by a debtor of its rights of ownership (the legal nature of which is discussed), and this is recognized by learned opinion as variously constituting a restriction on the debtor's legal capacity, or a prohibition on the disposal of assets, or a mere duty not to dispose or not to administer, which would not affect the effectiveness of acts to the contrary. The Insolvency Law penalizes the infringement of such measures by allowing creditors to apply for a declaration to the effect that the settlement has been breached, and also by allowing for the possibility of pursuing an action for the recovery of the asset that has been disposed of in a manner that is prohibited (art. 137.2 of the Insolvency Law). But this action for recovery, the nature of which (also discussed) appears to be more that of an action for rescission, will only prejudice third-party sub-acquirers, provided that the prohibitive or restrictive measures are previously recorded at the Registry, under the entry where the settlement is recorded. The said action for rescission would not be based on any prejudice to the insolvency assets, or on fraud, but rather merely on the infringement of the prohibitive or restrictive measures laid down in the settlement, given that what the said measures and action are seeking to protect is in compliance with the normative content of the insolvency settlement, which regulates the execution of future contracts by the insolvent party.*

PALABRAS CLAVE: Convenio concursal. Medidas limitativas del ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado. Publicidad registral. Acción de reintegración del artículo 137.2 LC.

KEY WORDS: *Insolvency settlement. Measures restricting the exercise of rights of ownership by the insolvent party. Registry publicity. Action for recovery under artículo 137.2 of the Insolvency Law.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NECESARIA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS SITUACIONES CONCURSALES Y POR ENDE, DEL CONVENIO REGISTRAL Y SU CONTENIDO CON TRASCENDENCIA JURÍDICO-REAL.—III. LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS AL CONCURSADO EN EL CONVENIO: 1. LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE OBRAR. 2. PROHIBICIONES DE DISPONER. 3. MERAS OBLIGACIONES DE NO DISPONER O NO ADMINISTRAR. 4. ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS EN FAVOR DE UNA Y OTRA POSICIÓN.—IV. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS: 1. CONSECUENCIAS SOBRE EL PROPIO CONVENIO. 2. CONSECUENCIAS SOBRE LOS ACTOS REALIZADOS EN CONTRAVENCIÓN DE LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS EN EL CONVENIO. LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN DEL ARTÍCULO 137.2 LC: A) *Discusión sobre la naturaleza y fundamento de la acción:* a) Acción de nulidad. b) Acción de anulabilidad o impugnación. c) Acción rescisoria. B) *La acción de reintegración del artículo 137.2 LC como una acción rescisoria.*—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El convenio concursal a que puede llegar el deudor concursado con sus acreedores como solución del procedimiento universal, no pone fin a la situación de concurso, pero sí produce importantes efectos al determinar el cese de todos los derivados de la declaración de concurso. En este sentido, el artículo 133 LC señala que el convenio adquirirá eficacia desde su aprobación por sentencia judicial (salvo que el juez acuerde retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación sea firme), cesando desde entonces todos los efectos (legales y judiciales) de la declaración de concurso y quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio¹. El convenio sustituye, pues, en su regulación, a la propia ley.

El convenio puede dar lugar a transmisión de bienes en los términos del artículo 100.2.3.^º y 4.^º; 3 y 4 LC (enajenaciones de unidades productivas; daciones en pago; enajenaciones de bienes previstas en el plan de pagos). En este sentido, el convenio tiene un contenido normativo al regular futuras enajenaciones que deberá realizar el concursado convenido. Una manera de asegurar que tales enajenaciones se verificarán en los términos del convenio así como que el deudor no realizará actos dispositivos o de gravamen o de administración que puedan perjudicar el buen fin del convenio es estableciendo medidas limitativas o prohibitivas de sus facultades de administración y disposición, como prevé el artículo 137 LC, cuyo incumplimiento constituirá infracción del convenio, siendo rescindibles los actos celebrados en contradicción con tales medidas².

Ahora bien, para que la reintegración (a la masa activa del concurso) de los bienes enajenados en contra de las dichas medidas prohibitivas o limitativas perjudique a terceros adquirentes (y no surjan terceros hipotecarios protegidos por el Registro de la Propiedad, conforme a los arts. 34 y 37 LH), es preciso que se de publicidad registral a tales medidas en el folio de cada una de las fincas integradas en la masa activa o que el concursado pueda llegar a adquirir (por herencia, donación...) hasta la conclusión del procedimiento (art. 76 LC), siendo entonces oponibles *erga omnes*. La inscripción de estas medidas no cierra, sin embargo, el Registro a los actos contrarios (art. 137.2 LC).

Explica esta regulación la RDGRN de 2 de marzo de 2013. El supuesto de hecho que dio origen a la misma puede resumirse del siguiente modo. En el folio de la finca registral núm. 66460 del Registro de la Propiedad de Sueca, constaba debidamente inscrito el convenio aprobado judicialmente y recaído en procedimiento concursal contra la compañía titular registral. El convenio imponía a la concursada una limitación a sus facultades patrimoniales inscrita en dicho asiento y según la cual se obligaba a no constituir nuevos gravámenes sobre activos que serían objeto de desinversión, salvo que tales cargas se constituyesen para garantizar nuevos créditos que se destinases a dar viabilidad al plan de pagos propuesto (art. 100.4 LC). La titular registral constituyó hipoteca a favor del Banco Santander en garantía de una deuda ajena. El registrador suspendió la inscripción al considerar que no quedaba garantizado que la hipoteca se suscribiese ajustándose a la finalidad prevista en el convenio, por lo que, apreciando que era posible un eventual incumplimiento del mismo y una eventual rescisión del acto constitutivo, entendía que era preciso un consentimiento expreso del acreedor a que la hipoteca quedase inscrita haciendo constar la posibilidad de reintegración de la masa para el caso de que resultase que el crédito concedido no llegase a quedar comprendido dentro de las operaciones que fijaba el plan de viabilidad (art. 100.5 LC), con arreglo al artículo 137.2 LC.

Recurrida la calificación por el notario que otorgó la escritura pública, la DGRN estima el recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

«De la regulación legal resulta que la existencia de un convenio debidamente aprobado por el juez no pone fin al procedimiento concursal que solo finalizará cuando así lo declare el propio juez de lo mercantil por auto en el que se declare su cumplimiento (art. 176 de la Ley Concursal). Vigente el convenio cualquier acreedor puede instar la acción de incumplimiento y solicitar del juez que así lo declare (art. 140), lo que conllevará su rescisión y la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143). En cualquier supuesto y desde la aprobación judicial del convenio, cesan los efectos de la declaración del concurso que quedan sustituidos en su caso por los previstos en el propio convenio (art. 133.2) que puede establecer medidas limitativas y prohibitivas sobre las facultades de administración y disposición del deudor», inscribibles con arreglo al artículo 137 LC.

«Como resulta de los “Hechos”, las limitaciones establecidas en el convenio de la concursada titular registral constan debidamente inscritas y son, por consiguiente, plenamente oponibles a cualquier titular posterior. *La oponibilidad de dichas medidas establecidas en el convenio y aprobadas por el juez que conoce del concurso, deriva por consiguiente, no de la aceptación expresa de los posibles efectos rescisoriales de un eventual incumplimiento, ni siquiera de que en la inscripción de hipoteca se supedite su eficacia al cumplimiento del convenio, sino precisamente del hecho de que constan debidamente inscritas.* El acreedor hipotecario está afectado por el contenido del convenio al constar inscrito previamente por lo que *nada añade que acepte expresamente dicha circunstancia o que la hipoteca se modalice en función de las limitaciones contenidas en el convenio. Es el contenido del Registro y no la aceptación a los eventuales efectos de un incumplimiento del convenio lo que hará eficaz la declaración del incumplimiento y los efectos rescisoriales subsiguientes* (art. 137 LC en relación al art. 37 de la LH).

A diferencia de los supuestos de hecho que dieron lugar a las Resoluciones de 16 de febrero y 18 de abril de 2012 (en las que no constaba inscrito el contenido del convenio) en el presente supuesto el contenido del Registro recoge debidamente el conjunto de limitaciones que, derivadas del convenio inscrito, puede afectar a los titulares posteriores por lo que no es exigible ningún pronunciamiento adicional».

La RDGRN de 2 de marzo de 2013 considera, pues, que la oponibilidad de las medidas inscritas deriva de su inscripción, no de la aceptación expresa de los posibles efectos rescisoriales en caso de incumplimiento de las mismas, e indica que como el contenido del Registro recoge debidamente el conjunto de limitaciones derivadas del convenio inscrito *no es exigible ninguna constancia adicional o modalización del asiento de hipoteca para el efecto de perjudicar a terceros*.

II. LA NECESARIA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS SITUACIONES CONCURSALES Y POR ENDE, DEL CONVENIO REGISTRAL Y SU CONTENIDO CON TRASCENDENCIA JURÍDICO-REAL

Señala la doctrina que «a diferencia de lo que ocurre con el Registro Mercantil, el artículo 24 no enumera las resoluciones que deben inscribirse en los registros de bienes, por lo que la literalidad del precepto nos llevaría a pensar que solo debe inscribirse la declaración de concurso. No obstante debe interpretarse el artículo 24 LC de conformidad con los principios generales del derecho

registral así como con los del derecho concursal, *que exigen la publicidad de los cambios en las facultades dispositivas*³.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 2.4 LH y 10 RH, «deberán inscribirse todas las resoluciones judiciales que modifiquen las facultades de la concursada, como por ejemplo, cualquiera que adopte el juez del concurso en virtud de lo previsto en el artículo 40.3 LC, y en concreto hay dos resoluciones que implican modificaciones en estas facultades: *la sentencia que aprueba el convenio* y el auto que abre la liquidación»⁴.

La necesaria publicidad registral del convenio se deduciría también de la remisión expresa que el artículo 132 LC hace al artículo 24 LC y de la inscribibilidad de las medidas establecidas en el convenio y sustitutivas de las adoptadas por el auto de declaración de concurso, afirmada por el artículo 137 LC, en relación con el artículo 133.2 LC⁵.

En cuanto al fin de la registración de la sentencia que aprueba el convenio y su contenido con trascendencia jurídico real, «se trata de acercar el Registro al proceso, dando a conocer frente a terceros las limitaciones a la libre disposición de los bienes por parte del concursado, *enervando la buena fe, e impidiendo que surja un tercero que pudiera estar protegido por los principios registrales o por la protección de la apariencia*⁶. En efecto, de acuerdo con el artículo 137 LC *a contrario sensu*, antes de su inscripción, las prohibiciones o limitaciones impuestas no perjudicarán a terceros hipotecarios (arts. 606 del Código Civil y 13, 32, 34, 37, etc., LH), o sea a los terceros subadquirentes que contraten con el adquirente del concursado convenido⁷.

Algunos autores señalan que la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio así como de las medidas prohibitivas o limitativas de las facultades patrimoniales del deudor tiene carácter obligatorio⁸.

Por otro lado, algunas calificaciones registrales han planteado la posibilidad de que la falta de inscripción del convenio supusiese una interrupción del trácto sucesivo⁹.

A favor de esta postura «cabe argumentar que el registrador, al calificar la escritura de compraventa posterior a la aprobación del convenio, apreciará la falta de facultades del transmitente concursado, pues en el Registro aparecen limitadas si no se ha inscrito la sentencia que las restituye y por tanto esta interrupción del trácto sucesivo implicará una calificación negativa del título que se pretende inscribir»¹⁰.

Si bien se ha dicho que el trácto sucesivo hace referencia a la titularidad de las fincas y no a las facultades del titular, aunque el supuesto se ve como dudoso (así DÍAZ REVORIO), pueden encontrarse razones en pro de la exigencia de previa inscripción del convenio como exigencia de trácto sucesivo para la inscripción de los posteriores actos dispositivos del concursado convenido^{11, 12}. Entre otras, la falta de sanción que conlleva la omisión de la inscripción obligatoria y la dificultad para la oponibilidad *erga omnes* de las medidas limitativas o prohibitivas si la inscripción del convenio no se concepturna como exigencia de trácto sucesivo. Algun autor señala también que para la inscripción del convenio es una previa exigencia de trácto la inscripción de la declaración de concurso¹³.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se aparta de la exigencia de trácto sucesivo en diversas resoluciones (RRDGRN de 27 de febrero de 2012 y 18 de abril de 2012), inclinándose por hacer constar en la inscripción del acto dispositivo una mera referencia (mención del art. 29 LH) a su carácter claudicante con arreglo al artículo 137.2 LC¹⁴.

Como el convenio tiene carácter definitivo, el asiento procedente es el de inscripción y no el de anotación preventiva. El título formal para la inscripción es el mandamiento judicial (art. 24.5 LC) en el que se insertará literalmente la resolución judicial, con indicación de su fecha, y de si es o no firme. En tanto no fuese firme la sentencia sería objeto de anotación preventiva (art. 24.5 LC) si bien se ha apuntado que siempre procedería el asiento de inscripción, sobre la base del artículo 133 LC, precepto especial relativo al convenio, salvo que se aplazase la eficacia de este hasta la firmeza de la sentencia¹⁵.

La inscripción deberá expresar «*el contenido del convenio, fecha de su aprobación judicial, fecha del mandamiento en cuya virtud se practica la inscripción y datos que permitan identificar el procedimiento (juzgado en el que se ha aprobado), así como los generales exigidos por la legislación hipotecaria (como es la fecha de presentación del mandamiento y la fecha de la inscripción)*»¹⁶.

Como las medidas prohibitivas o limitativas son parte del contenido del convenio, si se han establecido, la inscripción del convenio deberá mencionarlas para que la publicidad registral sea completa. Lo que establece el artículo 137 LC en relación con el artículo 132 de la misma es que «entre las circunstancias de la resolución judicial que aprueba el convenio que deben hacerse constar en los registros correspondientes figuran necesariamente *las medidas limitativas o prohibitivas del ejercicio de las facultades de administrar y disponer del deudor...* Y ello porque estas medidas vienen a sustituir a los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor, que terminan con la sentencia que aprueba el convenio (art. 133.2 LC) y que figuraban también en dichos registros»¹⁷. Dicho en otros términos, al tratarse de un contenido que tiene o pretende tener trascendencia jurídico real, debe hacerse constar en la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio¹⁸.

En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO distingue entre convenios de quita o espera, y convenios jurídico reales, *que serían los típicamente inscribibles*¹⁹, señalando que en estos pueden establecerse hipotecas, prohibiciones de disponer o cualesquiera otras limitaciones o garantías de eficacia *erga omnes*, que aseguren el convenio de quita o espera, y también en materia de capacidad del deudor, *limitaciones o prohibiciones al deudor en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición* ex artículo 137 LC. Diferencia, pues, entre dos posibles contenidos de trascendencia jurídico-real, *prohibiciones de disponer concretas sobre ciertos bienes y limitaciones a la capacidad de obrar al modo del auto que declara el concurso*^{20, 21}. Afirmación esta última que nos conduce a la determinación de la naturaleza de las medidas prohibitivas o limitativas a que se refiere el artículo 137 LC y a lo que dedicaremos el epígrafe III.

Por lo tanto, como el *título material inscribible es el convenio* y no las propias medidas limitativas, «la publicidad registral de estas medidas limitativas no es otra que la que resulta de la inscripción practicada en virtud del artículo 132 LC, que no tiene que ser reiterada»²².

La inscripción del convenio y de su contenido con trascendencia jurídico-real (art. 137 LC), no implica cierre registral para los actos contrarios a las medidas prohibitivas o limitativas impuestas al concursado, como hemos señalado antes²³.

Este régimen difiere del previsto en el artículo 40.7 LC para los actos realizados por el deudor concursado en contravención de las limitaciones impuestas en el auto de declaración de concurso. Tales actos son anulables y no pueden acceder al Registro mientras no sean confirmados o convalidados o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme²⁴.

La doctrina ha señalado que es criticable que la LC no siga el mismo criterio de cierre registral en relación con los actos dispositivos realizados en contra de

lo dispuesto en la inscripción del convenio por significar esto «un retroceso en el entendimiento de que al Registro solo deben acceder títulos plenamente válidos y perfectos, y no actos anulables, rescindibles o impugnables»²⁵. En este sentido, PAU PEDRÓN ha indicado que la inscribibilidad del acto anulable, que es como califica al acto infractor, no la considera acertada, pues siendo la validez presupuesto de la inscripción (art. 18 LH), «se defrauda la confianza de quien utiliza un instrumento previsto en el Ordenamiento para garantizar la seguridad jurídica»²⁶.

El menor rigor para los actos contrarios a las medidas impuestas en el convenio se ha asociado por la doctrina con la posibilidad que tiene el acreedor de pedir que se declare en dicho caso el incumplimiento del convenio (art. 137.1, 143.1.5.º, 145 y 164.2.3.º LC)²⁷ o bien con el distinto origen de las limitaciones y prohibiciones, en un caso legal (art. 40 LC) y en otro convencional (art. 137 LC)²⁸.

La duración de las medidas impuestas se extendería temporalmente hasta el cumplimiento del convenio y la caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, su desestimación por resolución firme (arts. 141 y 176.1.2.º y 178 LC) o hasta que se produzca la apertura de la fase de liquidación (art. 145.1 LC).

III. LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS AL CONCURSADO EN EL CONVENIO

El artículo 1162 del Código Civil de 1829 establecía que el concursado convenido quedaba intervenido por un acreedor, por mandato legal, durante el periodo de cumplimiento del convenio²⁹. La LC actual no prevé un mandato semejante pero prevé la posibilidad de pactar estipulaciones en convenio que supongan prohibiciones o limitaciones del deudor en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición. Estas tendrían pues, en principio, un origen convencional y serían fruto de la autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil).

Partiendo de estas premisas cabe preguntarse si dichas medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor que el convenio puede establecer constituyen *limitaciones a la capacidad de obrar del concursado convenido, prohibiciones de disponer o administrar* que recaen directamente sobre sus bienes integrados en la masa activa, o bien son *meras obligaciones de no enajenar o no gravar*.

1. LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE OBRAR

En el sentido de que el convenio puede imponer limitaciones a la capacidad de obrar del deudor, se pronuncia CURIEL LORENTE.

Para este autor el convenio ha de ser objeto de publicidad registral ya que «ante todo constituye un presupuesto para la calificación del registrador. Los documentos que se presenten con posterioridad y se refieran a bienes inscritos a nombre del concursado serán examinados tomando en consideración el régimen de capacidad impuesto al titular en función de la fecha en que los actos fueron otorgados»³⁰.

También en esta línea cabe citar a GUILARTE MARTÍN-CALERO, para quien de los artículos 133 y 137 de la LC, interpretados sistemáticamente, se deduce que de no establecerse otra cosa, la aprobación del convenio implica la extinción de los efectos del concurso, y por lo tanto, de las limitaciones de las facultas

des de administración y disposición del deudor que se adoptaron en el auto de declaración de concurso, *recuperando el deudor su plena capacidad de obrar y su posibilidad de desenvolverse libremente en su esfera patrimonial inter vivos*, cesando en su cargo los administradores concursales. Pero «se permite reflejar en el convenio medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración o disposición que sustituirán a las que, en su día, adoptó el Juez del concurso en el auto de declaración o en el de modificación de medidas; esta sustitución debe reflejarse, asimismo, en los Registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por aquella sustitución (art. 137.2)». La autora señala que cabe colocar al deudor *bajo un régimen de asistencia* si se establecen *medidas limitativas* de sus facultades o bien *colocarle bajo un régimen de representación* si se establecen *medidas prohibitivas, suspendiendo su actividad patrimonial y retirándole sus facultades de administración y disposición*. La adopción de estas medidas «persigue garantizar el cumplimiento del convenio» y «puede instrumentarse de formas muy variadas», así: «seguir un *sistema de lista* en donde se establecen expresamente los actos o negocios cuya conclusión está vedada al concursado convenido o para la cual necesita la autorización de las personas designadas en el convenio»; *describir los rasgos de los actos* que no puede concluir por sí mismo o por sí solo; actos de extraordinaria administración, actos de disposición...; *aludir a la naturaleza de los bienes y derechos* sobre los que va a recaer la limitación o prohibición: bienes muebles de extraordinario valor, bienes inmuebles, bienes y derechos que se enmarquen en la actividad profesional o empresarial del deudor...»³¹.

Todo lo cual sería congruente con el contenido de los artículos 133.2 y 133.4 LC, según los cuales es posible encomendar determinadas funciones en el convenio a los administradores concursales, lo que no excluye la posibilidad de designar a personas distintas y que no formasen parte de la administración concursal³².

2. PROHIBICIONES DE DISPONER

La inscribibilidad de los actos contrarios a las medidas impuestas en el convenio podría ser un argumento a favor de que las mismas no constituyen más que obligaciones de no disponer o de no administrar, pues las verdaderas prohibiciones generan cierre registral (art. 145 RH). Además quedaría patente la *validez y eficacia* del acto contrario (art. 18 LH)³³.

Pero la propia solución legal (la acción de reintegración perjudicará a cualquier titular registral) evidencia que el acto contrario se ve afectado en su eficacia, si bien no en su eficacia inicial (como ocurre en el caso de los actos realizados en contra de la intervención o suspensión decretada en el auto de declaración del concurso), sino cuando se ejerce la acción rescisoria, por lo que el acto es claudicante y tiene una eficacia provisional. De ahí su inscribibilidad. Además, como la finalidad de estas medidas es impedir la realización de actos contrarios, «es más razonable, por ello, entender que tales actos se verán afectados en su eficacia», siendo la restitución del bien una consecuencia de su ineficacia sobrevenida. Habría que determinar únicamente, si la acción de reintegración se basa en la ineficacia del acto por contrariar las medidas prohibitivas o limitativas (porque ha sido realizado por un sujeto que carece de facultades de administración o disposición por haber sido privado de ellas en convenio), o se basa en el perjuicio que el acto puede ocasionar a la masa activa, como sucede con las acciones rescisorias del artículos 71 y siguientes LC. MARTÍNEZ FLÓREZ, tras

estos razonamientos termina concluyendo que la norma permite a los interesados prolongar la situación en que se encontraba el concursado antes de la aprobación del convenio «de manera que la prohibición legal o judicial de disponer y administrar que finaliza con la aprobación judicial del convenio se sustituye por una prohibición de disponer y de administrar convencional»³⁴.

A pesar de lo que indica el artículo 27 LH³⁵, las medidas prohibitivas o limitativas son inscribibles en el Registro de la Propiedad porque provienen de un convenio sancionado por la autoridad judicial, y cuya inscripción está prevista en la LC³⁶.

También consideraría que la naturaleza de estas medidas es la de prohibiciones de disponer que imponen limitaciones al dominio del concursado (restrictiones al *ius disponendi*), CARRASCO PERERA, quien señala: «las medidas prohibitivas o limitativas del poder de disposición o de administración no procederán ahora de la Ley, sino del convenio. Es curioso que estemos ante el único caso conocido de renuncia o limitación convencional del poder de disposición reconocido en nuestro Derecho que tiene su fuente en un acuerdo colectivo y no en un contrato que crea una prohibición de disponer»³⁷. Coherente con la naturaleza que atribuye a estas medidas el autor se sorprende de que la inscripción de las medidas no tenga más efecto que enervar la fe pública registral y no determine el cierre registral para el acto de disposición realizado por el no legitimado para disponer³⁸. Cabe incluir también en esta posición a GUTIÉRREZ GILSANZ³⁹.

3. MERAS OBLIGACIONES DE NO DISPONER O NO ADMINISTRAR

Esta sería la posición mantenida por CORDÓN MORENO, para quien las medidas prohibitivas o limitativas, por lo menos estas últimas, *no tienen el carácter de verdaderas prohibiciones de disponer que condicione la eficacia del acto*. Las partes (deudor y acreedores) pueden «configurar convencionalmente (aunque sometido a la aprobación judicial) el estatuto jurídico del concursado respecto a la administración y disposición de sus bienes para la fase de cumplimiento [del convenio]» sin más límite que «los previstos con carácter general para la autonomía de la voluntad y los derivados de los deberes generales establecidos a cargo del deudor en el artículo 42, que subsisten (art. 133.2) y no pueden ser derogados convencionalmente». En todo caso, tales medidas serían de interpretación estricta al excepcionar la libre actuación del deudor y propietario⁴⁰.

A favor de esta posición cabe citar también a CABANAS TREJO⁴¹. Este autor considera que la acción de reintegración de la masa de que habla el artículo 137.2 LC no es una acción cuyo presupuesto de ejercicio sea la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en el convenio, sino la acción de reintegración del artículo 71 LC (que exigiría el perjuicio para la masa) o la acción revocatoria o pauliana del artículo 1111 (que exigiría el fraude). Por eso señala que para que el adquirente del concursado quede afectado por tales acciones, basta la concurrencia del supuesto de hecho (perjuicio o fraude) de la correspondiente acción (y no la mera infracción de unas medidas limitativas o prohibitivas impuestas en el convenio, que como tal no le afectan, al no tener la condición de acreedor concursal (y parte en el convenio) y tener aquellas una naturaleza personal, salvo que consten inscritas previamente (en cuyo caso estarían dotadas de oponibilidad erga omnes). Ahora bien, para evitar el surgimiento de un tercer subadquirente posterior, protegido por la fe pública registral (arts. 73.2 LC y 34 y 37 LH), si sería precisa la inscripción de tales medidas, pues la mera constancia registral de

la situación concursal (inscripción de concurso del art. 24.4 LC) no bastaría para que las acciones mencionadas pudieran oponérsele, dado «el efecto recuperador de la normalidad gestora que tiene la aprobación del convenio, sobre todo en la perspectiva de la LC de ser un convenio de continuación». Por ello el artículo 137.2 LC señala que la inscripción (*facultativa*) de tales medidas producirá el efecto de que la acción de reintegración de la masa que, *en su caso*, se ejercite, *si hay perjuicio o fraude*, con independencia de que se hayan cumplido o no tales medidas, perjudique a *cualquier titular registral*. Si tales medidas no se inscriben, entonces habrá que aplicar las reglas generales sobre la situación subjetiva del subadquirente posterior (art. 34 y 37 LH)⁴².

4. ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS EN FAVOR DE UNA Y OTRA POSICIÓN

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del TS califican al convenio concursal de negocio *sui generis*, semejante a una transacción, pero con un marcado carácter público, evidenciado por la necesaria intervención judicial.

Fijándonos en el carácter transaccional del convenio de acreedores, cabría pensar que las limitaciones o prohibiciones impuestas en el mismo al concursado por convenio de masa son *meras obligaciones*, y no genuinas prohibiciones de disponer que supongan una limitación para las concretas propiedades del concursado afectadas por la prohibición, teniendo presente, por un lado, los artículos 26.3.^a y 27 LH, y por otro, la opinión de ALBALADEJO, el cual, partiendo de tales preceptos, considera que «queda, pues, excluida, la posibilidad de establecerlas [las prohibiciones] en *actos onerosos...* En estas hipótesis cabe, sin embargo, que se asuma la obligación de no disponer; en cuyo caso, el propietario, conserva el poder de disponer, aunque si incumple su obligación, habrá lugar a los efectos del incumplimiento de estas» (cva. ntra.)⁴³.

Ahora bien, incluso en este supuesto, previendo la LC en su artículo 137 la inscribibilidad, podría pensarse que considerando la LC que son meras obligaciones deseas su oponibilidad *erga omnes* mediante la inscripción (excepcional) de las mismas⁴⁴. En cuyo caso, su infracción no solo daría lugar al incumplimiento del convenio (art. 137.1 LC), sino a la reintegración del bien salido indebidamente de la masa activa, haya habido o no, perjuicio a la masa o fraude a los acreedores (art. 137.2 LC), pues tales medidas *también pretenderían proteger el cumplimiento estricto del contenido normativo del convenio*.

Desde otra perspectiva, teniendo presente la necesaria intervención judicial para la aprobación del convenio, podría pensarse que tales prohibiciones tienen su origen en la resolución judicial que las aprueba y que, por lo tanto, podrían encuadrarse en el artículo 26.2.^a LH como prohibiciones de disponer con eficacia real (si bien el asiento a practicar, en este caso, sería el de inscripción por exigencias de la ley especial concursal y no el de anotación preventiva).

A favor de esta postura también cabría alegar que el propio artículo 137 LC parece entender que las prohibiciones afectan directamente a los bienes («las medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas»). Y enlazando con la *renuncia al poder de disposición* de que habla CARRASCO PERERA, hay que tener presente que un convenio transaccional, puede contener recíprocas concesiones, que según doctrina jurisprudencial reiterada «no tienen que tener, necesariamente, carácter patrimonial, ni ser equivalentes»⁴⁵, por lo que tales limitaciones o *renuncias dispositivas* podrían

ser una recíproca concesión contenida en el convenio de masa, *acto en el que se podrían establecer tales limitaciones al dominio afectantes al propietario actual y no al propietario sucesivo, pues en este caso, tal renuncia o limitación al poder dispositivo tendría un soporte causal en las recíprocas concesiones efectuadas por los acreedores en el convenio*⁴⁶.

Lo que parece que no cabría entender es que estamos en presencia de limitaciones a la capacidad de obrar (salvo que se considerase que derivan de la aprobación judicial), pues la capacidad de obrar es indisponible y no puede ser objeto de contrato (arts. 1271-1273 del Código Civil). Ahora bien, como se entiende que estas medidas sustituyen las adoptadas en el auto declaratorio del concurso, los autores que defienden que aquel auto afecta a la capacidad de obrar (como GÓMEZ GÁLLIGO), en buena lógica consideran que las medidas sustitutivas afectan a aquella⁴⁷.

IV. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS

Como señala MARTÍNEZ FLÓREZ, pueden distinguirse consecuencias sobre el propio convenio y sobre los actos realizados en contravención de las medidas.

1. CONSECUENCIAS SOBRE EL PROPIO CONVENIO

La realización de actos dispositivos en contra de las limitaciones impuestas al concursado en el convenio supone incumplimiento de este (art. 137.1 LC), lo que debe ser declarado judicialmente (art. 143.1.5.º LC). En dicha resolución judicial el juez acordará la apertura de la fase de liquidación (art. 143.2 LC) y durante ella el concursado estará sujeto a la suspensión de sus facultades de administración y disposición (art. 145.1 LC), reponiéndose en su cargo a los administradores concursales, o bien, nombrándose a otros. Además el concurso se calificará como culpable (art. 164.2.3.º LC). Pese a la literalidad del artículo 137.1 LC, que atribuiría legitimación para solicitar la declaración de incumplimiento del convenio *a cualquier acreedor* (incluso acreedores privilegiados no afectados por el convenio, acreedores de la masa o acreedores surgidos con posterioridad a la eficacia del convenio), MARTÍNEZ FLÓREZ considera que tal legitimación hay que entenderla referida a los acreedores afectados por el convenio, que son parte en el mismo, ya que las medidas se introdujeron para proteger a los mismos, si bien no sería imprescindible que se vieran afectados por la vulneración de tales medidas (cfr. art. 137.1 y 140.1 LC)⁴⁸. También tendría legitimación para pedir la declaración de incumplimiento del convenio el órgano encargado de vigilar el cumplimiento del mismo, o al que se le haya atribuido el ejercicio de facultades restringidas al concursado, siempre que así se hubiera previsto en el convenio⁴⁹. La acción se tramita por el cauce del incidente concursal (art. 140.2 LC) en el plazo indicado en el artículo 140.1 LC.

La cuestión de la legitimación activa para la declaración de incumplimiento del convenio no es pacífica en la doctrina pues, apartándose de las consideraciones que hace MARTÍNEZ FLÓREZ, CORDÓN MORENO entiende que *no puede limitarse a los acreedores afectados por el convenio* (art. 134 LC), ya que la Ley parte en el artículo 137.1 de que «el incumplimiento que supone la infracción de las medidas limitativas o prohibitivas afecta a todos los acreedores, ya que no limita la legiti-

mación para ejercitárla «a cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte» (art. 140.1 LC) sino que la reconoce a todos ellos (art. 137.1 LC)» y por otro lado, la legitimación «no puede ser objeto de más limitaciones que las previstas expresamente en la ley y después de haber sido objeto las mismas de una interpretación conforme al principio *pro actione*», pues el limitar el acceso a la jurisdicción, afecta al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE⁵⁰.

GUILARTE MARTÍN-CALERO considera que la legitimación activa para solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio «es más amplia que la que contempla el apartado primero del artículo 140, *en el correcto entendimiento de que tal actitud desleal del deudor tiene consecuencias negativas para todo el conjunto de los acreedores*»⁵¹, opinión que compartimos y que guardaría relación también con la sanción prevista para el acto contradictor *que es, en nuestra opinión, la ineficacia (rescisión), por el mero hecho de la contravención de las medidas*.

La declaración de incumplimiento del convenio por infracción de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en el convenio puede, pues, ser solicitada del juez *por cualquier acreedor (art. 137.1 LC) y no solo por el acreedor afectado por el incumplimiento (art. 140 LC)*. También puede ser solicitada, *si así se previó en el convenio*, por el órgano constituido para la supervisión y vigilancia de su cumplimiento o por los administradores concursales, que han dejado de actuar como tales, pero a los que se ha encomendado la autorización de determinados negocios jurídicos, no ya como órganos del concurso, sino como mandatarios de los acreedores. La declaración de incumplimiento del convenio (art. 140.4 LC) y la apertura de oficio de la liquidación concursal (art. 143.1.5.º LC) no conllevan necesariamente la reintegración del bien enajenado en contravención de las limitaciones o prohibiciones impuestas en el convenio, *sino que requiere del específico ejercicio de la acción de reintegración*^{52, 53}.

La acción de declaración de incumplimiento del convenio tiene carácter resolutorio del convenio (como negocio jurídico contractual que es). La resolución del convenio supone «el resurgimiento de los créditos, que vuelven al estado que tenían antes de la aprobación judicial del convenio... para poder participar en la liquidación concursal. Ahora bien, la eficacia desaparece solo con respecto a las quitas parciales y a las esperas... En cambio, no desaparecen el resto de negocios contenidos del convenio que tengan que ver con la reestructuración del pasivo (como daciones en pago o enajenaciones a tercero de unidades productivas)...»⁵⁴.

Solo si tales negocios se hicieron en contravención de medidas limitativas de las facultades patrimoniales del deudor concursado, *que son medidas aseguradoras del cumplimiento de los términos del convenio*, podrán ser declarados ineficaces, mediante el ejercicio de la acción del artículo 137.2 LC, lográndose la reintegración de los bienes a la masa activa del concurso.

De manera que no habiéndose establecido tales medidas, si dichos negocios se realizaron en cumplimiento del contenido normativo del convenio (pero incumpliendo sus precisos términos), el adquirente del concursado no podrá verse afectado por la resolución del convenio, pues adquirió del *verus dominus, siendo el convenio concursal (que es convenio de masa), res inter alios acta*. Se trata de una consecuencia de la relatividad del contrato (sin perjuicio del ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, basada en el fraude (art. 1111 del Código Civil), o de la acción rescisoria concursal, basada en el perjuicio (arts. 71 y sigs. LC), que podría ser aplicada por analogía.

La única manera, pues, *de que los estrictos términos del convenio, en cuanto al modo y forma en que han de verificarse los contratos previstos en el mismo,*

perjudique al tercer adquirente del concursado (y subadquirentes posteriores) es imponiendo al concursado prohibiciones y limitaciones a sus facultades patrimoniales aseguradoras de tales términos, y dándole la correspondiente publicidad registral, pues de lo contrario podrían surgir terceros hipotecarios frente a las prohibiciones o limitaciones no inscritas (arts. 34 y 37 LH). De ahí la importancia del trácto sucesivo para hacer realidad las previsiones de publicidad de los artículos 132 y 137 LC (y con mayor motivo si se considerase que tales prohibiciones son meras obligaciones de no disponer)⁵⁵.

2. CONSECUENCIAS SOBRE LOS ACTOS REALIZADOS EN CONTRAVENCIÓN DE LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS EN EL CONVENIO. LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN DEL ARTÍCULO 137.2 LC

El ejercicio de la acción de reintegración del artículo 137.2 LC es independiente de la declaración judicial de incumplimiento del convenio, pues puede solicitarse esta y no ejercitarse aquella y viceversa.

A) Discusión sobre la naturaleza y fundamento de la acción

Existe un intenso debate doctrinal sobre la naturaleza de esta acción que pasamos a exponer a continuación.

a) Acción de nulidad

Esta parecería ser la naturaleza que GÓMEZ GÁLLIGO atribuye a la acción de reintegración del artículo 137.2 LC. Lo que deducimos de los textos que transcribimos a continuación: «lo que el artículo 137.2 LC quiere decir o debió decir, es que la inscripción del convenio no cierra el Registro pero hace oponible frente a tercer adquirente la acción de nulidad del acto realizado en su contravención. Sería una aplicación concreta en sede concursal de lo dispuesto con carácter general en el artículo 37 de la LH, que considera oponible frente a terceros adquirentes las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro (art. 37.1 de la LH)». «En realidad, cuando el artículo 137.2 se refiere a la posibilidad de ejercitarse acción de reintegración contra el tercer adquirente que conoció la situación concursal y la existencia de un convenio a través de la publicidad registral, está hablando de la oponibilidad frente a terceros de acciones de nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en el convenio». Pues propiamente, la acción de reintegración tiene lugar en una fase anterior al convenio y respecto de actos del concursado anteriores a la declaración de concurso (art. 71 LH). «A lo sumo podría decirse que el artículo 137.2 regula unas acciones de reintegración de la masa atípicas, ya que se producen con posterioridad al convenio» y no van dirigidas a determinar la masa activa del concurso⁵⁶, sino a conservarla.

b) Acción de anulabilidad o impugnación

PAU PEDRÓN considera que como no resultaría lógico que las consecuencias de un acto contra convenio fueran mayores que las consecuencias

de un acto contra ley, los actos contrarios a las prohibiciones del convenio son *anulables* (por analogía con el art. 40.7 LC) y *no rescindibles*. «La LC, en el artículo 137, se limita a hablar de «acción de reintegración». «Y aunque los artículos 71 y siguientes LC parten del paralelismo acto rescindible/acción de reintegración, esa correlación no es absolutamente necesaria: cabe la reintegración —que no es más que la vuelta al patrimonio originario— derivada del ejercicio de una acción de anulación. *La cuestión de fondo que se plantea, en esta materia, es la de si es necesario, para la efectividad de la reintegración, que se acredeite la intención fraudulenta o el perjuicio de los acreedores, o basta con acreditar el incumplimiento de una limitación impuesta en el convenio. Precisamente porque considero que no se trata de rescisión, resulta suficiente, a mi juicio, con que se acredeite el incumplimiento*»⁵⁷. La legitimación para el ejercicio de la acción se atribuiría a cualquier acreedor por el artículo 137 LC, frente a la legitimación que el artículo 72 LC atribuiría a la administración concursal⁵⁸.

El acto realizado por el concursado con el primer adquirente (acto prohibido) es anulable. Si se ejerce la acción de impugnación y se estima, se cancelará la inscripción (arts. 33 y 79.3.º LH). El negocio que realice el primer adquirente con el subadquirente, no es anulable, puesto que no infringe la prohibición del convenio, si bien la titularidad del transmisor es claudicante, lo cual es sanado por el artículo 34 LH. Para PAU *la constancia registral de las prohibiciones y limitaciones convenidas no equivale a la constancia de la causa de nulidad*, precisamente porque el artículo 137 LC ordena inscribir por igual títulos válidos e inválidos, de manera que «*el subadquirente nunca sabrá si por haberse vulnerado una prohibición o limitación convencional, su título será atacable, o, por no haberse vulnerado, su título será inatacable. Cuando el artículo 34 de la LH habla de la constancia de la "causa de nulidad", no se está refiriendo a una mera probabilidad de nulidad, [que sería lo que figuraría en la inscripción del convenio] sino a la publicidad de una causa que determine la eficacia*»⁵⁹. Para PAU el artículo 137.2 LC protege a los acreedores en perjuicio de los terceros y no encajando bien en nuestro sistema hipotecario. Para paliar sus consecuencias inadecuadas el artículo 137.2 LC debería complementarse con una norma que exigiera hacer constar en el acta de inscripción del derecho del adquirente, y en las de los subadquirentes, la circunstancia de que el «*el derecho se ha adquirido con vulneración de las prohibiciones o limitaciones inscritas, y por tanto, que el derecho queda sujeto al posible ejercicio de la acción de reintegración. En este caso sí puede decirse que consta en el Registro la "causa de nulidad" a que se refiere el artículo 34 de la LH, y el subadquirente resultaría afectado por ella. La constancia registral de esas circunstancias debería complementarse con la advertencia, en la nota de despacho, de la infracción y de su consecuencia*»⁶⁰. «Podría pensarse que esa advertencia de impugnabilidad está ya en la ley, y que la publicidad legal es superior a la publicidad registral, y hace innecesaria esta última. Pero una de las funciones del Registro es precisamente limitar las oponibilidades *ex lege*»⁶¹.

La anulabilidad de los actos contrarios desaparecería si el acto es ratificado por los administradores concursales (si subsisten tras el convenio) y por conclusión del concurso por las causas del artículo 176 LC⁶².

También es la opinión de GUILARTE MARTÍN-CALERO, quien considera que la acción de reintegración es una acción de impugnación de contrato anulable, siendo aplicable por analogía el artículo 40.7 LC y pudiendo la administración concursal convalidar o confirmar el acto contradictor⁶³.

c) Acción rescisoria

Es la opinión de CARRASCO PERERA. El efecto de la publicidad registral de las medidas limitativas o prohibitivas sería el de «evitar la situación de irreivindicabilidad del artículo 73.2 LC, cuando se ejercita una acción revocatoria concursal». Si bien el artículo 137 no puede referirse a la acción rescisoria concursal, pues la reintegración de la masa del artículo 71 LC es un efecto del concurso, y tales efectos cesan con la aprobación del convenio, sí puede referirse a las otras acciones de impugnación que menciona el artículo 71.6, y por lo tanto, a la revocatoria ordinaria del artículo 1111 del Código Civil, «con sus requisitos constitutivos de subsidiariedad y prueba del consilium fraudis», acción no condicionada a la subsistencia de los efectos del concurso, e inmune a la aprobación del convenio. Aunque el efecto de la inscripción registral no es «preconstituir la existencia de fraude, sino hacer irrelevante los efectos de la posible buena fe del tercero que inscribe posteriormente», a efectos prácticos, habría que considerar que «existe constancia del fraude por el mero hecho de que la limitación dispositiva se hallaba inscrita, y se presume conocida por el adquirente». La acción del artículo 137 LC no puede ser la acción de nulidad por falta de poder de disposición, porque si así fuera, tal nulidad debería haber sido apreciada por el registrador y negada la inscripción del título. «Pero si el artículo 137 LC permite (y exige) que el registrador proceda a la práctica del asiento, y no ha limitado para ello sus competenciales de calificación, es porque el título inscribible es *prima facie* válido». No obstante, existen problemas de legitimación, pues el artículo 72 LC se aplica a cualquier acción de reintegración y presupone la existencia de la administración concursal y una legitimación subsidiaria de los acreedores. Para CARRASCO PERERA, «el artículo 72.1 acabará sacrificándose en favor del artículo 137 LC, y la legitimación para las “otras” acciones impugnatorias se construirá conforme al Derecho común, salvo que en el convenio se haya pactado (cfr. art. 133.II LC) una continuidad de la administración con efectos limitados, uno de los cuales puede ser la de permitir el juego de la legitimación procesal escalonada del artículo 72.1 LC»⁶⁴.

También CORDÓN MORENO considera que estamos en presencia de una acción de rescisión ya que para su ejercicio debe existir un perjuicio conforme al artículo 71 LC, no pudiendo fundarse exclusivamente en la infracción de las medidas, pues ello supondría tipificar dicha infracción como causa de rescisión⁶⁵.

Finalmente cabe citar a CURIEL LORENTE, quien también se muestra partidario de la naturaleza rescisoria de la acción del artículo 137.2 LC, al señalar que los actos contrarios «solo quedan sometidos al posible ejercicio de acciones de reintegración. Atendiendo al origen voluntario de la restricción impuesta, se elude la sanción habitual de nulidad por la infracción de la prohibición legal o judicial y se deja a la voluntad de los acreedores la posibilidad de impugnar o no dichos actos, en función del perjuicio que les hayan ocasionado. Se ha preferido, por tanto, aplicar a estos actos el régimen de rescindibilidad»⁶⁶. Los actos contrarios a las medidas adoptadas en convenio, pues, quedan sujetos a un régimen de rescindibilidad similar al de los artículos 71 y siguientes LC, previsto para los actos perjudiciales para la masa activa realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin que resulte claro si el motivo de la rescisión es la propia infracción del convenio o la existencia de una intención fraudulenta, o por lo menos, un perjuicio a los acreedores. Para el autor «este último requisito resulta necesario y suficiente de acuerdo con el régimen general de la rescisión de actos en perjuicio de acreedores»⁶⁷.

Si bien en nuestro sistema las prohibiciones de disponer no acceden al Registro si se impusieron en actos a título oneroso (art. 27 LH), o si acceden (art. 26 LH), cierran el registro al acto contrario, en el artículo 137 LC, la constancia de la limitación en el registro no produce tal cierre para el acto contradictor. «Esto que puede resultar de acuerdo con la naturaleza convencional de la limitación impuesta [a diferencia de la impuesta en el auto declaratorio del concurso, de origen judicial], no resulta conforme con el hecho mismo de su inscripción»⁶⁸. Pero el acto contrario inscrito queda sujeto a *rescisión* afectando a sucesivos adquirentes por efecto de la constancia registral de la limitación, indefinidamente, «*hasta que sea cancelada la restricción, lo que no ocurrirá mientras no se cancele la inscripción del convenio, por su cumplimiento o por la terminación de la liquidación a que, en su caso, se hubiera dado lugar*. Cabe pensar que sea aplicable a este tipo de actos la excepción que, en materia de acciones de reintegración, establece para los actos ordinarios del giro o tráfico de la empresa el artículo 71.5 LC»⁶⁹.

d) La acción de reintegración del artículo 137.2 LC como una acción rescisoria

Esta es la posición que nos parece más convincente entre las diversas opiniones doctrinales formuladas.

Sea una u otra la naturaleza de las medidas prohibitivas o limitativas establecidas en el convenio, lo cierto es que su finalidad, en nuestra opinión, es *asegurar el contenido normativo del convenio y evitar que en la enajenación de bienes verificada durante la fase de cumplimiento del convenio se produzca cualquier perjuicio a los acreedores*, determinando la inscripción de las mismas, su oponibilidad *erga omnes*, como señala la RDGRN de 2 de marzo de 2013⁷⁰.

Su falta de inscripción (si la medida tiene mera naturaleza obligacional), implicará, en caso de infracción, incumplimiento del convenio, pero no afectará a la validez ni firmeza del acto realizado con un tercero ajeno al mismo (ni tampoco al subadquirente posterior), salvo lo dispuesto en el artículo 37.4.º LH y 72.3 y 73 LC, es decir, que estemos en presencia de una enajenación fraudulenta (arts. 1111 *in fine* y 1291.3.º del Código Civil) o bien de un perjuicio objetivo a la masa (*arg. ex* art. 71 y sigs. LC). Esta naturaleza de las medidas abonaría aún más la necesidad de trato sucesivo (previa inscripción del convenio y su contenido, para poder inscribir el acto dispositivo posterior), pues dicho trato sucesivo facilitaría la oponibilidad *erga omnes* de las mismas, en cuyo caso cabría ejercitar una acción rescisoria contra el acto infractor por el mero hecho de la infracción.

Si las medidas tienen naturaleza real y no constan inscritas, su infracción supondrá incumplimiento del convenio y además, afectará a la firmeza del acto realizado por el concursado con el tercer adquirente, pues tal acto infractor, por el hecho de serlo, será *rescindible y claudicante* (si bien no nulo, ni anulable y por ello inscribible *ex art. 18 LH*). Pudiendo surgir un tercer subadquirente amparado por los artículos 34 y 37 LH, frente al cual, no cabría la reintegración en beneficio de la masa del concurso (art. 137.2 LC *a sensu contrario*). Por el contrario, la inscripción de estas medidas permitirá que la acción rescisoria contra el acto infractor fundada en la mera infracción del convenio, perjudique a cualquier titular registral.

La inscripción de las medidas prohibitivas o limitativas, por lo tanto, sea una u otra su naturaleza, no produce cierre registral para el acto contrario (lo que supone una excepción al art. 145 RH). Pero la acción de reintegración que

en tal caso puede ejercitarse perjudicará a todo titular registral (incluso al que ignoraba la existencia de las medidas en el momento de otorgamiento de la escritura y tuvo un conocimiento posterior al asentarse antes en el Registro, por exigencia del trato sucesivo, la sentencia aprobatoria del convenio y las medidas impuestas (arts. 132 y 137 LC).

Declarado el incumplimiento del convenio, abierta la liquidación y restablecida la administración concursal, la legitimación para el ejercicio de la acción correspondería a *cualquier acreedor*, es decir, no se aplicaría ni el artículo 40.7, ni el artículo 54.4, ni el artículo 72 LC, sino el artículo 137.1 LC *por analogía*, pues si cualquier acreedor puede pedir lo más (declaración de incumplimiento del convenio), puede pedir lo menos, o sea, la consecuencia de tal incumplimiento, esto es, la reintegración del bien salido indebidamente de la masa activa del concurso (art. 137.2 LC).

La demanda se dirigirá contra quienes hubieren sido parte en el acto infractor y contra los subadquirentes posteriores (*arg. ex. art. 72.3 y 137.2 LC*), tramitándose por los cauces del incidente concursal (*arg ex. arts. 40.7, 72.4 y 140.2 LC*). El ejercicio de la acción conllevará la restitución del bien objeto del mismo a la masa activa, salvo que el bien esté en manos de un tercero hipotecario por no haberse dado publicidad a las medidas (el registrador no las calificó como inscribibles) y ostentar buena fe y los demás requisitos de los artículos 34, 37 y 40 *in fine* LH.

Si el concursado ingresó en la masa activa del concurso la contraprestación recibida, la administración concursal estará obligada a su restitución a la parte afectada por la ineeficacia (*arg. ex art. 1308 del Código Civil y 1295 del Código Civil*), teniendo dicho crédito la consideración de crédito contra la masa (*arg. ex art. 84.2.8.º y 73.3 LC*). Si el concursado no la puso a disposición de la masa activa, entonces la contraparte deberá exigir la restitución al concursado y no al concurso⁷¹.

Si la acción se ejercita sin previa declaración judicial del incumplimiento del convenio, la legitimación para su ejercicio durante la fase de cumplimiento del convenio corresponderá, según MARTÍNEZ FLÓREZ, a quienes hubiese determinado el propio convenio (art. 133.2 LC). Si el convenio no atribuye legitimación a los acreedores individualmente considerados, estos solo podrán solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio (art. 137.1 LC), en el plazo indicado en el artículo 140.1 LC⁷².

V. CONCLUSIONES

I. Las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de sus facultades de disposición y administración, impuestas al concursado en el convenio, cualquiera que sea su naturaleza (limitaciones a la capacidad de obrar; prohibiciones de disponer o meras obligaciones de no disponer), tienen por finalidad *asegurar el cumplimiento del contenido normativo del convenio*, así como la evitación de perjuicios a los acreedores en la fase de cumplimiento del convenio.

II. Los estrictos términos del convenio, en cuanto al modo y forma en que han de verificarse los contratos previstos en el mismo, *perjudicarán a terceros subadquirentes únicamente si, además de imponerse al concursado prohibiciones y limitaciones de sus facultades patrimoniales aseguradoras de tales términos, se les da la correspondiente publicidad registral en el asiento que publica la sentencia aprobatoria del convenio y el contenido de este con trascendencia jurídico-real. Si las medidas se considera que tienen naturaleza obligacional, la publicidad registral,*

que les dotaría de oponibilidad erga omnes, sería necesaria para que afectasen al adquirente del concursado y el acto infractor quedase afectado de ineeficacia.

III. La legitimación activa para solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio, por infracción de tales medidas, corresponde a cualquier acreedor, puesto que la actitud desleal del deudor, realizando tales actos, afecta a todo el conjunto de acreedores, *lo que guarda relación con la sanción prevista para el acto contradictor, que consiste en su rescisión, por el mero hecho de la contravención de las medidas impuestas.*

IV. Declarado el incumplimiento del convenio, la legitimación para el ejercicio de la acción de reintegración correspondería a cualquier acreedor (art. 137.1 LC *por analogía*).

V. El ejercicio de la acción de rescisión conllevará la *restitución* del bien objeto del mismo a la masa activa, salvo que el bien esté en manos de un tercero hipotecario por no haberse dado publicidad a las medidas (el registrador no las calificó como inscribibles al registrar la sentencia aprobatoria del convenio y el contenido de este con trascendencia jurídico real, como requisito de trato sucesivo para la inscripción de los actos dispositivos otorgados por el concursado convenido) y ostentar buena fe y los demás requisitos de los artículos 34, 37 y 40 *in fine* LH.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 7 de noviembre de 2017
- AAP de Alicante (Sección 8.ª), de 19 de julio de 2011
- RDGRN de 26 de enero de 2012
- RDGRN de 16 de febrero de 2012
- RDGRN de 18 de abril de 2012
- RDGRN de 2 de marzo de 2013

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Barcelona: Librería Bosch, S. L.

CABANAS TREJO, R. (2012). Convenio concursal y Registro de la Propiedad (RDGRN de 27 de febrero de 2012) en *Diario La Ley*, núm. 7883, 1-22 (formato electrónico).

CARRASCO PERERA, A. (2004). Comentario al artículo 137 LC. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley Concursal. Vol. II*. Madrid: Tecnos, 1501-1507.

CORDÓN MORENO, F. (2010). Comentario al artículo 137 LC. En: F. Cordón Moreno (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 318-324.

CANO MARCO F. y MARTÍN, A.J. (coord.). (2016). *Manual de Buenas prácticas concursales y registrales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

CURIEL, F. (2004). *Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

DÍAZ REVORIO, E. (2016). Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 39, 149-200 (en formato electrónico, 1-50).

GARCÍA GARCÍA, J.M. (2014). *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. Tomo II. Madrid: Thomson-Civitas.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2004) (1). Comentario al artículo 24 LC. En: J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I*. Valladolid: Lex Nova, 531-551.

— (2004) (2). Comentario al artículo 132 LC. En: J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I*. Valladolid: Lex Nova, 2457-2462.

— (2004) (3). Comentario al artículo 137.2 LC. En: J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I*. Valladolid: Lex Nova, 2509-2513.

— (2016). Derechos reales y concurso de acreedores (1) en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 25, 1-14 (formato electrónico).

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2004). Comentario al artículo 137.1 LC. En: J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I*. Valladolid: Lex Nova, 2499-2508.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2017) (1) Comentario al artículo 132 LC. Publicidad de la sentencia aprobatoria. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, 1485.

— 2017 (9). Comentario al artículo 137 LC. Facultades patrimoniales del concursado convenido. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, 1510-1514.

— 2017 (10). Comentario al artículo 140 LC. Incumplimiento. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, 1527-1535.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2017) (1). La anotación preventiva de concurso. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2724-2749.

— (2017) (2). La inscripción de actos registrables en la fase de convenio del concurso de acreedores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 3303-3326.

— (2018). Tracto sucesivo y convenio concursal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 766.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004). Comentario al artículo 137 LC. En: A. Rojo y E. Beltrán (dir.). *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2249-2564.

MORALEJO IMBERNÓN, N. (2004). Comentario al artículo 132 LC. En: R. Berco-vitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley Concursal. Vol. II*. Madrid: Tecnos, 1448-1460.

PAU PEDRÓN, A. (2004). *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España: Madrid.

SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A. (2004). Comentario del artículo 132. En: A. Rojo y E. Beltrán (dir.). *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2201-2211.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2017). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

TAMAYO CARMONA, J. A. (2015). Transacción, convenio arbitral y acuerdo de mediación. En: J. R. de Verda y Beamonte (coord.). *Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

¹ PAU PEDRÓN, 2004, 89. Salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42 LC, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento (art. 133.2 LC).

² En este sentido, AAP de Alicante (Sección 8.^a), de 19 de julio de 2011.

³ DÍAZ REVORIO, 2016, 21.

⁴ DÍAZ REVORIO, 2016, 21.

⁵ Artículo 133.2 LC: «Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio...».

⁶ GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (1), 533. Precisamente, el Libro de Incapacitados, regulado en los artículos 386 a 391 RH, donde se anotan las resoluciones que afectan a la libre disposición de sus bienes por el concursado, permitiría al registrador, tratándose de concursados sin fincas inmatriculadas o si tiene fincas inmatriculadas, para las que adquiriese con posterioridad a la declaración de concurso o al convenio (por herencia, donación, etc. ...), llevar a cabo la calificación registral de los documentos relativos a tales fincas (art. 18 LH) (*op. cit., loc. cit.*), DÍAZ REVORIO, 2016, 12.

⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2257.

⁸ Así, CANO MARCO y MARTÍN MARTÍN, 2016, 143-144; GARCÍA GARCÍA, 2014, 5630; Heliodoro y Adelaida SÁNCHEZ RUS, 2004, 2204 y MORALEJO IMBERNÓN, 2004, 1453, quien sin embargo considera que *aun faltando la inscripción del convenio* pueden acceder a Registro escrituras públicas otorgadas por el concursado «en el ejercicio de su recién recuperada disponibilidad patrimonial», si bien acreditando la aprobación y contenido del convenio para la calificación del acto dispositivo.

⁹ DÍAZ REVORIO, 2016, 29. *Vid.*, CABANAS TREJO, 2012.

¹⁰ DÍAZ REVORIO, 2016, 29. En este sentido argumentamos nosotros también en JIMÉNEZ PARÍS, 2018.

¹¹ DÍAZ REVORIO, 2016, 30.

¹² *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2018.

¹³ Heliodoro y Adelaida SÁNCHEZ RUS, 2004, 2206, quienes afirman: «La anotación de la sentencia aprobatoria del convenio presupone la previa toma de razón del auto de declaración del concurso (art. 24.2 LC en relación con el art. 20 LH)».

¹⁴ *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2018.

¹⁵ SÁNCHEZ RUS y SÁNCHEZ RUS, 2004, 2204. GARCÍA GARCÍA considera que «teniendo en cuenta la regulación actualmente vigente del artículo 24 LC por Ley 38/2011, de 10 de octubre, podría pensarse que el asiento adecuado es el de inscripción si la sentencia es firme y el de anotación preventiva si no lo es. Pero la redacción del artículo 133.1 de esta Ley, que es norma especial sobre el convenio, más bien inclina al asiento de inscripción *sea o no firme la sentencia*, salvo que el juez retrase la eficacia del convenio a la fecha en que la aprobación alcance firmeza» (GARCÍA GARCÍA, 2014, 5629).

¹⁶ GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (2), 2459.

¹⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2256.

¹⁸ Para CORDÓN MORENO la inscripción de estas medidas podría entenderse como facultativa (modificando el régimen imperativo del art. 24 LC). Precisamente la previsión del artículo 137 de publicidad de estas medidas evidenciaría que cuando el artículo 132 LC habla de dar publicidad a la sentencia aprobatoria del convenio, excluye la necesidad de que esta publicidad incluya el convenio íntegro, pues de lo contrario la publicidad de las medidas derivaría de la publicidad del convenio (CORDÓN MORENO, 2010, 321-322). Ciertamente no es preciso dar publicidad al convenio íntegro, si se trata de convenio de quita y espera (pues carece de trascendencia jurídico real y parece que no tendría acceso al Registro según el art. 9 RH). Por ello el legislador, expresamente prevé la publicidad de los aspectos del convenio con trascendencia jurídico-real (art. 137 LC). A favor de dar publicidad integral al convenio de quita y espera, GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (1), 540.

¹⁹ Señala el autor que la publicidad registral, donde adquiere pleno sentido es en los convenios con trascendencia jurídico-real, pues «al tratarse de medidas que no tienen un alcance puramente interno, entre concursado y sus acreedores, sino que *tienen o pretenden tener eficacia frente a terceros*, es donde la publicidad registral se hace más necesaria» (GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (3), 2510).

²⁰ GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (1), 540; 2004 (2), 2460-2461.

²¹ Respecto al convenio que no contenga medidas limitativas o prohibitivas GARCÍA GARCÍA considera que «se puede relacionar en la inscripción de la sentencia aprobatoria del

convenio, precisamente para que conste que no hay tales medidas prohibitivas o limitativas. Caso de incumplimiento posterior de ese convenio, aunque se abra la fase de liquidación, *no tendría efecto retroactivo ni podría afectar a las ventas realizadas por el concursado con convenio aprobado durante el periodo de convenio que no contuviera medidas limitativas o prohibitivas, pues el artículo 140 LC no prevé que un mero convenio de quita y espera sin medidas prohibitivas pueda dar lugar a efectos retroactivos reales*» (GARCÍA GARCÍA, 2014, 5630).

²² CARRASCO PERERA, 2004, 1504.

²³ Para GARCÍA GARCÍA esta solución legal es sorprendente pues considera que estableciéndose en el convenio medidas prohibitivas o limitativas, «lo lógico hubiera sido que unas puedan determinar cierre y otras no, según la clase de prohibiciones o medidas de que se trate» (GARCÍA GARCÍA, 2014, 5634).

²⁴ «Desde una perspectiva registral, no se podrán inscribir los actos anulables, esto es, realizados en contravención de las limitaciones impuestas en la declaración de concurso, salvo que se acredite la confirmación o convalidación por parte de los administradores judiciales (que deberá ser en escritura pública conforme al principio general de legalidad y titulación auténtica que rige en relación al Registro de la Propiedad, *ex artículo 3 de la LH*) o la caducidad de la acción o su desestimación firme (la acreditación de la desestimación de la acción es fácil a través de la correspondiente ejecutoria de la sentencia; pero acreditar al registrador la caducidad de la acción no siempre será fácil: creo que debería hacerse a través del correspondiente mandamiento judicial del juez del concurso en que así se declare)» (GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (1), 548).

²⁵ GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (1), 551. Para este autor, al no establecerse la nulidad del acto dispositivo contrario a las medidas prohibitivas o limitativas, ni impedir su inscripción, a diferencia del artículo 40.7 LC, el régimen jurídico del artículo 137.2 LC «da a la inscripción del convenio el mismo valor que a una mera anotación preventiva, esto es, la enervación de la fe pública registral, ya que el adquirente nunca podrá alegar desconocimiento de la situación concursal afectante al transmitente. Y frente a dicho adquirente siempre será oponible el contenido del convenio y ejercitable la acción de reintegración de la masa». «Y lo mismo en relación con cualquier otro titular registral» (GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (3), 2510).

²⁶ PAU PEDRÓN, 2004, 94.

²⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2257.

²⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004, 2505.

²⁹ Artículo 1162 CCom. de 1829: «No habiendo pacto expreso en contrario entre los acreedores y el quebrado, queda este sujeto en el manejo de los negocios de comercio a la intervención de uno de los acreedores, a elección de la Junta, *hasta que haya cumplido íntegramente los pactos del convenio*, y se le fijará la cuota mensual de que entre tanto podrá disponer para sus gastos domésticos. Las funciones del interventor se reducirán a llevar cuenta y razón de las entradas y salidas de la caja del quebrado, de la cual tendrá una sobrellave. Será también de su cargo impedir que el intervenido extraiga del fondo de su comercio para sus gastos particulares mayor cantidad que la que esté asignada, ni distraiga fondos algunos para objetos extraños de su tráfico y giro; pero no podrá mezclarse en el orden y dirección de los negocios del mismo intervenido, sobre lo cual procederá este del modo que estime más conveniente».

³⁰ CURIEL LORENTE, 2004, 131-132.

³¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004, 2503.

³² Cfr., GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004, 2504-2505.

³³ MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2255. *Vid.*, SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2017, 81-82 y 192-193.

³⁴ MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2255.

³⁵ Artículo 27 LH: «Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior [actos a título oneroso], no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento [el de la obligación de no disponer]».

³⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2257.

³⁷ CARRASCO PERERA, 2004, 1503.

³⁸ CARRASCO PERERA, 2004, 1505.

³⁹ GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (2), 1512.

⁴⁰ CORDÓN MORENO, 2010, 319-320.

⁴¹ CABANAS TREJO, 2012, 4-5.

⁴² CABANAS TREJO, 2012, 4-7.

⁴³ ALBALADEJO, 2002, 274-275.

⁴⁴ Al igual que ocurre con el arrendamiento (art. 2.5 LH) o con la opción de compra (art. 14 RH).

⁴⁵ TAMAYO CARMONA, 2015, 506.

⁴⁶ SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS señalan, con cita de DÍEZ PICAZO, que la razón de que las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título oneroso sean meras obligaciones negativas (de no disponer), radicaría en que «para su plena eficacia, las prohibiciones de disponer necesitan un soporte causal, que solo se lo proporciona el carácter gratuito de la transmisión. Si el adquirente lo es por título oneroso y satisface la contraprestación, la estipulación en virtud de la cual en lo sucesivo no realizará más actos dispositivos no tiene más alcance que el de una prestación de carácter accesorio» (SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2017, 82).

⁴⁷ GÓMEZ GÁLLIGO, 2016, 2-4. Considerando que las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a la situación subjetiva del titular registral y que la anotación de concurso es similar a la inscripción de resoluciones sobre incapacitación contempladas en el artículo 2.4 LH, *vid.*, RDGRN de 26 de enero de 2012 y STS de 7 de noviembre de 2017.

⁴⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2258-2259.

⁴⁹ MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2259.

⁵⁰ CORDÓN MORENO, 2010, 322-323.

⁵¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004, 2506.

⁵² GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (2), 1513. En opinión de este autor la acción de reintegración podría ejercitarse, vigente el convenio, *si se hubiese establecido en aquel un órgano legitimado para ello. Si no existiera, sería preciso promover primero la declaración de incumplimiento del convenio y, una vez abierta la liquidación, que la administración concursal ejercitase la acción de reintegración* (Ibidem).

⁵³ CARRASCO PERERA duda de que la sanción prevista en el artículo 137.1 sea la más procedente. «El ejercicio abusivo o excesivo del poder de disposición, la disposición de bienes por quien carece de poder para ello, *no es realmente un incumplimiento contractual, sino un supuesto de ineeficacia contractual, de inoponibilidad, en este caso a la masa del concurso* (*cfr. art. 1259 del Código Civil*). *¿Por qué habrían los acreedores de pretender la extrema consecuencia de la resolución del artículo 140 LC, si pueden recuperar el bien dispuesto o pedir la nulidad del acto de administración o disposición?* (CARRASCO PERERA, 2004, 1503).

⁵⁴ GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (3), 1532-1533.

⁵⁵ Podría pensarse que la exigencia de inscribir la sentencia por la que se aprueba el convenio, con carácter previo al acto dispositivo otorgado por el concursado, supondrá que siempre las medidas prohibitivas o limitativas figurarán en tal asiento y que, por lo tanto, nos alejamos así del régimen del artículo 137 LC que habla de inscribibilidad, *pero parte de la posibilidad de la no inscripción* (CABANAS TREJO, 2012, 4-7). Sin embargo, esto no es del todo cierto. Si el registrador solicita la sentencia aprobatoria del convenio y el convenio mismo, como exigencia de trato sucesivo y para calificar el acto dispositivo posterior, aun así, tales medidas podrían no inscribirse en el asiento previo, por ejemplo, por no ser calificadas por el registrador como tales. Siendo calificadas de tales, sí procedería la inscripción (arts. 132 y 137 LC, para que la publicidad registral sea completa). Luego el trato sucesivo es compatible con el régimen previsto en el artículo 137 LC.

⁵⁶ GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (3), 2511-2512. Y añade, contemplando esta última posibilidad, que el artículo 73.2 LC, en consonancia con los artículos 34 y 37 LC, exige demandar al «tercer adquirente del bien que se pretenda reintegrar cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de adquisición de buena fe». Si el tercer adquirente del bien goza de la protección registral, «se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; y si se apreciare mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa (art. 73.2 LC)». «No parece,

en todo caso, que las acciones de reintegración puedan afectar a los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni a los actos comprendidos en leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados (art. 71.5 LC)» (Op. cit., Loc. cit.).

⁵⁷ PAU PEDRÓN, 2004, 90-92.

⁵⁸ PAU PEDRÓN, 2004, 93.

⁵⁹ PAU PEDRÓN, 2004, 96-97.

⁶⁰ PAU PEDRÓN, 2004, 98-99.

⁶¹ PAU PEDRÓN, 2004, 99. También son partidarios de hacer constar la causa de nulidad o rescisión en la inscripción del acto adquisitivo infractor, «por elementales razones de claridad y seguridad jurídica», Heliodoro y Adelaida SÁNCHEZ RUS, 2004, 2209, así como GARCÍA GARCÍA, si bien para consignar tal extremo «se requerirá previamente la notificación al interesado, pues se trata de inscripción en forma distinta a la solicitada, lo que acerca la cuestión a la “inscripción parcial” (cfr., arts. 19.bis.2 y 322.3 LH)». El adquirente o subadquirente intentará asegurarse a la hora de inscribir del cumplimiento del convenio, *lo que resultará de la calificación registral* (art. 18 LH). (GARCÍA GARCÍA, 2014, 5634). En todo caso, los problemas para el adquirente en el acto infractor concluyen si el convenio es cumplido, se declara judicialmente así y caducan las acciones de declaración de incumplimiento en los términos del artículo 140.1 en relación con el artículo 141 LC. En tal caso, el acto claudicante habrá devenido firme por razón del devenir del concurso. Lo que guarda relación con el plazo de vigencia de las medidas prohibitivas o limitativas que hemos señalado antes.

⁶² PAU PEDRÓN, 2004, 99. No sería aplicable a esta acción, ni la excepción del artículo 71.5.1.º LC, relativa a la no rescindibilidad de los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni el plazo de dos años de ejercicio, ni las presunciones de perjuicio patrimonial (PAU PEDRÓN, 2004, 100).

⁶³ GUILARTE MARTÍN-CALERO señala que accordada la apertura de la liquidación (por el incumplimiento del convenio), corresponde de nuevo a la administración concursal velar por los intereses del concurso, *pudiendo confirmar el acto contradictor, o bien impugnarlo si fuere un acto negativo o perjudicial para tales intereses* o bien «permanecer inactiva por desconocimiento o desinterés; en este supuesto, será muy probable que el acreedor que solicitó la declaración de incumplimiento o quien fue la contraparte en aquel negocio, haciendo uso de la facultad que les concede el apartado séptimo del artículo 40, requiera de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convocatoria o confirmación del acto. La acción de impugnación, que se tramitará por el incidente concursal, caducará al mes de haberse efectuado el requerimiento o al finalizar la liquidación». La autora entiende pues, que el acto es anulable. «La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (art. 1303 del Código Civil); si no pudieran reintegrarse [p. ej., por estar en manos de un tercero de buena fe], deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía aquella cuando salió del patrimonio del deudor (art. 1307 del Código Civil)» (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004-2507). Como consecuencia del éxito de la acción de impugnación, surge un crédito a favor de quien fue parte en el negocio declarado ineficaz, que según la autora podría considerarse como un crédito contra la masa; o bien considerar aplicable el artículo 73.3 LC, «crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto impugnado, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado»; o bien considerar aplicable el artículo 89.3 LC que llevaría a calificar el crédito como ordinario, siendo irrelevante la buena o mala fe de quien contrató con el concursado, inclinándose la autora por la aplicación analógica del artículo 73.3 LC (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004-2507, nota 11).

⁶⁴ CARRASCO PERERA, 2004, 1506. Artículo 72.1 LC: «La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación [art. 71.6 LC] corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitárla si la

administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En este caso, en cuanto a los gastos y costas de los legitimados subsidiarios se aplicará la norma prevista en el apartado 4 del artículo 54».

⁶⁵ CORDÓN MORENO, 2010, 324.

⁶⁶ CURIEL LORENTE, 2004, 133.

⁶⁷ CURIEL LORENTE, 2004, 133-134.

⁶⁸ CURIEL LORENTE, 2004, 134.

⁶⁹ CURIEL LORENTE, 2004, 135.

⁷⁰ *Cfr.*, GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (2), 1511-1512.

⁷¹ *Cfr.*, MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2262-2263.

⁷² MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2263-2264.