

## La anotación preventiva de concurso\*

### *Pre-emptive recording of insolvency proceedings*

por

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

**RESUMEN:** En el presente artículo la autora analiza la eficacia de la anotación de concurso practicada en el folio registral de las fincas pertenecientes al concursado. Dicha anotación, que es un asiento provisional, produciría un efecto de oponibilidad frente a terceros y de cognoscibilidad legal de la situación concursal y de sus efectos sobre el patrimonio del deudor. La autora indica que la anotación preventiva de concurso tiene la finalidad de impedir el surgimiento de terceros hipotecarios mientras no se hace constar en el Registro la inscripción (definitiva) de la declaración de concurso. Pero que señalar esta finalidad no es suficiente para determinar la naturaleza de la anotación y los efectos registrales que produce en relación con actos derivados del procedimiento concursal o bien en relación con actos ajenos al procedimiento concursal, pero relativos a la finca anotada. La naturaleza jurídica de la anotación preventiva de concurso guardaría relación con la naturaleza jurídica de las limitaciones patrimoniales impuestas al concursado en el auto de declaración de concurso y que se publican mediante la anotación. En este sentido, se decanta por la consideración de tal anotación como una anotación de prohibición judicial de disponer y de administrar. Tras la determinación de su naturaleza, la autora analiza los efectos de la anotación de concurso (durante la fase común del concurso) sobre los negocios jurídicos realizados y embargos decretados antes de la declaración de concurso; los actos de disposición realizados en la fase común del concurso; las anotaciones de demanda provenientes de procedimientos diversos del concurso y las ejecuciones derivadas de embargos anotados o hipotecas inscritas antes que la anotación de concurso.

**ABSTRACT:** *In this article, the author examines the effectiveness of the pre-emptive recording of insolvency proceedings in the registry entries for properties belonging to the insolvent party. The said pre-emptive recording, which is a provisional entry, makes the fact of said insolvency proceedings enforceable against third parties, and constitutes statutory notice of the insolvency situation and of its effects on the debtor's assets. The author indicates that the purpose of pre-emptive recording of insolvency proceedings is to block the creation of new third-party mortgagees during the period before the insolvency proceedings is (definitively) recorded at the Registry. However, indicating this purpose is not sufficient to de-*

---

\* El presente trabajo se realiza dentro del marco del Grupo de Investigación UCM, «Nuevas perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Prof. Dr. Luis ANGUITA VILLANUEVA.

*termine the nature of the pre-emptive recording or the registry-related effects that it has in relation to actions deriving from the insolvency proceedings, or in relation to actions unrelated to the insolvency proceedings but relating to the property against which the pre-emptive recording is made. The legal nature of pre-emptive recording of insolvency proceedings would be related to the legal nature of the restrictions placed on what the insolvent party can do with its assets set forth in the court order instigating the insolvency proceedings and which are published by way of the pre-emptive recording. In this regard, the option chosen is to regard such pre-emptive recordings as a judicial ban on disposing of or administering assets. Having established their nature, the author then examines the effects of the pre-emptive recording of insolvency proceedings (during the common stage of the insolvency proceedings) on any legal transactions performed and any distraints imposed prior to the commencement of the insolvency proceedings; acts of disposal performed during the common stage of the insolvency proceedings; the recording of claims deriving from proceedings separate from the insolvency, and enforcement proceedings deriving from distraints or mortgages recorded prior to the pre-emptive recording of insolvency proceedings.*

**PALABRAS CLAVE:** Anotación preventiva de concurso. Actos dispositivos. Embargos e hipotecas anteriores a la declaración de concurso. Actos dispositivos en la fase común. Anotación preventiva de demanda.

**KEY WORDS:** *Pre-emptive recording of insolvency proceedings. Acts of disposal. Distraints and mortgages prior to the commencement of the insolvency proceedings. Acts of disposal during the common stage. Pre-emptive recording of claims.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO: EFECTO DEL AUTO DECLARATORIO DEL CONCURSO.—III. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.—IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA (O INSCRIPCIÓN) DE CONCURSO.—V. NEGOCIOS JURÍDICOS REALIZADOS ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADOS DESPUÉS DE SU ANOTACIÓN.—VI. EMBARGOS DECRETADOS ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADOS DESPUÉS DE SU ANOTACIÓN.—VII. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN O DISPOSICIÓN REALIZADOS EN LA FASE COMÚN DEL CONCURSO: 1. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE ESTOS ACTOS EN SU RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 2. ENAJENACIONES DE INMUEBLES GRAVADOS CON HIPOTECA: a) *Enajenación del inmueble hipotecado con subsistencia del gravamen.* b) *Enajenación del inmueble hipotecado sin subsistencia del gravamen.* c) *Dación en pago del inmueble hipotecado.* 3. VENTA DIRECTA Y CANCELACIÓN DE EMBARGOS. 4. ACTOS REALIZADOS POR EL CONCURSADO ANTES DE LA ACEPTACIÓN DEL CARGO POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.—VI. ANOTACIÓN DE CONCURSO Y ANOTACIONES DE DEMANDA PROVENIENTES DE PROCEDIMIENTOS DIVERSOS DEL CONCURSO.—VII. EJECUCIONES DERIVADAS DE EMBARGOS ANOTADOS CON ANTERIORIDAD AL CONCURSO.—VIII. EJECUCIONES DE HIPOTECAS INSCRITAS CON ANTERIORIDAD AL CONCURSO.—IX. CONCLUSIONES.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La anotación preventiva de concurso (o inscripción, en su caso) produce importantes efectos en relación con actos provenientes de fuera del procedimiento concursal y actos provenientes del mismo. Su naturaleza guarda relación con la de las limitaciones patrimoniales del concursado que publica y ello incide en los efectos que produce, particularmente en relación con las escrituras de hipoteca otorgadas antes de la declaración de concurso y presentadas a Registro después de anotado el concurso.

## II. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO: EFECTO DEL AUTO DECLARATORIO DEL CONCURSO

La declaración de concurso produce para el deudor una serie de limitaciones de sus facultades patrimoniales *en beneficio de sus acreedores y para el buen fin del concurso* (arts. 40, 43 y 44 LC). Estas limitaciones (intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición)<sup>1</sup> son efecto legal inmediato del auto de declaración de concurso<sup>2</sup>, el cual es ejecutivo aunque no sea firme (arts. 21.1.2.º y 21.2 LC). De tal manera que el concursado padece las limitaciones patrimoniales desde la fecha del mismo, con independencia de que se le haya dado publicidad o no (arts. 23 y 24 LC), así, mediante su constancia en el Registro de la Propiedad.

La doctrina ha discutido la naturaleza jurídica de estas limitaciones patrimoniales impuestas al concursado<sup>3</sup>. Así, FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA consideran que afectan a la capacidad de obrar, limitándola de forma más o menos intensa. La suspensión no privaría totalmente al concursado de la capacidad de obrar, sino solo en el aspecto patrimonial y tampoco totalmente, pues, por ejemplo, conservaría la facultad de testar (art. 40.6 LC)<sup>4</sup>. En el mismo sentido se pronuncian GÓMEZ GÁLLIGO y BLASCO GASCÓ (*vid., ut infra, epígrafe IV*)<sup>5</sup>.

Otros autores, en cambio, consideran que la capacidad de obrar no se ve afectada puesto que el concursado conserva aptitud subjetiva para realizar actos de administración y disposición sobre bienes inembargables o bienes ajenos cuya administración le estuviese encomendada (*p. ej.* patria potestad, tutela). Además las limitaciones se impondrían en cuanto el concursado es titular de un patrimonio de destino (destinado al fin de la satisfacción de los acreedores) y seguirían operando incluso después de la muerte del concursado (art. 182 del Código Civil), alcanzando a los herederos mientras no concluyese el procedimiento (lo que sería impropio de una incapacidad subjetiva de obrar)<sup>6</sup>. Parecería, pues, que tales limitaciones son objetivas o reales y no subjetivas. Es decir, la necesidad de intervención o la suspensión restringirían la legitimación subjetiva para actuar propia del titular de un derecho. El concursado tendría limitado el ejercicio de algunas de las facultades que integran el contenido de los derechos de que es titular. Para MARTÍNEZ FLÓREZ estaríamos en presencia de prohibiciones de disponer y de administrar, pues mientras la incapacidad de obrar protege al incapacitado, la prohibición atiende al interés general o a intereses de terceros cuyos derechos puedan verse afectados por el acto prohibido. En el caso de la intervención se estaría en presencia de una prohibición de disponer o de administrar *sin consentimiento de los administradores concursales*. En el caso de la suspensión la prohibición sería *absoluta*, obrando como representante legal del concursado la administración concursal (pues sus poderes emanan de la ley

y sus actos producen efectos en cabeza del concursado), a lo que no es óbice que el concursado no sea un incapaz pues el Derecho reconoce supuestos de representación legal de personas capaces (como la representación del ausente)<sup>7, 8</sup>.

Esta polémica doctrinal tendría su repercusión en la naturaleza atribuible a la anotación preventiva de concurso, cuestión sobre la que también existe una polémica que expondremos, *ut infra*, epígrafe IV.

### III. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Parecería que la anotación preventiva (o la inscripción de la declaración de concurso) sería el primer asiento relativo al concurso que se practicaría en cada folio registral de las fincas pertenecientes al concursado (art. 76.1 LC). Pero lo cierto es que sobre las fincas que en el futuro integrarán la masa activa cabe practicar anotaciones preventivas de prohibición de disponer así como anotaciones de embargo preventivo, en cuanto medidas cautelares anteriores a la declaración del concurso que el Juez, al admitir a trámite la solicitud, puede adoptar para asegurar la integridad del patrimonio del deudor (art. 17 LC). De este modo se evita el surgimiento de terceros hipotecarios, inmunes a las acciones de rescisión (arts. 71 y 73.2 LC), antes de la declaración de concurso.

Precisado lo anterior, la declaración de concurso, expresando su fecha, el régimen de intervención o de suspensión a que queda sujeto el concursado y el nombramiento de los administradores concursales, se inscribe en el folio registral de cada finca del concursado (arts. 24.4 LC y 38 LH). *De este modo se dota de publicidad registral al procedimiento concursal frente a terceros*. El título material inscribible es el auto (de ahí que se deba comunicar la registración al Juzgado en que se tramita el concurso) y el título formal, el mandamiento librado por el Secretario judicial (art. 24.5 LC)<sup>9</sup> o la certificación del Registrador Mercantil que haya inscrito el auto de declaración del concurso en la hoja abierta a la entidad concursada en el Registro Mercantil (art. 323 RRM)<sup>10</sup>.

Si el auto es firme se practicará inscripción de la declaración de concurso y si no lo es, anotación preventiva (art. 24.5 LC). La anotación caducará a los cuatro años desde la fecha de la anotación misma y se cancelará de oficio o a instancia de cualquier interesado. El Secretario judicial podrá decretar prórrogas sucesivas indefinidas (art. 24.5 LC y 86 LH)<sup>11</sup>.

La anotación se practicará sobre los bienes privativos del concursado: todos los inscritos a su nombre, si el mandamiento no los identifica (*arg. ex* art. 73.2 LH) o bien solo sobre los identificados en el mismo (pues sería posible que bienes inscritos constase en autos que no pertenecían ya al deudor)<sup>12</sup>. También se practicará sobre los bienes gananciales, si el mandamiento lo ordena indicando que tales bienes han de responder de las deudas del concursado (art. 77.2 LC) y se acredita al Registrador la notificación al cónyuge del concursado, notificación imprescindible para salvaguardar su derecho a pedir la disolución de la sociedad de gananciales siempre que tales bienes deban responder de deudas privativas del cónyuge concursado (*arg. ex* art. 1373 del Código Civil, 77.2 LC y 144 RH). Esta disolución habrá de hacerse antes de formar la masa activa, en pieza separada y con intervención de la administración concursal, siendo sobre los bienes adjudicados al concursado sobre los que se practicará la anotación preventiva<sup>13</sup>.

La práctica de la anotación preventiva o de la inscripción de la declaración de concurso deberá notificarse a los jueces y autoridades administrativas que decretaron las anotaciones de embargo que consten en el Registro o que decretaron la

expedición de certificación de cargas en ejecuciones hipotecarias, ya que el asiento que publica el concurso es un asiento ulterior que puede afectar a la ejecución, determinando la suspensión del procedimiento (art. 135 LH y arts. 55 y 56 LC)<sup>14</sup>.

La anotación preventiva de concurso se convertirá en inscripción definitiva, una vez que el auto de declaración devenga firme (al ser confirmado o no ser recurrido)<sup>15</sup>.

La inscripción de concurso estará en vigor hasta se dicte el auto de conclusión del concurso (una vez cumplido íntegramente el convenio o concluida la fase de liquidación, art. 176.2.º LC). Este auto accede al Registro de la Propiedad mediante un asiento de cancelación de la inscripción de concurso (arts. 141 y 177.3 LC). En ningún caso el Registrador puede cancelar de oficio *la inscripción de concurso. Tal cancelación solo cabe mediante el auto de conclusión mencionado, o bien mediante mandamiento dictado por el Juez del concurso durante la tramitación del procedimiento concursal* (así, cuando se enajena el bien anotado a un tercero, o se reconoce el derecho de separación del propietario con arreglo al artículo 80 LC)<sup>16</sup>. Todo ello en relación con el artículo 83 LH<sup>17</sup>.

La práctica de la anotación preventiva en la hoja registral del bien produce un efecto de oponibilidad frente a terceros y de cognoscibilidad legal de la situación concursal y de sus efectos sobre el patrimonio del deudor. Además del cierre registral en los términos que explicaremos después, y de la comunicación a Juzgados de que ya hemos hablado (art. 135 LH), la anotación o inscripción de la declaración de concurso determina la cancelación de embargos anteriores (arts. 55.3 y 149.5 LC), y tiene incidencia en las ejecuciones ordinarias e hipotecarias sobre bienes de la masa activa (arts. 55 y 56 LC).

A todos estos efectos, en cuanto producidos en la fase común del concurso, nos referiremos en los epígrafes siguientes, previo estudio de la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de concurso por su incidencia en el cierre registral.

#### IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA (O INSCRIPCIÓN) DE CONCURSO

Como toda anotación preventiva, la anotación preventiva de concurso (arts. 142 RH en relación con el art. 2.4.º y 42.4.ª LH, 166.4.º RH y 24.4 y 5 LC) tiene la finalidad de impedir el surgimiento de terceros hipotecarios mientras no se hace constar en el Registro la inscripción de la declaración de concurso<sup>18</sup>. Ahora bien, señalar esta finalidad no es suficiente para determinar la naturaleza de la anotación (y posterior inscripción) y los efectos registrales que producen en relación con actos derivados del procedimiento concursal o bien en relación con actos ajenos al procedimiento concursal, pero relativos a la finca anotada. Sentado lo anterior, cabría indicar que la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de concurso ha de guardar relación con la naturaleza jurídica de las limitaciones derivadas de la situación de concurso que publica.

Para GÓMEZ GÁLLIGO tales limitaciones afectan a *la capacidad de administrar y disponer, si bien no a la entera capacidad de obrar del concursado. No constituirían una limitación jurídico real* (carga, gravamen o derecho real afectante a la finca) sino a *una situación personal del titular que afectaría a la libre disposición de sus bienes. Por lo tanto, en relación con la anotación preventiva de concurso no jugaría el principio de prioridad (art. 17 LH) y el cierre del Registro a los títulos de fecha anterior incompatibles*. De este modo, una compraventa otorgada antes del auto declaratorio del concurso y presentada después

de practicarse la anotación preventiva de concurso sería inscribible, pues en la fecha del otorgamiento de la venta (art. 1462.2.º del Código Civil) no se estaba en concurso y, consecuentemente, el vendedor no estaba afectado por el artículo 40 LC, si bien no se cancelaría la anotación preventiva de concurso, a pesar de haber salido el bien del patrimonio del concursado y no integrar la masa activa del concurso, para evitar que surgiese un subadquirente posterior que fuese tercero hipotecario y que enervase las acciones de reintegración (art. 73.2 LC). Igualmente, señala GÓMEZ GÁLLIGO, cabría inscribir una escritura de hipoteca otorgada antes de la declaración de concurso y presentada a Registro después de practicada la anotación preventiva que publica la situación concursal, y pese a que la inscripción es en este caso constitutiva, pues al tiempo de otorgarse la escritura el hipotecante (luego concursado) tenía plena capacidad dispositiva. *Ambos ejemplos evidenciarían las consecuencias derivadas del entendimiento de las limitaciones patrimoniales del concursado como limitaciones de la capacidad de administrar y disponer*<sup>19</sup>.

Consecuencia de lo expuesto es que la fecha determinante no es la del asiento de presentación del auto declaratorio del concurso en el Registro (para la práctica de la anotación preventiva), *sino la del auto por la que se declara el concurso y por ello, aunque no se haya hecho constar la anotación preventiva en el folio registral, el Registrador siempre que conozca la situación de concurso por el Registro Mercantil, por el Libro de incapacitados, o por el Registro Público Concursal*<sup>20</sup>, *o por un asiento en el Libro Diario (posterior al asiento de presentación que generó el título que se califica)*, debe tener en cuenta la situación concursal para realizar tal calificación y decidir el acceso del título al Registro de la Propiedad<sup>21, 22</sup>.

En términos parecidos a GÓMEZ GÁLLIGO se pronuncia BLASCO GASCÓ, si bien matizando que *la hipoteca inscrita con posterioridad al auto de declaración de concurso, sería una hipoteca de eficacia latente, subordinada a las resultas del concurso, y que en ningún caso el crédito que garantizaría sería un crédito privilegiado a efectos precisamente del concurso, no gozando tampoco del beneficio de ejecución separada, ni del derecho de abstención, pues tales privilegios solo corresponderían al crédito hipotecario existente a la fecha de la declaración de concurso, con los requisitos del artículo 90.2 LC*<sup>23</sup>.

Para quienes consideran, pues, que las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a la capacidad de obrar, la anotación preventiva de concurso publicaría una situación personal del titular registral (art. 2.4.º en relación con el art. 42.5.ª LH), que produciría el efecto de advertir de la incapacidad del titular registral a quienes pretendan adquirir de este y suministrar al Registrador aquel importante dato a los efectos de *cerrar el Registro a los actos dispositivos otorgados por el incapacitado*<sup>24</sup>. En este sentido, cabría citar la RDGRN de 16 de febrero de 2012<sup>25</sup>.

Ahora bien, en el caso de considerarse que las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen prohibiciones judiciales de disponer y de administrar, los efectos que produciría la anotación preventiva de concurso podrían ser distintos, según la interpretación que se dé de los preceptos que la regulan.

En efecto, según *una primera interpretación*, las anotaciones preventivas de prohibición judicial o administrativa de disponer (art. 26.2 LH) no producirían el cierre registral para los títulos de fecha anterior (efecto que sería propio solo de las *prohibiciones voluntarias de disponer* [art. 26.3 LH]), sino que, pretendiendo asegurar la efectividad del procedimiento y la resolución que se dicte en el mismo en su día, operarían como medida cautelar impidiendo el acceso al Registro de títulos dispositivos *inter vivos otorgados con posterioridad a la anotación* (en este sentido, excepcionarían el art. 71 LH). Pero la anotación preventiva no constitui-

ría obstáculo para inscribir los títulos otorgados con anterioridad (art. 145 RH *a sensu contrario*). Dicho de otro modo, la anotación preventiva de concurso, que se encuadraría en esta clase de anotaciones, solo otorgaría prioridad registral y cierre sobre los actos dispositivos otorgados con posterioridad a la anotación sin respetar la prohibición judicial (arts. 21.1.2.º y 40 LC y 17 LH) y sobre los embargos posteriores a la declaración de concurso (art. 24.4.2.º LC)<sup>26</sup>. La solución sería similar a la postulada en caso de considerar la anotación de concurso como anotación que publica una *situación subjetiva del titular, y no una carga sobre el bien*. Surgirían dudas con las escrituras de hipoteca otorgadas con anterioridad a la declaración de concurso, pues siendo la inscripción constitutiva, cabría pensar o bien que el acto dispositivo es anterior a la anotación de la prohibición (art. 145 RH *a sensu contrario*), o por el contrario, que el negocio dispositivo no está completo hasta la inscripción, por lo que para practicar esta sería preciso exigir la conformidad de la administración concursal y la autorización judicial (arts. 40 y 43 LC). La DGRN se habría inclinado por la primera alternativa en RDGRN de 24 de abril de 1959, 8 de julio de 2010, que cita la de 3 de junio de 2009, y 2 de noviembre de 2011<sup>27</sup>.

Por lo tanto, ya se entendiese que las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a su capacidad de obrar, ya a su poder de disposición, por constituir prohibiciones judiciales de disponer y de administrar, la solución jurídica en cuanto al acceso al Registro de los títulos otorgados con anterioridad a la declaración de concurso sería la misma, pues en ambos supuestos debería admitirse el acceso del título (incluido el de hipoteca) *otorgado antes de la declaración, quedando en todo caso la hipoteca subordinada al resultado del concurso. Esta sería la doctrina mayoritaria del Centro Directivo*.

Considerando que las limitaciones patrimoniales del concursado suponen una prohibición judicial de disponer para el mismo, puede llegarse a una *segunda interpretación (y solución práctica diversa)*, si partimos de las siguientes premisas:

1.ª. Una interpretación diferente del artículo 145 RH, que también ha sido mantenida por la doctrina (y RRDGRN de 8 de mayo de 1943 y 28 de noviembre de 2008), según la cual, el artículo 145 RH concretaría el principio de prioridad del artículo 17 LH respecto de la anotación de prohibición de disponer, distinguiendo tres tipos de actos: 1.º Actos dispositivos *realizados con posterioridad a la anotación, los cuales no pueden acceder al Registro*; 2.º. Actos dispositivos basados en asientos vigentes anteriores (hipotecas, embargos) al de dominio o derecho real objeto de la anotación, que por aplicación de los principios de prioridad y tracto sucesivo sí deben inscribirse; 3.º. Actos dispositivos anteriores a la prohibición judicial de disponer que se presenten a Registro vigente el asiento relativo a esta, y *que por ser obviados en el artículo 145 RH deben regirse por la regla general del artículo 17 LH, por lo que no podrían acceder al Registro*. Así la RDGRN de 8 de mayo de 1943 entendió que *cualquiera que fuese la fecha de la enajenación de la finca cuya inalienabilidad se ordenó judicialmente en relación con la del auto prohibitivo no procede inscribir la escritura de venta que se presente en el Registro después de haberse anotado el mandamiento judicial*, dado que el Registrador debe observar el principio básico *prior tempore potior iure*, prueba de lo cual es que si la escritura de venta se hubiera presentado en el Registro antes del mandamiento se habría denegado la anotación por figurar la finca registrada a favor de tercero». La prohibición del artículo 42.4.º LH en relación con el artículo 17 LH debería, pues, cerrar el Registro (como si se tratase de una prohibición voluntaria de disponer inscrita) a todo acto de enajenación, ya fuese anterior o posterior a la fecha de la anotación, *por motivos de orden público o para garantizar los resultados de un juicio universal como es el concurso de acreedores*

y para evitar introducir confusión e inseguridad en los asientos del Registro<sup>28</sup>. En la misma línea, la RDGRN de 28 de noviembre de 2008, entendiendo que se diferencian claramente las anotaciones de prohibición de disponer (art. 145 RH y 17 LH) de las anotaciones de embargo o de demanda, que no cierran el Registro a los títulos anteriores (arts. 71 LH y 198.4 RH), con la única excepción de que el artículo 145 RH admite que las anotaciones preventivas de prohibición de disponer no sean obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de anotación<sup>29</sup>.

2.<sup>a</sup>. El supuesto de la escritura de hipoteca otorgada antes de la declaración de concurso y que pretende su acceso al Registro tras la práctica de la anotación de concurso es diverso al de una compraventa consumada antes de tal declaración, pues en este caso, efectivamente el bien anotado habría salido de la masa activa del concurso antes de practicarse la anotación. En cambio, en el caso de la escritura de hipoteca, el acceso posterior al ser constitutiva la inscripción, daría lugar al gravamen de un bien de la masa activa (minusvalorándolo), lo que parece exigir el control de la administración judicial y del Juez del concurso. En efecto, la minusvaloración de un bien de la masa activa puede dificultar un plan de liquidación que contemple la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos, ya que *al existir la hipoteca* (aunque subordinada al concurso como señala BLASCO GASCÓ), si el crédito (ordinario a efectos concursales) no se satisface totalmente dentro de la liquidación con tales enajenaciones, el remanente no satisfecho (una vez concluido el concurso, art. 178.2 LC), quedará garantizado con dicha hipoteca, la cual no se cancela por ser carga posterior a la anotación de concurso (arg. ex art. 194.5 LC), constituyendo así una carga para el comprador, tercer poseedor.

3.<sup>a</sup>. La anotación de la prohibición judicial de disponer, a la que es análoga la anotación de la declaración de concurso, supone la privación del poder de disposición del propietario, poder de disposición que parece debería ostentarse no solo al otorgar la escritura de hipoteca, sino también en el momento de practicarse su inscripción, al constituir esta un elemento más del negocio dispositivo, por lo que sería precisa la intervención de la administración concursal y la autorización del Juez del concurso para poder practicar la inscripción.

4.<sup>a</sup>. Al haberse suprimido la retroacción de la quiebra, y ser sustituida por el ejercicio de acciones rescisorias concursales de los actos perjudiciales para la masa activa en el periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso, se ha eliminado el control previo a la inscripción que suponía la confrontación de la fecha de la escritura con la fecha de retroacción de la quiebra. Como en un proceso concursal concurren razones de orden público, la anotación de concurso pretende asegurar los resultados del procedimiento universal, no es bueno introducir inseguridad y confusión en el Registro, y suele recurrirse a hipotecas unilaterales en contextos de pre-crisis o crisis empresarial<sup>30</sup>, es conveniente dar una interpretación favorable a los intereses del concurso, y por ello, esta segunda interpretación del artículo 145 RH en relación con el artículo 17 LH podría mantenerse *al menos para las escrituras de hipoteca unilateral otorgadas en los dos años previos a la declaración de concurso (periodo sospechoso)*, haciéndose precisa la autorización de la administración concursal y del Juez del concurso para la registración. Ello tendría para el concurso la ventaja de que solo se producirían tales autorizaciones si se entendiese que la escritura de hipoteca unilateral no se otorgó en perjuicio de la masa activa del concurso, evitándose así la necesidad de plantear un incidente concursal para la rescisión del negocio jurídico constitutivo (art. 71.1 LC).



Expuestos todos estos argumentos opinamos, pues, que la anotación preventiva de concurso es una anotación de prohibición judicial de disponer o gravar (sin la autorización de la administración concursal, en caso de intervención o absoluta, en caso de suspensión), y *que en el caso de la hipoteca, al ser la inscripción constitutiva y gravarse un bien de la masa activa, sería precisa para su inscripción la conformidad de los administradores concursales y la autorización del Juez del concurso (arts. 40 y 43.2 LC), particularmente tratándose de escrituras de hipoteca unilateral otorgadas durante los dos años previos a la declaración de concurso*<sup>31</sup>.

## V. NEGOCIOS JURÍDICOS REALIZADOS ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADOS DESPUÉS DE SU ANOTACIÓN

Expuesto lo relativo a la naturaleza de la anotación preventiva de concurso, procede ahora examinar los efectos de la misma sobre los negocios jurídicos realizados antes de la declaración de concurso y que demoran su acceso al Registro, *presentándose después de practicada la anotación*.

Los negocios jurídicos dispositivos realizados por el titular registral antes de la declaración de concurso son inscribibles, ya sean onerosos o gratuitos, aunque sean actos realizados durante el periodo sospechoso, sin perjuicio de su posible rescindibilidad (art. 71 LC). En estos negocios jurídicos no es necesaria la intervención de la administración concursal ni la autorización del Juez del concurso, pues en el momento de celebrarse dicho negocio el titular registral no tenía limitadas sus facultades de administración y disposición, pero la inscripción se practica con supeditación al procedimiento concursal publicado por la anotación preventiva (art. 17 LH), de manera que corresponderá al propietario defender su dominio (art. 80 LC).

Esto es, la calificación de la capacidad y legitimación del disponente ha de realizarse con referencia *al momento del otorgamiento del negocio*, confrontándolo con la fecha en que el Juez declara el concurso, momento en que se producen los efectos limitativos de las facultades de administración y disposición (art. 21 LC).

En relación con las hipotecas (para las que la inscripción es constitutiva), si la escritura se otorgó antes de la declaración de concurso pero se presentó a Registro después de practicada la anotación de concurso, en nuestra opinión sería precisa la autorización de la administración concursal y del Juez del concurso para proceder a la inscripción (art. 40 y 43.2 LC), particularmente tratándose de hipotecas unilaterales otorgadas durante el periodo sospechoso. Para PAU PEDRÓN, en cambio, el negocio sería inscribible, pero el nacimiento de la hipoteca después de la declaración de concurso vulneraría la regla de que los créditos no pueden mejorar de rango durante la tramitación del concurso (*arg. ex* art. 100.3 LC), lo que conllevaría que la existencia del procedimiento concursal tuviese consecuencias sobre tal hipoteca, en el sentido de privarla de existencia *a efectos concursales, de manera que el crédito que era ordinario antes de la declaración de concurso lo siga siendo después de la declaración*<sup>32</sup>.

## VI. EMBARGOS DECRETADOS ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADOS DESPUÉS DE SU ANOTACIÓN

De acuerdo con el artículo 24.4.2.º LC la anotación de concurso produce el cierre registral para las anotaciones de *embargos decretados con posterioridad* a

la declaración de concurso y procedentes de órganos judiciales diversos al Juez del concurso (arts. 8.3.º y 55 LC). Esto es, cuya fecha de decreto de embargo sea posterior a la fecha del auto declaratorio del concurso.

Por el contrario, según el artículo 24.4.2.º LC, la anotación de concurso no cerraría el Registro de la Propiedad a los *embargos decretados antes* de la declaración de concurso (art. 587 LEC), pero el Juez que ordenó la anotación deberá suspender la ejecución, pudiendo reanudarla únicamente si se trata de ejecuciones que pueden continuar según lo dispuesto en el artículo 55.1.2.º LC en relación con el artículo 56.5 LC.

Tratándose de embargos cuya ejecución continúa (art. 55.1.2.º LC), según la DGRN, el Registrador debe exigir, antes de practicar la anotación de embargo, la acreditación, por resolución del Juez del concurso, *del carácter no necesario del inmueble para la continuación de la actividad empresarial o profesional*<sup>33</sup>, resolución que entiendo debería inscribirse previamente (pues los adquirentes del bien en el procedimiento de ejecución han de tener la seguridad de que su adquisición no es nula por contrariar lo dispuesto en el art. 55 LC, seguridad que le proporciona en este punto la publicidad registral). También sería preciso, para poder practicar la anotación de embargo, que no se hubiese aprobado todavía el plan de liquidación en el concurso.

Ahora bien, se ha indicado, teniendo en cuenta la suspensión de ejecuciones del artículo 55.1 LC, que no parece coherente anotar embargos *anteriores* a la declaración de concurso, cualquiera que sea la fecha de la traba, salvo los supuestos excepcionales del artículo 55.1 LC en que la ejecución prosigue. *Puesto que si la ejecución se suspende, el crédito del embargante queda incluido en la masa pasiva del concurso (art. 49 y 55.2 LC), no aportándole nada la anotación del embargo por estar en suspenso el procedimiento de ejecución.* Sin embargo la cuestión no es tan clara si, verificada la liquidación, quedase parte del crédito sin satisfacer (art. 24.4 en relación con el art. 178.2 y 149.5 LC), pues quien adquiriese el bien en la liquidación concursal lo compraría con dicha carga (que no sería cancelable), quedando como tercer poseedor del bien anotado. *El argumento sería similar al manejado para defender la inscripción de la escritura de hipoteca rezagada. No obstante también cabe pensar que anotar un embargo de una ejecución que debe suspenderse es continuar con el procedimiento de ejecución (dando publicidad a la traba), por lo que no debería practicarse la anotación de embargo.*

Como señala PAU PEDRÓN, si se pretendiese anotar un embargo ordenado durante la fase común, esto es, *con posterioridad a la declaración de concurso*, el cierre registral es absoluto, pues de acuerdo con el artículo 24.4 LC, una vez practicada la inscripción o la anotación de la declaración de concurso, *no podrán anotarse más embargos posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez del concurso, salvo lo establecido en el artículo 55 LC, que realmente se refiere a embargos anotados [o decretados] antes de la declaración de concurso*<sup>34</sup>.

## VII. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN O DISPOSICIÓN REALIZADOS EN LA FASE COMÚN DEL CONCURSO

### 1. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE ESTOS ACTOS EN SU RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El régimen jurídico general de estos actos depende de si el Juez ha acordado la intervención o la suspensión de las facultades de administración y disposición

del deudor; lo que le consta al Registrador por la anotación o inscripción de concurso, que se convierte así en un asiento clave para la calificación de los títulos dispositivos otorgados por el concursado o por la administración concursal con posterioridad a la declaración de concurso (art. 40 LC).

Hay que tener presente que el administrador concursal debe actuar al tiempo del otorgamiento del acto (tanto si se trata del régimen de intervención como del régimen de suspensión), si bien la Ley permite la posterior convalidación<sup>35</sup>.

De acuerdo con el artículo 40.7 LC, los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en el artículo 40 LC son anulables y no podrán ser inscritos en registros públicos (y por lo tanto, en el Registro de la Propiedad), mientras no sean convalidados o confirmados o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme. Como el acto es anulable, la calificación negativa será de suspensión y no de denegación de la inscripción (pues la falta es subsanable)<sup>36</sup>.

Pero además, para la inscripción del acto dispositivo se requerirá la presentación del testimonio del auto por el que el Juez del concurso autoriza la enajenación o el gravamen, de acuerdo con el artículo 43.2 LC<sup>37</sup>.

Quedan exceptuados de tal autorización judicial, sin embargo, (art. 43.3 LC):

- 1.º Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso.
- 2.º Los actos de disposición de bienes que *no sean necesarios* para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario, o sea, cuando se trate de una «oferta ventajosa».
- 3.º Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, o sea, inherentes al giro o tráfico del empresario, en los términos establecidos en el artículo 44.2 y 3 LC, según los cuales corresponde a la administración concursal manifestar que el acto de enajenación o gravamen es necesario para la continuidad de la actividad empresarial. No obstante, en caso de intervención puede autorizar con carácter general ciertos actos de los de ese giro o tráfico, reservándose la facultad de intervenir en los demás<sup>38</sup>.

En estos tres casos de excepción, pues, no es necesaria la presentación del testimonio del auto judicial de autorización de la enajenación pero sí será necesario, respectivamente: la comunicación inmediata *a posteriori* al Juez del concurso del acto realizado y la justificación de su necesidad (1.º); la comunicación previa al Juez de la oferta ventajosa y del carácter no necesario del bien (2.º); y la manifestación de la administración concursal de que el acto es necesario para la continuidad de la actividad empresarial (3.º). Todo ello, para poder practicar la inscripción del acto dispositivo o de enajenación. Así pues tales comunicaciones o manifestaciones caerían dentro del ámbito de la calificación registral<sup>39</sup>.

La falta de presentación del testimonio del auto de autorización de la enajenación determinará una calificación negativa por la que se denegará la inscripción, al adolecer la enajenación realizada de nulidad radical (art. 43.2 LC). Será necesario, pues, el otorgamiento de un nuevo título para remediar la falta insubsanable y de este modo poder inscribir, previa obtención de la autorización judicial. Sin embargo, PAU PEDRÓN considera que por analogía con el criterio legal sobre la falta de autorización o conformidad de la administración concursal el acto es anulable y cabría su convalidación posterior<sup>40</sup>.

En los casos en que la autorización judicial está exceptuada, la apreciación de falta subsanable o insubsanable que impida la inscripción dependerá del supuesto ante el que nos encontremos.

Si, tratándose de actos dispositivos indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería del concurso, no se hubiese procedido a la inmediata comunicación al Juez, acompañando de la justificación de su necesidad, estaríamos en presencia de una falta subsanable mediante la comunicación oportuna y su justificación al Registrador.

Si, tratándose de actos dispositivos sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, no se hubiese comunicado al Juez la oferta y el carácter no necesario del bien, como parece que tal comunicación constituye una *conditio iuris* previa, supeditándose a la misma la eficacia de la oferta y de la aceptación, el acto sería ineficaz en sentido estricto, *definitivamente, por faltarle las condiciones legales previas para su eficacia*, y no cabría su inscripción<sup>41</sup>.

Si se tratase de actos inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial, en los términos de los artículos 44.2 y 3 LC, es necesario, como hemos dicho, para la validez del acto (acto que ha de ser propio del giro o tráfico de tal actividad), en caso de intervención del concursado, contar con la previa autorización general del mismo (si por razón de su naturaleza o cuantía, la administración ha autorizado los actos de tal clase), o bien de su previa autorización especial (*arg., ex art. 44.2 LC*). En caso de suspensión es la administración concursal la que realizará tal acto dispositivo en los términos del artículo 44.3 LC, sin necesidad de autorización judicial. *Si faltase alguno de estos requisitos el acto no será inscribible, al ser anulable, apreciándose falta subsanable (art. 40.7 LC)*.

Como las facultades de administración y disposición deben ejercerse atendiendo a la conservación de la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1 LC), se precisa mantener el valor de la masa y por ello hay que deducir que la ley solo entiende posibles las enajenaciones onerosas, no pudiendo realizarse enajenaciones gratuitas, ni renunciaciones de derechos<sup>42</sup>, lo cual entraría también dentro del ámbito de la calificación registral.

Las decisiones de la administración concursal (convalidación, autorización genérica, etc.), por exigencias del artículo 3 LH deben constar en documento público.

## 2. ENAJENACIONES DE INMUEBLES GRAVADOS CON HIPOTECA

De acuerdo con el artículo 155.4 LC, la enajenación de los bienes gravados con hipoteca, en cualquier estado del concurso (y por lo tanto, también en la fase común), deberá hacerse mediante subasta, salvo que el Juez autorice la venta directa<sup>43</sup>, que puede verificarse con subsistencia de la hipoteca o sin ella (art. 155.3 LC). También puede autorizarse la dación en pago o la cesión para el pago al acreedor hipotecario o a la persona que él designe.

### a) Enajenación del inmueble hipotecado con subsistencia del gravamen

El Juez debe autorizar la enajenación, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados. En este caso, el adquirente se subroga en la posición del deudor, por lo que el acreedor hipotecario debe consentir la subrogación (art. 1205 del Código Civil y 118 LH), cayendo tal consentimiento

dentro del ámbito de la calificación registral. Si se produce la subrogación, la obligación queda excluida de la masa pasiva del concurso.

*b) Enajenación del inmueble hipotecado sin subsistencia del gravamen*

En este caso el precio obtenido por la venta *deberá destinarse al pago del crédito hipotecario* (art. 155.3 *in fine* LC), debiendo constar documentalmente, para poder proceder a la inscripción, dicho destino del precio. El acreedor hipotecario hará suyo el montante resultante de la venta en cantidad que no exceda de la deuda originaria (art. 155.5 LC), correspondiendo el resto si lo hubiere, a la masa activa del concurso. Si hubiere varias hipotecas, el orden de pago sería el cronológico de la inscripción registral (art. 155.3.2.º LC). Si algún crédito no pudiese pagarse en su integridad, se convertiría en crédito ordinario (art. 155.4.1.º LC). La adquisición, pues, se realizaría libre de cargas. Los créditos garantizados con embargo sobre el bien, puesto que son créditos ordinarios, no tendrían por qué cobrar con cargo al bien, sino dentro del concurso, de manera que si hubiese sobrante, no se destinaría al pago de los créditos asegurados con anotación, sino que se integraría en la masa pasiva, para el pago de los acreedores con privilegio general, de los acreedores ordinarios y subordinados<sup>44</sup>. En el caso de que el crédito fuera superior a la responsabilidad hipotecaria (art. 692.1.2.º LEC), el sobrante, una vez satisfecha la parte de crédito privilegiado, se integrará en la masa pasiva. Es decir, no se abonaría al acreedor hipotecario, porque ya no es acreedor privilegiado.

*c) Dación en pago*

De acuerdo con el artículo 155.4 LC es posible la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, y por lo tanto *en la fase común y fuera de convenio*, mediante la cesión en pago (dación en pago), siempre que lo solicite la administración concursal y el Juez lo autorice (arts. 155.4 y 43.2 LC), y *siempre que quede completamente satisfecho el privilegio especial, o en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda*.

### 3. VENTA DIRECTA Y CANCELACIÓN DE EMBARGOS

De acuerdo con el artículo 149 LC, en el auto de aprobación del remate, el Juez del concurso acordará la cancelación de todos los embargos anteriores al concurso que pesen sobre el inmueble. Según PAU PEDRÓN, esta regla del artículo 149 LC puede extenderse al auto de autorización en el caso de la venta directa, pues pese a radicar la norma en sede de liquidación, su aplicabilidad debería extenderse a toda la tramitación del concurso ya que el levantamiento de los embargos facilita la enajenación y los créditos que constan con anotación de embargo forman parte de la masa pasiva, estando sometidos al principio *par conditio creditorum*, de manera que su preferencia para el cobro no depende de la oponibilidad registral sino de la clasificación del crédito. La anotación de embargo no convertiría al crédito ni en crédito con privilegio especial del artículo 90 LC, ni en crédito con privilegio general del artículo 91 LC, o dicho de otro modo, la anotación de embargo no daría ninguna preferencia en el concurso. Los

embargos cancelables no son solo los anotados con carácter previo a la anotación de concurso (art. 149 LC), sino *a fortiori* los embargos anotados con posterioridad *por mandato del Juez del concurso*, que garantizarán necesariamente créditos contra la masa. No podrá ordenarse, sin embargo, la cancelación de los embargos anteriores administrativos, laborales, a favor de la Seguridad Social y tributarios que pesen sobre bienes *no necesarios* para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, pues las autoridades que los decretaron pueden continuar tramitándolos en los términos del artículo 55.2.1.º LC, hasta la aprobación del plan de liquidación. La posibilidad que tiene el Juez del concurso de ordenar cancelaciones en las ejecuciones que queden suspendidas no la tiene cuando se trata de cancelaciones de embargos susceptibles de ejecución separada, ni cuando se trata de embargos administrativos en general (arts. 55.1 y 2 y 55.3 *in fine*). Tampoco podrá ordenarse la cancelación de hipotecas anteriores a la declaración de concurso (que gocen de privilegio especial conforme al art. 90 LC) y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen<sup>45</sup>.

La competencia para ordenar la cancelación es del Juez del concurso (art. 86 LOPJ y art. 8.3.º LC), sin perjuicio del tratamiento concursal del crédito que lo hubiera provocado, pues, como se ha indicado, los créditos que dieron lugar a la anotación de embargo deben ser satisfechos cuando corresponda, según el modo y orden establecido por la LC y no cuando se enajene el bien embargado.

Para poder proceder a la cancelación debe constarle al Registrador que se notificó por el juzgado a los acreedores la pretensión de cancelación (art. 100 RH)<sup>46</sup>.

#### 4. ACTOS REALIZADOS POR EL CONCURSADO ANTES DE LA ACEPTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

De acuerdo con el artículo 44 LC (que la doctrina considera aplicable al periodo que media entre el auto de admisión a trámite de la solicitud de concurso y el auto de declaración de concurso) el concursado, sin perjuicio de las medidas cautelares que el Juez del concurso hubiese podido adoptar en el auto de declaración, podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que resulten imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado.

Por lo tanto, el Juez, en el auto de admisión a trámite del concurso, mediante la adopción de medidas cautelares, modaliza esta facultad legal del artículo 44 LC, estableciendo prohibiciones de celebrar negocios a título gratuito o a título oneroso, de manera absoluta o relativa (así prohibirse o limitarse la constitución de hipotecas), lo que contribuye a la conservación del patrimonio del deudor. Dichas medidas cautelares acceden al Registro antes que la anotación de concurso.

Una vez declarado el concurso, el Juez se pronuncia sobre la eficacia de las medidas cautelares (art. 17 *in fine* LC), pero también puede adoptar otras nuevas (art. 21.4.º LC), para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo. Producida dicha aceptación, cesan automáticamente tales medidas cautelares<sup>47</sup>.

#### VIII. ANOTACIÓN DE CONCURSO Y ANOTACIONES DE DEMANDA PROVENIENTES DE PROCEDIMIENTOS DIVERSOS DEL CONCURSO

Practicada la anotación preventiva de concurso, no podrá inscribirse en el folio registral de la finca anotada, anotaciones de demanda provenientes de Juez

diverso del Juez del concurso, ya que con arreglo al artículo 8.4.º LC, este tiene competencia exclusiva y excluyente sobre «toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores».

Así, ejercitado el derecho de separación por el propietario (art. 80 LC) mediante proceso declarativo ordinario (art. 40 LH), en caso de inscripción de dominio inexacta a favor del concursado, corresponde al Juez del concurso (art. 8.1 LC) el conocimiento de dicho procedimiento (que tiene trascendencia para el patrimonio *aparente* del concursado, art. 38 LH), así como la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, en evitación del surgimiento de un tercero hipotecario (arts. 32 y 34 LH), consecuencia de la realización de actos de disposición por el concursado o por la administración concursal. De manera que la anotación de concurso deberá ser tenida en cuenta por el Registrador al calificar la entrada en el Registro de la Propiedad del mandamiento que ordena la práctica de una anotación de demanda (art. 18 LH)<sup>48</sup>.

Se ha señalado que si la demanda de reivindicación de la finca inexactamente inscrita a nombre del deudor concursado se hubiese interpuesto antes de la declaración de concurso, de acuerdo con el principio de prioridad del artículo 17 LH, el Registrador debería denegar el acceso al Registro a la anotación de demanda derivada de tal procedimiento, pues una vez inscrita la declaración de concurso, el Registrador debe calificar conforme a la misma<sup>49</sup>. En mi opinión, sin embargo, no se produciría tal cierre registral, pues el órgano que ordenó la práctica de la anotación es el competente para ello (art. 100 RH) y no parece haber incompatibilidad entre la anotación preventiva de demanda (interpuesta antes de la declaración de concurso, ante el Juez competente) y la anotación de concurso, máxime, reconocido el derecho de separación del propietario en el artículo 80 LC, derecho de separación que se pudo comenzar a ejercitar antes de la declaración de concurso<sup>50</sup>.

## IX. EJECUCIONES DERIVADAS DE EMBARGOS ANOTADOS CON ANTERIORIDAD AL CONCURSO

Analizamos aquí el supuesto de que la anotación de embargo figurase en el folio registral antes que la anotación de concurso. Como las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales (art. 55 LC), quedan en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso (o sea, el bien embargado se integra en la masa activa y el crédito ejecutado en la masa pasiva del concurso), si el auto (ahora decreto) de adjudicación fuese de fecha *posterior* a la declaración del concurso y pretendiese acceder al Registro, estando ya anotada la declaración de concurso, dicho auto no sería inscribible, *pero sí lo sería si la fecha del decreto de adjudicación fuese anterior a la declaración de concurso, caso en que la anotación de concurso debería cancelarse, pues la ejecución concluyó antes de ser declarada la situación concursal*.

Si se trata de ejecuciones que pueden continuar con arreglo al artículo 55 LC y 50 Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social y 164 LGT (o sea, embargos administrativos, laborales, de la Seguridad Social o tributarios), siempre que el embargo se hubiese acordado antes de la declaración de concurso<sup>51</sup>, se trate de bienes no necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial (lo cual debe ser determinado por el Juez del concurso para poder continuar con la ejecución, STS de 22 de diciembre de 2006, Sala

de Conflictos de Jurisdicción, y art. 56.5 LC) y el decreto de adjudicación fuese de fecha anterior a la aprobación del plan de liquidación, dicho decreto podrá acceder al Registro cancelándose la anotación de concurso<sup>52</sup>.

Si se trata de ejecuciones suspendidas por la declaración de concurso, el cierre registral es absoluto, tanto para el decreto de adjudicación de fecha posterior a la declaración, como para la expedición de la certificación de dominio y cargas y extensión de la nota marginal correspondiente, admitiendo la DGRN la excepción de la prórroga del embargo<sup>53</sup>.

Si se pretendiese anotar un embargo con posterioridad a la declaración de concurso, el cierre registral es absoluto, pues de acuerdo con el artículo 24.4 LC, una vez practicada la inscripción o la anotación de la declaración de concurso, *no podrán anotarse más embargos posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez del concurso, salvo lo establecido en el artículo 55 LC, que realmente se refiere a embargados anotados [o decretados] antes de la declaración de concurso*<sup>54</sup>.

## X. EJECUCIONES DE HIPOTECAS INSCRITAS CON ANTERIORIDAD AL CONCURSO

La ejecución de hipotecas inscritas antes de la declaración de concurso viene regulada en el artículo 56 LC que permite la relativa a bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor y paraliza temporalmente la relativa a bienes necesarios (destino del bien que corresponde determinar al Juez del concurso en todo caso, art. 56.5 LC)<sup>55</sup>. Por lo tanto, para poder expedir la certificación de dominio y cargas y practicar la nota marginal correspondiente (art. 688 LEC), al Registrador le debe constar por resolución del Juez del concurso el destino del bien (que deberá acreditarse ante el Registrador e inscribirse previamente, *arg. ex art. 100 in fine RH*). Con mayor motivo, para inscribir el decreto de adjudicación y proceder a la cancelación de cargas (art. 674 LEC).

Para poder inscribir dicho decreto de adjudicación, este deberá emanar del Juzgado competente (art. 100 RH). A estos efectos hemos defendido anteriormente la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso (art. 56.2 LC, en relación con los arts. 8.3.º y 57.1 LC)<sup>56</sup>, argumento que hoy abona aún más la operación de cuantificación de los créditos privilegiados que debe hacerse en el procedimiento concursal e incorporarse en la lista de acreedores, con arreglo a los artículos 90.3 y 94.5 LC.

Cuando se trate de hipotecas cuya ejecución no se pueda iniciar o continuar, el cierre registral que provoca la anotación preventiva de concurso es absoluto.

Si el decreto de adjudicación dimanante de la ejecución de la hipoteca anterior fuese de fecha anterior a la declaración de concurso, podrá acceder al Registro, determinando la cancelación de la anotación preventiva de concurso (*arg. ex art. 56.2 LC*).

## XI. CONCLUSIONES

I. Las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen prohibiciones judiciales de administrar y disponer.

II. La anotación preventiva de concurso (o inscripción de la declaración de concurso) en la hoja registral del bien inmueble produce un efecto de oponibi-



lidad frente a terceros y de cognoscibilidad legal de la situación concursal y de sus efectos sobre el patrimonio del deudor.

III. La anotación preventiva de concurso tiene la finalidad de impedir el surgimiento de terceros hipotecarios mientras no se hace constar en el Registro la inscripción de la declaración de concurso. Pero señalar esta finalidad no es suficiente para determinar la naturaleza de la anotación (y posterior inscripción) y los efectos registrales que producen en relación con actos derivados del procedimiento concursal o bien en relación con actos ajenos al procedimiento concursal, pero relativos a la finca anotada. La naturaleza jurídica de la anotación preventiva de concurso guarda relación con la naturaleza jurídica de las limitaciones derivadas de la situación de concurso que publica.

IV. La anotación preventiva de concurso es una anotación de prohibición judicial de disponer o gravar (sin la autorización de la administración concursal, en caso de intervención o absoluta, en caso de suspensión), *por lo que en el caso de la hipoteca, al ser la inscripción constitutiva y gravarse un bien de la masa activa, sería precisa para su inscripción la conformidad de los administradores concursales y la autorización del Juez del concurso (arts. 40 y 43.2 LC), particularmente tratándose de escrituras de hipoteca unilateral otorgadas durante los dos años previos a la declaración de concurso.*

V. Anotar embargos anteriores a la declaración de concurso, cuyo mandamiento se presenta en Registro después de practicada la anotación de concurso, tiene sentido pues si verificada la liquidación, quedase parte del crédito sin satisfacer, quien adquiriese el bien en la liquidación concursal lo compraría con dicha carga (que no sería cancelable), quedando como tercer poseedor del bien anotado. El argumento sería similar al mantenido para defender la inscripción de la hipoteca rezagada. No obstante, cabe pensar que anotar un embargo de una ejecución que debe suspenderse es continuar con el procedimiento de ejecución (dando publicidad a la traba), por lo que no debería practicarse la anotación de embargo.

VI. Anotado el concurso no se produciría el cierre registral de la anotación preventiva de demanda (interpuesta antes de la declaración de concurso), pues el órgano que ordenó la práctica de la anotación es el competente para ello y no parece haber incompatibilidad con la anotación de concurso (art. 17 LH), máxime, reconocido el derecho de separación del propietario (art. 80 LC), el cual se pudo comenzar a ejercitar antes de la declaración de concurso.

VII. Para poder inscribir el decreto de adjudicación de una ejecución hipotecaria no paralizada por el procedimiento concursal, este deberá emanar del Juzgado competente, siendo este el Juez del concurso, posición doctrinal avalada por razón de que la operación de cuantificación de los créditos privilegiados debe hacerse en el procedimiento concursal e incorporarse en la lista de acreedores, con arreglo a los artículos 90.3 y 94.5 LC.

## XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- RDGRN de 8 de mayo de 1943
- RDGRN de 24 de abril de 1959
- RDGRN de 6 de septiembre de 1988
- RDGRN de 12 de junio de 1989
- RDGRN de 23 de marzo de 1993
- RDGRN de 5 de mayo de 1993

- RDGRN de 25 de marzo de 2000
- RDGRN de 1 de abril de 2000
- RDGRN de 3 de junio de 2009
- RDGRN de 29 de junio de 1988
- RDGRN de 28 de noviembre de 2008
- RDGRN de 8 de julio de 2010
- RDGRN de 2 de noviembre de 2011
- RDGRN de 16 de febrero de 2012
- STS de 22 de diciembre de 2006, Sala de Conflictos de Jurisdicción

### XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2012). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Barcelona: Bosch.
- BLANQUER UBEROS, R. (2005). Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 43, 37-192.
- BLASCO GASCÓ, F. de P. (2004). *Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CONCURSO en <http://www.registradores demadrid.org/revista/24/Casos-Propiedad/CONCURSO.aspx>
- CONCURSO en <http://www.registradores demadrid.org/revista/33/Casos-Propiedad/CONCURSO.aspx>
- CUENA CASAS, M. (2010). Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial. En: M. Cuenca Casas (coord.). *Familia y concurso de acreedores*. Editorial Aranzadi: Cizur Menor, 97-188.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B. (2011). Efectos del concurso. En: *Memento práctico concursal 2012*. Madrid: Francis Lefebvre, 169-256.
- GALEOTE, M.<sup>a</sup> del P. (2010). El sistema de publicidad de las resoluciones concursales. *Anuario de Derecho Concursal*, 2010, núm. 20, 277-306.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2004). Comentario al artículo 24 LC. En: J. Sánchez-Calero y V. Guilarte Gutiérrez (dir.). *Comentarios a la legislación concursal*. Valladolid: Lex Nova, 531-552.
- (2016). Derechos reales y concurso de acreedores (1). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 25, 1-14 (versión electrónica).
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. (2016). Comentario al artículo 24 LC. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Wolters Kluwer, 421-426.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2012) (1). Las limitaciones patrimoniales del concursado y la ineficacia de los actos que contravienen aquellas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, 987-1198.
- (2012) (2). La competencia judicial para la determinación del carácter afecto o necesario de los bienes del concursado objeto de ejecución hipotecaria y la STC 191/2011, de 12 de diciembre. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, 3602-3638.
- (2013). Hipoteca unilateral e inscripción de la declaración de concurso de acreedores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1999-2051.
- (2017). Derecho de separación de la masa activa y adquisición a non domino. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762.

- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004). Comentario al artículo 40 LC. En: Rojo, A. y Beltrán, E. (coords.). Comentario de la Ley Concursal. Civitas Ediciones: Madrid.
- (2005). La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, 65-127.
- MONTÉS PENADÉS, V. L. (2007). Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 7-27.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2009). Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores. *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 1699-3500.
- PAU PEDRÓN, A. (2015). Procedimiento concursal y Registro de la Propiedad. <http://www.Notariosyregistradores.com/web/secciones/oficinaregistralt/estudios/procedimiento-concursal-y-registro-de-la-propiedad/>
- PULGAR EZQUERRA, J. (2005). *La declaración de concurso de acreedores*. Madrid: La Ley.
- ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1997). *Derecho Hipotecario. Tomo VI*. Barcelona: Bosch.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2015). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

## NOTAS

<sup>1</sup> *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2012 (1).

<sup>2</sup> La admisión a trámite de la solicitud del concurso no produce alteración alguna en las facultades de administración y disposición del deudor, salvo las que se pudieran derivar de las medidas cautelares que el Juez decida adoptar (art. 17 LC).

<sup>3</sup> La doctrina ha insistido en que la calificación jurídica de las limitaciones patrimoniales impuestas al concursado en el auto de declaración de concurso es «una cuestión de enorme trascendencia teórica y práctica, que condicionará, sin duda alguna, la solución de problemas importantes que no están resueltos expresamente o que lo están de forma incompleta. Y además, incluso ante aspectos resueltos expresamente por el legislador, la calificación de la institución servirá de ayuda en su interpretación para modularlos en atención a la específica función que deben cumplir» (MARTÍNEZ FLÓREZ, 2005, 73).

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ SEJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, 2011, 175 y 176.

<sup>5</sup> Bajo el Derecho derogado, la doctrina y la jurisprudencia se inclinó mayoritariamente por considerar que las limitaciones a que quedaba sujeto el concursado y el quebrado suponían una incapacidad de obrar. Respecto de las limitaciones del suspenso estaba menos extendida esta interpretación. En este sentido, la LEC 1881 y el Código Civil establecían que el concursado quedaría incapacitado para la administración de sus bienes (arts. 1161 LEC y 1914 del Código Civil), si bien el concurso no se incluía entre las causas de incapacidad (arts. 32 y 1263 del Código Civil). El C de C hablaba de inhabilitación para la administración de los bienes (art. 878 C de C). La propia LC sigue aludiendo en algunos preceptos (arts. 51.3 y 54.2 y Disp. Final 3.ª.1 LC) a los efectos del concurso sobre la capacidad del concursado, si bien en el artículo 40 ha evitado calificar los efectos del concurso sobre las facultades de administrar y disponer de los bienes como incapacidad de obrar (MARTÍNEZ FLÓREZ, 2005, 74-76 y 86-89). Pero la legislación hipotecaria (art. 142 RH en relación con el art. 2.4.º LH y 166.4.º RH) consideraría que la declaración de concurso constituiría más bien una prohibición judicial de disponer.

<sup>6</sup> Artículo 182.1 LC: «La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará en tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto».

<sup>7</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 782-786; BLANQUER UBEROS, 2005, 61-62.

<sup>8</sup> Si bien podrían señalarse algunas semejanzas entre deudor sometido a concurso e incapacitado, existen diferencias importantes entre la situación de uno y otro. La incapacitación tiende a proteger a la persona que padece una enfermedad, fijándose por el Juez la extensión y límites de la incapacitación en función de su grado de discernimiento, así como el órgano encargado de su guarda (art. 760 LEC). Como consecuencia de lo anterior, se atribuye a los incapacitados cuando recuperan la capacidad, o a sus órganos de protección mientras perdura la incapacidad, la facultad de anular los actos realizados por aquellos sin sujeción a la sentencia de incapacitación (art. 1301 del Código Civil). Pero las limitaciones del concursado no obedecen a un estado natural de la persona (enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impide a la persona gobernarse por sí misma), sino a un estado de su patrimonio (insolvencia, iliquidez). Pretenden garantizar que los bienes del concursado no desaparecerán mientras se tramita el procedimiento concursal, procedimiento que está dirigido a satisfacer a los acreedores por el orden de su graduación y a los ordinarios según el principio *par conditio creditorum* (arts. 156 y 157 LC). Además, la administración que llevan a cabo los órganos de protección del incapacitado suele corresponderse con la que realizaría el titular del patrimonio si no estuviera incapacitado. En cambio, los actos de administración que llevan a cabo los administradores concursales por entrar dentro de su competencia, no coinciden con los que realizaría el concursado si no estuviera en concurso. Finalmente, en el caso de contravención de las limitaciones impuestas al concursado, la acción de impugnación o anulabilidad no protege al concursado sino a sus acreedores, no ostentando aquel legitimación (art. 40.7 LC) para ejercitarla (MARTÍNEZ FLÓREZ, 2005, 89-93). El presupuesto de la incapacidad (la enfermedad) impide por su propia naturaleza una incapacidad *limitada objetivamente a ciertos bienes o derechos*, pues la incapacidad es una cualidad personal, intrínseca y abstracta del sujeto. *Las limitaciones impuestas al concursado, en cambio, suponen una limitación objetiva en relación con ciertos bienes, desplegando sus efectos incluso en caso de muerte del concursado* (arts. 182.1 y 40.5 LC), de manera que tales limitaciones solo se extinguen cuando se agotan los bienes de la masa activa y concluye el concurso (art. 176.1.3.º y 178 LC) o bien cuando se aprueba judicialmente el convenio o a falta de este, cuando concluye la liquidación (arts. 133.2, 3 y 4 LC y 147, 176.2.º y 4.º y 178 LC). Las limitaciones, pues, recaen sobre los derechos de titularidad del concursado, y más precisamente, sobre las facultades de administrar y disponer que integran el contenido de tales derechos y se refieren a los bienes integrados en la masa activa, esto es, bienes existentes en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso, bienes que se reintegren al mismo y bienes que se adquieran hasta la conclusión del procedimiento (art. 76.1 LC); no así referentes a los bienes inembargables ni a los que se entreguen al concursado en concepto de alimentos (art. 76.2 y 47 LC). Por todas estas razones MARTÍNEZ FLÓREZ considera que estaríamos en presencia de prohibiciones de disponer y de enajenar (MARTÍNEZ FLÓREZ, 2005, 104-127). *Vel.*, en este sentido, MONTÉS PENADÉS, 2007, 15-8. Por su parte, PARRA LUCÁN reconoce que, al menos en ciertos casos, la limitación de facultades patrimoniales del concursado va unida a una auténtica prohibición cuya infracción llevaría aparejada una sanción penal indicando que «al legislador no le ha parecido suficiente, dados los intereses en juego, con privar de validez a los actos del concursado [que infringen las limitaciones impuestas por el auto de concurso], y ha decidido castigar penalmente a quien, una vez admitida la solicitud de concurso (antes, incluso de que se dicte el auto de declaración) realice disposiciones patrimoniales o asuma obligaciones perjudicando a sus acreedores» (PARRA LUCÁN, 2009, Base de Datos Dialnet, Texto electrónico, 9-12). Así, el artículo 260. 2 CP señala que «será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto».

<sup>9</sup> En el mandamiento habrá de expresarse si la resolución es o no firme (art. 24.5 LC), e insertarse la propia resolución en cuya virtud se libra (arts. 165 y 166.4.ª RH).

<sup>10</sup> La práctica de la anotación de concurso sería posible sobre la base de este tipo de documento, pues el artículo 24.7 en relación con el artículo 24.2 LC establece que regla-

mentariamente podrán establecerse mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los, con arreglo a lo previsto en los apartados anteriores, habrán de hacerse constar el auto de declaración y las demás vicisitudes del concurso. Artículo 323 RRM. *Remisión de datos al Registro Mercantil Central y a los registros públicos de bienes.* «1. Los Registradores Mercantiles, remitirán al Registro Mercantil Central, inmediatamente después de practicar el correspondiente asiento, los datos relativos a las resoluciones judiciales en materia concursal a las que se refiere el artículo 320 que sean suficientes para que, conforme a lo dispuesto por el artículo 390, la información que facilite el Registro Mercantil Central y su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil permitan apreciar el contenido esencial del asiento al que se refieran. 2. Si los datos relativos a los bienes que obran en las actuaciones y en el mandamiento fueran suficientes, el mismo día en que se hubiera practicado el correspondiente asiento, los Registradores Mercantiles remitirán una certificación del contenido de la resolución dictada por el Juez del concurso al Registro de la Propiedad, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro registro público de bienes competente. 3. La comunicación a los Registros públicos de bienes será telemática y estará autorizada con la firma electrónica del Registrador Mercantil o, si no fuera posible, se realizará mediante correo certificado urgente, con acuse de recibo. Esta certificación será título bastante para practicar los correspondientes asientos».

<sup>11</sup> PAU PEDRÓN, 2015, 3.

<sup>12</sup> También podrá practicarse sobre bienes no inmatriculados a nombre del concursado, siempre que el Juzgado lo ordene, y se practique previamente la inscripción a favor del concursado (*arg. ex arts. 629.2 LEC y art. 73.3 y 203.2 LH*).

<sup>13</sup> *Vid.*, PAU PEDRÓN, 2015, 4-5; CUENA CASAS, 2010, 97-153.

<sup>14</sup> PAU PEDRÓN, 5. La apertura del procedimiento de ejecución hipotecaria consta en el Registro de la Propiedad mediante la nota marginal acreditativa de haberse expedido la certificación de dominio y cargas para dicho procedimiento.

<sup>15</sup> De acuerdo con el artículo 20.2 LC, el pronunciamiento del auto que declara el concurso es recurrible en apelación, computándose el plazo para ello en la forma indicada en el artículo 20.4 LC.

<sup>16</sup> Sobre el derecho de separación del propietario, *vid.*, GÓMEZ GÁLLIGO, 2016; JIMÉNEZ PARÍS, 2017.

<sup>17</sup> PAU PEDRÓN, 16-17.

<sup>18</sup> Aunque el artículo 40.7 LC señala que los actos del concursado que infrinjan las limitaciones establecidas en el artículo 40 LC no podrán ser inscritos en Registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme, lo cierto es que resulta posible que si todavía no ha accedido al Registro de la Propiedad la declaración de concurso mediante inscripción (o anotación preventiva, si la resolución no es firme), con indicación de la situación de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, *puedan acceder al mismo actos anulables verificados por el concursado, es decir, una titularidad claudicante*. Ciertamente esta posibilidad cada vez es más reducida pues el artículo 24.6 LC señala que «el traslado de la documentación necesaria para la práctica de los asientos se realizará preferentemente por vía telemática desde el Juzgado a los Registros correspondientes» y que «excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, con los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo». Además, el nuevo artículo 24.7 LC indica que «reglamentariamente podrán establecerse mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que, con arreglo a lo previsto en los apartados anteriores, habrán de hacerse constar el auto de declaración de concurso y las demás vicisitudes del concurso» (*vid., ut infra* lo que decimos en torno a los medios de que dispone el Registrador de la Propiedad para conocer la situación concursal del titular registral). En todo caso, si llegara a acceder el título anulable, aunque la parte que hubiese contratado con el concursado hubiera confiado en los pronunciamientos registrales, y por lo tanto, en la libertad de disposición de sus bienes por parte del concursado, el acto no dejaría de ser inválido (con invalidez relativa) desde el punto de vista del Derecho sustantivo civil y la inscripción no convalidaría el acto o contrato

(art. 33 LH). El que contrata con el concursado es parte en el acto afectado por la ineficacia y no tercero. Por ello no puede obtener la protección del Registro de la Propiedad. Sí que resultaría protegido, en cambio, el subadquirente posterior, si reuniese los requisitos del artículo 34 LH, frente a la anulación del derecho del transmitente por la administración concursal (art. 40.7 LC), por causa (limitaciones patrimoniales del concursado) que no constaba en el Registro. Señalado lo anterior, resulta evidente que anotar preventivamente la declaración de concurso mientras esta no es firme, impide el surgimiento de un tercero hipotecario en los términos explicados.

<sup>19</sup> GÓMEZ GÁLIGO, 2016, 2-4. Se trataría, señala, de una solución similar a la que la DGRN seguiría, inspirándose en los artículos 71 LH y 145 RH, para las anotaciones preventivas de prohibición de disponer adoptadas en *procedimientos civiles*. Según estos preceptos se impide el acceso al Registro del acto dispositivo *inter vivos* otorgado con posterioridad a la anotación preventiva pero, *a sensu contrario*, se permite el acceso al Registro del título de fecha anterior, pues cuando se celebró el acto dispositivo, el demandado no tenía limitada su facultad dispositiva, y por ello el acto fue válido y debe tener acceso al registro, aunque ello no implique la cancelación de la anotación preventiva de prohibición de disponer, la cual deberá arrastrarse. En cambio, en relación con las anotaciones preventivas de prohibición de disponer derivadas de *procesos penales y expedientes administrativos*, la DGRN aplicaría el artículo 17 LH y no el artículo 145 RH, provocando el cierre registral incluso respecto de actos dispositivos anteriores a la anotación preventiva de prohibición de disponer por existir en esta cierto componente de orden público (intereses penales, urbanísticos...). Cuestión distinta sería la ejecución derivada de asientos anteriores (anotación de embargo, hipoteca) a la anotación de prohibición de disponer en que cabría inscribir la adjudicación o venta forzosa (*ex. art. 145 RH*), determinando la cancelación de la anotación de prohibición de disponer por ser asiento posterior (art. 674 LEC). Solución aplicable en relación con el concurso, siempre que la adjudicación derivada de hipoteca anterior se hubiese verificado antes de dictarse el auto de declaración de concurso (*cfr. art. 56.2 LC*) (*op. cit. loc. cit.*).

<sup>20</sup> La publicación en el Registro Público Concursal tendría un valor meramente informativo o de publicidad noticia, a la vista de la cual, el interesado podrá acudir a los registros de eficacia jurídica (Registro Civil, Mercantil, Registro de la Propiedad, Registro de Bienes Muebles). Por ello, algunos Registradores consideran que es imposible calificar una escritura a la vista de lo publicado en el mismo. A favor de tal calificación sobre la base de tal publicidad noticia, se alega el artículo 24.7 LC.

<sup>21</sup> GÓMEZ GÁLIGO, 2016, 3.

<sup>22</sup> *Vid.*, RDGRN de 16 de febrero de 2012, que cita la RDGRN de 29 de junio de 1988, y según la cual siempre que la situación concursal conste fehacientemente al Registrador, bien por derivar de asientos previos practicados en la hoja registral del bien, o de asientos vigentes en el Libro de Incapacitados del propio Registro o del Índice centralizado de la información de los libros de incapacitados del Colegio de Registradores (creado por la Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996), o del Registro Mercantil, *debe tenerse en cuenta a la hora de calificar el título*. Incluso el auto declaratorio del concurso, presentado después que el título que se califica, podría ser tenido en cuenta pues el artículo 17 LH no jugaría respecto de documentos que solo afectan a la situación subjetiva del otorgante del documento y que ofrecen la posibilidad de realizar una calificación más adecuada a la legalidad a la vista de la capacidad de los otorgantes (art. 18 LH en relación con el art. 65.4.º LH, que habla de calificar con arreglo a los asientos relacionados con el título presentado existentes en [cualquier] Registro; art. 281.4.º LEC en relación con el art. 23 LC). Pues resultaría absurdo concluir que porque las partes o el Notario autorizante no han consultado el Registro Mercantil al tiempo del otorgamiento, el Registrador tiene que inscribir un título para el que el disponente estaba legalmente inhabilitado (según dato obrante en el Registro Mercantil) y permitir que, merced al juego del artículo 34 LH se puedan causar perjuicios y situaciones irreversibles derivados del principio de fe pública registral.

<sup>23</sup> BLASCO GASCÓ, 2004, 33.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2015, 86. Para estos autores la anotación preventiva de concurso sería encuadrable entre las anotaciones preventivas de demanda de incapacidad.

<sup>25</sup> «Como ya dijo este Centro Directivo con respecto a las inscripciones o anotaciones de quiebra extendidas en el Registro con arreglo a la legislación anterior; y que igualmente puede aplicarse al régimen actual, tales asientos no constituyen propiamente una carga de la finca o derecho sino una situación subjetiva de dicho titular que afecta a la libre disposición de sus bienes, como son las inscripciones de incapacidad a que se refiere el artículo 2.4 de la LH (cfr. Resoluciones de 25 de marzo de y 1 de abril de 2000). De ahí que sean inscribibles los actos otorgados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso, en cuanto válidos y eficaces, si bien con importantes limitaciones derivadas del juego del principio de prioridad, en los casos en los que conste ya en el Registro la anotación o inscripción del concurso, pues, como señala la Resolución de 3 de junio de 2009, «...en todo caso, por aplicación de lo establecido en el artículo 17 de la LH, la inscripción de los referidos actos traslativos se practicará con absoluta supeditación al procedimiento concursal al que se refiere la previa anotación preventiva, de modo que será el titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio, para evitar que el ulterior desenvolvimiento del procedimiento de ejecución universal provoque la cancelación de aquella inscripción posterior (cfr. arts. 80 y 81 LC; y, respecto de la anotación de embargo, las Resoluciones de 6 de septiembre de 1988, 12 de junio de 1989 y 23 de marzo de y 5 de mayo de 1993) ... ». En definitiva, con la anotación o inscripción de la declaración de concurso se trata de dar publicidad registral a las limitaciones que afectan al titular registral de los bienes en sus facultades de administración y disposición evitando así el acceso al Registro de actos claudicantes o anulables (cfr. art. 18 de la LH y art. 40 LC) y enervando los efectos de la fe pública registral respecto de terceros subadquirentes de los bienes (cfr. arts. 32 y 34 de la LH).

<sup>26</sup> Cfr., ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1997, 473-475.

<sup>27</sup> Vid., JIMÉNEZ PARÍS, 2013. Para el Derecho anterior a la Ley Concursal de 2003, la RDGRN de 24 de abril de 1959 indicó, en relación con una escritura de hipoteca otorgada con anterioridad a la declaración de quiebra, que «tanto si se estima la declaración de quiebra como una incapacidad, como si constituye una prohibición de enajenar, es lo cierto que producirá efectos en el Registro solo respecto de los actos realizados por el quebrado *posteriores a la declaración o a la fecha a la que deba retrotraerse la misma*». Por su parte, la RDGRN de 8 de julio de 2010, que cita la de 3 de junio de 2009, viene a señalar que la anotación preventiva o inscripción de la declaración de concurso se verifica al amparo del artículo 26.2 LH; que tiene la naturaleza de una anotación preventiva de prohibición judicial de disponer y *que es reflejo registral de la privación del poder de disposición al demandado respecto de los bienes objeto de la anotación*. Pero que «ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración de concurso, sin necesidad de intervención alguna del Juez del concurso ni de los administradores del mismo, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso [tratándose de enajenaciones] ... y sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de la rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración» (art. 71 y 76 LC). Ahora bien, esta admisión de la inscripción del título previo se combina con la idea del arrastre de la carga de la anotación por aplicación del principio de prioridad registral, de modo que *será el titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio y la postulación del levantamiento de la medida cautelar* (arts. 84 LH y 726.2 LEC y 80 LC), *sobre la finca que ya es de su propiedad y no del concursado. Solo al Juez (del concurso) corresponderá acordar la cancelación de la anotación preventiva, conforme a lo previsto en el artículo 83 LH, a la vista de las circunstancias del caso, de forma similar a como acontece, sin perjuicio de sus diferencias, en el caso de las anotaciones de embargo, que se levantan a través de la tercera de dominio*. Finalmente, la RDGRN de 2 de noviembre de 2011, mantuvo que ya se acogiera la tesis de que las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a la capacidad de obrar del concursado, ya se entendiese que afectan al poder de disposición sobre los bienes, que ya no sería libérrimo por mediar una prohibición de disponer, la *calificación de la capacidad y legitimación (en la medida en que la prohibición puede ser reconducida a un caso de falta de legitimación) del disponente ha de realizarse con referencia al momento del otorgamiento del negocio de que se trate [se trataba de una hipo-*

*teca unilateral, art. 138 LHJ*. Como los efectos limitativos sobre el poder de disposición del deudor solo se producen a partir del momento en que el Juez declara el concurso, «solo a partir de ese momento estarán viciados de anulabilidad los actos llevados a cabo por él mismo en contravención de las medidas limitativas ordenadas por el Juez. Todo acto o negocio jurídico llevado a cabo por el deudor con anterioridad estará en principio, a salvo de las consecuencias jurídicas establecidas, por el ordenamiento para los posteriores». «... Emitido el consentimiento para la constitución del derecho de hipoteca sin que exista limitación a la libre disposición del hipotecante, las vicisitudes posteriores que puedan producirse y que deriven en un retraso en la presentación a su inscripción en el Registro, no implican una corrupción de aquel y todo ello sin perjuicio de las consecuencias que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de hipoteca tenga la existencia del procedimiento concursal (arts. 56 y 57 de la LC) o de los derechos de impugnación por rescisión contemplados en la Ley (arts. 71 y 72 de la propia LC)». «Por estas razones, y como pone de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo de 3 de junio de 2009, la anotación preventiva relativa al concurso, implica únicamente que “no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de este, salvo lo establecido en el apartado I del artículo 55 de esta Ley” (art. 24.4 LC). Asimismo, se produce el cierre registral respecto de los actos dispositivos que, con posterioridad a la declaración de concurso realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de administración... Pero ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos dispositivos realizados por el deudor antes de la declaración del concurso, sin necesidad de intervención alguna del Juez del concurso ni de los administradores del mismo y sin perjuicio igualmente del arrastre de la anotación del concurso a la inscripción que se practique».

<sup>28</sup> «Que la anotación preventiva de la prohibición de enajenar bienes inmuebles admitida por el número cuarto del artículo 42 de la LH puede, en primer lugar, ir encaminada a robustecer y asegurar un mandamiento de embargo, en cuyo caso no impide la práctica de posteriores inscripciones o anotaciones, o puede, en segundo término, *reflejar una situación procesal que por motivos de orden público o para garantizar los resultados de un juicio universal o en atención a los efectos retroactivos que la declaración de incapacidad de una persona puede provocar, cierra temporalmente el Registro, como si constituyera un obstáculo o precepto impediendo y niega las ventajas de la inscripción a los títulos contradictorios de su finalidad que no gocen por otras razones de preferencia hipotecaria*. Que esta aproximación de los efectos de la anotación preventiva de la segunda clase a los característicos de la prohibición de enajenar [voluntaria] se halla también justificada por la fundamental razón de que la orden prohibitiva del Juez más bien va dirigida en tales casos a evitar el acto ilegal o ilícito que a decretar su nulidad, y por la conveniencia de negar la entrada en los libros hipotecarios a las enajenaciones del quebrado o concursado, de los presuntos incapaces cuyas facultades se discuten y, en general, de las personas que por su representación en procedimientos universales pudieran introducir la confusión y la inseguridad en los asientos del Registro».

<sup>29</sup> La doctrina, justificando el sentido diferente de esta resolución respecto de la doctrina mayoritaria de la DGRN ha señalado que se trataba de una prohibición de disponer decretada en expediente administrativo de disciplina urbanística, lo que pudo dar lugar a la apreciación de la concurrencia de un motivo de orden público o interés público relevante, determinante del fallo de la Resolución (*vid., ut supra*, nota 20).

<sup>30</sup> *Vid.*, BLASCO GASCÓ, 2004, 11-13.

<sup>31</sup> *Vid.*, más extensamente, JIMÉNEZ PARÍS, 2013.

<sup>32</sup> *Cfr.*, PAU PEDRÓN, 2015, 18-21. A favor de la inscripción de la hipoteca rezagada se alega también que el privilegio especial del artículo 90 LC no nace *ex lege*, sino que ha de ser reconocido por el Juez en el concurso por los trámites concursales ordinarios, y que sería necesario tal reconocimiento expreso (que no debería producirse *ex artículo 90.2 LC* pues los requisitos de oponibilidad no se cumplían al declararse el concurso), para poder inscribir la adjudicación acordada fuera del concurso.

<sup>33</sup> PAU PEDRÓN, 2015, 21.

<sup>34</sup> PAU PEDRÓN, 2015, 27. Pueden practicarse anotaciones de embargo, posteriores a la declaración de concurso, sobre bienes integrados en la masa activa y ordenadas por el



Juez del concurso, derivadas de créditos contra la masa. Estos créditos extraconcursales, enumerados en el artículo 84 LC y no sometidos al concurso, gozan de preferencia sobre los créditos concursales, pagándose de forma inmediata o a su respectivo vencimiento. En la fase de convenio no quedan sometidos al mismo y en la fase de liquidación se pagan antes que los créditos concursales (art. 154 LC). De acuerdo con los artículos 82.3 y 84.4 LC, los bienes de la masa activa pueden ser objeto de anotación de embargo o de hipoteca en garantía de estos créditos. Ahora bien, como están vigentes las limitaciones derivadas del auto de declaración de concurso, en la fase común solo podrán constituirse tales hipotecas con autorización del Juez del concurso (salvas las excepciones del art. 43.3 LC) y el embargo y su anotación deberá estar decretado por el mismo Juez. Tanto la ejecución de la hipoteca como la ejecución de los embargos, recaiga sobre bienes necesarios o no necesarios para la actividad profesional o empresarial, se somete a las limitaciones señaladas en el artículo 84 LC que son las mismas que las previstas en el artículo 56 LC para hipotecas anteriores a la declaración de concurso (PAU PEDRÓN, 2015, 31-32).

<sup>35</sup> PAU PEDRÓN, 2015, 6. La inscripción de concurso ha podido practicarse antes de la aceptación del cargo por el administrador concursal (art. 29 LC). Por ello, a la hora de inscribir un acto dispositivo intervenido u otorgado por la administración concursal, el Registrador debe exigir que se acredite la aceptación del cargo, a través del testimonio expedido por el Secretario judicial del acta correspondiente o a través del documento acreditativo de la condición de administrador concursal que se entrega a los administradores una vez que han aceptado el cargo (PAU PEDRÓN, 2015, 3).

<sup>36</sup> La hipoteca otorgada por el concursado después de la declaración de concurso (sin sujetarse a las limitaciones dispositivas) no podrá inscribirse aunque estuviera ya asentada en el Libro Diario al presentarse el mandamiento con el auto declaratorio del concurso, porque de los propios asientos del Registro, resultaría la falta de facultad dispositiva del otorgante, no jugando aquí el principio de prioridad (art. 17 LH) sino el de legalidad (art. 18 LH).

<sup>37</sup> Se trata de autorización para la venta directa. La venta por subasta solo es requerida en la fase de liquidación, si el plan de liquidación no prevé otra cosa (art. 149.2 LC). El Juez, mediante su autorización, determina el precio, forma y condiciones de la misma (PAU PEDRÓN, 2015, 7).

<sup>38</sup> Cfr.: GÓMEZ GÁLIGO, 2016, 5; PAU PEDRÓN, 2015, 7.

<sup>39</sup> Se ha considerado que las nuevas excepciones contenidas en los números 1.º y 2.º del 43.3 LC, a la regla general del artículo 43.2 LC, están redactadas en términos tan amplios e indeterminados que quedan bajo la responsabilidad y decisión de la administración concursal (no cabiendo un control registral). A este respecto el control se limitaría a verificar que en el título presentado la administración concursal manifiesta expresamente la razón por la que estima no aplicable la regla general del artículo 43.2 LC (dado que en caso de omisión, el Registrador deberá calificar conforme a tal omisión, y por lo tanto exigir la autorización judicial previa). Hecha tal manifestación por la administración concursal, a efectos de calificación, bastaría que se expresase en el título que se ha dado o se va dar cuenta del cumplimiento de la obligación de comunicación al Juez del concurso. En mi opinión sería preciso acreditar al Registrador la comunicación al juzgado (pues de lo contrario tal obligación podría ser incumplida).

<sup>40</sup> PAU PEDRÓN, 2015, 7.

<sup>41</sup> Cfr. ALBALADEJO, 2002, 850. Esta interpretación se deduce también de los términos del artículo 43.3.2.º *in fine*, según los cuales «la oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior».

<sup>42</sup> PAU PEDRÓN, 2015, 7.

<sup>43</sup> Sobre que la autorización no es necesaria siempre, poniendo en relación el artículo 155 LC, con los artículos 43 y 44 de la misma, *vid.*, PAU PEDRÓN, 8.

<sup>44</sup> PAU PEDRÓN, 8-9.

<sup>45</sup> Señala PAU PEDRÓN que «en el régimen concursal late el principio, no formulado explícitamente, de que las hipotecas solo pueden cancelarse por pago o cumplimiento» (*op. cit.*, 8).

<sup>46</sup> Cfr.: PAU PEDRÓN, 2015, 9-13.

<sup>47</sup> PAU PEDRÓN, 2015, 28-29.

<sup>48</sup> *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2017.

<sup>49</sup> PAU PEDRÓN, 17-18.

<sup>50</sup> De acuerdo con el artículo 51 LC, el juicio declarativo seguirá sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo del mismo, hasta la firmeza de la sentencia. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá al deudor en el procedimiento judicial en trámite, necesitando la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse y transigir. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse, y transigir. Al formarse el inventario, de acuerdo con el artículo 82.4 LC se añadirá una relación de todos los litigios (y por lo tanto del derivado del ejercicio de la acción reivindicatoria o declarativa del dominio), cuyo resultado pueda afectar a su contenido, informándose sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales.

<sup>51</sup> Es preciso estar a la fecha de la diligencia de embargo y cotejarla con la del auto de declaración de concurso

<sup>52</sup> Una vez aprobado el plan de liquidación, hay que estar al contenido del plan y procede la satisfacción del crédito por el orden legalmente establecido dentro del concurso.

<sup>53</sup> PAU PEDRÓN, 2015, 21-23. Excepción justificada, pues podría ocurrir que anotado el concurso, y recurrido en apelación el auto de declaración, fuese estimada la apelación y concluyese el concurso, archivándose las actuaciones (art. 176.1.1.º LC), no pareciendo lógico que el anotante de embargo pudiera perder la prioridad y publicidad y oponibilidad de la traba, ganada con la práctica de la anotación.

<sup>54</sup> PAU PEDRÓN, 2015, 27.

<sup>55</sup> La paralización de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar ha sido acogida en la regulación del AEP (art. 235.2 a) de la LC).

<sup>56</sup> JIMÉNEZ PARÍS, 2012 (2).