

Derecho de separación de la masa activa y adquisición *a non domino**

Right to have property excluded from insolvency assets and a non domino acquisition

por

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

RESUMEN: En el presente trabajo la autora analiza el régimen jurídico del derecho de separación de la masa activa concedido al propietario y regulado en el artículo 80 de la Ley Concursal (LC). Así como la posición jurídica del propietario-separante cuando el ejercicio del derecho de separación no es posible por haber sido enajenado el bien de su pertenencia, por el concursado, antes de la declaración de concurso, a tercero de quien no puede reivindicarse (art. 81 LC). La autora conecta los citados preceptos de la LC con los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria, al centrar su estudio en la separación de inmuebles por su propietario. Así estudia el supuesto en que el bien inmueble aparece doblemente inmatriculado a favor del concursado y del separante, el supuesto en que el bien aparece inscrito de forma inexacta a favor del concursado, el supuesto en que el propio concursado es tercero hipotecario y el supuesto en que el bien fue enajenado por el concursado, antes de la declaración de concurso, a tercero hipotecario, concluyendo que no puede ser tal el mero inmatriculante, incluso tras la introducción por Ley 13/2015, del artículo 208.5.^a LH. Igualmente concluye que al separante le basta justificar (mediante certificación registral) que existe una adquisición inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de un tercero que contrató a título oneroso con el concursado, antes de la declaración de concurso, dado que la buena fe de este tercero se presume, para que opere en favor del separante el artículo 81 LC, pudiendo exigir la cesión del crédito a la contraprestación que ha de pagar el tercero hipotecario o bien insinuando en el concurso un crédito por el valor del bien.

ABSTRACT: *In this work the author examines the legal framework (governed by artículo 80 of the Insolvency Law) with regard to the right of owners to have their property excluded from the assets or estate of an insolvent party, as well as the legal position of the owner seeking exclusion where the said right cannot be exercised because the property in question has already been disposed of by the insolvent party, prior to the declaration of insolvency, to a third registering party from whom it cannot be recovered (art. 81 Insolvency Law). The author connects*

* 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.

this provisions of the Insolvency Law with artículos 38 and 34 of the Mortgage Law, focussing her research on exclusion of real property by the owner. Therefore the author examines situations where real property is registered twice, in favour of both the insolvent party and the owner seeking exclusion, situations where the property is incorrectly registered in favour of the insolvent party, situations where the insolvent party also received the property other than from the legal owner [a non domino], and situations where, prior to the declaration of insolvency, the property was disposed of, a non domino, by the insolvent party in favour of a third registering party and concludes that the party that registered the property for the first time cannot be considered a third registering party, even following the enactment by Law 13/2015 of artículo 208.5 of the Mortgage Law. Likewise the author concludes that the party seeking exclusion only has to prove (by way of a registry certificate) that there exists an acquisition recorded at the Property Registry in the name of a third party who acquired from the insolvent party for value, prior to the declaration of insolvency (given that the good faith of the said third party is presumed), for artículo 81 of the Insolvency Law to operate in favour of the party seeking exclusion, who may apply for the proceeds of the loan to be allocated to settling the consideration payable by the party receiving the property other than from the legal owner, or for a loan equivalent to the value of the property to be included among the insolvency liabilities.

PALABRAS CLAVE: Concurso de acreedores. Derecho de separación de la masa activa. Tercero hipotecario.

KEY WORDS: *Insolvency proceedings. Right of exclusion from the insolvency assets. Party acquiring title other than from the legal owner [a non domino].*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE DERECHO DE SEPARACIÓN.—III. PRESUPUESTOS DE LA SEPARACIÓN *EX IURE DOMINI*: 1. DETERMINACIÓN E IDENTIDAD DE LO RECLAMADO. 2. LA TITULARIDAD AJENA. 3. LA POSESIÓN DEL CONCURSADO.—IV. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN.—V. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN.—VI. LA IMPOSIBILIDAD DE SEPARACIÓN REGULADA EN EL ARTÍCULO 81 LC: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 81 LC. 2. DERECHOS CONCEDIDOS POR EL ARTÍCULO 81 LC AL RECLAMANTE. 3. LA IMPOSIBILIDAD DE SEPARACIÓN EN OTROS SUPUESTOS DIVERSOS DEL REGULADO EN EL ARTÍCULO 81 LC.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La masa activa del concurso ha sido calificada por la doctrina como un patrimonio de destino regulado por la ley para asegurar la satisfacción de las finalidades del concurso (convenio o liquidación), estando constituida por los bienes y derechos que por disposición de la ley están destinados a satisfacer a los acreedores. No todos ni solo los bienes que están en poder del concursado constituyen tal masa activa. La determinación de dicha masa exigiría extraer de tales bienes los que no deben quedar afectos al concurso (operaciones de separa-

ción) e incorporar los bienes que deben formar parte de la misma (operaciones de reintegración)¹.

La determinación de la masa activa corresponde a la administración concursal, mediante la elaboración del inventario. De acuerdo con el artículo 76.1 LC «constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento». Este precepto recoge el principio de universalidad de la masa activa (derivado del art. 1911 del Código Civil) lo que supone que tal masa comprende los bienes patrimoniales y realizables presentes en el patrimonio del concursado en la fecha de declaración de concurso, ya sea por título de dominio o por otro título que le atribuya un derecho de uso (o sea de posesión), garantía o retención (art. 80 LC *a sensu contrario*), los bienes futuros (adquiridos después de la declaración de concurso, por ejemplo, por herencia) y los bienes objeto de operaciones de reintegración (arts. 71 y sigs. LC). De los bienes presentes hay que excluir los separables *ex iure domini* (art. 80 LC) y *ex iure crediti* (art. 76.3 LC)².

No forman parte de la masa activa los bienes inembargables (arts. 605 a 607 LEC) y los que aun teniendo naturaleza patrimonial son inalienables: derecho de alimentos (art. 151 del Código Civil), el uso y la habitación (art. 525 del Código Civil) y el usufructo legal del cónyuge viudo (arts. 834 y 837 del Código Civil). Como la masa activa tiende a comprender todos los bienes y derechos del concursado, las excepciones a esta regla son de interpretación restrictiva al suponer una alteración de la regla del artículo 1911 del Código Civil³.

Los bienes y derechos que integran la masa activa son aquellos que aparentemente pertenecen al concursado, apariencia de titularidad que derivará del asiento de inscripción (art. 38 LH), o de la posesión en concepto de dueño (art. 448 del Código Civil), o de la posesión del crédito (art. 1164 del Código Civil).

Dedicaremos las próximas líneas al tratamiento de las operaciones de separación de la masa activa *ex iure domini*.

II. CONCEPTO DE DERECHO DE SEPARACIÓN

Se conoce como separación *ex iure domini* a la facultad que tiene el propietario de separar físicamente de la masa activa los bienes de su propiedad y que, aunque en poder del concursado, este no tiene ningún derecho a seguir poseyendo, *bien porque nunca lo tuvo, o bien porque dicho derecho se ha extinguido*. Si el concursado tuviese derecho a poseer tales bienes (*ius possidendi*) en virtud de una relación jurídica-personal o real, tal relación jurídica-personal o real se integraría en la masa del concurso aunque no el bien en cuestión, por ser de titularidad ajena. Tales bienes han de ser entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos, si bien nada impide que la propia administración concursal, de oficio, los entregue de forma voluntaria, cuando es notorio que el concursado no tiene derecho a poseer el bien⁴. Si la administración concursal no accediese a la solicitud del propietario, este debería ejercitar la acción de separación o acción reivindicatoria concursal, a través del incidente concursal (art. 80.2 LC)⁵. «De la misma forma que, con ocasión de una ejecución individual, la tercera de dominio... [pretenda] evitar que aquella ejecución afecte a bienes o derechos que no son del deudor, en el procedimiento concursal la separación satisface la función de excluir de la masa activa aquellos bienes y derechos con cargo a los cuales no deben cobrar los acreedores porque el concursado no es su titular»⁶.

El derecho de separación *ex iure domini* aparece regulado en el artículo 80 LC⁷, siendo complementado por el artículo 81 LC⁸ que contempla la situación derivada de la imposibilidad de satisfacer la demanda de separación ante una adquisición del bien de forma irreivindicable por un tercero con arreglo a la legislación civil (art. 464 del Código Civil, 34 de la LH y 85 del CCom).

Aunque, como ha señalado la doctrina, bajo el artículo 80 LC podría reclamarse «la separación de bienes materiales (muebles o inmuebles), inmateriales o simples derechos cuya titularidad resulte discutida (por ejemplo, aunque no solo, derechos de crédito)»⁹, centraremos nuestro análisis en la separación de bienes materiales inmuebles que son propiedad de un tercero (aunque también podría darse el caso de que no fuesen de su propiedad pero tuviese el *ius possidendi* sobre los mismos). Así, resultará que la acción reivindicatoria concursal podrá ejercitarse por el propietario no poseedor contra el poseedor concursado no propietario¹⁰.

III. PRESUPUESTOS DE LA SEPARACIÓN *EX IURE DOMINI*

Los presupuestos de la separación son muy similares a los de la acción reivindicatoria.

1. DETERMINACIÓN E IDENTIDAD DE LO RECLAMADO

En relación con el bien objeto de separación sería necesaria la determinación e identidad de lo reclamado, aunque el legislador no lo hubiera indicado de manera expresa, ya que lo que se pretende con la separación es reducir la masa en relación con un concreto bien. Así, los bienes fungibles, como el dinero, no podrían ser objeto de separación, pudiendo el titular solo insinuar un crédito por su valor. Existirían algunas excepciones a esta regla general como el derecho de separación reconocido en relación con las cuentas indistintas en el artículo 79 LC¹¹.

No existe dificultad para separar los bienes inmuebles identificados (y no inmatriculados) bajo posesión inmediata o mediata del deudor. En este caso se trata de un bien identificado que un tercero debe restituir al deudor común (p.ej., inmueble ajeno arrendado por el deudor común, art. 9.4 LAU). La separación también puede afectar a fincas inmatriculadas incorrectamente incluidas en la masa activa, bien porque están inscritas a nombre del separante (caso en que este titular registral podrá hacer uso de la «tercería registral», y separar el bien mediante simple presentación de certificación del Registro a la administración concursal (art. 38.3 LH), o bien porque, aun no estando inscritas a nombre del tercero, sino solo del deudor concursado, la inscripción es inexacta, siendo el titular real conforme al Derecho civil puro el separante¹².

Es posible separar también derechos de crédito (p.ej., los que el deudor hubiera cedido a un tercero, de manera que el cesionario alega que siendo el nuevo titular del crédito ya no se debe incluir en el concurso del cedente).

2. LA TITULARIDAD AJENA

Es imprescindible la titularidad ajena. La carga de la prueba de la titularidad recae sobre quien reclama la separación, debiendo destruir la presunción de ti-

tularidad del deudor (arts. 448 del Código Civil y 38 LH), y demostrando que el concursado no adquirió el dominio de conformidad con las reglas del Derecho Civil patrimonial (pues la adquisición del dominio por el concursado sería un límite al derecho de separación). En este sentido, cabrá probar, por ejemplo, que el concursado adquirió por título nulo (art. 1261 y 1255 del Código Civil) o anulable (art. 1301 del Código Civil), o ineficaz para transmitir el dominio por carecer su transferente de facultad de disposición, no siendo el concursado tercero hipotecario con arreglo a los artículos 32 y 34 LH.

Si bien también podría bastar que aun no siendo propietario del bien, el separante ejercitase un *ius possidendi* derivado de una relación jurídica real (usufructuario despojado por el concursado que ejercita una *vindicatio usufructus*) o de una relación jurídico personal (titularidad de un crédito a la restitución del bien, que permite reconocer en el acreedor la condición de poseedor mediato. Así el separante es un arrendatario que subarrendó al concursado, habiéndose extinguido el arrendamiento, y por lo tanto, el subarriendo). Incluso la pretensión de recuperar la posesión de hecho de la que hubiese sido despojado un poseedor sin *ius possidendi* (art. 446 del Código Civil y 250.1.4.º LEC), podría sustentar la separación de un bien de la masa activa del concurso, pretensión que no se haría valer mediante el interdicto sino a través del régimen de la separación establecido en el procedimiento concursal¹³.

3. LA POSESIÓN DEL CONCURSADO

La LC habla de bienes que se encuentran en poder del concursado, lo que parecería referirse a la posesión como hecho o como derecho del concursado. No obstante, no sería imprescindible la posesión por el concursado, pues la separación podría versar sobre bienes no poseíbles (como un derecho de crédito [de tracto único])¹⁴.

El poseedor no debe tener derecho a poseer. «Si el concursado tiene derecho a poseer estos bienes, no hay razón para su restitución, en tanto que ese derecho subsista. ...Entre los títulos que justifican la posesión del concursado y, por tanto, impiden el ejercicio de la acción de separación, la ley se refiere a los derechos de uso, garantía o retención.

Si el concursado ostenta un título distinto de los anteriores (p. ej., si fuera arrendatario del bien), entendemos que el propietario tampoco podría solicitar su separación (salvo, claro está, que el arrendamiento fuera resuelto conforme a derecho, en cuyo caso el propietario arrendador sí podría exigir la separación del bien)». Lo relevante, es pues, que en el momento de ejercitarse la acción se carezca de título para poseer, porque no ha existido nunca, o porque se ha extinguido, debiendo en este caso el juez del concurso pronunciarse sobre tal extremo¹⁵.

«La separación puede referirse... a bienes que están bajo la posesión inmediata de un tercero legitimado a conservarlos, pero que este debe devolverlos al deudor concursado cuando se extinga la relación jurídica que le une con él (arrendamiento, usufructo..., comodato, etc.). Se trata de aquellos casos en los que el deudor concursado no es el tenedor sino únicamente el poseedor mediato de un bien que se encuentra bajo la tenencia o posesión inmediata» de un tercero. «En la medida en que el tercero estuviera legitimado para conservar el bien, la solicitud de separación no tendrá por objeto la restitución o entrega del mismo, sino la *declaración del mejor derecho del separante*. Este pretenderá que el bien no se incluya en el inventario de los bienes que deben integrar la masa activa

(art. 82) y que, una vez que se extinga la relación jurídica existente, la cosa no se restituya al deudor [concurado] de quien la obtuvo el poseedor inmediato sino a quien alegó el derecho en el que funda la pretensión de separación. El separante *podrá también reclamar en el concurso la cesión del derecho a la devolución del bien que correspondía al deudor concursado, asumiendo la posición de este en la relación jurídica con el poseedor inmediato*»¹⁶.

IV. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

De acuerdo con el artículo 80 LC, el ejercicio del derecho de separación por el propietario supone la obligación de entrega de lo reclamado por la administración concursal. La entrega podría enervarse si el concursado fuera titular de un derecho de uso, garantía o retención sobre el bien. Pero realmente, «el contenido básico de la separación es... la declaración de que el bien o derecho al que afecta no debe integrarse en la masa. El resultado de la acción de separación puede ser la entrega del bien al separante, pero también puede ser la simple declaración de dominio, permaneciendo el bien bajo el poder inmediato del deudor o de un tercero. ...Si el deudor tuviera el “derecho de uso, garantía o retención” del bien que se reclama, no deberá entregarse a quien pretende la separación. Ahora bien, esto no significa que no quepa la separación del bien, sino tan solo que la separación se reflejará, en tal caso, en la declaración del dominio ... que excluye el ingreso del bien en la masa activa... Si el deudor fuera titular de un derecho de uso o de retención sobre el bien, este permanecerá bajo su poder (o bajo el de la administración concursal, si esta sustituye a aquel) hasta la extinción de la relación y su entrega al propietario; si el deudor tenía un derecho de garantía sobre el bien [anticresis, art. 1881 del Código Civil] o la facultad de retenerlo, igualmente permanecerá en su poder, pero, una vez extinguido el crédito garantizado, los acreedores comunes no podrán satisfacer sus créditos sobre el citado bien porque no pertenece al deudor. En todos estos casos la separación concursal no pretende la entrega del bien, sino solo que se declare que el bien no debe integrar la masa activa (en la masa se integrará en su caso el derecho de uso, de garantía o de retención sobre el bien, pero no el bien mismo)»¹⁷.

V. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

En un primer momento, la reclamación se verifica informalmente ante la administración concursal. Si esta rechazara la solicitud, entonces habría que plantear un incidente concursal. Puede surgir la duda de si, presentado ya el informe por la administración concursal y figurando el bien en el inventario de la masa activa, el ejercicio del derecho de separación debe o no canalizarse mediante la impugnación del inventario, lo que puede plantear el problema del transcurso del plazo para la impugnación (art. 95.2 en relación con el art. 96.1 LC)¹⁸, o bien, si es imprescindible la previa impugnación del inventario, para luego ejercitar el derecho de separación. Pero como señala VILLORIA RIVERA, la LC no condiciona el ejercicio de la reivindicatoria concursal a dicho requisito¹⁹.

Tampoco la reclamación extrajudicial ante la administración concursal es requisito de procedibilidad para el planteamiento del incidente concursal, por lo que podrá interponerse directamente una demanda de separación, entre otras

razones, porque la acción declarativa del dominio o reivindicatoria pudo haberse interpuesto antes de la declaración de concurso^{20, 21}.

Si la separación se solicita extrajudicialmente, la petición deberá presentarse a la administración concursal. Si la separación se solicita judicialmente después de declarado el concurso (bien directamente, o bien tras la denegación de la administración concursal), la reclamación se interpondrá contra el deudor y contra la administración concursal (art. 184.1 LC) por la vía del incidente concursal, salvo el caso de que la finca aparezca inscrita a nombre del concursado y el que pretenda la impugnación de la inscripción fuese el titular del dominio o derecho real no inscrito o que resulte lesionado por el asiento inexacto, caso en que de acuerdo con el artículo 40.2 LH «en los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación [del Registro, art. 38.2 LH], se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trata de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente. La acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real de que se derive». Parece que de este procedimiento debería conocer el Juez de Primera Instancia (art. 50.1 LC, *a sensu contrario*, en relación con el art. 8.1 LC), por tener por objeto un bien de pertenencia ajena, pero cabría sostener, quizás con mejor criterio, que corresponde el conocimiento al Juez del concurso en cuanto la acción ejercitada es una acción civil que se dirige contra el patrimonio [aparente] del concursado, teniendo precisamente el procedimiento por objeto la determinación de si el bien integra o no tal patrimonio.

«La reclamación ha de suponer la suspensión automática de la posible venta o disposición del bien por la administración concursal, por extensión de lo dispuesto en el artículo 598 LEC para las tercerías en el procedimiento ordinario»²², si bien podría solicitarse, para mayor garantía, sobre la base de tal precepto, la práctica de una anotación preventiva de prohibición judicial de disponer (art. 26.2.^a y 42.4.^o LH), para cerrar el Registro, mientras dure la sustanciación del proceso, a todos los actos dispositivos *inter vivos* sobre la finca anotada, otorgados por el concursado con posterioridad a la anotación²³.

VI. LA IMPOSIBILIDAD DE SEPARACIÓN REGULADA EN EL ARTÍCULO 81 LC

La separación no es posible en caso de *perecimiento del bien* o cuando el bien *ha salido del patrimonio del concursado* y se encuentre en poder de un tercero, dado que la pretensión de separación se dirige *contra el concurso* para reducir la masa activa (art. 80 LC). Ello haría preciso determinar los derechos que le corresponden al propietario en sustitución de la facultad de separación. El artículo 81 LC solo regula el supuesto de que los bienes y derechos hubieran sido enajenados por el deudor *antes de la declaración de concurso* a tercero de quien no pueden reivindicarse, quedando huérfanos de regulación otros supuestos (perecimiento de la cosa, enajenación posterior a la declaración de concurso, por la administración concursal o por el concursado), los cuales deberán resolverse por aplicación analógica del artículo 81 LC o bien mediante la aplicación de otros artículos de la LC²⁴.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 81 LC

Para que proceda la separación de un bien frente a la masa activa del concurso, como hemos indicado, el bien debe estar en poder del deudor (art. 80 LC). Si el

bien hubiera sido ya enajenado y entregado a tercero, no será posible la separación. La norma del artículo 81 LC presupone un negocio jurídico oneroso de disposición sobre el bien o derecho y la buena fe del adquirente «entendida como confianza diligente en que el transmitente era su titular; buena fe que, en principio, se presume», así como la inscripción registral en el caso de inmuebles (art. 34 LH)²⁵.

Para la aplicación, pues, del artículo 81 LC será preciso que haya habido una enajenación (no autorizada por el verdadero titular), anterior a la declaración de concurso, que determine una posición irreivindicable para el tercero, según las reglas del Derecho común²⁶. La cuestión es si tal irreivindicabilidad debe ser probada por el reclamante, pues ello haría casi inviable en la práctica la aplicación de tal precepto, inclinándose ARIAS VARONA por entender que la reivindicabilidad debería operar como una excepción en beneficio del concurso, cuando se produjese la reclamación del *verus dominus*²⁷.

En todo caso, como se ha indicado, la enajenación debe haberse realizado sin autorización del titular. «Solo en tal caso se justifica que se ofrezca una especial tutela al separante. Por el contrario, si el negocio de disposición se realizó con la autorización de quien podía pretender la separación, a este solo le corresponderá un crédito concursal ordinario por el valor del citado bien, crédito que deberá incluir en la masa pasiva»²⁸.

2. DERECHOS CONCEDIDOS POR EL ARTÍCULO 81 LC AL RECLAMANTE

El titular del derecho de separación perjudicado por la irreivindicabilidad puede optar bien por reclamar la contraprestación pendiente de pago por el tercero, o bien por insinuar un derecho de crédito en el concurso por el perjuicio sufrido.

En el primer caso, el titular del derecho de separación exige la cesión del crédito que el concursado ostenta frente al tercero, con sus elementos y derechos accesorios (art. 1528 del Código Civil), siempre que en el momento de solicitar la aplicación del artículo 81 LC tal contraprestación esté pendiente de pago²⁹.

En el segundo caso, el titular del derecho de separación puede insinuar un crédito en el concurso, pudiendo optar por el correspondiente al valor que tuviere el bien en el momento de la enajenación o en otro posterior, más el interés legal³⁰. El artículo 81.2 LC indica que en caso de ejercitarse el derecho a la insinuación, tal derecho de crédito será clasificado como crédito ordinario, parecería que con independencia de la clasificación que correspondiera en aplicación del régimen general. El precepto también resolvería el problema de que el crédito no pudiera comunicarse en el plazo legalmente establecido, disponiendo que los efectos de la falta de comunicación oportuna se producirán desde un *dies a quo* específico, esto es, desde la aceptación del derecho por la administración concursal o desde la firmeza de la resolución judicial que hubiera reconocido los derechos del titular perjudicado. Lo que haría referencia al doble procedimiento previsto en el artículo 80 para ejercitar el derecho de separación. En este caso, *strictu sensu*, al derecho derivado *ex artículo 81 LC*, por no ser posible la separación^{31 32}.

3. LA IMPOSIBILIDAD DE SEPARACIÓN EN OTROS SUPUESTOS DIVERSOS DEL REGULADO EN EL ARTÍCULO 81 LC

En caso de destrucción de la cosa (edificio o nave industrial siniestrada, por ejemplo), si el hecho se produjo antes del concurso y el deudor concursado

tenía derecho a una indemnización (por la compañía de seguros o por el causante de la pérdida), el titular del derecho de separación podrá exigir que se le ceda el citado derecho de crédito (crédito que se separa de la masa) o insinuar en el concurso un crédito por el valor del bien (art. 81 LC, por analogía). Si no existiese derecho alguno a una indemnización frente al asegurador o frente al causante de la pérdida, el titular del derecho de separación solo podrá comunicar su crédito por el valor del bien para su inclusión en el concurso. También serían aquí aplicables las normas sobre el plazo establecido para la comunicación del crédito en el artículo 81.2 LC³³.

Cuando la destrucción de la cosa fuera posterior a la declaración de concurso y se debiera a una conducta del concursado o de los administradores concursales, «el derecho a la indemnización se configura como un crédito frente a la masa. En efecto, la masa debe responder de aquellos actos ilícitos que hubieran realizado los administradores concursales infringiendo el deber que sobre ellos recae de conservar y administrar diligentemente los bienes de la masa (art. 43 LC). Si los créditos que nacen de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual por actos del concursado realizados con posterioridad a la declaración del concurso son créditos contra la masa [art. 84.2.10.º LC], el mismo carácter deben tener los créditos por responsabilidad extracontractual provenientes de actos realizados por quienes sustituyen al deudor en la administración de sus bienes o intervienen los actos de administración que este deudor realiza»³⁴.

Parecida solución merecen los supuestos en que la inexistencia del bien en poder del deudor no se debe a la destrucción de la cosa, *sino a que esta se encuentra en poder de un tercero, pudiendo distinguirse tres situaciones*: el bien fue entregado al tercero en virtud de una relación jurídica duradera durante la cual puede conservar la posesión; la cosa se encuentra ilegítimamente en poder del tercero que no tiene derecho a conservar el bien; el tercero al que se transmitió el bien lo ha adquirido *a non domino*³⁵.

En el primer caso, el concursado es un poseedor mediano y el separante puede pretender, como hemos indicado, una declaración del mejor derecho que le corresponde o bien que los administradores concursales le cedan el derecho a la restitución del bien que correspondía al deudor concursado frente al tenedor del bien. Ejecutada la cesión, el separante ocupará en la relación jurídica que vinculaba al concursado (poseedor mediano) con el inmediato, la posición de aquel. Lo que no puede pretender el separante es que la masa reclame del tercero la entrega del bien para que, a su vez, los administradores concursales se lo devuelvan al separante³⁶.

En el segundo caso, si el bien se encuentra en poder del tercero como consecuencia de una privación ilegítima al concursado, o por un acto dispositivo de este sin tener facultad para ello, no ostentando el tercero una posición inatacable por falta de algún requisito para ello (p.ej., buena fe), el propietario podrá reivindicar directamente el bien en poder del tercero³⁷. Si su separación no se apoya en el dominio, sino en un derecho de crédito a la restitución, su titular podrá pretender que el concursado le ceda el derecho a la recuperación de la cosa que retiene ilegítimamente el tercero³⁸ (p.ej., caso en que el separante es arrendador pero no propietario y el concursado es subarrendador; reteniendo la cosa ilegítimamente el subarrendatario por haberse extinguido el arrendamiento).

Cuando el bien se encontrase en poder de un tercero que hubiese efectuado una adquisición *a non domino*, *pero el acto de disposición se hubiese efectuado después de la declaración de concurso, el supuesto es diverso del contemplado en el artículo 81 LC*. Hay que tener en cuenta que los administradores concursales

pueden realizar actos de disposición en los términos del artículo 43 LC. Los bienes separables transmitidos por los administradores concursales, cuando estos hubieran sustituido al deudor en sus facultades de administración y disposición, o por el deudor, con la intervención de los administradores concursales, habrán sido adquiridos *a non domino* por el tercero si reunía los requisitos para ello (art. 464 del Código Civil, 85 CCom, 34 LH). En estos casos, si estuviera pendiente de satisfacer la contraprestación debida por el tercero (precio de la adquisición), el derecho de separación se extendería al crédito del concursado por tal deuda, para evitar un enriquecimiento injusto del concurso (art. 81 LC por analogía). El separante también podría reclamar el valor del bien enajenado, debiéndose calificar su crédito como crédito contra la masa y no como crédito concursal ordinario. Ello es debido a que el acto de enajenación sería un acto de administración del concurso, que da lugar a un crédito contra la masa al igual que los créditos generados por la continuación en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 82.5.º LC)³⁹.

VII. CONCLUSIONES

I. Los bienes y derechos que integran la masa activa son aquellos que aparentemente pertenecen al concursado, apariencia de titularidad que derivará del asiento de inscripción, o de la posesión en concepto de dueño, o de la posesión del crédito.

II. La determinación de la masa activa del concurso exige extraer de tales bienes los que no deben quedar afectos al concurso por ser de pertenencia ajena, para lo cual su titular cuenta con un derecho de separación o acción reivindicatoria concursal, que cumple en el proceso de ejecución universal un papel similar al que cumple la tercera de dominio en la ejecución singular.

III. Cabe separar los bienes inmuebles identificados (y no inmatriculados) bajo posesión inmediata o mediata del deudor concursado, así como fincas inmatriculadas incorrectamente incluidas en la masa activa, bien por estar inscritas a nombre del separante (caso en que la aplicación del art. 38.3 LH excluiría la necesidad de hacer uso del derecho de separación regulado en el art. 80 LC), o bien porque, aun no estando inscritas a nombre del tercero-titular del derecho de separación, sino solo del deudor concursado, la inscripción es inexacta, siendo el titular real conforme al Derecho civil puro el separante.

IV. Si la Administración concursal excluye de la masa activa una finca doblamente inmatriculada a favor del concursado y del titular del derecho de separación, aplicando el artículo 38.3 LH, la cuestión podrá resolverse de forma definitiva por vía extrajudicial (art. 209 LH y 51.2 y 3 LC en lo relativo a la transacción), mediante expediente tramitado ante el Registrador de la Propiedad, o bien en vía judicial. Si se determinase judicialmente el mejor derecho del concursado (con arreglo al Derecho civil puro, o bien por ser tercero hipotecario), el bien se incorporaría a la masa activa y el *verus dominus*, en su caso, no tendría derecho de separación, dada la adquisición *a non domino* del concursado.

V. Si la finca aparece inscrita a nombre del concursado y el que pretende la impugnación de la inscripción es el titular del dominio o derecho real no inscrito o que resulte lesionado por el asiento inexacto, la rectificación registral (y consecuente separación) *se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente* (art. 40 LH), pudiendo solicitarse, de acuerdo con el artículo 598 LEC, la práctica de una anotación preventiva de prohibición judicial de disponer,

para cerrar el Registro, mientras dure la sustanciación del proceso, a todos los actos dispositivos *inter vivos* sobre la finca anotada, otorgados por el concursado con posterioridad a la anotación. Si la finca no estuviese inmatriculada, el derecho de separación se ejercitará por la vía del incidente concursal (art. 80 LC).

VI. La separación no es posible cuando el bien *ha salido del patrimonio del concursado* lo cual hace preciso determinar los derechos que le corresponden al propietario en sustitución de la facultad de separación, teniendo presente que el artículo 81 LC solo regula el supuesto de que los bienes hubieran sido enajenados por el deudor *antes de la declaración de concurso* a tercero de quien no pueden reivindicarse.

VII. Aplicando la tesis de la adquisición *a non domino* por el tercero hipotecario (a quien el luego concursado enajenó un bien de ajena pertenencia antes de la declaración de concurso), la readquisición por el concursado como consecuencia de herencia o donación, no permitiría el juego del derecho de separación del artículo 80 LC al *versus dominus*, por aplicación del artículo 34.3 LH. Pero si el separante defendiese que el artículo 34 LH dispensa una protección consistente en una irreivindicabilidad que desemboca en una adquisición *a non domino* relativa, la readquisición por el concursado permitiría el uso del artículo 80 LC al *versus dominus*. Esta posición, sin embargo, dejaría en segundo término los derechos de los acreedores del concursado.

VIII. Al separante le basta justificar que hay una adquisición inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de un tercero que contrató a título oneroso con el concursado, antes de la declaración de concurso, dado que la buena fe de este tercero se presume, para que opere en favor del separante el artículo 81 LC. Corresponde a la administración concursal demostrar la ausencia de alguno de los requisitos para la protección de la fe pública, esto es la reivindicabilidad.

IX. Presentada la certificación registral en los términos indicados, la Administración concursal deberá reconocer el derecho del *versus dominus* perjudicado a separar del concurso (mediante cesión del concursado) el crédito por la contraprestación pendiente que ha de pagar el tercero hipotecario, o su derecho a insinuar en el concurso un crédito, que tendrá la calificación de ordinario, por el valor del bien al tiempo de la enajenación o al tiempo de ejercitar el derecho del artículo 81 LC, a elección del solicitante, más el interés legal. Si la Administración concursal no reconociere voluntariamente este derecho, cabrá exigirse por vía judicial, computándose el plazo de 1 mes para la comunicación del crédito, desde la aceptación por la Administración concursal o desde la firmeza de la resolución judicial que hubiere reconocido los derechos al titular perjudicado.

X. Si el concursado, que no es titular registral, hubiese enajenado el bien con anterioridad a la declaración de concurso, primero al separante, y luego a un tercero que hubiese inmatriculado la finca, este tercero no ostentaría una posición irreivindicable y el bien podría ser reclamado del mismo, no operando el artículo 81 LC. Es posible mantener esta conclusión incluso después de la introducción en la LH, por Ley 13/2015, del nuevo expediente reanudador del tracto sucesivo interrumpido, cuyo artículo 208.5.^a LH se refiere a dos inscripciones, la del solicitante que reanuda el tracto y la del tercero de buena fe que adquiere del mismo, en favor del cual ha sido practicada la *inscripción resultante del expediente, en cuanto esta produce en su beneficio la presunción iuris et de iure de exactitud e integridad del Registro*. El legislador simplemente habría querido aclarar mediante este precepto que *en este expediente (que produce un reingreso de la finca en el Registro y se tramita por la vía del artículo 203 LH, con las especialidades indicadas en el artículo 208 de la misma) no operaría la suspensión de*

efectos prevista en el artículo 207 LH para ciertos procedimientos inmatriculadores, del mismo modo que no opera en la inmatriculación por expediente de dominio.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 26 de febrero de 1949
- STS de 24 de abril de 1962
- STS de 22 de noviembre de 1963
- STS de 2 de julio de 1965
- STS de 12 de noviembre de 1970
- STS de 31 de enero de 1975
- STS de 23 de mayo de 1989
- STS de 21 de enero de 1992
- STS de 8 de marzo de 1993
- STS de 25 de marzo de 1994
- STS de 22 de abril de 1994
- STS de 25 de julio de 1996
- STS de 3 de julio de 1997
- STS de 6 de abril de 1999
- STS de 7 de abril de 2000
- STS de 15 de enero de 2001
- STS de 22 de junio de 2001
- STS de 17 de octubre de 2001
- STS de 5 de diciembre de 2002
- STS de 4 de mayo de 2006
- STS Sala 2.^a, de 13 de febrero de 2007
- STS de 5 de marzo de 2007 (Pleno)
- STS de 16 de marzo de 2007
- STS de 20 de marzo de 2007
- STS de 7 de septiembre de 2007 (Pleno)
- STS de 5 de mayo de 2008
- STS de 13 de noviembre de 2008
- STS de 22 de enero de 2010
- STS de 20 de julio de 2010
- STS de 3 de junio de 2011
- STS de 11 de julio de 2012
- STS de 13 de mayo de 2013
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 10 de abril de 2015
- STS de 19 de mayo de 2015

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2004): Comentario al artículo 80 LC. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid: Tecnos, (952-957).
- (2004): Comentario al artículo 80 LC. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid: Tecnos, (pp. 958-962).

- ARIAS VARONA, F. J. (2001). *El Derecho de separación en la quiebra*. Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi.
- (2007): Imposibilidad de separación y derecho a la contraprestación pendiente en el concurso. En: *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor García Villaverde*. Tomo III. Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, (1711-1735).
- (2016) (1): Comentario al artículo 80 LC. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, (1066-1071).
- (2016) (2): Comentario al artículo 81 LC. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, (1071-1075).
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1992). *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo II. Derecho de cosas. Vol. 1. Madrid: Reus.
- GARCÍA, J. M. (2016). *La finca registral y el catastro*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2000). La tercería concursal: el ejercicio del derecho de separación *ex iure domini* en los procesos concursales. *Tribunales de Justicia*, núm. 2, 155-180.
- JIMÉNEZ GALLEGU, C. (2016). *La nueva coordinación realidad - Catastro - Registro*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2005). *El tercero de los artículos 32 y 34 de la LH*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (2006). *El momento de la buena fe*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- LORENTE, M. (2010): El derecho de separación. En: A. Fernández Rodríguez y M. M.^a Sánchez Álvarez (coord.). *Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, (511-528).
- NÚÑEZ LAGOS, R. (1949). El Registro de la Propiedad Español en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, de abril de 1949, núm. 251, 217-257.
- PÉREZ RAMOS, C. (2016). ¿Jaque mate al dualismo? en *El Notario del siglo XXI*, núm. 69, 146-151.
- RECALDE, A. (2004) (1): Comentario al artículo 80 LC: En A. Rojo y E. Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Thomson-Civitas, (1441-1466).
- (2004) (2): Comentario al artículo 80 LC: En A. Rojo y E. Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Thomson-Civitas, (1467-1474).
- ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995) (1). *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- (1995) (2). *Derecho Hipotecario*. Tomo III. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2015). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (2003) *Metodología de la Ciencia expositiva y explicativa del Derecho*. II. Vol. 2.^o. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- VILLORIA RIVERA, I. (2014): Capítulo 7. La masa común. Epígrafes I y II. En: *Memento Práctico Concursal*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre.

NOTAS

¹ VILLORIA RIVERA, 2014, 277.

² VILLORIA RIVERA, 2014, 278. Parece que la ejecución separada en el más estricto sentido del término solo existiría en el caso de la hipoteca de buques y aeronaves (art. 76.3 LC). En el caso de las garantías reales (art. 55.4, 56 y 57 LC), el privilegio especial puede

hacerse efectivo en el concurso (en la liquidación colectiva), o separadamente, pero la ejecución separada tiene ciertas limitaciones derivadas del devenir del concurso (paralización temporal si se trata de bienes necesarios para la actividad empresarial). En todo caso, si el montante obtenido en la enajenación excediera del valor del crédito garantizado, la cantidad sobrante se incluirá en la masa activa, para satisfacer al resto de acreedores. *Vid.*, también en este sentido el artículo 76.3.1.º *in fine* LC. El derecho de ejecución especial sobre un bien difiere así del derecho de separación de la masa activa, caso en el que se tiene derecho a que el bien no forme parte en ningún caso de la masa activa del concurso (*Cfr.*, RECALDE, 2004 (1), 1444).

³ VILLORIA RIVERA, 2014, 278-279.

⁴ VILLORIA RIVERA, 2014, 282-283.

⁵ «Este sistema es más práctico que el que existía con anterioridad en el caso de la quiebra (CCom de 1829), en el que se exigía para la separación el consentimiento de los acreedores reunidos en junta, lo que en la práctica hacía muy difícil la recuperación del bien por sus legítimos propietarios. El nuevo sistema es mucho más racional, pues no hay razón para poner trabas a la restitución de bienes que no tienen por qué continuar en poder del concursado» (VILLORIA RIVERA, 2014, 283).

⁶ RECALDE, 2004 (1), 1443.

⁷ Artículo 80 LC: «1. Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos. 2. Contra la decisión denegatoria de la administración concursal podrá plantearse incidente concursal».

⁸ Artículo 81 LC: «Si los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiera realizado, o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior; a elección del solicitante, más el interés legal. 2. El crédito que resulte a favor del titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal ordinario. Los efectos de la falta de comunicación oportuna del crédito se producirán transcurrido un mes desde la aceptación por la administración concursal o desde la firmeza de la resolución judicial que hubiere reconocido los derechos del titular perjudicado».

⁹ ARIAS VARONA, 2016, 1067.

¹⁰ *Cfr.*, VILLORIA RIVERA, 2014, 283. «La estructura de la separación es muy parecida a la de... [la acción reivindicatoria], hasta el punto de que es la propiedad el primer derecho que justifica la separación. Los requisitos de la separación son también similares a los que deben concurrir en el ejercicio de la acción reivindicatoria. A partir de ahí se podría llegar a la conclusión de que la separación es una acción de naturaleza real...». Pero aunque los derechos que fundamentan la separación son preferentemente los de carácter real, también ciertos derechos personales pueden fundamentar la separación. Por otro lado mientras una acción de naturaleza real tiene efectos *erga omnes*, la separación solo opera entre quien pretende ejercitarla y el deudor o los administradores concursales (RECALDE, 2004 (1), 1445-1446).

¹¹ ARIAS VARONA, 2016, 1068-1069.

¹² De acuerdo con el artículo 38.3 LH, siempre que un bien inmueble embargado figure inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de persona distinta del ejecutado (por ejemplo, por causa de doble inmatriculación) y esta presenta la certificación registral correspondiente, se alzarán inmediatamente el embargo. Este mandato legal, consecuencia del principio de legitimación registral (*cfr.* también art. 593.3 y 658 LEC), es aplicable en el ámbito del proceso de ejecución universal que es el concurso de acreedores. Así lo señala GASCÓN INCHAUSTI sobre la base del «carácter inderogable y "horizontal" de la normativa registral. Además, el propio tenor literal del precepto [artículo 38.3] deja abierta su aplicabilidad a cualquier procedimiento del que pueda resultar la enajenación forzosa de bienes inmuebles o derechos reales sobre bienes inmuebles, utilizando de modo genérico el término

“vía de apremio”, y hay vía de apremio, indudablemente, en los procesos concursales...” (GASCÓN INCHAUSTI, 2000, 25). De acuerdo con el artículo 82.2 y 3 LC, corresponde a la Administración concursal solicitar al Registro de la Propiedad la información sobre los bienes inmuebles inscritos a nombre del concursado. Si de la información registral recabada resultase, por ejemplo, la existencia de una doble inmatriculación (cosa que puede de oficio hacer constar el Registrador en los folios abiertos a la finca, mediante nota marginal expresiva de la misma, art. 209 LH), la Administración concursal de oficio (una vez notificada de la existencia de la doble inmatriculación, art. 209.3.ª LH), y sin necesidad de intervención del tercero separante, deberá excluir el bien en cuestión del inventario de la masa activa. Propiamente hablando, en tal caso no habría uso del derecho de separación del artículo 80 LC, como no es necesario al titular registral, en un procedimiento de ejecución ordinario, el planteamiento de la tercería de dominio. La doble inmatriculación a favor del concursado y del titular del derecho de separación podrá resolverse de forma definitiva por vía extrajudicial (arts. 209 LH y 51.2 y 3 LC, en lo relativo a la transacción), mediante expediente tramitado ante el Registrador de la Propiedad, o bien en vía judicial. En el ámbito judicial, las soluciones a aplicar, según ROCA SASTRE y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, serían las siguientes: 1.º. *Prevalece la hoja registral de la inmatriculación más antigua*. Se aplicaría este criterio cuando antes de practicarse la segunda inmatriculación, el titular registral de la primera inmatriculación, aunque no sea el verdadero dueño, ha transmitido la finca a un tercero protegido por la fe pública registral. Entonces la adquisición de este tercero hipotecario prevalece sobre el asiento de inmatriculación posterior del dueño y frente a los adquirentes de este. 2.º. *Prevalece la hoja registral que recoja el dominio de mejor derecho según las normas del Derecho civil puro (Código Civil)*. Este criterio se aplica si la segunda inmatriculación se practica antes de que haya transmisión a tercero hipotecario por el primer inmatriculante. Entonces, al figurar en los libros dos asientos contradictorios de dominio, ningún tercero puede ampararse en ninguno de ellos para hacer su adquisición inatacable. *Los asientos se neutralizan recíprocamente y no operan los principios hipotecarios, por lo tanto, no opera la fe pública registral* (ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995 (2) 263-272). El problema se resolverá según el Código Civil. El dominio que venza determinará el folio que permanecerá. El otro será cerrado. En este sentido, STS de 13 de noviembre de 2008, en *obiter dicta*. Recientemente, sin embargo, el TS ha matizado esta posición en STS de 19 de mayo de 2015. La Audiencia Provincial había considerado aplicable la doctrina del TS acerca de la neutralización recíproca de los principios registrales en los supuestos de doble inmatriculación, debiendo acudir a las reglas del Derecho civil, particularmente a la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio sea de mejor condición conforme al Derecho civil puro, omisión hecha de las normas de índole hipotecaria sobre la materia. Conclusión que extraía del artículo 313 RH y de la STS de 3 de junio de 2011. El TS señala, en cambio, que esta doctrina puede ser aplicada cuando se confronten varios titulares registrales con la condición de tercero hipotecario. Pero en aquellos supuestos en donde la doble inmatriculación dé lugar a la confrontación de un titular registral frente a otro que ostente la condición de tercero hipotecario, resultará preferido este último. A favor de esta solución «no solo juega la “vis atractiva” que tiene el principio de fe pública registral, sino también la posición central que ocupa este principio en orden a la seguridad del tráfico». Por lo tanto, en este segundo supuesto, si se confrontasen dos terceros hipotecarios en los respectivos folios, se neutralizaría la fe pública registral, y debería resolverse la cuestión con arreglo al Derecho civil puro, pero si se confrontase un tercero hipotecario y un titular registral, el folio donde constase el asiento de aquel deberá prevalecer. Si se determinase judicialmente, pues, el mejor derecho del concursado (con arreglo al Derecho civil puro, o bien por ser tercero hipotecario), el bien se incorporaría a la masa activa y el *verus dominus*, en su caso, no tendría derecho de separación. El TS señaló en la mencionada Sentencia que: a) el único artículo que se refiere a la doble inmatriculación en el ordenamiento jurídico español era el 313 RH [ahora también el art. 209 LH], el cual no contempla un criterio de solución del conflicto; b) de acuerdo al interés casacional que se alega en el presente recurso, debe precisarse el alcance de la doctrina jurisprudencial sobre la neutralización recíproca de los principios registrales en estos casos [de doble inmatriculación]. *Esta doctrina no puede ser aplicada de un modo absoluto, como condicionante de la vigencia del principio de fe*

pública, sino que debe aplicarse en atención a las limitaciones que presente su desarrollo lógico-jurídico en el recorrido en que se proyecte, de acuerdo con las circunstancias y datos registrales del caso objeto de examen. *Lo que podrá llevar a que en determinados casos su recorrido resulte agotado cuando se confronten varios titulares registrales con la condición de tercero hipotecario. Pero su curso no resultará agotado en aquellos supuestos, como el caso que nos ocupa, «en donde la doble inmatriculación dé lugar a la confrontación de un titular registral frente a otro que ostente la condición de tercero hipotecario, resultando preferido este último»;* c) a favor de esta solución no solo juega la “vis atractiva” que tiene el principio de fe pública registral, sino también la posición central que ocupa este principio en orden a la seguridad del tráfico; d) la doctrina de la neutralización de los principios registrales tampoco puede suponer una ruptura o total separación del Derecho registral y del Derecho civil «puro», como a veces se alude; sino más bien lo contrario, «si se tiene en cuenta que [en] la determinación del titular dominical con mejor derecho no parece que puedan excluirse las normas hipotecarias de contenido material que, como tales, deben considerarse desarrollos del Derecho civil, casos, entre otros, del citado artículo 34 o de los artículos 35 y 36 de la LH que regulan la adquisición del dominio y de derechos reales a través de la prescripción adquisitiva (usucapión) en relación con el Registro de la Propiedad».

¹³ Cfr., RECALDE, 2014 (1), 1458-1462.

¹⁴ Cfr.: ARIAS VARONA, 2016, 1069-1070.

¹⁵ VILLORIA RIVERA, 2014, 283.

¹⁶ RECALDE, 2004 (1), 1454-1455.

¹⁷ RECALDE, 2004 (1), 1446-1447. Artículo 82.5 LC «los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que este tenga derecho de uso, *no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, ...*».

¹⁸ ARIAS VARONA, 2016, 1071.

¹⁹ VILLORIA RIVERA, 2014, 283. «Es cierto que los rigurosos términos legales (art. 97) parecen impedir que fructifique cualquier pretensión que finalmente desembocara en una modificación del inventario, si no se ejercita a través del procedimiento previsto para la impugnación de aquel documento. Pero no es menos cierto que la Ley ha previsto un plazo extraordinariamente reducido para impugnar el inventario..., por lo que exigir que la separación se realice mediante la impugnación del inventario limitaría muy seriamente la tutela de los titulares del derecho de separación y contradiría radicalmente su condición de persona ajena al concurso que no se ve afectada por este ni soporta sus consecuencias. Además, la exigencia de la impugnación del inventario se opondría a la función meramente informativa que cumple este documento, al que no hay razón alguna para que se le reconozcan efectos materiales de fijación definitiva y no contradecible de los bienes del deudor afectos al pago de sus obligaciones. Por esta razón, deberá admitirse la presentación de demandas de separación sobre bienes o derechos integrados ordinariamente en el inventario pero que en realidad no pertenezcan al deudor *incluso aunque hubiera transcurrido el plazo para la impugnación del informe*, de la misma manera que son posibles las acciones de reintegración después del citado momento, a pesar, una vez más, de los términos literales del artículo 97, que exige la impugnación del inventario o de la lista de acreedores para cualesquiera “pretensiones de modificación de estos documentos”. *El plazo aplicable al ejercicio de la acción de separación será, por tanto, el ordinario que rige la acción en que se apoya la pretensión de separación, en función de la naturaleza y características del derecho en que se fundamenta*» (RECALDE, 2004 (1), 1466).

²⁰ RECALDE, 2004 (1), 1463. Si fuere así, 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. La demanda podrá anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad. 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.

²¹ Señala RECALDE que existen «argumentos de fondo y de Derecho positivo que podrían conducir a la conclusión de que la separación debería desarrollarse a través del procedimiento ordinario aplicable a la acción derivada del derecho en que se basa la separación, sin que esa reclamación procesalmente se viera, por tanto, afectada por el concurso. En efecto, con la institución de la separación se pretende que un bien que está en poder del deudor quede al margen del concurso y que el titular del derecho de separación no soporte las consecuencias de un concurso que debe solo afectar a los bienes del deudor. ...La Ley reconoce esta posición extraconcursal desde una perspectiva sustantiva, pero su eficacia se vería muy limitada si no operara en el ámbito procesal. Por otro lado, la misma Ley precisa que la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso afecta solo a “las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del deudor” (art. 8.1.º LC), mientras que la separación se define, precisamente por referirse a bienes y derechos “de propiedad ajena”, es decir, que no forman parte del patrimonio del deudor. ...Por otro lado, si sobre las ejecuciones de garantías basadas en derechos reales limitados debe ciertamente conocer el juez del concurso, pero en pieza separada y “acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda” (art. 57.1 LC), no parece razonable que otras acciones de mayor trascendencia y cuyo fundamento ya no se sitúa en derechos reales de carácter limitado sino, eventualmente, en el mismo derecho pleno de propiedad, deban sustanciarse por la vía del incidente concursal. ...A pesar de todas estas razones de fondo y sistemáticas que conducirían a estimar que la demanda de separación debería quedar sometida al procedimiento ordinario previsto para el derecho subjetivo en que se basa la separación, la literalidad de la norma obliga a concluir que el procedimiento aplicable a la separación es el incidente concursal. En efecto, en el conflicto entre el conjunto de los acreedores concursales y el titular de un bien o derecho que no pertenecen al deudor, la Ley se ha inclinado por favorecer a los primeros. De ahí que se haya pretendido una acumulación de todos los procesos que se interpusieran contra el deudor, fuera de los casos concretos para los que expresamente hubiera previsto un cauce especial. De hecho, cuando la Ley describe las secciones del proceso concursal, indica que la tercera pretende, entre otras cuestiones, determinar la masa activa, así como sustanciar, decidir y ejecutar “las acciones de reintegración y de reducción” (art. 183.3.º) y la separación precisamente tiene el objetivo de reducir la masa. Y sobre todo debe recordarse que la Ley prescribe expresamente la vía del incidente como el cauce procesal que se debe seguir frente a la denegación de la separación por parte de la administración concursal cuando la petición se ejercitó extrajudicialmente (art. 80). No parece razonable, por ello, que el titular del derecho de separación deba actuar por el cauce del incidente concursal cuando se denegara su reclamación extrajudicial y que, sin embargo, pueda actuar al margen de este trámite procesal —previsto con carácter general para todas las cuestiones que se suscitan durante el concurso (art. 192.1)— cuando directamente solicite ante los órganos judiciales la separación de un bien o de un derecho. Es cierto que la Ley solo señala que “contra la decisión denegatoria de la administración concursal *podrá* plantearse incidente concursal” (art. 80.2), lo que podría llevar a la conclusión de que serían posibles otras vías procedimentales; pero el término “podrá” se debe entender como la facultad de ejercitar la acción de separación y no como una vía —entre otras— de proceder. ...[No obstante] “...cuando la separación se dirija a la modificación de inscripciones que consten en un registro público oficial, habrá de seguirse el procedimiento legal establecido en la correspondiente legislación especial para la modificación de los datos registrales”» (RECALDE, 2004 (1), 1464-1465).

²² ARIAS VARONA, 2016, 1071.

²³ El procedimiento para la práctica de esta anotación es el mismo establecido para la anotación preventiva de embargo, o sea, se practica en virtud de mandamiento judicial, librado a instancia del demandante, que haya obtenido resolución judicial imponiendo al concursado demandado la prohibición de disponer.

²⁴ RECALDE, 2004 (2), 1468.

²⁵ RECALDE, 2004 (2), 1469-1470. Para obtener la protección registral de los artículos 32 y 34 LH (sobre que el tercero del artículo 32 LH es el mismo tercero que el del artículo 34 LH, *vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2005) y verificar una adquisición *a non domino*, el tercero, a quien el concursado enajenó el bien inmueble antes de la declaración de concurso no siendo el verdadero propietario, deberá reunir los siguientes requisitos: 1) Debe tratarse de un tercer adquirente a título oneroso, pues de acuerdo con el artículo 34.3 LH, los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviera su causante o transferente. El título oneroso en virtud del cual se verifique la adquisición puede ser un negocio jurídico voluntario, o una venta forzosa (art. 594.1 LEC), debiendo ser válido en sí mismo, abstracción hecha del defecto de titularidad del transmitente. STS de 5 de marzo de 2007 (Pleno), 16 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 (Pleno), 5 de mayo de 2008 y 20 de julio de 2010. *Cfr.*: STS de 23 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994, 25 de julio de 1996. Si el título fuese inválido, el tercer adquirente no resultaría protegido por el artículo 34 LH, sino que se aplicaría el artículo 33 LH («la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a las leyes»), y ya no estaríamos en el ámbito del artículo 81 LC. 2) Ser un adquirente de buena fe. De acuerdo con el artículo 34.2 LH la buena fe del tercero hipotecario consiste en el desconocimiento de la inexactitud del Registro. O sea, el convencimiento de que el Registro es exacto y por lo tanto que el titular registral (luego concursado) es el verdadero dueño y tiene poder de disposición para transmitir. En los casos de representación legal, la buena fe la debe tener el representante; en los casos de representación voluntaria, la buena fe debe concurrir también en el representado. Se ha discutido doctrinalmente si sobre el tercero hipotecario recaía o no un deber de diligencia, esto es, si no sería protegido si tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer que el Registro era inexacto o que existía un poseedor de hecho y en concepto de dueño diverso de su transmitente (art. 36 LH). Para algunos autores, el artículo 36 LH era un precepto excepcional, pensado exclusivamente para la *usucapión contra tabulas*, y el artículo 34 LH no exigiría que la buena fe-desconocimiento tuviera que adicionarse con una diligencia razonable. Aunque el TS mantenía esta posición de forma dominante, lo cierto es que recientemente ha acogido una concepción de buena fe-desarrollo de la diligencia debida en STS de 7 de septiembre de 2007 (Pleno). *Vid.*: STS de 13 de mayo de 2013. En relación con la buena fe registral, la STS de 19 de mayo de 2015, con cita de la STS de 12 de enero de 2015, señala que en la configuración de la buena fe se han desarrollado dos líneas enfrentadas: la que considera que la buena fe responde a un estado psicológico del tercero en orden a la creencia de que el titular registral es verdadero dueño y ostenta poder de disposición, de manera que la ignorancia de la realidad jurídica no desvirtúa la protección otorgada con base en esa creencia; y la que considera que la buena fe responde a una actuación diligente conforme a unos criterios o pautas de comportamiento socialmente aceptados; de ahí que, a diferencia de la anterior concepción, sea suficiente (para ser protegido), padecer un error excusable, esto es, que no hubiera podido ser vencido actuando diligentemente. Así pues, en el ámbito de la adquisición de los derechos reales, no basta la creencia a que se refiere literalmente el artículo 1950 del Código Civil, sino que se requiere del complemento de un «estado de conocimiento» del adquirente acerca de la legitimación del transmitente para poder transmitir el dominio; aspecto al que igualmente le es aplicable una carga ética de diligencia «básica» que haga, en su caso, excusable el error que pudiera sufrir el adquirente respecto del conocimiento de la realidad del curso transmisivo operado y, en su caso, de la discordancia con la información ofrecida por el Registro. La cuestión, pues, dada la presunción de buena fe del artículo 34 LH, es la medida o grado de diligencia exigible que hubiera permitido salir del error o desconocimiento de la situación y conocer la discordancia existente entre la información registral y la realidad dominical de que se trate. No puede tal grado de diligencia plantearse en abstracto respecto del examen de cualquier defecto, vicio o indicio que pudiera afectar a la validez y eficacia del negocio dispositivo realizado, sino que debe proyectarse y modularse en el marco concreto y circunstancial que presente la impugnación efectuada por el titular extrarregistral a tales efectos. En el caso de la STS de 11 de julio de 2012, dicha caga de diligencia se consideró que no podía extenderse con relación a cualquier posesión o indicio de la misma que se hubiera debido o podido conocer, sino solo a una

situación posesoria clara y manifiesta que se ejercite en concepto de dueño y que, por tanto, contradiga o ponga en seria duda la exactitud de la información registral, con relación al derecho inscrito [pero, *vid.*, art. 14 LAU]. Se ha discutido doctrinalmente también en qué momento debe ostentar buena fe el tercero hipotecario. Si le basta ostentarla en el momento de contratar (como piensa LACRUZ), o en el momento de otorgamiento del título público inscribible (GARCÍA GARCÍA), o debe perdurar al recibir la *traditio* (ROCA SASTRE, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, VALLET DE GOYTISOLO, COSSÍO Y CORRAL, DE CASSO ROMERO, MARTÍN BALLESTEROS HERNÁNDEZ, GONZÁLEZ ENRIQUEZ, VALPUESTA FERNÁNDEZ) o debe estar presente también en el momento de presentar el título a Registro (SANZ FERNÁNDEZ, GÓMEZ GÓMEZ) o incluso en el momento de practicarse la inscripción (CLEMENTE MEORO, RUBIO GARRIDO, CANO TELLO, GORDILLO CAÑAS, JIMÉNEZ PARÍS, 2006). El Tribunal Supremo se inclina por el momento de la adquisición (esto es, de recibir la *traditio*, en la jurisprudencia de la Sala 1.^a; *vid.*, STS de 2 de julio de 1965, 31 de enero de 1975, 5 de diciembre de 2002 y 4 de mayo de 2006, no así en el caso de la jurisprudencia de la Sala 2.^a; *vid.*, STS de 13 de febrero de 2007). En nuestra opinión debería perdurar hasta el momento de la inscripción ya que la protección registral se funda en la buena fe, y mal se compagina la buena fe con un conocimiento de la realidad registral previo al momento de la inscripción (que es el momento de la adquisición a *non domino*). Por otro lado, si al adquirir el tercero hipotecario la finca creyese que la adquiría como libre (ya que como tal figuraba en los libros) y resultase que en la realidad jurídica extra-registral estaba gravada con un derecho real limitado o un embargo trabado y tal derecho o la anotación de embargo accediesen con carácter previo al Registro, el tercero hipotecario tendría que soportarlos (pues lo inscrito antes le perjudica y tiene mejor rango que su derecho). Luego de nada le habría servido ostentar buena fe en el momento de recibir la *traditio*. Es por este motivo que también hay STS que refieren la buena fe al momento de la inscripción (*Vid.*, STS de 7 de abril de 2000). Por lo tanto, en nuestra opinión, la buena fe debe ostentarse en el momento de contratar, de adquirir, de presentar el título a Registro, y de inscribirse el título. Esto significa que si por cualquier causa, antes de practicarse la inscripción en el Libro de Inscripciones por el Registrador, el tercero conociese la inexactitud registral se aplicaría el principio *mala fides superveniens nocet* recogido en el artículo 435 del Código Civil, y aplicable en la usucapción ordinaria, y esa mala fe sobrevenida le impediría obtener la protección registral (del mismo modo que impide al usucapiente consumir una usucapción ordinaria, debiendo continuar usucapiendo como extraordinaria, arts. 1940 y 1957 del Código Civil). La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (art. 34.2 LH) o que no desarrolló la diligencia debida (art. 36.1.a) LH), si bien también cabría sostener que el tercero hipotecario para ser protegido debe probar que desplegó la debida diligencia. 3) — Haber adquirido el derecho de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo. Este requisito supone, según el TS, haber celebrado el negocio jurídico adquisitivo *con el titular registral (haber contratado con él)*. (STS de 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962, 22 de noviembre de 1963, 12 de noviembre de 1970, 25 de marzo de 1994, 22 de abril de 1994, 3 de julio de 1997, 6 de abril de 1999, 22 de junio de 2001, 17 de octubre de 2001), requisito que no se cumple si el título del transferente está meramente presentado o si el título del transferente no consta ni tan siquiera presentado en el momento de otorgar la escritura y es presentado después junto con el título del tercero (caso en que se cumple el requisito del tracto sucesivo, art. 20 LH, pero no el del art. 34 LH). 4) Haber recibido *traditio* si el negocio jurídico dispositivo la exigía (al menos mediante el otorgamiento de escritura pública (art. 1462.2.º del Código Civil) o mediante el otorgamiento del testimonio del decreto de aprobación de remate o de la adjudicación (en las ventas forzosas). 5. Haber inscrito su derecho. Cumplido este requisito el tercer adquirente se convierte en tercero hipotecario, obteniendo la protección de la fe pública registral. Si simplemente se practicara un asiento de presentación o una anotación preventiva por defecto subsanable, pero no llegase a practicarse la inscripción, no operaría la fe pública registral, porque es requisito ineludible para ello ser titular registral (art. 38 LH). Sobre que los requisitos del artículo 34 LH deben interpretarse de forma estricta, *vid.*, STS de 10 de abril de 2015 (*Cfr.*, SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2015, 159-163; JIMÉNEZ PARÍS, 2006).

²⁶ La LC prefiere utilizar una expresión más cercana a la irreivindicabilidad que a la adquisición *a non domino* en su artículo 81. Es indudable que el artículo 34 LH, en coordinación con otros preceptos, dispensa al tercer adquirente una protección que excepciona el *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* (Digesto, Libro L, Tit. 17, *De regulis iuris*, frag. 54) y su consecuencia: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*. ¿Pero en qué consiste esta protección; en qué consiste la inmunidad del tercero? Como dice CASTÁN TOBEÑAS, «la inmunidad del tercero, ligada a la fe pública del Registro, es, en el Código alemán, un modo de *adquirir (a non domino)*, mientras que en la ley española es un modo de *retener o mantener*» (CASTÁN TOBEÑAS, 1992, 439). El autor sigue en este sentido a Rafael NÚÑEZ LAGOS, quien ya escribió en octubre de 1948 lo siguiente: «Se ha dicho en España que el efecto del artículo 34 de la Ley es la adquisición *a non domino*. El texto de la ley únicamente dice que el tercero será *mantenido* en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho. No cabe duda que para que este derecho sea mantenido, la adquisición tendrá que llegar a ser irrevocable *en manos* del tercero. Pero una cosa es la irreivindicabilidad y otra cosa diferente la adquisición *a non domino*. Es decir, se puede hablar de adquisición *a non domino* como consecuencia de la irreivindicabilidad; como en Alemania se puede hablar de irreivindicabilidad como un efecto de la adquisición *a non domino*. ... En los Derechos austríaco, suizo y español, no hay *directamente* adquisición *a non domino*. Únicamente, por vía de *consecuencia* y rebote de la *negatio actionis*. Solo en el Derecho alemán existe la adquisición *a non domino* entre los medios de adquirir el dominio. La irreivindicación es una *consecuencia* en el BGB; y un *principio* en Austria, Suiza y España» (NÚÑEZ LAGOS, 1949, 248-249). Esta misma posición es la mantenida por VALLET DE GOYTISOLO quien afirma: «Recordemos que —como dijo y explicó NÚÑEZ LAGOS.— en el Derecho español como en el austríaco y en el suizo no hay *directamente* adquisición *a non domino*, sino por rebote de la *negatio actionis*, característica de la *irreivindicabilidad* contra el titular inscrito que posea como dueño. Y aún debe añadirse que lo obtenido por la *adquisitio a non domino* es una propiedad o dominio *relativo*...» (VALLET DE GOYTISOLO, 2003, 929). «...es decir, tan solo [hay adquisición *a non domino*] frente a quien no sea el verdadero dueño, quien, no obstante, no podrá reivindicar del tercero inscrito a título oneroso y de buena fe mientras este conserve su titularidad registral y posea o pueda recuperar la posesión en los supuestos que admite el artículo 36 b) LH» (Ibídem, 930). ¿Qué contempla el artículo 34 LH? ¿Una adquisición *a non domino* directa o una irreivindicabilidad que desemboca en una adquisición *a non domino* relativa? Desde luego no estamos ante una usucapión instantánea, como ha pretendido algún autor; usucapión instantánea que implica de suyo una *contradictio in terminis*. La letra del precepto abona más la tesis de la irreivindicabilidad pues no se afirma que el tercero «adquirirá irrevocablemente», sino simplemente que «será mantenido en su adquisición», como pone de relieve CASTÁN TOBEÑAS (*Id.*, también arts. 73 LC y 594 LEC). La discusión en torno a si el artículo 34 LH produce una adquisición *a non domino* o una irreivindicabilidad que da lugar a una adquisición *a non domino* relativa no es baladí sino que tiene sus repercusiones prácticas. Según esta última posición el *verus dominus* conserva un dominio que podrá hacer efectivo en numerosos casos. Según la primera posición el *verus dominus* pierde definitivamente su dominio salvo los casos particulares de algunas readquisiciones por el no legitimado para disponer (ROCA-SASTRE MUNCUNILL). Hemos dicho que para la tesis de la irreivindicabilidad la cosa no puede ser reivindicada por el *verus dominus* mientras el tercero hipotecario sea titular registral y posea o pueda poseer con arreglo al artículo 36 b) LH. Pero puede ocurrir que el tercero hipotecario pierda su posesión como hecho y como derecho por efecto de un despojo. En tal caso el *verus dominus* podrá ejercitar su acción reivindicatoria para recuperar la cosa. Puede ocurrir también que el *verus dominus* recupere de algún modo la posesión de la cosa, y si tal hizo, sin fuerza y sin engaño, como decían las Partidas (Ley XXI, Tit. XXIX, Partida 3.^a), podrá retener la cosa suya para sí. Puede ocurrir asimismo que readquiriera la cosa el que efectuó el acto traslativo al tercero hipotecario sin estar legitimado para disponer (en nuestro caso, el concursado, por ejemplo, por título de herencia o de donación). En tal caso el *verus dominus* también podría hacer valer sus acciones frente al readquirente concursado y recuperar la cosa, mediante el ejercicio del derecho de separación (art. 80 LC). Según la tesis doctrinal de ROCA-SASTRE MUNCUNILL el tercero hipotecario adquiere directamen-

te a *non domino*, perdiendo su derecho y acciones el *verus dominus* (o sea, el separante), y «cualquier persona de la serie sucesiva de derechohabientes de un adquirente inscrito protegido por la fe pública registral podrá invocar en su provecho la pretérita actuación de la fe pública del Registro» (art. 34. 3.º LH, referido a los adquirentes a título gratuito pero aplicable por analogía a las posteriores adquisiciones que no reúnan todos los requisitos para gozar de la protección registral). (ROCA SASTRE, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, 285 y 286). El problema surgiría en caso de readquisición de la finca por parte del titular registral no legitimado para disponer. Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, el readquirente (concurtido) será protegido frente al separante a menos que se tratase de supuestos particulares, como, por ejemplo, en caso de retracto convencional o cuando interviniese en el juego de readquisición confabulación fraudulenta pues habría una continuidad dolosa (Cfr.: *Ibidem*. 285, 286 y 287). Según ROCA SASTRE, pues, la readquisición por el concursado como consecuencia de herencia o donación, no permitiría el juego del derecho de separación del artículo 80 LC, al *verus dominus*, por aplicación del artículo 34.3 LH. Ahora bien, hay que pensar que al separante le interesa defender que aun en la hipótesis de que en la letra del artículo 34 LH cupiera tanto la adquisición a *non domino* como la irreivindicabilidad, la consideración de que el artículo 34 LH es norma excepcional y que «*exceptio est strictissimae interpretationis*», conduciría a la conclusión de que el precepto habría de tomarse de forma que alterase lo menos posible las reglas que rigen las adquisiciones derivativas y, por lo tanto, como dispensador de una protección consistente en una irreivindicabilidad que desemboca en una adquisición a *non domino* relativa. La adquisición a *non domino* se produciría de hecho, como dice VALLET, cuando nadie puede reivindicar. De manera que la readquisición por el concursado permitiría el uso del artículo 80 LC al *verus dominus*. Esta posición, sin embargo, deja en segundo término los derechos de los acreedores del concursado.

²⁷ ARIAS VARONA, 2016 (2), 1073. Parece, pues, que al separante le bastaría justificar que hay una adquisición inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de un tercero que contrato a título oneroso con el concursado, antes de la declaración de concurso, pues la buena fe de este tercero se presume, debiendo, en todo caso, demostrar la administración concursal la ausencia de alguno de los requisitos para la protección de la fe pública, esto es la reivindicabilidad. De lo contrario, es decir, de no aportarse tal prueba, tal inscripción bastará para que deba operar en favor del separante el artículo 81 LC.

²⁸ RECALDE, 2004 (2), 1469-1470.

²⁹ En este caso se está admitiendo, excepcionalmente, la facultad de separar el derecho a la contraprestación que aún se debe al deudor concursado por el citado bien, permitiendo su extracción de la masa. Se trata de una estricta separación del crédito debido por el tercero, al que no se aplicarán las reglas del concurso, pues se podrá hacer valer directamente por el propietario frente al tercero (RECALDE, 2004 (2), 1470).

³⁰ Esta segunda opción se ejercerá cuando el tercero no deba ninguna contraprestación, por haberla ya satisfecho al concursado, «pero la Ley no excluye la posibilidad de reclamar en el concurso el crédito por el valor del bien, incluso cuando subsistiera el deber del tercero de satisfacer la contraprestación» (RECALDE, 2004 (2), 1470). A la hora de determinar el valor del bien la Ley atribuye al separante un *ius electionis* pudiendo fijarse dicho valor por el que tuviera el bien en el momento de la enajenación (aunque este valor resultara menor tras la declaración de concurso), o por el valor que tuviera el bien en el momento de ejercitarse el derecho del artículo 81 LC (*Op. cit.*, Loc. Cit.).

³¹ Cfr., ARIAS VARONA, 2016 (2), 1073-1075.

³² Señala RECALDE que la aplicación del plazo general de comunicación de los créditos (arts. 21.1.5.º y 92.1.º LC) no es razonable en el caso del artículo 81 LC, «pues este precepto presupone la susceptibilidad de la separación de un bien que ya no se puede separar y esta facultad tuvo que haber sido reconocida. Por ello la ley ha optado para fijar como *dies a quo* para el cómputo del plazo de un mes en el que se debe comunicar el crédito, el de la fecha en que, habiéndose solicitado la separación de un bien o derecho, esta hubiera sido reconocida. La Ley ha tenido en cuenta que la separación se puede reconocer extrajudicialmente, por la administración concursal, o judicialmente, sea directamente o como consecuencia de la denegación de la separación por la administración concursal (art. 80.2 LC), de modo que

el *dies a quo* será respectivamente, el de “la aceptación por la administración concursal” o el de “la firmeza de la resolución judicial que hubiere reconocido los derechos del titular perjudicado”. Transcurrido el plazo de un mes se producirán las consecuencias establecidas con carácter general para la comunicación tardía del crédito» (RECALDE, 2004 (2), 1471).

³³ RECALDE, 2004 (2), 1472.

³⁴ RECALDE, 2004 (2), 1472.

³⁵ RECALDE, 2004 (2), 1473.

³⁶ RECALDE, 2004 (2), 1473.

³⁷ Así, por ejemplo, si el tercero no ha contratado con titular registral. Si el concursado, que no es titular registral, hubiese enajenado el bien con anterioridad a la declaración de concurso, primero al separante, y luego a un tercero que hubiese inmatriculado la finca, este tercero no ostentaría una posición irreivindicable y el bien podría ser reclamado del mismo, no operando el artículo 81 LC (*Vid.*, a este respecto, JIMÉNEZ PARÍS, 2005, 331-509). Defendiendo la tesis monista tras la reforma operada en la LH por Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la LH y del TR de la Ley del Catastro Inmobiliario, *vid.*, JIMÉNEZ GALLEG0, 2016, 151-154 y 398-400. Defendiendo la tesis dualista del tercero hipotecario tras dicha reforma, *vid.*, GARCÍA GARCÍA, 2016, 929-932; 947 y 1141-1142. Sobre la interpretación de los artículos 207 y 208.5.^a LH, *vid.*, PÉREZ RAMOS, 2016, 146-151. *Vid.*, también STS de 21 de enero de 1992; 15 de enero de 2001; 13 de noviembre de 2008 y 22 de enero de 2010. El artículo 208.5.^a LH señala que «no perjudicarán al titular de buena fe a cuyo favor hubieran sido practicadas las inscripciones resultantes del expediente a que se refiere este artículo, cualquiera que fuese la naturaleza del título en que se funde, los títulos de dominio o de otros derechos reales contradictorios con el del solicitante que no hubieran sido inscritos en el Registro con anterioridad». Este precepto parecería recoger la regla del artículo 32 LH, interpretado en sentido dualista, en favor del titular del expediente que fuese de buena fe (ya hubiese adquirido su derecho a título oneroso o gratuito). Sin embargo, una lectura más detenida del precepto lleva a las siguientes conclusiones. La regla del artículo 203.7.^a LH, ordenando la publicación de edictos, tras practicar la inscripción reanudadora del tracto sucesivo, es perfectamente aplicable según lo dispuesto en el artículo 208.2.^a LH, cuando remite al expediente del artículo 203 LH, no estableciendo ninguna especialidad al respecto. Tal publicación carece de sentido si va a aplicarse en todo su rigor la regla del artículo 32 LH. Además, el artículo 208.5.^a LH habla de que los derechos reales no inscritos no perjudicarán al titular de buena fe *a cuyo favor hubieran sido practicadas las inscripciones*, plural que se refiere a dos inscripciones, la del solicitante que reanuda el tracto y la del tercero de buena fe que adquiere del mismo (que por lo tanto, tiene que ser un tercero del art. 34 LH), en favor del cual ha sido practicada *la inscripción resultante del expediente, en cuanto esta produce en su favor la presunción iuris et de iure de exactitud e integridad del Registro*. Esto es, el legislador querría aclarar, que en este expediente no opera la suspensión de efectos prevista en el artículo 207 LH para ciertos procedimientos inmatriculadores, pese a que podríamos considerar que estamos en presencia de un reingreso de la finca cuyo tracto se ha roto en el Registro, precisamente porque el procedimiento se basa en las reglas del expediente de dominio inmatriculador y en este no opera tal suspensión de efectos de la fe pública registral (art. 207 LH *a sensu contrario*).

³⁸ RECALDE, 2004 (2), 1473.

³⁹ RECALDE, 2004 (2), 1473-1474.